

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale

Sezione di diritto amministrativo

Curriculum di diritto amministrativo

XXVIII ciclo

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

I TITOLI ABILITATIVI PER LA REALIZZAZIONE DI IMPIANTI PER LA PRODUZIONE E LA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA DA FONTI RINNOVABILI

Settore IUS/10

dottorando: **Milton D'Ambra**

Tutor: Chiar.mo **Prof. Wladimiro Troise Mangoni di Santo Stefano**

Coordinatore del dottorato: **Chiar.ma Prof.ssa Diana Urania Galetta**

Indice

I TITOLI ABILITATIVI PER LA REALIZZAZIONE DI IMPIANTI PER LA PRODUZIONE E LA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA DA FONTI RINNOVABILI

1. I tratti caratterizzanti la normativa di settore	8.
2. L'incidenza della Politica Energetica Europea nella liberalizzazione del settore energetico in generale: un approccio in chiave storica per inquadrare l'attuale regime autorizzatorio.....	11.
3. La conferma e l'implementazione del modello liberale nel settore delle fonti di energia rinnovabile.....	18.
4. La Comunicazione di inizio lavori.	
4.1. La Comunicazione di inizio attività. Ricostruzione della disciplina giuridica (art. 6, comma 11, D. Lgs 28/2011).....	24.
4.2. (segue) L'ambito oggettivo di applicazione della Comunicazione di inizio lavori (art. 12 D.M. 10 settembre 2010).....	31.
4.3. (segue) La Comunicazione di inizio attività: tutela dell'istante e del terzo contro interessato.....	36.
5. La Procedura Abilitativa Semplificata.	
5.1. La Procedura Abilitativa Semplificata (P.A.S.). Aspetti procedurali (art. 6 D. Lgs. 28/2011 e art. 11 D.M. 10 settembre 2010).....	40.
5.2. (segue) L'ambito oggettivo di applicazione della P.A.S. (art. 12 D.M. 10 settembre 2010).....	47.
5.3. (segue) La natura giuridica della P.A.S.....	48.
5.4. (segue) Le conseguenze dell'assimilabilità della P.A.S. al silenzio assenso. Tutela dell'istante e del terzo controinteressato.....	58.
5.5. La giurisprudenza costituzionale sui titoli energetici minori.....	65.

6. L’Autorizzazione Unica (art. 12 D. Lgs. 387/2003 e art. 5 D. Lgs. 28/2011).....	70.
6.1. Profili procedurali	
6.1.1. Il Procedimento Unico (artt. 13, 14 e 15 D.M. 10 settembre 2010).....	79.
6.1.2. L’esercizio del potere di controllo e sanzionatorio (art. 44 D. Lgs. 28/2011). La giurisdizione esclusiva ed estesa al merito del Giudice amministrativo (art. 133, lett. o) e 134, lett. c) del c.p.a.....	87.
6.1.3. Il termine di conclusione del procedimento e la sua natura perentoria.....	89.
6.1.4. (segue) La tutela avverso il silenzio della P.A.....	93.
6.1.5. (segue) Il termine per ricorrere avverso il silenzio inadempimento.....	94.
6.1.6. (segue) Il sindacato giurisdizionale nel ricorso avverso il silenzio (art. 31, comma 3, c.p.a.).....	98.
6.1.7. (segue) Il diniego espresso sopravvenuto nel corso del giudizio avverso il silenzio (art. 117, comma 5, c.p.a.).....	104.
6.1.8. (segue) La struttura del rito avverso il silenzio e la natura giuridica del commissario <i>ad acta</i> nominato dal giudice della cognizione (art. 117, comma 2, c.p.a.).....	109.
6.1.9. (segue) I controinteressati nel ricorso avverso il silenzio (art. 117, comma 1, c.p.a.).....	114.
6.1.10. (segue) Il decorso del termine e la declaratoria di improcedibilità della domanda.....	119.
6.1.11. (segue) La sospensione del termine annuale per la proposizione della domanda.....	122.
6.1.12. (segue) L’applicabilità al procedimento unico delle disposizioni introdotte dall’art. 1 del D.L. 5/2012 nell’art. 2 L. 241/1990).....	123.
6.1.13. La conferenza di servizi. Natura e funzione.....	127.

6.1.14. (segue) La qualificazione in termini di conferenza di servizi decisoria operata dall'art. 15, comma 1, D.M. 10 settembre 2010.....	133.
6.1.15. (segue) Il carattere parzialmente <i>sui generis</i> della conferenza di servizi decisoria disciplinata dall'art. 14 D.M. 10 settembre 2010 non implica sostanziali modificazioni dal modello tradizionale.....	134.
6.1.16. (segue) L'individuazione delle amministrazioni chiamate a partecipare alla conferenza di servizi.....	138.
6.1.17. (segue) I profili di invalidità dell'autorizzazione unica per vizi attinenti alla regolare convocazione della conferenza di servizi e alla partecipazione delle amministrazioni portatrici di interessi sensibili.....	142.
6.1.18. (segue) La partecipazione dei soggetti privati alla conferenza di servizi.....	149.
6.1.19. (segue) Le modalità di assunzione della determinazione finale: la previsione del silenzio assenso (art. 14 ter, comma 7, L. 241/1990 post L. 15/2005), anche per gli interessi sensibili (post D.L. 78/2010). Necessità di una loro lettura costituzionalmente orientata.....	154.
6.1.20. (segue) Le modalità di assunzione della determinazione finale: la regola delle c.d. posizioni prevalenti (art. 14 ter, comma 6 bis, L. 241/1990 post L. 15/2005 e D.L. 78/2010).....	159.
6.1.21. (segue) Il procedimento aggravato a superamento del c.d. "dissenso qualificato" (art. 14 quater L. 241/1990).....	164.
6.1.22. (segue) Il procedimento della conferenza di servizi in caso di VIA e VAS.....	174.
6.1.23. Le condizioni di legittimità per l'esercizio della potestà di autotutela.....	178.
6.2. Profili Sostanziali	
6.2.1. Il contenuto e la natura giuridica dell'autorizzazione unica.....	182.
6.2.2. La competenza al rilascio dell'autorizzazione unica (art. 12, comma 3, D. Lgs. 387/2003, post art. 1, comma 158, L. 244/2007).....	193.

6.2.3. La distribuzione delle competenze legislative ed amministrative in materia di energia.....	199.
6.2.4. (segue) L'applicazione dal lato ascendente del principio di sussidiarietà al settore energetico (Corte Costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 6).....	202.
6.2.5. (segue) I temperamenti all'applicazione dal lato ascendente del principio di sussidiarietà derivanti dal principio di leale collaborazione (Corte Costituzionale, 14 ottobre 2005, n. 383).....	208.
6.2.6. (segue) Il riparto di competenze nel settore dell'energia prodotta da fonti rinnovabili e l'elaborazione del c.d. criterio della prevalenza (Corte Costituzionale, 27 marzo 2009, n. 88).....	215.
6.2.7. (segue) La giurisprudenza costituzionale in tema di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili. Rinvio alle principali questioni affrontate. La matrice internazionale e comunitaria della disciplina nazionale).....	223.
6.2.8. Il divieto di contingentamento alla produzione di energia elettrica derivante da fonti rinnovabili.....	226.
6.2.9. L'inserimento degli impianti nel paesaggio e l'individuazione delle aree non idonee (art. 12, comma 10, D. Lgs. 387/2003 e artt. 16 e 17 D.M. 10 settembre 2010). L'elaborazione del principio della massima diffusione delle energie rinnovabili ad opera della giurisprudenza costituzionale.....	231.
6.2.10. (segue) Il difficile contemperamento di interessi adottato dalla giurisprudenza costituzionale.....	240.
6.2.11. (segue) La prospettiva della giurisprudenza comunitaria e la necessità di procedere ad una ponderazione tra l'interesse allo sviluppo energetico e l'interesse alla conservazione della biodiversità (Corte di Giustizia, 21 luglio 2011, C-2/2010).....	243.
6.2.12. (segue) L'impostazione della giurisprudenza amministrativa. La cogenza delle Linee guida regionali e la perdurante centralità della motivazione	

per gli atti posti in essere dalle amministrazioni preposte alla tutela ambientale e paesaggistica in caso di non inclusione delle aree tra i siti non idonei.....	253.
6.2.13. (segue) Il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulla compatibilità paesaggistica degli impianti per la produzione di energia elettrica.....	261.
6.2.14. (segue) Ampiezza e intensità del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche, con particolare riferimento alla materia ambientale e paesaggistica.....	269.
6.2.15. La natura normativa delle Linee guida (Corte Costituzionale, 21 ottobre 2011, n. 275, punto 4) e il valore di norma interposta riconosciuto alle disposizioni tecniche (Corte Costituzionale, 27 gennaio 2014, n. 11, punto 6).....	277.
6.2.16. La risarcibilità del danno da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento (art. 14, comma 16, D.M. 10 settembre 2010).....	282.
6.2.17. Le Misure di compensazione. Nozione e inquadramento generale dell'istituto (art. 22 D. Lgs. 152/2006).....	292.
6.2.18. (segue) Le misure di compensazione nell'ambito del diritto energetico da fonti rinnovabili: dal divieto legislativo (art. 12, comma 6, D. Lgs. 387/2003; art. 1, comma 4, lett. f), L. 239/2004; art. 1, comma 5, L. 239/2003) alla loro ammissibilità (Allegato 2 al D.M. 10 settembre 2010).....	298.
6.2.19. (segue) La natura degli accordi che prevedono misure di compensazione.....	308.
 <i>Conclusioni</i>	 315.
<i>Bibliografia</i>	319.

I TITOLI ABILITATIVI PER LA REALIZZAZIONE DI IMPIANTI
VOLTI ALLA PRODUZIONE E ALLA VENDITA DI ENERGIA
ELETRICA DERIVANTE DA FONTI RINNOVABILI

1. I tratti caratterizzanti la normativa di settore.

Il sistema delineato dal legislatore concernente i titoli abilitativi richiesti per la realizzazione di impianti per la produzione di energia elettrica derivante da fonti rinnovabili risulta estremamente articolato a causa di plurimi fattori.

La disciplina, infatti, risente di un elevato tasso di tecnicità, peculiare del resto di tutto il diritto dell'energia, nonché della imprescindibile esigenza di contemperare una pluralità di interessi spesso tra loro confliggenti.

Sotto il primo profilo, infatti, il legislatore si trova costretto a rincorrere le repentine e celeri evoluzioni tecniche e tecnologiche sviluppate dall'ingegneria e, in generale, dalla ricerca fisica e, specificamente, termodinamica.

Sotto il secondo profilo, invece, lo stesso cerca di apprestare strumenti per un equo bilanciamento degli interessi economici, ambientali, paesaggistici e sanitari, cercando di comporre un conflitto che interessa non solo il tradizionale rapporto del privato con la P.A., ma anche i diversi livelli amministrativi tra di loro, fino a coinvolgere gli stessi privati, titolari di posizioni giuridiche spesso tutelate da precetti di rilevanza costituzionale.

Da questo punto di vista, l'istituto ritenuto dal legislatore più funzionale è stata la conferenza di servizi, in seno alla quale incardinare un procedimento unico nel quale fosse possibile sintetizzare le diverse istanze dei soggetti, pubblici e privati, coinvolti¹.

¹ Sulla conferenza di servizi, v. *infra* dal § 6.1.13 al § 6.1.22.

Accanto a questi due fattori consustanziali alla materia energetica, vi sono, a rendere il sistema ancor più complesso, la frammentarietà delle competenze tanto al livello legislativo quanto a quello amministrativo², nonché l'elevata incidenza del diritto europeo cui l'ordinamento italiano necessita di adeguarsi; infine, la contingente produzione normativa a carattere emergenziale ha contribuito a rendere il sistema estremamente instabile e di difficile sistematizzazione dogmatica.

La materia, infatti, rientra nella potestà legislativa concorrente di cui all'art. 117, comma 3, Cost., come più volte affermato dalla Corte Costituzionale, la quale giustamente riconosce l'attribuzione della potestà legislativa relativa alla materia della *produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*, ivi contenuta, anche alle Regioni; tuttavia, è proprio con riferimento alla legislazione (teoricamente) di dettaglio promanante dai Consigli regionali che si registra un imponente contenzioso innanzi alla Corte Costituzionale³.

Sotto il profilo delle competenze amministrative, invece, l'assetto normativo affida a vari soggetti il potere di emanare il provvedimento abilitativo; nonostante, infatti, in generale la competenza spetti alla Regione, è possibile che in determinate ipotesi lo stesso debba essere emanato dalla Provincia o anche dallo Stato stesso; il giudice amministrativo è stato chiamato, per tali motivi, a pronunciarsi sulla latitudine dei poteri attribuiti alla P.A. competente, soprattutto con riferimento al rapporto tra questa e le diverse amministrazioni competenti in materia ambientale, paesaggistica, sanitaria.

L'assetto della disciplina nazionale non può, poi, prescindere dall'adeguamento al diritto comunitario che anzi ha rappresentato in tempi recenti la base giuridica cui sono seguiti gli interventi del legislatore nazionale; base giuridica rappresentata non solo dagli strumenti normativi tradizionali,

² Sulla ripartizione delle competenze legislative in materia energetica, v. *infra* dal § 6.2.3 al § 6.2.6.

³ Sulla giurisprudenza costituzionale avente ad oggetto i rapporti tra i diversi livelli di competenza legislativa, v. in particolare *infra* al § 6.2.6.

quali la direttiva, ma anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dai principi⁴; ad esempio, sulla base del principio di proporzionalità e del 12° *Considerandum* alla Direttiva 2003/54/CE, gli stessi procedimenti amministrativi si differenziano, graduandosi nella loro complessità, a seconda della tipologia dell'impianto e della sua potenza nominale di produzione (misurata in Watt e suoi multipli, W), sicché accanto ad un procedimento autorizzatorio tradizionale sono disciplinati un procedimento abilitativo semplificato e una mera comunicazione di inizio attività già di per sé abilitante.

Infine, giova evidenziare come i recenti sviluppi della materia siano stati la conseguenza della contingente crisi economica e finanziaria; la produzione del diritto a carattere emergenziale, caratterizzata cioè dalla decretazione d'urgenza, ha visto coinvolto più il Governo (*rectius*: i Governi) che il Parlamento, senza che fosse possibile dare alla disciplina un assetto stabile e coeso. Attualmente, infatti, non esiste, a differenza di altri Stati, un *corpus* normativo unico, non solo per il diritto dell'energia ma nemmeno per la (concettualmente più ristretta) branca dell'energia elettrica prodotta dallo sfruttamento delle fonti rinnovabili. La stessa disciplina dei titoli abilitativi, addirittura, è sparsa tra il D. Lgs. 387/2003, il D. Lgs. 28/2011 e il D.M. 10 settembre 2010 (c.d. Linee Guida).

Ne risulta, pertanto, un assetto tutt'altro che unitario, ove la giurisprudenza è intervenuta solo su alcuni aspetti puntuali della materia; d'altro canto, neppure la dottrina ne ha tentato un'elaborazione sistematica e unitaria.

Tuttavia, è ben possibile connettere le specificità della disciplina agli istituti di carattere generale, i quali, oltre a costituire le categorie dogmatiche cui ricondurre concettualmente le figure specializzanti la normativa di settore, si rivelano essere, altresì, gli strumenti grazie ai quali risolvere le molte

⁴ Una questione in tal senso rilevante è rappresentata dalla tensione tra l'interesse allo sviluppo energetico e quello alla conservazione della biodiversità; al riguardo, la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi in sede di rinvio pregiudiziale, v. *infra* al § 6.2.11.

questioni che si presentano all'interprete e che necessariamente richiedono una soluzione coerente ed appagante.

2. L'incidenza della Politica Energetica Europea nella liberalizzazione del settore energetico in generale: un approccio in chiave storica per inquadrare l'attuale regime autorizzatorio.

Per comprendere la natura giuridica dei titoli abilitativi ed inquadrarli all'interno di categorie dogmatiche di parte generale, occorre considerare il contesto comunitario in prospettiva diacronica, per lo meno attraverso la contestualizzazione storico-economica di quegli atti normativi che hanno rappresentato la base giuridica per l'evoluzione della materia in Italia.

Fino al Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, la politica energetica in ambito comunitario assumeva carattere frammentario, dal momento che, in origine, essa era fondamentalmente estranea alla competenze attribuite col Trattato di Roma del 25 marzo 1957 alla neo istituita Comunità Economica Europea (CEE).

In realtà, su iniziativa dei politici francesi Jean Monnet, già Segretario della Società delle Nazioni, e Robert Schumann, allora Presidente del Consiglio della Repubblica Francese, nonché a seguito della Dichiarazione di Schumann (o Piano Schumann) del 9 maggio 1950, già prima della nascita della CEE, veniva istituita, con il Trattato di Parigi del 18 aprile 1951, la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), al fine di mettere in comune la produzione di queste due tanto importanti materie prime tra Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Francia, Germania ed Italia.

La scelta del settore carbo-siderurgico era giustificata da molti fattori: innanzitutto, la posizione dei principali giacimenti delle risorse, situati in una zona di confine piuttosto ampia tra Francia e Germania (Bacino della Ruhr, Alsazia e Lorena) zona, tra l'altro, oggetto di numerosi e sanguinosi conflitti

bellici passati, tra cui la Prima Guerra Mondiale. Inoltre, poiché l'oggetto dell'accordo era rappresentato da una risorsa fondamentale per la produzione di armamenti e materiale bellico, l'accordo avrebbe, pertanto, impedito un riarmo segreto alle nazioni coinvolte.

Il trattato instaurò un mercato comune del carbone e dell'acciaio, sopprimendo i diritti di dogana e le restrizioni quantitative che frenavano la libera circolazione di queste merci; sopprese, nello stesso modo, tutte le misure discriminatorie, aiuti o sovvenzioni che erano accordati dai vari Stati alla propria produzione nazionale. Il principio di libera concorrenza permetteva il mantenimento dei più bassi prezzi possibili, pur garantendo agli Stati il controllo sugli approvvigionamenti. Il mercato venne aperto il 18 febbraio 1953 per il carbone ed il 1° maggio dello stesso anno per l'acciaio. Tali scopi venivano perseguiti mediante il rinvio della politica specifica di ciascuno Stato alla comunità nascente, con una parziale abdicazione della propria sovranità in questo limitato settore; il Trattato di Parigi venne sciolto solo nel 2002.

Formalmente ancora in vigore è, invece, l'altro Trattato con cui le istituzioni comunitarie delle origini decisero di instaurare una politica comune in un settore energetico specifico; si tratta del (secondo) Trattato di Roma del 25 marzo 1957 istitutivo della Comunità Europea dell'Energia Atomica (CEEA o Euratom), il cui scopo primario era il coordinamento dei programmi di ricerca degli Stati firmatari relativi all'energia nucleare civile, per assicurare un uso pacifico della medesima dopo le atroci conseguenze subite dalle città giapponesi di Hiroshima e Nagasaki.

Benché si trattasse di un'entità separata, suscettibile di durata illimitata nel tempo, l'organizzazione della CEEA (a seguito del Trattato del 1° gennaio 1967) è stata totalmente integrata, prima in quella della CEE, per poi confluire in quella dell'Unione Europea; con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht,

infatti, la CEEA ha formato insieme a CEE e CECA uno dei c.d. "tre pilastri" dell'Unione europea.

Se il contesto giuridico istituzionale si mantenne in questi termini fino al 1992, non vanno dimenticati, tuttavia, gli effetti sulla politica energetica comunitaria, derivante dalla Crisi Petrolifera del 1973, dovuta principalmente alla improvvisa e inaspettata interruzione del flusso di approvvigionamento del petrolio con un drastico calo delle forniture da parte degli Stati appartenenti all'Organizzazione dei Paesi Esportatori di Petrolio (OPEC) verso le nazioni occidentali importatrici, a causa essenzialmente dello scoppio della Guerra del Kippur avvenuto il 6 ottobre del 1973 tra Egitto e Siria, da una parte, ed Israele, dall'altra.

In quell'occasione furono evidenti il rischio derivante dalla eccessiva dipendenza energetica dagli Stati produttori di greggio, particolarmente instabili per i motivi politici più svariati, e la conseguente necessità di una diversificazione della bilancia energetica, soprattutto in favore di altre fonti di approvvigionamento tra cui il gas naturale, l'energia atomica e le fonti rinnovabili.

Soprattutto, le istituzioni comunitarie, a diritto invariato, mutarono impostazione, attraverso il delinearsi, ancorché in forma non strutturata e non vincolante, di una politica energetica comune, principalmente attraverso atti di *soft law*, quali le Raccomandazioni della Commissione europea e le Risoluzioni del Parlamento europeo, la cui produzione si intensificò in occasione della nuova crisi energetica del 1979, dovuta alla rivoluzione Komheïnista in Iran, che portò all'instaurazione della Repubblica Islamica dell'Iran⁵.

Con l'Atto Unico Europeo del 1986 si assiste ad un mutamento di prospettiva.

⁵ Sul tema delle crisi energetiche degli anni '70 e sul loro impatto nella politica energetica europea, anche nel senso di un primo approccio della politica al tema delle fonti rinnovabili v. BARRY COMMONER, *La povertà di potere*, Garzanti Editore, 1976

Quest'ultimo, per quanto non contenesse espresse disposizioni in materia energetica, ha contribuito ad accrescere l'incidenza e le prospettive di ampliamento della normativa comunitaria, ponendosi, inoltre, l'obiettivo di realizzare un libero mercato nel quale fosse garantita la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali.

In tal modo si cercava, pertanto, di dare un impulso all'attività della Commissione europea, indirizzandola verso la realizzazione di un mercato interno anche in materia di energia⁶.

Parallelamente, il Consiglio europeo, il 16 settembre 1986, adottava una Risoluzione nella quale veniva sottolineata espressamente la necessità di una *“maggiore integrazione del mercato interno dell'energia, liberato dagli ostacoli agli scambi, al fine di migliorare la sicurezza dell'approvvigionamento, di ridurre i costi e di rinforzare la competitività”*⁷.

E' in questi anni che comincia ad attribuirsi un peso più rilevante alle implicazioni ambientali che il consumo di energia comporta.

Nella prima metà degli anni Novanta si assiste ad una iniziale cristallizzazione dei poteri della comunità in ambito energetico nonché ad una forte integrazione tra politica energetica e politica ambientale.

Finalmente, con il Trattato di Maastricht del 1992 sull'Unione Europea, l'art. 3 del TCE veniva previsto che la Comunità potesse adottare *“misure in materia di energia”*, senza che, tuttavia, venisse attribuita una specifica competenza alle Istituzioni.

In aggiunta, l'art. 154 TCE specificava che la Comunità europea *“concorre alla costituzione e allo sviluppo di reti transeuropee nei settori delle infrastrutture, dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia”*.

⁶ Sul punto, S. QUADRI, *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore delle energia rinnovabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 3-4; nonché B. POZZO, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in *Riv. giur. ambiente* 2009.

⁷ Consiglio europeo, Risoluzione del 16 settembre 1986 relativa a nuovi obiettivi comunitari di politica energetica per il 1995 e alla convergenza delle politiche degli Stati membri in G.U. n. 241 del 25 settembre 1986.

Con tali disposizioni, se, da un lato, vengono concessi nuovi e più ampi poteri alla Comunità europea sia in campo energetico che in altri settori, dall'altro si avverte sempre di più l'esigenza di una maggiore tutela nei confronti dell'ambiente. È, con questi propositi, che si inserisce il nuovo art. 174 TCE, il quale introduce il concetto di "*crescita sostenibile che rispetti l'ambiente*" fra i compiti della Comunità.

Allo stesso tempo, i Consigli congiunti Energia e Ambiente dell'ottobre 1990, del dicembre 1991 e dell'aprile 1993 provvedevano allo sviluppo di azioni strategiche volte al coordinamento fra politica energetica ed ambientale.

Tali attività sono confluite poi nel Libro Bianco sulla politica energetica per l'Unione Europea⁸.

Grazie ad estese consultazioni tra il Consiglio, il Parlamento e le varie parti interessate si è riusciti a definire l'ambiente, la competitività e la sicurezza dell'approvvigionamento come i tre pilastri della politica dell'energia, contribuendo all'individuazione di obiettivi nell'ottica di uno sviluppo sostenibile.

In questo contesto, nonostante il Trattato di Maastricht non avesse attribuito specifiche competenze alle Istituzioni comunitarie (dovendosi attendere fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona per vedere consacrata nel Titolo XXI del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e nell'art.194 TFUE una specifica attribuzione in materia di energia), cominciava a delinearsi una più organica politica energetica, attuata sin dagli anni '90 attraverso gli strumenti della Direttiva e del Regolamento, sia pur finalizzata ad una liberalizzazione regolamentata del mercato dell'energia elettrica e del gas.

L'attività di produzione e vendita dell'energia elettrica veniva sottratta con la Direttiva 1996/92/CE al regime di monopolio legale che sin dalla Legge 6

⁸ *Una politica energetica per l'Unione europea - Libro bianco della Commissione Europea*, COM (1995) 682 def.

dicembre 1962, n. 1642, istitutiva dell'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica, aveva caratterizzato il settore.

In realtà, la Direttiva 1996/92/CE (norme comuni per il mercato dell'energia elettrica) offriva ai Paesi membri due modelli alternativi per disciplinare l'attività di produzione di energia elettrica: l'art. 5 prevedeva un sistema autorizzatorio puro, dove i titoli abilitativi dovevano essere rilasciati sulla base di criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori, nell'ottica di un'autentica liberalizzazione nel mercato; invece, l'art. 6 prevedeva un sistema basato sul rilascio del titolo abilitativo attraverso una procedura ad evidenza pubblica, definita nelle modalità dalla medesima disposizione, in un contesto, dunque, diverso, vale a dire di c.d. liberalizzazione *per* il mercato⁹.

Il legislatore nazionale, con il D. Lgs. 79/1999 (c.d. Decreto Bersani), nel recepire la Direttiva 1996/92/CE, opta con l'art. 1 per il regime di liberalizzazione *nel* mercato, stabilendo con estrema chiarezza che "*le attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica sono libere*" e prevedendo nell'art. 8, comma 3, un sistema di autorizzazioni unificate e semplificate per la costruzione e l'esercizio di nuovi impianti per la produzione di energia elettrica derivante da fonti convenzionali, nonché per la modifica od il ripotenziamento di impianti già esistenti (la cui concreta definizione veniva demandata a regolamenti successivi); in ogni caso, poi, il diniego deve essere fondato su motivi obiettivi e non discriminatori¹⁰.

Con riferimento all'attività di produzione dell'energia elettrica (ma analogamente con riferimento a quella di vendita, acquisto, importazione ed esportazione), l'opzione della liberalizzazione nel mercato veniva confermata,

⁹ La locuzione è stata coniata da A. PACE, *Libertà del mercato e nel mercato*, in *La Costituzione economica (Ferrara, 11-12 ottobre 1991)*, Padova, 1997.

¹⁰ Diversa è stata la scelta con riferimento alle altre attività della filiera, vale a dire con riferimento alle attività di trasmissione, dispacciamento e distribuzione dell'energia elettrica, affidate ad un regime di tipo concessorio, diversamente disciplinato, da un lato, con riferimento alla trasmissione e al dispacciamento e, dall'altro, con riferimento alla distribuzione a livello locale: art. 7, Direttiva 1996/92/CE e artt. 7 ss., D. Lgs. 97/1999.

in ambito comunitario con la Direttiva 2003/54/CE e, in ambito nazionale, con la Legge 237/2004 (c.d. Legge Marzano) di ricezione della medesima, sicché può affermarsi che già nel 1999 il legislatore italiano inquadrava tali attività economiche come attività di libera impresa, sottraendole con ciò alla riserva del monopolio legale e ai regimi di privativa; si passava, in tal modo, dall'assoggettamento della materia all'art. 43 Cost. alla sua riconduzione nell'alveo dell'art. 41 Cost¹¹.

Il modello liberale veniva scelto per una pluralità di fattori non esclusivamente di carattere economico.

Le motivazioni sono peraltro variamente rintracciabili nei *Consideranda* di cui alle Direttive citate: non solo garantire il buon funzionamento del mercato interno in uno spazio economico e politico senza frontiere per la libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali (nel contesto di un'economia basata sul libero gioco della concorrenza), ma anche per garantire un aumento di efficienza nella produzione, nella trasmissione e nella distribuzione dell'energia elettrica, favorendo l'interconnessione e l'interoperatività delle reti, nonché per assicurare il fondamentale assolvimento degli obblighi di servizio pubblico a protezione degli utenti, garantiti, in tal modo, dalla continuità e regolarità dell'approvvigionamento, accessibile a tariffe tendenzialmente più basse, e dalla protezione dell'ambiente, col fine ulteriore di realizzare l'obiettivo comunitario della coesione economica e sociale.

Si tratta di un modello ambizioso che intende tenere insieme interessi fra loro eterogenei, i quali, proprio a causa della loro diversità, possono però porsi in reciproca tensione.

¹¹ Sul rapporto tra l'art. 41 Cost. e l'art. 43 Cost., si rinvia a A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, 1982, vol II; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962; M. GIAMPIERETTI, *Art. 41*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. BERTOLE e R. BIN, Padova, 2008.

3. *La conferma e l'implementazione del modello liberale nel settore delle fonti di energia rinnovabile*

Il settore della produzione di energia elettrica derivante da fonti rinnovabili nasce come *species* rispetto al *genus* della produzione di energia elettrica come fino ad allora intesa (derivante per la quasi totalità da fonti c.d. convenzionali, quali petrolio, carbone, gas naturale), sicché già in sede di ricezione della Direttiva 1996/92/CE il modello della liberalizzazione *nel* mercato contenuta nell'art. 1 D. Lgs. 79/1999 valeva anche per esso.

Il fatto che nel c.d. decreto Bersani fossero contenute delle disposizioni anche per il settore delle energie non convenzionali (segnatamente, l'art. 11 rubricato proprio *Energia elettrica da fonti rinnovabili* e l'art. 15 recante *Norme transitorie in materia di fonti rinnovabili*, tutt'ora vigenti) dimostra che, almeno per un periodo di tempo limitato, quanto disposto dalla nuova disciplina sarebbe valso, compatibilmente alle diversità strutturali e tecniche delle fonti di energia, per tutto il mercato interno dell'energia elettrica.

Oltre alla liberalizzazione, tuttavia, il legislatore già poneva le basi giuridiche per lo sviluppo della produzione di energia elettrica non convenzionale; pertanto, con l'art. 11, comma 1, statuiva che: "*Al fine di incentivare l'uso delle energie rinnovabili, il risparmio energetico, la riduzione delle emissioni di anidride carbonica e l'utilizzo delle risorse energetiche nazionali, a decorrere dall'anno 2001 gli importatori e i soggetti responsabili degli impianti che, in ciascun anno, importano o producono energia elettrica da fonti non rinnovabili hanno l'obbligo di immettere nel sistema elettrico nazionale, nell'anno successivo, una quota prodotta da impianti da fonti rinnovabili entrati in esercizio o ripotenziati*".

Si noti che gli obiettivi appalesati nella disposizione andavano ben oltre la scelta di politica economica nel senso della liberalizzazione nel mercato, giacché venivano inserite motivazioni ulteriori, ancorché perfettamente

compatibili, rispetto alla logica concorrenziale, consistenti proprio nella riduzione delle emissioni di anidride carbonica e nell'utilizzo di risorse nazionali, con il deliberato fine di frenare l'eccessiva dipendenza energetica dall'estero.

Al successivo comma 4, viene introdotto lo strumento, funzionale a questa scelta in favore di una produzione energetica alternativa, del c.d. obbligo prioritario di dispacciamento e prelievo gravante sul gestore della rete di trasmissione nazionale (*ex lege* individuato nella società Terna s.p.a., interamente a capitale pubblico); ancora, al comma 5, per la prima volta, vengono menzionati, con disposizione positiva, gli obiettivi del Protocollo di Kyoto (ancor prima, cioè, della L. 120/2002 di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale)¹².

Tuttavia, a partire dal 2003 (allorché occorre recepire la Direttiva 2001/77/CE) la branca del diritto dell'energia derivante da fonti rinnovabili veniva ad assumere caratteristiche proprie, trovando una disciplina specifica, soprattutto con riferimento ai titoli abilitativi per realizzazione e la messa in esercizio degli impianti di produzione.

In questo senso, le fonti legislative rilevanti per questa nuova materia, parallela in ogni caso a quella successiva al D. Lgs. 79/1999, sono rappresentate, oltre che dalla L. 10/1991 (che per prima definiva gli impianti di produzione "*di pubblico interesse e di pubblica utilità*", ai fini dell'applicazione delle disposizioni dell'allora Legge Merloni sui lavori pubblici), dal D. Lgs. 387/2003, di ricezione della Direttiva 2001/77/CE, dal D. Lgs. 28/2011, di ricezione della Direttiva 2009/28/CE e dal D.M. 10 settembre 2010 (c.d. Linee Guida).

A conferma di questa conquistata autonomia della materia, il legislatore ha preferito ribadire la scelta pro concorrenziale - ancorché non fosse in realtà

¹² Del resto, già il terzo *Considerandum* della Direttiva 2001/77/CE intendeva confermarsi al Protocollo di Kyoto, di cui alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, nonché dei c.d. pacchetti di politiche intese ad onorare tali impegni.

necessario - stabilendo all'art. 1 D.M. 10 settembre 2010 che *"L'attività di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili si inquadra nella disciplina generale della produzione di energia elettrica ed è attività libera, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico, ai sensi dell'art. 1 del decreto legislativo n. 79 del 1999. A tale attività si accede in condizioni di eguaglianza, senza discriminazione nelle modalità, condizioni e termini per il suo esercizio"*.

Ciò significa che l'ordinamento comunitario prima e il legislatore nazionale poi hanno inteso inquadrare l'attività di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili come libera attività d'impresa, avente copertura costituzionale nell'art. 41 Cost., ed in quanto tale, assoggettata esclusivamente ad un regime autorizzatorio.

E' in questo senso che, infatti, l'art. 6 Direttiva 2001/77/CE aveva stabilito che i Paesi membri dovessero rivalutare le procedure autorizzative, nell'ottica della rimozione agli ostacoli normativi, col deliberato fine di aumentare la produzione di energia da fonti non convenzionali.

In questa sede, allorché si intenda condurre un'analisi approfondita sui titoli abilitativi per la realizzazione e la gestione degli impianti di produzione, basti rilevare che la riconduzione di tale attività imprenditoriale nell'alveo dell'art. 41 Cost. comporta che le stesse non possano essere riservate, in nessuna forma, agli Enti locali o allo Stato, come neppure che possano essere soggette a regimi di privativa pubblica o privata.

E infatti, il medesimo art. 1 del D.M. 10 settembre 2010, dopo aver confermato la liberalizzazione del settore, afferma che: *"non possono essere indette procedure pubblicistiche di natura concessoria, aventi ad oggetto l'attività di produzione di energia elettrica"*, dal momento che si tratta, prosegue la disposizione, *"di attività economica non riservata agli Enti locali e non soggetta a regime di privativa"*.

Da questa disposizione di principio discendono alcune conseguenze ben precise, rilevanti già per un primo inquadramento dei titoli abilitativi, vale a dire:

a) l'illegittimità di procedure ad evidenza pubblica per l'ottenimento di un titolo di natura concessoria, laddove si tratti, ovviamente, di impianto da realizzare su area del richiedente¹³.

b) la legittimità di procedure per la selezione di un soggetto privato, cui concedere, a titolo oneroso, la gestione di un impianto di proprietà dell'Ente Pubblico (tradizionalmente un Ente locale, come il Comune, la Provincia, la Comunità Montana, ma anche, ad esempio, un Consorzio di Comuni costituitosi *ad hoc* per lo sfruttamento di un'area ricadente nei rispettivi territori di competenza), trattandosi, in tal caso di una tradizionale concessione di bene pubblico, eventualmente accompagnata dall'intento dell'Ente locale di esercitare esso stesso un'attività imprenditoriale (avente ad oggetto proprio la produzione di energia elettrica), lecita se svolta all'interno di un mercato concorrenziale (dove, cioè, almeno astrattamente vi sono altri operatori che sono legittimati a svolgere la medesima attività).

Si tenga presente, che, a differenza del comma 1 dell'art. 1 D.M. 10 settembre 2010 (che espressamente qualifica come libera l'attività di produzione di energia elettrica e che, pertanto, assume valore meramente ricognitivo), la disposizione contenuta nel comma 3 riveste valore innovativo, dal momento che prima della sua entrata in vigore non era affatto pacifico né in dottrina, né in giurisprudenza la validità dei due corollari menzionati.

Tra le pronunce che, *ante litteram*, erano già pervenute a tali risultati sistematici preme ricordare TAR, Puglia, Sez. I, 1° aprile 2008, n. 709, in base al quale "*l'ordinamento comunitario e quello nazionale non ammettono*

¹³ Diverso è il caso in cui, ad esempio, il Comune decida di indire una gara avente ad oggetto la costruzione e la gestione di un impianto su area di proprietà comunale, accompagnando eventualmente l'aggiudicazione del contratto alla costituzione di un diritto di superficie in favore dell'aggiudicatario stesso.

procedure pubblicistiche di natura concessoria a presidio dell'attività di produzione di energia elettrica da fonti tradizionali o rinnovabili. La costruzione e l'esercizio di impianti per l'energia elettrica eolica sono libere attività di impresa soggette alla sola autorizzazione amministrativa della Regione, [...], al più, sarebbe dato ai Comuni di concedere a titolo oneroso l'uso esclusivo di aree di loro proprietà, destinata all'installazione di impianti di aereogenerazione, secondo il consueto regime di occupazione e sfruttamento dei beni pubblici"

Posto che il modello della liberalizzazione nel mercato (di cui all'art. 41, comma 1, Cost.) costituisce la regola generale nel settore della produzione di energia elettrica, occorre segnalare che non è, tuttavia, del tutto esclusa una qualche forma di attività pianificatoria o programmatica, inquadrabile nel contesto dell'art. 41 Cost., commi 2 e 3, limitatamente però, come dispone l'art. 1, comma 2, del D.M. 10 settembre 2010 "*all'installazione di specifiche tipologie di impianti ed esclusivamente nell'ambito e con le modalità di cui al Paragrafo [recte: articolo] 17*"; si tratta dell'attività pianificatoria, posta in essere attraverso atti amministrativi generali dalle Regioni e dalle Province autonome, avente ad oggetto "*l'indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di particolari impianti*" (fondamentalmente eolici) esclusivamente, però, sulla base dei criteri di cui all'Allegato 3 allo stesso D.M. 10 settembre 2010, col fine deliberato non di "*rallentare la realizzazione degli impianti, bensì [di] offrire agli operatori un quadro certo e chiaro di riferimento e di orientamento per la localizzazione dei progetti*"¹⁴.

Prevedendo una teoricamente limitata attività pianificatoria, il legislatore cerca di offrire uno strumento per contemperare i diversi interessi sottesi, da un

¹⁴ Sul rapporto, a livello sistematico, tra liberalizzazione, regolazione, pianificazione e programmazione, nonché riserva pubblica si rinvia a M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'attività economica privata*, Giuffrè, 2011 e F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, 2014. In particolare, sull'inserimento degli impianti nel paesaggio e sull'individuazione delle aree e dei siti non idonei, v. *infra* dal § 6.2.9 al § 6.2.14.

lato, all'attività di produzione di energia elettrica e, dall'altro, alla razionale organizzazione del territorio, coordinandoli altresì con l'altrettanto importante pianificazione paesaggistica, nonché favorendo il minor impatto ambientale¹⁵.

Stabilito che l'attività di produzione di energia elettrica, in generale, gode della protezione costituzionale sancita dalla libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41, comma 1, Cost., occorre evidenziare che il regime, sempre in generale, scelto dal legislatore nazionale è quello tipico del provvedimento autorizzatorio, sicché la posizione giuridica soggettiva del privato continua ad essere quella di interesse legittimo, posto che il precetto costituzionale, con la dizione "*l'iniziativa economica privata è libera*" non sancisce la natura di diritto (soggettivo) della posizione giuridica di colui che ambisce all'esercizio della attività economica privata ma si limita a garantirne la libertà¹⁶.

A ben vedere, però, il regime autorizzatorio puro subisce delle deroghe importanti, quanto meno sul piano sistematico, giacché l'ultimo periodo dell'art. 1 D.M. 10 settembre 2010 statuisce che "*restano ferme le procedure concorrenziali per l'attribuzione delle concessioni di derivazione d'acqua e per l'utilizzo dei fluidi geotermici*", la prima indispensabile per lo sfruttamento dell'energia idroelettrica¹⁷ e la seconda per quella geotermica, entrambe appartenenti al novero delle fonti rinnovabili¹⁸.

¹⁵ Si tratta, a ben vedere, della pietra angolare di una disciplina che vede spesso la contrapposizione non solo di interessi pubblici diversi tra loro e spesso irrimediabilmente contrapposti, ma anche il confliggere di posizioni giuridiche soggettive in capo agli stessi privati.

¹⁶ Sulla natura dell'Autorizzazione Unica di cui all'art. 12 del D. Lgs. 387/2003, v. *infra* al § 6.2.1.

¹⁷ La disciplina sulle concessioni idroelettriche è contenuta nell'art. 12 D. Lgs. 79/1999, su cui peraltro sono intervenuti il D.L. 1/2012 conv. con mod. nella L. 27/2012 (c.d. Cresci Italia) e il D.L. 83/2012 conv. con mod. nella L. 134/2012 (c.d. decreto Sviluppo o decreto Passera).

¹⁸ La disciplina sul permesso di ricerca e la concessione di coltivazione di fluidi geotermici è contenuta nel D. Lgs. 22/2010; si veda, per un completo quadro della disciplina, A. DONATO, A. SANTILANO, G. LOMBARDO, D. BRUNO, *Quadro normativo e iter autorizzativo per la ricerca e la coltivazione di risorse geotermiche*, 2013, in www.dailyenmove.it.

Ancora, al fine di semplificare i tradizionali modelli procedurali volti all'emanazione di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, con l'art. 6 del D. Lgs. 28/2011 sono stati introdotti la Procedura Abilitativa Semplificata e la Comunicazione di Inizio Lavori, sicché la riflessione sulla posizione giuridica soggettiva e sul modello scelto dal legislatore merita quanto meno un approfondimento¹⁹.

Pertanto, l'analisi sui titoli abilitativi seguirà la tripartizione scelta dal legislatore, distinguendo con riferimento a ciascuno di essi i profili procedurali da quelli sostanziali e analizzando le questioni che hanno formato oggetto di dibattito alla luce degli istituti di parte generale, ai quali ricondurre le diverse fattispecie previste dalla legislazione di settore.

4.1 *La Comunicazione di inizio attività. Ricostruzione della disciplina giuridica (art. 6, comma 11, D. Lgs 28/2011).*

Prevista in generale dall'art. 11, comma 6, D. Lgs. 28/2011 la Comunicazione di inizio attività (C.I.A.) rappresenta, più che un titolo abilitativo emesso da una P.A., l'adempimento amministrativo che legittima l'interessato (proprietario, comproprietario o avente titolo dai medesimi²⁰) all'esecuzione di lavori da ricondurre alla c.d. edilizia minore, in quanto volti all'installazione di particolari impianti che per la loro potenza o le loro caratteristiche strutturali non richiedono il compimento di un'istruttoria complessa, né l'emanazione di un provvedimento amministrativo all'esito di un procedimento tradizionalmente inteso.

¹⁹ Sulla natura della Procedura Abilitativa Semplificata, v. *infra* al § 5.3.

²⁰ Secondo Cons. Stato, IV Sez., 19.6.2014, n. 3112 il titolo legittimante può consistere anche in un contratto preliminare, dal momento che "*la circostanza che la norma evochi genericamente un titolo, da un lato, e la possibilità di ottenere una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., dall'altro, inducono a concludere per la sua idoneità*"; analogamente, con riferimento al contratto preliminare di superficie, v. Cons. Stato, V Sez., 2.7.2012, n. 3860.

Sottende fattispecie che, secondo la valutazione del legislatore nazionale e regionale, non richiedono l'esercizio di una potestà amministrativa piena e che, pertanto, possono dirsi totalmente liberalizzate, sì da configurare, con tutta probabilità, in capo al soggetto privato una posizione giuridica di diritto soggettivo piena.

Propria del diritto urbanistico, l'espressione "*attività edilizia libera*", di cui all'art. 6 D.P.R. 380/2001 (recante *Testo Unico in materia Edilizia*, T.U.Ed.), significava originariamente esenzione (totale) da adempimenti formali per intraprendere alcuni interventi edilizi minori, senza titolo edilizio, purché nel rispetto della disciplina urbanistica sostanziale²¹.

Tuttavia, l'art. 6 T.U.Ed., a seguito della sua completa riformulazione avvenuta con l'art. 5 D.L. 40/2010 conv., con mod., nella L. 73/2010, prevede accanto alla originaria attività edilizia libera, anche altre fattispecie per le quali lo *ius aedificandi* viene subordinato ad alcuni adempimenti ulteriori e diversi tra loro; sulla loro definizione sono, in seguito, intervenuti l'art. 13-*bis* D.L. 83/2012 conv., con mod., nella L. 134/2012, l'art. 30 D.L. 69/2013 conv., con mod., nella L. 98/2013 e l'art. 17 D.L. 133/2014, conv., con mod., nella L. 164/2014, con la finalità di alleggerire, o meglio rimodulare, gli oneri amministrativi cui è soggetta l'attività edilizia e, dunque, rilanciare un settore fortemente colpito, da un lato, dalla crisi finanziaria ed immobiliare degli ultimi cinque anni e, dall'altro, dalla pressione fiscale gravante sugli stessi patrimoni immobiliari²².

Attualmente, pertanto, sotto la rubrica attività edilizia libera, sono individuabili tre differenti regimi; e, non essendo chiaro a quale di questi l'art. 6,

²¹ Cass. Pen., Sez. III, 7.4.2011, n. 19316.

²² Il risultato è una disciplina estremamente complessa, nella quale i caratteri della generalità ed astrattezza vengono fortemente messi in discussione e che ha ingenerato un notevole contenzioso proprio con riferimento alla riconduzione di uno specifico intervento edilizio ad uno o ad un altro regime ivi previsto, nonché una prassi degli uffici amministrativi quanto mai variegata ed imprevedibile, con evidenti ricadute sul piano della certezza del diritto, in palese dissonanza con le deliberate finalità di rilancio dell'economia.

comma 11, D. Lgs. 28/2011 faccia riferimento, è necessario analizzarli singolarmente per individuare quell'*eadem ratio* in grado di consentire l'*analogia iuris*.

1. Al comma 1 sono previsti i casi in cui l'attività edificatoria continua ad essere, come era nella formulazione originaria della disposizione, puramente libera, senza bisogno di alcuna specifica formalità, né *a fortiori* di titolo abilitativo, purché siano rispettate le prescrizioni degli strumenti di pianificazione urbanistica (Piano Regolatore Generale e Piani Particolareggiati), nonché i Regolamenti edilizi, adottati dal Comune.

Si tratta delle attività di manutenzione ordinaria²³; delle opere volte alla eliminazione di barriere architettoniche (purché non comportino la realizzazione di rampe, ascensori esterni o manufatti che alterino la sagoma dell'edificio); delle opere temporanee per l'attività di ricerca nel sottosuolo che abbiano carattere geognostico eseguite in aree esterne al centro edificato e che non riguardino attività di ricerca di idrocarburi; i movimenti di terra strettamente pertinenti all'esercizio di attività agricola e pratiche silvo-pastorali; le serre mobili stagionali funzionali all'attività agricola, purché sprovviste di strutture in muratura²⁴.

2. Al comma 2 sono previsti i casi in cui l'attività edificatoria è subordinata alla Comunicazione di Inizio Attività in Edilizia Libera (C.I.A.E.L.) indirizzata al Comune territorialmente competente²⁵, purché siano rispettate le prescrizioni

²³ L'ipotesi di cui all'art. 6, comma 1, lett. a), T.U.Ed costituisce l'attività di edilizia libera più importante, per la cui definizione provvede, non senza evitare questioni di carattere qualificatorio, l'art. 3, comma 1, lett. a) T.U.Ed. per il quale si definiscono interventi di manutenzione ordinaria "*gli interventi edilizi che riguardano le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici e quelle necessarie ad integrare o mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti*".

²⁴ Si osservi che, se le condizioni ivi previste non trovano precisa corrispondenza, il regime è quello della Segnalazione Certificata di Inizio Attività.

²⁵ L'ufficio competente alla ricezione delle Comunicazioni è lo Sportello Unico per l'Edilizia, previsto, nel contesto della semplificazione amministrativa, dall'art. 5 T.U.Ed. ma ciascun Comune, nell'esercizio della propria discrezionalità organizzativa, può prevedere ulteriori

degli strumenti urbanistici comunali e dei regolamenti edilizi. Si tratta di opere dirette a soddisfare esigenze contingenti e temporanee, per poi essere immediatamente rimosse al cessare della necessità e, comunque, entro un termine non superiore a novanta giorni; opere di pavimentazione e di finitura di spazi esterni, anche per aree di sosta, che siano contenute entro l'indice di permeabilità, ove stabilito dallo strumento urbanistico comunale²⁶; i pannelli solari, fotovoltaici, a servizio degli edifici, da realizzare al di fuori della zona A) di cui al Decreto del Ministro per i Lavori Pubblici 2 aprile 1968, n. 1444 (vale a dire le zone del centro storico); le aree ludiche senza fini di lucro e gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici.

3. Al comma 4 (il comma 3 è stato abrogato) è prevista una significativa variante alla disciplina della C.I.A.E.L., dal momento che, oltre alla Comunicazione, devono essere allegati l'indicazione dell'impresa incaricata per l'esecuzione dei lavori e una relazione tecnica, comprensiva degli elaborati progettuali, sottoscritta da un professionista abilitato (generalmente un geometra o un architetto, ma anche un ingegnere); il professionista assevera, sotto la sua responsabilità, la compatibilità degli interventi alle prescrizioni degli atti di pianificazione urbanistica e dei regolamenti edilizi, nonché alla disciplina in materia sismica e a quella sul rendimento energetico. La c.d. Comunicazione asseverata è, in particolare, richiesta per due tipi di interventi: da un lato, per l'attività di manutenzione straordinaria²⁷, compresa l'apertura di porte interne o lo spostamento di pareti interne, purché non riguardino parti

articolazioni all'interno dei propri uffici, magari prevedendo appositi Uffici di Zona decentrati, come avviene, ad esempio, nel Comune di Milano.

²⁶ E' compresa la realizzazione di intercapedini interamente interrate e non accessibili, di vasche di raccolta delle acque e di locali tombali.

²⁷ Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. b) T.U.Ed. si intendono per interventi di manutenzione straordinaria "*le opere le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali degli edifici, nonché per realizzare ed integrare i servizi igienico-sanitari e tecnologici, sempre che non alterino la volumetria complessiva degli edifici e non comportino modifiche delle destinazioni di uso*"; sono ricompresi anche gli interventi di frazionamento o accorpamento delle unità immobiliari, purché non vari la volumetria complessiva dell'edificio e venga mantenuta la destinazione d'uso.

strutturali dell'edificio e, dall'altro, per le modifiche interne sulla superficie coperta dei fabbricati adibiti ad esercizio d'impresa ovvero per le modifiche della destinazione d'uso dei locali adibiti ad esercizio d'impresa²⁸.

Questi, dunque, i tre regimi previsti per la attività di edilizia libera²⁹, fra i quali la semplice C.I.A.E.L. non asseverata è espressamente prevista per l'installazione di pannelli solari fotovoltaici, "*a servizio di edifici*", ricadenti in aree esterne al centro storico (per quelli installati all'interno, invece, continua ad essere richiesta l'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 D. Lgs. 42/2004, rilasciata dalla Regione previo parere obbligatorio e vincolante della Soprintendenza ai beni architettonici e paesaggistici territorialmente competente - Statale o Comunale a seconda della modalità di apposizione del vincolo paesaggistico)³⁰.

E' entro questo quadro normativo che va collocata la laconica disposizione di cui all'art. 6, comma 11, D. Lgs. 28/2011; essa, infatti, rinviando alle relative disposizioni delle c.d. Linee Guida, si limita a statuire che: "*la comunicazione relativa alle attività di edilizia libera continua ad applicarsi, alle stesse condizioni e modalità, agli impianti ivi previsti*"³¹.

²⁸ Si tratta dei c.d. cambi di destinazione d'uso funzionali, in cui è assente una trasformazione fisica dell'immobile o parte di esso; sulla definizione v. T.A.R. Piemonte, Sez. I, 25.10.2007, n. 3242.

²⁹ Va osservato - di qui un ulteriore fattore di complessità della disciplina - che la legislazione regionale può prevedere ulteriori ipotesi di lavori ricondotte al regime di cui all'art. 6 in una delle tre varianti previste, richiedere la C.I.A.E.L. asseverata anche per ipotesi in cui l'art. 6 T.U.Ed. prevede la sola Comunicazione, nonché, con riferimento alla Comunicazione asseverata richiedere ulteriori documenti da allegare alle medesima.

³⁰ Del resto, anche per le attività più liberalizzate di cui al comma 1, il legislatore mantiene fermi i vincoli e, conseguentemente, la necessità di previo nulla osta o relativa autorizzazione, in materia antisismica, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitaria, di efficienza energetica, nonché proprio delle disposizioni in materia di vincolo paesaggistico di cui alla Parte III del D. Lgs. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio).

³¹ Si osservi che, analogamente a quanto previsto dall'art. 6 T.U.Ed., anche l'art. 6, comma 11, D. Lgs. 28/2011 prevede che le Regioni e le Province autonome possano estendere il regime della Comunicazione agli impianti con potenza nominale fino a 50 kW, nonché agli impianti fotovoltaici di qualunque potenza da realizzare sui tetti degli edifici, ferma in ogni caso la necessità di esperire la Valutazione di Impatto Ambientale e ottenere gli atti di assenso in caso di area sottoposta a vincolo idrogeologico.

Dunque, la disposizione, senza fornire alcuna indicazione circa la disciplina applicabile, si limita a mantenere validi (a chiusura della disposizione che introduce il nuovo istituto della P.A.S.) i regimi semplificati stabiliti in precedenza da altre disposizioni, delle quali gli artt. 11 e 12 del D.M. 10 settembre 2010 (c.d. Linee Guida) compiono una ricognizione completa, suddividendo le diverse fattispecie in base alla tipologia di fonte rinnovabile utilizzata.

Sicuramente l'art. 6, comma 11, D. Lgs. 28/2011, prevedendo almeno una comunicazione quale onere amministrativo minimo, porta ad escludere che il regime inteso dal legislatore sia quello dell'attività libera pura di cui all'art. 6, comma 1, T.U.Ed.

Pertanto, occorre capire se la Comunicazione debba o meno essere asseverata da un professionista abilitato e corredata da ulteriore documentazione, in analogia al regime previsto dall'art. 6, comma 4, T.U.Ed. per l'attività di manutenzione straordinaria.

In generale, l'opzione interpretativa preferibile sarebbe quella che qualifica l'installazione di impianti per la produzione di energia elettrica in termini di manutenzione straordinaria, con ciò sottoponendo la relativa attività al regime più gravoso di cui all'art. 6, comma 4, T.U.Ed., vale a dire alla Comunicazione asseverata dal professionista abilitato e corredata dalla ulteriore documentazione ivi prevista.

Tuttavia, il legislatore, nel contesto di una più incisiva semplificazione amministrativa, ha previsto che particolari tipi di intervento siano soggetti solo a previa Comunicazione, prescindendo dall'asseverazione del professionista abilitato.

In questo contesto, l'art. 11.9 delle c.d. Linee Guida conferma che l'installazione di pannelli solari fotovoltaici, "*a servizio degli edifici*"³² e fuori dal centro storico, richiede la Comunicazione semplice, in quanto, come visto, ipotesi espressamente prevista dallo stesso art. 6, comma 2, lett. d), T.U.Ed., aggiungendo, tuttavia, che siano comunque allegate le autorizzazioni "*eventualmente obbligatorie ai sensi delle normative di settore*".

E', tuttavia, l'art. 11.10 a estrapolare dal contesto di cui all'art. 6 T.U.Ed. l'installazione di alcune tipologie di impianti a minore impatto, con la conseguenza di sottrarli dalla qualificazione in termini di manutenzione straordinaria e, dunque, alla necessità di presentare la Comunicazione asseverata.

In particolare, viene conferito carattere speciale a quanto già previsto dall'art. 11, comma 3, D. Lgs. 115/2008 (di attuazione della Direttiva 2006/32/CE recante *Disposizioni sull'efficienza degli usi finali dell'energia*, onde il doppio riferimento al solare termico e fotovoltaico) e dall'art. 27, comma 20, L. 99/2009 (recante *Disposizioni per lo sviluppo e per l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*)³³.

Solo in queste ipotesi, pertanto, così come nel caso previsto dall'art. 6, comma 2, lett. d) T.U.Ed., pare più congruo, visto il carattere eccezionale e derogatorio delle previsioni (ancorché distonico a livello sistematico), prevedere la mera Comunicazione di inizio attività, ancorché anche questi specifici interventi rientrino, da un punto di vista tecnico, fra gli interventi di manutenzione straordinaria.

³² L'art. 11.8 D.M. 10 settembre 2010 precisa che la locuzione vada riferita a pannelli fotovoltaici realizzati su edifici preesistenti e compatibili con il regime di scambio sul posto, su cui v. *infra* al § 4.2.

³³ Si tratta, in entrambi i casi, di disposizioni inserite nel contesto della contigua disciplina relativa all'efficientamento energetico e, pertanto, estranee alla materia dei titoli abilitativi. Sulla tipologia di impianti ivi previsti, v. *infra* al § 4.2. *De iure condendo* è fortemente auspicabile una razionalizzazione della disciplina, anche attraverso una disposizione che abroghi le precedenti fattispecie, per reconsiderarle unitariamente nel contesto di una disposizione autosufficiente.

4.2. (segue) *L'ambito oggettivo di applicazione della Comunicazione di inizio lavori (art. 12 D.M. 10 settembre 2010).*

L'art. 12 D.M. 10 settembre 2010 procede ad una ricognizione della tipologia di impianti suddivisi per fonte alternativa utilizzata, mantenendo vigenti le varie disposizioni che, in diversi contesti, hanno previsto variamente il regime della Comunicazione; la disposizione non chiarisce esplicitamente se per il singolo intervento la Comunicazione di inizio lavori debba o meno essere asseverata.

Tuttavia, qualificati, in generale, gli interventi sottoposti al regime di cui all'art. 6, comma 11, del D. Lgs. 28/2011 in termini di attività di manutenzione straordinaria (i quali richiedono, oltre alla trasmissione della Comunicazione di inizio lavori, anche il deposito della relazione asseverata da un professionista abilitato e degli elaborati progettuali), si possono isolare da questo contesto quelle disposizioni ritenute derogatorie.

Pertanto, potranno essere preceduti solo da semplice Comunicazione di inizio lavori:

1. gli impianti eolici di altezza non superiore a un metro e mezzo e di diametro non superiore ad un metro, installati sui tetti degli edifici esistenti, "*fatti salvi i casi di cui all'art. 3, comma 3, lett. a), D. Lgs. 192/2005*"³⁴ (art. 11, comma 3, D. Lgs. 115/2008);

2. gli impianti fotovoltaici aderenti o integrati nei tetti degli edifici con la medesima inclinazione e lo stesso orientamento della falda, i cui componenti non modificano la sagoma degli edifici stessi, "*fatti salvi i casi di cui all'art. 3, comma 3, lett. a), D. Lgs. 192/2005*" (art. 11, comma 3, D. Lgs. 115/2008);

³⁴ Sulla portata dell'eccezione, v. TAR Piemonte, I Sez., 10.12.2014, n. 1946

3. gli impianti fotovoltaici, realizzati su edifici esistenti, al di fuori del centro storico e compatibili con il regime di scambio sul posto (art. 6, comma 2, lett. d) T.U.Ed. in combinato disposto con l'art. 11.8 D.M. 10 settembre 2010)³⁵;

4. gli impianti c.d. di micro generazione di energia prodotta da biomassa, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas, aventi potenza non superiore a 50 kW (art. 27, comma 20, L. 99/2009).

Dovranno, invece, essere accompagnati da Comunicazione di inizio lavori asseverata, a prescindere dalla tipologia di fonte rinnovabile impiegata (quindi, oltre alle precedenti, anche quella idraulica), tutti gli impianti compatibili con il regime di scambio sul posto³⁶ che non alterino i volumi, le superfici, le destinazioni d'uso e il numero delle unità immobiliari, purché non implicino un incremento dei parametri urbanistici e non riguardino parti strutturali

³⁵ Cons. Stato, VI Sez., 27.4.2015, n. 2134, assimila a tale ipotesi anche l'installazione di pannelli fotovoltaici aderenti a superfici di manufatti in pergolato, in quanto "*pertinenza di edifici esistenti*" espressamente ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 11 D.M. 10 settembre 2010 sulla Comunicazione (non asseverata) di inizio lavori; il pergolato è definito, dalla giurisprudenza amministrativa, come "*un manufatto avente natura ornamentale, realizzato in struttura leggera di legno o altro materiale di minimo peso, facilmente amovibile in quanto privo di fondamenta, che funge da sostegno per piante rampicanti, attraverso le quali realizzare riparo o ombreggiatura di superfici di modeste dimensioni*" (Cons. Stato, IV Sez., 29.9.2011, n. 5409). Cons. Stato, I Sez., 25.6.2014, n. 2162, inoltre, precisa che "*la nozione di pergolato non muta se alle piante si sostituiscono i pannelli fotovoltaici, sicché gli stessi devono essere collocati in modo tale da lasciare spazi per il filtraggio della luce e dell'acqua e non devono caratterizzarsi come copertura stabile e continua degli spazi sottostanti*". In precedenza, TAR Emilia Romagna, Bologna, I Sez., 23.12.2013, n. 832, aveva ritenuto, invece, necessario, per l'installazione di pannelli fotovoltaici su pergolato in legno, il permesso di costruire.

³⁶ Il regime di scambio sul posto (SSP), previsto dalla Deliberazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas 74/2008 erogato dal Gestore Servizi Energetici, su istanza degli interessati, consente all'utente che abbia la titolarità o la disponibilità di un impianto, la compensazione tra il valore economico associabile all'energia elettrica prodotta e immessa in rete e il valore economico associabile all'energia elettrica prelevata e consumata in un periodo differente da quello in cui avviene la produzione; esso consiste nel realizzare una particolare forma di autoconsumo, consentendo che l'energia elettrica prodotta e immessa in rete possa essere prelevata in un periodo di tempo differente dal quale si realizza la produzione, giacché la maggior parte delle energie rinnovabili non sono programmabili (si pensi ad un pannello fotovoltaico che di notte non è in grado di produrre energia elettrica, pur essendo verosimile che il proprietario dell'immobile su cui è installato abbia bisogno, ciononostante, di energia elettrica). Vale, in generale, per impianti di potenza fino a 200 kW (se entrati in esercizio dopo il 2007).

dell'edificio, nonché le torri anemometriche (finalizzate alla misurazione del vento per non più di 36 mesi) installate mediante strutture amovibili e in aree non sottoposte ad alcun vincolo.

A livello procedimentale non è richiesta, sempre per analogia con l'art. 6 del T.U.Ed., né la Comunicazione di Fine Lavori, né il Certificato di Collaudo; ciò rappresenta, tra l'altro, una significativa differenza rispetto al titolo che si forma in esito alla P.A.S.

L'art. 30 D.L. 91/2014 conv, con mod. nella L. 116/2014 inserisce un art. 7 *bis* al D. Lgs. 28/2011, il quale prevede, dal 1° ottobre 2014, l'adozione di un modello unico di Comunicazione di inizio lavori da presentare al Comune con riferimento a tutte le tipologie di impianti di cui all'art. 6, comma 11, D. Lgs 28/2011 in sostituzione di quelli variamente adottati dai Comuni. Il modello è approvato con Decreto del Ministero dello sviluppo Economico e le dichiarazioni previste andranno rese in autocertificazione.

Ove sia necessario acquisire, giusto il disposto di cui all'art. 11.9 lett. a) D.M. 10 settembre 2010, altri atti di assenso (come l'autorizzazione paesaggistica, il nulla osta sismico, il nulla osta idrogeologico, *etc.*), l'interessato dovrà allegarli, oppure chiedere allo Sportello Unico per l'edilizia di acquisirli d'ufficio.

Il Comune non potrà, infine, chiedere documentazione aggiuntiva oltre a quella prevista.

Il titolo abilitativo sarà rappresentato dalla dichiarazione trasmessa al Comune, unitamente alla relazione tecnica ed agli elaborati progettuali, nonché dalla nota di protocollo notificata dal Comune all'interessato, recante numero di registro e data di ricezione.

Un'interessante pronuncia ha, recentemente, affrontato la questione relativa alla necessità di ottenere previamente l'autorizzazione paesaggistica ove l'intervento riguardi una delle particolari ipotesi in cui il pur vigente art. 11,

comma 3, D. Lgs. 115/2008 richiede la semplice Comunicazione di inizio lavori³⁷.

La pronuncia affronta, infatti, la portata della locuzione "*fatti salvi i casi di cui all'art. 3, comma 3, lett. a), D. Lgs. 192/2005*" che esclude la possibilità di presentare la Comunicazione di inizio lavori senza l'autorizzazione paesaggistica; la disposizione richiamata, a sua volta, dispone l'eccezione unitamente ad un ulteriore rinvio nei seguenti termini: "*lett. a) gli edifici ricadenti nell'ambito della disciplina della parte seconda e dell'articolo 136, comma 1, lettere b) e c), del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante il codice dei beni culturali e del paesaggio, fatto salvo quanto disposto al comma 3-bis*".

Infatti, "*parrebbe che il d.lgs. n. 115/2008 escluda gli immobili contemplati dal richiamato comma del d.lgs. 192/2005 e che lo stesso comma, con un richiamo a un comma successivo del medesimo articolo, limiti ulteriormente la propria applicazione, con riferimento però ad aspetti (attestazione energetica degli edifici e esercizio e manutenzione di impianti) che nulla hanno a che vedere con l'installazione degli impianti in sé*"³⁸.

³⁷ TAR Piemonte, 10.12.2014, n. 1946; si trattava di un impianto fotovoltaico ricadente nell'ambito di applicazione della disposizione derogatoria di cui all'art. 11, comma 3, D. Lgs. 115/2008, in quanto installato sul tetto di un edificio, secondo l'inclinazione e l'orientamento della falda e senza comportare modificazioni nella sagoma dell'edificio.

³⁸ Ritenendo non fondate le pretese del Comune che pretendeva, oltre alla Comunicazioni di inizio lavori, anche il previo parere della Soprintendenza ai beni architettonici e paesaggistici, sulla base del doppio rinvio contenuto nell'art. 11, comma 3, D. Lgs. 115/2008, la pronuncia afferma che "*non può tuttavia non osservarsi, posto che il comma 3 bis viene invocato dall'amministrazione nella propria relazione ai fini della ricostruzione della disciplina del titolo edilizio, che i commi 3 bis e 3 bis.1 dell'art. 3 del d.lgs. n. 192/2005 nulla hanno a che vedere con problematiche inerenti i titoli edilizi; essi si comprendono se si tiene mente al fatto che il d.lgs. n. 192/2005 (inopinatamente richiamato dal legislatore per identificare dei vincoli fatti salvi i quali, per contro, trovano sede in tutt'altro testo normativo, il d.lgs. n. 42/2004) ha in linea di principio oggetto del tutto difforme, ossia l'attuazione delle direttive comunitarie che impongono allo Stato italiano di adeguare, per quanto possibile, il patrimonio edilizio (nuovo ed esistente) alle caratteristiche di prestazione energetica degli edifici imposte in sede comunitaria*". Infatti, "*in questo contesto l'art. 3 del d.lgs. n. 192/2005 è finalizzato a scandire una gradualità (particolarmente per gli edifici preesistenti) nell'adeguamento degli edifici alle nuove tecnologie e nell'imposizione delle nuove caratteristiche di prestazione energetica dell'edilizia; tale gradualità sarà, evidentemente, tanto più giustificata quanto più gli immobili*

Pertanto, il rinvio all'art. 3, comma 3, D. Lgs. 192/2005 non può che essere inteso come limitato ad individuare le due ipotesi di beni tutelati ivi citate (ma previste in verità dal D. Lgs. 42/2004), per le quali persiste l'obbligo di acquisire i pareri della Soprintendenza; ciò senza ulteriore possibilità di leggere la disposizione integrandola con i commi 3 *bis* e 3 *bis.1* del medesimo art. 3 D. Lgs. 192/2005, proprio per l'eterogeneità delle disposizioni, delle finalità e dei contenuti³⁹.

Conseguentemente, il regime speciale della mera Comunicazione di inizio lavori di cui all'art. 11, comma 3, D. Lgs. 115/2008 mantiene fermi solo i vincoli di cui all'art. 136, lett. b) e c), D. Lgs. 42/2004 che contemplano: "*b) le ville, i giardini e i parchi, non tutelati dalle disposizioni della Parte seconda del presente codice, che si distinguono per la loro non comune bellezza; c) i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, inclusi i centri ed i nuclei storici.*", sicché solo in queste uniche due ipotesi occorre comunque l'autorizzazione paesaggistica.

La pronuncia è, inoltre, significativa, dal momento che, nella prima occasione in cui viene affrontato specificamente il tema della Comunicazione di inizio lavori, viene avallata l'idea di una disciplina eterogenea e non unitaria, in cui la ragionevole similitudine con i titoli edilizi viene rotta dalla vigenza di una disciplina frammentata e, talora (come nel caso dell'art. 11, comma 3, D. Lgs. 115/2008) *sui generis*; si afferma: "*non è invece condivisibile la difesa erariale, secondo cui i vincoli paesaggistici sarebbero fatti salvi in ogni caso ed ipotesi; a tal fine infatti da un lato non è pertinente, come visto, il d.lgs. 28/2011, dall'altro non appare utile la disposizione generale dettata dall'art. 6, comma*

preesistenti presentano caratteristiche di pregio ambientale e culturale, che possono fisiologicamente entrare in conflitto con l'adeguamento energetico tramite nuove tecnologie".

³⁹ "*La sequenza dei rinvii a cascata, che rende imperscrutabile la voluntas legis, deve infatti ragionevolmente arrestarsi là dove implicherebbe il richiamo a problematiche del tutto avulse; sembra dunque potersi concludere che: a) innanzitutto vi è l'intento di semplificare la procedura inerente l'installazione di pannelli fotovoltaici con caratteristiche quali quelle per cui è causa (aderenti alla tetto, con stessa sagoma ed orientamento); b) restano fatti salvi i vincoli dettati dal d.lgs. 42/2004, nelle sole ipotesi di cui alla lett. b) e c) dell'art. 136*".

4 D.P.R. 380/2001 (sempre invocata dalla difesa erariale e dell'amministrazione)"⁴⁰.

Ad ulteriore conferma è da ultimo intervenuto il già menzionato art. 30 D.L. 91/2014; nel nuovo art. 7 *bis* D. Lgs. 28/2011 si afferma, infatti, che gli impianti solari fotovoltaici e termici di cui all'art. 11, comma 3, D. Lgs 115/2008, "possono essere realizzati con sola comunicazione senza che sia prevista altra documentazione".

4.3. *La Comunicazione di inizio attività: tutela dell'istante e del terzo controinteressato.*

A seguito dell'evoluzione della disciplina sulla Comunicazione di inizio lavori in ambito edilizio ed energetico, soprattutto con riferimento alle ipotesi in cui essa debba essere asseverata e accompagnata dalla relazione del professionista abilitato e dagli elaborati progettuali, è evidente la forte somiglianza con la disciplina prevista dall'art. 19 L. 241/1990, nella versione risultante dall'entrata in vigore del D.L. 78/2010, che, tra l'altro, legittima l'interessato all'esercizio dell'attività contestualmente alla data di presentazione della S.C.I.A.

Pur mantenendo la Comunicazione di inizio lavori una propria autonomia sul piano sistematico rispetto all'istituto di parte generale della S.C.I.A., tuttavia sono difficilmente replicabili argomenti a favore dell'*analogia iuris*.

Un'importante differenza, peraltro, sarà rappresentata dal fatto che, contrariamente a quanto previsto dall'art. 19 L. 241/1990, nel caso della

⁴⁰ Conferma la specialità e la prevalenza della normativa prevista in materia energetica sulla normativa generale in materia edilizia anche TAR Piemonte, II Sez., 2.5.2015, n. 749, ancorché con riferimento all'inapplicabilità dell'art. 15 D.P.R. 380/2001 agli impianti per la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile (giacché, con riferimento alla dimostrazione dell'avvio della costruzione, l'art. 2, comma 159, L. 244/2007 detta una disciplina derogatoria "in quanto speciale e successiva a quella generale prevista in materia edilizia, nonché alla luce di un'interpretazione sistematico-teleologica della suddetta normativa").

Comunicazione di inizio attività, la P.A. non avrà potestà interdittiva e ripristinatoria nemmeno nei 30 giorni successivi alla data di ricezione della medesima, quasi che la potestà conformativa dell'amministrazione si consumi contestualmente all'apposizione del numero di protocollo, a meno che la potestà di controllo e quella interdittiva non vengano sollecitate dal terzo controinteressato.

L'unica ipotesi in cui l'istante subisca un pregiudizio concreto ed attuale riguarda il caso in cui l'ufficio dell'amministrazione comunale competente alla ricezione della Comunicazione (vale a dire, nei Comuni ove è istituito, lo Sportello Unico per l'Edilizia, di cui all'art. 5 T.U.Ed.) si rifiuti di protocollare la Comunicazione trasmessa.

In tal caso, infatti, non può dirsi perfezionato il titolo abilitativo e l'attività eventualmente posta in essere dal privato sarebbe qualificabile come abusiva e suscettibile, oltre che di responsabilità penale, dell'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria secondo i parametri di cui all'art. 44 D. Lgs. 28/2011, nonché di un ordine di demolizione e di rimessa in pristino dello stato dei luoghi⁴¹.

La forma di tutela apprestata dall'ordinamento sarà costituita dall'azione di annullamento di cui all'art. 29 c.p.c. da esperire tempestivamente a pena di decadenza entro 60 giorni dalla ricezione della nota del Comune con cui si espongono le ragioni del rifiuto opposte ovvero vengono richiesti adempimenti ulteriori⁴².

In tale ipotesi, pare congruo ritenere, trattandosi di attività vincolata e per la quale non è necessaria una previa istruttoria (se non sulla completezza dei documenti da allegare) che, unitamente alla tradizionale impugnazione, possa esperirsi anche l'azione di adempimento, finalizzata alla condanna del Comune all'emanazione del provvedimento richiesto (la nota di protocollo della

⁴¹ Sulla potestà di controllo e sanzionatoria, v. *infra* al § 6.1.2.

⁴² Come nel caso risolto da TAR Piemonte, I Sez., 10.12.2014, n. 1946.

Comunicazione), secondo quanto previsto dall'art. 34, comma 1, lett. c), ultimo periodo, c.p.a.⁴³

Nel caso in cui, invece, il Comune rimanga inerte il rimedio esperibile sarà l'azione avverso il silenzio di cui all'art. 31, commi da 1 a 3, c.p.a., attraverso il rito camerale di cui all'art. 117 c.p.a.; anche in tal caso il G.A. sarà legittimato a pronunciarsi sulla fondatezza della domanda, non essendo necessari ulteriori adempimenti istruttori (se non appunto l'analisi *per tabulas* della completezza della Comunicazione e dei suoi allegati) e non residuando margini di discrezionalità in capo all'amministrazione.

Tuttavia, sarebbe possibile qualificare l'inerzia dell'amministrazione anche diversamente, dal momento che l'art. 20 L. 241/1990, a seguito dell'entrata in vigore della L. 15/2005, stabilisce la portata generale, in assenza dei c.d. interessi sensibili o critici, dell'istituto del silenzio assenso decorso il termine stabilito per la conclusione del procedimento che, in questa materia, in assenza di disposizioni derogatorie, deve ritenersi quello ordinario di 30 giorni di cui all'art. 2, comma 2, della L. 241/1990.

Se questa opzione interpretativa fosse quella corretta, allora l'inerzia della P.A., lungi dall'essere qualificata come silenzio inadempimento, condurrebbe a ritenere che decorsi 30 giorni dalla ricezione della Comunicazione da parte dell'ufficio competente si perfezionerebbe tacitamente un provvedimento di assenso, senza necessità di adire il G.A.

In ogni caso, l'interessato sarà legittimato anche alla proposizione dell'azione risarcitoria, nelle modalità previste dall'art. 30 c.p.a.

Con riferimento, invece, alla posizione del terzo controinteressato pare congruo ragionare specularmente, sicché, ove la lesione derivi dalla realizzazione dell'impianto, a seguito della ricezione della Comunicazione di

⁴³ Nonostante Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 15/2011 avesse già ritenuto ammissibile l'azione di esatto adempimento, tale possibilità, con l'entrata in vigore del D. Lgs. 160/2012 che espressamente modifica in tal senso l'art. 34 c.p.a. sulla tipologia delle sentenze di merito, è divenuta incontrovertibile.

inizio lavori, costui potrà esperire l'azione impugnatoria volta all'annullamento della nota protocollare che attesti la ricezione della comunicazione, a meno che non si preferisca applicare per analogia l'art. 19, comma 6 *ter*, L. 241/1990⁴⁴, che, escludendo la formazione di provvedimenti taciti direttamente impugnabili a seguito di segnalazione certificata di inizio attività ovvero di dichiarazione o denuncia di inizio attività, prevede che "*gli interessati [recte: i controinteressati] possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, [solo] in caso di inerzia, esperire l'azione di cui all'art. 31, commi da 1 a 3, c.p.a.*", vale a dire l'azione avverso il silenzio nel termine di un anno decorrente dai 30 giorni previsti dall'art. 19 per l'esercizio del potere di verifica in materia edilizia (in luogo di quello ordinario di 60 giorni previsto per le restanti attività sottoposte a segnalazione certificata di inizio attività)⁴⁵.

Ne consegue che, ove si intenda equiparare la posizione del terzo controinteressato leso dalla nota protocollare di ricezione della Comunicazione di inizio lavori a quella del terzo controinteressato leso dalla presentazione di una S.C.I.A., affinché possa configurarsi il silenzio dell'amministrazione, suscettibile di dare avvio all'azione disciplinata dall'art. 31 c.p.a., il terzo debba aver "*sollecitato idoneamente*" l'amministrazione ad esercitare i poteri di verifica ed, eventualmente, quelli interdittivi e ripristinatori.

⁴⁴ La disposizione, introdotta dall'art. 6 del D.L. 138/2011 conv., con mod., nella L. 148/2011, a sole due settimane dal deposito della sentenza del Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 15/2011, ribalta le conclusioni a cui tale importante pronuncia era approdata; sul punto, v. *infra*.

⁴⁵ Per una recente applicazione dell'art. 19, comma 6 *ter*, L. 241/1990, ancorché con riferimento ad una D.I.A. edilizia, v. TAR Veneto, II Sez., 16.1.2013, n. 12, nella quale si afferma che "*la modifica legislativa si è discostata, almeno in parte, dall'impostazione dell'Ad. plen. n. 15 del 2011 e, ciò, nella parte in cui l'eventuale silenzio della stessa Amministrazione non può più configurare un'ipotesi di provvedimento tacito di diniego dell'adozione del provvedimento restrittivo*". Ne consegue che "*il soggetto, terzo ed eventualmente leso, non può impugnare un provvedimento che in realtà non è mai venuto materialmente in esistenza, essendo ora obbligato a presentare un'apposita istanza finalizzata a sollecitare l'Amministrazione affinché questa stessa svolga un'ulteriore fase procedimentale e istruttoria. Il controinteressato potrà quindi validamente attivare il proponimento di un'istanza di provvedere e di un successivo, ed eventuale, ricorso avverso l'inerzia amministrativa e, ciò, ai sensi di quanto previsto dall'art. 31 Cod. proc. amm.*". Analogamente, sempre in materia edilizia, v. TAR Veneto, 24.4.2013, n. 624 e TAR Veneto, 21.8.2013, n. 1072 i quali precisano che il provvedimento inibitorio debba essere, nei 30 giorni, oltre che emanato, anche notificato al destinatario.

Ovviamente, il terzo controinteressato, quale litisconsorte necessario, sarà legittimato, ove non venga invocato nel giudizio eventualmente promosso dall'interessato (nelle forme dell'azione di annullamento ovvero avverso il silenzio), ad assumere la qualifica processuale di interventore *ad opponendum*, ai sensi dell'art. 28 c.p.a. e, ove pretermesso, ad esperire l'opposizione di terzo ordinaria, ai sensi dell'art. 108 c.p.a.

5.1. *La Procedura Abilitativa Semplificata (P.A.S.). Aspetti procedurali (art. 6 D. Lgs. 28/2011 e art. 11 D.M. 10 settembre 2010)*

Prevista per la prima volta dall'art. 6 D. Lgs. 28/2011, la Procedura Abilitativa Semplificata (P.A.S.) rappresenta un modello procedimentale semplificato, introdotta col deliberato fine di implementare la promozione nell'uso delle fonti di energia rinnovabile, anche da parte di privati non esercenti un'attività imprenditoriale.

A differenza della Comunicazione di inizio lavori, per la quale non è prevista una disciplina unica applicabile a tutti gli impianti che ricadono nel suo ambito di applicazione⁴⁶, il legislatore, in occasione della ricezione della Direttiva 2009/28/CE, inserisce nel Capitolo II (recante "*Procedure amministrative, regolamentazioni e codici*") del D. Lgs. 28/2011 tale nuovo istituto, il cui ambito di applicazione coincide perfettamente con quello per il quale le Linee Guida di cui al D.M. 10 settembre 2010 prescrivevano la Denuncia di Inizio Attività (D.I.A.) di cui all'art. 19 L. 241/1990, nella formulazione all'epoca vigente.

Secondo questo modello procedimentale, il proprietario dell'immobile (o chi ne abbia la disponibilità giuridica⁴⁷) presenta al Comune, anche in via

⁴⁶ Di qui, la necessità di ricostruirne integralmente la disciplina, v. *supra* al § 4.1.

⁴⁷ Secondo Cons. Stato, IV Sez., 19.6.2014, n. 3112 il titolo legittimante può consistere anche in un contratto preliminare, dal momento che "*la circostanza che la norma evochi genericamente*

telematica, almeno 30 giorni prima dell'inizio dei lavori, una dichiarazione accompagnata da una "dettagliata" relazione sottoscritta da un professionista abilitato e dagli elaborati progettuali. Scopo principale della relazione è l'attestazione della compatibilità del progetto con le prescrizioni urbanistiche e con i regolamenti edilizi, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie.

Oltre alla relazione tecnica e agli elaborati progettuali, redatti dal professionista incaricato della realizzazione dell'impianto, la dichiarazione deve essere accompagnata dagli elaborati tecnici per la connessione alla rete di distribuzione dell'energia elettrica, redatti dal gestore della rete e accettati dal proponente; tale documento è spesso chiamato dagli operatori "Preventivo di allacciamento" e viene rilasciato dopo un'ispezione sui luoghi da parte degli incaricati del concessionario della gestione della rete di distribuzione.

Dunque, nella sua variante più semplice, la Procedura Abilitativa Semplificata inizia con una dichiarazione resa dal privato al Comune⁴⁸, alla quale vanno necessariamente allegati la relazione asseverata dal professionista abilitato, gli elaborati progettuali e gli elaborati tecnici per la connessione alla rete di distribuzione⁴⁹.

In queste ipotesi, ai sensi dell'art. 6, comma 4, il Comune, nei casi in cui riscontri nei 30 giorni decorrenti dalla data di presentazione della dichiarazione il difetto di qualche presupposto, notifica all'interessato l'ordine motivato di

un titolo, da un lato, e la possibilità di ottenere una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., dall'altro, inducono a concludere per la sua idoneità"; analogamente, con riferimento al contratto preliminare di superficie, v. Cons. Stato, V Sez., 2.7.2012, n. 3860.

⁴⁸ Generalmente, ciascun Comune inserisce nel proprio sito istituzionale il modello standardizzato di dichiarazione da utilizzarsi nei casi in cui il privato intenda installare un impianto di produzione di energia rientrante nel campo di applicazione della presente procedura.

⁴⁹ Ai sensi dell'art. 6, comma 3, del D. Lgs. 28/2011 che rinvia all'art. 10 del D.L. 8/1993 conv., con modif., dalla L. 68/1993, l'avvio della P.A.S. è subordinata, altresì, al pagamento dei diritti di segreteria, di volta in volta stabiliti con deliberazione del Comune entro i limiti edittali previsti dalla disposizione citata.

non effettuare l'intervento, informando, altresì, l'Autorità Giudiziaria e il Consiglio dell'Ordine di appartenenza del professionista.

Si tratta, a ben guardare, delle ipotesi più gravi in cui la dichiarazione resa dal privato sia falsa o mendace, tale cioè da sollecitare l'azione penale con riferimento ai delitti di falso, oppure dei casi in cui i documenti predisposti dal professionista abilitato (la relazione tecnica e gli elaborati progettuali) presentino dubbi di genuinità ovvero gravi carenze dal punto di vista tecnico, tali da imporre la segnalazione all'Ordine professionale di appartenenza che, verosimilmente, instaurerà un autonomo procedimento per l'emanazione di una sanzione disciplinare; ciò non esclude, tuttavia, che il Comune possa emanare una provvedimento espresso di diniego, qualora, dall'istruttoria condotta sui documenti allegati all'istanza, verifichi l'incompatibilità dell'intervento dal punto di vista urbanistico, edilizio od igienico-sanitario.

Nel caso in cui, invece, entro il medesimo termine di 30 giorni, il Comune si astenga dall'avviare i controlli e le verifiche ovvero, avviatele, le concluda con esito positivo o non le concluda tempestivamente, l'attività di realizzazione dell'impianto deve ritenersi "*assentita*"⁵⁰.

E' salva, in ogni caso, la facoltà di ripresentare la dichiarazione, con le modifiche e le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia, nonché a quella igienico-sanitaria, giacché, nella sua

⁵⁰ Per un'interessante applicazione del meccanismo di operatività della P.A.S., v. TAR Puglia, Lecce, I Sez., 2.4.2014, n. 895; la pronuncia rileva che "*emerge dalla documentazione in atti che la ricorrente ha presentato al Comune di Manduria, il 17.4.2013, procedura abilitativa semplificata relativa all'impianto in esame, accompagnata da relazione tecnica attestante la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi vigenti, la sua non contrarietà agli strumenti urbanistici adottati, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie. All'evidenza, detta istanza doveva ritenersi completa a tale data, con la conseguenza che l'amministrazione avrebbe potuto far uso del potere inibitorio previsto dall'art. 6, comma 4 D. Lgs. 28/2011 sino al 17.5.2013. In tal senso il Comune non ha operato, giungendo ad emettere l'ordine in esame soltanto in data 29.8.2013, quando si era oramai formato il titolo abilitativo per silentium*". La pronuncia è, altresì, rilevante in quanto ravvisa nella P.A.S. un'applicazione, in ambito energetico, del generale istituto del silenzio assenso di cui all'art. 20 L. 241/1990.

variante più semplice, la Procedura Abilitativa Semplificata mira esclusivamente alla verifica della compatibilità del progetto sotto questo profilo.

Invero, nella maggior parte dei casi tali allegati non sono sufficienti, dal momento che sovente l'installazione dell'impianto coinvolge interessi c.d. sensibili o critici; spesso, infatti, l'area su cui è previsto sorga l'impianto è soggetta a vincolo culturale, paesaggistico o ambientale, i quali richiedono un autonomo esame da parte della P.A. di volta in volta coinvolta.

In alcuni casi tale supplemento di istruttoria può essere condotto direttamente dall'amministrazione comunale, ma in altri è necessario acquisire almeno un parere od una valutazione tecnica da parte di amministrazioni diverse, quali ad esempio la Soprintendenza ai beni architettonici e paesaggistici, la Soprintendenza ai beni archeologici, il genio civile⁵¹, l'Ente Parco, ovvero ancora la stessa Regione o la Provincia.

In questo senso va letto il rinvio operato dall'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, allorché debbano confluire nella Procedura Abilitativa Semplificata specifici "*atti di assenso*" nei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, ovvero nei casi (più rari) in cui debbano essere coinvolte le amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, alla salute e alla pubblica incolumità, nonché i casi in cui la normativa comunitaria imponga l'emanazione di atti espressi⁵² ovvero la normativa nazionale qualifichi il silenzio della P.A. come rigetto dell'istanza⁵³.

⁵¹ A seguito dell'istituzione delle Regioni, il Genio civile è organo periferico regionale su base provinciale, che assicura, sotto il controllo dello stesso, tutte le funzioni riguardanti l'esecuzione delle opere pubbliche, svolgendo anche pareri sull'attività di competenza di uffici di altre amministrazioni, per le quali sia manifesta l'esigenza di una valutazione tecnica approfondita e circostanziata; in alcune Regioni l'ufficio del Genio civile è stato chiuso e le sue funzioni sono state assorbite da altri enti, come nel caso della Sardegna e della Lombardia.

⁵² Per comprendere la portata di tale eccezione occorre evidenziare che la Corte di Giustizia, con riferimento ai procedimenti nazionali di rilevanza comunitaria, ha mostrato forti perplessità rispetto alla normativa nazionale che prevede l'automatismo del silenzio assenso quale modalità di perfezionamento di un provvedimento amministrativo. Così, Corte di Giustizia, 28 febbraio 1991, causa 360/1987, ha affermato che "*ai sensi della Direttiva del 1979 concernente la*

Si tratta, a ben vedere, di ipotesi tutt'altro che eccezionali, per le quali il modello della semplificazione e della accelerazione procedimentale rischia in concreto di subire rilevanti temperamenti.

In tali ipotesi, la disciplina applicabile va distinta a seconda che lo specifico "*atto di assenso*" sia di competenza della medesima amministrazione comunale ovvero di una amministrazione differente.

Nel primo caso, infatti, ai sensi dell'art. 6, comma 5, primo periodo, D. Lgs. 28/2011 è previsto che, sospeso il termine di 30 giorni stabilito per la conclusione della Procedura Abilitativa Semplificata, il Comune renda l'ulteriore "*atto di assenso*" di propria competenza entro il termine previsto dall'art. 2 L. 241/1990, vale a dire nell'ipotesi ordinaria entro 30 giorni, a meno che non ricorrano i presupposti per l'adozione del provvedimento espresso entro 90 giorni ovvero, in caso di "*particolare complessità*", 180 giorni⁵⁴.

protezione delle acque sotterranee dall'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose, il rifiuto, la concessione o la revoca delle autorizzazioni devono risultare da un provvedimento esplicito e seguire regole procedurali precise, nelle quali venga rispettato un determinato numero di condizioni necessarie, dalle quali sorgono diritti ed obblighi in capo ai singoli. Ne consegue che un'autorizzazione tacita non può considerarsi compatibile con le prescrizioni della direttiva, tanto più che, come la Commissione ha osservato, una siffatta autorizzazione non consente la realizzazione di indagini preliminari, né di indagini successive o di controlli".

Il principio secondo cui forme provvedimentali tacite, previste da normative nazionali, ostano al diritto comunitario nello specifico settore ambientale è stato, in seguito, ribadito con riferimento all'autorizzazione per il deposito di rifiuti, all'autorizzazione per lo scarico di sostanze nei corpi idrici, all'autorizzazione per le emissioni in atmosfera, nonché alla valutazione di impatto ambientale; sul punto v. Corte di Giustizia, 28 febbraio 1991, causa 131/1988; Corte di Giustizia, 19 settembre 2000, causa 287/1998; Corte di Giustizia, 19 giugno 2001, causa 230/2000.

La dottrina è divisa sulla portata generale del principio nel diritto ambientale, ma la maggioranza milita a favore della tesi per cui in diritto ambientale il principio generale di emanazione del provvedimento amministrativo in forma espressa (art. 2, comma 1, L. 241/1990) non tollera eccezioni.

⁵³ Invero l'art. 6, comma 2, ultimo periodo, D. Lgs. 28/2011 rinvia all'art. 20, comma 4, L. 241/1990 che prevede le materie in cui è esclusa la formazione tacita del provvedimento amministrativo attraverso il c.d. silenzio assenso, il quale costituisce proprio una modalità con cui il legislatore intende semplificare il procedimento amministrativo ordinario. Tale disposizione è estremamente rilevante, allorché si proceda alla qualificazione del titolo abilitativo formatosi in esito alla Procedura Abilitativa Semplificata, su cui v. *infra* al § 5.3.

⁵⁴ Secondo il combinato disposto dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 2 L. 241/1990.

Nel caso in cui il Comune non rispetti il termine stabilito per il sub procedimento, la conseguenza del silenzio non è la formazione di un tacito assenso ma di un ordinario inadempimento, azionabile mediante l'azione avverso il silenzio di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a.

Nel caso, invece, in cui l'atto di assenso sia di competenza di altra amministrazione, il Comune può scegliere se acquisirli d'ufficio oppure indire, entro 20 giorni dalla data di presentazione della dichiarazione, una conferenza di servizi (decisoria), ai sensi degli artt. 14 ss. L. 241/1990.

Anche in tali ultima ipotesi, l'iniziale termine di 30 giorni è sospeso fino, rispettivamente, all'acquisizione dell'atto di assenso da parte del Comune ovvero all'adozione in conferenza della determinazione motivata di cui all'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*⁵⁵ o all'esercizio del potere sostitutivo da parte del Consiglio dei Ministri di cui all'art. 14 *quater*, comma 3, L. 241/1990⁵⁶.

⁵⁵ In tale ipotesi, per "*amministrazione procedente*" deve intendersi quella comunale, la quale ha il compito di valutare le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede, adottare 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 conferenza. Tuttavia, nel caso in cui debba essere esperita una Valutazione di Impatto Ambientale di competenza *statale* e questa non pervenga tempestivamente, l'amministrazione comunale, anziché assumere direttamente la determinazione finale, può solo adire il Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 26 D. Lgs. 152/2006 (Codice dell'ambiente). Analogamente, l'ordinario meccanismo del silenzio assenso all'interno della conferenza di servizi, ricavabile dalla disciplina di cui all'art. 14 *ter* della L. 241/1990, non opera con riferimento al caso in cui la Valutazione di Impatto Ambientale sia di competenza *regionale*, giacché anch'essa può, se non perviene dalla Regione competente e assente alla Conferenza di servizi, essere emanata direttamente dal Consiglio dei Ministri nell'esercizio del suo potere sostitutivo. E' questa un'applicazione del principio comunitario che vieta l'adozione di provvedimenti taciti in materia ambientale, sul quale v. nota *supra*.

⁵⁶ Si tratta del caso in cui venga espresso motivato dissenso da parte di un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico - territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, per la quale, la determinazione finale, in attuazione e nel rispetto del principio di leale collaborazione e dell'art. 120 Cost., è rimessa dall'amministrazione procedente alla deliberazione del Consiglio dei Ministri; sul procedimento aggravato in caso di c.d. "*dissenso qualificato*", v. *infra* ai §§ 6.1.21 e 6.1.22.

Giova tenere presente che in tutti i casi di Procedura Abilitativa Semplificata c.d. aggravata⁵⁷ di cui all'art. 6, comma 5, del D. Lgs. 28/2011, l'istante può, anziché presentare la dichiarazione priva dell'atto di assenso, ottenere, previamente e con autonomo procedimento, l'autorizzazione, il parere, il nulla osta richiesto ed allegarlo in un momento successivo alla dichiarazione; essa seguirà, in tal modo, l'iter più semplice di cui all'art. 6, comma 2, che vede coinvolto il solo Comune e che tendenzialmente si concluderà in 30 giorni, con eventualmente un provvedimento implicito di silenzio assenso.

In ogni caso, la realizzazione dell'intervento deve essere completata entro 3 anni dal "*perfezionamento*" della Procedura Abilitativa Semplificata, vale a dire dal termine in cui si forma il silenzio assenso nella variante in cui è coinvolto il solo Comune per la verifica della compatibilità urbanistica ed edilizia ovvero, nel caso di P.A.S. aggravata, dalla comunicazione della approvazione della determinazione motivata in Conferenza di servizi o in Consiglio dei ministri, o ancora dalla comunicazione del provvedimento espresso dal Comune a seguito della formazione o della ricezione dell'atto di assenso, rispettivamente, di propria o di altrui competenza⁵⁸.

La realizzazione della parte non ultimata dell'intervento è subordinata a nuova dichiarazione.

In ogni caso, l'interessato è tenuto a comunicare al Comune la data di ultimazione dei lavori; infine, il progettista o un tecnico abilitato rilascia il Certificato di collaudo finale, il quale deve essere tempestivamente trasmesso al Comune; tale ultimo adempimento formale ha la funzione di attestare la conformità dell'impianto realizzato con la dichiarazione inizialmente presentata e, segnatamente, con gli elaborati progettuali allegati.

⁵⁷ Ci si scusi per l'ossimoro, ma davvero sembra difficile continuare a chiamare "*semplificata*" una procedura che può concludersi solo dopo che il Consiglio dei Ministri abbia raggiunto un'intesa con una o più Regioni.

⁵⁸ Invero, trattasi di atti recettizi, per il cui perfezionamento è necessaria la notificazione o la comunicazione al destinatario, anche attraverso la pubblicazione telematica sul sito istituzionale della P.A.

Insieme al Certificato di collaudo finale, il (neo) proprietario dell'impianto dovrà presentare la ricevuta dell'avvenuta presentazione della variazione catastale conseguente alle opere realizzate ovvero, in alternativa, una dichiarazione⁵⁹ con la quale si precisa che l'intervento non ha comportato modificazioni nel classamento catastale.

5.2. (segue) *L'ambito oggettivo di applicazione della P.A.S. (art. 12 D.M. 10 settembre 2010).*

L'ambito di applicazione della P.A.S., coincide con quello che i paragrafi 11 e 12 delle Linee Guida di cui al D.M. 10 settembre 2010 affidavano alla Dichiarazione di Inizio Attività.

A ben vedere, il D.M. 10 settembre 2010, oltre a presentare in alcune parti carattere innovativo, in altre si limita, con funzione meramente ricognitiva, a schematizzare quanto già desumibile dalla Tabella A di cui al D. Lgs. 387/2003, la quale utilizzava quale parametro tecnico, sopra il quale è necessaria l'Autorizzazione Unica, nient'altro che la potenza nominale dell'impianto espressa in Watt, distinguendo la soglia con riferimento al tipo di fonte utilizzata per la produzione di energia elettrica.

Pertanto, con riferimento alle ipotesi già desumibili dalla Tabella A allegata al D. Lgs. 387/2003, il proponente potrà ricorrere alla P.A.S. per impianti fotovoltaici fino a 20 kW, impianti a biomasse fino a 200 kW, impianti eolici fino a 60 kW e impianti idroelettrici fino a 100 kW.

Occorre evidenziare che l'art. 6, comma 9, del D. Lgs. 28/2011 dà facoltà a Regioni e Province autonome di estendere la soglia di potenza entro cui

⁵⁹ Benché l'art. 6, comma 8, D. Lgs. 28/2011 nulla dica sulla natura di tale dichiarazione, pare congruo ritenere che la medesima altro non sia che un atto di notorietà, con cui generalmente si attestano fatti, stati e qualità personali nelle forme di cui all'art. 45 del D.P.R. 445/2000; in tale ipotesi, infatti, la dichiarazione del proprietario dell'impianto mira a render noto all'amministrazione comunale solamente il fatto che l'intervento portato a compimento non ha comportato la necessità di una variazione nel classamento catastale.

ricorrere alla P.A.S. agli impianti con potenza fino a 1000 kW (vale a dire 1 MW).

La novità del D.M. 10 settembre 2010 è, invece, rappresentata dal fatto che, accanto a queste ipotesi di impianti per la produzione di sola energia elettrica, esso contempla anche ulteriori e maggiori soglie con riferimento agli impianti c.d. di cogenerazione, i quali, secondo una definizione mutuata dall'ingegneria energetica, utilizzano contemporaneamente un processo di produzione sia di energia termica, utilizzabile tanto per il riscaldamento domestico quanto per più complessi processi produttivi industriali, che di energia elettrica.

In tali ipotesi, il limite di potenza massima, al di sotto della quale è utilizzabile la P.A.S., è 1000 kW (equivalenti a 3000 KW termici) e la tipologia di impianti compatibili con l'assetto cogenerativo sono solo quelli che utilizzano energia derivante da biomassa, gas di discarica, gas residuati da processi di depurazione ed, infine, biogas.

Da ultimo, è possibile ricorrere alla P.A.S. per l'installazione di torri anemometriche destinate alla misurazione del vento di durata superiore a 36 mesi (altrimenti, se di durata inferiore, è sufficiente la Comunicazione) e impianti fotovoltaici di qualsiasi potenza con moduli sugli edifici con superficie complessiva non superiore a quella del tetto (ancorché non perfettamente aderenti od orientati, per i quali è sufficiente la Comunicazione).

5.3. (segue) *La natura giuridica della P.A.S.*

Questione estremamente delicata, soprattutto per le conseguenze che ne derivano, riguarda la natura del titolo abilitativo che si forma all'esito di una Procedura Abilitativa Semplificata.

Un'opzione interpretativa che sicuramente poggia su argomentazioni di tipo sistematico e letterali ritiene che la P.A.S. condivida le caratteristiche

strutturali e la natura della Segnalazione Certificata di Inizio Attività, di cui all'art. 19 L. 241/1990.

Gli elementi sistematici che assimilano la P.A.S. di cui all'art. 6 D. Lgs. 28/2011 alla S.C.I.A. di cui all'art. 19 L. 241/1990 vengono ricavati dal diritto edilizio.

In tale parte speciale del diritto amministrativo, infatti, i titoli abilitativi per la realizzazione di edifici sono classificati tradizionalmente in base alla tripartizione che si fonda sulla C.I.A.E.L. di cui all'art. 6 T.U.Ed., sulla S.C.I.A. di cui agli artt. 22 e 23 T.U.Ed. ed, infine, sul permesso di costruire di cui agli artt. 10 ss. T.U.Ed.

Posto che, anche in materia energetica, esistono interventi sottoposti alla Comunicazione di inizio lavori ed altri sottoposti ad una più tradizionale Autorizzazione Unica, sembra naturale che, quale *tertium genus*, dalla natura doppia o mista, in posizione intermedia fra questi due titoli abilitativi, possa esserci la S.C.I.A. dietro il *nomen iuris* della P.A.S.

Del resto, anche dal punto di vista topografico, se nel D. Lgs. 28/2011 la disciplina dell'Autorizzazione Unica è contenuta nell'art. 5 e quella della Comunicazione (benché, come visto, si tratti solo di un accenno) nell'ultimo comma dell'art. 6, sembra verosimile che "*nel mezzo*" (vale a dire, nei primi 10 commi dell'art. 6) quella che viene chiamata P.A.S. altro non sia che quel titolo, dalla natura tanto controversa⁶⁰, che nella parte generale del diritto amministrativo è nota come S.C.I.A.

⁶⁰ E' noto il dibattito che ha interessato dottrina e giurisprudenza in ordine alla natura giuridica della D.I.A. (a seguito della L. 122/2010 divenuta S.C.I.A.), culminato nella sentenza dell'Adunanza Plenaria 15/2011 che disconosce la natura autorizzatoria o provvedimento, pur ammettendo una forma di tutela del terzo di tipo impugnatorio, diretta tuttavia non già contro il titolo abilitativo (assente), bensì contro il diniego tacito all'esercizio dei poteri inibitori che si forma per effetto della scadenza del termine che la P.A. ha a disposizione per effettuare il controllo sulla sussistenza dei requisiti di legittimità. E' noto anche che il legislatore, a ridosso del deposito della sentenza, è intervenuto sull'art. 19 L. 241/1990 con l'art. 6 D.L. 138/2011, il quale inserisce una disposizione che, pur relegando la tutela del terzo controinteressato alla contestazione del silenzio-inadempimento (escludendo,

Con riferimento agli argomenti di carattere letterale, invece, assume eminente rilievo lo stesso art. 6, comma 1, D. Lgs. 28/2011, il quale rinviando agli 11 e 12 delle Linee Guida di cui al D.M. 10 settembre 2010, per la delimitazione dell'ambito di applicazione della Procedura Abilitativa Semplificata, attira l'attenzione dell'interprete sul fatto che in quella sede gli stessi impianti sottoposti ora alla P.A.S. venivano espressamente assoggettati alla D.I.A.⁶¹.

perciò, la proposizione di una diretta azione di annullamento) ribadisce, tuttavia, il carattere non provvedi mentale della S.C.I.A.

A prescindere, dunque, dalla tutela del terzo controinteressato, la giurisprudenza e il legislatore sembravano d'accordo sulla tesi della natura privatistica della S.C.I.A., la quale si configurerebbe come l'istituto giuridico centrale in materia di attività economiche liberalizzate. Tuttavia, il legislatore è tornato sorprendentemente a riaprire il dibattito, allorché con l'art. 34, comma 6, del D.L. 201/2011 (c.d. Salva Italia) prevede che, "*nel caso in cui ricorrano le condizioni per mantenere il regime autorizzatorio*", la regola è la S.C.I.A., con ciò ponendosi in continuità con l'impostazione apparentemente superata dell'art. 17 D. Lgs. 59/2010 (attuativo della Direttiva 2006/123/CE, in materia di liberalizzazione dei servizi professionali), per il quale "*le attività che rimangono sottoposte ad autorizzazione, ai fini del rilascio del provvedimento autorizzatorio, si segue il procedimento di cui all'art. 19, comma 2, L. 241/1990*".

Sulla natura privatistica della S.C.I.A. sostenuta in dottrina prima delle prese di posizione della giurisprudenza e del legislatore, A. TRAVI, *La DIA e la tutela del terzo: tra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb. e app.*, 2005; E. BOSCOLO, *La denuncia di inizio attività "riformata": il diritto soggettivo (a regime amministrativo) tra silenzio assenso ed autotutela*, in *Urb. e app.*, 2006; M. A. SANDULLI, *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto (note a margine della legge di conversione del d.l. 35/2005)*, in www.giustamm.it; GIULIETTI, *Nuove norme in tema di dichiarazione di inizio attività, ovvero la continuità di un indirizzo in trasformazione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di PAOLANTONIO, POLICE, ZITO, *Le nuove leggi amministrative*, 2005; LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010, spec. 91.

⁶¹ Il D.M. 10 settembre 2010 è stato emanato anteriormente all'entrata in vigore del D.L. 78/2010 conv., con mod., nella L. 122/2010 con la quale il legislatore cambiava, oltre ad alcuni aspetti della disciplina sostanziale, anche il *nomen iuris* dell'istituto, mutandolo in Segnalazione Certificata di Inizio Attività.

Successiva è, inoltre, la nota del Ministero della Semplificazione 1340/2010, con la quale si dà risposta affermativa all'applicabilità del nuovo istituto anche alla materia edilizia, dove il nome dell'istituto rimaneva formalmente D.I.A. e dove, peraltro, accanto ad una c.d. piccola D.I.A. (per la quale la nota precisava la completa assimilabilità alla nuova S.C.I.A.), esiste una c.d. grande D.I.A. (in sostituzione del permesso di costruire, in ipotesi specifiche e diversamente articolate dal legislatore regionale), la quale continuerebbe a mantenere la propria disciplina peculiare, senza alcuna assimilazione alla S.C.I.A.

Peraltro, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 17 D.L. 133/2014, ogni riferimento alla D.I.A. in materia edilizia viene sostituito dal termine S.C.I.A.

Ed invero, già l'art. 12 D. Lgs. 387/2003, menzionava la disciplina della D.I.A. per l'ottenimento del titolo abilitativo di impianti la cui potenza non superava un certo valore espresso in potenza nominale e che andavano così a costituire il primo nucleo di impianti sottoposti ad un regime amministrativo semplificato⁶².

In realtà, il rinvio operato dall'art. 6, comma 1, D. Lgs. 28/2011 attiene esclusivamente al campo di applicazione di una disciplina nuova e diversa dalle precedenti, che non condivide con la Segnalazione Certificata di Inizio Attività alcun tratto di analogia e che sembra, invece, condividere la stessa natura e gli stessi elementi strutturali di altro istituto di carattere generale, vale a dire del silenzio assenso di cui all'art. 20 L. 241/1990, nella versione successiva alle modifiche introdotte dal D.L. 35/2005 conv., con modif., nella L. 80/2005.

D'altra parte, a seguito della novella del 2005, il silenzio assenso costituisce oggi la regola per i procedimenti ad istanza di parte⁶³, pur se temperata da una importante serie di eccezioni.

⁶² Si tratta degli impianti di cui alla Tabella A del D. Lgs. 387/2003, oggi sottoposti alla disciplina della Procedura Abilitativa Semplificata, su cui v. *supra* al § 5.2.

⁶³ Giova richiamare a tal proposito le critiche mosse da illustre dottrina (SANDULLI) sotto il profilo della compatibilità costituzionale con l'art. 97 Cost.

Effettivamente, il principio del buon andamento (che esprime un complesso di doveri funzionali inerenti al comportamento dell'autorità amministrativa, la cui osservanza è preordinata al proficuo svolgimento delle funzioni attribuite) comprende anche la necessità di acquisire il materiale conoscitivo per la soddisfazione dell'interesse pubblico primario, in contemperamento con gli altri interessi pubblici e privati che potenzialmente possono entrare in conflitto.

In questi termini si espresse anche Corte Cost. 393/1992 che ha dichiarato incostituzionale il provvedimento di formazione per silenzio assenso del programma integrato di intervento di cui all'art. 16 della L. 179/1992, osservando che *"la semplificazione non può incidere sul contenuto essenziale dell'attività amministrativa"* e che *"il silenzio assenso non è estendibile a piacere, ma vi sono dei limiti rappresentati dall'esigenza che la P.A. eserciti il potere discrezionale affidatole dalla legge e svolga le opportune indagini"*.

A parziale temperamento, Cons. Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6591 precisa che *"debbono considerarsi illegittime solo le leggi che prevedono il silenzio assenso in procedimenti complessi, caratterizzati da un elevato tasso di discrezionalità e dall'inclusione di specifiche valutazioni in materia ambientale, per le quali è richiesto un pronunciamento espresso, quali quelle in materia idrogeologica e paesaggistica. In presenza di procedimenti caratterizzati da una discrezionalità non elevata, l'istituto del silenzio assenso è stato ritenuto legittimo"*; inoltre *"vi è un nesso indissolubile tra gli artt. 28 e 97 Cost., in quanto la tempestività e la responsabilità sono elementi essenziali per l'efficienza e, quindi, per il buon*

Presupposto del silenzio assenso è rappresentato dal fatto che la legge effettua una preliminare valutazione astratta sulla compatibilità dell'attività privata (configurata nell'istanza di parte) con l'interesse pubblico.

L'art. 20 L. 241/1990 dispone, infatti, che salva l'applicazione dell'art. 19 (sulla Segnalazione Certificata di Inizio Attività), nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'istante, nel termine di cui all'art. 2 L. 241/1990 (pari a 30 giorni nell'ipotesi ordinaria), il provvedimento di diniego ovvero non indice una conferenza di servizi.

Questa disposizione è assolutamente omogenea con il comma 2 dell'art. 6 D. Lgs. 28/2011, il quale, appunto, prevede, nella variante ordinaria della Procedura Abilitativa Semplificata, che, presentata la dichiarazione accompagnata dagli allegati ivi specificati, il Comune ha a disposizione 30 giorni (proprio il termine cui si riferisce anche l'art. 20 L. 241/1990) per emanare il provvedimento di diniego, senza bisogno di impartire anche ordini demolitori o ripristinatori, giacché durante tale termine, il privato non è legittimato da alcun titolo ad iniziare l'esecuzione dei lavori.

A ben vedere, anche il riferimento alla conferenza di servizi di cui all'art. 20 L. 241/1990 trova corrispondenza con analogo riferimento nell'art. 6 D. Lgs. 28/2011; peraltro, nel contesto dell'art. 20 L. 241/1990 si tratta di un'ipotesi recessiva in ambiti nei quali la P.A. competente per la ricezione dell'istanza è anche l'unica competente all'emanazione del provvedimento amministrativo richiesto, il quale non richiede altri nulla osta da parte di altre P.A. o, in

andamento della P.A.", sicché per il Consiglio di Stato l'istituto del silenzio assenso, essendo destinata ad assicurare la tempestività dell'azione amministrativa può essere anche funzionale, e non necessariamente in contrasto, con il principio del buon andamento.

generale, altri atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse⁶⁴. Tuttavia, la possibilità di indizione di una Conferenza di servizi, in tale ipotesi, può essere valorizzata, allorché sia finalizzata al contemperamento di interessi non già facenti capo ad altre amministrazioni, quanto piuttosto provenienti da privati che assumono la qualifica di terzi controinteressati.

Invece, il riferimento alla conferenza di servizi nell'ipotesi della c.d. P.A.S. aggravata di cui al comma 5, si spiega con il fatto che il Comune, per ottenere tali atti di assenso, è tenuto a coinvolgere le altre amministrazioni solo attraverso questo modello procedimentale.

In questi casi, infatti, in cui sono coinvolti i c.d. interessi critici o sensibili, l'istituto del silenzio assenso non può trovare applicazione, giacché è indispensabile procedere ad una istruttoria completa, dove l'accertamento dei fatti e la ponderazione dei diversi interessi sensibili, possano essere esaminati il più dettagliatamente possibile dalle diverse amministrazioni coinvolte.

Alla luce di queste considerazioni, sembra più corretto ascrivere la P.A.S. ordinaria (art. 6, comma 2, D. Lgs. 28/2011) al silenzio assenso (art. 20 L. 241/1990), mentre la P.A.S. aggravata (art. 6, comma 5, D. Lgs. 28/2011) ad un normale procedimento amministrativo che culmina in un provvedimento espresso, al pari di quanto avviene, seppur con le particolarità indicate, nel contesto dell'art. 20 L. 241/1990 allorché la P.A. decida, prima della formazione del silenzio assenso, di indire la conferenza di servizi.

Una conferma di questa ricostruzione è costituita dal fatto che espressamente l'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, D. Lgs. 28/2011 rinvia all'art. 20, comma 2, L. 241/1990, quasi a voler marcare la differenza tra quelle

⁶⁴ Del resto, il legislatore nel prevedere, quale opzione per evitare la produzione del silenzio assenso, la possibilità di indizione di una conferenza di servizi nel termine di 30 giorni (che coincide con quello per la formazione dello stesso provvedimento tacito attraverso il silenzio assenso) aveva, probabilmente, in mente ipotesi di procedimenti che corrispondono all'esercizio di più poteri (che hanno poi ispirato l'istituzione del c.d. sportello unico, altro istituto della semplificazione amministrativa), benché la maggior parte di questi rientrino nei casi di esclusione di cui all'art. 20, comma 2, L. 241/1990.

istanze che, vedendo coinvolto il solo Comune per la verifica della compatibilità urbanistica ed edilizia dell'impianto da realizzare, ben possono essere concluse nel termine ordinario di 30 giorni anche eventualmente mediante silenzio assenso e quelle, invece, dove la natura altamente discrezionale della medesima e il coinvolgimento degli interessi critici (ambientali, paesaggistici, culturali, sanitari) necessitano di un procedimento completo, vuoi per l'acquisizione o la formazione da parte del Comune dell'ulteriore atto di assenso, vuoi per il coinvolgimento diretto delle amministrazione nella conferenza di servizi.

Del resto, l'acronimo P.A.S. indica pur sempre una *procedura* e non già un provvedimento od un atto di natura privatistica ad esso equiparabile quale una *dichiarazione* od una *segnalazione*.

La giurisprudenza fin'ora è risultata oscillante: accanto a pronunce che assimilano chiaramente la P.A.S. ad un'istanza su cui può formarsi il silenzio assenso⁶⁵, altre, invece, ritengono che vada assimilata alla segnalazione certificata di inizio attività⁶⁶.

⁶⁵ TAR Puglia, Lecce, I Sez., 2.4.2014, n. 895; in quell'occasione, nell'annullare una nota del dirigente comunale in quanto emanata oltre il termine di formazione del assenso tacito e sprovvista dei requisiti legittimanti l'emanazione di un provvedimento di annullamento d'ufficio, si afferma: "*alla luce di tali considerazioni, è evidente l'illegittimità dell'emanato ordine, essendo lo stesso stato emesso in un contesto temporale caratterizzato dalla già intervenuta formazione del silenzio assenso, e in assenza di esercizio, da parte dell'amministrazione, del potere di autotutela previsto dall'art. 21 nonies L. 241/90. La quale ultima circostanza emerge chiaramente dal fatto che l'amministrazione non ha fatto alcun riferimento ai presupposti (interesse pubblico all'annullamento; sussistenza di ragionevole lasso di tempo; bilanciamento dell'interesse pubblico con quello del destinatario del provvedimento e di eventuali controinteressati) richiesti per il corretto esercizio del potere di autotutela, pretendendo invece, sulla base di rilievi concernenti il merito della pretesa azionata dal ricorrente, di inibire a quest'ultimo lo svolgimento di un'attività già assentita per silentium, essendo ampiamente decorso il termine all'uopo previsto dall'art. 6 D. Lgs. 28/2011*".

⁶⁶ Cons. Stato, IV Sez., 19.6.2014, n. 3112; nel caso di specie, per escludere l'applicabilità del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis L. 241/1990 la pronuncia, assimilando la P.A.S. alla S.C.I.A. afferma "*l'art. 10 bis non è richiamato a proposito, in quanto la D.I.A., e gli atti a questa assimilati (come, nel caso di specie, la P.A.S.) non sono quelle "istanze di parte" che la disposizione ricordata presuppone, bensì atti privati, volti a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge*". Resta da chiedersi, come tale

La questione dell'esatta identificazione della natura giuridica è estremamente rilevante, dal momento che, dal punto di vista strutturale, sono significative le differenze tra la segnalazione certificata di inizio attività e il silenzio assenso: l'art. 19 L. 241/1990 prevede, infatti, i casi in cui ai privati è riconosciuta la facoltà di intraprendere determinate attività economiche sulla base di una segnalazione, mentre l'art. 20 non incide in senso abrogativo sull'esistenza di un regime autorizzatorio, che rimane inalterato, ma introduce una modalità semplificata di ottenimento dell'autorizzazione, la quale può anche essere implicita, nel momento in cui l'inerzia della P.A. da *fatto* giuridico, per espressa volontà del legislatore, diventa *atto* giuridico (nella specie, il provvedimento amministrativo richiesto con la presentazione dell'istanza).

Nella struttura dell'art. 19 la disposizione sembra produrre effetti direttamente sul piano della qualificazione delle posizioni soggettive, attribuendo al privato una posizione caratterizzata da originarietà, proprio per il fatto che essa trova la propria fonte direttamente nella legge, a fronte della quale difetta un potere amministrativo in grado di incidere in senso costitutivo o accrescitivo⁶⁷.

Ulteriore elemento discrezionale è rappresentato dal campo di applicazione dei due istituti; infatti, mentre l'art. 19 riguarda materie in origine soggette a provvedimenti autorizzatori a carattere essenzialmente vincolato, l'art. 20 concerne settori caratterizzati dall'intervento di autorizzazioni a contenuto ancora discrezionale, dove la P.A. è chiamata ad una ponderazione dei diversi interessi coinvolti.

orientamento ritenga compatibile con la S.C.I.A. l'ipotesi in cui, pur nell'ambito di una P.A.S., il Comune debba indire la conferenza di servizi.

⁶⁷ La legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non è più fondata, infatti, sull'atto di consenso della P.A. secondo lo schema "*norma - potere - effetto*", ma è una legittimazione *ex lege*, secondo lo schema "*norma - fatto - effetto*", in forza del quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge, la quale disciplina l'esercizio del diritto eliminando l'intermediazione del potere autorizzatorio della P.A.

Sotto questo profilo, se non può sorgere alcun dubbio circa il fatto che la c.d. P.A.S. aggravata di cui al comma 5 dell'art. 6 del D. Lgs. 28/2011 concerna l'emanazione di un provvedimento caratterizzato dall'esercizio di un potere ad elevato contenuto discrezionale (se non altro, dal momento che sono coinvolti interessi anche di rilevanza costituzionale, quale la tutela della salute e dell'incolumità pubblica, dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio artistico e culturale), qualche puntualizzazione necessita la P.A.S. c.d. ordinaria di cui al comma 2 dell'art. 6 *cit.* In questa ipotesi, infatti, preme evidenziare che, nonostante sia coinvolta una sola P.A. e l'istruttoria concerna solo la compatibilità urbanistica ed edilizia, nonché quella igienico-sanitaria, non è detto che la potestà amministrativa attribuita al Comune sia vincolata e non discrezionale; sicuramente essa presenta margini di discrezionalità più ristretti, dal momento che l'*oggetto* dell'istruttoria sarà più circoscritto, ma ciò non significa che l'attività del Comune sia *tout court* vincolata, giacché dagli atti di pianificazione urbanistica non sarà certo univoca la legittimità della realizzazione di un impianto per la produzione di energia elettrica (che in forza della legge Regionale può arrivare fino ai 1000 kW, così come nel caso di impianti di cogenerazione); l'area di localizzazione è, infatti, interessata oltre che da una pianificazione generale attraverso un piano regolatore (o piano di governo del territorio, secondo certe legislazioni regionali), anche da tutta una serie di strumenti di pianificazione attuativa, quali il piano particolareggiato, ovvero ancora dalle numerosissime varianti sparse nella legislazione di settore, nonché dagli accordi con i privati quali, ad esempio, le convenzioni di lottizzazione.

La verifica della compatibilità urbanistica ed edilizia dell'impianto per la produzione di energia elettrica da realizzare non può, pertanto, ascriversi nell'alveo dell'attività vincolata, sicché, anche con riferimento alla P.A.S. di cui al comma 2 dell'art. 6 D. Lgs. 28/2011 la struttura della segnalazione certificata

di inizio attività non può dirsi compatibile; essa condivide, al contrario, la natura del diverso (e forse complementare) istituto del silenzio assenso.

Ancora, l'assimilazione della P.A.S. con la Segnalazione Certificata di Inizio Attività incontra forti resistenze, allorché si analizzi la disciplina dell'art. 19 nella versione successiva all'entrata in vigore della L. 122/2010; infatti:

1. la S.C.I.A. consente di iniziare immediatamente l'attività, senza attendere la scadenza di alcun termine;

2. quando la legge prevede l'acquisizione di pareri di specifiche amministrazioni o l'esecuzione di verifiche preventive, queste sono comunque sostituite dalle dichiarazioni sostitutive di certificazione, dalle attestazioni e asseverazioni, nonché da certificati, salva la verifica successiva degli organi e delle amministrazioni competenti alla ricezione;

3. la P.A. può esercitare il suo potere inibitorio nel termine di 60 giorni (30 giorni in edilizia), ordinando altresì la demolizione ed il ripristino dello *status quo ante*;

4. sembra che l'esercizio del potere di autotutela sia limitato solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, la sicurezza pubblica, per la salute e per la difesa nazionale, previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare tali interessi mediante conformazione dell'attività alla normativa vigente (*argm ex art. 19, comma 4, come novellato dall'art. 6 del D.L. 138/2011 conv., con modif., nella L. 148/2011*).

In realtà, il modello della S.C.I.A. è perfettamente calzante solo con la Comunicazione di inizio lavori nella sua variante generale, vale a dire nelle ipotesi in cui l'intervento, correttamente qualificato come intervento di manutenzione straordinaria, debba essere accompagnato dalla relazione asseverata, dagli elaborati del progetto definitivo e dalla indicazione

dell'impresa appaltatrice⁶⁸, con l'unica importante differenza per cui, in caso di Comunicazione di inizio lavori, ancorché asseverata, la P.A. non è legittimata ad inibire l'attività ed ordinare il ripristino dello *status quo ante* nemmeno nei 30 giorni successivi alla data di ricezione della medesima; in tale ipotesi, la potestà interdittiva e ripristinatoria sarà legittima solo ove "*adeguatamente sollecitata*" dal terzo controinteressato, il quale, ove l'amministrazione si mantenga inerte, potrà esperire la tutela avverso il silenzio, giusto richiamo operato dall'art. 19, comma 6 *ter*, L. 241/1990.

5.4. (segue) *Le conseguenze dell'assimilabilità della P.A.S. al silenzio assenso. Tutela dell'istante e del terzo controinteressato.*

Ricostruita la disciplina della P.A.S. quale particolare manifestazione nell'ambito del diritto energetico del più generale istituto del silenzio assenso è possibile integrare la disciplina recata dall'art. 6 D. Lgs. 28/2011 con alcuni punti fermi cui sono approdati dottrina e giurisprudenza con riferimento all'art. 20 L. 241/1990⁶⁹.

Occorre, tuttavia, condurre l'analisi distinguendo a seconda che ci si riferisca al modello base della P.A.S. di cui al comma 2 ovvero alla P.A.S. aggravata di cui al comma 6, precisando fin d'ora che in realtà il procedimento

⁶⁸ V. *supra* al § 4.3.

⁶⁹ In dottrina, l'istituto del silenzio assenso è stato approfondito, fra gli altri, da M. OCCHIENA - F. SAITTA, *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, in *Giustamm.it*, 2010; M.C. CAVALLARO, *Brevi riflessioni sulla natura giuridica del silenzio significativo della pubblica amministrazione, (commento a TAR Lazio, Latina, 19 novembre 2009, n. 1106)*, in *Il foro amministrativo T.A.R.*, 2009, fasc. 11; F. DELLO SBARBA, *Il silenzio assenso e la tutela dei beni costituzionalmente rilevanti (commento a TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 16 marzo 2009, n. 2690)*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 6; E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio-assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti (commento a Consiglio di Stato, sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6591)*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 4; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo*, Torino, 2008; M. ANDREIS, *La conclusione inespressa del procedimento*, Milano, 2006; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985.

delineato dal comma 6, allorché coinvolga i c.d. interessi sensibili o critici e presupponga l'acquisizione di atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse da quelle comunale, presenta caratteristiche così peculiari da essere un procedimento complesso quasi *sui generis*, dove l'indizione di una conferenza di servizi (praticamente obbligatoria, ancorché formalmente facoltativa) in realtà lo avvicina molto al procedimento unico di cui all'art. 12 D. Lgs. 387/2003 e all'art. 5 del D. Lgs. 28/2011.

Nel momento in cui, invece, l'interessato, dopo aver ottenuto in altro autonomo procedimento (preventivamente instaurato e concluso), presenti l'istanza unitamente all'atto di assenso di competenza di un'amministrazione preposta alla cura degli interessi sensibili, allora la tenuta del modello del silenzio assenso potrà dirsi confermata.

Dunque, un primo punto fermo riguarda le modalità attraverso cui l'amministrazione comunale può evitare la formazione del silenzio assenso.

Sicuramente, infatti, il Comune, nel termine di 30 giorni può provvedere espressamente, dal momento che rimane confermato il principio di portata regolare di cui all'art. 2 L. 241/1990, in base al quale la P.A. conserva il potere/dovere (c.d. doverosa potestà) di provvedere mediante un atto espresso⁷⁰.

Ai sensi dell'art. 20, comma 1, L. 241/1990, poi, il Comune potrà, ovviamente nel termine di 30 giorni, comunicare all'interessato il provvedimento di diniego. In tal caso, è bene evidenziare che, l'art. 20, comma 5, prevede l'applicazione dell'art. 10 *bis* L. 241/1990 sul c.d. preavviso di rigetto⁷¹. Ove si verifichi tale ipotesi, pare preferibile quell'orientamento

⁷⁰ Tuttavia, è evidente che la presenza del meccanismo del silenzio assenso costituisce un forte disincentivo nei confronti dell'adozione di un provvedimento espresso di accoglimento dell'istanza. In realtà l'adozione di un provvedimento favorevole consente, attraverso la motivazione e il dispositivo dello stesso, di meglio conformare l'attività del privato alle contingenti esigenze di ordine pubblico, pur a fronte di una globale compatibilità all'interesse generale.

⁷¹ Secondo l'art. 10 *bis* L. 241/1990, nei procedimenti ad istanza di parte, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, occorre tempestivamente comunicare all'interessato i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza; tale comunicazione interrompe i termini di

giurisprudenziale⁷² secondo il quale, nel caso in cui le osservazioni dell'istante siano state ritualmente depositate nel termine di 10 giorni decorrenti dalla data di ricezione del preavviso di rigetto, alla P.A. è consentita la comunicazione del provvedimento di diniego nel termine più ampio ricavabile, in forza dell'interruzione dei termini, dall'applicazione dell'art. 10 *bis*.

Ancora, nel caso in cui il Comune decida di provvedere con un diniego espresso, sarà applicabile, sempre in forza del richiamo di cui all'art. 20, comma 5, anche l'art. 2, comma 7, L. 241/1990 sulla sospensione dei termini per acquisizione di valutazioni tecniche, informazioni o certificati⁷³.

Infine, come terza ed ultima modalità per evitare la formazione del silenzio assenso, il Comune potrebbe indire una conferenza di servizi.

Questa modalità viene da buona parte della dottrina ritenuta un'ipotesi recessiva, dal momento che, essendo il procedimento caratterizzato dall'assenza di interessi sensibili o critici o, comunque, essendo il provvedimento finale di competenza dell'unica amministrazione competente alla ricezione dell'istanza è escluso che la conferenza di servizi possa servire ad acquisire un atto di assenso proveniente da altra amministrazione; in realtà, come del resto accennato

conclusione del procedimento, i quali ricominciano a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni ovvero, in mancanza, dalla scadenza del termine di 10 giorni assegnato per la presentazione delle medesime.

Si osservi che Cons. Stato, IV Sez., 19.6.2014, n. 3112 proprio per escludere l'applicabilità del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis* L. 241/1990 assimila la P.A.S. alla S.C.I.A.; sul punto v. *supra* al § 5.3.

⁷² Cons. Stato, VI Sez., 7.1.2008, n. 32.

⁷³ La disposizione è suscettibile in astratto di trovare un'ampia applicazione, allorché una P.A. particolarmente solerte si preoccupi di vagliare tutte le istanze, a prescindere dall'automatismo del silenzio assenso. Infatti, proprio con riferimento alla dichiarazione che instaura una P.A.S. è possibile che il Comune riscontri delle manchevolezze con riferimento ai complessi documenti che obbligatoriamente devono essere allegati e che presentano forti elementi di tecnicismo che possono richiedere delle modifiche o delle integrazioni; si pensi gli elaborati progettuali o alla "dettagliata" relazione tecnica, i quali, nei casi in cui non siano esaurienti o anche siano suscettibili di miglioramenti ben possono necessitare di ulteriori valutazioni tecniche od informazioni, al fine di non precludere all'amministrazione l'emanazione di un provvedimento favorevole.

dall'art. 20, comma 2, L. 241/1990⁷⁴ la conferenza di servizi può avere un senso (nelle ipotesi in cui il Comune è chiamato esclusivamente alla valutazione sulla compatibilità urbanistica ed edilizia dell'impianto) per vagliare eventuali istanze di segno contrario da parte di terzi controinteressati alla realizzazione dell'impianto per la produzione di energia elettrica; si pensi, ad esempio, al proprietario del fondo finitimo all'area su cui verrà realizzata una torre anemometrica di altezza superiore ai 36 metri o, ancora, ad un comitato ambientale che persegua "*statutariamente e non occasionalmente*" obiettivi di tutela ambientale e sia dotato di un "*adeguato grado di rappresentatività e stabilità*" in un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è localizzato il bene oggetto dell'intervento⁷⁵.

Si tratta in buona sostanza di una lettura dell'istituto della conferenza di servizi evolutiva, nella quale può forse essere intravista una sorta di procedura di *audit* ambientale, nella quale far confluire anche interessi diversi od ulteriori rispetto a quelli di cui sono portatrici le amministrazioni⁷⁶.

Altro aspetto rilevante riguarda la disciplina applicabile alla P.A.S. dopo la formazione del silenzio assenso.

⁷⁴ Recita testualmente la disposizione: "*L'amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al comma 1, una conferenza di servizi ai sensi del capo IV, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati*".

⁷⁵ Da qualche anno, la giurisprudenza, in tema di legittimazione ad agire delle associazioni esponenziali di interessi collettivi o diffusi, afferma che "*con riguardo alle associazioni ambientaliste per le quali non opera la legittimazione di cui alla L. 349/1986, la legittimazione ad agire può essere riconosciuta anche a comitati spontanei che si costituiscono al precipuo scopo di proteggere l'ambiente, la salute o la qualità della vita delle popolazioni residenti su tale circoscritto territorio; conseguentemente il giudice amministrativo può riconoscere, caso per caso, la legittimazione ad impugnare atti amministrativi incidenti sull'ambiente ad associazioni locali (indipendentemente dalla loro natura giuridica), purché perseguano statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale ed abbiano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità in un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa*"; sul punto v. Cons. Stato, Sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4123 e Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107.

⁷⁶ Sul coinvolgimento dei terzi controinteressati nel procedimento amministrativo si tornerà in seguito, con riferimento al procedimento unico di cui all'art. 12 del D. Lgs. 387/2003. Per il momento basti notare che medesime istanze di coinvolgimento ben possono sussistere anche nell'ambito della Procedura Abilitativa Semplificata e che, in generale, gli strumenti offerti dal legislatore non paiono, per buona parte della dottrina, del tutto soddisfacenti.

Sul punto, l'art. 20, comma 3, precisa che l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'art. 21 *quinquies* (revoca)⁷⁷ o dell'art. 21 *nonies* (annullamento d'ufficio e convalida) L. 241/1990.

Questo richiamo, da un lato, conferma il valore c.d. attizio dell'inerzia serbata dalla P.A., giacché non avrebbe senso legittimare provvedimenti di secondo grado ove sia mancato quello di primo, e, dall'altro, esclude che l'amministrazione possa provvedere tardivamente in modo espresso sull'istanza presentata⁷⁸.

In ogni caso, la possibilità di procedere ad annullamento d'ufficio consente quel recupero di legalità di cui i procedimenti caratterizzati dal silenzio assenso possono talora essere viziati; occorre, tuttavia, precisare che la legittimità di un provvedimento in autotutela con effetti ablatori è inversamente proporzionale al legittimo affidamento che può vantare il titolare di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica, sicché tanto più tende a stabilizzarsi un titolo abilitativo tacito, tanto più lo stesso annullamento d'ufficio rischia di essere viziato.

Non trova tutela alcuna, invece, la procedura viziata da dichiarazioni mendaci o da false attestazioni; in tale ipotesi, il dichiarante è, sul piano penale, punito con la sanzione di cui all'art. 483 c.p., mentre su quello amministrativo, ai sensi dell'art. 21 L. 241/1990, non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti di legge⁷⁹, venendo così preclusa la formazione del silenzio assenso; in tal senso depone, infine, l'art. 44 D. Lgs. 28/2011 espressamente dedicato alle sanzioni amministrative⁸⁰.

⁷⁷ Pare, tuttavia, difficilmente configurabile una revoca per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, dal momento che una "*prima*" valutazione espressa è appunto mancata e che, al più, è configurabile su istanza del terzo controinteressato.

⁷⁸ TAR Puglia, Lecce, I Sez., 2.4.2014, n. 895.

⁷⁹ Tale disposizione si applica tanto nel caso di segnalazione certificata di inizio attività che nel caso di silenzio assenso.

⁸⁰ Sull'esercizio del potere di controllo e sanzionatorio, v. *infra* al § 6.1.2.

Inoltre restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo, le quali non possono dirsi inibite a causa della formazione di un provvedimento tacito di assenso (art. 20 L. 241/1990) o di un atto privatistico legittimante l'esercizio di un'attività economica (art. 19 L. 241/1990).

Con riferimento ai profili di tutela occorre distinguere a seconda che debba attivarsi l'interessato od il terzo controinteressato.

Nel caso della P.A.S. ordinaria di cui al comma 2 la posizione giuridica soggettiva dell'interessato continua ad essere di interesse legittimo, sicché nei suoi confronti può concretizzarsi un pregiudizio concreto ed attuale nel momento in cui l'amministrazione comunale adotti tempestivamente un provvedimento di diniego tacito, il quale andrà pertanto impugnato con la tradizionale azione di annullamento di cui all'art. 29 c.p.a.

Analogamente e specularmente, nel caso in cui si formi tacitamente un assenso alla compatibilità dell'intervento oggetto della dichiarazione, l'azione impugnatoria sarà lo strumento a disposizione del terzo controinteressato che si ritenga lesa dal titolo abilitativo implicitamente formatosi.

In entrambi i casi, ovviamente, la parte sarà legittimata ad esperire anche l'azione risarcitoria di cui all'art. 30 c.p.a.

Nel caso invece della P.A.S. aggravata di cui al comma 5, dove è preclusa la formazione del silenzio assenso, l'inerzia dell'amministrazione comunale (che non si attivi né per l'acquisizione d'ufficio degli atti di assenso, né per l'indizione della conferenza di servizi), sarà qualificabile come silenzio inadempimento, tale da legittimare il ricorso all'azione di cui all'art. 34, commi da 1 a 3, c.p.a., nel termine di 1 anno dalla scadenza del termine di 30 giorni, senza necessità di diffida previa, con il rito di cui all'art. 117 c.p.a.

Trattandosi di attività non vincolata e sulla quale è verosimile che non sia stata condotta istruttoria, il G.A. non potrà pronunciarsi sulla fondatezza della domanda, limitandosi al contrario a statuire l'obbligo di provvedere, azionabile,

in caso di ulteriore inerzia, mediante un ricorso in ottemperanza, ai sensi dell'art. 114 c.p.a. con il quale verrà nominato un commissario *ad acta*.

In tale ipotesi, congiuntamente all'azione avverso il silenzio, l'interessato sarà legittimato alla proposizione di una domanda per il risarcimento del danno da ritardo, ai sensi dell'art. 2 *bis* L. 241/1990, nonché a richiedere l'indennizzo da ritardo nella conclusione del procedimento nel rispetto degli adempimenti di attivazione del potere sostitutivo di cui all'art. 28 D.L. 69/2013 conv., con modif., nella L. 98/2013⁸¹.

Qualora, invece, la Conferenza di servizi sia indetta ma la determinazione conclusiva sia negativa, l'istante dovrà attendere la ricezione in un provvedimento di adozione emanato dalla stessa amministrazione comunale e, insieme all'impugnazione tempestiva della medesima, far valere gli altri profili di illegittimità della determinazione conclusiva della Conferenza di servizi, quale atto presupposto.

La posizione del terzo controinteressato, invece, potrà specularmente dirsi lesa nel momento in cui venga a conoscenza dell'approvazione da parte del Comune della determinazione finale positiva adottata in Conferenza di servizi; solo da tale momento, inizierà a decorrere il termine di 60 giorni previsto a pena di decadenza dall'art. 29 c.p.a. per la proposizione dell'azione di annullamento, ferma anche in tal caso la proponibilità dell'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 30 c.p.a.

Si ritiene, invece, che non siano azionabili da parte del terzo controinteressato eventuali istanze (rimaste inevase) volte a sollecitare, decorso il termine di 30 giorni per la formazione del silenzio assenso, l'esercizio del potere di annullamento o revoca in autotutela da parte del Comune, attesa l'alta discrezionalità che caratterizza, in generale, tutti i provvedimenti di secondo grado: l'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione, come tale non

⁸¹ Sulla portata del nuovo istituto e sui rapporti con l'azione per il risarcimento del danno da ritardo v. *infra* al § 6.2.16.

sindacabile in sede giurisdizionale, comprenderebbe, infatti, secondo le tesi più tradizionali, anche il potere di non avviare *tout court* il relativo procedimento di riesame⁸².

5.5. *La giurisprudenza costituzionale sui titoli energetici minori.*

La Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi su alcuni conflitti di competenza sollevati dallo Stato nei confronti della legislazione regionale, sul rilievo che le Regioni non rispettassero la disciplina di principio dettata con riferimento all'ambito di applicazione oggettivo della Comunicazione di inizio lavori o della P.A.S..

Una delle prime questioni affrontate, in un contesto giuridico in cui ancora non era entrata in vigore la P.A.S. di cui all'art. 6 D. Lgs. 28/2011, concerneva l'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione della D.I.A. anche per interventi volti alla realizzazione di impianti con capacità di generazione superiore a quella stabilita dalla normativa nazionale di riferimento.

Corte Cost., 1 aprile 2010, n. 124 affronta la questione solo sulla base dell'unica disposizione che allora prevedeva la possibilità di realizzare alcuni impianti direttamente con la D.I.A., giacché non erano ancora entrate in vigore le c.d. Linee Guida di cui al successivo D.M. 10 settembre 2010⁸³.

Infatti, nelle more dell'approvazione delle Linee Guida, alla disciplina sull'autorizzazione unica facevano eccezione solo quegli impianti aventi potenza nominale inferiore a quella indicata dalla Tabella A richiamata all'art.

⁸² Il principio tradizionale, tuttavia, merita qualche ripensamento alla luce della giurisprudenza comunitaria che, in certe ipotesi di provvedimento contrastante con i principi e le norme del diritto europeo, prescrive la doverosità anche dei provvedimenti in autotutela; sul punto, v. *infra* a proposito dell'autorizzazione unica.

⁸³ Nel caso di specie, il Presidente del Consiglio impugnava il punto 2.3 dell'Allegato 1 alla L.R. Calabria 42/2008, nella parte in cui individuava un elenco di impianti (con potenza nominale inferiore o uguale a 500 Kw) assoggettabili alla sola disciplina della D.I.A., per contrasto con l'art. 117, comma 3, Cost con riferimento ai parametri allora stabiliti dalla Tabella A richiamata dall'art. 12, comma 5, D. Lgs.287/2003.

12, comma 5, D. Lgs. 387/2003 (ad esempio, per l'energia eolica, la soglia era fissata in 60 kW, per l'energia solare, 20 kW).

Lo stesso art. 12, comma 5, prevedeva, poi, che "*con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare, d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 D. Lgs. 281/1997, possono essere individuate maggiori soglie di capacità di generazione e caratteristiche dei siti di installazione per i quali si procede con la medesima disciplina della denuncia di inizio attività*".

Secondo la Consulta, peraltro, "*l'art. 12, fissa i principi fondamentali in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*"⁸⁴, con la conseguenza che il legislatore regionale che assume un criterio di individuazione degli impianti autorizzabili sulla base della D.I.A. difforme da quello del legislatore statale "*rende palese anche la violazione dell'art. 12, comma 5, D. Lgs. 387/2003, che consente l'individuazione di soglie diverse di potenza rispetto a quelle indicate dalla tabella solo a seguito di un procedimento che, in ragione delle diverse materie interessate (tutela del territorio, tutela dell'ambiente, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia), coinvolge lo Stato e le Regioni in applicazione del principio di leale collaborazione, il quale impedisce ogni autonomo intervento legislativo regionale*".

In maniera del tutto conforme si è, in seguito, pronunciata Corte Cost. 1 aprile 2011, n. 107, allorché ribadisce che "*l'aumento della soglia di potenza per la quale, innalzando la capacità, dai limiti ben più contenuti di cui alla Tabella A, allegata al D. Lgs. 387/2003, la costruzione dell'impianto risulta subordinata a procedure semplificate, comporta l'illegittimità della norma regionale, posto che maggiori soglie di capacità di generazione e caratteristiche dei siti di installazione, per i quali si proceda con diversa*

⁸⁴ Il principio era già stato espresso da Corte Cost. 6.11.2009, n. 282 e Corte Cost. 19.5.2009, n. 166.

*disciplina, possono essere individuate solo con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare, d'intesa con la Conferenza unificata, senza che la Regione possa provvedervi autonomamente*⁸⁵.

Con riferimento alla disciplina della P.A.S., Corte Cost. 11 dicembre 2013, n. 298, punto 4, ha avuto modo di dichiarare incostituzionali quelle norme regionali che si pongono in contrasto con l'art. 117, comma 3, Cost., con riferimento all'art. 5, comma 3, D. Lgs. 28/2011.

Tale disposizione prevede che, nelle more della promulgazione del Decreto del Ministro dello sviluppo economico (di concerto con il Ministro dell'ambiente, previa intesa con la Conferenza unificata) avente ad oggetto l'individuazione degli interventi di "*modifica sostanziale*" degli impianti assoggettati all'autorizzazione unica, "*non sono considerati sostanziali e sono sottoposti alla disciplina di cui all'art. 6 [cioè alla procedura abilitativa semplificata] gli interventi da realizzare sugli impianti fotovoltaici, idroelettrici ed eolici esistenti*".

Nel caso di specie, l'art. 12, comma 8, L.R. Friuli Venezia Giulia 19/2012 assoggettava alla P.A.S. anche gli interventi, ancorché non sostanziali, da realizzarsi "*in corso d'opera*".

La Consulta ritiene che "*la norma regionale, estendendo l'autorizzazione semplificata anche agli interventi relativi ad impianti non necessariamente esistenti, si pone in contrasto con la normativa statale di principio fissata dal D. Lgs. 28/2011 nella materia di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», cui va ricondotta la disposizione censurata*⁸⁶", dal momento che

⁸⁵ In questo caso venivano impugnati l'art. 3, comma 1, paragrafo i) e iii), L.R. Basilicata 21/2010 (recante *Modifiche ed integrazioni alla L.R. 1/2010 e al Piano di Indirizzo Energetico Ambientale Regionale*), sempre per contrasto con l'art. 117, comma 3, Cost. con riferimento all'art. 12, comma 5, D. Lgs. 28/2011.

⁸⁶ Sulla qualificazione degli artt. 5 e 6 D. Lgs. 28/2011 alla stregua di norma statale di principio, rilevante ai fini della costituzionalità della legislazione regionale di attuazione, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., v. Corte Cost. 6.12.2012, n. 275 e Corte Cost. 20.4.2012, n. 99.

"la giustificazione di tale disciplina è evidentemente legata al suo carattere transitorio e alla preoccupazione che la suddetta fase possa incidere negativamente sull'efficienza degli impianti esistenti: questa giustificazione non può essere estesa al caso in questione".

Invece, Corte Cost. 11 dicembre 2013, n. 298, punto 13, dichiara incostituzionale l'art. 16, comma 2, lett. a) L.R. Friuli Venezia Giulia 19/2012, sempre per contrasto con l'art. 117, comma 3, Cost., ma con riferimento all'art. 6, comma 11, D. Lgs. 28/2011.

La disposizione regionale, infatti, assoggettava alla sola Comunicazione di inizio lavori l'installazione sugli edifici e sulle loro aree pertinenziali di tutti gli impianti per la produzione di energia elettrica e termica, a prescindere tanto dalla fonte di energia utilizzata quanto dalla potenza nominale dell'impianto, mentre la disposizione di principio di cui all'art. 6, comma 11, D. Lgs. 28/2011 afferma che *"[l]e Regioni e le Province autonome possono estendere il regime della comunicazione [...] ai progetti di impianti alimentati da fonti rinnovabili con potenza nominale fino a 50 kW, nonché agli impianti fotovoltaici di qualsivoglia potenza da realizzare sugli edifici, fatta salva la disciplina in materia di valutazione di impatto ambientale e di tutela delle risorse idriche"*

La questione relativa all'estensione dell'ambito di applicazione della P.A.S. ad opera della legislazione regionale è da ultimo affrontata da Corte Cost., 17 dicembre 2013, n. 307, punto 4.

In questa ipotesi, veniva censurato l'art. 6, comma 1, lett. f), L.R. Puglia 25/2012, nella parte in cui stabilisce che la P.A.S. *"a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge [...] trova applicazione anche per gli [...] impianti idroelettrici di taglia non superiore a 1 MW"*⁸⁷.

⁸⁷ Secondo l'Avvocatura dello Stato *"tale norma violerebbe i principi fondamentali in materia di energia, in quanto, nel prevedere genericamente la sottoposizione a procedure semplificate di tutti gli impianti fino a 1 MW, e quindi anche degli impianti con potenza installata superiore a 100 kW, si porrebbe in contrasto con il D. Lgs. 152/2006 (Codice dell'ambiente), che, all'allegato IV, punto 2 "Industria energetica ed estrattiva", lett. m), prevede che gli impianti*

Secondo la Consulta, tuttavia, la questione è infondata nel merito; infatti, l'Allegato IV, punto 2, lett. m), D. Lgs. 152/2006, *"lungi dallo stabilire principi in materia di energia ed in specie in tema di procedure autorizzatorie per la realizzazione di impianti di energia da fonti rinnovabili"*, individua gli impianti sottoposti alla verifica di assoggettabilità a V.I.A. di competenza delle Regioni e delle Province autonome, includendovi quelli *"per la produzione di energia idroelettrica con potenza nominale di concessione superiore a 100 kW"*.

Il vincolo riguarda, pertanto, la mera assoggettabilità a V.I.A. degli impianti di produzione di energia idroelettrica, con la conseguenza che *"esso costituisce parametro inconferente nella specie"*, mentre la sottoposizione alla P.A.S., stabilita dalla norma regionale, non esclude l'applicazione della procedura di assoggettabilità a V.I.A. imposta dall'art. 6, commi 2 e 5, D. Lgs. 152/2006.

D'altra parte, l'art. 6, comma 9, D. Lgs. 28/2011 dispone che *"le Regioni e le Province autonome possono estendere la soglia di applicazione della procedura di cui al comma 1 agli impianti di potenza nominale fino ad 1 MW elettrico, definendo altresì i casi in cui, essendo previste autorizzazioni ambientali o paesaggistiche di competenza di amministrazioni diverse dal Comune, la realizzazione e l'esercizio dell'impianto e delle opere connesse sono assoggettate all'autorizzazione unica di cui all'articolo 5"*.

La disposizione attribuisce quindi alle Regioni sia la facoltà di estendere la soglia di applicazione della P.A.S. agli impianti di potenza nominale fino ad 1 MW elettrico, che quella di *"stabilire i casi in cui, essendo previste autorizzazioni ambientali o paesaggistiche di amministrazioni diverse dai*

per la produzione di energia idroelettrica con potenza installata superiore a 100 kW rientrano nel novero delle opere soggette alla procedura di assoggettabilità a V.I.A. di competenza regionale.

Essa lederebbe, inoltre, la competenza statale esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, in quanto, sottoponendo a procedure semplificate tutti gli impianti fino a 1 MW e quindi anche quelli con potenza installata superiore a 100 kW, si porrebbe in contrasto con l'art. 6, comma 9, D. Lgs. 28/2011, il quale impone, a tutela dell'ambiente e del paesaggio, il più gravoso procedimento dell'autorizzazione unica".

Comuni, gli stessi impianti debbono invece ritenersi assoggettati all'autorizzazione unica, di cui all'art. 5⁸⁸, con la conseguenza che la norma regionale, nella parte in cui estende la P.A.S. agli impianti idroelettrici di taglia non superiore a 1 MW, per i quali è prescritta la verifica di assoggettabilità a V.I.A., ne costituisce un'applicazione costituzionalmente legittima.

6. *L'Autorizzazione Unica (art. 12 D. Lgs. 387/2003 e art. 5 D. Lgs. 28/2011.*

La norma cardine in materia di titoli abilitativi è rappresentata dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003, rubricato “*razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative*”.

Si tratta di una disposizione che nel corso degli anni ha subito alcune modifiche ad opera della L. 244/2007, della L. 99/2009, del D. Lgs. 28/2011, del D.L. 1/2012 conv., con mod., nella L. 27/2012 e del D. Lgs. 46/2014.

Va sin d'ora segnalato che la maggior parte dell'elaborazione giurisprudenziale ha avuto ad oggetto proprio i molteplici aspetti di natura procedimentale e sostanziale, connessi all'autorizzazione unica (A.U.); di qui l'opportunità di un'analisi che tenga conto dell'approccio dualista fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa, anche al fine di operare *ex post* un raccordo tra le molteplici questioni affrontate e cercare di scorgere, se del caso, principi comuni validi per tutte.

Dall'analisi della giurisprudenza amministrativa emerge, infatti, la tendenza a raggruppare le questioni connesse alla legittimità dell'autorizzazione unica in due categorie di ordine sistematico; si tratta, da un lato, dei profili più marcatamente procedimentali e, dall'altro, di quelli che riguardano più direttamente gli aspetti di natura sostanziale; è questo, in buona sostanza,

⁸⁸ Nello stesso senso, v. Corte Cost. 6.12.2012, n. 275.

quell'approccio dualista di origine pretoria che rappresenterà nel prosieguo la chiave di lettura per l'analisi delle questioni più attuali relative a tale titolo energetico.

Occorre, tuttavia, un rapido esame preliminare della disposizione, il quale miri a fissare ciò che il diritto positivo statuisce.

Il comma 1 precisa sin da subito che le opere di realizzazione degli impianti, nonché le opere e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e al funzionamento (vale a dire le opere connesse) sono “*opere di pubblica utilità*” e “*indifferibili ed urgenti*”; a completamento, precisa il comma 3 che l'autorizzazione unica è “*variante dello strumento urbanistico*”⁸⁹.

Qualificare un impianto per la produzione di energia elettrica derivante da fonti rinnovabili in termini di opera di pubblica utilità equivale a legittimare il proponente a chiedere l'emanazione del titolo abilitativo anche per impianti da realizzare su aree di proprietà altrui, previa acquisizione mediante una procedura di espropriazione, ai sensi del D.P.R. 327/2001 (T.U. Espropriazioni), anche ove la pianificazione urbanistica comunale disponga una diversa destinazione per l'area oggetto dell'istanza; per questi motivi, pertanto, il rilascio del titolo abilitativo di cui all'art. 12 D. Lgs. 387/2003 da parte dell'ente competente (la Regione o la Provincia Delegata) è suscettibile di modificare precedenti atti amministrativi generali (nella specie atti di pianificazione e programmazione) posti in essere dal Comune⁹⁰.

⁸⁹ Sulla natura di opera di pubblica utilità, non differibile ed urgente esclusivamente degli impianti da assentire mediante autorizzazione unica (e non anche di quelli sottoposti ai regimi abilitativi minori), v. Cons. Stato, V Sez., 27.4.2015, n. 2071.

⁹⁰ Tale disposizione non trova applicazione per le domande relative ad impianti a biomassa e fotovoltaici, prescrivendo il comma 4 *bis* (inserito dalla L. 99/2009) che il proponente deve dimostrare la disponibilità del suolo su cui intende realizzare l'intervento; tale prova può essere fornita anche nel corso del procedimento e, in ogni caso, prima dell'emanazione dell'autorizzazione unica. Si segnala, peraltro, che con il termine “*disponibilità del suolo*” la norma intende fare riferimento non soltanto al diritto di proprietà, ma anche alla costituzione di un diritto *reale* di godimento come il diritto di superficie ovvero di un diritto *personale* di godimento attraverso il contratto di locazione.

Nonostante questo specifico aspetto sembri marginale⁹¹, tuttavia la collocazione del precetto all'inizio dell'art. 12 dovrebbe indurre a riflettere sulle ragioni di tale collocazione topografica.

Partendo, infatti, dal presupposto che il legislatore deliberatamente imprima anche alla struttura delle disposizioni una ragione sistematica, non si può ignorare il valore di un precetto collocato in esordio di una disciplina ampia ed articolata come quella relativa all'autorizzazione unica.

La disposizione sembra affermare che il singolo intervento progettato dall'imprenditore privato e assentito dalla Regione dispieghi una sorta di supremazia non solo su interessi di segno contrario vantati da altri privati, come il loro diritto di proprietà sull'area oggetto dell'intervento (diritto assoluto, tutelabile *erga omnes*, e dotato di copertura costituzionale per il tramite dell'art. 42 Cost.), ma anche su interessi di segno contrario fatti propri dal livello amministrativo comunale nella approvazione del piano regolatore generale⁹² e dei piani attuativi, vale a dire nell'esercizio di quella potestà pianificatoria e programmatoria in materia di governo del territorio che è propria dell'ente comunale, quale ente maggiormente rappresentativo della comunità locale di riferimento⁹³.

⁹¹ E da un punto di vista pratico effettivamente lo è, dal momento che assai raramente l'imprenditore presenterà l'istanza per realizzare l'intervento su un'area di proprietà altrui, sostanzialmente a causa di un aggravio delle procedure amministrative che andrebbero ad aumentare i costi ed allungare i tempi per la messa in esercizio dell'impianto.

⁹² Ovvero Piano di Governo del Territorio, se così disposto come ad esempio in Lombardia (L.R. 12/2005).

⁹³ Da questo punto di vista, la previsione dell'art. 12, comma 4 *bis* (introdotto dalla L. 99/2009) che richiede la "*disponibilità del suolo*" su cui realizzare impianti a biomassa ed impianti fotovoltaici può forse esser spiegata facendo riferimento al maggior sacrificio che il privato espropriato della relativa area subirebbe per la realizzazione di tali impianti; le caratteristiche di questi impianti, infatti, finirebbero, in buona sostanza, coll'azzerare l'utilità del fondo restante e, per questi motivi, rischierebbero di generare un contenzioso tra istante legittimato all'espropriazione per pubblica utilità e terzo controinteressato proprietario del fondo espropriando. La norma, pertanto, richiedendo almeno la costituzione di un diritto reale ovvero personale di godimento mira proprio ad escludere a priori un conflitto di interessi fra privati, con ciò privilegiando l'impostazione di cui all'art. 42 Cost.

In realtà, non possono non scorgersi identiche premesse nel caso in cui oggetto dell'istanza sia la realizzazione di un parco eolico, viceversa dichiarabile opera di pubblica utilità, sottoponibile

Sul punto si tornerà in seguito, ma per il momento ciò basti a spiegare le ragioni che probabilmente hanno indotto il legislatore a collocare in esordio all'art. 12 D. Lgs. 387/2003 la disposizione che consente al titolare dell'autorizzazione unica, da un lato, di procedere all'espropriazione per pubblica utilità dell'area oggetto dell'intervento e, dall'altro, di prevalere rispetto a posizioni confliggenti, espressione dell'esercizio della potestà, ampiamente discrezionale, del Consiglio comunale di imprimere alla medesima area la destinazione urbanistica ritenuta più confacente all'interesse pubblico contingente.

L'intenzione del legislatore, che emerge dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003, è rappresentata, in generale, dalla predisposizione di un procedimento improntato ai principi di celerità e snellezza amministrativa.

Infatti, il comma 3 prevede, quale titolo abilitante tanto alla realizzazione quanto alla messa in esercizio e gestione dell'impianto, una autorizzazione c.d. unica, in luogo della miriade di atti di assenso, variamente nominati (autorizzazioni, abilitazioni, licenze, nulla osta) che altrimenti sarebbero necessari per l'esercizio di queste attività.

L'autorizzazione unica, dunque, in assenza dei presupposti per l'ottenimento dei titoli attraverso la procedura abilitativa semplificata e la comunicazione asseverata, è il titolo che consente al privato di svolgere quell'attività liberalizzata che, nell'ambito del diritto energetico, tende tanto alla produzione quanto alla vendita dell'energia elettrica.

Essa sostituisce, inoltre, il permesso di costruire, allorché con la medesima autorizzazione unica si autorizza il privato, non necessariamente imprenditore, non solo alla costruzione dell'impianto e delle opere connesse, ma anche agli interventi di modifica, al potenziamento, al rifacimento totale o parziale ed alla riattivazione dei medesimi.

a vincolo preordinato all'esproprio e, pertanto, suscettibile di aprire un procedimento a danno del proprietario del fondo interessato ai sensi del D.P.R. 327/2001.

Il modello procedimentale che consente ad un unico titolo abilitativo di far convergere su di sé tutte le valutazioni altrimenti espresse da vari enti pubblici è la conferenza di servizi, per l'indizione della quale il comma 3 prevede il termine di 30 giorni decorrenti dalla ricezione della domanda.

Salvo una competenza speciale in capo al Ministero delle Infrastrutture dei Trasporti, per la realizzazione degli impianti *offshore* (realizzati all'interno della zona di mare delimitata dalla piattaforma continentale) e la recente competenza speciale riconosciuta al Ministero dello Sviluppo Economico⁹⁴, per la realizzazione di impianti di potenza termica superiore ai 300 MW, la P.A. competente è individuata, dalla medesima disposizione, nella Regione ovvero, se in tal senso stabiliscono le singole leggi regionali, nella Provincia delegata, *“nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico”*.

Pertanto, se è vero che la P.A. portatrice del c.d. interesse primario (legittimata all'indizione della conferenza di servizi e all'adozione della determinazione conclusiva, secondo il modello di cui agli artt. 14 ss. L. 241/1990) è la Regione (ovvero la Provincia delegata), tuttavia il richiamo al rispetto della normativa di settore in materia ambientale, paesaggistica e storico-artistica svolge la funzione precipua di consentire alle amministrazioni pubbliche preposte alla protezione di tali interessi di esprimere le loro valutazioni in piena autonomia, ancorché contestualmente all'istruzione e alla decisione del procedimento nella medesima sede scelta dal legislatore, vale a dire la conferenza di servizi decisoria.

Il comma 3 va letto, infatti, in combinato disposto con il comma 4, il quale prevede appunto che l'autorizzazione unica sia rilasciata *“a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le amministrazioni interessate,*

⁹⁴ Art. 31, comma 1, D. Lgs. 46/2014.

svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla L. 241/1990”.

Ancora, viene stabilito che “il rilascio dell’autorizzazione unica costituisce titolo a costruire ed esercitare l’impianto in conformità al progetto approvato e deve contenere l’obbligo alla rimessa in pristino dello stato dei luoghi a carico del soggetto esercente a seguito della dismissione dell’impianto ovvero, per gli impianti idroelettrici, l’obbligo di esecuzione di misure di reinserimento e recupero ambientale”.

Il termine massimo per la conclusione del procedimento è fissato dal D.M. 10 settembre 2010 in 90 giorni⁹⁵ mentre il medesimo art. 12, comma 4, precisa che dal termine è escluso il previo espletamento, ove previsto, del procedimento avente ad oggetto la Verifica di assoggettabilità del progetto alla Valutazione di Impatto Ambientale (c.d. *screening*), previsto dall’art. 20 D. Lgs. 152/2006 (Codice dell’ambiente).

Analogamente, dal termine fissato è escluso il procedimento per la Valutazione di Impatto Ambientale di cui all’art. 26 D. Lgs. 152/2006.

Tale procedimento continua a mantenere la propria autonomia e, pertanto, non è assorbito in quello principale volto all’emanazione dell’autorizzazione unica.

Fondamentale per la ricostruzione della disciplina risulta poi essere il comma 5; tale disposizione è sostanzialmente divisa in due parti, la prima delle quali è da ritenersi tacitamente abrogata dall’entrata in vigore del D. Lgs. 28/2011, dal momento che continua a prevedere l’applicazione del regime di Denuncia di inizio attività per gli impianti aventi potenza nominale inferiore ad una certa soglia fissata nella Tabella A allegata al medesimo D. Lgs. 387/2003, rinviando per la disciplina applicabile agli artt. 22 e 23 del T.U.Ed.

⁹⁵Sulla natura del termine di conclusione del procedimento, v. *infra* al § 6.1.3.

Tuttavia, al regime di Denuncia di inizio attività, l'art. 6 D. Lgs. 28/2011 ha sostituito il diverso regime di Procedura abilitativa semplificata, applicabile alle tipologie di impianti specificamente individuati dalle c.d. Linee Guida⁹⁶.

E' peraltro proprio la seconda parte dell'art. 12, comma 5, D. Lgs. 387/2003 a prevedere che con Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro dell'Ambiente, previa intesa con la Conferenza Unificata, di cui all'art. 8 D. Lgs. 281/1997, possano essere individuate *“maggiori soglie di capacità di generazione e caratteristiche dei siti di installazione per i quali si procede con la medesima disciplina della denuncia di inizio attività”*.

Si tratta delle c.d. Linee Guida di cui al D.M. 10 settembre 2010, le quali definiscono, tra l'altro, proprio l'ambito oggettivo di applicazione delle procedure e dei titoli diversi dall'autorizzazione unica di cui all'art. 12 D. Lgs. 387/2003.

La disposizione, pertanto, va oggi letta in combinato disposto tanto con le disposizioni, di natura regolamentare⁹⁷, di cui alle Linee Guida, quanto con l'art. 6 D. Lgs. 28/2011, dovendo inoltre ritenersi il rinvio alle disposizioni in tema di D.I.A. edilizia non più operanti; si tratta, pertanto, di un rinvio mobile o recettizio.

Nel comma 7 si precisa che gli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dagli atti di pianificazione urbanistica.

La disposizione potrebbe apparire pleonastica, laddove si osservi che costituendo l'autorizzazione unica variante allo strumento urbanistico, nessun conflitto potrebbe ravvisarsi allorché il piano regolatore generale classifichi come agricola (e, pertanto, non edificabile) l'area individuata nel progetto e assentita con la determinazione conclusiva operata in esito alla conferenza di

⁹⁶ Sull'ambito di applicazione della Procedura abilitativa semplificata, v. *supra* al § 5.2.

⁹⁷ Sulla natura giuridica delle Linee Guida, v. *infra* al § 6.2.15.

servizi, dal momento che proprio l'emanazione dell'autorizzazione unica avrebbe quale effetto proprio quello di prevalere su atti di pianificazione urbanistica precedentemente adottati ed in contrasto con il progetto autorizzato.

Tuttavia, la disposizione assume valenza novativa nel momento in cui stabilisce che *“nell'ubicazione si dovrà tenere conto delle disposizioni in materia di sostegno al settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come al patrimonio culturale e del paesaggio rurale”*.

Si tratta in buona sostanza di una espressa limitazione all'iniziativa economica privata da ricondurre all'art. 41, secondo comma, Cost.

La disposizione ha immediata valenza precettiva, allorché rinviando all'art. 14 D. Lgs. 228/2001 (recante disposizioni in materia di *Orientamento e modernizzazione del settore agricolo*, in attuazione della delega contenuta nell'art. 7 L. 57/2001) impone alla P.A. procedente, nell'emanazione dell'autorizzazione unica relativa ad un intervento da realizzare su area classificata agricola dal piano regolatore generale, di applicare quei principi stabiliti proprio nella legge delega citata, agli artt. 7 ed 8, a temperamento delle prescrizioni per l'esercizio dell'attività di costruzione e gestione dell'impianto.

Inoltre, l'espresso riferimento all'art. 14 D. Lgs. 228/2001, che disciplina i contratti di collaborazione tra imprenditori agricoli e amministrazioni pubbliche (enti locali e consorzi di bonifica), impone, nell'emanazione dell'autorizzazione unica, di armonizzare le prescrizioni ivi contenute con i medesimi contratti di collaborazione, al fine di consentire e non confliggere con la loro precipua finalità di *“promozione delle vocazioni produttive del territorio”* e di *“tutela delle produzioni di qualità e delle tradizioni alimentari locali”*.

La disposizione rileva, dal punto di vista sistematico, dal momento che pare configurare l'esistenza di un interesse almeno equiordinato a quello sotteso all'emanazione dell'autorizzazione unica; ma proprio la sua espressa previsione

sembra configurare una norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica, quasi a voler rimarcare la supremazia degli obiettivi di implementazione e sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili nel più generale contesto della liberalizzazione del settore della produzione e della vendita di energia elettrica; tant'è che il successivo comma 10 impone l'osservanza delle disposizioni sin qui analizzate anche a prescindere dagli atti di ripartizione degli obiettivi indicativi regionali (c.d. *burden sharing*) stabiliti dalla Conferenza Unificata, secondo quanto dispone l'art. 10 D. Lgs. 387/2003.

In realtà, la discrezionalità delle Regioni (ovvero delle Province delegate) subisce ulteriori ed importanti temperamenti, nel momento in cui le medesime sono chiamate, dal comma 10, ad adeguarsi alla disciplina delle Linee Guida, approvate solo 7 anni dopo, per il “*corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio*”.

Sulla base delle Linee Guida, infatti, la P.A. competente all'emanazione dell'A.U. può procedere *ex ante*, attraverso un atto amministrativo generale di tipo pianificatorio, alla “*indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti*”, sulla base dei criteri individuati in un Allegato al medesimo D.M. 10 settembre 2010⁹⁸.

Tuttavia, la supremazia della disciplina nazionale torna a essere operante, nel momento in cui le medesime disposizioni regolamentari trovano applicazione diretta e su base nazionale, qualora le Regioni non vi si adeguino nel termine perentorio di 90 giorni dalla loro entrata in vigore.

Peraltro, come imperativamente statuisce il comma 6, l'autorizzazione unica non può essere subordinata, né prevedere, “*misure di compensazione*” a favore delle Regioni o delle Province⁹⁹.

Dunque, quella dell'art. 12 D. Lgs. 387/2003 costituisce la base positiva su cui giurisprudenza e dottrina hanno cercato di dare risposta alle molteplici

⁹⁸ Sull'inserimento degli impianti sul territorio e nel paesaggio, v. *infra* dal § 6.2.9 al § 6.2.14.

⁹⁹ Sulle misure di compensazione, v. *infra* dal § 6.2.17 al § 6.2.19.

questioni lasciate aperte dalla disposizione, di fatto ricostruendo la disciplina dell'autorizzazione unica sulla base delle scarse indicazioni operative ivi contenute.

Un ruolo notevole lo hanno svolto, a partire dalla loro (tarda) entrata in vigore le più volte citate Linee Guida, la cui particolare natura giuridica, fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale¹⁰⁰, ha meglio precisato alcuni importanti aspetti di carattere procedimentale.

La sequenza procedimentale è, comunque, in buona sostanza rimessa all'applicazione di istituti di diritto amministrativo generale quali la conferenza di servizi, cosicché il rinvio alla L. 241/1990 assume una valenza centrale per la soluzione alle numerose questioni lasciate insolute dall'art. 12¹⁰¹.

Ancora, è necessario stabilire quali siano i rapporti con la disciplina in materia ambientale, paesaggistica e storico-culturale.

Dalla disposizione emerge, pertanto, il conflitto tra l'interesse alla celerità del procedimento manifestato dal legislatore nazionale nel perseguimento degli obiettivi fissati nel D. Lgs. 387/2003 e l'emergere di una così ampia varietà di interessi pubblici e privati potenzialmente in contrasto e tali da frustrare in buona misura le intenzioni dello stesso legislatore; questo aspetto conflittuale, anche a causa dell'intrecciarsi di competenze e normative che, patologicamente, vedono il procedimento unico sfiorare i termini perentori seraficamente stabiliti dall'art. 12, rappresenta, probabilmente, il punto di tensione più pericoloso per la tenuta del sistema.

6.1. *Profili Procedimentali.*

¹⁰⁰ Sulla natura giuridica delle Linee Guida, v. *infra* al § 6.2.15.

¹⁰¹ Sullo svolgimento del procedimento unico in conferenza di servizi, v. *infra* dal § 6.1.12 al § 6.1.21.

6.1.11. *Il procedimento Unico (artt. 13, 14 e 15 D.M. 10 settembre 2010, c.d. Linee Guida).*

Nelle intenzioni del legislatore, l'autorizzazione è unica, in quanto emanata all'esito di un procedimento unico; l'idea è quella di un'architettura procedimentale tale da garantire, rispetto ad altri procedimenti amministrativi, risultati soddisfacenti sotto il profilo dei tempi e della semplificazione, con ciò incentivando una platea di soggetti, del mondo dell'imprenditoria ma non solo, il più ampia possibile e facilitando il raggiungimento degli obiettivi comunitari e internazionali per i quali ci si è espressamente vincolati¹⁰².

Gli elementi della domanda sono puntualmente individuati nell'art. 13 del D.M. 10 settembre 2010 e deve essere presentata alla P.A. competente.

L'istanza va corredata dalla seguente documentazione:

1. il progetto definitivo dell'impianto, comprensivo delle opere ed infrastrutture per la connessione alla rete di distribuzione dell'energia elettrica e per la dismissione dell'impianto e il ripristino dello stato dei luoghi¹⁰³;
2. la relazione tecnica, la quale deve indicare: le generalità dell'istante (comprendente per le imprese una copia del certificato camerale); la descrizione delle caratteristiche della fonte utilizzata, con l'analisi della producibilità attesa ovvero delle modalità di approvvigionamenti¹⁰⁴; la descrizione dell'intervento, delle fasi, dei tempi e delle modalità di esecuzione dei lavori previsti, nonché del piano di dismissione dell'impianto e di ripristino

¹⁰² In questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 27.11.2012, n. 5994: "*il tratto peculiare dell'art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, frutto di finalità semplificatorie e di concentrazione, consiste della individuazione della conferenza di servizi del modulo procedimentale ordinario essenziale alla formazione del successivo titolo abilitativo funzionale alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentata da fonti rinnovabili*".

¹⁰³ Per gli impianti idroelettrici, il ripristino è sostituito da misure di reinserimento e recupero ambientale.

¹⁰⁴ In caso di impianto a biomassa è necessario anche indicare la provenienza della fonte utilizzata e per gli impianti eolici andranno descritte le caratteristiche anemometriche del sito, le modalità e la durata dei rilievi comunque non inferiori ad un anno e le risultanze sulle ore annue di funzionamento.

dello stato dei luoghi¹⁰⁵; una stima dei costi di dismissione dell'impianto e di ripristino dello stato dei luoghi; un'analisi delle possibili ricadute sociali, occupazionali ed economiche dell'intervento a livello locale, solo per impianti di potenza superiore a 1 MW.

3. Nel solo caso di impianti alimentati a biomassa e impianti fotovoltaici (art. 12, comma 4 *bis*, D. Lgs. 387/2003), va allegata la documentazione da cui risulti la disponibilità dell'area ovvero, solo per le opere connesse, la richiesta di dichiarazione di pubblica utilità e di apposizione del vincolo preordinato all'esproprio, corredata dalla documentazione riportante l'estensione, i confini ed i dati catastali delle aree interessate.

4. Per tutti gli altri impianti (svincolati al divieto di previa disponibilità delle aree almeno per la realizzazione dell'impianto principale), va allegata la documentazione da cui risulti la disponibilità dell'area ovvero, anche per l'impianto principale, la richiesta di dichiarazione di pubblica utilità e di apposizione del vincolo preordinato all'esproprio, corredata dalla medesima documentazione finalizzata all'esatta individuazione dell'area.

5. Solo per gli impianti idroelettrici, la concessione di derivazione d'acqua per uso idroelettrico, se già acquisita¹⁰⁶.

6. Il preventivo per la connessione redatto dal gestore della rete di trasmissione nazionale ovvero dal gestore della rete di distribuzione, accettato dall'istante e comprensivo degli elaborati relativi agli impianti di rete per la connessione (predisposto dal gestore della rete) e agli impianti di utenza per la connessione (predisposto dall'istante).

7. Il certificato di destinazione urbanistica e l'estratto dei mappali relativi al piano paesaggistico regionale, onde verificare la presenza di vincoli

¹⁰⁵ Nel caso degli impianti idroelettrici, al posto del piano (progetto esecutivo) di dismissione e ripristino dello stato dei luoghi, sarà richiesto il più impegnativo piano di misure per il reinserimento e recupero ambientale.

¹⁰⁶ Altrimenti la concessione di bene pubblico andrà acquisita nel procedimento unico, all'interno della conferenza di servizi.

gravanti sulle aree interessate dall'intervento ed ottenere i relativi nulla osta dalle amministrazioni competenti.

8. Ove prevista, la documentazione relativa alla procedura di Verifica dell'assogettabilità del progetto definitivo alla Valutazione di Impatto Ambientale, nonché la medesima Valutazione di Impatto Ambientale, se già acquisita sul progetto definitivo¹⁰⁷.

9. La ricevuta di pagamento degli oneri istruttori.

10. L'impegno alla corresponsione, all'atto di avvio dei lavori, di una cauzione, a garanzia della esecuzione degli interventi di dismissione e di rimessa in pristino, mediante fideiussione bancaria od assicurativa.

11. Nel caso in cui il preventivo per la connessione comprenda una stazione di raccolta asservibile a più impianti e le opere siano soggette a V.I.A., la relazione da cui risultino le modalità per ridurre l'estensione complessiva e per contenere l'impatto ambientale.

12. La copia della comunicazione trasmessa alla soprintendenza.

La giurisprudenza ha precisato che l'elenco dei documenti che devono essere oggetto dell'istanza e previsto dalla normativa nazionale può essere ampliata dalle Regioni soltanto con ulteriori richieste rese necessarie dalla normativa di settore e non con ulteriore documentazione che costituisca inutile aggravio procedimentale¹⁰⁸, non senza dimenticare, peraltro, che l'art. 14.4 D.M. 10

¹⁰⁷ Altrimenti la Valutazione di Impatto Ambientale andrà acquisita nel procedimento unico, all'interno della conferenza di servizi, con sospensione del termine di 90 giorni, previsto dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003, per addivenire alla determinazione conclusiva.

¹⁰⁸ Cons. Stato, V Sez., 12.11.2013, n. 5417, ove oggetto di censura erano due documenti specificamente contemplati dall'art. 4, comma 1, lett. a) e b), L.R. Puglia 31/2008 che richiede, rispettivamente, un piano economico finanziario, asseverato da un istituto bancario o da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'art. 107 T.U.B. (D. Lgs. 385/1993), che ne attesti la congruità e una dichiarazione resa da un istituto bancario la quale attesti che il soggetto medesimo disponga di risorse finanziarie ovvero di c.d. linee di credito proporzionate all'investimento per la realizzazione dell'impianto; la pronuncia afferma che "*le attestazioni di bancabilità concretizzano un importante incumbente procedimentale di natura finanziaria, a garanzia dell'interesse pubblico alla realizzabilità effettiva del progetto*". Ancora, con riferimento ai c.d. strati informativi sin afferma "*va condivisa la sentenza appellata laddove ha sottolineato l'importanza di una corretta elaborazione degli strati informativi per la*

settembre 2010 prevede che *"entro 15 giorni dalla presentazione dell'istanza, l'amministrazione competente, verificata la completezza formale della documentazione, comunica al richiedente l'avvio del procedimento ai sensi degli artt. 7 e 8 L. 241/1990, ovvero comunica la improcedibilità dell'istanza per carenza della documentazione prescritta; in tal caso il procedimento può essere avviato solo alla data di ricevimento dell'istanza completa. Trascorso detto termine senza che l'Amministrazione abbia comunicato l'improcedibilità, il procedimento si intende avviato"*.

Pertanto le carenze documentali possono, al più, portare alla declaratoria di improcedibilità della domanda (e non anche ad un suo “rigetto di merito”), con la conseguenza che, secondo un’interpretazione conforme ai principi costituzionali e comunitari di disfavore per gli inutili aggravii procedurali, è da escludere che qualunque carenza documentale possa condurre alla caducazione dell’istanza e non invece - *a fortiori*, in caso di atteggiamento collaborativo del soggetto istante - solo ad una richiesta di integrazione documentale.

La domanda deve essere presentata alla P.A. competente e non è detto che tale sia Regione¹⁰⁹.

Infatti la competenza regionale può essere derogata in favore della Provincia con legge regionale¹¹⁰.

Inoltre residuano alcune ipotesi di competenza speciale ministeriale, previste già nell’art. 12, comma 3, D. Lgs. 387/2003.

necessità di avere una mappatura precisa degli impianti proposti e di quelli già autorizzati o in esercizio, per la verifica del consumo di territorio, e dunque ritenuto la relativa prescrizione regionale non irragionevole, proporzionata e non eccessivamente onerosa".

¹⁰⁹ Sulla competenza amministrativa al rilascio dell’autorizzazione unica, v. *infra* al § 6.2.2.

¹¹⁰ Attualmente la competenza è regionale in Abruzzo, Basilicata, Calabria, Marche, Molise, Puglia, Sardegna, Sicilia, Valle d’Aosta e Veneto. E’ rimessa ad una competenza concorrente tra Regione e Provincia, sulla base di alcuni criteri tra cui la potenza nominale dell’impianto, in Campania ed Emilia Romagna. E’ rimessa esclusivamente alla competenza della Provincia in Lazio, Liguria, Lombardia, Piemonte, Toscana, Umbria e Veneto. E’ composita tra Unione di Comuni, Provincia e Regione in Friuli Venezia Giulia.

In particolare, l’emanazione dell’autorizzazione unica è frutto di un atto di natura concertata tra, da un lato, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che detiene comunque il ruolo di P.A. competente ai fini della indizione della conferenza di servizi, e, dall’altro, il Ministero dello Sviluppo Economico e il Ministero dell’Ambiente per gli impianti *offshore*¹¹¹, per i quali è necessaria la *previa* acquisizione della concessione d’uso del demanio marittimo rilasciate dalla competente Autorità Marittima, ai sensi degli artt. 13 ss reg. nav. marittima¹¹².

Inoltre, a seguito dell’entrata in vigore del D. Lgs. 46/2014 (di attuazione della Direttiva 2010/75/UE relativa alle emissioni industriali) è prevista

¹¹¹ Si tratta di impianti installati ad alcune miglia dalla costa di mari o laghi, per meglio utilizzare la forte esposizione alle correnti di queste zone.

¹¹² La procedura prevede:

1. Presentazione della domanda alla Regione e/o ai Comuni competenti per il territorio. Nei casi in cui la domanda riguarda i porti o le aree individuate con il D.P.C.M. del 21 dicembre 1995, la domanda va rivolta alla competente Capitaneria di Porto.

2. Pubblicazione entro dieci giorni dalla ricezione. Il responsabile del procedimento ordina la pubblicazione, per estratto, della domanda nell’albo pretorio del Comune e degli uffici marittimi interessati, ai sensi della L. 340/2000. Chi ha interesse può presentare osservazioni entro il termine riportato nel foglio di pubblicazione, queste saranno poi valutate nel provvedimento finale.

3. Esperita la pubblicazione segue la fase istruttoria, oppure la domanda, unitamente alle osservazioni e alle domande concorrenti, può essere sottoposta all’esame della *Conferenza di Servizi*, ai sensi dell’art. 14 della L. 241/1990, cui partecipano insieme, la Regione, il Comune, la Circostrizione Doganale, l’ufficio del Genio Civile regionale, l’Amministrazione finanziaria (Agenzia del Demanio) e quella marittima, nonché l’Azienda Sanitaria locale, il commando dei Vigili del Fuoco, ove sussistono profili di sicurezza antincendio, la Soprintendenza per le aree sottoposte a vincoli culturali, paesaggistici o archeologici. L’Amministrazione marittima e finanziaria forniscono parere obbligatorio solo qualora la concessione riguardi beni di pertinenza demaniale, ovvero preveda la realizzazione di impianti di difficile rimozione. Naturalmente nel caso di domande concorrenti sarà data preferenza a quella che soddisfi maggiormente, in via combinata *“le esigenze di tutela del paesaggio e dell’ambiente e gli interessi pubblici connessi alla valorizzazione turistica ed economica della regione nel rispetto delle linee guida sulla redazione dei piani di utilizzo degli arenili adottate dalle Regioni d’intesa con l’Autorità Marittima”* ed ove non ricorrano tali ragioni di prelazione la concessione sarà rilasciata a chi offre il canone annuo maggiore. Nel caso in cui ci si avvalga della Conferenza di servizi l’autorizzazione finale sostituisce *“a tutti gli effetti ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominati di competenza delle amministrazioni partecipanti o comunque invitate a partecipare”*.

un'ulteriore competenza speciale in capo Ministero dello Sviluppo Economico per tutti gli impianti, la cui potenza termica sia pari o superiore ai 300 MW¹¹³.

Il procedimento è anche unico, in quanto suscettibile di sostituire una pluralità di atti di assenso, vale a dire l'autorizzazione integrata ambientale (artt. 29 *bis* ss. Codice dell'Ambiente), l'autorizzazione paesaggistica (art. 146 Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio), l'autorizzazione alle emissioni in atmosfera (art. 269 Codice dell'Ambiente), l'autorizzazione alla gestione dei rifiuti (Parte IV del Codice dell'Ambiente), il nulla osta di competenza dell'Ente Parco (art. 13 L. 394/1991, Legge Quadro sulle Aree Naturali Protette), il permesso di costruire di competenza del Comune (art. 10 T.U. Edilizia), il parere di conformità del progetto alla normativa di prevenzione incendi di competenza del Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco (art. 2 D.P.R. 37/1998), il nulla osta per le servitù militari e per la sicurezza del volo a bassa quota in caso di impianti ubicati in prossimità di zone sottoposte a vincolo militare di competenza delle Forze Armate¹¹⁴, il nulla osta idrogeologico di competenza della Regione (R.D. 3267/1923 e art. 61, comma 5, Codice dell'Ambiente), il nulla osta sismico di competenza della Regione (art. 18 L. 64/1974), il nulla osta per la sicurezza del volo di competenza dell'E.N.A.C (Parte IV del Codice della Navigazione), l'autorizzazione per l'attraversamento e l'uso delle strade di competenza dell'ente proprietario (art. 22 Codice della Strada), l'autorizzazione agli scarichi di competenza della Provincia (artt. 124 e 125 Codice dell'Ambiente) ed infine il nulla osta minerario di competenza del Ministero dello Sviluppo Economico - Direzione

¹¹³ Si tratta di impianti estremamente complessi che richiedono apprezzamenti peculiari in ragione del rischio delle emissioni in atmosfera che possono comportare, soprattutto allorché la fonte utilizzata sia la biomassa.

¹¹⁴ Fanno parte delle Forze Armate l'Esercito, la Marina, l'Aeronautica.

Generale per le risorse minerarie ed energetiche¹¹⁵ (art. 120 R.D. 1775/1933, T.U. Acque ed Impianti Elettrici).

La sequenza procedimentale per l'ottenimento della A.U. è descritta dall'art. 14 del D.M. 10 settembre 2010 (c.d. Linee Guida).

Secondo la disposizione regolamentare, la Regione (ovvero la Provincia delegata), entro 15 giorni dalla ricezione dell'istanza deve verificare la completezza della documentazione ricevuta.

Se l'esito è positivo procederà alla comunicazione di avvio del procedimento di cui agli artt. 7 e 8 della L. 241/1990; altrimenti, dovrà comunicarne la improcedibilità per difetto della documentazione necessaria.

Se i 15 giorni decorrono senza la comunicazione di improcedibilità, il procedimento si deve considerare avviato.

La P.A. competente deve convocare la conferenza di servizi entro 30 giorni dalla ricezione della domanda e dal medesimo *dies a quo* decorre l'intero termine di 90 giorni per la conclusione dell'intero procedimento unico.

Poiché i progetti oggetto di A.U. "*possono avere impatti significativi sull'ambiente e sul patrimonio culturale*" è escluso dalla scansione dei termini prevista dall'art. 14 delle Linee Guida l'autonomo procedimento volto all'emanazione della Valutazione di Impatto Ambientale di cui all'art. 26 Codice dell'Ambiente¹¹⁶.

¹¹⁵ Le risorse minerarie, quali gli idrocarburi, appartengono al patrimonio indisponibile dello Stato. Non procedendo direttamente al loro sfruttamento, l'UNMIG (Ufficio Nazionale Minerario per gli Idrocarburi e le Georisorse, oggi parte del Direzione Generale per le risorse minerarie ed energetiche presso il Ministero dello Sviluppo Economico) assegna questo compito in concessione ad operatori privati, dopo averne verificato le capacità tecnico-economiche e mantenendo comunque sullo svolgimento delle attività una vigilanza finalizzata ai controlli sulla sicurezza ed a garantire il buon governo dei giacimenti, oltre che il puntuale rispetto della normativa che disciplina l'intero settore *upstream* idrocarburi (prospezione, ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi nella terraferma e nelle aree marine ricadenti sotto la giurisdizione nazionale).

¹¹⁶ Ai sensi dell'art. 6 del Codice dell'Ambiente, infatti "*la Valutazione di Impatto Ambientale riguarda i progetti che possono avere impatti significativi e negativi sull'ambiente e sul patrimonio culturale*".

In tal caso, il procedimento volto all'emanazione della V.I.A. si atteggia quale subprocedimento all'interno del procedimento principale di A.U., con la conseguenza che la P.A. competente all'emanazione dell'A.U., qualora debba essere esperita la V.I.A., dovrà sospendere il procedimento di A.U. per il tempo necessario.

La scansione dei termini nel procedimento unico assume particolare rilevanza nel momento in cui l'art. 14, comma 16, Linee Guida, prevede che i soggetti procedenti "*sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*"¹¹⁷.

6.1.2. *L'esercizio dl potere di controllo e sanzionatorio (art. 44 D. Lgs. 28/2011). La giurisdizione esclusiva ed estesa al merito del Giudice amministrativo (artt. 133, lett. o) e 134, lett. c) del c.p.a.).*

A seguito del rilascio dell'A.U., la P.A. procedente è altresì competente a svolgere la funzione di monitoraggio per garantire la realizzazione in concreto dell'opera in senso conforme all'A.U. rilasciata.

Si tratta di una funzione di controllo strettamente connessa alla ulteriore funzione sanzionatoria prevista dall'art. 44 D. Lgs. 28/2011¹¹⁸.

¹¹⁷ Sulla risarcibilità del danno da ritardo (art. 2 *bis*, comma 1, L. 241/1990), così come sull'indennizzabilità in caso di inosservanza del termine per la conclusione del procedimento (art. 2 *bis*, comma 1 *bis*, L. 241/1990 introdotto dall'art. 28 D.L. 69/2013 convertito, con modificazioni, in L. 98/2013), v. *infra* al § 6.2.16.

¹¹⁸ L'art. 44 D. Lgs. 28/2011 prevede l'irrogazione di sanzioni amministrative in materia di autorizzazione alla costruzione ed all'esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica derivante da fonti rinnovabili.

I commi 1 e 2 prevedono l'applicazione della sanzione pecuniaria, oltre al ripristino dello stato dei luoghi, per il caso di costruzione od esercizio di impianto in totale assenza del titolo abilitativo (rispettivamente, in assenza di A.U. e P.A.S.), rapportando il valore della sanzione ai kilowatt di potenza non autorizzati e punendo, in solido tra loro, tre categorie di soggetti, vale a dire il proprietario dell'impianto, l'appaltatore dei lavori di costruzione o del servizio di gestione, nonché il direttore dei lavori.

Sulle controversie aventi ad oggetto l'opposizione alle sanzioni amministrative eventualmente irrogate a seguito di realizzazione difforme da quella autorizzata con l'A.U. è ferma la giurisdizione esclusiva ed estesa al merito del G.A., ai sensi degli artt. 133, lett. o) e 134, lett. c), del c.p.a.

Secondo T.A.R. Marche, 23.5.2013, n. 378, infatti, *"l'esercizio del potere sanzionatorio per illeciti amministrativi commessi in violazione di una disciplina di settore non configura una materia autonoma rispetto alla stessa disciplina di settore, ma accede a questa, venendo a costituire lo strumento apprestato dall'ordinamento per garantire la realizzazione dell'interesse pubblico sotteso alla normativa settoriale, strumento affidato all'amministrazione preposta ai poteri di vigilanza e controllo, dei quali la funzione sanzionatoria rappresenta un logico e consequenziale svolgimento"*; conclude, pertanto, la pronuncia nel senso che *"non può ritenersi che l'esercizio del potere sanzionatorio amministrativo configuri un ambito materiale distinto e avulso dalla disciplina sostanziale alla cui effettività il sistema sanzionatorio è preordinato, per la ragione che una siffatta interpretazione verrebbe ad elidere la funzione propria del potere sanzionatorio, insita nel carattere imperativo ed inderogabile della disciplina legislativa alla quale tale potere accede"*.

Pertanto, la giurisdizione esclusiva ed estesa al merito sussiste indifferentemente nelle fattispecie in cui la norma attributiva del potere sanzionatorio contempli l'irrogazione della sanzione pecuniaria *in alternativa* rispetto alla sanzione ripristinatoria ovvero quando la sanzione pecuniaria e quella ripristinatoria debbano essere irrogate *cumulativamente*.

Il comma 3 prevede, invece, l'applicazione della medesima sanzione pecuniaria diminuita di un terzo, oltre al ripristino dello stato dei luoghi e all'obbligo di immediata conformazione al titolo, nel caso di costruzione o esercizio dell'impianto difforme rispetto all'A.U. o all'atto di assenso eventualmente integrato nella P.A.S., sempre nei confronti delle tre categorie di soggetti di cui ai commi precedenti in solido tra loro.

Le sanzioni ivi previste sono suscettibili, infine, di concorso con altre eventualmente irrogate dagli Enti territoriali e diverse dalle fattispecie contemplate nell'art. 44 D.Lgs. 28/2011.

Tale conclusione deriva dal fatto che il potere, il cui esercizio concretizza l'intreccio di diritti soggettivi ed interessi legittimi, che radica la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, non è soltanto il potere di scelta tra le sanzioni pecuniaria e quella ripristinatoria, ma è *in sé* il potere sanzionatorio per l'illecito amministrativo commesso (quale strumento attribuito all'amministrazione in funzione della effettività della disciplina sostanziale e dell'efficacia della stessa azione amministrativa preordinata alla realizzazione dell'interesse pubblico), potere rispetto al quale la valutazione concernente l'irrogazione della sanzione pecuniaria o di quella ripristinatoria rappresenta un'implicazione dell'autoritatività dell'agire sanzionatorio.

6.1.3. *Il Termine di conclusione del procedimento e la sua natura perentoria.*

Come già osservato¹¹⁹, nelle intenzioni del legislatore assume preminente interesse l'obiettivo di celerità per l'ottenimento del titolo abilitativo, obiettivo che viene ora perseguito attraverso la predisposizione di procedure semplificate¹²⁰ ora attraverso la fissazione sia di un termine preciso per la conclusione del procedimento unico sia della sua decorrenza.

Fissato inizialmente in 180 giorni (art. 12, comma 4, D. Lgs. 387/2003) dalla *presentazione* della domanda alla Regione (ovvero alla Provincia delegata), l'art. 14 D.M. 10 settembre 2010 ha ridotto tale termine a 90 giorni e lo fa decorrere dalla data di *ricezione* dell'istanza.

¹¹⁹ V. *supra* al § 6.1.1.

¹²⁰ V. *supra* al § 4.1 e al § 5.1.

Tuttavia, per l'istante cercare di spingersi ad effettuare una previsione sui tempi di attesa necessari ad ottenere l'autorizzazione unica è operazione quanto mai ardua, dal momento che nella prassi può anche capitare di attendere anni prima che il provvedimento venga emanato¹²¹.

Occorre, infatti, tener presente che il calcolo dei 90 giorni deve comunque tenere conto delle eventuali sospensioni dovute alla richiesta di ulteriore documentazione integrativa o di chiarimenti ovvero per il procedimento di Verifica di assoggettabilità alla V.I.A.¹²² e (in caso di esito positivo) per l'ottenimento della V.I.A. stessa¹²³.

Ed è proprio con riferimento al sub procedimento previsto dall'art. 26 D. Lgs. 152/2006 che il termine di 90 giorni può subire lo slittamento più significativo, a tacer del fatto che, nel caso in cui dovessero essere attivati i c.d. poteri sostitutivi, allora l'intero procedimento verrebbe ulteriormente ritardato¹²⁴.

Ciò che, comunque, preme evidenziare in questa sede è che, secondo la giurisprudenza più recente, il termine di 90 giorni ha natura perentoria¹²⁵.

¹²¹ Atti della terza edizione della Conferenza di Diritto dell'energia tenutasi a Roma, il 29 e 30 marzo 2012; sulle vicende anomale derivante dai fenomeni di sospensione ed interruzione del termine di conclusione del procedimento, v. *infra* al § 6.1.5.

¹²² Il procedimento di verifica di assoggettabilità alla V.I.A. (c.d. *screening*) si applica agli impianti idroelettrici di potenza nominale installata superiore a 100 kW; agli impianti eolici di potenza nominale complessiva superiore a 1 MW e agli impianti da fonti rinnovabili diversi dai precedenti, di potenza nominale complessiva superiore a 1 MW.

Gli esiti delle procedure di verifica di assoggettabilità alla V.I.A., comprensive, dove previsto, della Valutazione di Incidenza (V.I.) e di tutte le necessarie autorizzazioni in materia ambientale (art. 26 D. Lgs. 152/2006), sono contenuti in provvedimenti espressi e motivati che confluiscono nella Conferenza dei servizi indetta per il rilascio dell'autorizzazione unica.

¹²³ L'art. 26 Codice dell'Ambiente prevede un termine massimo di 150 giorni, che può essere prorogato qualora ricorrano giuste motivazioni per ulteriori 60 giorni; in caso di inerzia, il secondo comma, prevede l'attivazione dei poteri sostitutivi da parte del Consiglio dei Ministri, su istanza del privato o della amministrazioni interessate, il quale provvede nei 60 giorni successivi, previa diffida ad adempiere alla P.A. inizialmente competente nel termine di 20 giorni.

¹²⁴ Secondo TAR Puglia, Lecce, I Sez., 17.12.2009, n. 3173, invece, sotto la vigenza del termine di 180 giorni, anche il sub procedimento di emanazione della V.I.A. doveva intendersi ricompreso nel termine di conclusione del procedimento principale.

¹²⁵ In generale, quando il termine fissato dal legislatore ha natura perentoria, la sua scadenza comporta la consumazione del potere amministrativo, per cui l'amministrazione perde la possibilità di adottare il provvedimento finale. Diversamente, il termine ordinatorio mantiene la

Si osservi che né la disposizione generale, né la normativa di settore si occupano degli effetti derivanti dalla scadenza del termine sul potere amministrativo, ossia della persistenza o meno del potere dell'amministrazione di agire e di adottare un provvedimento tardivo, limitandosi a disciplinare una specifica ipotesi di responsabilità per il danno causato dalla dolosa o colposa violazione del termine¹²⁶.

Tuttavia, afferma Cons. Stato, V Sez., 23.10.2012, n. 5413, ancorché con riferimento ad un procedimento unico sotto la vigenza del termine di cui all'art. 12, comma 4, D. Lgs. 387/2003, che *"il termine massimo di 180 giorni dalla presentazione della domanda per la conclusione del procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica è di natura perentoria, in quanto, come chiarito anche dal giudice delle leggi, costituisce principio fondamentale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia elettrica e risulta ispirata alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità, garantendo, in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, la conclusione entro un termine definito del procedimento autorizzatorio"*.

sua funzione di incentivo per lo svolgimento di un'attività efficiente, ma perde valore in termini di certezza, dal momento che non verrebbe meno il potere dell'amministrazione di provvedere e, dunque, di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato.

¹²⁶ In generale, l'orientamento prevalente è nel senso della natura meramente ordinatoria del termine di conclusione del procedimento fissato in generale dall'art. 2 L. 241/1990. La tesi trova il suo fondamento nell'art. 152, comma 2, c.p.c., secondo cui i termini sarebbero tutti ordinatori salvo diversa espressa disposizione di legge. In questo senso, TAR Toscana, Firenze, II Sez., 18 febbraio 2011, n. 341, in *Diritto & Giustizia*, 2011, per cui *"costituisce ius receptum il principio per cui i termini normativamente stabiliti per la conclusione del procedimento devono essere considerati ordinatori qualora non siano dichiarati espressamente perentori dalla legge"*; Cons. Stato, V Sez., 5 febbraio 2009, n. 599. In dottrina, si veda F. PATRONI GRIFFI, *La l. 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, in *Foro it.*, 1993, III, per il quale l'inutile decorso del termine di conclusione non comporta la consumazione del potere, posto che una simile conseguenza si verifica solo quando la legge espressamente qualifichi il termine come perentorio, di talché il suo eventuale mancato rispetto determina la decadenza del potere. Critico nei confronti di una simile ricostruzione è F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar.*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, secondo cui la disposizione processual civilistica posta alla base della tesi richiamata riguarderebbe esclusivamente i termini processuali, non potendo, pertanto, trovare applicazione con riferimento a un termine di diritto sostanziale, quale è, appunto, quello di cui all'art. 2 L. 241/1990.

La giurisprudenza amministrativa mutua il principio già fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale; infatti, Corte Cost. 9.11.2006, n. 364, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, L.R. Puglia 9/2015 (recante una *Moratoria dei procedimenti in corso in attesa dell'emanazione del Piano energetico regionale*), stabiliva che la sospensione dei termini per l'emanazione, tanto dei provvedimenti di V.I.A., quanto dei titoli abilitativi per la costruzione e l'esercizio degli impianti si pone in radicale contrasto proprio con la *natura perentoria* del termine stabilito dalla normativa nazionale; la Corte Costituzionale, pur affermando che la materia della "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*" rientri pacificamente nelle materia di competenza legislativa concorrente, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., afferma che le disposizioni contenute nell'art. 12 D. Lgs. 387/2003 (e, segnatamente, la fissazione dell'allora termine di 180 giorni di cui all'art. 12, comma 4) rappresentano quei "*principi fondamentali della materia*", che il legislatore regionale è tenuto a rispettare, pur nell'ambito dell'esercizio della propria potestà legislativa concorrente¹²⁷.

Il principio veniva, in seguito, ribadito da Corte Cost. 6.11.2009, n. 282 nel contesto della declaratoria di incostituzionalità di plurime disposizioni della L.R. Molise 15/2008 recante *Disciplina degli insediamenti degli impianti eolici e fotovoltaici nella Regione Molise* nella parte in cui, contemplando la necessità della previa adozione dei c.d. Obiettivi indicativi regionali, non circoscritti temporalmente, e fissando (sia per gli impianti eolici che per quelli fotovoltaici) alcuni limiti ulteriori di tipo quantitativo, precludevano il rilascio di nuove autorizzazioni ovvero ne ritardavano notevolmente l'emanazione.

Il termine di conclusione del procedimento unico volto all'emanazione dell'autorizzazione unica, pertanto, si rivolge, in termini imperativi, non solo alla P.A. ma anche al legislatore regionale, essendo, in ogni caso, escluso un

¹²⁷ Sulla natura "*rigida ed omnicomprensiva*" del termine di conclusione del procedimento, così come qualificato da Corte Cost., 15.11.2006, n. 364, v. TAR Puglia, Bari, I Sez., 8.1.2010, n. 2.

potere di sospensione *sine die* del procedimento unico, sia per via provvedimentale¹²⁸, che per via legislativa¹²⁹.

E', peraltro, evidente che i rimedi nel caso in cui esso venga disatteso sono diversi: nel primo caso l'illegittimità della P.A. andrà censurata attraverso il rimedio del ricorso avverso il silenzio, ai sensi dell'art. 31 c.p.a. e con le forme di cui al rito speciale *ex art.* 117 c.p.a., cui ovviamente potrà cumularsi, ai sensi dell'art. 30 c.p.a. e dell'art. 2 L. 241/1990, l'azione risarcitoria per il c.d. danno da ritardo¹³⁰; nel secondo caso, invece, l'annullamento della norma regionale in contrasto non potrà che passare, ai sensi dell'art. 134 Cost., attraverso un giudizio incidentale di illegittimità costituzionale se sollevato direttamente dal giudice amministrativo ovvero attraverso un giudizio in via principale ove proposto direttamente dallo Stato mediante ricorso formalmente proposto dal Presidente del Consiglio dei ministri.

6.1.4. (segue) *La tutela avverso il silenzio della P.A.*

La natura perentoria del termine di 90 giorni previsto dall'art. 14 D.M. 10 settembre 2010 comporta che l'amministrazione abbia l'obbligo di provvedere in modo espresso e che, dunque, l'eventuale silenzio che dovesse maturare in caso di inerzia sia impugnabile con l'azione avverso il silenzio inadempimento di cui all'art. 31, commi da 1 a 3, c.p.a.¹³¹

¹²⁸ TAR Sardegna, I Sez., 14.1.2011, n. 29; TAR Campania, Napoli, VII Sez., 17.11.2009, n. 7547.

¹²⁹ Corte Cost., 6.5.2010, n. 168, oltre alle già menzionate Corte Cost., 15.11.2006, n. 364 e Corte Cost., 6.11.2009, n. 282.

¹³⁰ Sulla risarcibilità del danno da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento, v. *infra* al § 6.2.16.

¹³¹ La tutela al rispetto dei termini di conclusione del procedimento è, inoltre, rafforzata dalla previsione di cui all'art. 8, comma 2, lett. *c-bis*), L. 241/1990, il quale prevede, come contenuto obbligatorio della comunicazione di avvio del procedimento, l'indicazione della data entro la quale, secondo i termini previsti, deve concludersi il procedimento e dei rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione procedente.

La giurisprudenza amministrativa è ormai concorde, cristallizzando il principio come segue: *"l'inutile decorso del termine (...) per la conclusione del procedimento per il rilascio dell'autorizzazione ex art. 12 D. Lgs. 387/2003 determina la proposizione dell'impugnativa avverso il silenzio serbato dall'amministrazione"*¹³².

L'unanime condivisione circa l'individuazione dello strumento processuale di tutela ha, inoltre, comportato la sua estensione anche al silenzio (qualificato proprio in termini di inadempimento) serbato nei procedimenti volti all'emanazione di provvedimenti strumentali al rilascio dell'autorizzazione unica, come ad esempio nel caso del provvedimento di concessione di derivazione delle acque necessario ad ottenere il titolo abilitante alla costruzione e all'esercizio di una centrale idroelettrica.

In tali ipotesi, ove la cognizione della relativa controversia è devoluta, ai sensi dell'art. 143 R.D. 1175/1933 (T.U. Acque Pubbliche), alla giurisdizione speciale del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, è stato affermato che *"è illegittimo - ed impugnabile - il silenzio serbato dalla Regione di fronte ad un'istanza di derivazione idroelettrica, così omettendo di concludere il relativo procedimento amministrativo; donde l'obbligo, in capo alla Regione intimata, di concludere, in modo espresso e motivato, il procedimento nell'ambito di quello d'autorizzazione unica ex art. 12 D. Lgs. 387/2003, ferma la necessità ove il progetto ne integri i presupposti, di sottoporre quest'ultimo a V.I.A. nel termine complessivo indicato nel relativo comma 4 periodo 3, al netto del tempo occorrente per la definizione del sub procedimento di V.I.A."*¹³³.

6.1.5 (segue) *Il termine per ricorrere avverso il silenzio inadempimento (art. 31, comma 2, c.p.a.).*

¹³² *Ex pluribus*, TAR Calabria, I Sez., 12.12.2012, n. 1173.

¹³³ Trib. Sup. Acque Pubbliche, 21.11.2012, n. 144.

Prendendo atto che il ricorso avverso il silenzio inadempimento non costituisce un'azione impugnatoria ma un'azione dichiarativa e di condanna, l'art. 31, comma 2, c.p.a. ha previsto che la domanda giudiziale non sia più sottoposta all'onere della previa diffida (che già con l'entrata in vigore dell'art. 2 della L. 15/2005, diviene solo facoltativa) e, in luogo dello stringente termine decadenziale di 60 giorni (inizialmente applicato dalla giurisprudenza) ha previsto il termine di 1 anno¹³⁴ decorrente dalla scadenza del termine per provvedere, scaduto il quale l'istante potrà comunque sollecitare nuovamente l'esercizio del potere amministrativo.

Se la P.A. rimane inerte anche sulla seconda istanza, si formerà un nuovo silenzio inadempimento, censurabile entro un nuovo termine annuale.

Si osservi che il termine di 120 giorni per proporre l'azione volta al risarcimento del danno¹³⁵ derivante da ritardo inizia a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere, sicché, a partire dal termine di conclusione del procedimento, l'istante avrà un anno di tempo per proporre l'azione avverso il silenzio inadempimento e un anno e 120 giorni per proporre l'azione risarcitoria.

Nel procedimento per l'emanazione dell'autorizzazione unica, se l'applicazione di tali principi generali risulta pacifica, più problematica risulta l'esatta individuazione del *dies a quo*, vale a dire del termine per provvedere in maniera espressa.

Infatti, l'indicazione dei 90 giorni decorrenti dalla ricezione dell'istanza risulta insufficiente, dal momento che occorre considerare almeno altre tre scansioni temporali:

1. il termine per l'emanazione della V.I.A., fissato in 150 giorni decorrenti dalla presentazione dell'istanza (art. 26, comma 1, D. Lgs. 152/2006)

¹³⁴ La previsione di un termine finale oltre il quale l'azione non è più proponibile ha la funzione di tutelare l'amministrazione, onde evitare che la situazione di incertezza si protragga all'infinito.

¹³⁵ Sui presupposti sostanziali e processuali per l'accoglimento della domanda risarcitoria, v. *infra* al § 6.2.16.

formulata, nel procedimento unico per l'emanazione dell'A.U., dall'autorità procedente (la Regione ovvero la Provincia delegata) nella conferenza di servizi decisoria; tale termine, peraltro, è suscettibile di una proroga di ulteriori 60 giorni in caso di accertamenti ed indagini di particolare complessità, per un totale di 210 giorni, ulteriormente protratto di almeno altri 60 giorni in caso di istanza per l'esercizio del potere sostitutivo da parte del Consiglio dei ministri (art. 26, comma 2, D. Lgs. 152/2006);

2. il termine di 30 giorni per il deposito da parte dell'istante dell'*ulteriore* documentazione e dei *chiarimenti* ritenuti necessari dall'amministrazione procedente, anche su impulso di altra amministrazione interessata all'interno della conferenza di servizi (art. 14.11 D.M. 10 settembre 2010)¹³⁶;

3. l'interruzione dei termini (con conseguente raddoppio del termine iniziale) nel caso di emanazione del preavviso di rigetto (art. 10 *bis* L. 241/1990), cui segue, successivamente al deposito delle memorie, l'intenzione dell'amministrazione di proseguire l'istruttoria procedimentale, in luogo dell'emanazione del provvedimento di diniego¹³⁷.

Pertanto, l'individuazione del *dies a quo* cui agganciare il termine di decadenza per proporre l'azione avverso il silenzio e l'azione risarcitoria dovrà

¹³⁶ Si tratta di un'ipotesi di sospensione del termine omogenea a quella generale prevista dall'art. 2, comma 7, L. 241/1990, qualora sia necessario per acquisire informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione procedente o comunque non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni; in entrambi i casi, la sospensione è facoltativa e può essere, pertanto, disposta solo a seguito di un bilanciamento tra le esigenze istruttorie e il principio di non aggravamento del procedimento.

¹³⁷ Critico sul meccanismo interruttivo (anziché sospensivo) del termine è S. TARULLO, *L'art.10 bis della legge 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it; infatti il rischio è che si ponga "nelle mani delle amministrazioni uno strumento foriero di possibili abusi: reiterando più volte la comunicazione in esame, l'ente procedente riuscirebbe a prolungare artificialmente il termine di conclusione del procedimento, ogni volta giovandosi di una nuova integrale decorrenza". Ancora, S. TARULLO, *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in N. PAOLANTONIO e A. POLICE – A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006, suggerisce di interpretare la locuzione *interruzione* in maniera letterale quando l'interessato, a seguito della comunicazione presenti nuove osservazioni e documenti, nel diverso senso di *sospensione*, invece, quando non vi sia l'apporto partecipativo del privato.

considerare, di volta in volta, la ricorrenza di una o più delle circostanze idonee ad incidere sul termine di 90 giorni fissato nell'art. 12 D. Lgs. 387/2003.

In particolare, il fatto che l'amministrazione preposta al rilascio dell'autorizzazione unica abbia la necessità di curare l'ingresso in istruttoria di pareri e valutazioni tecniche provenienti da altre amministrazioni preposte alla cura di interessi di settore, spinge a chiedersi se il rimedio avverso il silenzio possa spingersi sino a censurare l'inerzia delle amministrazioni competenti all'emanazione degli atti di cui agli artt. 16 e 17 L. 241/1990.

Il legislatore non ha mancato di apprestare forme di tutela contro l'inerzia delle amministrazioni preposte alla redazione di pareri o valutazioni tecniche, come nel caso del c.d. silenzio devolutivo, la cui formazione consente all'amministrazione competente di proseguire il procedimento anche in assenza del parere richiesti (art. 16, comma 2, L. 241/1990 post L. 69/2009) oppure come nel caso di sostituzione dell'amministrazione competente al rilascio della V.I.A. (art. 26, comma 2, D. Lgs. 152/2006) o di altre valutazioni tecniche (art. 17, comma 1, L. 241/1990).

Ancora, l'attuale disciplina sulla Conferenza di servizi consentirebbe di concludere nel senso della operatività del silenzio assenso anche per gli interessi sensibili (art. 14 *ter*, comma 7, L. 241/1990 post D.L. 78/2010¹³⁸).

Tuttavia, non è da escludere che la presenza di alcuni peculiari interessi (ambiente, salute, paesaggio e territorio) possa in concreto impedire ai meccanismi devolutivi di funzionare (art. 16, comma 3, e art. 17, comma 2, L. 241/1990), con la conseguenza pratica che in mancanza dei relativi pareri o valutazioni il procedimento finisce per arrestarsi, senza poter continuare il suo normale andamento. In tali casi, l'amministrazione competente non potrà adottare il provvedimento finale, derivandone al privato una lesione che

¹³⁸ Sulla modalità di assunzione nella Conferenza di servizi decisoria della determinazione finale, sulla previsione del silenzio assenso anche per gli interessi sensibili e sulla necessità di una lettura costituzionalmente orientata della disposizione novellata, v. *infra* al § 6.1.19.

potrebbe essere fatta valere solamente mediante l'esperimento di un ricorso avverso il silenzio. L'azione verrebbe, però, così esercitata nei confronti di un soggetto che non potrebbe comunque superare l'assenza della valutazione o del parere presupposti¹³⁹. In dottrina si è peraltro suggerita la tesi, secondo cui potrebbe farsi ricorso al rito speciale sul silenzio anche nei confronti dell'inerzia dei soggetti che, preposti alla tutela dell'ambiente, della salute o di interessi paesaggistico-territoriali, non abbiano adottato l'atto richiesto, impedendo la normale prosecuzione del procedimento¹⁴⁰.

Occorre, tuttavia, segnalare che la giurisprudenza non ha mai aderito a tale estensione dei presupposti per l'ammissibilità dell'azione avverso il silenzio, probabilmente per due ragioni; in primo luogo, infatti, contro una simile ricostruzione si pone l'interpretazione letterale della disciplina del ricorso avverso il silenzio, che fa espressamente riferimento al dovere dell'amministrazione di *provvedere*, mentre i pareri e le valutazioni tecniche costituiscono atti endoprocedimentali che non rappresentano il provvedimento finale, mentre, in secondo luogo, occorre acquisire consapevolezza sul fatto che il meccanismo di indizione della conferenza di servizi potrebbe rappresentare, alla luce delle modifiche apportate con il D.L. 78/2010 all'art. 14 *ter* L. 242/1990, lo strumento apprestato per superare l'inerzia di tutte le amministrazioni coinvolte, anche di quelle portatrici degli interessi sensibili.

6.1.6. (segue) *Il sindacato giurisdizionale nel ricorso contro il silenzio inadempimento (art. 31, comma 3, c.p.a.).*

¹³⁹ In questo senso, F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, per il quale "l'inerzia da rimuovere è quella del soggetto chiamato a esprimere valutazioni o pareri, e non già quella dell'amministrazione che deve emanare il provvedimento, sicché risulta arduo ipotizzare un ordine rivolto al soggetto che non può comunque ovviare alla mancanza dell'atto".

¹⁴⁰ La tesi è di F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, cit.

L'art. 31, comma 3, c.p.a. prevede che, nel ricorso contro il silenzio inadempiuto, il giudice amministrativo abbia la possibilità di accertare la fondatezza della pretesa, ossia ordinare alla pubblica amministrazione di provvedere, solo quando *"si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione"*.

La disposizione ha portata generale e, pertanto, astrattamente potrebbe trovare applicazione anche nei giudizi promossi contro il silenzio serbato dall'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione unica.

Tuttavia, stante l'attuale assenza di pronunce sul punto, può essere opportuno cercare di ricostruire la compatibilità di un sindacato giurisdizionale sul rapporto intercorrente tra il privato interessato al rilascio dell'autorizzazione unica e la P.A. rimasta inerte.

Tale disposizione rappresenta, invero, l'epilogo di un'evoluzione giurisprudenziale che può suddividersi in cinque tappe cronologiche meritevoli di menzione per trarre delle conclusioni sull'applicabilità dell'attuale art. 31, comma 3, c.p.a.:

1. dalla nascita dell'istituto del silenzio inadempiuto e fino a Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 1978, n. 10, la giurisprudenza negava radicalmente la possibilità per il giudice amministrativo di accertare la fondatezza della pretesa; la sentenza emessa era, pertanto, esclusivamente di mero accertamento, vuoi perché si limitava a dichiarare l'obbligo della P.A. di provvedere, vuoi perché lo dichiarava inesistente, secondo una tradizionale concezione della cognizione sull'atto e giammai sul rapporto.

2. da Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 1978, n. 10 e fino alla L. 205/2000 si è andato lentamente affermando, con esclusivo riferimento ai giudizi su atti vincolati, l'orientamento per cui il giudice amministrativo è

legittimato a pronunciarsi anche sulla fondatezza dell'istanza, unitamente alla dichiarazione giudiziale dell'obbligo di provvedere.

3. con l'entrata in vigore dell'art. 2 L. 205/2000 e fino all'entrata in vigore della L. 80/2005 si è affermato un orientamento, poi avallato da Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 2002, n. 1, secondo il quale l'art. 2 L. 205/2000 (che introduce, con l'art. 21 *bis* L. 1034/1971, il rito speciale avverso il silenzio inadempimento) avrebbe circoscritto la cognizione del giudice amministrativo esclusivamente alla verifica dell'esistenza di un obbligo di provvedere della P.A., precludendogli l'esame del merito dell'istanza, anche in caso di atti e provvedimenti vincolati¹⁴¹.

¹⁴¹ *"Il precedente indirizzo giurisprudenziale"*, si legge nella motivazione della pronuncia, *"non può che cedere di fronte alla normativa sopravvenuta che definisce in modo compiuto la tutela giurisdizionale accordata al privato nei confronti del comportamento omissivo dell'amministrazione"*. Ciò, però, continua la sentenza, *"non determinerebbe nessun arretramento rispetto al passato in quanto, il nuovo rito, grazie all'abbreviazione dei termini e alla possibilità di ottenere la nomina del commissario ad acta, nel corso dello stesso giudizio, senza necessità di promuovere un giudizio di ottemperanza, assicura pur sempre al privato un significativo vantaggio anche rispetto all'indirizzo giurisprudenziale anzidetto"*.

In particolare, la scelta giurisprudenziale di limitare la cognizione del giudice amministrativo adito con il ricorso avverso il silenzio all'accertamento della illegittimità dell'inerzia amministrativa si fonda su un'articolata serie di argomentazioni formali e sostanziali, che possono essere così riassunte:

- a) l'articolo 21 *bis* L. 1034/1971 identifica l'oggetto del ricorso nel 'silenzio', senza fare alcun riferimento alla pretesa sostanziale del ricorrente;
- b) la citata norma prevede che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice *"ordina all'amministrazione di provvedere"* e se *"l'amministrazione resti inadempiente ... il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa"*;
- c) la previsione di un modello processuale caratterizzato dalla brevità dei termini e dalla snellezza delle formalità (fase cognitiva e fase esecutiva incluse nel medesimo processo) è congrua se il giudizio si incentra sul silenzio inadempimento, non anche se il giudice dovesse estendere la propria cognizione ad altri profili;
- d) sul piano sistematico la scelta operata dal legislatore si allinea al principio secondo cui la cura dell'interesse pubblico deve essere assegnata all'amministrazione e al giudice amministrativo, nelle aree in cui l'amministrazione è titolare di potestà pubbliche, il solo controllo sulla legittimità dell'esercizio della potestà;
- e) l'art. 21 *bis* L. 1034/1971 definisce una disciplina unica ed indifferenziata, valida in tutti i casi in cui l'amministrazione si sottrae al dovere di adottare un provvedimento. Sotto questo profilo, risulta quindi irrilevante la natura (vincolata o discrezionale) dell'attività provvedimentale omessa;
- f) una diversa interpretazione dell'art. 2 L. 205/2000, condurrebbe alla irrazionale conseguenza che, in caso di inerzia dell'amministrazione, il privato (in presenza di un'attività vincolata)

4. La quarta fase è stata inaugurata con la modifica dell'art. 2 della L. 241/1990 ad opera del D.L. 35/2005 convertito, con modificazioni, nella L. 80/2005 che espressamente attribuisce al giudice amministrativo il potere di conoscere "*la fondatezza dell'istanza*", ossia di ordinare all'amministrazione resistente di provvedere in tal senso, una volta verificata la sussistenza delle condizioni prescritte per il rilascio del provvedimento¹⁴². La giurisprudenza fu, così, chiamata a delimitare la cognizione del giudice amministrativo, giacché si imponeva di verificare se la nuova disposizione avesse introdotto una nuova ipotesi di giurisdizione estesa al merito¹⁴³. Ben presto, si chiarì che la nuova versione dell'art. 2 L. 241/1990 non aveva istituito alcuna nuova ipotesi di giurisdizione estesa al merito ma, nei limiti della propria precedente giurisdizione di legittimità o di merito, aveva apprestato uno strumento di tutela processuale ulteriore¹⁴⁴; di qui la conclusione per cui "*in linea di massima, nei giudizi sul silenzio dell'amministrazione, il giudice amministrativo non può andare oltre la declaratoria di illegittimità dell'inerzia e l'ordine di provvedere, restando, pertanto, precluso il potere di accertare direttamente la fondatezza della pretesa fatta valere dal richiedente, sostituendosi all'amministrazione stessa. Le disposizioni relative, ove interpretate diversamente, attribuirebbero illegittimamente, in modo indiscriminato, una giurisdizione di merito. Pertanto, nell'ambito del giudizio sul silenzio, il giudice potrà conoscere della accoglibilità dell'istanza: a) nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da*

potrebbe ottenere, mediante il ricorso avverso il silenzio, l'accertamento immediato, da parte del giudice, della fondatezza della sua pretesa sostanziale, mentre, nella medesima situazione, ove l'amministrazione adottasse un provvedimento esplicito di diniego, la tutela giurisdizionale sarebbe soggetta alle forme, ai limiti ed ai (più lunghi) tempi del giudizio ordinario.

¹⁴² Preme notare che la nuova disposizione ha avuto una portata dirompente, determinando, *per tabulas*, il superamento di quell'indirizzo giurisprudenziale, recepito dall'Adunanza Plenaria 1/2002, volto a circoscrivere l'oggetto del sindacato del G.A. negli angusti limiti della verifica della scadenza del termine per provvedere.

¹⁴³ In tal senso, C.G.A., 4.11.2005, n. 726.

¹⁴⁴ Cons. Stato, IV Sez., 10.10.2007, n. 5311.

compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni e fermo restando il limite della impossibilità di sostituirsi all'amministrazione;
b) nell'ipotesi in cui l'istanza sia manifestamente infondata, sicché risulti del tutto diseconomico obbligare l'amministrazione a provvedere laddove l'atto espresso non potrebbe che essere di rigetto"¹⁴⁵.

5. con l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 3, c.p.a. secondo una prima lettura c.d. progressista, il giudice, ferma restando la mera possibilità e non l'obbligo, è legittimato a conoscere della fondatezza della domanda, oltre che nei giudizi aventi ad oggetto atti e provvedimenti vincolati, anche "*quando risulti che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari ulteriori adempimenti istruttori*", con ciò di fatto ampliando le ipotesi in cui è possibile l'adozione di una sentenza di condanna all'emanazione di un certo provvedimento di accoglimento ovvero di rigetto¹⁴⁶.

Con riferimento, in particolare, all'autorizzazione unica la portata innovatrice dell'art. 31, comma 3, c.p.a. è ancora tutta da verificare; non si registrano pronunce che si spingano, nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio, a pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza presentata dal privato, molto probabilmente a causa dei relevantissimi adempimenti istruttori cui l'amministrazione precedente è tenuta in seno alla conferenza di servizi e nel contraddittorio con tutte le altre amministrazioni, ivi convocate in quanto portatrici di interessi tutti da ponderare uno in relazione all'altro.

In particolare, non vi è dubbio che anche qualora in seno alla conferenza di servizi decisoria siano stati rappresentati tutti i fatti rilevanti e gli interessi

¹⁴⁵ In questi termini, Cons. Stato, IV Sez., 25.9.2012, n. 5088.

¹⁴⁶ Occorre segnalare, tuttavia, che l'orientamento che sembra attualmente maggioritario, in realtà, richieda che anche in caso di attività vincolata sia necessario l'ulteriore requisito dell'esaurimento di ogni adempimento istruttorio da parte della P.A., con ciò di fatto riallineando la nuova disposizione codicistica all'orientamento che si era consolidato sotto il vigore dell'art. 2 L. 241/1990 per come novellato dal D.L. 35/2005 conv., con modif., nella L. 80/2005. In generale, con riferimento anche all'azione di adempimento, v. TAR Sardegna, I Sez., 13.2.2013, n. 123 nonché A. CARBONE, *Azione di adempimento nel processo amministrativo*, 2012, Giappichelli.

variamente coinvolti, comunque residui, in capo all'amministrazione titolare dell'interesse primario, quella potestà di interpretazione dei dati acquisiti e di composizione degli interessi manifestati che rappresenta la fase culminante per l'adozione del provvedimento.

Per questi motivi, pertanto, la giurisprudenza, pur consapevole della attuale vigenza di un'azione di condanna pubblicistica, sembra che utilizzi tale strumento con cautela, onde evitare quello sconfinamento al merito che l'attuale assetto sostanziale e processuale vieta in generale¹⁴⁷.

Tuttavia, si auspica che il giudice amministrativo, fermo il divieto di sostituirsi all'amministrazione, possa valorizzare la nuova disposizione e venire incontro alle esigenze dell'istante, soprattutto allorché il ritardo derivi, più che da necessarie e condivisibili esigenze istruttorie o valutative, da mere disfunzioni organizzative e dalla tendenza a procrastinare, senza nobili motivazioni, sui tempi di attesa della conclusione del procedimento unico.

Può, infatti, accadere che i lavori della conferenza di servizi si siano già conclusi favorevolmente per l'istante e che, ciononostante, l'amministrazione competente continui a tergiversare dal recepimento della determinazione conclusiva nel provvedimento finale abilitativo; in tale ipotesi, probabilmente, la condanna giurisdizionale all'emanazione dell'autorizzazione unica non sconfinerebbe al merito dell'azione amministrativa ma rappresenterebbe,

¹⁴⁷ L'attribuzione al giudice del potere di conoscere della fondatezza della domanda viene prevalentemente interpretata alla luce del principio costituzionale della separazione dei poteri, di talché la ponderazione degli interessi pubblici, che costituisce l'essenza della discrezionalità, deve essere riservata all'amministrazione, senza che il giudice possa sostituirsi in detta scelta. Critico nei confronti del richiamo al principio della separazione dei poteri per limitare il potere cognitorio del giudice è, però, A.D. CORTESI, *Il potere del g.a. di conoscere la fondatezza dell'istanza del cittadino*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 4, per il quale "il principio di separazione non è fine a se stesso, bensì all'esigenza di realizzare un sistema equilibrato dei Poteri in cui ognuno controlli l'altro. Se si accoglie questa premessa, si manifesta in pieno l'esigenza che il giudice approfondisca il sindacato proprio sull'esercizio dell'attività amministrativa maggiormente suscettibile di convertirsi in arbitrio, in quanto più libera, e cioè appunto quella che è esercizio del potere discrezionale".

viceversa, un'ulteriore strumento di tutela pienamente compatibile con l'attuale impianto costituzionale e codicistico.

Attualmente, però, non si rinvengono nel panorama giurisprudenziale pronunce che concretamente applichino questo principio.

Nell'ambito dei titoli abilitativi in materia di impianti per la produzione di energia elettrica, l'azione di condanna all'emanazione del provvedimento richiesto è scarsamente utilizzata.

6.1.7. (segue) *Il diniego espresso sopravvenuto nel corso del giudizio contro il silenzio inadempimento (art. 117, comma 5, c.p.a.).*

Può accadere che, depositato il ricorso avverso il silenzio inadempimento, sopravvenga, nel corso del giudizio, un provvedimento esplicito di accoglimento ovvero di diniego dell'istanza.

Dal punto di vista sostanziale, il carattere perentorio del termine, dovrebbe condurre alla conclusione secondo cui l'amministrazione, una volta scaduto il tempo messo a sua disposizione dalla legge, perda il potere di emanare il provvedimento finale (o la legittimazione a esercitarlo)¹⁴⁸.

Pur dovendosi dare conto dell'orientamento per cui la decorrenza infruttuosa del termine sarebbe idonea a determinare la nullità dell'atto

¹⁴⁸ Al contrario, invece, la natura ordinatoria del termine procedimentale (e la conseguente sopravvivenza della potestà di emanazione del provvedimento) ha condotto dottrina e giurisprudenza maggioritarie a ritenere non necessariamente invalido l'atto tardivo. Sulla inesauribilità del potere amministrativo nonostante la infruttuosa decorrenza del termine vi è copiosa giurisprudenza. *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2009, n. 599; Cass., S.U., 27 aprile 2006, n. 9591, in F. CARINGELLA e R. GAROFOLI, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2008, in cui si legge che anche dopo la scadenza del termine di conclusione del procedimento non viene meno il potere-dovere della p.a. di attivarsi per il soddisfacimento degli interessi affidati alla sua cura; TAR Emilia Romagna, Parma, 12 luglio 2005, n. 375, secondo cui il termine, ove meramente ordinatorio, deve ritenersi solamente indicativo e non può essere applicato nel caso di procedimenti di particolare complessità; Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3741, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004.

tardivo¹⁴⁹, la tesi maggioritaria conclude nel senso della sua mera annullabilità¹⁵⁰.

Né si potrebbe invocare il regime di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, I parte, L. 241/1990, dal momento che l'attività posta in essere dall'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione unica è pacificamente connotata da elevati margini di discrezionalità, sicché la natura procedimentale della norma violata non è suscettibile di impedire l'annullamento del provvedimento, pur quando l'amministrazione resistente riesca a dimostrare che il suo contenuto non poteva essere diverso da quello (tardivamente) in concreto adottato.

Sul versante processuale, secondo la tesi prevalente in giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, instaurato il giudizio contro l'inerzia della pubblica amministrazione, qualora questa avesse deciso di esercitare (tardivamente) il proprio potere, il ricorso contro il silenzio sarebbe divenuto improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (ove l'istanza fosse stata rigettata), ovvero per cessazione della materia del

¹⁴⁹ La tesi è di M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, per cui il provvedimento emanato successivamente alla scadenza del termine sarebbe nullo per carenza sopravvenuta di potere. Se, infatti, la previsione di uno specifico termine di conclusione del procedimento è finalizzata a delimitare nel tempo lo stato di incertezza in cui verte il cittadino, l'amministrazione, una volta decorso infruttuosamente il termine, non ha più il potere di incidere sulla situazione giuridica soggettiva del privato, al pari di quanto avviene per l'esercizio dei diritti potestativi nei rapporti interprivati. Pertanto, "*alla scadenza del termine per l'esercizio del potere consegue l'inefficienza dell'atto tardivo a produrre l'effetto costitutivo tipico, e non invece la semplice possibilità di far annullare l'atto tardivamente adottato*".

¹⁵⁰ Persuasivo è F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2, l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, per il quale, tanto per la proposizione del ricorso avverso il silenzio che in presenza di un provvedimento tardivo, la norma violata è la medesima, per cui non sarebbe coerente "*la qualificazione come illegittimo del comportamento dell'Amministrazione che oppone al cittadino un silenzio inadempimento, ed invece come legittimo quella del provvedimento tardivo*"; la conseguenza dovrebbe essere la stessa che deriva dal mancato rispetto di una qualsiasi altra norma sulle modalità di esercizio del potere: il provvedimento tardivo sarebbe, dunque, illegittimo e annullabile, soprattutto alla luce del fatto che, oltre al diretto interessato dall'atto eventualmente favorevole, potrebbe comunque esserci un controinteressato danneggiato.

contendere (ove l'istanza fosse stata accolta e fosse stato conseguito il bene della vita al quale in concreto il ricorrente aspirava)¹⁵¹.

Parte della giurisprudenza aveva, inoltre, ritenuto che con il ricorso avverso il silenzio si potesse impugnare unicamente il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione sull'istanza, ma non anche il provvedimento sopravvenuto, con la conseguenza che il privato che aveva già subito le conseguenze dell'inerzia era costretto ad intraprendere un nuovo giudizio avverso il provvedimento sopravvenuto, non potendo impugnare con motivi aggiunti il nuovo atto e chiedere eventualmente la conversione del rito¹⁵².

L'art. 117, comma 5, c.p.a. ora ha risolto il problema, prevedendo che se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito¹⁵³.

In primo luogo, non si può tacere come gli artt. 24 e 113 Cost. mirino a garantire la tutela effettiva della posizione giuridica del privato, cosicché non

¹⁵¹ *Ex pluribus*, Cons. Stato, IV Sez., 10.10.2007, n. 5311.

¹⁵² Cons. Stato, IV Sez., 10.6.2004, n. 3741, ove si affermava che il rito speciale che ha per oggetto il silenzio è avulso dal soddisfacimento dell'interesse sostanziale, in quanto "*mirante esclusivamente alla rimozione della situazione di inerzia*" sottolineandosi che "*una volta che, nel corso del giudizio è sopravvenuto il provvedimento esplicito dell'Amministrazione, l'accertamento giurisdizionale non può estendersi, nel medesimo procedimento speciale, alla legittimità del provvedimento adottato dall'amministrazione*".

¹⁵³ Invero, l'ammissibilità o meno dei motivi aggiunti era strettamente correlata alla concezione dell'oggetto del giudizio, nel senso che, tendenzialmente, riconoscevano al privato la possibilità di impugnare il provvedimento sopravvenuto nelle more del giudizio con i motivi aggiunti coloro i quali ritenevano che si trattasse di un giudizio sul *rapporto*. Diversamente, tale facoltà era negata da quanti individuavano l'oggetto del giudizio nella mera declaratoria del dovere di provvedere. Occorre però ricordare che l'idea di consentire l'impugnazione del provvedimento tardivo con i motivi aggiunti è stata manifestata sin dall'origine della tutela giurisdizionale del silenzio. Infatti, in una prima fase il silenzio era interpretato alla stregua di un provvedimento negativo tacito, di talché l'oggetto del giudizio era necessariamente più ampio della verifica del dovere di provvedere, posto che si riteneva che l'amministrazione avesse esercitato il potere anche restando inerte. Già in questa fase, dunque, si ammetteva la proponibilità dei motivi aggiunti per impugnare l'eventuale diniego esplicito tardivo, che rilevava come motivazione delle ragioni sottese al precedente rifiuto implicito. Sul punto, si rinvia a B. TONOLETTI, *Oggetto del giudizio contro il silenzio-rifiuto della p.a.: orientamenti giurisprudenziali*, in *Urb. e app.*, 1997, fasc. 9.

consentire l'estensione del giudizio all'eventuale provvedimento negativo sopravvenuto parrebbe in contrasto con la necessità di assicurare una tutela piena alla pretesa sostanziale del privato¹⁵⁴.

La norma costituisce, inoltre, attuazione del principio del cumulo delle domande, codificato dall'art. 32 c.p.a.; la disposizione prevede la possibilità di proporre, nello stesso giudizio, anche più domande tra loro connesse, sia in via principale che in via incidentale, e l'applicabilità del rito ordinario, nel caso in cui le azioni oggetto di cumulo siano sottoposte a riti diversi, salvo quanto previsto dal Titolo IV del Libro IV, per cui il rito speciale generale (di cui all'art. 119 c.p.a.) e il rito speciale in materia di appalti pubblici (di cui all'art. 120 c.p.a.) comunque prevalgono sul rito ordinario.

Il provvedimento sopravvenuto ovvero anche quello solo connesso può quindi essere impugnato con motivi aggiunti nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio e, in tal caso, il giudizio proseguirà con il rito ordinario (o con il diverso rito previsto per tale impugnazione).

Nel procedimento unico disciplinato dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003, peraltro, il giudizio di impugnazione del provvedimento *medio tempore* emanato dall'amministrazione resistente nel giudizio avverso il silenzio inadempimento non potrà prescindere dalla qualificazione del termine di conclusione del procedimento quale termine perentorio¹⁵⁵.

La perentorietà dei 90 giorni, infatti, potrebbe esplicare i propri effetti anche sulla (il)legittimità del provvedimento emanato *lite pendente*, giovando ora al ricorrente in caso di sopravvenuto diniego espresso, ora al terzo controinteressato in caso di sopravvenuto assenso.

¹⁵⁴ In argomento, S. FANTINI, *L'oggetto del giudizio speciale sul silenzio ed il problema dei motivi aggiunti*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 12, per il quale l'ammissibilità dell'impugnazione del provvedimento sopravvenuto, mediante motivi aggiunti, si giustifica "in funzione della necessaria simultaneità di un giudizio che possa offrire una tutela, in conformità degli standards europei, piena ed effettiva".

¹⁵⁵ *Ex pluribus*, Cons. Stato, V Sez., 23.10.2012, n. 5413; v. *supra* al § 6.1.3.

In entrambi i casi, infatti, l'emanazione di un provvedimento espresso oltre il termine perentorio stabilito dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003 e dall'art. 14 D.M. 10 settembre 2010 gioverà, quale ulteriore e decisivo motivo di impugnazione, alla parte processuale titolare dell'interesse opposto a quello del provvedimento emanato.

Se, dunque, la giurisprudenza deciderà di qualificare il provvedimento emanato oltre il termine di conclusione del procedimento come perento, il giudizio avverso il silenzio inadempimento non potrà che terminare con una pronuncia di duplice accertamento avente ad oggetto sia la declaratoria di inerzia serbata dalla P.A. che la declaratoria di avvenuta perenzione del provvedimento *medio tempore* emanato (qualora ovviamente la parte portatrice dell'interesse opposto sia processualmente presente ed abbia sollevato la relativa censura)¹⁵⁶.

Oltre a questi capi indefettibili, la sentenza potrà contenere o la nomina di un commissario *ad acta*¹⁵⁷, o una pronuncia sulla fondatezza della domanda, nei limiti in cui la medesima risulti compatibile con l'attuale sistema¹⁵⁸.

Ancora, qualora sia stata chiesta dalla parte e nel caso in cui sussistano tutti i presupposti oggettivi e soggettivi, la pronuncia potrà anche contenere un capo sulla condanna al risarcimento del danno derivante dall'inosservanza del termine di conclusione del procedimento.

In ogni caso, tuttavia, la sentenza, una volta passata in giudicato, sarà suscettibile di esplicare i propri effetti conformativi¹⁵⁹, i quali andranno posti alla base del provvedimento richiesto successivamente dal privato con una nuova ed autonoma istanza da presentare alla P.A. eventualmente soccombente.

¹⁵⁶ Non è infatti esclusa, ad esempio, l'ipotesi in cui il provvedimento sopravvenuto sia favorevole al privato ricorrente e, in giudizio, non si sia costituito il terzo controinteressato ovvero, costituito il terzo controinteressato, questi abbia deciso di non sollevare il vizio relativo allo sfioramento del termine perentorio di emanazione del provvedimento; in tal caso, l'esito del giudizio sarà una pronuncia di cessata materia del contendere.

¹⁵⁷ V. *infra* al § 6.1.8.

¹⁵⁸ V. *supra* al § 6.1.6.

¹⁵⁹ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2014, Giuffrè.

Viceversa, qualora la P.A. decida che la potestà amministrativa non si sia esaurita per il solo decorso del termine di conclusione del procedimento (ma, a questo punto, la natura perentoria del termine andrebbe quanto meno ridefinita), allora l'emanazione di un provvedimento espresso durante un giudizio avverso il silenzio avrà quale esito quello disciplinato dall'art. 117, comma 5, c.p.a., vale a dire la conversione del rito (da speciale ad ordinario) e quale oggetto principale del giudizio la legittimità del provvedimento sopravvenuto.

6.1.8. (segue) *La struttura del rito avverso il silenzio inadempimento e la natura giuridica del commissario ad acta nominato dal giudice della cognizione (art. 117, comma 2, c.p.a.).*

Il rito speciale avverso il silenzio inadempimento è strutturato, secondo l'art. 117 c.p.a. in due fasi: quella di cognizione e quella di esecuzione.

La fase di cognizione è diretta, innanzitutto, ad accertare l'esistenza dell'obbligo di provvedere e il suo effettivo inadempimento; successivamente, verificata la permanenza dell'inerzia, se espressamente richiesto nell'atto introduttivo e nei limiti in cui tale sindacato è consentito, il giudice potrà valutare la fondatezza della pretesa¹⁶⁰.

Il procedimento si svolge secondo le disposizioni dettate dall'art. 87, comma 3, c.p.a. e, quindi, tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario (tranne quelli per la notificazione del ricorso introduttivo); la camera di consiglio è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimare. Nella camera di consiglio sono sentiti i difensori delle parti che ne fanno richiesta.

¹⁶⁰ V. *supra* al § 6.1.6.

Quanto alla possibilità che il giudice amministrativo disponga un'istruttoria, in dottrina¹⁶¹ si è rilevato che è difficilmente prospettabile in concreto un'esigenza istruttoria nel giudizio avverso il silenzio inadempimento, in considerazione del *thema decidendum* limitato al mero accertamento della sussistenza dei presupposti del silenzio; sicché, l'unico accertamento da compiersi riguarda la permanenza dell'inerzia al momento della pronuncia della decisione.

Il rilievo è condivisibile se riferito ai soli casi in cui il giudice amministrativo non sia tenuto a valutare la fondatezza della pretesa, nei quali l'ambito del sindacato giurisdizionale è effettivamente limitato al mero obbligo di provvedere.

Tuttavia, nei casi in cui si ritenga che il sindacato giurisdizionale si possa estendere alla fondatezza dell'istanza non può escludersi lo svolgimento di un'attività istruttoria.

All'esito è prevista la pronuncia di una sentenza breve; l'art. 117, comma 2, c.p.a. dispone: “*il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata, e, in caso di totale o parziale accoglimento, il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni*”

La sentenza in forma semplificata assume contenuto diverso in relazione all'oggetto del processo: nel caso di attività discrezionale dell'amministrazione si tratta di una sentenza di accertamento dell'obbligo di provvedere e di condanna dell'amministrazione a provvedere; nel caso di attività vincolata, che non presuppone adempimenti istruttori, il giudice emana una sentenza di accertamento della fondatezza della pretesa azionata e di condanna dell'amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto (c.d. condanna pubblicistica o adempimento).

¹⁶¹ Per la ricostruzione del dibattito dottrinario si rinvia a A. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2005.

In particolare, considerato che generalmente il ricorso contro il silenzio cumula in sé due domande (la richiesta di declaratoria dell'obbligo generico di provvedere e la richiesta di declaratoria dell'obbligo specifico di pronunciare un provvedimento soddisfacente dell'interesse del privato), si può affermare che la sentenza di accoglimento del ricorso che denuncia l'inerzia dell'amministrazione si risolverà in una pronuncia di accertamento dell'obbligo di quest'ultima accoppiata ad un capo di condanna ad un *facere* (ordine di provvedere), soggetto a varie gradazioni di specificità a seconda che si tratti di accoglimento c.d. parziale del primo tipo (l'ordine si limita a riguardare il decidere in sé), di accoglimento c.d. parziale del secondo tipo (è comandato un *facere* specifico ancorché non coincidente con il *petitum*), ovvero di accoglimento totale (se il contenuto della decisione corrisponda a quanto auspicato dal ricorrente).

Al fine evidente di accelerare la tutela del ricorrente, evitando la necessità di una ulteriore istanza giurisdizionale, nella stessa sentenza il giudice può statuire contemporaneamente sull'obbligo di provvedere e sulla nomina del commissario *ad acta* (art. 117, comma 2, c.p.a.).

Tale disposizione si coordina con quella dell'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. che stabilisce, in generale, per tutti i giudizi di cognizione la possibilità di immediata nomina del commissario *ad acta*, e con quella dell'art. 114, comma 4, c.p.a. relativa al giudizio di ottemperanza.

L'art. 117, comma 4, c.p.a., onde attuare la concentrazione delle tutele, definisce l'ambito dei poteri di cognizione del giudice, affermando che questi "*conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario*", analogamente a quanto disposto dall'art. 114, comma 6, con riferimento al giudizio di ottemperanza.

Si tratta di norme che sembrano confermare la scelta operata dal Codice di considerare il commissario *ad acta* un ausiliario del giudice, anziché un

organo straordinario dell'amministrazione, come espressamente si evince anche dall'art. 21 c.p.a. in forza del quale "*nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta*".

In realtà, con riferimento alla natura giuridica del commissario *ad acta* nominato nel rito avverso il silenzio, è pure possibile e preferibile una diversa opzione interpretativa.

Come è noto, in generale, sono prospettabili tre tesi: organo straordinario ausiliario del giudice; organo straordinario dell'amministrazione; organo misto, per alcuni aspetti ausiliario dell'amministrazione e per altri del giudice.

Se per il commissario *ad acta* nominato in sede di ottemperanza per l'esecuzione del giudicato è prevalsa la tesi secondo cui si tratta di un organo ausiliario del giudice (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 14.7.1978, n. 23), il dibattito è stato molto serrato per quella figura speciale di commissario *ad acta* nominato per porre rimedio alla persistente inerzia dell'Amministrazione.

In questo caso, infatti, secondo un'opzione interpretativa diversa da quella che tende ad assimilarlo al commissario *ad acta* nominato nel giudizio di ottemperanza *ex art. 114 c.p.a.*, nel rito *contra silentium ex art. 117 c.p.a.* si potrebbe avere una ottemperanza c.d. anomala o speciale, dove la specialità risiede nella circostanza che si prescinde dal passaggio in giudicato della sentenza, e, soprattutto si ammette l'intervento del commissario nell'ambito del medesimo processo, senza più bisogno di un ricorso *ad hoc*, essendo sufficiente una semplice istanza al giudice che ha dichiarato l'illegittimità del silenzio.

Anzi, proprio prendendo atto della unitarietà che ormai lega la fase di cognizione sull'inadempimento dell'amministrazione e la successiva fase esecutiva, il legislatore, recependo una soluzione già anticipata dalla giurisprudenza¹⁶², ha previsto la possibilità, di disporre in via contestuale

¹⁶² Cons. Stato, V Sez., 19.2.2002, n. 30.

l'ordine di provvedere e la nomina del commissario *ad acta*, il quale tuttavia entrerà in funzione solo ove si protragga l'inerzia dell'Amministrazione.

La specialità di questa forma di ottemperanza deriva anche dal fatto che il commissario *ad acta* può assumere un ruolo del tutto inedito, in quanto la sua attività può non essere volta al completamento e all'attuazione del *dictum* giudiziale (recante direttive conformative dell'attività amministrativa), ma può atteggiarsi come attività di pura sostituzione, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione se non per quanto attiene al presupposto dell'accertamento della prolungata inerzia dell'amministrazione¹⁶³.

Non a caso, l'art. 31, comma 2, prevede che il giudice *può* pronunciare sulla fondatezza della pretesa; quindi, il sindacato sul rapporto si configura come una eventualità, e non come una componente necessaria della sentenza sul silenzio.

Ed, allora, in tutti i casi in cui il giudice amministrativo si sia limitato soltanto a dichiarare l'obbligo di provvedere, senza vincolare in alcun modo la successiva attività amministrativa, il commissario *ad acta*, nominato in caso di persistente inerzia della P.A., viene a disporre di uno spazio di libertà sicuramente sconosciuto all'analogo figura nominata in sede di esecuzione al giudicato.

Non vi è, infatti, una vera e propria sentenza di ottemperanza, ma un semplice atto di nomina, con cui il giudice non dice all'amministrazione come deve provvedere, ma demanda tutto all'organo amministrativo straordinario che è il commissario.

¹⁶³ Ed infatti, anche dopo l'entrata in vigore del codice, il giudice amministrativo, chiamato a giudicare sul ricorso contro il silenzio della pubblica amministrazione può limitarsi, a dichiarare l'esistenza dell'obbligo di provvedere, senza svolgere però alcuna valutazione in ordine alla fondatezza della pretesa sostanziale dell'istante.

Questo può accadere o perché il ricorrente non chiede il giudizio sulla fondatezza della pretesa, o perché il giudice ritiene, a torto o a ragione, che non vi siano i presupposti per esercitare tale sindacato, perché il provvedimento richiesto dal privato involge valutazioni discrezionali dell'amministrazione.

Si comprende, allora, come si possa fondatamente avanzare una tesi che concepisce il commissario nominato ai sensi dell'art. 117, comma 3, c.p.a. più come un organo dell'amministrazione che come un ausiliario del giudice¹⁶⁴.

Se così fosse, il provvedimento emesso dal commissario *ad acta* sarebbe impugnabile secondo i principi generali con un'ulteriore azione impugnatoria *ex art. 29 c.p.a.* oppure modificabile dall'amministrazione in via di autotutela, trattandosi di esercizio della funzione alla stessa imputabile.

Nel caso dei giudizi avverso l'inerzia serbata dalla P.A. competente ad emanare il titolo abilitativo alla realizzazione e all'esercizio di un impianto per la produzione di energia elettrica, la facoltà di nomina del commissario *ad acta* di cui all'art. 117, comma 2, c.p.a. potrebbe essere particolarmente valorizzata, ove si consideri che, per l'elevata natura discrezionale del provvedimento di autorizzazione unica, difficilmente il Giudice amministrativo farà uso della condanna all'emanazione del provvedimento¹⁶⁵.

Pertanto, qualora la sentenza accerti che l'amministrazione resistente sia rimasta illegittimamente inerte rispetto all'istanza presentata dal ricorrente, la medesima pronuncia, al fine di rendere la tutela giurisdizionale piena ed effettiva e nell'impossibilità di vagliare la fondatezza della pretesa, potrà auspicabilmente contenere un autonomo capo relativo alla nomina del commissario *ad acta*.

¹⁶⁴ In questo senso, A. TRAVI, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, III, secondo il quale il commissario viene nominato per sostituire un organo amministrativo, configurandosi, pertanto, quale organo straordinario dell'amministrazione, in ciò distinguendosi dal commissario del giudizio di ottemperanza che, invece, è considerato un ausiliario del giudice. Peraltro, con una conseguenza importante, ossia che gli atti del commissario del silenzio sono eventualmente impugnabili secondo le modalità ordinarie e non, invece, mediante contestazione al giudice che lo ha nominato. Ancora, sulla differenza tra i commissari dei due giudizi, v. E. QUADRI, *Art. 117. Ricorsi avverso il silenzio*, in R. GAROFOLI e G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2012; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, fasc. 2.

¹⁶⁵ Sui limitati poteri di pronuncia sulla fondatezza della pretesa sostanziale nell'ambito dei giudizi aventi ad oggetto l'autorizzazione unica, v. *supra*, § 6.1.6.

Al momento, tuttavia, occorre ribadire che si tratta di un auspicio, verosimile alla luce della ricostruzione sulla figura speciale del commissario *ad acta* nominato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, c.p.a., nell'ambito del rito avverso il silenzio ma fino ad oggi mai praticato dalla giurisprudenza.

6.1.9. (segue) *I controinteressati nel ricorso avverso il silenzio inadempimento (art. 117, comma 1, c.p.a.).*

Prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, la giurisprudenza assolutamente prevalente riteneva che non vi fossero controinteressati in senso proprio nei ricorsi contro gli atti di diniego, di reiezione di istanze volte ad ottenere atti ampliativi, e nei ricorsi contro il silenzio dell'amministrazione¹⁶⁶.

Ebbene, a questi terzi, la giurisprudenza ha riconosciuto una tutela che si estrinseca nella possibilità di proporre intervento volontario *ad opponendum* (Cons. Stato, Ad. Plenaria, 8.5.1996, n. 2; Cons. Stato, Ad. Plenaria, 24.7.1997, n. 15) oppure, in mancanza, nella possibilità di impugnare il provvedimento che l'amministrazione adotti in seguito al giudicato, il quale, ove non abbiano partecipato al relativo giudizio, non è loro opponibile.

¹⁶⁶ Secondo la giurisprudenza amministrativa più risalente, infatti, "*controinteressato è solo colui che abbia acquisito una determinata posizione giuridica in virtù e per conseguenza diretta dell'atto impugnato e che, quindi, si trovi a difendere dal richiesto annullamento una posizione attribuitagli da quell'atto.*

Nel giudizio contro gli atti di diniego, al contrario, non può esservi alcun controinteressato perché l'atto impugnato non attribuisce a nessuno posizioni favorevoli, e, anzi, non innova in nulla la situazione esistente, ma si limita, semmai, ad evitare un pregiudizio al terzo.

Il diniego, in altri termini, come tutti i provvedimenti negativi, non crea posizioni nuove, limitandosi a confermare lo status quo esistente. Esso, quindi, lede direttamente solo il soggetto che ha richiesto il provvedimento rifiutato, ma non reca alcun diretto e preciso vantaggio a nessuno.

L'assenza di controinteressati, in tale prospettiva, è ancor più evidente nel giudizio contro il silenzio, mancando qui, più radicalmente, proprio l'atto fonte di utilità per eventuali terzi" Cons. Stato, Ad. Plenaria, 8.5.1996, n. 2; Cons. Stato, Ad. Plenaria, 24.7.1997, n. 15.

Questa forma di tutela riservata al terzo nel giudizio contro il silenzio è apparsa inadeguata, soprattutto, quando al giudice amministrativo è stato riconosciuto il potere di valutare la fondatezza dell'istanza e, quindi, di predeterminare il contenuto del provvedimento che la pubblica amministrazione dovrà adottare¹⁶⁷.

Per evitare questi inconvenienti, si è avvertita l'esigenza di coinvolgere il terzo nel processo prima che venga pronunciata la sentenza.

Pertanto, il Codice si fa carico di questa esigenza di tutela prevedendo espressamente che il ricorso avverso il silenzio debba essere notificato a pena di inammissibilità (oltre che all'amministrazione convenuta), ad almeno uno dei controinteressati (art.117, comma 1, c.p.a.).

L'individuazione del controinteressato nei giudizi *contra silentium* non ha, tuttavia, trovato ancora unanime condivisione.

Si ritiene che siano necessarie almeno due condizioni concorrenti:

1. il ricorso avverso il silenzio inadempimento deve essere diretto a stigmatizzare l'inerzia della P.A. con riferimento ad un'istanza diretta ad ottenere un provvedimento sfavorevole nei confronti dei terzi;
2. il destinatario del provvedimento sfavorevole sia comunque individuato o facilmente individuabile, sulla base dell'istanza presentata dal privato all'amministrazione¹⁶⁸.

Una possibile applicazione, tale da determinare l'individuazione certa di almeno un controinteressato cui notificare il ricorso *ex art. 117, comma 1, c.p.a.*,

¹⁶⁷ Antesignane appaiono le osservazioni di D. CORLETTO, *La tutela dell'interesse al provvedimento e i terzi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2001, il quale afferma: "non pare affatto facile la posizione di chi attacca un atto che ha alle spalle un accertamento giurisdizionale sulla fondatezza dei suoi presupposti, o addirittura adottato in corrispondenza alla dichiarazione giudiziale di un preciso obbligo in tal senso, e che deve condurre tale attacco dinanzi allo stesso giudice che ha ordinato l'adozione dell'atto. Considerare adeguata e ragionevole tale possibilità di tutela sembra ingenuo".

¹⁶⁸ Quest'ultimo, infatti, potrebbe avere direttamente richiamato, nel contesto delle proprie richieste, in genere legate alla soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo, la posizione di un terzo soggetto che rispetto alla emanazione del provvedimento invocato potrebbe avere un interesse uguale ma contrario.

è quella che ritiene sussistenti le due condizioni in capo al soggetto che abbia presentato un'istanza di accesso agli atti in seno al procedimento nel quale l'amministrazione è poi rimasta inerte.

In generale, comunque, l'individuazione del terzo controinteressato sottende due contrapposte esigenze: da un lato non aggravare la tutela del ricorrente *per silentium*, dall'altro non pregiudicare i terzi che possono ricevere un pregiudizio diretto ed immediato dall'emanazione del provvedimento, sulla cui fondatezza si è pronunciato il giudice amministrativo ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a.

Una possibile soluzione di compromesso potrebbe essere costituita in una limitazione dell'onere di notificazione del ricorso avverso il silenzio ai soli terzi controinteressati c.d. palesi (quindi attraverso una lettura restrittiva dei due presupposti menzionati), consentendo comunque ai c.d. controinteressati occulti l'esercizio dell'azione impugnatoria contro il provvedimento successivamente emanato, senza che le valutazioni sulla fondatezza della pretesa (eventualmente appalesate dal giudice amministrativo nel precedente ricorso avverso il silenzio) risultino, per ciò solo, assorbenti sulle eventuali ed ulteriori censure fatte valere da costoro, i quali, preme ricordare, non erano parti in quel diverso giudizio e ai quali l'ordinamento deve consentire la tutela dei loro interessi oppositivi.

L'esigenza di una precisa individuazione dei soggetti portatori di un interesse opposto a quello fatto valere dal ricorrente diventa dirimente nell'ambito dei procedimenti in materia di realizzazione e gestione di impianti per la produzione di energia, i quali sono notoriamente suscettibili di ledere le posizioni giuridiche soggettive detenute da portatori di interessi tanto individuali quanto collettivi o diffusi.

La giurisprudenza ha, ad esempio, avuto modo di chiarire che l'installazione di un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili comporterebbe una modifica dell'area equiparabile a quella conseguente alla realizzazione di un intervento edilizio; conseguentemente la legittimazione ad

agire in giudizio contro gli atti autorizzativi dell'impianto, nonché a vedersi notificato il ricorso *per silentium*, deve essere riconosciuta a costoro in virtù del c.d. criterio della *vicinitas*, in base al quale è "*legittimato ad agire chiunque si trovi in rapporto (...) di stabile e significativo collegamento, da indagare caso per caso, con la zona interessata dall'intervento ed il cui ambiente si intende proteggere*"¹⁶⁹. L'analisi relativa alla legittimazione ad agire del terzo controinteressato andrà, pertanto, svolta *ex ante*, accertando se tale soggetto sia titolare di una posizione giuridica soggettiva differenziata sulla quale l'attività dell'amministrazione possa potenzialmente incidere.

In generale, pertanto, ai fini dell'interesse tanto all'impugnazione in materia ambientale quanto all'individuazione, ai sensi dell'art. 117, comma 1, c.p.a., di terzi controinteressati, rileva il c.d. criterio della *vicinitas* o della prossimità: oltre all'interesse a ricorrere degli enti locali, sussiste l'interesse a ricorrere e ad essere qualificato quale terzo controinteressato per colui che si trovi nelle immediate vicinanze di un territorio potenzialmente minacciato da impianti pericolosi, quale residente, proprietario o titolare di altre posizioni giuridiche soggettive rilevanti¹⁷⁰. In tal caso, precisa la giurisprudenza, "*non occorre provare l'esistenza di un danno concreto ed attuale ma è sufficiente la prospettazione di temute ripercussioni sul territorio*"¹⁷¹.

Si aggiunga, peraltro, che tale conclusione è pienamente compatibile con la lettura restrittiva che limita l'onere di cui all'art. 117, comma 1, c.p.a. ai soli terzi controinteressati c.d. palesi, e non anche ai terzi interessati c.d. occulti.

Del tutto inesplorato è, invece, il rapporto tra titolari di interessi diffusi (quali le associazioni ambientaliste, legittimate ad impugnare l'atto di assenso, ove ricorrano i presupposti individuati dalla giurisprudenza sulla base dell'art.

¹⁶⁹ Cons. Stato, V Sez., 26.9.2013, n. 4755; Cons. Stato, V Sez., 31.7.2012, n. 4331; Cons. Stato, V Sez., 31.3.2011, n. 1979.

¹⁷⁰ Cons. Stato, IV Sez., 16.3.2011, n. 1645; Cons. Stato, IV Sez., 30.11.2009, n. 7491; Cons. Stato, V Sez., 7.5.2008, n. 2086.

¹⁷¹ Cons. Stato, VI Sez. 15.10.2001, n. 5411; Cons. Stato, VI Sez., 5.12.2002, n. 6657; TAR Puglia, Lecce, I Sez., 23.2.2010, n. 588.

18 L. 349/1986¹⁷²) e la loro idoneità/necessità ad essere evocate, quale parte sostanziale controinteressata, nel rito speciale avverso il silenzio.

In realtà, le associazioni legittimate a ricorrere, non essendo qualificabili come terzi controinteressati c.d. palesi, non rientrerebbero fra i soggetti cui notificare il ricorso contenente la domanda di cui all'art. 31 c.p.a., ferma restando da parte loro, ove ricorrano le condizioni dell'azione, la possibile impugnazione dell'eventuale titolo abilitativo ovvero l'ammissibilità del loro intervento, ai sensi dell'art. 28 c.p.a., nel processo avviato da altri.

6.1.10 (segue) *Il decorso del termine e la declaratoria di improcedibilità della domanda.*

Non necessariamente la presentazione di un'istanza di autorizzazione unica è suscettibile di aprire il decorso dei termini per la conclusione del procedimento¹⁷³.

Infatti, tale termine non decorre qualora l'amministrazione abbia dichiarato l'improcedibilità dell'istanza con una contestuale richiesta di integrazione all'interessato; in tal caso, il termine decorrerà solamente dal momento in cui l'istanza sarà ritenuta completa di ogni suo elemento, nonché corredata dalla documentazione richiesta dall'art. 13 D.M. 10 settembre 2010.

¹⁷²Si rinvia, per una disamina completa di giurisprudenza e dottrina, a M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmentalinterests nella judicialreview statunitense*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2013.

¹⁷³In generale, si può osservare che l'imposizione di uno specifico termine, per quanto tesa a garantire la certezza dell'azione amministrativa e a consentire ai cittadini di conoscere anticipatamente la durata presumibile di un procedimento che li vede coinvolti, non è in grado di descriverne l'effettiva durata; in questo senso, M. MAZZAMUTO, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, cit., per il quale il termine di conclusione non è descrittivo della durata *reale* del procedimento, intervenendo nel corso del suo svolgimento alcune variabili temporali dovute ad attività infraprocedimentali. In ogni caso, però, l'espressa previsione di un termine garantisce che il procedimento sarà portato a conclusione, anche se il momento finale non è "*esattamente prevedibile nella sua collocazione temporale di fatto*".

Le principali ragioni che giustificano un'alterazione del fluire naturale del procedimento sono legate, di solito, ad esigenze istruttorie, affinché tutti gli interessi e i fatti rilevanti siano ponderati e valutati per adottare una decisione consapevole e fondata su una conoscenza il più possibile piena e certa della realtà¹⁷⁴.

Da questo punto di vista, la giurisprudenza afferma che *"la conferenza di servizi è un modello di semplificazione procedimentale che va tempestivamente attivato solo se l'istanza da esaminare possiede i requisiti minimi di ammissibilità"*¹⁷⁵; si tratta, a ben vedere, dell'applicazione ad una normativa di settore del principio di parte generale per cui *"l'amministrazione non ha l'obbligo di sottoporre alla conferenza di servizi un'istanza non corredata della documentazione necessaria"*¹⁷⁶.

La carenza della documentazione allegata rappresenta, dal punto di vista processuale, un'eccezione in senso stretto, con la conseguenza per cui l'amministrazione, resistente nel giudizio avverso il proprio silenzio inadempimento, non può addurre a propria difesa un eventuale difetto di documentazione nella domanda, se non produce le comunicazioni con cui si era richiesto all'interessato di produrre l'integrazione documentale.

La giurisprudenza afferma, a tal proposito che *"l'appellante [già amministrazione resistente, soccombente in primo grado] non può limitarsi a richiedere alla società interessata di comprovare la regolarità della documentazione da essa allegata alla domanda ma ha invece ragionevolmente*

¹⁷⁴ In questo senso, G. CREPALDI, *La sospensione del termine per la conclusione del procedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, fasc. 1, secondo cui la sequenza procedimentale deve tenere conto da un lato delle esigenze di celerità, economicità, speditezza ed efficienza e dall'altro della necessità di contemperare gli interessi e di accertare i fatti, così da ponderare consapevolmente le decisioni.

¹⁷⁵ C.G.A., Sez. Giurisdizionale, 30.5.2013, n. 513; nel caso di specie era venuta in evidenza l'applicabilità, in un procedimento unico già avviato, di una sopravvenienza normativa entrata in vigore con il Piano energetico ambientale della Regione Sicilia, il quale richiedeva l'allegazione di ulteriori e diversi documenti all'istanza.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

*l'onere - allorché sostiene che la documentazione inoltrata presentava carenze tali da non consentire di sottoporre la relativa istanza alla Conferenza deliberante - di richiamare le richieste di integrazioni istruttorie formulate dagli uffici ai fini del seguito del procedimento"*¹⁷⁷.

Sempre sulla distribuzione dell'onere probatorio al fine di una declaratoria di legittimità del provvedimento di improcedibilità dell'istanza di autorizzazione unica è stato ribadito che *"in sede di azione contra silentium il ricorrente non ha l'onere di dimostrare in giudizio la completezza della documentazione richiesta per la procedibilità dell'istanza, atteso che tale adempimento spetta all'amministrazione, la quale, entro il termine legale per provvedere, deve rilevare l'eventuale incompletezza ed invitare l'interessato, ove possibile, ad effettuare l'integrazione. Soltanto laddove l'interessato non provveda al suddetto invito viene meno il generale obbligo di provvedere configurato dall'art. 2 L. 241/1990, dovendo l'amministrazione essere posta nella condizione di poter esaminare compiutamente la domanda, come integrata dall'interessato"*¹⁷⁸.

Coerentemente con tale impostazione, l'art. 14.4 D.M. 10 settembre 2010 onera, peraltro, l'amministrazione di comunicare all'istante l'eventuale incompletezza della documentazione prescritta dall'art. 13¹⁷⁹, cui segue la sospensione del procedimento unico sino all'intervenuta integrazione.

Pertanto, se è vero che, in caso di inerzia della Regione (o della Provincia delegata) il privato ha a disposizione la speciale tutela apprestata dal rito avverso il silenzio solo nel caso in cui l'istanza sia corredata da tutta la documentazione minuziosamente elencata nell'art. 13 Linee Guida, è altrettanto vero che l'amministrazione che intenda eccepire la legittimità della propria

¹⁷⁷ C.G.A., Sez. giurisdizionale, 17.12.2012, n. 1228; nel caso di specie, peraltro, l'amministrazione aveva anche proceduto alla Conferenza di servizi decisoria, smentendo con ciò l'incompletezza della documentazione fornita dall'istante.

¹⁷⁸ TAR Puglia, Bari, I Sez., 15.11.2012, n. 1949.

¹⁷⁹ Sulla documentazione da allegare all'istanza per il rilascio dell'autorizzazione unica, v. *supra* al § 6.1.1.

inerzia, a cagion della incompletezza della documentazione depositata, non può limitarsi ad allegare tale eccezione impeditiva dell'obbligo di provvedere ma occorre che dimostri l'avvenuta trasmissione di una nota contenente *precise e circostanziate* richieste di integrazioni documentali.

A sua volta, si ritiene che il ricorrente possa controecepire l'avvenuta trasmissione di quanto specificamente richiesto, depositando, agli atti del giudizio avverso il silenzio, la nota con la quale la medesima amministrazione acquisisce tale documentazione ovvero la ricevuta di avvenuta consegna della medesima, sia mediante raccomandata a/r che mediante posta elettronica certificata.

6.1.11 (segue) *La sospensione del termine annuale per la proposizione della domanda avverso il silenzio inadempimento.*

L'eventuale richiesta di integrazione della documentazione da parte dell'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione unica comporta, oltre all'eventuale declaratoria di improcedibilità della domanda nel caso in cui l'istante non ottemperi nei termini, anche la sospensione del termine di prescrizione annuale di cui all'art. 31, comma 2, c.p.a., per proporre l'azione avverso il silenzio.

In ordine alla decorrenza del termine per la conclusione del procedimento, infatti, la giurisprudenza risulta da tempo attestata sul rilievo secondo cui "*esso 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*"¹⁸⁰; riscontro che oltre ad essere adeguato ci si immagina debba anche essere tempestivo.

¹⁸⁰ C.G.A., Sez. consultiva, 6.10.2011, n. 213.

Per evidenti ragioni di equilibrio nella composizione degli interessi, pertanto, se la doverosa integrazione documentale restituisce all'amministrazione l'intero arco dello *spatium deliberandi* consentito dalla legge, non c'è ragione per non applicare analogo principio anche in favore dell'istante¹⁸¹.

Pertanto, alla sospensione del termine di conclusione del procedimento per attesa integrazione documentale (sospensione in favore dell'amministrazione) si ritiene che debba corrispondere, correlativamente, la sospensione del termine di prescrizione annuale per il deposito del ricorso giurisdizionale avverso il silenzio inadempimento, pur dopo la richiesta integrazione documentale (sospensione in favore dell'istante).

6.1.12 (segue) *L'applicabilità al procedimento unico delle disposizioni introdotte dall'art. 1 D.L. 5/2012 nell'art. 2 L. 241/1990.*

Come è noto, la disposizione fondamentale sul termine di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali è contenuta nell'art. 2 L. 241/1990¹⁸².

¹⁸¹ C.G.A., Sez. giurisdizionale, 3.4.2013, n. 404; la pronuncia si segnala anche per la qualificazione incidentale del termine di conclusione del procedimento come termine ordinario (o acceleratorio), allorché prosegue affermando che "*né sembra rilevare il fatto che l'integrazione avvenga o meno all'interno dell'originario termine di 90 giorni per provvedere, in quanto, considerata la natura pacificamente acceleratoria del termine in questione, il decorso del termine stesso non priva l'amministrazione del potere di richiedere le integrazioni documentali effettivamente necessarie ai fini della decisione*"; si tratta evidentemente di un'affermazione che, ancorché recente, rimane isolata rispetto alle pronunce riportate al § 6.1.3, visto anche e soprattutto il granitico orientamento della Corte Costituzionale che considera *ius receptum* la natura perentoria del termine.

¹⁸² La disposizione prevede, al comma 2, che, in assenza di una diversa previsione (contenuta nella legge o negli atti con cui l'amministrazione autodetermina i termini) che preveda un termine diverso, i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi in 30 giorni.

I commi successivi prevedono la possibilità di allungare tale termine ma (a seguito dell'entrata in vigore della L. 69/2009) è fermo il limite massimo di 90 giorni; solo in casi eccezionali, peraltro, si può arrivare a 180 giorni, tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo

Poiché il procedimento per l'emanazione dell'autorizzazione unica abilitante alla realizzazione e all'esercizio di impianti per la produzione di energia rinnovabile è di competenza delle Regione (ovvero della Provincia delegata), viene in rilievo l'art. 29, comma 2 *bis*, L. 241/1990, secondo il quale alle Regioni e agli enti locali le norme contenute nella Legge sul procedimento amministrativo non si applicano direttamente (nel rispetto dell'autonomia loro costituzionalmente riconosciuta); tuttavia, attenendo tali disposizioni ai c.d. "*livelli essenziali delle prestazioni*" di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., ai sensi del successivo art. 29, comma 2 *quater*, della L. 241/1990 le Regioni e gli enti locali comunque non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati nei procedimenti posti in essere dalle amministrazioni statali e dagli enti pubblici nazionali; gli enti territoriali possono, invece, prevedere solo livelli ulteriori di tutela.

La tenuta del sistema delineato dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003 e dall'art. 14 del D.M. 10 settembre 2010 con riferimento al termine di conclusione del procedimento non pone particolari questioni nel momento in cui esso viene fissato dal medesimo legislatore nazionale in 90 giorni, senza possibilità per il legislatore regionale di introdurre surrettiziamente¹⁸³ termini maggiori o meccanismi ulteriori di sospensione.

Tuttavia, occorre chiedersi se anche le disposizioni introdotte direttamente nell'art. 2, commi da 8 a 9 *quinquies*, L. 241/1990 dall'art. 1 D.L. 5/2012 convertito, con modificazioni, nella L. 35/2012 (recante *Disposizioni in materia di semplificazione e di sviluppo*) siano applicabili anche al

dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi tutelati e della particolare complessità del procedimento.

La previsione di termini superiori a 30 giorni può anche avvenire con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, adottati ai sensi dell'art. 17, comma 3, L. 400/1988, su proposta dei ministri competenti e di concerto con il Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione normativa.

¹⁸³ E' questa la conclusione cui deve pervenire l'interprete in ottemperanza alla giurisprudenza costituzionale menzionata al § 6.1.3.

procedimento volto all'emanazione dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 D. Lgs. 387/2003.

Preliminarmente, giova, brevemente, illustrare la portata delle nuove disposizioni direttamente inserite nell'art. 2 L. 241/1990.

L'art. 1 del D.L. 5/2012 ha introdotto, anzi tutto, un meccanismo sostitutivo in caso di inerzia della P.A., il quale si sostanzia nella possibilità per l'istante di rivolgersi, decorso inutilmente il termine di conclusione del procedimento, ad un soggetto apicale dell'amministrazione (che l'organo di autogoverno ha l'obbligo di individuare) affinché questo emani il provvedimento richiesto entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto (nel caso di specie, entro 45 giorni dalla ricezione dell'istanza di attivazione del potere sostitutivo).

Si tratta, in ogni caso, di uno strumento facoltativo, che non impedisce all'interessato di attivare i tradizionali rimedi giurisdizionali contro il silenzio inadempimento.

Parte della dottrina ritiene anche che la sostituzione possa essere richiesta anche contestualmente alla presentazione della domanda avverso il silenzio¹⁸⁴.

Non ostano, infatti, a una simile ricostruzione le discipline dei diversi rimedi, risultando compatibili pure dal punto di vista della tempistica. Tuttavia, nonostante il cumulo contestuale dei due mezzi di tutela (presentazione del ricorso giurisdizionale avverso il silenzio e istanza amministrativa all'organo sostitutivo) non presenti ostacoli dal punto di vista testuale, occorre evidenziare che l'intento del legislatore sia stato proprio quello di predisporre un mezzo più snello e soprattutto economico rispetto a quelli esistenti, anche nell'ottica di una riduzione del contenzioso amministrativo.

¹⁸⁴ In questo senso, S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal D.L. semplificazione n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, in www.giustamm.it, afferma che "in assenza di previsioni dilatorie o sospensive, l'attivazione del meccanismo sostitutivo non si pone come alternativa all'accesso alla giurisdizione (mediante il rito del silenzio), l'interessato sembra abilitato a percorrere entrambe le strade".

L'attivazione del potere sostitutivo da parte dell'istante sembra garantire la medesima utilità del rito avverso il silenzio, con una minore spesa - trattandosi, anzi, di uno strumento gratuito - e in tempi certamente più rapidi.

Secondo la disposizione novellata, il primo onere gravante sull'amministrazione, e in particolare sull'organo di governo, è quello di individuare il soggetto responsabile della sostituzione nell'ambito delle figure apicali. Per evitare che il compito non sia assolto, peraltro, il comma 2 *bis* dispone che, in assenza di apposita indicazione, il potere sostitutivo è attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o comunque al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione¹⁸⁵. È al responsabile così individuato che deve essere, dunque, indirizzata la richiesta (per cui si ritiene che la comunicazione di avvio debba oggi contenere anche l'indicazione del responsabile della sostituzione¹⁸⁶), al quale spetta il compito di sostituirsi all'organo inadempiente, adottando la decisione finale, con i medesimi poteri del soggetto originariamente competente.

¹⁸⁵ La disposizione limita, dunque, la scelta del responsabile della sostituzione. Questi sembra poter essere nominato, infatti, soltanto tra coloro che svolgano funzioni amministrative. In questo senso, S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal D.L. semplificazione n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, cit., per il quale la norma nega ogni competenza sostitutiva agli organi di indirizzo politico-amministrativo, confermando, così, la necessità di assicurare la separazione tra politica e amministrazione. Condivisibili appaiono anche le conclusioni cui perviene A. LAZZARO, *Brevi note sulle recenti modifiche dell'art. 2 l. 241/90*, in *www.giustamm.it*, 2013, per la quale le nuove norme, al fine di assicurare maggiore protezione del cittadino che si rapporta con l'amministrazione, soprattutto nel senso di garantirgli il rispetto dei tempi previsti, rafforzano il principio di responsabilità di funzionari e dirigenti preposti a quell'attività.

¹⁸⁶ A tal proposito, si veda ancora S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal D.L. semplificazione n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, cit., secondo cui il privato, estraneo all'organizzazione amministrativa, difficilmente potrebbe conoscere il soggetto responsabile della sostituzione. Sarebbe stata, perciò, opportuna la contestuale modifica dell'art. 8, comma 1, L. 241/1990, in materia di comunicazione di avvio del procedimento, così da imporre l'indicazione del dirigente investito dei poteri sostitutivi. Tuttavia, pure in assenza di una disposizione normativa in tal senso, nulla vieta che le amministrazioni possano autonomamente integrare il contenuto della comunicazione.

Inoltre, l'art. 1 D.L. 5/2012, al fine di disincentivare ulteriormente l'inerzia della P.A., fornire uno strumento ulteriore di tutela per il privati e responsabilizzare l'attività amministrativa, ha previsto che:

- i. le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso avverso il silenzio inadempiuto vanno trasmesse, per via telematica, alla Corte dei Conti, onde consentire l'esercizio dell'azione di responsabilità per danno erariale;
- ii. la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce, oltre che elemento di valutazione della c.d. performance individuale (rilevante nel Pubblico impiego, dopo il D. Lgs. 150/2009, ai fini della c.d. retribuzione di risultato), fonte di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente o del funzionario inadempiente;
- iii. entro il 30 gennaio di ogni anno, i procedimenti, suddivisi per tipologia e strutture amministrative competenti, nei quali non è stato rispettato il termine di conclusione, devono essere comunicati all'organo di governo della relativa amministrazione;
- iv. nei provvedimenti su istanza di parte rilasciati in ritardo deve essere espressamente indicato il termine previsto dalla legge o dai regolamenti di cui all'art. 2 e quello effettivamente impiegato dall'amministrazione, onde consentire l'esercizio dell'azione risarcitoria per danno da ritardo.

La soluzione auspicabilmente positiva alla loro applicabilità anche al procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica deve necessariamente prendere le mosse proprio dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa¹⁸⁷ che col tempo si è formata e che riconosce, unanimemente, l'attenzione posta dal legislatore nazionale al raggiungimento degli obiettivi fissati in sede europea, anche attraverso una configurazione del procedimento tale da facilitare il privato nella rimozione di quel vincolo posto dalla legge

¹⁸⁷ V. *supra* al § 6.1.3

all'ottenimento di un bene della vita garantito e, nel contesto di un approccio liberale, direttamente tutelato dall'art. 41, comma 1, Cost.

Pertanto, proprio l'opzione liberale nel settore della produzione dell'energia elettrica, dovrebbe rendere palese la riconduzione anche delle nuove disposizioni introdotte dal D.L. 5/2012 tra i "*livelli essenziali delle prestazioni*" di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., suscettibili, ai sensi dell'art. 26, comma 4 *quater*, L. 241/1990, di spiegare il loro valore imperativo anche presso le Regioni e gli enti locali.

6.1.13. *La Conferenza di servizi. Natura e funzione dell'istituto.*

Secondo quanto dispone l'art. 12, commi 3 e 4, D. Lgs. 387/2003, il procedimento unico volto all'emanazione dell'autorizzazione unica per la realizzazione e l'esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica derivante da fonti non convenzionali è tale in quanto viene avviato e portato a compimento all'interno di una Conferenza di servizi; si tratta di un modello procedimentale scelto dal legislatore con il duplice scopo di coniugare non solo l'esigenza di semplificazione amministrativa, ma anche di consentire all'amministrazione titolare della potestà di emanazione del titolo abilitativo l'acquisizione contestuale del materiale istruttorio fornito dalle numerose amministrazioni comunque coinvolte nel procedimento in quanto titolari di interessi pubblici rilevanti.

In materia energetica si ha, infatti, una percezione diretta del fatto che l'ordinamento riconosce e tutela una pluralità di interessi pubblici (il paesaggio, il patrimonio culturale, l'ambiente, l'ordinato sviluppo del territorio, la sicurezza e l'ordine pubblico, etc.), che devono necessariamente trovare una composizione, in quanto, talora, profondamente confliggenti tra di loro; infatti tali interessi non sono classificati secondo un preciso ordine gerarchico o di prevalenza, così come non si rinviene una gerarchia dei soggetti preposti alla

loro tutela, né a livello orizzontale (ossia tra i diversi Ministeri ed Enti pubblici statali), né a livello verticale (ossia tra i diversi livelli di enti territoriali). Gli interessi che emergono con particolare rilevanza in ambito energetico, risultano, infatti, collocati in una posizione di tendenziale equiordinazione e, quindi, la ponderazione comparativa, il contemperamento e la composizione degli interessi stessi si realizza, di norma, attraverso meccanismi procedurali orizzontali e consensuali; ciò comporta, auspicabilmente, che i medesimi avvengano, sempre di meno attraverso meccanismi autoritativi e gerarchici.

Tra questi meccanismi moderni, di contemperamento e composizione, particolare rilievo assumono i diversi tipi di conferenze di servizi previsti e disciplinati dall'art. 14 L. 241/1990, dalle leggi di settore e dalla legislazione regionale.

Come evidenziato dalla dottrina¹⁸⁸, la conferenza di servizi risponde, da un lato, all'esigenza di *"porre rimedio all'alto tasso di dispersione delle funzioni amministrative, che appare in qualche modo connaturato al sistema italiano"*; dall'altro, all'esigenza di individuare *"moduli procedurali più efficienti"*, destinati ad operare in un contesto, in cui *"l'interesse pubblico - inteso tecnicamente come 'causa' dell'atto (e del potere) amministrativo - non è più rigidamente predeterminato e imposto, ma costituisce in concreto la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare, in posizione tendenzialmente paritaria, sempre più soggetti, compartecipi di*

¹⁸⁸ Sulla conferenza di servizi la dottrina è copiosa; si segnala, I. IMPASTATO, *La conferenza di servizi*, Torino, 2008; S. CIVITARESE MATTEUCCI, voce *Conferenza di servizi (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 2, Milano, 2007; F. BASSANINI e L. CARBONE, *La conferenza di servizi. Il modello e i principi*, in *La nuova disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006; A. TRAVI, *La legge 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, 2005; G. SORCELLI, *Conferenza di servizi*, voce in *Digesto disc. pubbl.*, II aggiornamento, Torino, 2005; D. DORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002; F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999; E. CASSETTA, *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. amm.*, 1998; G. COMPORI, *Conferenze di servizi e ordinamento delle autonomie*, in *Dir. amm.*, 1998; G. CONTI, *La conferenza di servizi dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 127 del 1997*, in *Dir. economia*, 1997.

un'opera di armonizzazione e temperamento fra i diversi interessi pubblici alla tutela dei quali ciascuno di essi è preposto".

A fronte di questa duplice esigenza, la conferenza di servizi non si configura come un mero strumento di semplificazione dell'azione amministrativa (di qui l'inserimento della disciplina delle conferenze di servizi nel Capo IV della L. 241/1990, dedicato alla *Semplificazione dell'azione amministrativa*), ma anche e soprattutto come la sede ideale per la *valutazione contestuale* degli interessi pubblici.

La conferenza di servizi può, quindi, essere definita come il luogo istituzionale per il razionale coordinamento degli interessi pubblici.

Da questo punto di vista, la conferenza di servizi, da un lato, si presenta come un modulo generale di semplificazione dell'azione amministrativa, trattandosi di un procedimento in cui tutti gli interessi pubblici rilevanti possono essere sincronicamente rappresentati (profilo della semplificazione procedimentale) e, dall'altro, come uno strumento di coordinamento dell'azione amministrativa, trattandosi di un procedimento finalizzato alla composizione dei vari interessi pubblici coinvolti dall'esercizio della funzione e all'individuazione dell'interesse pubblico primario o prevalente (profilo del coordinamento degli interessi).

Significative al riguardo appaiono le affermazioni della Corte Costituzionale, secondo la quale la conferenza di servizi "*risponde non solo all'esigenza di accelerare i tempi del procedimento, rendendo contestuali le determinazioni spettanti a ciascuna amministrazione, ma anche alla possibilità di consentire dialogo e reciproca interlocuzione, quale strumento idoneo a sviluppare e rendere effettiva la cooperazione in vista di obiettivi comuni*", venendo così, ad "*assumere la peculiarità di un metodo che caratterizza il procedimento di raccolta, di valutazione e di espressione dei diversi interessi, anche quando non modifica le competenze in ordine ai singoli atti del*

procedimento (quali pareri, autorizzazioni, concessioni, nullaosta) ed al provvedimento finale"¹⁸⁹.

La L. 241/1990 prevede tre diverse varianti dell'istituto:

A) la conferenza di servizi c.d. istruttoria (art. 14, commi 1 e 3), nella quale vi è una sola amministrazione competente a decidere in relazione agli interessi pubblici coinvolti in uno solo (comma 1) o in più procedimenti (comma 3), sicché mediante la conferenza vengono acquisiti i fatti rilevanti e la posizione delle altre amministrazioni portatrici di interessi coinvolti dall'esercizio del potere amministrativo; tuttavia la competenza a decidere permane in capo all'amministrazione che ha indetto la conferenza sulla base del materiale istruttorio così acquisito (c.d. decisione monostrutturata);

B) la conferenza di servizi c.d. decisoria (art. 14, comma 2), che serve ad assumere decisioni concordate tra più amministrazioni, in sostituzione dei previsti pareri, concerti, intese, nulla osta o atti di assenso comunque denominati (c.d. decisione pluristrutturata);

¹⁸⁹ Corte Cost. 19 marzo 1996, n. 79. Tali concetti sono stati, peraltro, riaffermati da Corte Cost. 2.7.2012, n. 179, la quale - oltre a ribadire che la conferenza di servizi costituisce "un modulo procedimentale-organizzativo suscettibile di produrre un'accelerazione dei tempi procedurali e, nel contempo, un esame congiunto degli interessi pubblici coinvolti" - precisa che la conferenza "consente l'assunzione concordata di determinazioni sostitutive, a tutti gli effetti, di concerti, intese, assensi, pareri, nulla osta, richiesti da un procedimento pluristrutturato specificatamente conformato dalla legge, senza che ciò comporti alcuna modificazione o sottrazione delle competenze, posto che ciascun rappresentante, partecipante alla conferenza, imputa gli effetti giuridici degli atti che compie all'amministrazione rappresentata, competente in forza della normativa di settore"; e già prima, negli stessi termini, Cons. Stato, V Sez., 8 maggio 2007, n. 2107. Si riconosce che l'istituto, "introdotto dalla legge non tanto per eliminare uno o più atti del procedimento, quanto per rendere contestuale quell'esame da parte di amministrazioni diverse che, nella procedura ordinaria, sarebbe destinato a svolgersi secondo una sequenza temporale scomposta in fasi distinte, è orientato alla realizzazione del principio di buon andamento ex art. 97 Cost.", in quanto "assume, nell'intento della semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa, la funzione di coordinamento e mediazione degli interessi in gioco al fine di individuare, mediante il contestuale confronto degli interessi dei soggetti che li rappresentano, l'interesse pubblico primario e prevalente". Esso, quindi, "realizza (...) un giusto contemperamento fra la necessità della concentrazione delle funzioni in un'istanza unitaria e le esigenze connesse alla distribuzione delle competenze fra gli enti che paritariamente vi partecipano con propri rappresentanti, senza che ciò implichi attenuazione delle rispettive attribuzioni".

C) la conferenza di servizi c.d. preliminare (art. 14 *bis*), convocata, per esaminare *progetti* di particolare complessità - ivi compresi i progetti di opere pubbliche o di pubblica utilità - o progetti di insediamenti produttivi di beni e servizi, "*su motivata richiesta dell'interessato, documentata, in assenza di un progetto preliminare, da uno studio di fattibilità, prima della presentazione di una istanza o di un progetto definitivo, al fine di verificare quali siano le condizioni per ottenere, alla loro presentazione, i necessari atti di consenso*".

Poste tali premesse, particolare rilievo assume - specie per la conferenza decisoria - la questione relativa alla natura giuridica dell'istituto, dibattuta con riferimento alla sua configurazione nella parte generale del diritto amministrativo, ma particolarmente calzante per il diritto energetico.

A fronte di un orientamento¹⁹⁰, oramai minoritario, secondo il quale si tratterebbe di un organo collegiale di carattere straordinario, costituente un autonomo centro di imputazione di interessi rispetto alla diverse amministrazioni che vi prendono parte, l'orientamento oggi prevalente, specie a seguito delle modifiche apportate dalla L. 15/2005 (che, andando in controtendenza rispetto alle modifiche introdotte dalla L. 340/2000, ha introdotto la regola delle c.d. posizioni prevalenti, in luogo del principio maggioritario), ritiene che la conferenza costituisca un mero strumento di raccordo tra organi di distinte amministrazioni - e non tra i diversi organi della medesima amministrazione - privo di una propria autonoma individualità¹⁹¹.

¹⁹⁰ In giurisprudenza si segnala TAR Liguria, I Sez., 28.9.2002, n. 984, in *Foro amm.*, 2002, con nota di LOMBARDI. In dottrina, invece, la tesi è stata in tempi relativamente risalenti sostenuta da P.M. PIACENTINI, *La conferenza di servizi: considerazioni generali*, in *Riv. trim. app.*, 1989; C. CATURANI, *La conferenza di servizi: profili costituzionali*, in *Riv. trim. app.*, 1989; G. CUGURRA, *La concentrazione dei procedimenti*, in *Atti del convegno su "Procedimenti ed accordi nell'amministrazione locale"*, Milano, 1997.

¹⁹¹ Per una esposizione dei termini del dibattito, F. MARTINELLI - M. SANTINI, *Sportello unico e conferenza di servizi "derogatoria" al vaglio del giudice costituzionale*, in *Urb. e app.*, 2002; La tesi, secondo cui la conferenza funge non da organo collegiale, ma da modulo organizzatorio e procedimentale, ha trovato l'avallo di Corte Cost., 8.2.1993, n. 62 e Corte Cost., 10.3.1996, n. 79. La questione è stata chiarita anche dalla giurisprudenza amministrativa già a partire da Cons. Stato, IV Sez., 9.7.1999, n. 1193, concludendo che la conferenza di servizi è

Il problema della natura giuridica rileva innanzi tutto ai fini processuali.

Infatti, secondo la tesi prevalente - posto che l'istituto si limita a facilitare il coordinamento tra le singole amministrazioni, che sono gli unici centri di imputazione di interessi - nulla è mutato dal punto di vista delle competenze e, quindi, l'atto conclusivo della conferenza di servizi risulta imputato, nel caso della conferenza istruttoria, soltanto all'amministrazione che adotta il provvedimento finale, ovvero, nel caso della conferenza decisoria, a tutte amministrazioni che attraverso la conferenza esprimono la propria volontà provvedimentale.

Pertanto, la legittimazione passiva in sede processuale compete solo all'amministrazione o alle amministrazioni che abbiano adottato le statuizioni rilevanti all'esterno¹⁹², e non alla conferenza di servizi in sè.

Inoltre, come si avrà modo di evidenziare, la posizione che si assume in ordine alla natura giuridica dell'istituto condiziona la possibilità di riconoscere o meno il potere delle singole amministrazioni di agire in autotutela nei confronti delle posizioni assunte in seno alla conferenza¹⁹³.

6.1.14. (segue) *La qualificazione in termini di conferenza di servizi decisoria operata dall'art. 15, comma 1, D.M. 10 settembre 2010.*

La conferenza di servizi prevista dall'art. 12, commi 3 e 4, D. Lgs. 387/2003, dopo il dibattito giurisprudenziale relativo alla sua riconduzione ad uno dei tre modelli disciplinati dall'art. 14 L. 241/1990, è stata qualificata, in sede di promulgazione delle c.d. Linee Guida, come conferenza di servizi

solo un modulo procedimentale e non costituisce anche un ufficio speciale della pubblica amministrazione autonomo rispetto ai soggetti che vi partecipano. L'assenza di una legittimazione processuale passiva impone, peraltro, secondo la pronuncia, che “*ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio le notifiche del ricorso vengano effettuate nei confronti di quei soggetti che, in seno alla conferenza, hanno manifestato la propria volontà*”.

¹⁹² Cons. Stato, V Sez., 2.5.2012, n. 2488.

¹⁹³ Sulle modalità di esercizio della potestà in autotutela, v. *infra* al § 6.1.22.

decisoria, dall'art. 15, comma 1, D.M. 10 settembre 2010, dal momento che l'autorizzazione unica deve essere conforme al contenuto della determinazione motivata di conclusione della conferenza.

Da questa qualificazione operata *ex lege* non vi è motivo di discostarsi, posto che, proprio nelle intenzioni del legislatore, il modello procedimentale della conferenza è finalizzato non solo all'acquisizione istruttoria del materiale proveniente dalle diverse amministrazioni coinvolte nell'emanazione dell'autorizzazione unica, ma anche alla loro confluenza in un titolo abilitativo unico che somma e sintetizza i numerosi provvedimenti amministrativi altrimenti necessari per la realizzazione e l'esercizio di un impianto per la produzione di energia elettrica.

La conferenza di servizi decisoria - disciplinata dall'art. 14, commi 2 e 4, della L. 241/1990, nonché dai successivi articoli 14 *ter* e 14 *quater* - è prevista, infatti, per i casi in cui l'amministrazione precedente debba acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati (l'elencazione è meramente esemplificativa) da parte di altre amministrazioni e si conclude con l'adozione di una decisione pluristrutturata, nel senso che la determinazione assunta all'esito della conferenza tiene luogo dei predetti atti di assenso¹⁹⁴.

Posto, pertanto, come pacifico, il dato della qualificazione della conferenza di servizi prevista nella normativa in materia di titoli legittimanti l'attività di produzione di energia elettrica derivante da fonti rinnovabili, risulta più interessante analizzare, da un lato, le implicazioni giuridiche, soprattutto con riferimento all'applicazione degli artt. 14 *ter* e 14 *quater* L. 241/1990, e, dall'altro, alcune conseguenze direttamente tratte dalla giurisprudenza,

¹⁹⁴ Si veda anche l'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, L. 241/1990, nella parte in cui dispone che la determinazione motivata di conclusione del procedimento "*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*".

soprattutto con riferimento ai profili di invalidità del provvedimento di autorizzazione unica per violazione delle norme sulla conferenza di servizi.

6.1.15. (segue) *Il carattere parzialmente sui generis della conferenza di servizi decisoria disciplinata dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003 e dall'art. 14, D.M. 10 settembre 2010 non implica sostanziali deviazioni dal modello tradizionale.*

Dal tenore letterale dell'art. 14, comma 2, L. 241/1990 secondo il quale *"la conferenza di servizi è sempre indetta quando l'amministrazione procedente deve acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche e non li ottenga, entro trenta giorni dalla ricezione, da parte dell'amministrazione competente, della relativa richiesta"*, si desume chiaramente che - a differenza di quanto previsto per la conferenza istruttoria - l'indizione della conferenza decisoria è obbligatoria¹⁹⁵ e che l'obbligo sorge qualora l'amministrazione procedente non ottenga i prescritti atti di assenso entro il ristretto termine di trenta giorni.

Risulta, quindi, evidente che, secondo la disciplina di parte generale, l'amministrazione procedente, laddove non riceva alcuna risposta dall'amministrazione o dalle amministrazioni interpellate, è senz'altro tenuta ad indire la conferenza di servizi.

Da questo punto di vista, la conferenza di servizi decisoria disciplinata dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003 e dall'art. 14 D.M. 10 settembre 2010 assume carattere peculiare in quanto, ferma l'obbligatorietà della sua indizione, ai sensi del comma 6, è previsto che l'amministrazione procedente comunque proceda alla convocazione, a prescindere dalla previa richiesta dell'atto di assenso all'amministrazione coinvolta e al superamento del termine di 30 giorni dalla ricezione della richiesta.

¹⁹⁵ Consiglio Stato, VI Sez., 20.7.2004, n. 5249.

Pertanto, in un contesto di più marcata accelerazione procedimentale, l'unico onere che spetta alla Regione (ovvero alla Provincia delegata), è la verifica della completezza formale della documentazione allegata all'istanza, da compiersi entro i 15 giorni successivi alla presentazione della medesima (art. 14, comma 4, D.M. 10 settembre 2010); espletata questa attività preliminare sulla completezza formale dell'istanza, l'amministrazione procedente dovrà, senz'altro, procedere all'indizione della conferenza di servizi, comunque rispettando il termine di 30 giorni decorrenti dalla presentazione della medesima.

Peraltro ci si chiede se la disciplina di parte generale dettata dall'art. 14, comma 2, L. 241/1990 possa trovare, comunque, applicazione anche alla conferenza di servizi disciplinata dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003 e dall'art. 14 D.M. 10 settembre 2010, soprattutto nelle ipotesi in cui la disposizione di parte generale prevede le fattispecie della c.d. conferenza di servizi decisoria facoltativa.

In primo luogo, infatti, nel caso in cui l'amministrazione procedente entro il suddetto termine di trenta giorni abbia notizia del dissenso espresso da una delle amministrazioni interpellate, la Regione (ovvero la Provincia delegata) potrebbe condividere le ragioni poste a fondamento del dissenso e, quindi, su potrebbe pensare che non vi sia motivo per convocare una conferenza.

Di converso l'amministrazione procedente, laddove non condivida le ragioni poste a fondamento del dissenso, potrebbe decidere di convocare una conferenza proprio al fine di superare tale dissenso (mediante i meccanismi previsti dall'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, e dall'art. 14 *quater*) e ciò spiega perché il secondo periodo del medesimo art. 14, comma 2, preveda che *"la conferenza può essere altresì indetta quando nello stesso termine è intervenuto il dissenso di una o più amministrazioni interpellate"*¹⁹⁶.

¹⁹⁶ TAR Lombardia, Milano, III Sez. , 5.10.2011, n. 2372, ove è stato posto in rilievo che, nella fattispecie disciplinata dall'art. 14, comma 2, L. 241/1990, nella parte in cui dispone che la

Un'ulteriore ipotesi in cui l'indizione della conferenza decisoria non è obbligatoria è stata introdotta dall'art. 49 D.L. 78/2010 nel secondo periodo dell'art. 14, comma 2, il quale dispone che la conferenza può (e, quindi, non deve) essere indetta *“nei casi in cui è consentito all'amministrazione procedente di provvedere direttamente in assenza delle determinazioni delle amministrazioni competenti”*. In questo modo viene chiarito che l'assenza delle risposte delle amministrazioni interpellate non obbliga l'amministrazione procedente ad indire la conferenza decisoria laddove esistano espresse previsioni normative che consentano di prescindere.

Pertanto, se si opta per un'interpretazione rigida dell'obbligatorietà della conferenza di servizi decisoria disciplinata dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003 e dall'art. 14 D.M. 10 settembre 2010, allora anche le menzionate ipotesi teoriche di indizione facoltativa comunque dovrebbero ritenersi obbligatorie; altrimenti, nel caso in cui si prediliga una lettura delle disposizioni più integrata con quelle di parte generale, allora, anche per l'emanazione dell'autorizzazione unica, potrebbero residuare ipotesi di indizione meramente facoltativa.

In ogni caso preme rimarcare che, nonostante una parziale deviazione dal modello generale di conferenza decisoria, quella disciplinata dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003 e dall'art. 14 D.M. 10 settembre 2010 non incontra altri scostamenti di tipo sostanziale.

Vale, infatti, il principio per cui, pur essendo la conferenza decisoria finalizzata all'assunzione di una decisione concordata tra più amministrazioni, la ponderazione comparativa degli interessi acquisiti in senso alla conferenza stessa spetta, di norma, all'amministrazione procedente, perché la decisione finale non è subordinata al raggiungimento del consenso unanime di tutti i soggetti che partecipano alla conferenza.

conferenza può essere altresì indetta quando (...) è intervenuto il dissenso di una o più amministrazioni interpellate, *"non sussiste un vero e proprio obbligo di indire la conferenza di servizi per l'amministrazione competente, alla quale è anzi riservata un'ampia valutazione che impinge al merito amministrativo, per questa ragione non sindacabile dall'autorità giudiziaria"*.

Troverà, pertanto, piena applicazione l'art. 14 *ter*, il quale affida all'amministrazione procedente non solo il compito di individuare i soggetti da invitare alla conferenza (comma 2), ma anche quello di adottare la determinazione finale, tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in seno alla conferenza (comma 6 *bis*).

Inoltre, qualora in seno alla conferenza abbia espresso il proprio dissenso una delle amministrazioni alle quali è affidata la cura dei c.d. interessi sensibili (ambiente, paesaggio, patrimonio storico-artistico, salute e pubblica incolumità), ovvero una Regione o una Provincia autonoma in una delle materie di propria competenza, l'amministrazione procedente per superare tale "*dissenso qualificato*" è tenuta ad attivare gli appositi meccanismi decisionali previsti dall'art. 14 *quater*, comma 3.

Preme, a questo punto, precisare che, mentre nel caso della conferenza istruttoria l'amministrazione procedente, sulla base dei verbali delle riunioni della conferenza, dai quali risultano le posizioni manifestate dalle amministrazioni che vi hanno preso parte, è tenuta ad effettuare una ponderazione comparativa degli interessi non dissimile da quella che svolgerebbe sulla base dei pareri acquisiti senza ricorrere ad alcun meccanismo di semplificazione procedimentale - ben più complesso risulta il processo decisionale nel caso della conferenza decisoria.

Occorre, dunque, individuare quali siano i soggetti - pubblici e privati - che devono o possono prendere parte alla conferenza e a quale titolo, nonché analizzare i rapporti tra la conferenza di servizi, la VIA e la VAS. Occorre poi distinguere i casi in cui le altre amministrazioni interessate non abbiano espresso alcuna posizione da quelli in cui abbiano manifestato, nelle forme richieste dalla legge, un formale dissenso. Da ultimo, occorre distinguere, in caso di dissenso, a seconda che si tratti o meno di un dissenso qualificato.

6.1.16 (segue) *L'individuazione delle amministrazioni chiamate a partecipare alla conferenza di servizi.*

Posto che, in forza dell'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, "*la determinazione motivata di conclusione del procedimento 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*", l'amministrazione procedente è tenuta convocare tutte le amministrazioni alle quali compete l'adozione dei predetti atti di assenso.

La giurisprudenza si è soffermata su questo aspetto confermando, ad esempio, la confluenza nell'autorizzazione unica anche dell'autorizzazione paesaggistica, provvedimento di competenza della Regione, previo parere obbligatorio della Soprintendenza funzionalmente e territorialmente competente; è stato, infatti, precisato che "*la disciplina ex art. 12 del D. Lgs. 387/2003 (...) presenta carattere speciale anche per ciò che riguarda il nulla osta paesaggistico, rispetto a quella ordinaria prevista dagli artt. 159 e 146 del D. Lgs. 42/2004, di guisa che il modello procedimentale e provvedimentale legittimante l'installazione di impianti è esclusivamente quello dell'autorizzazione unica regionale, nel rispetto della normativa in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico*"¹⁹⁷.

Particolarmente importante risulta, pertanto, l'individuazione delle amministrazioni da convocare in conferenza.

Tale individuazione dovrà necessariamente tenere conto delle circostanze del caso concreto, dal momento che non esistono criteri generali ed astratti per l'esatta individuazione delle amministrazioni coinvolte.

¹⁹⁷ Cons. Stato, VI Sez., 27.11.2012, n. 5994.

Se si pensa, infatti, che l'autorizzazione unica è in grado di sostituire almeno una ventina di atti di assenso (si va dall'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 Codice dei Beni culturali e del Paesaggio al permesso di costruire di cui all'art. 10 T.U. Edilizia, dall'autorizzazione integrata ambientale di cui agli artt. 29 *bis* ss. Codice dell'Ambiente al nulla osta sismico di cui all'art. 18 L. 64/1974, fino al nulla osta minerario di cui all'art. 120 T.U. Acque ed Impianti elettrici)¹⁹⁸, ben si comprende come l'amministrazione procedente debba attentamente vagliare il progetto allegato all'istanza del privato, per individuare le amministrazioni potenzialmente coinvolte nell'emanazione conclusiva del titolo abilitativo richiesto.

La Regione (ovvero la Provincia delegata), pertanto, prima di convocare la conferenza di servizi, dovrà preliminarmente procedere, in quei 30 giorni stabiliti dall'art. 14 D.M. 10 settembre 2010 dalla presentazione dell'istanza, ad una ricognizione completa non solo degli atti di assenso richiesti dalle specificità del caso concreto ma anche delle amministrazioni competenti ad emanarli, individuando, altresì, l'organo cui è attribuita la potestà provvedimentale all'interno della medesima amministrazione interessata¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Per l'elenco completo di tutti i possibili atti di assenso suscettibili di confluire nell'autorizzazione unica, v. *supra* al § 6.1.1.

¹⁹⁹ Ad esempio, per ottenere l'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 D. Lgs. 42/2004 sarà necessario coinvolgere nel procedimento unico, in seno alla conferenza di servizi decisoria, il Soprintendente funzionalmente e territorialmente competente a rendere il parere obbligatorio ove l'area individuata per la realizzazione dell'impianto sia vincolata, vuoi *ex lege* (art. 142 D. Lgs. 42/2004), vuoi a seguito della c.d. dichiarazione di notevole interesse pubblico (art. 139 D. Lgs. 42/2004). Tuttavia, si possono individuare, sul piano funzionale, almeno quattro tipi di soprintendenze: le soprintendenze per i beni archeologici; le soprintendenze per i beni architettonici e paesaggistici; le soprintendenze per i beni storici, artistici ed etnoantropologici e le soprintendenze archivistiche. Peraltro, la tipologia e l'oggetto di interesse di questi organismi può variare notevolmente. Dal punto di vista della competenza territoriale, poi, va rilevato che generalmente le soprintendenze si occupano della tutela dei beni culturali di uno specifico territorio, spesso, ma non sempre, su base regionale. Alcune soprintendenze, infine, uniscono le funzioni di due o più settori d'interesse relative ad un territorio. Altre, come quella speciale del polo museale di Firenze, che si occupa di vari musei quali quello degli Uffizi e quello di Palazzo Pitti, sono indirizzate alla tutela di un particolare e specifico oggetto. Pertanto, immaginando che l'impianto per la produzione di energia elettrica di cui viene richiesta l'autorizzazione unica ricada in un'area su cui insista un vincolo paesaggistico, in

Al tema della rappresentanza, in seno alla conferenza, delle amministrazioni convocate dall'amministrazione procedente è dedicato l'art. 14 *ter*, comma 6, secondo il quale "*ogni amministrazione convocata partecipa alla conferenza di servizi attraverso un unico rappresentante legittimato, dall'organo competente, ad esprimere in modo vincolante la volontà dell'amministrazione su tutte le decisioni di competenza della stessa*".

In sostanza, si richiede che il rappresentante sia dotato preventivamente del potere di vincolare l'ente, potere che presuppone un'investitura *ad hoc* dell'organo competente (ove non coincidente) in relazione allo specifico ordine del giorno della conferenza.

La delega è necessaria, in particolare, nel caso degli organi collegiali rappresentati in seno alla conferenza; il tal caso, l'organo collegiale deve deliberare il conferimento della delega, fornendo al delegato l'indirizzo da esprimere in seno alla conferenza.

Quanto alla previsione relativa all'unicità del rappresentante legittimato ad esprimere la volontà dell'amministrazione, la giurisprudenza²⁰⁰ ha precisato che "*la Regione deve essere considerata come una unica amministrazione, non riscontrandosi una soggettività giuridica distinta per ciascuna delle sue strutture organizzative; la sua posizione nella conferenza deve essere perciò espressa da un unico rappresentante, quale risultato di sintesi della preliminare ponderazione interna dei vari profili di interesse coinvolti; tutto ciò essendo coerente con le finalità di semplificazione e concentrazione dei procedimenti amministrativi perseguite con lo strumento della conferenza di servizi, eluse se la rappresentanza di ciascuna amministrazione è frammentata con il rischio, da un lato, che la sua manifestazione di volontà non sia univocamente individuabile e, dall'altro, che sia alterata l'espressione*

conferenza andrà convocato il rappresentante della Soprintendenza ai beni architettonici e paesaggistici competente in quell'ambito regionale.

²⁰⁰ Cons. Stato, VI Sez., 15.7.2010, n. 4575.

dell'indirizzo maggioritario nell'ambito della conferenza a causa della pluralità di voti espressi anome di una stessa amministrazione".

La giurisprudenza amministrativa, onde evitare un congestionamento dell'attività da espletare in conferenza, ha avuto modo di precisare che *"la partecipazione alla conferenza di servizi deve intendersi riservata alle sole autorità amministrative direttamente interessate al provvedimento da emanare, che sono, in definitiva, destinatarie immediate e beneficiarie delle garanzie partecipative previste per i lavori della medesima"*²⁰¹.

Conseguentemente, la giurisprudenza reputa illegittima la disposizione regolamentare che stabilisce la partecipazione di amministrazioni non direttamente titolari di competenze in relazione all'intervento su cui l'amministrazione procedente è chiamata a deliberare²⁰².

L'art. 14 *ter* non affronta, invece, il tema dell'individuazione dell'organo - politico o amministrativo - legittimato a partecipare alla conferenza di servizi.

Peraltro si è già evidenziato che, secondo la tesi prevalente, l'istituto della conferenza di servizi non comporta alcun mutamento del vigente assetto normativo delle competenze, non solo di quelle esterne, ossia attribuite a ciascuna amministrazione, ma anche di quelle interne, relative cioè alla distribuzione dei diversi poteri tra i diversi organi di ciascuna amministrazione²⁰³.

²⁰¹ Cons. Stato, V Sez., 25.7.2011, n. 4454.

²⁰² TAR Sicilia, Palermo, II Sez., 9.2.2010, n. 1775, nella specie si trattava della Soprintendenza ai beni architettonici e paesaggistici invitata per l'assenso alla realizzazione di un impianto ricadente in un'area non sottoposta al vincolo paesaggistico.

²⁰³ Si veda al riguardo Cons. Stato, V Sez., 9.12.2003, n. 8080, ove è stato affermato che la legittimazione richiesta dall'art. 14, comma 6, non coincide, puramente e semplicemente con la rappresentanza legale dell'amministrazione; trattandosi piuttosto di una *"legittimazione connotata dal fatto di essere stata conferita, con apposito atto di delega, dall'organo competente, la quale si risolve, quindi, nell'attribuzione del potere di esprimere in modo vincolante la volontà dell'amministrazione in conformità ai limiti ed al contenuto della competenza relativa all'oggetto del procedimento e, dunque, in una vera e propria delegazione di funzione"*.

Pertanto, se titolare di una certa funzione è l'organo dirigenziale, unico legittimato a partecipare con pieni poteri alla conferenza è lo stesso dirigente (senza che occorra una delega). Se invece si tratta di poteri riservati alla sfera di indirizzo politico rientrante nella competenza di un organo collegiale (si pensi, ad esempio, agli atti di pianificazione e programmazione), competente a partecipare non può che essere un rappresentante dell'organo collegiale stesso. Infine se si tratta di poteri riservati alla sfera di indirizzo politico di un organo monocratico (come, ad esempio, il Sindaco di un comune), il titolare dell'organo è legittimato a partecipare in prima persona ovvero a delegare un suo rappresentante.

6.1.17. (segue) *I profili di invalidità dell'autorizzazione unica per vizi attinenti alla regolare convocazione della conferenza di servizi e alla partecipazione delle amministrazioni portatrici di interessi sensibili.*

Particolarmente innovativa, e per certi versi discutibile, è risultata la giurisprudenza amministrativa, allorché, a partire da Cons. Stato, VI Sez., 23.5.2012, n. 3039, ha qualificato in termini di radicale nullità l'autorizzazione unica emanata dalla Regione (ovvero dalla Provincia delegata) in caso di mancata convocazione della conferenza di servizi ovvero prima che i lavori della medesima fossero portati a compimento; sempre in termini di nullità, la medesima giurisprudenza qualifica l'invalidità del provvedimento emesso in assenza della convocazione in conferenza anche di una sola delle amministrazioni interessate (che, viceversa, sarebbe dovuta intervenire) ovvero per violazione delle norme procedurali in esito alla manifestazione di un dissenso legittimamente formatosi e proveniente da un'amministrazione portatrice di un interesse sensibile (c.d. dissenso qualificato).

Nonostante le quattro ipotesi individuate siano fra loro diverse, la decisione menzionata ha ritenuto di accomunarle ritenendo che la nullità, ai

sensi dell'art. 21 *septies* L. 241/1990, sia la patologia più calzante, dal momento che, casi di nullità alla mano, in queste fattispecie sarebbero cumulabili tanto il difetto assoluto di attribuzione, quanto il difetto di elementi essenziali del provvedimento eventualmente emanato.

L'argomentazione è condotta principalmente con riferimento all'autorizzazione unica emanata nonostante la manifestazione in conferenza di un dissenso qualificato (vale a dire proveniente da un'amministrazione portatrice di un interesse sensibile di tipo ambientale, storico-culturale, paesaggistico, sanitario, di pubblica incolumità) ma sotteso al ragionamento vi è l'argomento per cui se la nullità vale in tali ipotesi, ove la conferenza di servizi è stata convocata e si è svolta in presenza delle amministrazioni interessate, *a fortiori* dovrebbe valere nel caso in cui addirittura manchi radicalmente l'indizione della conferenza, la medesima non sia stata regolarmente portata a termine ovvero non siano state convocate le amministrazioni interessate, portatrici o meno di un interesse sensibile.

Con riferimento, pertanto, alla manifestazione di un dissenso qualificato, la pronuncia ha ritenuto che "*come evidenziato dalla dottrina, la decisione sul provvedimento abilitante è, in tal caso, devoluta ad un altro e superiore livello di governo e con altre modalità procedurali*"; infatti prosegue la sentenza "*l'effetto di un tale dissenso qualificato espresso a tutela di un interesse sensibile (cioè di particolare eco generale, di incidenza non riparabile o non facilmente riparabile, e per di più riferito ad un valore costituzionalmente primario) è, dunque, di spogliare in toto la conferenza di servizi della capacità di ulteriormente procedere - o meglio di spogliare in termini assoluti l'amministrazione procedente della sua competenza a procedere e sulla base del modulo della conferenza di servizi - e di rendere senz'altro dovuta, ove l'amministrazione procedente intenda perseguire il superamento del dissenso, la sua rimessione degli atti a diversa autorità*".

La manifestazione di un dissenso qualificato provocherebbe, pertanto, la *sostituzione* del modello procedimentale della conferenza di servizi, con ciò facendo cessare definitivamente il titolo dell'amministrazione procedente di portare avanti il procedimento di emanazione dell'autorizzazione unica "*salvo, in conformità al dissenso, rinunciare essa stessa allo sviluppo procedimentale e disporre negativamente sull'iniziativa che gli ha dato origine*".

Per questi motivi, il Consiglio di Stato è fermo nel ritenere che "*nel rispetto della competenza propria dell'amministrazione dissenziente, nessun potere ha l'amministrazione procedente circa il vaglio di quel dissenso qualificato, se non quello formale di presa d'atto e di conseguente propria conformazione*".

Con queste premesse, dunque, si comprende bene la statuizione per cui, ove non venga rispettata la devoluzione all'organo di governo superiore pur in presenza della manifestazione legittima di un dissenso qualificato, il provvedimento eventualmente emanato è radicalmente nullo, in primo luogo per difetto assoluto di attribuzione.

Infatti, "*l'insorgenza del dissenso qualificato pone 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*"; perseverare nel portare avanti il procedimento unico, prescindendo dagli effetti del dissenso qualificato "*rappresenta un esercizio di attività amministrativa ormai senza più alcun titolo di competenza e, dunque, svolta in carenza dell'attribuzione di legge*".

Ma la nullità del provvedimento eventualmente emanato è ravvisabile, per la medesima sentenza, anche per il difetto di elementi essenziali del medesimo, ove "*l'assenza di dissensi qualificati nella previa conferenza di servizi*" è proprio qualificato quale uno degli elementi essenziali (negativi) di cui all'art.

21 septies L. 241/1990, in quanto *"forma di mancanza di un'essenziale volontà amministrativa"*²⁰⁴.

L'orientamento riportato, lungi dall'essere frutto di una pronuncia isolata, è stato, a breve giro, confermato da Cons. Stato, VI Sez., 1.8.2012, n. 4400, ove con riferimento all'ipotesi in cui alla conferenza di servizi non siano state *tout court* convocate le amministrazioni interessate (portatrici di quegli interessi che confluiscono nell'autorizzazione unica, sostituendo i provvedimenti altrimenti necessari) è stato affermato che *"la conferenza di servizi è per legge la sede propria ed esclusiva in cui le amministrazioni interessate devono manifestare l'assenso o il dissenso rispetto al rilascio del titolo abilitativo regionale; l'effettiva partecipazione di tutte le amministrazioni interessate nel rispetto del principio generale di leale collaborazione, è, pertanto, condizione imprescindibile per la legittimità dei lavori della conferenza, e del provvedimento che ne costituisce l'esito"*.

In quel caso, l'insanabilità da parte dell'amministrazione procedente competente (nella specie la Regione Calabria) della conferenza indetta e conclusa da altra amministrazione incompetente (nella specie, la Provincia di Catanzaro) e in assenza di un atto di assenso che doveva esser manifestato in conferenza da un'amministrazione in concreto non convocata (nella specie, la Regione Basilicata), è stata l'occasione per ribadire che *"dal punto di vista dell'attribuzione del potere, alla Regione va riconosciuto il ruolo e la responsabilità di amministrazione competente a condurre i lavori e ad assumere il provvedimento finale, ma la formazione del titolo abilitativo"*

²⁰⁴ In senso assai critico alla sentenza si esprime A. CARBONE, *Autorizzazione unica per la costruzione di impianti eolici e conferenza di servizi: sul valore procedimentale del dissenso qualificato. Nota a Cons. Stato, VI Sez., 23.5.2012, n. 3039*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, n. 3, 2012, secondo cui in tale ipotesi non dovrebbe ricorrere il vizio della nullità, bensì quello dell'annullabilità, richiamando la consolidata differenza tra il vizio di *"carenza di potere in astratto"*, cioè mancanza della norma attributiva del potere, e il vizio di *"carenza di potere in concreto"*, cioè mancanza, nel caso di specie, di un elemento considerato dalla legge quale presupposto necessario per l'esercizio legittimo del potere.

funzionale alla costruzione e all'esercizio degli impianti spetta esclusivamente alla conferenza di servizi".

Pertanto *"poiché due soggetti (Regione e conferenza) non sono sovrapponibili, data la diversità di attribuzioni e di funzioni in seno al procedimento, ne deriva che la Regione non avrebbe potuto comunque porre rimedio ad un vizio che permea l'intero procedimento, che non apparteneva alla sua competenza, ma a quella dell'intera conferenza".*

Si osservi, incidentalmente, che la pronuncia da ultimo richiamata, nonostante i continui riferimenti a Cons. Stato, VI Sez., 23.5.2012, n. 3039, e alla locuzione *"attribuzione del potere"*, in realtà non abbia mai qualificato in termini di nullità l'invalidità nella specie accertata, quasi sospendendo il giudizio circa l'esatta individuazione della patologia ricorrente; tuttavia, proprio l'esplicita adesione alla pronuncia richiamata, dovrebbe far propendere per una sostanziale adesione al *dictum* in quella sede espresso.

In ogni caso, a fugare ogni dubbio, sul consolidamento di tale orientamento è intervenuta da ultimo Cons. Stato, VI Sez., 10.3.2014, n. 1144, la quale espressamente afferma che *"è ravvisabile un'ipotesi di nullità dell'autorizzazione unica regionale (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 prerogative delle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica e ambientale, e cioè nel caso di mancata applicazione del modulo previsto dall'art. 14-quater della legge n. 241 del 1990 per il superamento del motivato dissenso dell'amministrazione preposta alla tutela degli interessi sensibili ivi indicati"*.

Ancora, anche la giurisprudenza dei Tribunali Amministrativi sembra che abbia accolto con favore il principio enunciato da Cons. Stato, VI Sez., 23.5.2012, n. 3039; si segnala, a riguardo, TAR Basilicata, I Sez., 7.6.2014, n. 367 allorché afferma *"dall'accoglimento del ricorso per il dedotto vizio di*

omessa rimessione della questione alla decisione del Consiglio dei Ministri, secondo il meccanismo delineato dall'art. 14 quater della legge n. 241/1990, discenderebbe la nullità della determinazione conclusiva favorevole della conferenza dei servizi. Infatti, l'ordinamento conosce particolari interessi, definiti "sensibili", (...), in relazione ai quali il dissenso "qualificato" espresso dall'amministrazione di riferimento non può essere superato in conferenza di servizi, bensì soltanto secondo l'iter procedimentale di cui all'art. 14 quater l. n. 241/1990". Prosegue la sentenza citando proprio la prima pronuncia del Consiglio di Stato, ricordando che *"la decisione n. 3039/2012, invocata dalle Amministrazioni ricorrenti, ha ritenuto che il dissenso manifestato in conferenza di servizi a tutela di uno degli interessi di cui innanzi è quello di spogliare in toto la conferenza di servizi della capacità di ulteriormente procedere, ovvero quello di spogliare in termini assoluti l'amministrazione procedente della sua competenza a procedere sulla base del modulo della conferenza di servizi".* Pertanto, *"l'unico modo per conseguire il superamento di tale dissenso è appunto quello della rimessione della decisione ad altro e superiore livello di governo. Non attenersi a tale modus procedendi, secondo la decisione citata, importa la nullità della determinazione favorevole conclusiva adottata dall'Amministrazione competente, sia per difetto assoluto di attribuzione, in quanto viene così esercitato un potere che il legislatore ha attribuito in via esclusiva all'istanza superiore di governo, sia perché la sussistenza di un dissenso qualificato determina un'insanabile manchevolezza strutturale dell'atto".*

La tesi della nullità è sicuramente opinabile, tanto con riferimento alla supposta sussistenza della fattispecie relativa al difetto assoluto di attribuzione, quanto con riferimento al supposto difetto di uno degli elementi essenziali del provvedimento (c.d. nullità strutturale).

Infatti, sotto il primo profilo il sopravvenuto difetto della titolarità a concludere il procedimento per effetto dell'art. 14 quater L. 241/1990 non

significa che tale potestà non sia stata *in astratto* attribuita all'autorità procedente, ma soltanto che manca un presupposto che la legge considera indispensabile per il suo esercizio, vale a dire l'assenza di dissensi qualificati in sede conferenziale.

Anche a ricondurre tale vizio nell'ambito della carenza di potere, quindi, si ricadrebbe comunque in una carenza *in concreto*, atteso che, in astratto, il potere comunque è da ritenere sussistente in capo a quella determinata autorità.

Il provvedimento sarebbe, allora, meramente annullabile, per violazione di legge, ma non nullo.

Con riferimento, invece, al secondo profilo occorre osservare che il mancato rispetto delle forme procedurali dettate dall'art. 14 *quater* L. 241/1990, infatti, lungi dall'integrare una totale mancanza di volontà da parte dell'autorità procedente, rileva soltanto quale vizio della stessa, e, conseguentemente, quale causa di illegittimità del provvedimento.

Queste considerazioni sono suffragate anche dalla particolare struttura della conferenza di servizi.

Essa difatti rappresenta, un modulo procedimentale, idoneo a realizzare un esame congiunto degli interessi pubblici coinvolti, non invece un autonomo organo collegiale distinto dalle Amministrazioni partecipanti²⁰⁵.

6.1.18. (segue) *La partecipazione di soggetti privati alla conferenza di servizi.*

La L. 241/1990 affronta, seppure in modo non organico, anche il delicato tema della partecipazione dei soggetti privati alla conferenza di servizi nell'art. 14 *quinqüies*, inserito dalla L. 15/2005, e in due commi dell'art. 14 *ter*, aggiunti dall'art. 9 L. 69/2009.

²⁰⁵ Sulla natura giuridica della conferenza di servizi decisoria, v. *supra*, § 6.1.12.

In particolare, l'art. 14 *quinquies* dispone che nella procedura di realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico mediante la finanza di progetto, di cui all'art. 153 Codice degli appalti, alla conferenza di servizi finalizzata all'approvazione del progetto definitivo sono convocati, senza diritto di voto, anche i soggetti aggiudicatari della concessione, individuati all'esito della procedura di cui al medesimo art. 153, ovvero le società di progetto di cui al successivo art. 156.

Il comma 2 *bis* dell'art. 14 *ter* dispone che in caso di conferenza indetta ai sensi degli articoli 14 e 14 *bis* devono essere convocati "i soggetti proponenti il progetto dedotto in conferenza", i quali vi prendono parte "senza diritto di voto".

In termini analoghi dispone il successivo comma 2 *ter* per "i concessionari e i gestori di pubblici servizi, nel caso in cui il procedimento amministrativo o il progetto dedotto in conferenza implichi loro adempimenti ovvero abbia effetto diretto o indiretto sulla loro attività", prevedendo che tali soggetti devono ricevere una tempestiva comunicazione e possono partecipare alla conferenza "senza diritto di voto".

Il medesimo comma 2 *ter* prevede, infine, che anche "le amministrazioni preposte alla gestione delle eventuali misure pubbliche di agevolazione" possono partecipare alla conferenza "senza diritto di voto", ma non prevede che siano convocate dall'amministrazione procedente.

Tali disposizioni si pongono nel solco della tendenza a configurare una tipologia di *conferenza di servizi aperta* anche ai soggetti privati, i quali divengono parte di un meccanismo tipicamente finalizzato al coordinamento dell'esercizio delle funzioni amministrative, al fine di consentire un contestuale raffronto tra gli interessi di cui essi siano portatori e gli interessi pubblici.

Si tratta, tuttavia, di privati *strettamente* coinvolti nel procedimento, in quanto aggiudicatari di concessioni (o proponenti il progetto da realizzare in *project financing*) ovvero affidatari di un servizio pubblico.

Non a caso, come evidenziato in uno dei primi commenti all'art. 9 L. 69/2009, le modifiche apportate da tale disposizione non hanno una portata tale da far ritenere superata la tesi - prevalente sia in dottrina²⁰⁶ che in giurisprudenza²⁰⁷ - secondo la quale la possibilità di partecipare alla conferenza, di norma, deve ritenersi limitata ai soggetti portatori di interessi pubblici *strettamente* coinvolti nel procedimento, perché il legislatore ha operato una scelta *ristretta*, ammettendo la legittimazione partecipativa soltanto di talune categorie di soggetti e non di altri, i quali potrebbero pure avere interesse a intervenire nelle scelte da assumere in conferenza: si pensi ai terzi controinteressati, titolari di interessi oppositivi alla realizzazione dell'opera, ovvero ai portatori di interessi collettivi o diffusi.

Tuttavia, da un'interpretazione sistematica delle disposizioni legislative e, soprattutto, facendo leva sul criterio dell'interpretazione conforme al diritto comunitario e agli obblighi assunti in sede internazionale potrebbe giungersi a conclusioni diverse.

La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo è, infatti, un principio consolidato a livello nazionale e sovranazionale: gli ordinamenti

²⁰⁶ R. GRECO, *La riforma della legge 241/90, con particolare riguardo alla legge 69/2009: in particolare, le novità sui termini di conclusione del procedimento e la nuova disciplina della conferenza di servizi*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰⁷ TAR Sicilia, Palermo, III Sez., 13.9.2005, n. 1537, ove è stato affermato che l'amministrazione procedente non ha alcun obbligo di invitare alla conferenza i soggetti privati in qualche modo interessati. Nello stesso senso TAR Marche, Ancona, I Sez., 14.12.2012, n. 803, ove è stato affermato che la conferenza di servizi è "il luogo fisico e giuridico in cui i servizi (ossia le amministrazioni e i concessionari di servizi pubblici chiamati ad esprimere il proprio assenso su un determinato piano o progetto) sono chiamati ad un esame contestuale dei vari interessi coinvolti da un intervento che necessita di autorizzazione da parte della P.A.; gli unici soggetti privati che debbono partecipare sono (ovviamente) coloro che richiedono l'autorizzazione e la finalità di ciò sta nella possibilità da parte delle amministrazioni interessate di chiedere seduta stante chiarimenti ai soggetti proponenti e/o di far presenti eventuali esigenze istruttorie; i terzi, laddove vengano a conoscenza in qualunque modo dello svolgimento della conferenza di servizi, possono certamente chiedere di partecipare (e la relativa decisione è rimessa al soggetto che presiede la conferenza), ma in ogni caso possono presentare memorie e documenti, dei quali si deve tenere conto in sede di motivazione dell'atto finale, sempre che si tratti di osservazioni pertinenti e a loro volta motivate".

riconoscono e tutelano il diritto dei cittadini a prendere parte alla elaborazione delle decisioni pubbliche. Ciò, sul piano teorico, garantisce il corretto funzionamento del circuito democratico, creando consenso fra i cittadini all'operato delle amministrazioni e riducendo il relativo contenzioso. Il piano pratico, tuttavia, rivela uno scenario più complesso: l'attuale lettura della disciplina normativa, da sola, non assicura la produzione di decisioni pubbliche realmente conformi alla volontà degli interessati.

Occorre, infatti, prender coscienza del fatto che plurimi atti di diritto sovranazionale depongono per una lettura non ristretta, entro gli angusti limiti menzionati, delle disposizioni nazionali che prevedono la partecipazione dei soggetti privati, titolari di posizioni giuridiche soggettive rilevanti; si menzioni, infatti, la Direttiva 337/85/CEE sulla Valutazione di Impatto Ambientale concernente progetti pubblici e privati; la Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico al processo decisionale e l'accesso alla giustizia in materia di ambiente, firmata ad Aarhus il 25 giugno 1998; la Raccomandazione del 1 febbraio 1979, n. 854 relativa all'accesso del pubblico ai documenti governativi e alla libertà di informazione; la Raccomandazione del 25 novembre 1981, n. 19 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sull'accesso all'informazione detenuta dalla pubblica autorità.

Ne consegue che la partecipazione all'attività amministrativa è una prerogativa di chiunque sia portatore di un interesse attuale, diretto e qualificato, quali i soggetti espropriandi, i titolari di diritti reali o personali di godimento sui fondi confinanti, la comunità locale interessata dall'intervento, fino alle associazioni portatrici di interessi diffusi e collettivi, che tutelano il bene ambientale e la salute²⁰⁸.

Del resto, l'art. 7 L.241/1990 testualmente prevede che *"qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente*

²⁰⁸ Si rimanda, per le analogie, al § 6.1.9 relativo all'individuazione dei soggetti da qualificare alla stregua di terzi controinteressati cui notificare il ricorso giurisdizionale avverso il silenzio.

individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento".

L'art. 9 L. 241/1990, poi, dispone che *"qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento".*

E, nel contesto di una lettura più ampia, la partecipazione al procedimento dovrebbe tradursi non solo come accesso agli atti o presentazioni di memorie e di osservazioni, ma anche come partecipazione agli incontri previsti nella conferenza di servizi, giacché la medesima rappresenta il modello procedimentale scelto dal legislatore per l'emanazione del titolo abilitativo²⁰⁹.

Dunque, si ritiene che, da un'interpretazione sistematica delle disposizioni sulla conferenza di servizi, nel caso in cui l'opera oggetto del progetto sia localizzata in un'area sulla quale un soggetto vanta un titolo giuridicamente rilevante (reale o personale non importa), area che magari deve essere oggetto di una espropriazione per pubblica utilità, tale soggetto sia, per ciò solo, titolare di un interesse qualificato e, pertanto, debba essere avvisato e messo nelle condizioni di poter partecipare al procedimento, anche con la sua presenza fisica, presenziando alle riunioni della conferenza dei servizi.

²⁰⁹ L'istituto della conferenza di servizi è stato ritenuto, in passato, alternativo al procedimento e, pertanto, tale da escludere anche la partecipazione dei privati. La dottrina faceva leva sulla funzione acceleratoria degli istituti di partecipazione, che, si riteneva, mal si coniugava con gli appesantimenti della partecipazione. Gli approfondimenti successivi hanno messo in evidenza da un lato che fra gli istituti di partecipazione e quelli di semplificazione esiste un rapporto di reciproco condizionamento e integrazione, dall'altro che la funzione della conferenza di servizi è da ricercare piuttosto nella sua capacità di razionalizzazione della "amministrazione della complessità", in un contesto caratterizzato dalla multiforme presenza di istituzioni, pluralità crescente di interessi pubblici e privati. Sul dibattito relativo alla partecipazione in conferenza di soggetti non espressamente contemplati dagli artt. 14 ss. L. 241/1990, AA. VV., *Diritto Amministrativo*, a cura di F. G. SCOCA, III ed., 2013, Torino, per il quale *"Non esiste quindi, incompatibilità fra le esigenze della partecipazione e la funzione dell'istituto, giacché si è chiarito che la fase della partecipazione dei privati al procedimento non è affatto esclusa, ma deve aver luogo prima che, nella riunione conclusiva, la conferenza svolga la sua funzione essenziale, rivolta alla determinazione dell'assetto di interessi"*.

Del resto, se il privato committente di un progetto può richiedere la convocazione della conferenza di servizi (art. 14, comma 4, L. 241/1990), non si vede perché un altro privato al quale lo stesso provvedimento possa arrecare un pregiudizio diretto, concreto ed attuale, non abbia uguale diritto di partecipare, anche fisicamente, alla medesima conferenza dei servizi.

Tuttavia, nonostante la partecipazione effettiva dei privati ad un procedimento pubblico sia una questione annosa, non si può non rilevare l'esistenza di almeno tre fattori che in concreto possono ostacolarla.

Il primo riguarda la chiarezza con cui sono offerte le informazioni ai privati; infatti, la presenza di un numero eccessivo di documenti o l'utilizzo di un linguaggio tecnico altamente specialistico rendono più difficile l'intervento dei privati.

Il secondo limite è costituito dai margini discrezionali comunque concessi alle amministrazioni pubbliche procedenti: il discrimine tra un limite adeguato ed uno inadeguato è costituito dal criterio della ragionevolezza, ma la ragionevolezza è un criterio mobile, che varia da caso a caso.

La discrezionalità, infine, comporta la facoltà per l'amministrazione di stabilire il momento e, in generale, i termini entro cui concentrare l'esercizio dei diritti partecipativi e ciò costituisce il terzo limite; resta, infatti, fermo che - laddove l'ordinaria scansione delle fasi del procedimento amministrativo venga sostituita da diversi modelli di procedimento o di adozione delle decisioni, attraverso il ricorso ad istituti come la conferenza di servizi partecipata e l'accordo di programma - l'amministrazione procedente è tenuta ad individuare tempi e modi per consentire la partecipazione procedimentale dei soggetti privati nella cui sfera giuridica si producono gli effetti dell'azione amministrativa²¹⁰.

²¹⁰ In tal senso, Cons. Stato, VI Sez., 5 dicembre 2007, n. 61830.

Questi tre fattori hanno spinto la giurisprudenza ad aperture timide, nelle quali, da un lato, si riconosce il diritto dei terzi controinteressati a presentare memorie e documenti che, ai fini di un corretto esercizio della potestà amministrativa, devono comunque essere vagliati ove pertinenti ma, dall'altro, si continua a configurare come altamente discrezionale la scelta relativa alla presenza fisica del soggetto durante i lavori della conferenza²¹¹.

6.1.19. (segue) *Le modalità di assunzione della determinazione finale: la previsione del silenzio-assenso (art. 14 ter, comma 7, L. 241/1990 post L. 15/2005), anche per gli interessi sensibili (post D.L. 78/2010). Necessità di una loro lettura costituzionalmente orientata.*

Venendo alla disciplina relativa alle modalità di assunzione della determinazione finale, preme evidenziare che l'attuale disciplina è il frutto di alcuni interventi legislativi volti a scongiurare il rischio di paralisi che potevano e possono prodursi all'interno della conferenza, vuoi a causa di un comportamento inerte di una delle amministrazioni ivi convocate

²¹¹ T.A.R. Marche, I Sez., 14.12.2012, n. 803, secondo cui "la conferenza di servizi è il luogo fisico e giuridico in cui i 'servizi' (ossia le amministrazioni e i concessionari di servizi pubblici chiamati ad esprimere il proprio assenso su un determinato piano o progetto) sono chiamati ad un esame contestuale dei vari interessi coinvolti da un intervento che necessita di autorizzazione da parte della p.a., laddove gli unici soggetti privati, che devono partecipare, sono coloro che richiedono l'autorizzazione; invece i terzi possono solo chiedere di partecipare e la relativa decisione è rimessa al soggetto che presiede la conferenza, ma in ogni caso possono presentare memorie e documenti, dei quali si deve tenere conto in sede di motivazione dell'atto finale, sempre che si tratti di osservazioni pertinenti e a loro volta motivate"; Consiglio di Stato, VI Sez., 15.07.2010, n. 4575, secondo cui "deve essere assicurata la partecipazione, senza diritto di voto, del soggetto proponente il progetto, ai sensi del comma 2 bis dell'art. 14 ter L. 241/1990 (introdotto dall'art. 9 L. 69/2009), restando possibile la partecipazione, nella forma dell'audizione ed a fini istruttori, di privati portatori di interessi che siano riconosciuti rilevanti nella valutazione del responsabile del procedimento"; si segnala, da ultimo, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 04.02.2003, n. 359, in quanto prima pronuncia ad affermare che "la partecipazione di soggetti privati (in veste informativa e collaborativa) alla conferenza di servizi non può considerarsi interdetta – tanto meno a pena d'illegittimità – dal testo dell'art. 14 L. 241/1990, che si ritiene abbia voluto rappresentare il modulo strutturale dell'istituto soltanto nel suo contenuto minimo".

(tradizionalmente qualificabile in termini di silenzio inadempimento), vuoi a causa della manifestazione di un dissenso espresso, all'interno ovvero all'esterno della medesima conferenza.

L'originaria disciplina posta dalla L. 241/1990 era, infatti, basata sul principio dell'unanimità degli assensi alla decisione finale (ove necessari in base alle regole ordinarie al di fuori della conferenza), sicché la conferenza risultava paralizzata, tanto nell'eventualità di mancata partecipazione anche di una sola amministrazione interessata, quanto nell'ipotesi di dissenso manifestato in seno alla conferenza da una amministrazione intervenuta.

Con riferimento alla prima delle due eventualità, la modifica integrale dell'art. 14 *ter* L. 241/1990 ad opera della L. 15/2005 ha comportato, tra l'altro, anche l'inserimento di un comma 7 che introduce, generalizzandola, la regola del c.d. silenzio-assenso, già istituzionalizzata con portata regolare con la contestuale modifica dell'art. 20 L. 241/1990.

Il silenzio serbato da un'amministrazione convocata in conferenza ed ivi restata inerte ovvero dalla mancata partecipazione della medesima (nonostante la regolare convocazione) diventavano, dunque, ad opera della L. 15/2005 ipotesi di c.d. silenzio significativo (oppure di c.d. silenzio "attizio"), tali da non precludere l'adozione della determinazione finale, in quanto mutavano la loro qualificazione da silenzio-inadempimento in silenzio-assenso.

Con l'entrata in vigore del D.L. 78/2010, inoltre, il nuovo assetto, oltre a trovare conferma e a subire un'ulteriore implementazione, veniva altresì esteso anche alle amministrazioni preposte alla cura dei c.d. interessi sensibili (relativi alla tutela paesaggistico-territoriale, storico-artistica, sanitaria e della pubblica incolumità) con esclusione dei provvedimenti tipici del diritto ambientale generale (VIA, VAS ed AIA)²¹².

²¹² Sulla necessità, pena la disapplicazione della norma per contrasto col diritto comunitario, di provvedimenti espressi in materia ambientale, v. Corte di Giustizia, 28.2.1991, C-360/1987.

Pertanto, oggi, l'art. 14 *ter*, comma 7, L. 241/1990 prevede che *"si considera acquisito l'assenso dell'amministrazione, ivi comprese quelle preposte alla tutela della salute e della pubblica incolumità, alla tutela paesaggistico-territoriale e alla tutela ambientale, esclusi i provvedimenti in materia di VIA, VAS e AIA, il cui rappresentante, all'esito dei lavori della conferenza, non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata"*.

E' questo, pertanto, il sostrato giuridico che ha condotto il legislatore a configurare quale autonomo sub procedimento, all'interno del procedimento volto all'emanazione dell'autorizzazione unica, quello volto al rilascio della VIA.

Infatti, già secondo le regole generali, tra le amministrazioni titolari di interessi c.d. sensibili, solo per quelle titolari dei provvedimenti in materia di VIA, VAS e AIA non opera il meccanismo del silenzio-assenso di cui al comma 7, mentre per tutte le altre amministrazioni - ivi comprese quelle preposte alla tutela della salute e della pubblica incolumità, alla tutela paesaggistico-territoriale e alla tutela ambientale - opera il silenzio-assenso²¹³.

La disposizione che estende l'ambito di applicazione del silenzio-assenso anche per le amministrazioni portatrici di interessi sensibili ha dato luogo a qualche perplessità, se non altro per la sua tenuta sotto il profilo costituzionale²¹⁴.

²¹³ Tuttavia, l'inerzia dell'amministrazione preposta al rilascio dei provvedimenti per i quali non opera la regola del silenzio-assenso non è priva di tutela, dal momento che, come si vedrà *infra* al § 6.1.20, l'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, L. 241/1990, a seguito delle modifiche apportate dal medesimo D.L. 78/2010 dispone che, all'esito dei lavori della conferenza, e in ogni caso scaduto il termine fissato per la conclusione della stessa, l'amministrazione procedente, in caso di VIA statale, può adire direttamente il Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 26, comma 2, D. Lgs. 152/2006, ai fini dell'esercizio del potere sostitutivo ivi previsto.

²¹⁴ Vale la pena, peraltro, di osservare come l'estensione del silenzio-assenso operata dall'art. 49 D.L. 78/2010 anche al silenzio serbato, in conferenza di servizi, dalle amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili sia distonica a livello sistematico, dal momento che analoga estensione non è stata operata né nell'art. 20 L. 241/1990 (con la conseguenza che il silenzio ivi serbato continua ad essere qualificato in termini di silenzio-inadempimento, sì da dover essere

Se, da un lato, è vero che non mancano nella giurisprudenza costituzionale pronunce nelle quali il silenzio-assenso trova uno specifico avallo come espressione di un principio generale di alcune discipline di settore²¹⁵, è altrettanto vero, dall'altro, che per gli interessi relativi alla tutela del paesaggio - qualificati come "*valori costituzionali primari*" - la giurisprudenza costituzionale ha precisato che la "*primarietà*", se non legittima una primazia all'interno di un'ipotetica scala di valori costituzionali, "*origina la necessità che essi debbano essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni*", implicando, pertanto, "*l'esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche od amministrative*"²¹⁶.

Secondo la giurisprudenza costituzionale, pertanto, sussistono interessi definibili "*a tutela costituzionalmente vincolata*" o "*a protezione necessaria*" - dal novero non ancora puntualmente precisato ma che ragionevolmente si può ritenere comprendere quelli menzionati dall'art. 14 *ter*, comma 7, L. 241/1990 - che nei processi decisionali (anche) amministrativi devono essere adeguatamente e, soprattutto, esplicitamente rappresentati e bilanciati.

Sulla base di queste premesse, occorre, per una lettura costituzionalmente orientata della disposizione, ritenere che la qualificazione in termini di assenso

impugnato con l'azione avverso il silenzio di cui all'art. 31 c.p.a. e nelle forme di cui all'art. 117 c.p.a.) né negli artt. 16 e 17 L. 241/1990 (con la conseguenza che, in tali ipotesi, l'inerzia della P.A. continuerà ad avere valore paralizzante).

A tale distonia, ha cercato di porre rimedio l'art. 3 L. 124/2015 recante *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*; la disposizione, infatti, introducendo l'art. 17 *bis* direttamente nel testo della L. 241/1990 ha esteso l'ambito di applicazione del silenzio assenso anche tra amministrazioni pubbliche (e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici), *al di fuori* di provvedimenti adottati in conferenza di servizi e anche per quanto riguarda le amministrazioni portatrici di interessi sensibili; solo l'ultimo comma della disposizione prevede una clausola di compatibilità con quanto previsto dal diritto dell'Unione europea.

²¹⁵ Corte Cost. 404/1997, in tema di strumenti urbanistici attuativi; Corte Cost. 303/2003, in tema di titoli abilitativi per interventi edilizi; Corte Cost. 336/2005, in tema di impianti di comunicazioni elettroniche.

²¹⁶ Corte Cost. 28.6.2004, n. 196.

del silenzio serbato da un'amministrazione preposta alla cura di un interesse sensibile non abbia il significato di una tacita valutazione di non contrarietà ma abbia, più modestamente, il solo effetto di non precludere all'amministrazione procedente l'assunzione della determinazione conclusiva.

Soprattutto è da ritenere che l'amministrazione procedente, comunque, non sia esentata dall'inserire, all'interno della complessiva valutazione finale, la rappresentazione e la ponderazione di tale interesse.

Si tratterà, evidentemente, di una valutazione "*allo stato degli atti*", vale a dire operata sulla base degli elementi nel corso dell'istruttoria in seno alla conferenza e sulla base di un livello di conoscenza tecnica inferiore a quello che l'amministrazione rimasta inerte avrebbe assicurato.

Si tratterà, tuttavia, di una valutazione pur sempre, sul piano della sua tenuta costituzionale, giustificata dal comportamento non ispirato alla leale cooperazione dell'amministrazione interessata e, pertanto, conforme al principio del buon andamento, che non tollera, come precisato dalla giurisprudenza costituzionale, "*situazioni paralizzanti*"²¹⁷.

6.1.20. (segue) *Le modalità di assunzione della determinazione finale: la regola delle c.d. posizioni prevalenti (art. 14 ter, comma 6 bis, L. 241/1990 post L. 15/2005 e D.L. 78/2010)*

La L. 15/2005 ha inserito nell'art. 14 *ter* anche il comma 6 *bis*, con il quale è stata introdotta - in luogo del meccanismo maggioritario - la regola

²¹⁷ G. SCIULLO, *La Conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011.

delle c.d. posizioni prevalenti; il criterio di assunzione della determinazione finale è stata, da ultimo, confermato dal D.L. 78/2010.

In particolare, per effetto delle modifiche apportate dall'art. 49 D.L. 78/2010, l'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, L. 241/1990 dispone che all'esito dei lavori della conferenza, e in ogni caso scaduto il termine di cui ai commi 3 e 4, l'amministrazione procedente, in caso di VIA statale, possa adire direttamente il Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 26, comma 2, Codice dell'ambiente e che *"in tutti gli altri casi, 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"*.

Premesso che il riferimento alla possibilità di adire direttamente il Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 26, comma 2, D. Lgs. 152/2006, affinché eserciti il suo potere sostitutivo, rappresenta il surrogato del meccanismo del silenzio-assenso vietato in materia di VIA dal diritto comunitario²¹⁸, occorre porre in rilievo che attraverso la regola delle c.d. *"posizioni prevalenti"* ha trovato un esplicito riconoscimento normativo la tesi secondo la quale il meccanismo per il superamento dei dissensi espressi in seno alla conferenza di servizi (e diversi dai c.d. dissensi qualificati di cui all'art. 14 *quater* L. 241/1990) deve operare non solo in senso *quantitativo-formale*, ma anche in un'ottica *qualitativa-sostanziale*, in modo da tener conto anche della natura e della rilevanza degli interessi di cui sono portatrici le amministrazioni dissenzienti.

Si tratta di un'innovazione evidentemente dettata dai problemi connessi al calcolo della maggioranza in presenza di amministrazioni di diversa rilevanza

²¹⁸ V. *supra* al § 6.1.18 e *infra* al § 6.1.21.

istituzionale e dimensioni, ma resta il fatto che la formula adottata dal legislatore pone notevoli problemi applicativi.

I lavori preparatori alla L. 15/2005 non sono d'ausilio per individuare il criterio attraverso il quale l'autorità procedente, tenendo conto delle posizioni prevalenti, deve concludere il procedimento. Neppure il D.L. 78/2010 offre spunti ermeneutici per l'individuazione delle posizioni prevalenti, perché si limita ad eliminare l'obbligo di adottare un provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva del procedimento ed a prevedere che sia la determinazione motivata di conclusione del procedimento a sostituire, a tutti gli effetti, ogni atto di assenso comunque denominato.

Secondo la prassi corrente in talune amministrazioni, nell'ambito della prima riunione della conferenza i soggetti partecipanti possono stabilire, a maggioranza, il peso percentuale da assegnare a ciascuna amministrazione interessata dal procedimento.

Il fondamento di tale prassi è stato individuato nell'art. 14 *ter*, comma 1, nella parte in cui dispone che "*la conferenza di servizi assume le determinazioni relative all'organizzazione dei propri lavori a maggioranza dei presenti*".

Tuttavia tale prassi, in forza della quale gli interessi prevalenti sarebbero individuabili *a maggioranza e a priori*, non appare condivisibile, sia perché il riferimento alle determinazioni relative all'organizzazione dei lavori della conferenza non pare ricomprendere anche al meccanismo di superamento dei dissensi espressi in seno alla conferenza, sia perché il comma 6 *bis* dell'art. 14 *ter* affida espressamente all'amministrazione procedente (e non alla conferenza intesa come organo collegiale) il compito di individuare *a posteriori* le "*posizioni prevalenti*"²¹⁹.

²¹⁹ A. FERRUTI, *Le "posizioni prevalenti" in conferenza di servizi: considerazioni sull'art. 14-ter, comma 6-bis, legge n. 241/1990*, in *www.Lexitalia.it*, n. 3/2013.

Ciò posto, non può farsi a meno di evidenziare che i criteri per l'individuazione delle posizioni prevalenti restano affidati al prudente apprezzamento dell'amministrazione procedente.

Peraltro, secondo taluno, per stabilire quali siano le "*posizioni prevalenti*", dovrebbe tenersi conto del potere di condizionare l'esito del procedimento che le leggi di settore potrebbero attribuire alle amministrazioni partecipanti²²⁰.

Seguendo tale criterio si dovrebbe conferire un maggior peso ponderale ai cd. interessi sensibili, ossia alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, le cui esigenze dovrebbero di volta in volta prevalere rispetto ad interessi non sensibili, oppure recedere, a loro volta, di fronte a interessi sovraordinati (riconducibili, ad esempio, ad impegni di carattere internazionale).

Senonché, nell'ambito dei procedimenti volti all'emanazione dell'autorizzazione unica, le amministrazioni titolari di interessi sensibili spesso non coincidono con la Regione (ovvero la Provincia delegata) nella loro qualità di amministrazione procedente, titolare della potestà provvedimentale finale, alle quali andrebbe, pertanto, riferito il compito di valutare tutto il materiale istruttorio e compiere quella ponderazione finale degli interessi manifestatisi, con ciò operando la sintesi delle c.d. "*posizioni prevalenti*".

Secondo altri, invece, la posizione prevalente andrebbe invece riferita alla posizione istituzionale di ciascuna amministrazione, privilegiando il ruolo istituzionale degli enti esponenziali di comunità territoriali; seguendo tale criterio si dovrebbe conferire un maggior peso ponderale ai rappresentanti dei comuni i cui abitanti, secondo i dati dell'ultimo censimento ufficiale, costituiscono la maggioranza di quelli delle collettività locali complessivamente

²²⁰ S. AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 7-8, secondo il quale "a stabilire quale sia la posizione prevalente è l'amministrazione procedente, con riferimento al potere che ciascuna delle amministrazioni intervenute avrebbe di determinare l'esito, positivo o negativo, del procedimento".

interessate dalla decisione stessa e, comunque, ai rappresentanti della maggioranza dei comuni interessati²²¹.

A queste incertezze interpretative si aggiunga il fatto che l'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, non chiarisce se l'amministrazione procedente possa discostarsi o meno dalle posizioni prevalenti espresse in seno alla conferenza di servizi²²².

Secondo la prevalente giurisprudenza²²³, la formulazione di tale comma "*rafforza il ruolo e la responsabilità dell'amministrazione procedente, cui è rimessa la determinazione finale previa valutazione delle specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti ivi espresse, ferma restando l'autonomia del potere provvedimentale dell'autorità procedente stessa*".

Infatti, secondo il chiarimento giurisprudenziale, "*è su questa che comunquesi concentra, con riferimento agli interessi che per legge le spetta curare, l'imputazione di responsabilità derivante dall'assunzione della decisione amministrativa che segue la valutazione collegiale (responsabilità che non è condivisa dagli altri partecipanti alla conferenza)*"; pertanto, secondo la giurisprudenza, poiché non vi è un nesso di consequenzialità automatica tra le determinazioni assunte in conferenza ed il provvedimento adottato,

²²¹ Sul dibattito relativo alla individuazione delle "*posizioni prevalenti*" all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 49 D.L. 78/2010 si rinvia a G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2011; G. B. CONTE, *I lavori della conferenza di servizi, ibidem*; S. MONZANI, *La struttura della conferenza di servizi e il ruolo della soprintendenza: la tutela di principi costituzionali fondamentali a confronto con le esigenze di semplificazione, concentrazione e accelerazione procedimentale*, in *Foro amm. TAR*, 2011; M. TALANI, *La conferenza di servizi quale strumento procedimentale di coordinamento*, in *Giur. mer.*, 2011.

²²² F. BASSANINI e L. CARBONE, *La conferenza di servizi – Il modello e i principi*, in *La nuova disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, dopo aver affermato che l'onere di motivare la determinazione conclusiva ricade sull'amministrazione procedente, evidenziano che ad essa viene consentito di valutare e soppesare i vari tipi di dissenso.

²²³ Cons. Stato, VI Sez., 18.6.2011 n. 2378. Nello stesso senso, TAR Umbria, Perugia, I Sez., 21.5.2012, n. 192, ove è stato ribadito che "*non vi è un nesso di consequenzialità automatica tra le determinazioni della conferenza di servizi ed il provvedimento finale, atteso che l'imputazione del medesimo all'autorità procedente implica anche un'autonomia di valutazione, ovviamente condizionata dalle risultanze della conferenza e dalle posizioni ivi prevalenti*".

all'*autonomia di imputazione* del provvedimento finale (rimessa dall'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, all'amministrazione precedente) non può non corrispondere un'*autonomia di valutazione*, pur dovendosi tener conto delle risultanze della conferenza e delle posizioni ivi prevalenti.

In conclusione, tale duplice livello di autonomia configurato dal legislatore in capo all'amministrazione precedente dovrebbe condurre a ritenere che la valutazione secondo il criterio delle posizioni prevalenti sia attività riservata alla stessa amministrazione precedente (anche se non portatrice di interessi sensibili o rappresentativa di una comunità territoriale di cittadini, come invece vorrebbero le diverse teorie prospettate).

Quanto, infine, alla motivazione della determinazione conclusiva del procedimento, la giurisprudenza²²⁴ ritiene che tale provvedimento sia assoggettato ad un obbligo di autonoma e specifica motivazione solo nell'ipotesi in cui disattenda, in tutto o in parte, le risultanze della conferenza di servizi e le posizioni prevalenti emerse in quella sede.

Di converso, laddove, la determinazione recepisca le risultanze della conferenza, l'onere di motivazione ben può dirsi soddisfatto *per relationem*, mediante il semplice richiamo ai verbali della conferenza stessa.

E' per queste ragioni, pertanto, che nel contesto del rilascio dell'autorizzazione unica, la Regione (o la Provincia delegata) comunque risultano detentrici di potestà valutative e decisionali superiori a quelle di altre amministrazioni; non senza il rischio di ricadute negative ma, dal contesto legislativo e giurisprudenziale nel quale è collocato il procedimento unico di cui all'art. 12 D. Lgs. 387/2003, questa sembra la scelta operata dall'ordinamento positivo.

²²⁴ TAR Toscana, Firenze, II Sez., 19.5.2010, n. 1523.

6.1.21. (segue) *Il procedimento aggravato a superamento del c.d. "dissenso qualificato" (art. 14 quater L. 241/1990).*

La regola delle c.d. "*posizioni prevalenti*" di cui all'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, L. 241/1990 non trova applicazione in presenza dei c.d. "*dissensi qualificati*", vale a dire del dissenso espresso da una delle amministrazioni alle quali è affidata la cura dei c.d. interessi sensibili (ossia dalle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, della salute e della pubblica incolumità), ovvero da una Regione o da una Provincia autonoma in una delle materie di loro competenza.

In queste ipotesi, pertanto, la conferenza di servizi decisoria²²⁵ sarà, come precisato dalla giurisprudenza²²⁶, "*spogliata dell'attribuzione relativa all'adozione della determinazione finale*", in quanto il procedimento necessariamente subirà un aggravamento, dovendo proseguire innanzi all'Autorità di governo superiore, secondo quanto stabilisce l'art. 14 *quater*, comma 3, L. 241/1990.

Affinché, tuttavia, il dissenso manifestato dalle amministrazioni preposte alla cura degli interessi sensibili ovvero dalla Regione o dalla Provincia autonoma sia tale da devolvere l'assunzione della determinazione conclusiva all'Autorità di governo superiore, occorre che siano rispettati i presupposti stabiliti dall'art. 14 *quater*, comma 1, L. 241/1990, sul quale è intervenuto da ultimo il già menzionato art. 49 D.L. 78/2010.

Dunque, sulla base dell'art. 14 *quater*, comma 1, L. 241/1990, occorre precisare che il dissenso, per potersi definire qualificato, "*a pena di inammissibilità*"²²⁷, deve essere:

²²⁵ Ma analogamente vale per la conferenza di servizi preliminare, giusto rinvio operato dall'art. 14 *bis*, comma 3 *bis*, L. 241/1990.

²²⁶ V. *supra* al § 6.1.17.

²²⁷ Con riferimento alla locuzione "*a pena di inammissibilità*", TAR Puglia, Lecce, III Sez., 13.5.2008, n. 1371, nonché TAR Calabria, Catanzaro, I Sez., 27.1.2010, n. 45, hanno precisato

1. contestuale, dovendo essere manifestato all'interno della conferenza di servizi,
2. congruamente motivato,
3. pertinente, non potendosi riferire a questioni connesse che non costituiscono oggetto della conferenza medesima,
4. costruttivo, dovendo recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso.

Qualora, pertanto, il dissenso manifestato da una delle amministrazioni menzionate abbia le caratteristiche menzionate, troverà applicazione l'art. 14 *quater*, comma 3, L. 241/1990; conseguentemente, l'attribuzione della potestà di emanare la determinazione conclusiva sarà trasferita ad altra sede, secondo la particolare procedura aggravata ivi disciplinata²²⁸.

che "il legislatore - pur con terminologia atecnica e di matrice processuale (parlando di 'inammissibilità' del c.d. parere postumo) - ha inteso prevedere sanzionare con la nullità per carenza di potere i pareri espressi fuori dalla conferenza dei servizi, trattandosi di uno dei non molti casi in cui la legge stabilisce che il potere deve essere esercitato entro un termine tassativo, a pena di decadenza".

²²⁸ Per una interessante applicazione della giurisprudenza, si segnala Cons. Stato, V Sez., 13.3.2014, n. 1180, relativa al procedimento di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di un impianto di cogenerazione di energia elettrica e calore alimentato da biomasse legnose, nonché delle opere e delle infrastrutture connesse.

Con riferimento alle caratteristiche che deve possedere il dissenso per dirsi qualificato, la pronuncia rileva che "per quanto riguarda gli aspetti urbanistici contestati dal Comune, deve rilevarsi che gli stessi hanno indotto il Comune medesimo ad una opposizione con un atto che non può in alcun modo ritenersi 'costruttivo', non contenendo le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso all'intervento, limitandosi ad indicare la propria opposizione alla realizzazione dell'impianto e sostenendo, in modo generico, che sarebbe, invece, favorevole alla costruzione della centrale in altre parti del territorio comunale (zona industriale)". Occorre, tuttavia, osservare che la sentenza applica i presupposti per la manifestazione del c.d. dissenso qualificato anche ad una amministrazione (il Comune) che non rientra nell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 14 *quater*, comma 3, L. 241/1990, non facendo parte delle amministrazioni portatrici di c.d. interessi sensibili. La sentenza si mostra, tuttavia, consapevole di questo aspetto, nel momento in cui riconosce che "l'autorizzazione unica può costituire variante al Piano Regolatore e l'eventuale parere negativo alla realizzazione dell'impianto espresso dal Comune in tema di edilizia urbanistica non può avere l'effetto di veto automatico rispetto alla realizzazione dell'impianto".

Il Consiglio di Stato ha cura, inoltre, di precisare che l'eventuale diniego della Azienda Sanitaria Locale, pur non sussistente nella conferenza e che avrebbe dovuto essere espresso mediante una critica *construens*, non deve essere devoluto al Consiglio dei Ministri ai sensi all'art. 14 *quater*, tenuto conto che la disposizione si riferisce alle sole ipotesi di "opere interregionali", il che, a

La disposizione, va precisato, ha subito numerosi mutamenti nel corso degli anni, proprio al fine di delineare un modello che, da un lato, eviti il blocco dei provvedimenti da emanare in conferenza e, dall'altro, sia rispettoso degli equilibri costituzionali nell'attribuzione delle potestà amministrative; da ultimo, è intervenuto l'art. 33 *octies* D.L. 179/2012 convertito, con modificazioni, nella L. 221/2012, per ottemperare ai rilievi mossi da Corte Cost., 11.7.2012, n. 179 ed alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'ultimo periodo dell'art. 14 *quater*, comma 3, L. 241/1990 con riferimento al dissenso qualificato manifestato da una Regione o da una Provincia autonoma in una delle materia di loro competenza²²⁹.

Per effetto di tali modifiche, il testo della disposizione attualmente vigente stabilisce che ove venga espresso legittimamente (vale a dire con le caratteristiche menzionate all'art. 14 *quater*, comma 1) il c.d. dissenso qualificato da parte di una amministrazione preposta alla cura dei c.d. interessi sensibili *"la questione, in attuazione e nel rispetto del principio di leale collaborazione e dell'art. 120 della Costituzione, è rimessa*

ben vedere, non è un ulteriore requisito per l'aggravamento del procedimento ricavabile direttamente dalla disposizione.

²²⁹ L'originario sistema delineato dalla L. 241/1990 era congegnato sulla regola dell'unanimità, sicché il dissenso di anche una sola delle amministrazioni interessate rendeva improcedibile l'emanazione della determinazione conclusiva. La L. 537/1993 ha, quindi, previsto che, in caso di dissenso di un'amministrazione intervenuta, il provvedimento potesse essere comunque adottato con l'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri, sollecitato dall'amministrazione procedente. Un'ulteriore modifica è stata introdotta dalla L. 127/1997, che ha attribuito all'amministrazione procedente il potere di adottare la decisione finale nonostante il contrario avviso espresso in seno alla conferenza, a patto che detto provvedimento venisse comunicato al Presidente del Consiglio dei ministri o alla Regione o al Sindaco (previa deliberazione dei rispettivi organi consiliari). Successivamente, la L. 340/2000 ha introdotto un più radicale meccanismo per il superamento dei dissensi maturati in conferenza, consentendo all'amministrazione procedente di recepire la posizione maggioritaria espressa in sede di conferenza. Più recentemente, l'art. 49, del D.L. 78/2010 ha disposto l'integrale sostituzione dei commi 3, 3 *bis*, 3 *ter* e 3 *quater* dell'art. 14 *quater*, con un nuovo comma 3. Tuttavia, da ultimo, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 179/2012, con la quale è stata dichiarata incostituzionale la disciplina posta dall'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 14 *quater* per i casi dimotivato dissenso espresso da una Regione o da una Provincia autonoma in una delle materie di propria competenza, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla materia con l'art. 33 *octies* del D.L. 179/2012, inserito in sede di conversione dalla L. 221/2012.

dall'amministrazione procedente alla deliberazione del Consiglio dei ministri, che si pronuncia entro sessanta giorni, previa intesa con la Regione o le Regioni e le Province autonome interessate, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali, ovvero previa intesa con la Regione e gli enti locali interessati, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali. Se l'intesa non è raggiunta entro trenta giorni, la deliberazione del Consiglio dei Ministri può essere comunque adottata".

Da tale disposizione si evince, pertanto, che la decisione finale sul dissenso qualificato è rimessa, dalla sola amministrazione procedente, al Consiglio dei Ministri, vale a dire quell'Autorità di governo superiore alla quale, nelle intenzioni del legislatore, viene attribuito tutto il procedimento in una sorta di ultima istanza²³⁰.

²³⁰ L'amministrazione procedente, unica legittimata alla devoluzione del procedimento, nel rimettere la decisione al Consiglio dei Ministri, deve trasmettere ogni documentazione utile all'adozione della decisione e, in particolare, il verbale conclusivo della conferenza di servizi dal quale devono risultare il termine previsto per la conclusione, la regolarità della convocazione delle amministrazioni interessate, i soggetti presenti, le modalità di svolgimento della discussione e le relative posizioni assunte in sede di conferenza di servizi dalle amministrazioni convocate, con particolare riguardo alle eventuali soluzioni alternative ivi prospettate e ai dissensi espressi e motivati, soprattutto nella materia degli interessi sensibili, eventuali note precedenti o successive alla conferenza aventi rilievo, la posizione prevalente emersa in seno alla conferenza di servizi, l'indicazione dell'amministrazione dissenziente e la specificazione della norma ai sensi della quale l'amministrazione dissenziente si è espressa nonché le ragioni del dissenso che hanno determinato la rimessione della questione al Consiglio dei Ministri.

L'amministrazione procedente deve inviare la richiesta di rimessione del dissenso alla delibera del Consiglio dei Ministri, secondo lo schema di cui al punto 4 delle *Linee Guide per la rimessione*, adottate il 10 gennaio 2013, direttamente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per il coordinamento amministrativo.

Il Dipartimento per il coordinamento amministrativo, ricevuta la richiesta di rimessione della decisione al Consiglio dei Ministri, verifica la completezza degli atti a corredo della richiesta per il successivo avvio dell'istruttoria e, ove necessario, provvede a richiedere la necessaria documentazione integrativa all'amministrazione procedente.

La Presidenza del Consiglio – a fini di approfondimento istruttorio – indice, di norma, una o più riunioni di coordinamento per acquisire i necessari elementi informativi e di valutazione da sottoporre al Consiglio dei Ministri per un compiuto esame della questione. In tale sede viene effettuata anche la verifica dell'eventuale possibilità di individuare una soluzione condivisa fra le amministrazioni dissenzienti. A tali riunioni sono invitate le Amministrazioni convocate alla conferenza di servizi, con l'invito a designare un qualificato rappresentante, delegato ad

Ciò, è bene precisarlo solo ora, a meno che la questione sia oggetto (art. 14 *quater*, comma 3, primo periodo):

a) di intese raggiunte tra le Regioni ai sensi dell'art. 117, comma 8, Cost.²³¹;

b) dello specifico procedimento relativo alle infrastrutture strategiche di rilevanza nazionale, disciplinato dall'art. 165 Codice dei contratti pubblici, relativo, cioè, alle opere pubbliche della c.d. Legge obiettivo, che presentano un'autonoma disciplina sul dissenso (art. 165, comma 6, Codice dei contratti pubblici);

c) dello specifico procedimento ai sensi dell'art. 3 D.P.R. n. 383/1994 in materia di localizzazione delle opere di interesse statale²³².

esprimere la posizione della propria Amministrazione sulla questione in esame, nonché muniti dei poteri necessari a formalizzare l'intesa prevista dall' art. 14 *quater*, comma 3, L. 241/1990. Alle riunioni è invitata, altresì, a partecipare, per conoscenza, anche il soggetto privato originariamente istante.

Il Consiglio dei Ministri procede all'adozione della relativa deliberazione (di contenuto positivo, negativo, di presa d'atto del superamento del dissenso) entro sessanta giorni dalla rimessione. Al riguardo si osservi che tale termine, secondo le Linee Guida citate, ha natura ordinatoria e pertanto l'eventuale inutile decorso non determina il venir meno della competenza del Consiglio dei Ministri a deliberare. Il Consiglio dei ministri può, altresì, ritenere necessario deliberare ulteriori approfondimenti istruttori.

La decisione finale assunta dal Consiglio dei Ministri viene trasmessa, dalla Presidenza del Consiglio - Dipartimento per il coordinamento amministrativo, all'amministrazione procedente che provvederà, a sua volta, ad adottare l'atto conclusivo del proprio procedimento, dandone comunicazione alle amministrazioni interessate.

Al riguardo si segnala il carattere endoprocedimentale della delibera del Consiglio dei ministri che, pertanto, deve essere recepita dal provvedimento conclusivo in sede locale.

²³¹ L'art. 117, comma 8, Cost. dispone che "*la legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni*".

²³² L'art. 3 D.P.R. 383/1994 dispone che:

a) qualora la localizzazione di opere di interesse statale non sia conforme agli strumenti urbanistici vigenti, viene convocata una conferenza dei servizi, alla quale partecipano la Regione e, previa deliberazione degli organi rappresentativi, il Comune interessato, nonché le altre amministrazioni dello Stato e gli enti comunque tenuti ad adottare atti di intesa, o a rilasciare pareri, autorizzazioni, approvazioni, nulla osta, previsti dalle leggi statali e regionali;

b) l'approvazione dei progetti, nei casi in cui la decisione sia adottata dalla conferenza di servizi, sostituisce ad ogni effetto gli atti di intesa, i pareri, le concessioni, anche edilizie, le autorizzazioni, le approvazioni, i nulla osta, previsti da leggi statali e regionali;

c) se una o più amministrazioni hanno espresso il proprio dissenso nell'ambito della conferenza di servizi, l'amministrazione statale procedente, d'intesa con la regione interessata, valutate le

A seguito delle censure mosse dalla giurisprudenza costituzionale e al successivo intervento del legislatore, il procedimento per il superamento del dissenso qualificato espresso da una Regione o da una Provincia autonoma in una delle materie di propria competenza non è più identico a quello previsto per il superamento del dissenso qualificato espresso da un'amministrazione preposta alla cura di un interesse sensibile.

La nuova disciplina, frutto delle modifiche apportate dal D.L. 179/2012, si rinviene nei successivi periodi del comma 3 dell'art. 14 *quater*, che, nell'intento di perseguire il raggiungimento dell'intesa tra tutte le amministrazioni interessate (e salvaguardare, così, la tenuta costituzionale della norma, con riferimento agli equilibri del riparto di competenze tra Stato e Regione, pur a scapito di un conseguente allungamento dei tempi), dispongono come segue: *"entro trenta giorni dalla data di rimessione della questione alla delibera del Consiglio dei Ministri, viene indetta una riunione dalla Presidenza del Consiglio dei ministri con la partecipazione della Regione o della Provincia autonoma, degli enti locali e delle amministrazioni interessate, attraverso un unico rappresentante legittimato, dall'organo competente, ad esprimere in modo vincolante la volontà dell'amministrazione sulle decisioni di competenza. In tale riunione i partecipanti debbono formulare le specifiche indicazioni necessarie alla individuazione di una soluzione condivisa, anche volta a modificare il progetto originario. Se l'intesa non è raggiunta nel termine di ulteriori trenta giorni, è indetta una seconda riunione dalla Presidenza del Consiglio dei ministri con le medesime modalità della prima, per concordare interventi di mediazione, valutando anche le soluzioni progettuali alternative a*

specifiche risultanze della conferenza di servizi e tenuto conto delle posizioni prevalenti espresse in detta sede, assume comunque la determinazione di conclusione del procedimento di localizzazione dell'opera;

d) nel caso in cui la determinazione di conclusione del procedimento di localizzazione dell'opera non si realizzi a causa del dissenso espresso da un'amministrazione dello Stato preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità ovvero dalla Regione interessata, si applicano le disposizioni di cui all'art. 81, quarto comma, del D.P.R. 616/1977.

quella originaria. Ove non sia comunque raggiunta l'intesa, in un ulteriore termine di trenta giorni, le trattative, con le medesime modalità delle precedenti fasi, sono finalizzate a risolvere e comunque a individuare i punti di dissenso. Se all'esito delle predette trattative l'intesa non è raggiunta, la deliberazione del Consiglio dei ministri può essere comunque adottata con la partecipazione dei Presidenti della Regione o della Province autonoma interessata".

Per comprendere le ragioni di un procedimento così eclettico, composto nella sostanza, prima dell'esercizio del proprio potere sostitutivo, in una traslazione della conferenza di servizi avanti la Presidenza del Consiglio dei ministri e, ove ciò non sia sufficiente, in una sua ripetizione, seguita da ulteriori "trattative" ove l'intesa non venga comunque raggiunta, occorre analizzare le motivazioni fornite da Corte Cost., 11.7.2012, n. 179 nel dichiarare la parziale incostituzionalità dell'art. 49 D.L. 78/2010, nella parte in cui (modificando l'art. 14 *quater*) stabiliva che, in caso di mancato raggiungimento della prescritta intesa entro il termine di trenta giorni, "il Consiglio dei ministri delibera, in esercizio del proprio potere sostitutivo, con la partecipazione dei Presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate".

Veniva, infatti, evidenziato che "allorquando (...) l'intervento unilaterale dello Stato viene prefigurato come mera conseguenza automatica del mancato raggiungimento dell'intesa, è violato il principio di leale collaborazione con conseguente sacrificio delle sfere di competenza regionale".

La violazione del principio di leale collaborazione da parte del legislatore nazionale rappresenta, dunque, la misura dell'illegittimità costituzionale della disposizione; infatti "anche la norma oggi impugnata reca la 'drastica previsione' della decisività della volontà di una sola parte, in caso di dissenso, posto che il Consiglio dei ministri delibera unilateralmente in materie di competenza regionale, allorquando, a seguito del dissenso espresso in conferenza dall'amministrazione regionale competente, non si raggiunga

l'intesa con la Regione interessata nel termine dei successivi trenta giorni: non solo, infatti, il termine è così esiguo da rendere oltremodo complesso e difficoltoso lo svolgimento di una qualsivoglia trattativa, ma dal suo inutile decorso si fa automaticamente discendere l'attribuzione al Governo del potere di deliberare, senza che siano previste le necessarie idonee procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze".

Pertanto, da un lato, l'esiguità del termine stabilito per lo svolgimento delle trattative con la Regione dissenziente e, dall'altro, l'assenza di "*idonee procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze*" sono gli elementi che, secondo la Consulta, violano il principio di leale collaborazione.

Soprattutto, viene censurata l'automaticità dell'esercizio del potere sostitutivo in conseguenza del mero decorso del termine di 30 giorni previsto dalla disposizione per lo svolgimento delle trattative in seno al Consiglio dei ministri.

Viene, altresì, precisato che "*neanche la previsione che il Consiglio dei ministri delibera, in esercizio del proprio potere sostitutivo, con la partecipazione dei Presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate, può essere considerata valida sostituzione dell'intesa, giacché trasferisce nell'ambito interno di un organo costituzionale dello Stato un confronto tra Stato e Regione, che deve necessariamente avvenire all'esterno, in sede di trattative ed accordi, rispetto ai quali le parti siano poste su un piano di parità*".

Alla luce, pertanto, dei rilievi mossi dalla Corte Costituzionale, l'intervento operato dal D.L. 179/2012 non può che ritenersi una soluzione di compromesso, dal momento che cerca, attraverso una tecnica legislativa bizantina, di mantenere fermo, all'esito di una scansione procedimentale dettagliatamente disciplinata da termini e modalità di intervento, l'esercizio da parte del Consiglio dei ministri del potere sostitutivo, ove, all'esito delle tre

riunioni della conferenza (di fatto ivi traslata), comunque non si riesca a raggiungere un'intesa con la Regione o la Provincia autonoma dissenziente.

Le modifiche cercano, infatti, di conferire alla presenza del rappresentante legittimato dalla Regione o dalla Provincia autonoma un ruolo attivo e non meramente formale, giacché su questo aspetto la Corte Costituzionale riteneva insufficiente, a legittimare l'esercizio del potere sostitutivo, la mera presenza del rappresentante regionale.

Infatti, l'esercizio del potere sostitutivo viene immediatamente consentito solo a condizione che il rappresentante della Regione non formuli "*specifiche indicazioni necessarie alla individuazione di una soluzione condivisa*"; si tratta, in buona sostanza, della necessità di esprimere un dissenso c.d. costruttivo. In tal caso, pertanto, la conferenza di servizi dovrà proseguire, ove sulla base delle specifiche indicazioni fornite comunque non si addivenga ad una intesa.

La seconda riunione cercherà, così, di concordare una mediazione proprio sulla base delle proposte alternative formulate e, solo qualora non si riesca a raggiungerla, la terza riunione sarà specificamente dedicata ad analizzare, isolandoli dal resto dell'intervento da autorizzare, i soli punti di dissenso per come individuati e formulati nelle due precedenti riunioni.

A questo punto, onde evitare una paralisi dei lavori in conferenza, il Consiglio dei ministri comunque potrà deliberare nell'esercizio del suo potere sostitutivo, nel caso in cui l'intesa non si sia raggiunta.

Con queste modalità, pertanto, pare che gli automatismi censurati dalla Consulta siano venuti meno, a vantaggio di un procedimento che cerca il più possibile di valorizzare la concertazione e il raggiungimento di una mediazione (comunque non coincidente con la c.d. opzione zero), volta ad armonizzare le diverse istanze proveniente da amministrazioni territoriali di diverso livello.

In effetti, se i tempi fossero diligentemente rispettati, i lavori di questa conferenza di servizi di c.d. alta istanza, potrebbero chiudersi, anziché negli originari 30 giorni, in 90 giorni.

Certo dispiace che, ancora una volta, non si siano scelti meccanismi di consultazione diretta, magari attraverso l'indizione di un referendum consultivo, comunque possibile ai sensi dell'art. 123, comma 1, Cost., ove previsto negli Statuti regionali, su leggi e provvedimenti amministrativi delle Regioni; posto che i tempi per l'indizione e la consultazione popolare, comunque, non sarebbero di molto superiori a quelli previsti dal nuovo art. 14 *quater*, comma 3, L. 241/1990, in tal caso l'esercizio sostitutivo del Consiglio dei ministri sarebbe dotato di una base democratica maggiormente appagante e magari tale da non ritenere violato il principio di leale collaborazione, dal momento che l'Autorità di governo si troverebbe ad esercitare il proprio potere sostitutivo non avendo come referente il rappresentante dell'ente territoriale ma direttamente il volere degli interessati²³³.

Infine, a conclusione, giova rammentare che l'art. 14 *quater*, comma 3 *quinquies* mantiene "*ferme le attribuzioni e le prerogative riconosciute alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano dagli statuti speciali di autonomia e dalle relative norme di attuazione*" e che il D.L. 133/2014 convertito, con modificazioni, nella L. 164/2014 ha, da ultimo, apportato due ulteriori modifiche all'art. 14 *quater*: da un lato si precisa che la delibera del Consiglio dei ministri sia atto di alta amministrazione e, dall'altro, che la medesima debba essere motivata ove in contrasto con un motivato dissenso²³⁴.

²³³ Sul sistema referendario locale, anche nell'esperienza costituzionale della Confederazione Elvetica, v. A. DI GIOVINE, *I referendum locali*, in *Referendum. Problemi teorici ed esperienze costituzionali* (a cura di M. LUCIANI e M. VOLPI), Roma-Bari. Si segnali, peraltro, l'entrata in vigore nella Repubblica di San Marino della Legge Qualificata 1/2013 recante *Disposizioni sul referendum e sull'iniziativa legislativa popolare*.

²³⁴ Sulle conseguenze della qualificazione in termini di atto di alta amministrazione, si rinvia a G. SGUEO, *Gli atti di alta amministrazione e gli atti politici. Analogie e differenze*, in *Dir. amm.*, 2007. In generale va osservato che, a differenza dell'atto politico, l'atto di alta amministrazione deve essere motivato ed è impugnabile, ancorché il sindacato giurisdizionale sia in tal caso compresso rispetto all'impugnazione di un tradizionale provvedimento amministrativo; per un'applicazione giurisprudenziale, si rinvia a TAR Lazio, Roma, Sez. I *Ter*, 21.3.2012, n.2697.

6.1.22. (segue) *Il procedimento della conferenza di servizi in caso di V.I.A. e V.A.S.*

Al fine di analizzare i rapporti tra la disciplina della conferenza di servizi e gli istituti che caratterizzano la parte generale del diritto ambientale²³⁵ occorre preliminarmente rammentare che la valutazione d'impatto ambientale (VIA) - prevista dagli artt. 4, comma 4, lett. b), e 5, comma 1, lett. b), D. Lgs. 152/2006²³⁶ e disciplinata dai successivi articoli da 19 a 29²³⁷ - tecnicamente costituisce un parere obbligatorio e vincolante, finalizzato a individuare, descrivere e valutare gli effetti diretti ed indiretti di un *progetto* sulla salute umana e su alcune componenti ambientali quali la fauna, la flora, il suolo, le acque, l'aria, il clima, il paesaggio e il patrimonio culturale, nonché a individuare, descrivere e valutare l'interazione fra questi fattori e componenti biotiche e abiotiche; in generale, il procedimento per il rilascio della VIA si

²³⁵ Sebbene ancora oggi non si rinvenga a livello normativo una definizione chiara ed esplicita di "ambiente", la dottrina (R. GRECO, *VIA, VAS e AIA: queste sconosciute*, in www.giustiziaamministrativa.it.) ritiene che "si sia ormai affermata una nozione unitaria e autonoma di ambiente, da intendersi come 'equilibrio ecologico', derivante dall'interazione dei vari beni ambientali e caratterizzato dalla potenziale rigenerazione delle risorse che lo compongono, individuato come interesse in sé meritevole di protezione. Insomma, si tratta di un concetto di ambiente come "valore", piuttosto che come bene, avallato anche dalla Corte Costituzionale la quale, nell'interpretare l'art. 117 Cost., che nella versione modificata dalla riforma del Titolo V operata nel 2001 attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la materia 'tutela dell'ambiente', ha affermato che questa costituisce una materia sui generis, corrispondente a un valore di natura trasversale, in cui le competenze statali possono interferire con competenze attribuite alle Regioni, p.es. in materia di governo del territorio".

²³⁶ Secondo l'art. 4, comma 4, lett. b), del D. Lgs. 152/2006 la valutazione d'impatto ambientale dei progetti "ha la finalità di proteggere la salute umana, contribuire con un migliore ambiente alla qualità della vita, provvedere al mantenimento delle specie e conservare la capacità di riproduzione dell'ecosistema in quanto risorsa essenziale per la vita. A questo scopo, essa individua, descrive e valuta, in modo appropriato, per ciascun caso particolare, gli impatti diretti e indiretti di un progetto sui seguenti fattori: 1) l'uomo, la fauna e la flora; 2) il suolo, l'acqua, l'aria e il clima; 3) i beni materiali ed il patrimonio culturale; 4) l'interazione tra i fattori di cui sopra".

²³⁷ In questo contesto, si fa riferimento alla c.d. VIA ordinaria, disciplinata dal Codice dell'ambiente, che va tuttavia tenuta distinta dalla c.d. VIA speciale, relativa ai progetti delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale e disciplinata dagli artt. 182-185 Codice degli appalti pubblici.

inserisce all'interno di un procedimento principale, finalizzato ad assentire la realizzazione dell'opera o dell'intervento di trasformazione del territorio contemplata nel progetto sottoposto a valutazione ambientale.

All'interno del procedimento unico previsto dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003, per la peculiarità delle valutazioni che derivano dalla tendenziale assolutezza dell'interesse ambientale, il procedimento volto al rilascio della VIA e disciplinato nelle disposizioni da ultimo richiamate continuerà a mantenere la propria autonomia, atteggiandosi pertanto a sub procedimento autonomo, ancorché *strutturalmente* inglobato nella conferenza di servizi.

Correlativamente, il provvedimento di assenso o di diniego ovvero l'eventuale inerzia serbata saranno suscettibili di ledere direttamente ed immediatamente il soggetto destinatario, così come eventuali terzi controinteressati, con la conseguenza che le tutele processuali rappresentate dalle azioni di cui agli artt. 29 ss. c.p.a. dovranno essere tempestivamente ed autonomamente esperite, ove la parte privata si dichiari lesa.

Dal canto suo, la valutazione ambientale strategica (VAS) - prevista dagli artt. 4, comma 4, lett. a), e 5, comma 1, lett. a), D. Lgs. 152/2006²³⁸ e disciplinata dai successivi articoli da 11 a 18 - si concreta non tanto in un parere, quanto nell'obbligo di valutazione degli effetti sull'ambiente di determinati *piani e programmi*; il procedimento di VAS richiede, dunque, che, tra i vari elementi di cui bisogna tener conto nell'attività di pianificazione, ci siano anche le esigenze di tutela ambientale.

Nel contesto della pianificazione energetica, nazionale e regionale, il procedimento volto al rilascio della VAS dovrà essere attivato in occasione

²³⁸ Secondo l'art. 4, comma 4, lett. a), del D. Lgs. 152/2006 la valutazione ambientale strategica dei piani e dei programmi *"ha la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione, dell'adozione e approvazione di detti piani e programmi assicurando che siano coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile"*.

dell'elaborazione, rispettivamente, del Piano energetico nazionale (P.E.N.) e del Piano energetico e ambientale regionale (P.E.A.R.).

Ciò posto, occorre evidenziare innanzi tutto la regola generale di cui all'art. 14 *ter*, comma 4, della L. 241/1990, secondo il quale *"nei casi in cui sia richiesta la VIA, la conferenza di servizi si esprime dopo aver acquisito la valutazione medesima"* ed il termine per la conclusione del procedimento di conferenza *"resta sospeso, per un massimo di novanta giorni, fino all'acquisizione della pronuncia sulla compatibilità ambientale"*.

La medesima disposizione contiene anche alcune disposizioni finalizzate a garantire il rispetto del termine di novanta giorni previsto per l'acquisizione della VIA.

In particolare, si prevede che, se la V.I.A. non interviene entro il termine previsto, *"l'amministrazione competente si esprime in sede di conferenza di servizi, la quale si conclude nei trenta giorni successivi al termine predetto. Tuttavia, a richiesta della maggioranza dei soggetti partecipanti alla conferenza di servizi, il termine di trenta giorni è prorogato di altri trenta giorni nel caso che si appalesi la necessità di approfondimenti istruttori"*.

Inoltre, gli ultimi due periodi del comma 4 (aggiunti in sede di conversione del D.L. 78/2010) prevedono che *"per assicurare il rispetto dei tempi, l'amministrazione competente al rilascio dei provvedimenti in materia ambientale può far eseguire anche da altri organi dell'amministrazione pubblica o enti pubblici dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero da istituti universitari, tutte le attività tecnico-istruttorie non ancora eseguite. In tal caso gli oneri economici diretti o indiretti sono posti a esclusivo carico del soggetto committente il progetto, secondo le tabelle approvate con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze"*.

Al fine di accelerare il rilascio della VIA e di evitare la duplicazione di valutazioni già effettuate in sede di VAS, il D.L. 78/2010 ha introdotto nell'art.

14 *ter*, il comma 4 *bis*, secondo il quale "*nei casi in cui l'intervento oggetto della conferenza di servizi è stato sottoposto positivamente a valutazione ambientale strategica (VAS), i relativi risultati e prescrizioni, devono essere utilizzati, senza modificazioni, ai fini della VIA, qualora effettuata nella medesima sede, statale o regionale, ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152*".

Pertanto, ove vi sia coincidenza tra l'amministrazione competente ad effettuare la VAS in sede di pianificazione e quella competente al rilascio della VIA per la valutazione del progetto, i risultati e le prescrizioni contenuti nella VAS devono trovare automatico recepimento nel provvedimento di VIA.

Nel caso dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 D. Lgs. 387/2003, questa previsione potrà trovare concreta applicazione ove la VIA richiesta dal progetto da assentire sia di competenza regionale e il progetto sia già stato preso in considerazione ai fini dell'approvazione del Piano energetico e ambientale regionale.

L'art. 14 *ter*, comma 5, puntualizza che, nei procedimenti relativamente ai quali sia già intervenuta la decisione concernente la VIA, le disposizioni di cui all'art. 14 *quater*, comma 3, e quelle di cui agli articoli 16, comma 3, e 17, comma 2, "*si applicano alle sole amministrazioni preposte alla tutela della salute, del patrimonio storico-artistico e della pubblica incolumità*", lasciando così intendere che l'eventuale VIA negativa intervenuta al di fuori della conferenza di servizi non è superabile attraverso il meccanismo di cui all'art. 14 *quater*, comma 3.

Il dissenso espresso dall'amministrazione competente al rilascio della VIA non potrà, dunque, essere superato attraverso il procedimento aggravato disciplinato dall'art. 14 *quater* nel caso in cui un'amministrazione portatrice di interesse sensibile manifesti il proprio dissenso qualificato.

Conseguentemente, l'art. 14 *quater*, comma 5, prevede in caso di VIA negativa la possibilità di ricorrere al diverso meccanismo di cui all'art. 5,

comma 2, lett. *c-bis*), L. 400/1988; pertanto, per concludere positivamente il procedimento in conferenza²³⁹, la questione dovrà essere deferita dal Presidente del Consiglio dei ministri al Consiglio dei ministri, a prescindere, sembra, dalla competenza statale o regionale della VIA.

Con riferimento, invece, all'ipotesi di silenzio serbato sulla VIA statale, già si è visto che l'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, primo periodo, prevede l'esercizio, su istanza o delle amministrazioni interessate o della parte istante, del potere sostitutivo sempre del Consiglio dei ministri, in attuazione peraltro dell'art. 26, comma 2, Codice dell'ambiente, il quale prevede la medesima disciplina anche per la VIA regionale, fino a che non intervengano specifiche norme regionali derogatorie all'esercizio di tale potere sostitutivo.

In buona sostanza, vuoi che sulla VIA sia stato espresso diniego espresso, vuoi che l'amministrazione competente sia rimasta inerte, la relativa decisione prima o poi potrà transitare attraverso una delibera del Consiglio dei ministri, nel primo caso ai sensi dell'art. 14 *quater*, comma 5, L. 241/1990 che rinvia all'art. 5, lett. *c bis*), L. 400/1988, mentre nel secondo caso ai sensi dell'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, primo periodo, L. 241/1990 che rinvia all'art. 26, comma 2, D. Lgs. 152/2006.

6.1.23. *Le condizioni di legittimità per l'esercizio della potestà di autotutela.*

Gli artt. 14 ss. L. 241/1990 nulla recano con riferimento alle delicate questioni connesse all'adozione di provvedimenti di secondo grado in relazione alle determinazioni espresse dalle singole amministrazioni all'interno della

²³⁹ L'art. 5, comma 2, lett. *c-bis*), L. 400/1988 attribuisce al "Consiglio dei Ministri, ai fini di una complessiva valutazione ed armonizzazione degli interessi pubblici coinvolti, la decisione di questioni sulle quali siano emerse valutazioni contrastanti tra amministrazioni a diverso titolo competenti in ordine alla definizione di atti e provvedimenti".

conferenza e in relazione al provvedimento (finale) adottato dall'amministrazione procedente al termine della conferenza medesima.

L'indagine avente ad oggetto la possibilità di riconoscere ovvero escludere la potestà delle singole amministrazioni di agire, unilateralmente, in autotutela sulle determinazioni assunte in seno alla conferenza va affrontata partendo dal presupposto argomentativo relativo alla natura giuridica della conferenza di servizi decisoria.

Infatti, seguendo l'orientamento dominante, secondo il quale la conferenza si risolve in un mero modulo organizzativo, potrebbe sostenersi la tesi secondo la quale le singole amministrazioni siano legittimate, anche dopo l'adozione della determinazione finale in esito della conferenza, ad annullare o revocare gli assensi ivi espressi; tale evenienza, evidentemente, risulta, invece, logicamente preclusa se si propende per la qualificazione della conferenza in termini di organo collegiale portatore di una competenza autonoma rispetto alle originarie amministrazioni.

Tuttavia, nonostante la prima conclusione possa ritenersi logicamente congrua rispetto alla più volte dichiarata natura di "*mero modulo procedimentale, insuscettibile di alterare le competenze*"²⁴⁰, la tesi che ammette l'esercizio della potestà in autotutela in capo alle singole amministrazioni interessate risulta non condivisibile per alcune ragioni.

Innanzitutto, oltre a ribadire che il legislatore non ha previsto esplicitamente la possibilità delle amministrazioni partecipanti di riesaminare le posizioni espresse in conferenza di servizi, si deve rilevare che, secondo l'art. 14 *quater*, comma 1, il dissenso deve essere manifestato, a pena di inammissibilità, all'interno della conferenza di servizi; pertanto, dopo la conclusione dei lavori della conferenza, è la stessa disciplina positiva che

²⁴⁰ Sulla natura giuridica della conferenza di servizi, v. *supra* al § 6.1.13.

induce ad escludere che le amministrazioni partecipanti possano riesaminare, unilateralmente, le posizioni in precedenza espresse.

In buona sostanza, l’emanazione di un provvedimento di secondo grado, vuoi ai sensi dell’art. 21 *quinquies*, vuoi ai sensi dell’art. 21 *nonies* della L. 241/1990, da parte di un’amministrazione che ha partecipato alla conferenza, sarebbe assimilabile ad un dissenso postumo, vietato dal primo comma dell’art. 14 *quater*.

Inoltre l’avviso favorevole espresso da un’amministrazione che ha partecipato alla conferenza è frutto di valutazioni comuni e contestuali di tutti gli interessi pubblici coinvolti, che confluiscono nella determinazione motivata di conclusione del procedimento. Pertanto, tale avviso si configura come un atto endoprocedimentale, che non può essere rimosso unilateralmente una volta che ha prodotto i suoi effetti²⁴¹.

Dubbi sono sorti anche in relazione alla possibilità per l’amministrazione procedente di agire in autotutela (mediante provvedimenti di revoca, annullamento d’ufficio e convalida) sulla determinazione conclusiva di cui all’art. 14 *ter*, comma 6 *bis*.

Tuttavia, la prevalente dottrina²⁴² e giurisprudenza²⁴³ ammettono tale possibilità a condizione che sia rispettato il principio del c.d. *contrarius actus* e

²⁴¹ In tal senso, F. SCIARRETTA, *Nuove questioni in tema di Conferenza di Servizi*, in *Il Foro Amministrativo*, 2012.

²⁴² R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008, secondo i quali le decisioni assunte all’esito della conferenza decisoria “sono immediatamente esecutive, salvo l’esercizio (d’ufficio o su istanza di una delle amministrazioni intervenute), del potere di autotutela da parte dell’amministrazione decidente, soggetta, però, alla procedura del c.d. *contrarius actus*; è necessario, quindi, seguire il medesimo procedimento d’emanazione degli atti che si intende rimuovere o modificare, l’amministrazione dovendo convocare nuovamente la conferenza, alla quale dovranno partecipare tutte le amministrazioni precedentemente intervenute”.

²⁴³ Si veda la già citata pronuncia resa da Cons. Stato, VI Sez., 1.8.2012, n. 4400, con la quale è stata accertata l’illegittimità del provvedimento di convalida (provvedimento di secondo grado di tipo confermativo) adottato dalla Regione Calabria in relazione alla conferenza di servizi indetta, diretta e conclusa dalla Provincia di Cosenza, per il rilascio dell’autorizzazione unica necessaria per la riattivazione della centrale termoelettrica del Mercure. In particolare il Consiglio di Stato ha ritenuto che la convalida degli atti della conferenza, da parte

tale tesi appare condivisibile in quanto l'amministrazione procedente e la conferenza di servizi non sono soggetti sovrapponibili, avendo ciascuna una propria competenza definita dal modello legale di cui al combinato disposto dell'art. 14, comma 2, con l'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*.

Infatti, in base a tale modello legale, l'amministrazione procedente è competente per l'adozione della decisione finale, previa valutazione delle specifiche risultanze della conferenza di servizi, mentre spetta a quest'ultima la formazione del suo contenuto.

Pertanto - posto che le determinazioni di competenza della conferenza sono autonome e distinte rispetto alla determinazione conclusiva di competenza dell'amministrazione procedente, compendiandosi le prime nella valutazione collegiale scaturente dall'incontro e dalla conoscenza delle reciproche posizioni dei soggetti partecipanti - si deve ritenere che l'esercizio del potere di autotutela sia legittimo solo ove posto in essere da parte dell'amministrazione procedente (e non già, singolarmente, da parte delle amministrazioni a vario titolo coinvolte nell'adozione del provvedimento di primo grado), ed, inoltre, a patto che avvenga una nuova "*valutazione contestuale*" degli interessi pubblici e, quindi, una nuova convocazione della conferenza di servizi.

6.2. *I profili sostanziali.*

dell'amministrazione deputata per legge ad indirla e dirigerla, non produca effetto sanante (non potendosi porre rimedio all'invalidità del procedimento se non attraverso la sua integrale rinnovazione) perché "*dal punto di vista dell'attribuzione del potere, e quindi del soggetto chiamato ad esprimersi secondo la disciplina procedimentale definita dall'art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, alla Regione va riconosciuto il ruolo e la responsabilità di amministrazione competente a condurre i lavori e ad assumere il provvedimento finale, ma la formazione del titolo abilitativo funzionale alla costruzione e all'esercizio degli impianti di cui trattasi spetta esclusivamente alla conferenza di servizi. I due soggetti (Regione e conferenza) non sono sovrapponibili, data la diversità di attribuzioni e di funzioni in seno al procedimento: ne deriva che la Regione non avrebbe potuto comunque porre rimedio ad un vizio che permea l'intero procedimento, che non apparteneva alla sua competenza, ma a quella dell'intera conferenza*".

6.2.1. *Il contenuto e la natura giuridica dell'autorizzazione unica.*

La caratteristica principale dell'autorizzazione unica è rappresentata dal fatto di sostituire tutti gli atti di assenso che sarebbero stati necessari per la realizzazione e l'esercizio di un impianto per la produzione di energia elettrica.

Infatti, la sua conformità alla determinazione motivata assunta in conferenza di servizi rappresenta il presupposto per la sua idoneità a sostituire ogni atto di assenso manifestato dalle amministrazioni coinvolte nel procedimento unico (art. 15.1 D.M. 10 settembre 2010), giacché tale titolo energetico costituisce la sintesi dinamica di tutti gli interessi emersi durante la fase istruttoria e del loro bilanciamento.

L'unico provvedimento che mantiene la sua autonomia è la Valutazione di impatto ambientale che, ove prevista, deve essere previamente o contestualmente richiesta all'autorizzazione unica.

L'autorizzazione unica costituisce, allora, il titolo per costruire ed esercire non solo l'impianto, ma anche le opere e le infrastrutture connesse²⁴⁴ (art. 12, comma 1, D. Lgs. 387/2003; art. 15.2 D.M. 10 settembre 2010; art. 5, comma 1, D. Lgs. 28/2011).

La giurisprudenza riconosce, tuttavia, che le opere necessarie per la posa di pannelli fotovoltaici non possono sempre ed automaticamente considerarsi alla stregua di un'opera (civile) connessa: non quando la struttura dia luogo,

²⁴⁴ Ai sensi dell'art. 3 D.M. 10 settembre 2010, tra le opere e le infrastrutture connesse vanno ricompresi anche le opere ausiliarie e quelle necessarie alla connessione alla rete elettrica, specificamente indicate nel preventivo di connessione redatto dal gestore della rete di trasmissione nazionale o di distribuzione locale; non sono, invece, opere connesse i nuovi elettrodotti o i potenziamenti di elettrodotti esistenti facenti parte della rete di trasmissione nazionale, per i quali dovrà esser seguito un procedimento autonomo coerente con il Piano di sviluppo della rete redatto da Terna s.p.a., sottoposto a VAS ed approvato dal Ministro dello Sviluppo Economico, ai sensi del D.M. 20 aprile 2005; analogamente, non sono opere connesse gli interventi sulla rete di distribuzione locale per i quali sia prevista la VIA di competenza regionale, ai sensi dell'Allegato III alla Parte II del D. Lgs. 152/2006.

complessivamente considerata, ad un manufatto che potenzialmente sia suscettibile di un utilizzo diverso da quello connesso alla produzione di energia, nel qual caso dovrà essere autonomamente chiesto ed ottenuto specifico permesso di costruire (o altro titolo edilizio minore)²⁴⁵.

Analogamente, la giurisprudenza si è pronunciata con riferimento a delle serre per la coltivazione idroponica delle fragole tributarie del calore generato da un impianto di co-generazione alimentato da biomasse legnose²⁴⁶.

L'autorizzazione unica, inoltre, ove occorra, costituisce dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle opere (art. 12, comma 1, D. Lgs. 387/2003; art. 15.2, D.M. 10 settembre 2010), con la conseguenza che il proponente può chiedere di essere autorizzato a realizzare l'impianto su un'area di proprietà altrui, previa acquisizione mediante espropriazione per pubblica utilità.

In tale ipotesi, al proprietario del fondo da espropriare per la realizzazione dell'impianto va riconosciuta la legittimazione a ricorrere.

²⁴⁵ TAR Piemonte, I Sez., 25.10.2013, n. 1139, secondo cui "un pannello fotovoltaico ancorato alla falda di un tetto, ad un muro o al suolo all'evidenza non può avere alcun diverso utilizzo, e quindi tutte le opere necessarie per la relativa posa e funzionamento possono qualificarsi come impianti; ma quando il pannello, come nel caso di specie, di fatto svolge, esso stesso, un ruolo di copertura, andrà considerato anche come tale, allo stesso modo in cui un locale caldaia di dimensioni sovrabbondanti, rispetto a quelle strettamente necessarie per il ricovero della caldaia, non può considerarsi un mero locale tecnico". Parzialmente difforme pare, tuttavia, TAR Molise, I Sez., 7.2.2013, n. 91, allorché ritiene che una tettoia, unitamente ad un piccolo e sottostante manufatto in lamiera, sia parte integrante dell'impianto fotovoltaico e, pertanto, ancorché non assentito con autonomo permesso di costruire, non possa essere qualificabile come abusivo e destinatario di un ordine di demolizione, in quanto ricompreso fra le "opere connesse e le infrastrutture indispensabili" all'impianto già assentito con autorizzazione unica

²⁴⁶ Cons. Stato, V Sez., 27.5.2014, n. 2699; TAR Piemonte, I Sez., 12.7.2013, n. 872, ove si afferma che "per opera connessa o per infrastruttura indispensabile alla costruzione ed all'esercizio degli impianti devono intendersi solo le costruzioni che si compendiano ed in cui hanno sede gli impianti di produzione della energia elettrica nonché quelli che servono per trasportare la stessa dalla centrale agli edifici che beneficiano dell'energia così prodotta ovvero al punto di raccordo con la rete nazionale di distribuzione; (...) le serre per la coltura delle fragole costituiscono strutture che in nulla contribuiscono al processo di produzione e distribuzione dell'energia elettrica, della quale esse semplicemente beneficiano. Che l'efficacia della autorizzazione unica possa essere stata in concreto condizionata alla realizzazione delle serre non significa affatto che queste possano considerarsi un'opera indispensabile per la costruzione e la manutenzione in esercizio dell'impianto".

Tuttavia, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che resta preclusa al giudice ogni considerazione sul presunto ordine gerarchico fra interessi pubblici e privati, avendo la legge considerato prevalente l'interesse pubblico allo sfruttamento delle fonti di energia alternativa rispetto all'interesse dominicale del proprietario²⁴⁷.

La regola subisce un'importante eccezione con riferimento agli impianti alimentati a biomassa (e, per *analogia legis*, a bioliquidi e biogas) e per quelli fotovoltaici, per il quali l'art. 12, comma 4 *bis*, D. Lgs. 387/2003 (inserito dall'art. 27, comma 42, L. 99/2009) richiede che il proponente debba dimostrare la disponibilità del suolo nel corso del procedimento e, comunque, prima dell'emanazione dell'autorizzazione unica.

La ragione di tale esclusione non è chiara ma è verosimile ritenere che il legislatore abbia valutato negativamente i pregiudizi che potrebbero derivare ad un privato in conseguenza dell'espropriazione di vaste aree necessarie per la realizzazione di un impianto a biomassa o di un parco fotovoltaico, i quali, per le caratteristiche tecniche delle strutture e a differenza degli aerogeneratori, si sviluppano prevalentemente in orizzontale; l'esclusione, comunque, non opera per le opere e le infrastrutture connesse, le quali, pertanto, potranno legittimare l'instaurazione di un procedimento espropriativo per la loro realizzazione.

L'autorizzazione unica può anche costituire una servitù coattiva di passaggio in favore dell'impianto, ai sensi dell'art. 1056 c.c.²⁴⁸, secondo cui "*ogni proprietario è tenuto a dare passaggio per i suoi fondi alle condutture elettriche in conformità delle leggi in materia*"; la disposizione, infatti, integra il contenuto precettivo dell'art. 43, comma 6 *bis*, D.P.R. 327/2001 che espressamente consente l'imposizione di servitù coattive in favore di "*soggetti*

²⁴⁷ TAR Campania, Napoli, V Sez., 16.3.2010, n. 1479.

²⁴⁸ Cons. Stato, IV Sez., 12.6.2009, n. 3723, con riferimento alla costituzione coattiva di una servitù di sorvolo per le pale di un aerogeneratore su fondo altrui, non espressamente contemplata né dal Codice civile, né dal T.U. Espropriazioni ma, comunque, ricavabile da una lettura giurisprudenziale sistematica.

privati che svolgono, anche in base alla legge, servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, delle telecomunicazioni, acqua, energia" e rappresenta una delle conseguenze che derivano dal fatto che l'autorizzazione unica costituisce dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza.

Nel titolo energetico sono contenute, in generale, tutte quelle prescrizioni di natura conformativa per la realizzazione dell'impianto e per l'esercizio dell'attività di produzione dell'energia elettrica.

Da questo punto di vista, l'interesse personale, attuale e concreto ad impugnare l'autorizzazione unica si ravvisa in capo al proprietario frontista all'area nella quale è localizzato l'impianto, attesa la potenziale incidenza negativa che la sua vicinanza comporta sul valore commerciale degli immobili²⁴⁹.

Una posizione giuridica differenziata va anche attribuita al gestore della rete di trasmissione nazionale o di distribuzione locale, poiché le variazioni nella produzione di energia elettrica influiscono sensibilmente sulle prestazioni e sulla capacità della rete e, dunque, sugli equilibri che sono affidati alla cura del gestore²⁵⁰.

La legittimazione a ricorrere spetta anche ad un ente pubblico territoriale straniero contro quei provvedimenti emanati da amministrazioni italiane che, per la loro intrinseca natura, non si arrestano ai confini dello Stato e possono assumere la valenza di un contiguo impatto ambientale transfrontaliero, imponendosi tale approccio ricostruttivo sia in virtù del principio di non discriminazione sancito dall'art. 12 T.U.E., sia in forza dei principi costituzionali di parità di trattamento *ex art. 3 Cost.* e di garanzia del diritto di azione a tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi riconosciuto dall'art. 24 Cost. a *tutti*, a prescindere dalle condizioni personali e sociali, quindi

²⁴⁹ TAR Toscana, II Sez., 25.6.2007, n. 939.

²⁵⁰ C.G.A. 28.4.2008, n. 367; v. M. NICOLINI, *La saturazione virtuale delle reti e il costo per la prenotazione di capacità*, in G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *Annuario di diritto dell'energia, Regole e mercato delle energie rinnovabili*, 2013, Il Mulino.

anche dalla cittadinanza o (quanto alle persone giuridiche, siano esse pubbliche o private) dalla nazionalità²⁵¹.

Nell'autorizzazione unica deve, inoltre, essere indicato, a carico del soggetto esercente, l'obbligo di rimessa in pristino dello stato dei luoghi a seguito della dismissione e, per i soli impianti idroelettrici, specifiche misure di reinserimento e recupero ambientale (art. 15.4, D.M. 10 settembre 2010).

La giurisprudenza ha, ad esempio, ritenuto legittima la previsione di una fideiussione a garanzia della rimozione dell'impianto fotovoltaico in caso di cessazione dell'attività di produzione dell'energia, *"non costituendo prestazione impositiva ex art. 23 Cost., come tale da prevedere solo per legge, quanto piuttosto un'obbligazione contrattuale assunta dal terzo garante, al fine di cautelare l'ente territoriale da eventuali inadempimenti del costruttore"*²⁵².

L'autorizzazione unica prevede un termine per l'avvio e la conclusione dei lavori, decorsi i quali, salvo proroga, la stessa perde efficacia (art. 15.5 D.M. 10 settembre 2010); va, a tal proposito, rilevato che la giurisprudenza ha ritenuto inapplicabile all'autorizzazione unica l'art. 15 D.P.R. 380/2001 (T.U. Edilizia) sulla decadenza del permesso di costruire per mancato inizio dei lavori entro un anno dal rilascio, dal momento che, secondo la disposizione speciale di cui all'art. 2, comma 159, L. 244/2007 (Legge finanziaria per l'anno 2008), l'avvio della realizzazione dell'impianto si considera effettuato quando sussiste, alternativamente: a) l'acquisizione della disponibilità delle aree; b) l'accettazione del preventivo di allacciamento alla rete; c) l'indizione di gare d'appalto e la conclusione di contratti aventi ad oggetto la fornitura di macchinari o per la realizzazione di opere relative all'impianto ovvero la

²⁵¹ Cons. Stato, VI Sez., 22.9.2014, n. 4775, punto 9, con riferimento alla legittimazione processuale attiva del Comune austriaco di *Gries am Brenner* e di un consorzio alpino austriaco denominato *Osterreichischer Alpenverein* ad impugnare una Valutazione di impatto ambientale rilasciata dalla Giunta della Provincia autonoma di Bolzano per la realizzazione di un parco eolico, da assentire con autorizzazione unica, sul dorso montuoso *Sattelberg* nel Comune di Brennero.

²⁵² TAR Puglia, Lecce, I Sez., 29.1.2009, n. 118.

conclusione di contratti per il finanziamento o l'ottenimento delle misure di incentivazione²⁵³.

Gli impianti assentiti con autorizzazione unica non scontano il pagamento del contributo di costruzione per espressa esenzione contenuta negli artt. 17 e 123 T.U. Edilizia, "*in coerenza con l'esigenza di un corretto uso delle risorse energetiche, del contenimento dei consumi e dell'utilizzo sempre maggiore di fonti rinnovabili, per motivi sia economici che di tutela ambientale*"²⁵⁴ (art. 8 D.M. 10 settembre 2010); sono, però, dovuti gli oneri di urbanizzazione di cui all'art. 19 T.U. Edilizia, nonché, ove previsti dalla legislazione regionale²⁵⁵, gli oneri istruttori finalizzati a coprire le spese istruttorie, determinati sulla base dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione della fonte utilizzata e rapportati al valore degli interventi in misura comunque non superiore allo 0,03% dell'investimento (art. 9 D.M. 10 settembre 2010), purché essi non rappresentino celatamente misure di compensazione patrimoniali²⁵⁶.

L'impianto per la produzione di energia elettrica rileva, inoltre, ai fini dell'accatastamento e dell'applicazione della tassazione sugli immobili, ove permanentemente posizionati sul suolo²⁵⁷.

²⁵³ TAR Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 2.12.2010, n. 34945; TAR Puglia, Bari, III Sez., 22.4.2009, n. 983.

²⁵⁴ TAR Veneto, III Sez., 14.12.2004, n. 4328.

²⁵⁵ TAR Puglia, Lecce, I Sez., 13.4.2011, n. 657 ha ritenuto illegittima una Delibera di Giunta regionale per la quale il pagamento degli oneri istruttori veniva posto a carico anche di tutte le procedure *in itinere*, rilevandosi che gli oneri istruttori devono essere quantificabili già al momento di presentazione della domanda, onde consentire la redazione di un piano economico consapevole.

²⁵⁶ Sulla definizione e sul divieto di imposizione di misure di compensazione patrimoniali, v. *infra* dal § 6.2.17 al § 6.2.18.

²⁵⁷ La Risoluzione dell'Agenzia del Territorio del 6.11.2008, n. 3/T, in merito alla classificazione e determinazione della rendita catastale delle centrali fotovoltaiche (ovvero dei soli impianti di grandi dimensioni costruiti per immettere l'energia prodotta nella rete per la vendita) ha ritenuto che esse vadano qualificate come unità immobiliari a se stanti, da classificarsi come *opifici* nella categoria D1 e che, nella determinazione della rendita catastale vadano considerati anche i pannelli fotovoltaici, in analogia con la giurisprudenza formatasi in materia di turbine delle centrali elettriche, su cui v. Cass. Civ., Sez. trib., 27.10.2009, n. 22690; *contra* S. CHIRICHIGNO e V. CIRIMBILLA, *L'assimilazione degli impianti fotovoltaici agli opifici*, in *Corr. trib.*, 10, 2010.

L'autorizzazione unica reca in sé la tipica funzione di rimozione amministrativa degli ostacoli per l'attribuzione di facoltà derivanti da posizioni giuridiche di vantaggio già riconosciute alle persone fisiche e giuridiche dall'ordinamento, tant'è che, tra le *Disposizioni generali*, l'art. 1 D.M. 10 settembre 2010 statuisce espressamente che l'attività di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile è attività libera, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico, da ricondurre nel più ampio contesto della liberalizzazione della produzione e della vendita nel settore energetico, ai sensi dell'art. 1 D Lgs. 79/1999.

Il parametro costituzionale di riferimento è, pertanto, l'art. 41 Cost²⁵⁸.

La giurisprudenza amministrativa è stata chiamata a valutare la legittimità delle operazioni poste in essere, negli ultimi anni, da molti enti locali che hanno assegnato vere e proprie *concessioni* onerose per la costruzione di impianti su terreni di proprietà privata (eventualmente soggetti ad esproprio), aventi durata molto lunga, aggiudicate in base al massimo rialzo sul corrispettivo fisso ed a percentuale. Al concessionario, selezionato mediante procedura di evidenza pubblica, è stata spesso imposta la sottoscrizione di apposite convenzioni, nelle quali il corrispettivo posto a carico dell'impresa è stato giustificato anche a titolo di "*misura di compensazione*".

In proposito, si è andato affermando un indirizzo che può dirsi ormai consolidato e recepito nell'art. 1 D.M. 10 settembre 2010, secondo il quale:

a) il legislatore ha definitivamente collocato la produzione e la vendita di energia elettrica nell'alveo dell'attività d'impresa concorrenziale, sì sottoposta a controllo e regolazione amministrativa ma non più riservata alla mano pubblica, né soggetta a regime di privativa o di contingentamento; nell'ambito della generale liberalizzazione dell'attività di produzione di energia elettrica, si colloca anche la liberalizzazione, persino più marcata (a scopo incentivante),

²⁵⁸ Sul rapporto tra liberalizzazione di un'attività economica e regime amministrativo in materia energetica, v. *supra* dal § 2 al § 3.

della produzione di energia mediante fonti rinnovabili, con la previsione del tipico regime autorizzatorio; l'ordinamento comunitario e quello nazionale non ammettono, infatti, procedure pubblicistiche di natura concessoria a presidio dell'attività di produzione di energia elettrica da fonti tradizionali o rinnovabili, in quanto la costruzione e l'esercizio di impianti sono libere attività d'impresa, soggette alla sola autorizzazione unica; secondo il vigente assetto normativo, si tratta di attività economiche non riservate agli enti locali, non soggette a regime di privativa e che non rientrano nella nozione di servizio pubblico locale di cui agli artt. 112 ss. D. Lgs. 267/2000, sebbene rivestano una significativa importanza nell'ottica dell'apertura e dello sviluppo del mercato comunitario e della tutela dell'ambiente²⁵⁹;

b) i Comuni potrebbero al più concedere a titolo oneroso l'uso esclusivo di aree di loro proprietà destinate alla localizzazione degli impianti, secondo il tradizionale regime di concessione d'uso dei beni pubblici. In tal caso, infatti, oggetto della concessione sarebbe il solo uso dell'area di proprietà comunale e giammai l'attività di produzione o vendita dell'energia²⁶⁰. Rimane fermo il regime concessorio per la concessione di derivazione delle acque, prodromica

²⁵⁹ Corte Cost. 1.4.2010, n. 124 ha dichiarato incostituzionali, anche per contrasto con l'art. 41 Cost. le norme della Regione Calabria tese a stabilire limiti quantitativi alla produzione annua di energia da fonti rinnovabili sul territorio ed a sottrarre al libero mercato parte della potenza autorizzabile, per riservarla ad iniziative strategiche locali di sviluppo industriale ed economico, nonché quelle che subordinavano l'autorizzazione unica ad una Deliberazione favorevole del Consiglio comunale. Sull'illegittimità dei vincoli posti dalla programmazione energetica regionale, v. Cons. Stato, VI Sez., 19.2.2008, n. 561; TAR Campania, Salerno, 12.1.2007, n. 11. Sull'illegittimità dei vincoli posti dalla pianificazione urbanistica regionale, provinciale e comunale, v. Cons. Stato, V Sez., 26.2.2010, n. 1139; TAR Toscana, II Sez., 7.4.2011, n. 629. Sull'illegittimità derivata per non conformità agli artt. 43 e 49 T.C.E. dell'obbligo regolamentare imposto al richiedente di istituire la sede legale nel territorio regionale e di mantenerla per la durata di esercizio dell'impianto, v. TAR Sicilia, Palermo, II Sez., 18.2.2010, n. 1952; Sul difetto della potestà in capo alla Regione o al Comune di imposizione di distanze minime tra gli impianti, v. TAR Sicilia, Palermo, II Sez., 18.2.2010, n. 1952.

²⁶⁰ Sul difetto della potestà per il Comune di procedere a forme di selezione ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione della concessione avente ad oggetto la realizzazione e la gestione di un impianto per la produzione di energia elettrica su area di proprietà comunale, in quanto la titolarità spetta esclusivamente alla Regione, v. TAR Sicilia, Palermo, II Sez., 11.1.2010, n. 273.

alla realizzazione di un impianto idroelettrico e la concessione di utilizzo dei fluidi geotermici, prodromica alla realizzazione di un impianto geotermico.

c) un ente locale potrebbe sì decidere di produrre esso stesso energia elettrica, avvalendosi a tal fine di un soggetto privato, cui aggiudicare l'appalto per la realizzazione e la gestione dell'impianto per la produzione di energia da mettere a disposizione dell'ente pubblico medesimo, ma tale attività non potrebbe che avvenire, previa procedura ad evidenza pubblica nel rispetto del D. Lgs. 163/2006, in concorrenza con quella di produzione di energia elettrica da parte di altre imprese debitamente autorizzate;

In presenza di una pluralità di domande di autorizzazione concorrenti, il criterio selettivo può essere quello della priorità cronologica o della comparazione discrezionale, ma nei criteri di valutazione comparativa non può essere dato rilievo preminente alla convenienza economica, mediante una monetizzazione che è estranea alla disciplina e alle finalità da essa perseguite.

Si tratta di un'ulteriore manifestazione della natura liberalizzata dell'attività di produzione e vendita dell'energia elettrica che si riflette direttamente sulle modalità di rilascio del titolo abilitativo.

L'art. 14.3 D.M. 10 settembre 2010 prescrive che *"il procedimento viene avviato sulla base dell'ordine cronologico di presentazione delle istanze di autorizzazione, tenendo conto della data in cui queste sono considerate procedibili ai sensi delle leggi nazionali e regionali di riferimento"*.

La *ratio* di tale disposizione va riconnessa sia all'esigenza di evitare che progetti tecnicamente meno complessi vengano posposti a quelli obiettivamente più complessi, sia alla necessità di evitare che, in presenza di eventuali interferenze strutturali (qualora riguardino, ad esempio, l'installazione degli aerogeneratori) o di rete (qualora riguardino progetti di connessione), i progetti presentati prima ma valutati dopo subiscano un indebito svantaggio legato, si presume, alla inevitabile variazione del proprio progetto, onde renderlo

compatibile con quello già approvato (ma presentato comunque successivamente).

In questi termini la giurisprudenza ha chiarito che la scelta operata dalle suddette linee guida *"non appare né incongrua né irrazionale atteso che, pur se a prima vista eccessivamente rigorosa, la stessa costituisce con ogni probabilità l'unica soluzione onde garantire l'equo contemperamento tra imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa"*²⁶¹.

Anzi, espressamente si afferma che *"tale regola, per l'evidente carattere neutrale, è finalizzata ad evitare opacità nell'istruttoria sulle istanze"*²⁶².

Pertanto, la regola è nel senso che *"l'istruttoria deve essere agganciata alla data della protocollazione delle domande di autorizzazione unica"*, benché la stessa giurisprudenza riconosca che *"talvolta, istruttorie di istanze protocollate successivamente possano legittimamente concludersi prima di altre a causa della non conformità del progetto ai vincoli esistenti, delle difficoltà orografiche e ambientali, dell'oggettiva complessità di allocazione degli impianti, dell'incompletezza della documentazione o dalle minori capacità tecniche del proponente"*²⁶³.

Inoltre, importanti problemi applicativi della disposizione possono verificarsi nel momento in cui il proponente integri una istanza già protocollata con una c.d. *"modifica sostanziale"* rilevante ai sensi dell'art. 5 lett. 1 *bis*) D. Lgs. 152/2006.

In tal caso, infatti, la domanda dovrà ritenersi nuova e, pertanto, di fronte a domande presentate tra la data di protocollazione della prima istanza quella di

²⁶¹ TAR Campania, Napoli, VII Sez., 9.4.2013, n. 1877, ove, peraltro, si è avuto modo di affermare che ove la sovrapposizione procedimentale coinvolga due istanze presentate a due enti diversi (giacché la legislazione campana prevede che gli impianti aventi potenza inferiore ad 1 MW siano di competenza della Provincia mentre quelli avente potenza superiore siano di competenza della Regione), tale scelta comunque non può ricadere negativamente sui privati, dovendo piuttosto *"formare oggetto di specifica disciplina di raccordo, anche in applicazione dell'art. 15 L. 241/1990, in tema di accordi tra amministrazioni pubbliche"*.

²⁶² Cons. Stato, IV Sez., 13.10.2014, n. 5050.

²⁶³ Cons. Stato, IV Sez., 13.10.2014, n. 5050.

protocollazione dell'integrazione, essa verrà necessariamente posposta, con tutte le conseguenze in termini di interferenze tra impianti da assentire a seguito del deposito di domande contestuali.

L'art. 5 lett. 1 *bis*) D. Lgs. 152/2006 è specificamente prevista ai fini del rilascio della VIA ma viene utilizzata dalla giurisprudenza anche ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica.

Pertanto, la modifica al progetto dell'impianto da autorizzare sarà definita sostanziale laddove essa incida direttamente vuoi sulle "(...) *caratteristiche di funzionamento*", vuoi ove comportino un "*significativo potenziamento dell'impianto*"²⁶⁴.

Peraltro, ora, l'art. 5, comma 3, D. Lgs. 28/2011 prevede che con decreto del Ministro dello sviluppo economico (di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, previa intesa con la Conferenza unificata) siano individuati, per ciascuna tipologia di impianto e di fonte, gli interventi di modifica sostanziale da assoggettare ad autorizzazione unica, fermo restando il rinnovo dell'autorizzazione unica in caso di modifiche qualificate come sostanziali anche dal menzionato art. 5 D. Lgs 152/2006.

Peraltro, fino all'emanazione del Decreto ministeriale non sono considerati sostanziali e sono sottoposti alla disciplina della P.A.S., gli interventi da realizzare sugli impianti fotovoltaici, idroelettrici ed eolici esistenti, a prescindere dalla potenza nominale, che non comportano variazioni

²⁶⁴ Cons. Stato, IV Sez., 13.10.2014, n. 5050, ove viene escluso dalla nozione di modifica sostanziale, ai fini dell'applicazione dell'art. 5, comma 1 *bis*), D. Lgs. 152/2006, sia la sostituzione di un cavidotto interrato con una struttura di alta tensione a doppia linea aerea, sia la trasformazione di una stazione di trasformazione da 30 a 150 kV; tali variazioni, dunque, non essendo qualificate come sostanziali, non sono state ritenute idonee ad alterare l'ordine delle domande, con la conseguenza che le interferenze elettromagnetiche ingenerate su una turbina eolica prevista in altro progetto, da assentire a seguito di istanza presentata successivamente alla data di protocollazione della prima istanza, sono state ritenute tali da non portare all'annullamento della prima autorizzazione unica; di fatto dovendo essere risolte dalla medesima impresa che tali interferenze subisce. A titolo d'esempio, la pronuncia menziona tra le modifiche sostanziali, che incidono sulla tipologia dell'impianto, le modifiche al progetto di un impianto che da eolico diventa di co-generazione.

delle dimensioni fisiche degli apparecchi, della volumetria delle strutture e dell'area destinata ad ospitare gli impianti stessi, né delle opere connesse, restando ferme, laddove previste, le procedure di verifica di assoggettabilità e valutazione di impatto ambientale.

Per gli impianti a biomassa, bioliquidi e biogas, invece, non sono considerati sostanziali i rifacimenti parziali e quelli totali che non modifichino la potenza termica installata e il combustibile rinnovabile utilizzato.

6.2.2. *La competenza al rilascio dell'autorizzazione unica (art. 12, comma 3, D. Lgs. 387/2003 post art. 1, comma 158, L. 244/2007).*

Il testo originario dell'art. 12 D. Lgs. 387/2003 prevedeva che l'autorizzazione unica fosse emanata dalla Regione o da "*altro soggetto istituzionale delegato*".

La mancata espressa individuazione dei soggetti istituzionali cui era possibile delegare l'esercizio dei poteri autorizzatori era motivo di incertezza, che, all'indomani dell'entrata in vigore della disposizione suscitò un certo dibattito.

Da un lato, vi era chi identificava gli ulteriori soggetti istituzionali nelle Province, cui già l'art. 31, comma 2, lett. b), D. Lgs. 112/1998 aveva espressamente conferito le funzioni inerenti l'autorizzazione all'installazione e all'esercizio degli impianti per produzione di energia elettrica.

Dall'altro, era pure sostenibile che, nel silenzio di una disposizione normativa che statuisse un espresso divieto, fosse possibile delegare funzioni amministrative anche ai Comuni, nella loro qualità di enti locali più direttamente coinvolti nella localizzazione di un impianto²⁶⁵.

²⁶⁵ Ricostruisce il dibattito dottrinale originario S. FANETTI, *L'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di impianti alimentati da fonti rinnovabili*, in AA. VV., *Le politiche*

Solo con l'entrata in vigore della L. Finanziaria per il 2008 veniva eliminato il generico riferimento ai soggetti istituzionali delegati, sostituendo l'infelice locuzione con l'espressa indicazione in favore di "*Province delegate dalla Regione*"; invero, la prassi regionale si era già mossa in tal senso ma, comunque, prima della novella permanevano incertezze.

La L.R. Umbria 1/2004 (recante *Norme per l'attività edilizia*) aveva, ad esempio, affidato tali funzioni amministrative ai Comuni, dovendo, successivamente all'entrata in vigore dell'art. 2, comma 158, lett. a), L. 244/2007 (Legge Finanziaria per il 2008) trasferire le medesime alle Province.

In realtà, la giurisprudenza amministrativa si era già da tempo espressa nel senso dell'incompetenza dei Comuni al rilascio dell'autorizzazione unica²⁶⁶; veniva evidenziato, infatti, che l'unificazione delle funzioni in capo alla Regione risponde ad intuibili esigenze semplificatrici, nonché di efficienza e buon andamento della procedura, concludendo, pertanto, per l'illegittimità, sotto il profilo proprio della competenza, di un'autorizzazione unica rilasciata dal Comune.

Anche la giurisprudenza successiva ha confermato tale impostazione, ribadendo che le competenze comunali relative alla pianificazione urbanistica non comprendono, per le medesime ragioni di unificazione delle funzioni in capo all'ente territoriale superiore, potestà relative al rilascio dell'autorizzazione unica²⁶⁷.

energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili, a cura di B. POZZO, Milano, 2009, Giuffrè.

²⁶⁶ TAR Campania, Salerno, II Sez., 29.1.2007, n. 94; TAR Veneto, II Sez., 6.4.2006, n. 874 secondo il quale "*in caso di D.I.A. per il conseguimento del titolo sotto il profilo urbanistico per la realizzazione di un impianto fotovoltaico e della recinzione delimitante la struttura è legittimo il diniego opposto dal Comune, dichiarato sulla base dell'incompetenza a rilasciare il titolo, in quanto la medesima appartiene alla Regione*".

²⁶⁷ Cons. Stato, VI Sez., 31.3.2011, n. 2001, in *Foro amm. Consiglio di Stato*, n. 3/2011, secondo cui "*i permessi di costruire rilasciati dal Comune per la realizzazione dell'impianto (...) sono illegittimi in quanto viziati da incompetenza, essendo sopravvenuta per la materia la competenza regionale*"; TAR Puglia, Bari, I Sez., 1.4.2008, n. 709, in *Foro amm. TAR*, n. 4/2008.

Pertanto, è competente al rilascio dell'autorizzazione unica esclusivamente la Regione, la quale può, con atto legislativo varato dal Consiglio regionale, delegare la funzione alla Provincia ma mai al Comune, a pena dell'emersione di profili di incostituzionalità della norma regionale ove preveda tale tipo di delega²⁶⁸.

Altro aspetto collaterale alla competenza amministrativa in capo alla Regione riguardava, nella versione originaria dell'art. 12 D. Lgs. 387/2003, l'idoneità della potestà di pianificazione territoriale in capo ai Comuni a paralizzare l'atto di assenso emanato dall'ente competente; infatti, non era previsto che l'autorizzazione unica costituisse variante allo strumento urbanistico, con ciò frustrando la competenza della Regione (o della Provincia delegata) relativa anche alla localizzazione degli impianti.

Il dibattito che nacque vedeva, da una parte²⁶⁹, coloro che sostenevano la prevalenza dei piani urbanistici in assenza di una disposizione espressa che riconoscesse l'autorizzazione unica il valore di variante *ope legis* e, dall'altra, coloro che ritenevano sufficiente la qualificazione dell'impianto, operata dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003 sin dall'origine, in termini di "*opera di pubblica utilità e di indifferibilità ed urgenza*"²⁷⁰.

Aderendo implicitamente alla prima tesi²⁷¹ ma ritenendo di dover conferire alla competenza della Regione (o della Provincia delegata) l'idoneità a

²⁶⁸ Cons. Stato, IV Sez., 27.4.2012, n. 2473, secondo cui "*l'art. 21 L.R. Friuli Venezia Giulia 24/2006 non può essere interpretata nel senso di consentire una delega al Comune della funzione autorizzatorio ex art. 12 D. Lgs. 387/2003, pena l'emersione di profili di incostituzionalità della norma regionale*".

²⁶⁹ Associazione Produttori Energia da fonti Rinnovabili (A.P.E.R.), *Lettura commentata del D. Lgs. 387/2003*, 2004, in www.assorinnovabili.it.

²⁷⁰ A. CREMONE, *I procedimenti autorizzatori per la realizzazione di impianti eolici*, 2011, Edizioni Scientifiche Italiane.

²⁷¹ Effettivamente la qualificazione dell'impianto in termini di "*opera di pubblica utilità indifferibile ed urgente*" rileva ai fini di un eventuale procedimento di espropriazione per pubblica utilità, necessario nel caso in cui l'impianto sia localizzato su area appartenente ad un soggetto diverso dal proponente; la locuzione richiama, infatti, la fase del procedimento di espropriazione menzionata all'art. 8, n. 2), D. Lgs. 237/2001 (T.U. Espropriazioni) e disciplinata dagli artt. 12-14 D. Lgs. 327/2001 (T.U. Espropriazioni); da un punto di vista formale, pertanto,

prevalere anche su disposizioni della pianificazione urbanistica contrastanti, l'art. 2, comma 158, lett. b), L. 244/2007 (Legge Finanziaria per il 2008) intervenne sulla disposizione esplicitando che l'autorizzazione unica "*costituisce variante, ove occorra, allo strumento urbanistico*".

Come evidenziato in giurisprudenza²⁷², pertanto, nel caso in cui il progetto da autorizzare sia *ab origine* non conforme alle previsioni di piano approvate dal Consiglio comunale, comunque all'amministrazione comunale sarà precluso in conferenza di servizi di motivare un proprio diniego esclusivamente sulla base di tale rilievo, dal momento che si tratterebbe di un contrasto solamente apparente, in quanto legislativamente risolto in favore della competenza in capo all'amministrazione procedente.

Da ultimo, occorre dare conto di due ipotesi di competenza speciale in capo allo Stato, prevista direttamente nell'art. 12, comma 3, D. Lgs. 387/2003.

Infatti, l'art. 2, comma 158, lett. c), L. 244/2007 (Legge Finanziaria per il 2008) ha stabilito che "*per gli impianti offshore l'autorizzazione è rilasciata dal Ministero dei trasporti, sentiti il Ministero dello sviluppo economico e il Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare, con le modalità di cui al comma 4 e previa concessione d'uso del demanio marittimo da parte della competente autorità marittima*".

Ancora, l'art. 31, comma 1, D.Lgs. 46/2014 ha stabilito che l'autorizzazione unica sia rilasciata "*per impianti con potenza termica installata pari o superiore ai 300 MW, dal Ministero dello sviluppo economico, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico*".

l'assenza di una disposizione che espressamente comporti l'idoneità del titolo abilitativo a costituire variante al P.R.G. non può tecnicamente essere superata dalla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera.

²⁷² Trib. Superiore delle Acque Pubbliche, 7.11.2008, n. 173, in *Foro amm. Consiglio di Stato*, n. 11/2008.

Nel primo caso si tratta di una competenza che radica la propria specialità, in funzione della particolare localizzazione dell'impianto, vale a dire in una porzione della piattaforma continentale, ad una certa distanza dalla costa; si tratta prevalentemente di impianti eolici, rispetto ai quali per l'installazione delle turbine si prediligono le acque poco profonde lungo la costa dove il vento spira forte e costante grazie all'assenza di ostacoli, con la conseguenza che, a causa delle condizioni favorevoli del vento in alto mare, l'eolico *offshore* (a parità di potenza installata) produce mediamente il 30% di energia in più rispetto a equivalenti impianti *onshore*.

La particolarità degli impianti, tuttavia, rende più pregnante gli aspetti legati all'impatto ambientale, soprattutto con riferimento al mantenimento dell'equilibrio ecologico e biomarino; di qui, l'opportunità di confezionare un procedimento concertato direttamente tra il Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare e il Ministero dello Sviluppo economico, vale a dire con le due più alte amministrazioni dello Stato, portatrici degli opposti interessi coinvolti nell'atto di assenso.

Il procedimento, pertanto, non subirà alcuna variazione, salvo la necessità di acquisire previamente la concessione di uso del demanio marittimo da altra amministrazione statale periferica del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, vale a dire dalla Capitaneria di Porto territorialmente competente, nel cui c.d. compartimento marittimo sarà localizzato l'impianto *offshore* (art. 5 Reg. nav. mar. e art. 3 D.P.R. 509/1997)²⁷³.

²⁷³ In base al combinato disposto delle due disposizioni, infatti, chi intenda occupare zone del demanio marittimo, del mare territoriale o pertinenze demaniali marittime, apportarvi innovazioni o recare limitazioni degli usi cui esse sono destinate, deve formulare apposita domanda indirizzata: per utilizzazioni turistico-ricreative e per la realizzazione di punti di ormeggio, alla Regione territorialmente competente e in regime di subdelega, ai Comuni costieri; per le altre tipologie di utilizzazione diverse dall'approvvigionamento di fonti energetiche, in mancanza delle leggi regionali di riparto delle competenze, ai Comuni costieri; per la realizzazione di porti ed approdi turistici, al capo del compartimento, con comunicazione al Comune; per l'approvvigionamento di fonti energetiche, al capo del compartimento territorialmente competente.

Con riferimento, invece, alla competenza speciale in capo al Ministero dello sviluppo economico deve osservarsi che trattasi di competenza trasversale, vale dire relativa ad ogni tipologia di impianto per la produzione di energia *termica*; la specialità trova giustificazione nel fatto che l'autorizzazione unica ha ad oggetto impianti con una potenza estremamente alta, individuata in 300 MW, tale da arrecare un serio pregiudizio all'ambiente a causa delle emissioni in aria.

Il D. Lgs. 46/2014, infatti, dà attuazione alla Direttiva 2010/75/UE relativa proprio alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento); anche in tal caso, pertanto, il procedimento unico non subirà alcuna variazione, con l'unica importante differenza che a convocare la conferenza di servizi e ad essere amministrazione procedente non sarà più la Regione, bensì direttamente il Ministero dello sviluppo economico.

Non è chiaro il rapporto tra le due competenze speciali; pare che la specialità della competenza in capo al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti debba comunque prevalere in ragione del criterio della *lex specialis* e dell'opportunità di mantenere la natura concertata del provvedimento di autorizzazione unica all'installazione e all'esercizio di impianti *offshore*.

Suscita, infatti, molte perplessità il fatto che, per gli impianti aventi potenza pari o superiore ai 300 MW, sia prevista l'esclusiva competenza del Ministero dello sviluppo economico, evidentemente portatore di un interesse fortemente polarizzato verso certe esigenze di implementazione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili ma pur sempre privo delle necessarie intelligenze in grado di apprezzare con cognizione le opposte esigenze.

La trazione della competenza in favore di tale amministrazione centrale dello Stato stride, infatti, con la maggior complessità dell'istruttoria e con il fatto che le amministrazioni territoriali interessate dalla localizzazione verrebbero relegate ad una funzione marginale, mentre, addirittura, le equiordinate amministrazioni centrali dello Stato portatrici di contrapposti

interessi (non solo ambientale, ma anche sanitario, culturale, agricolo-forestale) vengono estromesse totalmente dal procedimento.

Da questo punto di vista, l'attrazione esclusiva verso un organo di governo statale (portatore di un interesse necessariamente parziale) non può ritenersi compatibile con l'attuale assetto costituzionale; soprattutto l'assenza di concertazione con altre amministrazioni statali centrali (come il Ministero della Salute, il Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare, il Ministero per i beni e le attività culturali o, ancora, il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali) profilano seri contrasti almeno con gli artt. 9, 32 e 44 Cost., oltre che con i principi di sussidiarietà e proporzionalità²⁷⁴.

6.2.3. La distribuzione delle competenze legislative ed amministrative in materia di energia.

L'energia, prima della riforma del Titolo V della Costituzione operata dalla L. Cost. 3/2001, non figurava nell'elenco di cui all'art. 117 Cost. delle materie oggetto di competenza legislativa concorrente da parte delle Regioni a statuto ordinario.

Tale assenza, alla luce del criterio di riparto delle competenze legislative antecedente all'entrata in vigore della L. Cost. 3/2011, si traduceva nella spettanza in via esclusiva allo Stato della disciplina legislativa e dei poteri amministrativi in materia energetica.

Pertanto, il sistema di distribuzione delle competenze legislative ed amministrative era caratterizzato dall'esclusione della titolarità in capo alle Regioni e agli enti locali di qualsiasi potestà in questa materia.

²⁷⁴ Sui temperamenti all'applicazione dal lato ascendente del principio di sussidiarietà, derivanti dal principio di leale cooperazione, v. *infra* al § 6.2.5.

Tuttavia, nella prassi, le Regioni tentarono di acquisire attribuzioni in materia di energia attraverso potestà normative e amministrative loro attribuite in materie definite "*contigue*" quali la sanità, l'urbanistica e l'agricoltura.

Questi tentativi di estensione delle proprie competenze regionali si tradussero in numerosi conflitti di attribuzione tra Stato e Regione devoluti alla cognizione della Corte costituzionale, la quale era chiamata a sancire la titolarità dell'uno e dell'altra in tutti quei casi di connessione tra energia e altri ambiti materiali; è per questo che si giunse, in sede di elaborazione della L. Cost. 3/2001 ad un ripensamento dell'allocazione delle competenze nel settore energetico.

Pertanto, l'attività di "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*" venne inserita nell'elenco delle materie di legislazione concorrente di cui all'art. 117, comma 3, Cost.²⁷⁵, sicché attualmente l'energia è materia su cui concorrono la potestà legislativa statale, con i suoi principi fondamentali, e le Regioni, ognuna con la propria normativa di dettaglio, nel rispetto reciproco del principio di leale collaborazione.

Tuttavia, il diritto dell'energia presenta delle peculiarità tali da rendere l'attuale modello costituzionale molto più complesso rispetto a quello delineato per qualsiasi altra materia a legislazione concorrente; infatti, la disciplina energetica è lambita, da un lato, dalle competenze concorrenti in materia di governo del territorio e salute e, dall'altro, da quelle esclusive statali in tema di concorrenza e determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, oltre che di tutela dell'ambiente.

A circoscrivere ulteriormente la potestà concorrente delle Regioni vi sono i vincoli derivanti dal diritto internazionale e dal diritto europeo ai sensi dell'art.

²⁷⁵ Sul punto, v. R. LOMBARDI, *Il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico - ambientali*, in *www.Giustamm.it*, n. 5/2005; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della L. Cost. n. 3 del 2001*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* (ora in "*Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*"), 2002.

117, comma 1, Cost.; si tratta di vincoli particolarmente rilevanti anche perché l'art. 120, comma 1, Cost. prevede espressamente un potere sostitutivo del Governo, nei confronti delle Regioni, in caso di mancato rispetto della normativa comunitaria.

E', quindi, evidente, come in quest'ambito sia particolarmente fluida la concorrenza di competenze variamente allocate, su cui ha dovuto fare chiarezza la giurisprudenza costituzionale; a seconda dei casi, infatti, si è fatto ricorso ad una applicazione del principio di sussidiarietà verticale, applicato però "*dinamicamente*", vale a dire dal lato c.d. ascensionale, per legittimare lo Stato a disciplinare la materia in funzione di condivisibili esigenze di unitarietà giuridica²⁷⁶; parallelamente è stato forgiato il c.d. criterio della prevalenza, sempre al fine di attribuire alla competenza legislativa esclusiva dello Stato materie non perfettamente rientranti nelle norme attributive delle competenze di cui all'art. 117, commi 2 e 3, Cost.²⁷⁷; ancora, a temperamento di un orientamento della giurisprudenza costituzionale volto alla riconduzione delle potestà legislative nell'alveo delle prerogative dello Stato, si è ampiamente utilizzato il principio di leale collaborazione, declinato nel senso della necessaria adozione di certi istituti giuridici²⁷⁸.

Vale la pena anticipare che la giurisprudenza costituzionale ha fortemente ridimensionato la portata della natura concorrente della competenza in materia di energia, a vantaggio della competenza legislativa esclusiva statale²⁷⁹.

²⁷⁶ V. *infra* al § 6.2.4.

²⁷⁷ V. *infra* al § 6.2.6.

²⁷⁸ V. *infra* al § 6.2.5.

²⁷⁹ Si veda a questo proposito, *L'Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento della revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione*, 2002, Dossier n. 207, a cura di V. GIAMMUSSO, in www.piattaformacostituzione.camera.it, dove si manifesta espressamente la volontà di riattribuire alla competenza esclusiva dello Stato la materia dell'energia. In questo senso, con riferimento alla giurisprudenza costituzionale si vedano Corte Cost. 11 ottobre 2003, n. 303 e Corte Cost. 13 gennaio 2004, n. 6, su cui *infra* al § 6.2.4. Negli ultimi anni, poi, si vedano Corte Cost. 11.6.2014, n. 166; Corte Cost. 30.1.2014, n. 13; Corte Cost. 11.10.2012, n. 224; Corte Cost. 20.4.2012, n. 99; Corte Cost. 11.11.2011, n. 308; Corte Cost. 1.4.2011, n. 107; Corte Cost. 6.5.2010, n. 168; Corte Cost. 1.4.2010, n. 124; Corte Cost. 26.3.2010, n. 119; Corte

Tuttavia, il percorso che ha portato ad una totale rilettura dei precetti costituzionali nel senso di un *ri-accentramento* delle competenze in favore dello Stato è stato lungo ed articolato ed ha interessato il diritto dell'energia nel suo complesso, a prescindere dalla fonte di produzione convenzionale o rinnovabile.

Giova, pertanto, analizzare separatamente ciascuna pronuncia, per poi giungere all'analisi delle questioni più direttamente connesse alla produzione di energia da fonte rinnovabile.

6.2.4 (segue) *L'applicazione dal lato ascendente del principio di sussidiarietà al settore energetico (Corte Cost. 13 gennaio 2004, n. 6).*

La pronuncia resa da Corte Costituzionale 13 gennaio 2004, n. 6²⁸⁰, relativa alle disposizioni contenute nel D.L. 7/2002, convertito, con

Cost. 1.9.2009, n. 88, su cui infra ai §§ 6.2.7 e ss. In dottrina si vedano G. NAPOLITANO, *Energie rinnovabili: un problema di «governance»*, in G. NAPOLITANO a. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013; S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2012; A. BARBERA, *Da un federalismo "insincero" ad un regionalismo "preso sul serio"? Una riflessione sull'esperienza regionale*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2012; A. PACE, *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Napoli 2010; E. DI SALVATORE, *La materia della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" nella giurisprudenza della Corte costituzionale (gennaio-maggio 2010)*, in *Rivista Aic*, 2010; R. BIN, *Le prospettive della legislazione regionale*, in *Forum di Quad. Cost.*, gennaio 2006; F. MERLONI, *Il paradosso italiano. "Federalismo" ostentato e centralismo rafforzato*, in *Le Regioni*, 2005; R. LOMBARDI, *Il riparto di competenze tra Stato, regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico-ambientali*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2005; O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Forum di Quad. Cost.*; F. DE LEONARDIS, *La Consulta tra interesse nazionale e energia elettrica*, in *Giur. cost.*, 2004; R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, n.1/2004; S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, Relazione alla giornata di studio su *La riforma del Titolo V della Costituzione*, organizzata dalla Rassegna giuridica dell'energia elettrica, 2002, in *www.federalismi.it*.

²⁸⁰ Per un commento della pronuncia, v. S. DA EMPOLI - A. STERPA, *La Corte Costituzionale e il federalismo energetico*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2004; F. DI PORTO, *Tre sentenze della Corte Costituzionale su energia e nuovo Titolo V della Costituzione*, in *www.amministrazioneincammio.it*, n. 3/2004; S. AGOSTA, *La Corte Costituzionale dà finalmente la scossa alla materia delle intese tra Stato e Regioni?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2004; O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, 2004; F. BILANCIA, *La Riforma*

modificazioni, dalla L. 55/2002, recante "*Misure urgenti per garantire la sicurezza del settore elettrico nazionale*", ha contribuito a chiarire alcuni dubbi interpretativi sorti con riferimento al rapporto fra le competenze legislative e le funzioni amministrative dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali in materia di "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*" di cui all'art. 117, comma 3, Cost., all'indomani della Riforma del Titolo V di cui alla L. Cost. 3/2001.

La disciplina statale impugnata, altrimenti nota come "*decreto sblocca centrali*", era stata adottata dal Governo al fine di consentire che i procedimenti per la realizzazione di nuove centrali (aventi potenza superiore ai 300MW), nonché per l'ampliamento di quelle già esistenti, potessero avviarsi nonostante gli impedimenti frapposti dalle autorità locali competenti a rilasciare le autorizzazioni.

In questo senso, proprio "*al fine di evitare il pericolo di interruzione di fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale e di garantire la necessaria copertura del fabbisogno nazionale*", come recita l'art. 1, comma 1, D.L. 7/2002, si era provveduto ad istituire, *ante litteram*, un'autorizzazione unica rilasciata dal Ministero delle attività produttive²⁸¹.

L'autorizzazione sostituiva autorizzazioni, concessioni ed atti di assenso comunque denominati, previsti dalle norme vigenti e si applicava anche ai procedimenti in corso.

La disciplina statale, peraltro, non precludeva il coinvolgimento delle Regioni, dal momento che prevedeva che le opere da autorizzare fossero definite in un accordo da raggiungere in sede di Conferenza Stato-Regioni e, inoltre, rendeva partecipe del procedimento la singola Regione interessata.

del Titolo V della Costituzione e la perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari, in *Giur. Cost.*, 2004.

²⁸¹ A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1 D.L. 223/2006, il Ministero dello sviluppo economico subentra nelle funzioni del Ministero delle attività produttive.

Secondo le Regioni ricorrenti, invece, la disciplina statale avrebbe violato in primo luogo l'art. 117, comma 3, Cost., in base al quale lo Stato non sarebbe legittimato a porre norme di dettaglio nelle materie oggetto della potestà legislativa concorrente.

Con riferimento a tali censure di costituzionalità, la difesa erariale ha, viceversa, rilevato che l'art. 1, comma 2, D.Lgs. 79/1999 di liberalizzazione del settore elettrico, attribuisce al Ministero delle attività produttive il ruolo fondamentale di organo nazionale preposto "*alla sicurezza ed all'economicità del sistema elettrico nazionale*"; lo Stato sarebbe, pertanto, intervenuto con la disposizione censurata al fine di garantire le esigenze di sicurezza e i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici, dunque in materie che sono riservate, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. h) ed m), Cost. alla legislazione esclusiva dello Stato.

L'Avvocatura dello Stato ha, inoltre, sostenuto che la norma investirebbe anche la materia della tutela della concorrenza, di competenza esclusiva dello Stato, in quanto incidente sulla produzione di energia elettrica e, dunque, sull'offerta e sull'equilibrio del mercato.

Al riguardo, la Consulta, nel dichiarare infondati i ricorsi delle Regioni Umbria, Basilicata e Toscana, ha prospettato una linea interpretativa che, spostando il baricentro della questione dall'art. 117 all'art. 118 Cost., rinviene nel principio di sussidiarietà un criterio flessibile - operante sia sul versante amministrativo sia su quello legislativo - in grado di regolare, sulla base di procedure decisionali partecipate e ispirate al principio di leale collaborazione, il riparto delle competenze tra i diversi livelli di governo.

In particolare, la Corte Costituzionale, pur riconoscendo che la disciplina impugnata rientri, indubbiamente, nell'ambito della materia "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*" (menzionata fra le materie a potestà legislativa concorrente dall'art. 117, comma 3, Cost.) e pur riconoscendo che la medesima non contenga principi fondamentali volti a guidare il

legislatore regionale nell'esercizio delle proprie attribuzioni, bensì norme di dettaglio direttamente applicabili e intrinsecamente non suscettibili di essere sostituite dalle Regioni, ha ritenuto che il problema della competenza legislativa dello Stato non può essere risolto esclusivamente alla luce dell'art. 117 Cost., essendo, al contrario, indispensabile una ricostruzione *"che tenga conto dell'esercizio del potere legislativo di allocazione delle funzioni secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza di cui al primo comma dell'art. 118 Cost."*.

Lo scrutinio di costituzionalità, dunque, viene traslato dal piano dell'art. 117 Cost. a quello dell'art. 118 Cost., nel momento in cui una deroga al riparto legislativo costituzionale può essere giustificata *"solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante l'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata"*.

Secondo la Corte costituzionale, i presupposti, affinché lo scrutinio di costituzionalità della norma statale risulti positivo, vanno ricercati nel fatto che essa:

- a) detti una disciplina pertinente e idonea alla regolazione delle suddette funzioni;
- b) sia limitata a quanto strettamente indispensabile a tale fine;
- c) risulti adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, che preveda adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali.

Sulla base di questi criteri, la Consulta ha, dunque, dichiarato l'infondatezza delle questioni sollevate sulla disciplina statale, ritenendo sussistenti, nella disciplina recata dall'art. 1 D.L. 7/2002, tali presupposti di legittimità costituzionale.

Quanto al primo criterio, infatti, l'intervento dell'amministrazione statale sarebbe necessario *"in relazione al raggiungimento del fine di evitare il pericolo di interruzione di fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale"*, difettando alle Regioni la capacità di valutare il complessivo fabbisogno nazionale di energia elettrica e di intervenire, in via amministrativa, per assicurarne il soddisfacimento.

Per quanto riguarda il secondo criterio, invece, la normativa sarebbe non solo pertinente rispetto alla regolazione delle funzioni amministrative, ma anche strettamente indispensabile allo scopo di sveltire le procedure di autorizzazione necessarie alla costruzione ed al ripotenziamento degli impianti di energia elettrica.

Infine, circa l'ultimo elemento (relativo alla *"presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese"*), secondo la pronuncia, i due meccanismi di coordinamento previsti (raggiungimento di un accordo in sede di Conferenza Stato-Regioni e diretta partecipazione della Regione interessata) rappresenterebbero delle intese idonee a garantire un adeguato livello di partecipazione delle regioni.

Dunque, la pronuncia, riprendendo, nella sostanza, l'orientamento già espresso da Corte Cost. 1.10.2003, n. 303²⁸², oltre a confermare, almeno in

²⁸² Corte Cost., 1 ottobre 2003, n. 303 è la prima pronuncia a teorizzare l'istituto della c.d. chiamata in sussidiarietà, nel contesto della Riforma del Titolo V, con particolare riferimento alla distribuzione della competenza legislativa nelle materie a potestà concorrente di cui all'art. 117, comma 3, Cost.

La pronuncia, della quale Corte Costituzionale 13 gennaio 2004, n. 6 rappresenta una particolare declinazione nel diritto energetico, aveva ad oggetto la questione di legittimità costituzionale, sollevata in via principale da alcune Regioni, avverso talune disposizioni della L. 443/2001 (recante *Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici*, c.d. legge Obiettivo) e dei relativi decreti delegati (D. Lgs. 190/2002 e D. Lgs. 198/2002 poi confluiti negli artt. 161-194 del Codice dei contratti pubblici); La Consulta ha respinto le censure delle regioni basate sull'asserita lesione dell'autonomia legislativa e amministrativa regionale in materia di lavori pubblici.

Il Giudice delle leggi ha infatti rilevato che l'art. 1, comma 1, L. 443/2001 – nell'attribuire al Governo il compito di individuare le infrastrutture pubbliche e private e gli insediamenti

parte, la tendenza ad una interpretazione restrittiva delle "*materie trasversali*" di competenza esclusiva statale, ha chiarito come nelle materie di competenza statale esclusiva o concorrente, in virtù dell'art. 118, comma 1, Cost. la legge possa, comunque, attribuire allo Stato funzioni amministrative, nonché la possibilità di organizzarle e regolarle, al fine di soddisfare precise esigenze di unitarietà normativa.

produttivi strategici e di preminente interesse nazionale – non lede alcuna prerogativa delle regioni, trattandosi, propriamente, di applicazione (legittima) dei principi di sussidiarietà e adeguatezza.

Più in particolare, viene asserito che "*limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente, come postulano le ricorrenti, (...) significherebbe svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze*".

Tra i precetti costituzionali volti a rendere più flessibile un'architettura costituzionale nella quale coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, assume un ruolo peculiare – rileva la Corte Costituzionale – l'art. 118 Cost., il quale, pur attribuendo in radice le funzioni amministrative ai Comuni alla stregua del principio di sussidiarietà, consente tuttavia, sempre in virtù del medesimo principio, applicato "*dinamicamente*", di riallocare le stesse in capo allo Stato per esigenze di unitarietà.

Chiarisce al riguardo la Corte che tale previsione costituzionale, là ove dispone che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate a un diverso livello di governo per assicurarne l'esercizio unitario, "*introduce un meccanismo dinamico che rende meno rigido non solo l'originario assetto delle funzioni amministrative ma, nel contempo, la stessa distribuzione delle competenze legislative*".

Pertanto, accanto alla primitiva dimensione statica del principio di sussidiarietà (che si concretizza nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni), è resa attiva, nel nuovo disegno costituzionale così reinterpretedo, una vocazione dinamica della sussidiarietà stessa, che consente al relativo principio di operare, non più come fondamento di un ordine di attribuzioni prestabilito, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie.

Affinché, tuttavia, il principio di sussidiarietà verticale possa legittimamente esplicare, dal lato ascendente e nella sua versione dinamica, gli effetti di deroga al tendenziale riparto di competenze (amministrative e legislative), è, peraltro, necessario, secondo la Corte Costituzionale, che si perfezioni al riguardo una "*intesa forte*", obbligatoria e vincolante, tra i diversi livelli di governo interessati; detto altrimenti, è necessario che, accanto al principio di sussidiarietà verticale, lo Stato debba altresì fare applicazione del principio di leale collaborazione.

Conseguentemente, il ruolo delle Regioni (o delle Province autonome) non deve essere circoscritto a quello meramente consultivo: al contrario, queste, attraverso i propri rappresentanti, devono essere a pieno titolo componenti dell'organo decisionale, partecipando direttamente alla formazione della sua volontà deliberativa.

Tra i numerosi contributi dottrinali, si segnala R. MIRANDA, *Corte Costituzionale n. 303/2003: la vocazione dinamica della sussidiarietà quale fattore di flessibilità dell'allocatione delle competenze*, in www.astrid-online.it; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa concorrente, leale collaborazione e stricto scrutiny*, in *Le Regioni*, n. 1/2004.

E' in tale prospettiva che i principi di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel nuovo Titolo V, potendo giustificare una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico, sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato, sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata.

Secondo tale indirizzo giurisprudenziale, nell'identificazione di un preciso fondamento costituzionale per l'attribuzione delle competenze nel settore energetico al livello statale, assumono, quindi, una peculiare valenza gli accordi, le intese e le altre forme di concertazione e di coordinamento orizzontale delle rispettive competenze, che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso gli strumenti di leale collaborazione, come principalmente il perfezionamento di un'intesa, obbligatoria e vincolante, fra i diversi livelli territoriali di governo.

Successivamente, la giurisprudenza costituzionale, pur confermando l'orientamento riportato, si preoccuperà di meglio concettualizzare le concrete modalità di attuazione del principio di leale collaborazione.

6.2.5. (segue) *I temperamenti all'applicazione dal lato ascendente del principio di sussidiarietà derivanti dal principio di leale collaborazione (Corte Costituzionale 14 ottobre 2005, n. 383).*

Con la pronuncia resa da Corte Costituzionale, 14 ottobre 2005, n. 383²⁸³ si conclude il giudizio di legittimità in via principale originato da due distinti

²⁸³ Per un commento alla pronuncia, v. Q. CAMERLENGO, *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*, in www.forumcostituzionale.it, 2005; E. PICOZZA - A. COLAVECCHIO, *Energie*, in G. CORSO - V. LOPILATO, *Diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte speciale, vol. II, Milano, 2006; M. SIAS,

ricorsi promossi dalla Regione Toscana e dalla Provincia autonoma di Trento che hanno impugnato numerose disposizioni del D.L. 239/2003, convertito, con modificazioni, dalla L. 290/2003 recante "*Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica*" (c.d. decreto anti *black-out*²⁸⁴) e della L. 239/2004 di "*Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia*" (c.d. legge Marzano), per violazione degli artt. 117 e 118 Cost., nonché del principio di leale collaborazione.

La Regione Toscana impugnava, infatti, l'art. 1, commi 1 e 3, e l'art. 1 *sexies*, commi 1, 2 e 8, del D.L. 239/2003.

In particolare, l'art. 1, che consente l'autorizzazione all'esercizio di centrali termoelettriche in deroga ai normali valori limite, sia con riferimento alle emissioni in atmosfera, che in riferimento agli scarichi termici, per centrali termoelettriche di potenza superiore ai 300 MW, appare lesivo, secondo la ricorrente, delle attribuzioni regionali, in base al nuovo riparto di competenze delineato dall'art. 117 Cost., che ha attribuito la materia "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*" alla potestà legislativa concorrente.

Il ricorso della Provincia autonoma di Trento, invece, veniva presentato avverso la Legge di conversione 290/2003, che introduceva, ad avviso della ricorrente, talune disposizioni contrastanti sia con gli artt. 95, 97 e 117 Cost., sia con alcune disposizioni dello Statuto e con i principi di sussidiarietà e di leale cooperazione, anche in relazione a quanto stabilito da Corte Cost. 1.10.2003, n. 303.

Titoli di intervento statale e sussidiarietà razionalizzata (o da razionalizzare?), in www.forumcostituzionale.it, 2005.

²⁸⁴ Il riferimento è al più importante e noto *black out* del sistema elettrico italiano verificatosi su tutto il territorio della penisola (ad eccezione della Sardegna e delle isole minori) alle ore 3.00 nella domenica del 28 settembre 2003.

In relazione a tali ricorsi, la Corte Costituzionale ha affermato il principio del doveroso coinvolgimento delle Regioni e degli enti locali nei processi decisionali di elaborazione e attuazione delle politiche energetiche, dichiarando la parziale illegittimità - in quanto lesive del principio di leale collaborazione - di alcune norme contenute nei provvedimenti legislativi menzionati.

In particolare, la Corte ha affermato il principio in base al quale la legislazione statale che preveda e disciplini il conferimento delle funzioni amministrative a livello centrale nelle materie affidate alla potestà legislativa regionale può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale "*solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale*", vale a dire le intese, che devono essere condotte in base al principio di leale cooperazione.

A tal fine, l'organo adeguatamente rappresentativo delle Regioni e degli enti locali, a loro volta titolari di funzioni amministrative condizionate o incise dalle politiche del settore energetico, è la Conferenza unificata di cui all'art. 8 D. Lgs. 281/1997.

Sulla base di queste considerazioni, viene, così, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 *ter*, comma 2, D.L. 239/2003 (nel testo risultante dalla conversione in legge) nella parte in cui non dispone che il potere del Ministro delle attività produttive di emanare "*gli indirizzi per lo sviluppo delle reti nazionali di trasporto di energia elettrica e di gas naturale*" sia esercitato d'intesa con la Conferenza unificata.

E' stata inoltre dichiarata, sempre in applicazione del principio di leale collaborazione, a temperamento al principio di sussidiarietà verticale dal lato ascendente, l'illegittimità costituzionale delle seguenti disposizioni della L. 239/2004:

1) art. 1, comma 7, lett. g), relativamente alla parte in cui non prevede l'intesa con la Conferenza unificata per l'identificazione, da parte dello Stato, "*delle linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale con riferimento*

all'articolazione territoriale delle reti infrastrutturali energetiche dichiarate di interesse nazionale ai sensi delle leggi vigenti";

2) art. 1, comma 7, lett. h), nella parte in cui non prevede l'intesa con la Conferenza unificata con riferimento alla "*programmazione di grandi reti infrastrutturali energetiche dichiarate di interesse nazionale*" da parte dello Stato;

3) art. 1, comma 7, lett. i), nella parte in cui non prevede l'intesa con le Regioni e le Province autonome interessate per "*l'individuazione delle infrastrutture e degli insediamenti strategici*" da parte dello Stato;

4) art. 1, comma 8, lett. a), punto 3, nella parte in cui non prevede l'intesa con la Conferenza unificata per "*l'approvazione degli indirizzi di sviluppo della rete di trasmissione nazionale*" da parte dello Stato;

5) art. 1, comma 8, lett. a), punto 7, nella parte in cui prevede che "*la definizione dei criteri generali per le nuove concessioni di distribuzione dell'energia elettrica e per l'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli impianti di generazione di energia elettrica di potenza termica superiore ai 300 MW*" da parte dello Stato debba avvenire "*sentita la Conferenza unificata*", anziché "*previa intesa con la Conferenza unificata*";

6) art.1, comma 8, lett. b), punto 3, nella parte in cui non prevede che "*le determinazioni inerenti lo stoccaggio di gas naturale in giacimento*" siano assunte dallo Stato d'intesa con le Regioni e le Province autonome direttamente interessate;

7) art. 1, comma 24, lett. a), nella parte in cui, sostituendo il comma 2 dell'art. 1 *ter* D.L. 239/2003, non dispone l'esercizio del potere del Ministro delle attività produttive di emanare d'intesa con la Conferenza unificata "*gli indirizzi per lo sviluppo delle reti nazionali di trasporto di energia elettrica e di gas naturale*".

Inoltre, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 4, lett. f), L. 239/2004, limitatamente alle parole "*con esclusione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*".

La disposizione, infatti, impone al legislatore regionale il divieto di prendere in considerazione gli impianti per la produzione energetica da fonti rinnovabili, al fine di valutare il loro impatto sull'ambiente e sul territorio regionale, sol perché non alimentati da fonti di energia convenzionale²⁸⁵.

La Corte ha, inoltre, accolto le censure sollevate nei confronti dell'art. 1, comma 26, L. 239/2004, nella parte in cui prevede che, in caso di mancata intesa con la Regione o le Regioni interessate, entro il termine prescritto per il rilascio dell'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli elettrodotti, lo Stato eserciti il potere sostitutivo ai sensi dell'art. 120 Cost., nel rispetto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione, autorizzando le opere, in seguito all'esercizio del potere sostitutivo, mediante Decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro per le attività produttive, previo concerto con il Ministro dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare.

Secondo la Consulta, infatti, l'esercizio dei poteri sostitutivi non può essere applicato nei casi in cui, come avveniva nella disciplina impugnata, l'ordinamento costituzionale imponga "*il conseguimento di una necessaria intesa fra organi statali e organi regionali*" per l'esercizio concreto di una "*funzione amministrativa attratta in sussidiarietà al livello statale in materie di competenza legislativa regionale*".

L'intesa, quale diretta estrinsecazione del principio di leale collaborazione, costituisce, pertanto, la condizione minima ed imprescindibile per la legittimità costituzionale di una disciplina legislativa statale che effettui la "*chiamata in*

²⁸⁵ La previsione eccede, infatti, la prerogativa statale di stabilire, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., soltanto i principi fondamentali della materia, determinando un'irragionevole compressione della potestà regionale di apprezzamento dell'impatto degli impianti alimentati da fonti rinnovabili sul proprio territorio; peraltro, preme osservare che tale parte della pronuncia è opportuno valutarla diacronicamente nel contesto della giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità delle misure di compensazione, su cui v. *infra* al § 6.2.18.

sussidiarietà" di una funzione affidata anche alla legislazione regionale; pertanto, il dissenso di una parte non è superabile con decisione unilaterale dell'altra, non potendo la volontà della Regione interessata essere sostituita da una determinazione unilaterale dello Stato.

Infine, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 84, L. 239/2004, limitatamente alle parole "*la mancata sottoscrizione degli accordi non costituisce motivo per la sospensione dei lavori necessari per la messa in produzione dei giacimenti di idrocarburi o per il rinvio dell'inizio della coltivazione*", dal momento che tale previsione restringe illegittimamente la discrezionalità legislativa regionale attraverso una normativa che non può in alcun modo essere qualificata come principio fondamentale, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost..

Volendo delineare un bilancio degli effetti della pronuncia, occorre osservare che in due casi la dichiarazione di incostituzionalità consegue al riconoscimento della natura di dettaglio delle disposizioni D.L. 239/2003, non idonee, come tali, ad integrare gli estremi di principi fondamentali in materia di legislazione concorrente.

Il *trait d'union* della sentenza è, tuttavia, la ricognizione, in continuità con i principi affermati da Corte Cost. 13.1.2004, n. 6, dei requisiti necessari ad assicurare, in concreto, la legittimità costituzionale di un'applicazione dal lato ascendente del principio di sussidiarietà, attraverso quegli strumenti giuridici di diretta derivazione dal principio di leale collaborazione.

In questa ottica, la Corte ha dichiarato incostituzionali numerose disposizioni del D.L. 239/2003, nelle parti in cui non prevedono che i poteri attribuiti agli organi statali debbano essere esercitati d'intesa, a seconda dei casi, con la Conferenza unificata Stato-Regioni e Stato-Città di cui all'art. 8 D.Lgs. 281/1997, oppure direttamente con le Regioni e le Province interessate.

Particolare rilievo assume poi la definizione delle caratteristiche che le intese in questione debbono assumere, evidenziando il carattere necessariamente paritario delle stesse.

Tali intese, infatti, costituiscono condizione minima e imprescindibile per la legittimità costituzionale della disciplina legislativa statale che effettui la chiamata in sussidiarietà di una funzione amministrativa in materie affidate alla legislazione regionale, con la conseguenza che deve trattarsi di vere e proprie intese *in senso forte*, ossia di atti a struttura necessariamente bilaterale, come tali non superabili con decisione unilaterale di una delle parti; in questi casi, pertanto, *"deve escludersi che, ai fini del perfezionamento dell'intesa, la volontà della Regione interessata possa essere sostituita da una determinazione dello Stato"*, il quale diverrebbe in tal modo l'unico attore di una fattispecie che, viceversa, non può strutturalmente ridursi all'esercizio di un potere unilaterale.

La giurisprudenza si spinge, altresì, ad affermare che *"l'esigenza che il conseguimento di queste intese sia non solo ricercato in termini effettivamente ispirati alla reciproca leale collaborazione, ma anche agevolato per evitare situazioni di stallo, potrà certamente ispirare l'opportuna individuazione, sul piano legislativo, di procedure parzialmente innovative volte a favorire l'adozione dell'atto finale nei casi in cui siano insorte difficoltà a conseguire l'intesa, ma tali procedure non potranno in ogni caso prescindere dalla permanente garanzia della posizione paritaria delle parti coinvolte"* giungendo ad individuare il rimedio concretamente esperibile in caso di inottemperanza ai principi menzionati; infatti *"nei casi limite di mancato raggiungimento dell'intesa, potrebbe essere utilizzato, in ipotesi, lo strumento del ricorso a questa Corte in sede di conflitto di attribuzione fra Stato e Regioni"*²⁸⁶.

²⁸⁶ Se la Corte ha chiarito che in assenza dell'intesa la disciplina comunque approvata dal Governo è costituzionalmente illegittima, non ha invece chiarito gli effetti di un programma o di una disciplina adottata in totale o parziale difformità dall'intesa precedentemente raggiunta. Potrebbe al riguardo affermarsi che se tale disciplina è contenuta in un atto avente valore di legge, la Regione o le Regioni interessate sarebbero legittimate a promuoverne questione di

La pronuncia rappresenta, ancora oggi, il punto di riferimento di una giurisprudenza che cerca di definire forme e modalità di una leale e proficua collaborazione tra i diversi livelli di governo in materia energetica, nell'ambito del riparto di competenze delineato dal nuovo Titolo V della Costituzione.

6.2.6. (segue) *Il riparto di competenze nel settore dell'energia prodotta da fonti rinnovabili e l'elaborazione del c.d. criterio della prevalenza (Corte Costituzionale 27 marzo 2009, n. 88).*

La Regione Veneto sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 158, lett. a) e dell'art. 2, comma 165, L. 224/2007 (Legge Finanziaria per il 2008), in riferimento agli artt. 117 e 118 Cost. ed al principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni "*di cui agli artt. 5 e 120 Cost. e dell'art. 11 L. Cost. 3/2001*".

A sua volta, la Regione Toscana sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 158, lettera c), L. 244/2007 (Legge Finanziaria per il 2008), sempre in riferimento agli artt. 117 e 118 Cost., ed al principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni.

Si tralascino le censure relative all'art. 2, comma 158, lett. a), L. 244/2007 che, modificando l'art. 12, comma 3, D. Lgs. 387/2003, restringe alla sola Provincia il novero degli enti che la Regione, titolare della competenza al rilascio dell'autorizzazione unica, può delegare per l'esercizio della stessa²⁸⁷.

costituzionalità per violazione del principio di leale cooperazione. Ove, invece, la disciplina sia recata da una norma regolamentare, questa potrebbe essere contestata dinanzi al Giudice amministrativo, nell'ordinario termine di decadenza, in quanto (asseritamene) viziata da eccesso di potere.

²⁸⁷ La Regione Veneto non si doleva della restrizione, imposta dalla norma censurata, alla propria potestà di delega al solo ente provinciale, anziché al "*soggetto istituzionale*" ritenuto idoneo, ma lamentava di essere stata spogliata di una competenza a favore della Provincia: sulla base di tale (errata) premessa interpretativa, la ricorrente riteneva lesi gli artt. 117 e 118 Cost. La Corte, infatti, rileva subito "*l'erroneità del presupposto interpretativo da cui muove la ricorrente, posto che il tenore letterale della disposizione censurata non può lasciare alcun margine di dubbio circa la persistenza della titolarità della competenza amministrativa in*

Più interessante è la censura relativa all'art. 2, comma 165, L. 244/2007, il quale integra l'art. 14, comma 2, D. Lgs. 387/2003 concernente il contenuto delle direttive che l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas emana relativamente alle condizioni tecniche ed economiche per l'erogazione del servizio di connessione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili alle reti elettriche: in particolare, la norma viene arricchita con sei ulteriori previsioni contenute nelle lett. da *f-bis*) a *f-septies*), concernente ciascuna una nuova competenza affidata all'Autorità²⁸⁸.

La Regione ricorrente riteneva che in forza di tale previsione statale, adottata "*unilateralmente e senza il benché minimo confronto con le Regioni*", l'Autorità "*fosse legittimata ad emanare direttive che avrebbero interferito (...) sull'autonomia regionale*" in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, perciò ledendo gli artt. 117 e 118 Cost., ed il principio di leale collaborazione.

La Corte Costituzionale osserva che l'A.E.E.G., istituita dall'art. 2 L. 481/1995, pur operando "*in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*" (art. 2, comma 5), costituisce, comunque, una "*autorità*

questione in capo alla Regione, la quale dispone della mera facoltà, e non certo dell'obbligo, di delegarne l'esercizio alle Province"; sulla competenza al rilascio dell'autorizzazione unica, peraltro, v. *supra* al § 6.2.2.

²⁸⁸ La disposizione prevede che l'A.E.E.G. adotti direttive volte a: *f bis*), sottoporre a termini perentori le attività poste a carico dei gestori di rete, individuando sanzioni e procedure sostitutive in caso di inerzia; *f ter*), prevedere, ai sensi dell'art. 23, paragrafo 5, Direttiva 2003/54/CE e dell'art. 2, comma 24, lett. b), L. 481/1995, procedure di risoluzione delle controversie insorte fra produttori e gestori di rete con decisioni, adottate dall'A.E.E.G vincolanti fra le parti; *f quater*), prevedere l'obbligo di connessione prioritaria alla rete degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, anche nel caso in cui la rete non sia tecnicamente in grado di ricevere l'energia prodotta, ma possano essere adottati interventi di adeguamento; *f quinquies*), prevedere che gli interventi obbligatori di adeguamento della rete di cui alla lett. *f quater*) includano tutte le infrastrutture tecniche necessarie per il funzionamento della rete e tutte le installazioni di connessione, anche per gli impianti per autoproduzione, con parziale cessione alla rete dell'energia elettrica prodotta; *f sexies*), prevedere che i costi associati alla connessione siano ripartiti con le modalità di cui alla lett. *f*) e che i costi associati allo sviluppo della rete siano a carico del gestore della rete; *f septies*), prevedere le condizioni tecnico-economiche per favorire la diffusione, presso i siti di consumo, della generazione distribuita e della piccola cogenerazione mediante impianti esercitati tramite società terze, operanti nel settore dei servizi energetici, comprese le imprese artigiane e le loro forme consortili.

nazionale" (art. 2, comma 6) riconducibile alla materia della organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali; pertanto, conclude preliminarmente che tale posizione di indipendenza ovvero il carattere *neutrale* che le Autorità indipendenti, in linea di principio, assumono rispetto agli interessi cui sono preposte, non possano produrre alterazioni dei criteri costituzionali in base ai quali viene ripartito l'esercizio delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali.

La peculiare collocazione dell'Autorità nell'apparato amministrativo dello Stato, quand'anche indotta da vincoli comunitari (quanto agli enti nazionali di regolamentazione del mercato interno dell'energia elettrica si veda l'art. 23 Direttiva 2003/54/CE), comunque, non ne elide il carattere nazionale, così che resta necessario accertare se le attribuzioni di cui l'Autorità indipendente gode, al fine di regolare e controllare il settore di propria competenza, siano compatibili con la sfera di competenza costituzionalmente riconosciuta alle Regioni²⁸⁹.

La legge statale, pertanto, può assegnare all'A.E.E.G., nel rispetto dei criteri indicati dall'art. 118 della Costituzione, le funzioni amministrative di cui lo Stato stesso è titolare ovvero di cui possa comunque rivendicare legittimamente l'esercizio, o in quanto sussistano le condizioni per la chiamata in sussidiarietà al livello centrale della funzione in questione²⁹⁰, o in quanto, in casi eccezionali, sia il diritto comunitario ad imporre "*normative statali derogatrici della normale distribuzione costituzionale delle competenze interne*"²⁹¹.

²⁸⁹ Del resto, secondo questo orientamento, già Corte Cost. 28.10.1991, n. 32 rigettava le censure mosse dalla Provincia autonoma di Bolzano contro la istituzione della Commissione di garanzia prevista dalla L. 146/1990, osservando che non "*è possibile rinvenire alcuno specifico parametro dello Statuto idoneo a sostenere la pretesa della ricorrente di vedersi attribuita detta funzione*".

²⁹⁰ Il richiamo è evidentemente a Corte Cost. 1.10.2003, n. 303.

²⁹¹ Corte Cost. 24.4.1996, n. 126.

Certamente, però, la natura "*unitaria a livello nazionale*" dei compiti delle Autorità indipendenti²⁹² è largamente connaturata alla finalità di assicurare una regolazione ed un controllo uniforme di settori della vita civile, soggetti all'azione amministrativa, sicché parcellizzare la disciplina normativa e gli interventi regolatori implicherebbe non solo il difetto delle condizioni tecniche necessarie alla funzionalità del mercato in oggetto, ma talvolta la stessa compromissione dei principi costituzionali alla cui osservanza le regole del mercato debbono conformarsi.

Pertanto, spetta alla Corte Costituzionale valutare, di volta in volta, se tali presupposti ricorrano in concreto.

Venendo, perciò, all'esame della questione sollevata dalla Regione Veneto, la Consulta, premesso che l'operato dell'A.E.E.G., con riguardo alle prescrizioni previste dall'art. 14 D. Lgs. 387/2003 in tema di "*collegamento degli impianti alla rete elettrica*" incide sulla materia energetica, oggetto di potestà legislativa concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., richiama il principio, in materia di energia, che ritiene "*non difforme dalla Costituzione riconoscere un ruolo fondamentale agli organi statali nell'esercizio delle corrispondenti funzioni amministrative*"²⁹³ anche secondo l'indirizzo assunto dalla normativa statale di riordino dell'intero settore energetico²⁹⁴, sia pur "*a seguito della introduzione di adeguati meccanismi di leale collaborazione, ove ritenuti costituzionalmente necessari*".

Pertanto, la Corte ritiene che le molteplici previsioni di cui si compone il novellato art. 14 D. Lgs. 387/2003, proprio in ragione delle finalità cui appaiono ispirate e in funzione degli interessi coinvolti, siano riconducibili, "*con un giudizio di prevalenza rispetto alla materia dell'energia*", ad una materia di competenza esclusiva dello Stato.

²⁹² Con riferimento all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, v. Corte Cost. 7.11.1995, n. 482 e Corte Cost. 6.7.2007, n. 256.

²⁹³ Corte Cost. 13.1.2004, n. 6.

²⁹⁴ Corte Cost. 14.10.2005, n. 383.

L'A.E.E.G. è, infatti, incaricata di regolare e controllare una fase fondamentale ai fini dell'efficiente funzionamento del mercato dell'energia elettrica, fissando *"le condizioni atte a garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni, l'imparzialità e la neutralità del servizio di trasmissione e dispacciamento"* (art. 3, comma 3, D. Lgs. 79/1999, in relazione agli artt. 9 e 23 Direttiva 2003/54/CE).

E' evidente, infatti, che l'accesso alla rete, sulla base di condizioni tecniche ed economiche preliminarmente definite allo scopo di assicurare la parità degli operatori, funge da requisito indispensabile, affinché possa svilupparsi il c.d. libero gioco della concorrenza nell'ambito di un mercato ove è particolarmente avvertito il *"rischio di posizioni dominanti"* e di *"comportamenti predatori"* (Direttiva 2003/54/CE, punto 2 del *Considerandum*).

Con riguardo all'energia prodotta da fonti rinnovabili, poi, si incrocia con tali compiti l'obiettivo, di derivazione comunitaria, di *"promuovere in via prioritaria le fonti energetiche rinnovabili, poiché queste contribuiscono alla protezione dell'ambiente e allo sviluppo sostenibile"* (Direttiva 2001/77/CE, punto 1 del *Considerandum*), in particolare assicurando la trasmissione e la distribuzione dell'elettricità così prodotta, fino alla previsione di *"un accesso prioritario alla rete"* (art. 7 Direttiva 2001/77/CE): il legislatore nazionale ha, così, previsto *"l'obbligo di utilizzazione prioritaria dell'energia elettrica prodotta o comunque immessa nel sistema elettrico nazionale"* (art. 3, comma 3, D. Lgs. 79/1999), ammettendo in tal modo una parziale deroga, consentita dal diritto comunitario, alla perfetta parità di accesso alla rete, sorretta da finalità di protezione dell'ecosistema.

Le direttive che l'A.E.E.G. è tenuta ad adottare ai sensi dell'art. 14 D. Lgs. 387/2003, come modificato dalla norma impugnata, in punto di collegamento degli impianti alimentati da fonti rinnovabili alla rete elettrica, esprimono, perciò, *"il punto di sintesi tecnicamente necessario per assicurare, in questo particolare ambito, l'assetto concorrenziale del mercato con modalità e forme"*

compatibili rispetto al prioritario obiettivo di incentivare l'impiego delle fonti energetiche rinnovabili, a fini di tutela ambientale": esse, in altri termini, "si trovano all'incrocio delle competenze esclusive dello Stato in materia di 'tutela della concorrenza' (art. 117, secondo comma, lett. e della Costituzione) e di 'tutela dell'ambiente' (art. 117, secondo comma, lett. s, della Costituzione)".

Pertanto, la norma attributiva di nuove funzioni all'A.E.E.G., pur ripercuotendosi sulla materia della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, è caratterizzata dalla "*finalità prevalente di assicurare e conformare gli interessi peculiarmente connessi alla protezione dell'ambiente nell'ambito di un mercato concorrenziale*".

Viene, in tal modo, forgiato il c.d. criterio della prevalenza, in base al quale, nello scrutinio della legittimità costituzionale di una disposizione attributiva di funzioni amministrative, le censure mosse con riferimento agli artt. 117 e 118 Cost. e al principio di leale collaborazione cedono il passo, venendo dichiarate non fondate, allorché la funzione amministrativa da allocare abbia per oggetto, *anche solo in prevalenza* (oltre che in via esclusiva), una materia riservata alla competenza esclusiva dello Stato; in questa ipotesi, dunque, la competenza legislativa non può che spettare alla medesima legge statale, direttamente ai sensi dell'art. 117, comma 2, Cost.; in tal caso, poi, la Corte Costituzionale non impone nemmeno l'adozione dei meccanismi di leale collaborazione, i quali vanno necessariamente previsti, viceversa, solo quando vi sia una "*concorrenza di competenze*" nazionali e regionali, ove "*non possa ravvisarsi la sicura prevalenza di un complesso normativo rispetto ad altri*".

La giurisprudenza costituzionale, dunque, in continuità con l'orientamento volto a riportare la materia energetica nell'alveo della potestà legislativa statale, introduce, accanto all'istituto della chiamata in sussidiarietà, il criterio della prevalenza delle funzioni, alla stregua del quale attrarre una disciplina, potenzialmente di difficile collocazione all'interno dell'art. 117 Cost., nel contesto della potestà legislativa esclusiva (art. 117, comma 2, Cost.) e non già

in quella concorrente (art. 114, comma 3, Cost.); peraltro, contrariamente alla chiamata in sussidiarietà, in tal caso non sarà nemmeno necessario adottare quei contrappesi, resi necessari dal temperamento derivante dal principio di leale collaborazione, costituiti, ad esempio, dalle intese forti, dalla conclusione di accordi o anche solo dalla mera concertazione.

Venendo, invece, alla censura sollevata dalla Regione Toscana, occorre rilevare che l'art. 2, comma 158, lettera c), L. 244/2007, stabilisce che l'autorizzazione unica per la realizzazione e l'esercizio di impianti *offshore* è rilasciata dal Ministero dei trasporti, sentiti il Ministero dello sviluppo economico e il Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare, con le modalità di cui al comma 4 e previa concessione d'uso del demanio marittimo da parte della competente autorità marittima²⁹⁵.

La ricorrente non contestava l'attribuzione ad un organo dello Stato di tale funzione amministrativa, ma lamentava che essa non fosse accompagnata dalla necessità di una previa intesa con la Regione, come imporrebbero gli artt. 117 e 118 Cost., nonché il principio di leale collaborazione.

La Consulta, a tal proposito, rileva che la norma impugnata, nell'attribuire all'organo statale il compito di rilasciare il titolo autorizzatorio, stabilisce espressamente che ciò avvenga, comunque, all'esito del procedimento unico, svolto mediante il modulo procedimentale della conferenza di servizi, al quale partecipano tutte le amministrazioni interessate.

Dunque, conclude la Corte Costituzionale, "*in caso di dissenso, purché non sia quello espresso da una amministrazione statale preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, o del patrimonio storico-artistico, la decisione, ove non diversamente e specificamente disciplinato dalle regioni, è rimessa alla Giunta regionale ovvero alle Giunte delle Province autonome di Trento e di Bolzano*", con la conseguenza che "*appare chiaro che l'attuale*

²⁹⁵ Sulla competenza al rilascio dell'autorizzazione unica, v. *supra* al § 6.2.2.

assetto normativo garantisce ampiamente l'esercizio delle competenze regionali in materia, giacché per un verso spetta alla Giunta regionale pronunciarsi all'esito del procedimento unico, e, per altro verso, il dissenso "qualificato" espresso da un'amministrazione statale attiva, ai sensi dell'art. 14 quater L. 24/1990, la Conferenza Stato-Regioni, ove è altresì assicurata la sfera di azione regionale".

Si tratta, a dire il vero, di conclusione non più attuale, alla luce delle relevantissime modifiche apportate alla conferenza di servizi e, segnatamente, al procedimento aggravato, ad opera dell'art. 49 D.L. 78/2010²⁹⁶.

Se, infatti, al momento della pronuncia le osservazioni della Consulta potevano reputarsi calzanti, alla luce della neutralità dell'amministrazione precedente rispetto agli esiti della conferenza di servizi, attualmente, in un contesto giuridico in cui la conferenza di servizi è caratterizzata dalla regola del silenzio assenso (art. 14 *ter*, comma 7, L. 241/1990) estesa anche alle amministrazioni preposte alla cura dei c.d. interessi sensibili, nonché alla regola delle c.d. posizioni prevalenti (art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, L. 241/1990), è chiaro che non è per nulla indifferente che ad essere amministrazione precedente sia un ente territoriale, come la Regione, ovvero un ente del governo centrale, come un Ministero.

A ciò si aggiungano le peculiarità del c.d. procedimento aggravato (art. 14 *quater* L. 241/1990) in caso di manifestazione legittima del c.d. dissenso qualificato, da parte vuoi di una amministrazione portatrice di un certo interesse sensibile, vuoi di una Regione; tali peculiarità, anche nonostante le modifiche apportate dal D.L. 179/2012, a seguito della parziale declaratoria di incostituzionalità resa da Corte Cost. 179/2012, derivano dal fatto che la volontà dell'amministrazione precedente (il Ministero delle infrastrutture e dei

²⁹⁶ Sulle modalità di assunzione della determinazione finale in Conferenza di servizi e sul procedimento aggravato a superamento del c.d. "dissenso qualificato", v. *supra* dal § 6.1.19 al § 6.1.21.

trasporti), anche (e soprattutto) in seno al Consiglio dei ministri, comunque potrà prevalere sul dissenso (o su una posizione anche solo parzialmente divergente), manifestato, non solo dal Comune, ma anche dalla stessa Regione.

Se prima dell'entrata in vigore dell'art. 49 D.L. 78/2010 il procedimento aggravato era rappresentato da una traslazione della conferenza di servizi nella Conferenza unificata, ove le amministrazioni territoriali godono di un grado di partecipazione (sicuramente soddisfacente ai fini del mantenimento dell'equilibrio costituzionale rispetto alla distribuzione delle competenze), oggi la devoluzione al Consiglio dei ministri rafforza ulteriormente la posizione dell'amministrazione procedente, ove la medesima coincida già con un'articolazione ministeriale.

Alla luce del mutato contesto giuridico, pertanto, è verosimile ipotizzare una presa di posizione della giurisprudenza costituzionale diversa dal rigetto nel merito della censura portata avanti con riferimento all'ipotesi della competenza ministeriale, quanto meno sotto il profilo dell'assenza di strumenti volti a dare adeguata applicazione al principio di leale collaborazione.

6.2.7. La giurisprudenza costituzionale in tema di produzione di energia elettrica derivante da fonti rinnovabile. Rinvio alle principali questioni affrontate. La matrice internazionale e comunitaria della disciplina nazionale.

Conclusa la fase di elaborazione concernente la distribuzione delle competenze legislative e amministrative a livello generale, la giurisprudenza costituzionale si è concentrata, prevalentemente, su molte previsioni normative regionali emanate nelle more dell'approvazione delle c.d. Linee guida nazionali di cui all'art. 12, comma 10, D. Lgs. 387/2003.

Tali disposizioni, tutte dichiarate costituzionalmente illegittime perché invasive dello spazio riservato al legislatore statale:

a) avevano dettato autonomi criteri, in genere molto restrittivi, per la localizzazione di impianti e per l'individuazione dei c.d. "*siti non idonei*"²⁹⁷,

b) avevano esteso l'applicazione della denuncia di inizio attività ad impianti con capacità di generazione superiore a quella stabilita dalla normativa nazionale di riferimento²⁹⁸,

c) avevano previsto la possibilità di richiedere, a fronte di eventuali conseguenze negative sul territorio e sull'ambiente causate dalla localizzazione dell'impianto²⁹⁹, determinate prestazioni o servizi (le c.d. misure di compensazione) a carico di chi ottenesse l'autorizzazione unica.

Nella diversità delle questioni affrontate è possibile rinvenire nella giurisprudenza costituzionale il consolidarsi di certe argomentazioni, poi, tendenzialmente, recepite dalla giurisprudenza amministrativa.

Un argomento tipico deriva dalla matrice sovranazionale di buona parte della legislazione nazionale; con queste premesse, infatti, la normativa emanata dallo Stato gode di una copertura costituzionale ulteriore rispetto alla facoltà di ricorso alla c.d. chiamata in sussidiarietà e al c.d. criterio della prevalenza, dal momento che viene invocato direttamente l'art. 117, comma 1, Cost. quale disposizione capace, di per sé, di attrarre verso lo Stato la potestà legislativa in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili.

²⁹⁷ Corte Cost. 16.7.2014, n. 199; Corte Cost. 11.6.2014, n. 166; Corte Cost. 11.11.2011, n. 308; Corte Cost. 23.2.2011, n. 67; Corte Cost. 26.11.2010, n. 344; Corte Cost. 26.3.2010, n. 119; Corte Cost. 29.5.2010, n. 166; Corte Cost. 11.11.2009, n. 282, su cui v. *infra* al § 6.2.9.

²⁹⁸ *ex multis*, Corte Cost. 1.4.2011, n. 107 e Corte Cost. 22.12.2010, n. 373, su cui v. *supra* al § 5.4.

²⁹⁹ Corte Cost. 11.11.2009, n. 282, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 L.R. Molise, il quale, tra l'altro, imponeva al proponente di versare, a titolo di oneri di istruttoria, una somma di denaro, calcolato in parte in misura fissa e in parte in misura variabile in ragione della potenza nominale dell'impianto. Sul tema delle misure di compensazione per l'installazione di impianti di energia elettrica alternativa, su cui v. *infra* al §.

Per una esauriente disamina delle pronunce di illegittimità costituzionale citate, v. D. OTTOLENGHI e L. CAPOZZO, *Recenti sviluppi nella normativa in materia di energia rinnovabile: Corte costituzionale e Autorità Antitrust*, in www.amministrazioneincammino.it.

Effettivamente, la regolamentazione delle fonti energetiche alternative ha preso avvio con la sottoscrizione del Protocollo di Kyoto del 1997 riguardante il riscaldamento globale.

Il Protocollo di Kyoto, a sua volta, veniva adottato sulla base della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici adottata a New York nel 1997³⁰⁰ della quale l'Unione Europea, al pari del Protocollo di Kyoto, è parte contraente.

Il trattato internazionale è stato, inoltre, ratificato dalla L. 220/2002; conseguentemente, il legislatore italiano si è impegnato a:

- 1) ridurre la percentuale di energia prodotta da fonti convenzionali,
- 2) aumentare la percentuale di energia prodotta da fonti energetiche rinnovabili
- 3) diminuire la percentuale di gas nocivi introdotti in atmosfera, con particolare riguardo all'anidride carbonica³⁰¹.

L'Unione Europea, dal canto suo, ha dato attuazione al Protocollo di Kyoto prima con l'emanazione delle Direttive 2001/77/CE³⁰² e 2003/30/CE³⁰³,

³⁰⁰ L'obiettivo primario della Convenzione quadro di New York è di stabilizzare le concentrazioni di gas a effetto serra nell'atmosfera ad un livello tale da impedire pericolose perturbazioni di origine antropica nel sistema climatico.

³⁰¹ Gli impegni presi dall'Italia con il recepimento nel proprio ordinamento giuridico del protocollo di Kyoto sono ricordati da A. MASSONE, *La (difficile) convivenza tra governo del territorio, tutela dell'ambiente e produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, in *Foro amm. TAR*, n. 3/2009.

³⁰² Direttiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio per la promozione della energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità. Nelle premesse della direttiva del 2001 si afferma che la Comunità europea "riconosce la necessità di promuovere in via prioritaria le fonti energetiche rinnovabili, poiché queste contribuiscono alla protezione dell'ambiente e allo sviluppo sostenibile" (I Considerandum), che "la promozione dell'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è un obiettivo altamente prioritario a livello della Comunità" (II Considerandum) e che "il maggiore uso di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è una parte importante del pacchetto di misure necessarie per conformarsi al Protocollo di Kyoto della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici" (III Considerandum). La direttiva, inoltre impone a ciascuno Stato membro di verificare l'assetto normativo vigente nel proprio ordinamento così da adeguarlo alla realizzazione degli obiettivi imposti dalla legislazione sovranazionale, riducendo così "gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili, razionalizzare e accelerare le procedure all'opportuno livello

successivamente modificate e sostituite dalla Direttiva 2009/28/CE³⁰⁴, attualmente vigente.

La direttiva 2001/77/CE è stata recepita all'interno dell'ordinamento giuridico italiano con l'adozione del D. Lgs. 387/2003 mentre la successiva Direttiva 2009/28/CE ha avuto attuazione con l'emanazione del D. Lgs. 28/2011.

Pertanto, la normativa statale di principio in materia di fonti energetiche rinnovabili è contenuta in disposizioni statali di ricezione del diritto comunitario, a sua volta risultante dall'attuazione di un Trattato concluso nell'ambito del più alto consesso internazionale, con la conseguenza che la legittimità costituzionale della normativa regionale andrà valutata anche con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost.³⁰⁵.

Secondo la giurisprudenza costituzionale, inoltre, la disciplina di cui all'art. 12 D. Lgs. 287/2012 e di cui al D.M. 10 settembre 2010, trova applicazione anche alle Regioni a statuto speciale, in quanto volta a dettare una serie di principi inerenti alla diffusione delle fonti energetiche rinnovabili su tutto il territorio nazionale; infatti, tale disciplina nazionale "*è volta alla creazione di un sistema di regole certe, trasparenti ed uniformi di ingresso degli operatori economici nel settore energetico e alla diffusione delle fonti energetiche rinnovabili su tutto il territorio nazionale e non viola in alcun*

amministrativo» e «*garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie e tengano pienamente conto delle particolarità delle varie tecnologie per le fonti energetiche rinnovabili*». Per una esauriente analisi della direttiva 2001/77/CE e del D. Lgs. 387/2003 si veda AA.VV., *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: complessità e spunti di riflessione alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, fasc. 2-3.

³⁰³ Direttiva 2003/30/CE sulla promozione dei biocarburanti o di altri carburanti rinnovabili nei trasporti.

³⁰⁴ Direttiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica e successiva abrogazione delle Direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE.

³⁰⁵ Si veda, in tal senso, Corte Cost. 9.11.2006, n. 364 con la quale viene dichiarato incostituzionale l'art. 1, comma 1, L.R. Puglia 9/2005 recante una moratoria per le procedure di Valutazione di Impatto Ambientale e per le procedure autorizzative in materia di impianti di energia eolica, in attesa dell'approvazione del Piano Energetico Ambientale Regionale; Corte Cost. 6.11.2009, n. 282 con la quale venivano dichiarati incostituzionali gli artt. 2, 3, 4 e 5 L.R. Molise 15/2008 recante la disciplina degli insediamenti degli impianti eolici e fotovoltaici

modo la competenza primaria statutaria delle Regioni speciali e della Province autonome in materia di tutela del paesaggio"³⁰⁶.

6.2.8. *Il divieto di contingentamento alla produzione di energia elettrica.*

Uno dei principi che la giurisprudenza costituzionale e quella amministrativa hanno desunto dagli obblighi assunti in sede internazionale con la sottoscrizione del Protocollo di Kyoto ed in sede comunitaria con l'entrata in vigore delle direttive dedicate alla promozione e all'uso delle fonti di energia rinnovabile è quello che postula il divieto per il legislatore nazionale e per quello regionale di introdurre misure di contingentamento, diretto od indiretto, alla produzione di energia elettrica derivante da fonti rinnovabili.

Si tratta, in generale, di un principio assistito da strumenti di tutela ben precisi, derivanti dalla gerarchia della base giuridica da cui esso è tratto.

Nel caso, infatti, di contrasto, da parte di una norma nazionale o regionale, con una norma comunitaria precisa ed incondizionata, il Giudice nazionale sarà legittimato a procedere direttamente alla disapplicazione della disposizione in conflitto, con conseguente accertamento dell'illegittimità del diniego eventualmente opposto, il quale, pertanto, potrà essere annullato per c.d. illegittimità comunitaria³⁰⁷.

Cons. Stato, V Sez., 10 settembre 2012, n. 4768, infatti, riformando quanto precedentemente deciso dal TAR Basilicata, ha annullato il provvedimento con cui la Regione aveva negato, richiamandosi all'art. 3 L.R. Basilicata 9/2007, l'autorizzazione alla realizzazione di un parco eolico.

³⁰⁶ Corte Cost., 6.12.2012, n. 275.

³⁰⁷ Con riguardo al tema della c.d. illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo basti il riferimento a G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, nonché a M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazioni di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003,

La disposizione invocata individuava il limite di 128 MW di potenza massima installabile per gli impianti eolici, vietando l'autorizzazione di ulteriori impianti sino all'approvazione del Piano di Indirizzo Energetico Ambientale Regionale (P.E.A.R.) previsto dall'art. 5 L. 10/1991, di attuazione del Piano Energetico Nazionale (P.E.N.).

La pronuncia, nel solco della precedente giurisprudenza in materia, anche di rango costituzionale, ribadisce come simili previsioni siano contrarie – oltre che agli accordi di cui al Protocollo di Kyoto – anche alla Direttiva 2001/77/CE che, promuovendo lo sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili, impone agli Stati membri la rimozione di ostacoli normativi o di altro tipo all'aumento della produzione di elettricità da tali fonti (art. 6).

Il Consiglio di Stato, quindi, ha disapplicato la normativa regionale assunta a fondamento dell'atto impugnato.

Anche la Corte Costituzionale aveva già, in più occasioni, avuto modo di sancire l'illegittimità di normative regionali contenenti vincoli simili e forme indirette di contingentamento alla produzione di energia elettrica.

La stessa Regione Basilicata, infatti, era stata protagonista della precedente pronuncia della Consulta³⁰⁸, la quale dichiarava incostituzionale la L.R. Basilicata 42/2009, laddove prevedeva l'impossibilità di autorizzare la costruzione di impianti alimentati da fonti rinnovabili fino all'approvazione del P.E.A.R.

Secondo la Corte, infatti, una norma così concepita avrebbe implicitamente comportato un'irragionevole e ingiustificata "*moratoria generalizzata*" relativamente all'installazione di strutture di primario interesse, in palese violazione della disciplina, nazionale e non, regolante la materia.

Similmente, era stato espunto dall'ordinamento l'art. 2 L.R. Calabria 42/2008, che prevedeva un limite alla produzione di energia da fonti rinnovabili

³⁰⁸ Corte Cost. 3.3.2011, n. 67.

sempre nelle more dell'adozione del Piano Energetico Ambientale Regionale (P.E.A.R.)³⁰⁹.

Tale norma, infatti, secondo la Corte, violava i principi fondamentali della normativa comunitaria e internazionale poiché in contrasto con la "*generalizzata tendenza all'incentivazione che permea la materia*".

Dello stesso orientamento è altra decisione riguardante il Regolamento 16/2006 della Regione Puglia in materia di impianti eolici, il quale era caratterizzato dalla presenza di una serie di "*condizioni*" preliminari da soddisfare, pena il blocco *sine die* della realizzazione di impianti eolici³¹⁰.

Nella fattispecie, si prevedeva l'approvazione di strumenti comunali di pianificazione, senza peraltro stabilire un termine per la loro adozione, nonché la fissazione di un c.d. indice massimo di affollamento.

Dunque, prevedibilmente, la Consulta ha ritenuto tale disciplina contraria all'art. 12 D.Lgs. 387/2003 per aver introdotto nuovi e diversi adempimenti rispetto a quelli indicati dalla normativa statale, violandone, dunque, il caposaldo più importante, vale a dire l'esigenza di semplificare e velocizzare la procedura per realizzare gli impianti alimentati da fonti rinnovabili.

Partendo da premesse del tutto analoghe, invece, occorre rilevare che, con due sentenze gemelle, il Consiglio di Stato ha rigettato gli appelli proposti da alcune società avverso la sentenza del TAR Lazio che ha respinto, in primo grado, i ricorsi avverso il D.M. 5 maggio 2011 (recante i *Criteri per l'incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici* – c.d. Quarto conto energia) e il D.M. 5 luglio 2012 (in attuazione dell'art. 25 D. Lgs. 28/2011, recante *Incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici* – c.d. Quinto conto energia)³¹¹.

³⁰⁹ Corte Cost. 1.4.2010, n. 124.

³¹⁰ Corte Cost. 7.11.2010, n. 344.

³¹¹ Cons. Stato, VI Sez., 8.8.2014, n. 4233 e 4234.

Il Consiglio di Stato, dopo aver premesso che la Direttiva 2009/28/CE³¹², rende vincolante l'impegno alla riduzione delle emissioni di gas serra, da perseguire anche attraverso l'aumento dell'energia prodotta dalle fonti rinnovabili e mediante specifici strumenti attuativi, afferma che la medesima si inquadra nel processo evolutivo di esecuzione del Protocollo di Kyoto, dal momento che assegna all'Italia (Allegato I alla Direttiva 2009/28/CE) l'obiettivo di raggiungere, per l'anno 2020, una quota di utilizzo di energie rinnovabili pari al 17% sul consumo finale di energia.

In particolare, la pronuncia richiama l'art. 13 Direttiva 2009/28/CE (attuata con il D. Lgs. 28/2011), il quale statuisce la necessità che le procedure amministrative siano *“proporzionate e necessarie”*, e che le norme in materia di autorizzazione, certificazione e concessione di licenze siano, a loro volta, *“oggettive, trasparenti, proporzionate, non contengano discriminazioni tra partecipanti e tengano pienamente conto delle specificità di ogni singola tecnologia per le energie rinnovabili”*.

Le sentenze gemelle, dunque, sulla base della medesima normativa comunitaria primaria da cui si desume il divieto ad ogni forma di contingentamento alla produzione di energia elettrica, da un lato, spiegano alcune sopravvenute innovazioni introdotte dal D. Lgs. 28/2011 e dal relativo D.M. 5 maggio 2011 (con particolare riferimento ad alcuni aspetti come le disposizioni temporali e transitorie, il registro, i contingentamenti ed i livelli tariffari); dall'altro, deducono che il settore delle energie rinnovabili in generale (e del fotovoltaico in particolare) non sia un mercato libero o liberalizzato, ma *“soggetto a programmazione e pianificazione, nonché ad obiettivi compatibili con gli oneri a carico dell'utenza (anzi da ridurre) e a redditività decrescente, commisurata all'andamento dei reali costi di struttura e delle tecnologie applicate a livello internazionale”*.

³¹² Direttiva 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.

In effetti, secondo l'interpretazione resa dalla giurisprudenza costituzionale³¹³ le norme statali di recepimento delle direttive comunitarie, nel prevedere un sistema chiaramente orientato all'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, e nel delineare un nuovo quadro di politica energetica, costituiscono altresì *"norme fondamentali di riforma economico-sociale, che ovviamente si adattano nel tempo al mutare delle condizioni normative, operative e di funzionamento sia del mercato interno che esterno"*.

Pertanto, i regolamenti ministeriali impugnati (D.M. 5 maggio 2011 e D.M. 5 luglio 2012) recanti una restrizione dell'esistente regime di agevolazione sotto i profili del contingentamento della potenza incentivabile, del divieto di installazione di impianti in aree agricole o del sensibile ridimensionamento dei livelli tariffari, non si traducono, se non in via di fatto, in un peggioramento delle circostanze iniziali dell'operazione economica intrapresa (tant'è che di solito, come nella specie, sono state previste norme di raccordo e transitorie), bensì in una *"nuova regolamentazione della materia aderente ai tempi e agli obiettivi da raggiungere secondo le modalità diverse prefissate"*.

6.2.9. *L'inserimento degli impianti nel paesaggio e l'individuazione delle aree non idonee (art. 12, comma 10, D. Lgs. 387/2003 e artt. 16 e 17 D.M. 10 settembre 2010). L'elaborazione del principio della massima diffusione delle energie rinnovabili ad opera della giurisprudenza costituzionale.*

L'art. 12, comma 10, D. Lgs. 387/2003, una volta precisato che la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili è soggetta ad autorizzazione unica, rilasciata dalla Regione a conclusione di un procedimento unico al quale partecipano tutte

³¹³ Corte Cost. 11.10.2012, n. 224.

le amministrazione interessate, stabilisce che "*in Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e del Ministro per i beni e le attività culturali, si approvano le linee guida per lo svolgimento del procedimento relativo alla costruzione di impianti di produzione di energia alternativa*" e che "*tali linee guida sono volte ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio*"; si precisa, infine, che, una volta che le c.d. Linee guida nazionali abbiano avuto attuazione, le Regioni possono procedere all'indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti, adeguando le rispettive discipline entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore delle linee guida nazionali.

In linea con la disposizione di principio, l'art. 1.2 D.M. 10 settembre 2010 (posto nella Parte I, relativa alle *Disposizioni generali*), stabilisce che le Regioni possono porre limitazioni e divieti in atti di tipo programmatico o pianificatorio per l'installazione di specifiche tipologie di impianti alimentati da fonti rinnovabili ed esclusivamente nell'ambito e con le modalità di cui all'art. 17 (posto nella Parte IV, dedicata all' *Inserimento degli impianti nel paesaggio e nel territorio*), rubricato "*aree non idonee*", il quale conferma che le Regioni e le Province autonome possono indicare aree e siti non idonei all'installazione di specificate tipologie di impianti.

La disciplina sull'inserimento degli impianti nel paesaggio, pertanto, andrà ricostruita in primo luogo sulla base delle Linee guida nazionali e, successivamente, sulla base delle Linee guida regionali, adottate, generalmente dal Consiglio regionale, sotto forma di Regolamento o Legge regionale.

Ove la Regione non abbia adottato proprie Linee guida nel termine di 90 giorni concesso, troverà applicazione diretta il D.M. 10 settembre 2010, anche per quanto riguarda l'aspetto relativo alla localizzazione degli impianti, con la conseguenza che gli unici divieti in concreto applicabili saranno solo quelli stabiliti dalla disciplina statale.

La dichiarazione regionale di inidoneità non è tuttavia libera e senza vincoli, in quanto subordinata ad una serie di condizioni indicate dal medesimo art. 17 D.M. 10 settembre 2010.

Anzitutto, la dichiarazione di inidoneità deve risultare quale provvedimento finale di un'istruttoria adeguata volta a prendere in considerazione tutta una serie di interessi coinvolti, vale a dire la tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico artistico, delle tradizioni agroalimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale; inoltre, continua la disposizione, "*gli esiti dell'istruttoria dovranno contenere, in riferimento a ciascuna area individuata come non idonea in relazione a specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti, la descrizione delle incompatibilità riscontrate con gli obiettivi di protezione ambientale*".

Una seconda limitazione consiste nell'obbligo per le Regioni di individuare le aree non idonee attraverso atti di programmazione congruenti con i c.d. obiettivi di *burden sharing* assegnati dal D.M. 15 marzo 2012 e, prima della sua entrata in vigore, dall'art. 8 *bis* D.L. 208/2008 convertito, con modificazioni, dalla L. 13/2009³¹⁴.

³¹⁴ Con il termine *Burden Sharing* si intende la ripartizione regionale della quota minima di incremento dell'energia prodotta con fonti rinnovabili, in vista degli obiettivi europei prefissati per il 2020.

Il D.M. 15 marzo 2012 sulla "*Definizione e qualificazione degli obiettivi regionali in materia di fonti rinnovabili e definizione della modalità di gestione dei casi di mancato raggiungimento degli obiettivi da parte delle Regioni e delle province autonome (c.d. decreto Burden Sharing)*" è stato definito sulla base degli obiettivi contenuti nel Piano di Azione Nazionale (P.A.N.) per le energie rinnovabili, vale a dire il documento programmatico trasmesso dall'Italia alla Commissione europea il 28 luglio 2010, in attuazione dell'art. 4 Direttiva 2009/28/CE che assegna all'Italia la quota del 17% dei consumi lordi nazionali entro il 2020 nei settori dell'elettricità, del riscaldamento-raffreddamento e dei trasporti.

Il decreto *Burden Sharing* è, però, stato emanato con oltre 1.100 giorni di ritardo rispetto ai tempi stabiliti dall'art. 2, comma 167, L. 244/2007 (Legge Finanziaria per il 2008), così come modificato dall'art. 8 *bis* D.L. 208/2008, convertito, con modificazioni, dalla L. 13/2009.

Le Regioni e le Province Autonome avranno, pertanto, un congruo periodo di tempo per recepire gli obiettivi nei rispettivi piani energetici (P.E.A.R.) e il termine per l'aggiornamento degli obiettivi del P.A.N. è stato fissato per il 31 dicembre 2016.

Il D.M. 15 marzo 2012 definisce cosa sia il consumo finale lordo di energia di una Regione o Provincia Autonoma (art. 2, comma 2) e cosa sia il consumo di energia rinnovabile (art. 2,

Tali atti sono funzionali a "*conciliare le politiche di tutela dell'ambiente e del paesaggio con quelle di sviluppo e valorizzazione delle energie rinnovabili assicurando uno sviluppo equilibrato delle diverse fonti*"³¹⁵.

La *ratio* della previa individuazione di aree e siti non idonei è resa esplicita nell'Allegato 3 al D.M. 10 settembre 2010; essa mira ad accelerare il procedimento di realizzazione degli impianti, giacché si intende offrire agli operatori un quadro certo e chiaro di riferimento ed orientamento per la localizzazione dei progetti; peraltro, secondo parte della dottrina³¹⁶, l'inserimento delle aree tra i siti non idonei non rappresenta necessariamente un "*divieto preliminare*".

Oltre a ciò l'Allegato 3 al D.M. 10 settembre 2010 indica i principi e i criteri, a cui le Regioni devono conformarsi nella individuazione delle aree inidonee; gli atti di pianificazione regionale (noti anche come Linee guida

comma 3); soprattutto fissa in una Tabella A la c.d. Traiettorie degli obiettivi regionali, dalla situazione iniziale al 2020.

Le Regioni e le Province Autonome devono prioritariamente sviluppare modelli di intervento per l'efficienza energetica e integrare la programmazione in materia di fonti rinnovabili, intervenire nel sistema dei trasporti pubblici locali, nell'illuminazione pubblica, nel settore idrico, negli edifici e nelle utenze delle P.A., ridurre il traffico urbano, incentivare la produzione di energia da fonti rinnovabili e promuovere la realizzazione di reti di teleriscaldamento.

Tutte le misure adottate dovranno essere rese note al Ministero dello sviluppo economico, al Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare e alle altre Regioni.

Il Ministero dello sviluppo economico verifica per ciascuna Regione e Provincia autonoma la quota del consumo finale lordo di energia coperta da fonti rinnovabili, riferita all'anno precedente (art. 5 comma 1)

Gli interventi cui sono chiamate a provvedere le Regioni e le Province Autonome devono avvenire nell'ambito delle proprie risorse finanziarie il che, com'è ovvio, in questo particolare momento di congiuntura finanziaria, potrà rappresentare un problema.

³¹⁵ B. ROSSI, *Aree e siti non idonei: spunti di riflessione sulla normazione regionale in tema di impianti alimentati da fonti rinnovabili*, in *Giur. merito*, n. 10/2012.

³¹⁶ N. DURANTE, *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili*, 2011, in www.giustizia-amministrativa.it; secondo l'autore "*sembrerebbe che, attraverso l'esclusione di aree e siti (...), la Regione non eserciti un potere di natura conformativa e vincolistica del territorio, ma più semplicemente coadiuvi l'imprenditore, indicandogli in via preventiva i luoghi e le modalità secondo cui l'iniziativa economica può essere attuata*"; ancora "*nell'impalco delle linee guida, ad essere messa in forse è la stessa vincolatività della dichiarazione di non idoneità, posto che essa consegue non alla impossibilità di realizzare l'impianto, ma alla semplice elevata probabilità di esito negativo*"; *contra*: TAR Piemonte, I Sez., 10.7.2014, n. 1197, su cui v. *infra*.

regionali) dovranno, in particolare, attenersi ai seguenti parametri di legittimità, ispirandosi a:

a) criteri tecnici oggettivi, legati ad aspetti di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio artistico-culturale, connessi alle caratteristiche intrinseche del territorio e del sito;

b) criteri di differenziazione, secondo cui l'individuazione delle aree non idonee dovrà avvenire con specifico riguardo alle diverse fonti rinnovabili ed alle diverse soglie di potenza dell'impianto;

c) indicazione di porzioni non significative del territorio;

d) divieto di accludere nei siti non idonei zone classificate come agricole dai vigenti piani urbanistici ovvero solo genericamente soggette a tutela dell'ambiente, del paesaggio, e del patrimonio storico-artistico;

e) divieto di identificazione di fasce di rispetto di dimensioni non giustificate da specifiche e motivate esigenze di tutela;

f) grado di concentrazione di impianti nella medesima area prescelta per la localizzazione, nonché livello di interazione con altri piani, programmi e progetti posti in essere;

g) particolare vulnerabilità o sensibilità delle aree alle trasformazioni territoriali o del paesaggio.

Inoltre, Il punto f) dell'Allegato 3, individua una vasta tipologia di possibili aree particolarmente sensibili o vulnerabili alle trasformazioni territoriali o del paesaggio, che possono essere individuate dalle Regioni come zone non idonee. Tra queste rientrano:

1) le aree legate a obiettivi di tutela ambientale;

2) i siti inseriti nella lista del patrimonio mondiale dell'UNESCO, le aree ed i beni di notevole interesse culturale di cui alla Parte II del D.Lgs. 42/2004, nonché gli immobili e le aree dichiarati di notevole interesse pubblico ai sensi dell'art. 136 D.Lgs. 42/2004 (si tratta di aree su cui gravano, rispettivamente, il vincolo storico-artistico e quello paesaggistico);

3) le aree situate in prossimità di parchi archeologici e nelle aree contermini;

4) le aree naturali protette ai diversi livelli (nazionale, regionale, locale) istituite ai sensi della L. 394/1991 ed inserite nell'Elenco ufficiale delle Aree naturali protette;

5) le zone umide di importanza internazionale designate ai sensi della Convenzione di Ramsar;

6) le aree incluse nella Rete ecologica denominata Natura 2000, designate, a livello comunitario, con riferimento alla protezione della biodiversità, in base alla Direttiva 1992/43/CEE (c.d. Siti di importanza comunitaria, S.I.C.) e, con riferimento alla protezione dell'avifauna, dalla Direttiva 1979/409/CEE (c.d. Zone di protezione speciale, Z.P.S.);

7) le c.d. *Important Bird Areas* (I.B.A.);

8) le aree non comprese in quelle di cui ai punti precedenti ma che svolgono funzioni determinanti per la conservazione della biodiversità (c.d. fasce di rispetto o aree contigue delle aree naturali protette), le aree di connessione e continuità ecologico-funzionale tra i vari sistemi naturali e seminaturali;

9) le aree agricole interessate da produzioni agricolo-alimentari di qualità (produzioni biologiche, produzioni DOP, IGP, STG, DOC, DOCG, produzioni tradizionali) e/o di particolare pregio rispetto al contesto paesaggistico-culturale, in coerenza con l'art. 12, comma 7, D.Lgs. 387/2003;

10) le aree caratterizzate da situazioni di dissesto o rischio idrogeologico perimetrate nei Piani di Assetto Idrogeologico (P.A.I.) adottati dalle competenti Autorità di bacino ai sensi del D.L. 180/1998;

11) le zone individuate ai sensi dell'art. 142 D.Lgs. 42/2004, valutando la sussistenza di particolari caratteristiche che le rendano incompatibili con la realizzazione degli impianti (si tratta delle aree soggette a vincolo paesaggistico *ope legis*).

Si possono quindi individuare due tipologie di aree che, secondo le Linee guida nazionali, potenzialmente potrebbero essere dichiarate non idonee dalle Linee guida regionali:

1) quelle legate ad obiettivi di tutela ambientale in termini generali e che non vengono specificate *ex ante*;

2) quelle in cui gli obiettivi di tutela sono connessi ad aree caratterizzate da fragilità paesaggistico-territoriale e che vengono invece specificamente individuate.

Nella prima ipotesi l'attività della potestà regionale sarà caratterizzata da più ampi margini di discrezionalità amministrativa, mentre nella seconda avrà natura tendenzialmente vincolata³¹⁷.

Pertanto, nel caso in cui una Regione non proceda alla ricognizione delle aree non idonee, la normativa statale di cui all'Allegato III delle Linee guida nazionali potrà trovare applicazione diretta solo con riferimento ai divieti del secondo tipo.

Se questo è il contenuto delle c.d. Linee guida nazionali in materia di localizzazione di impianti da fonti energetiche rinnovabili, deve tuttavia essere evidenziato che le medesime sono state emanate in notevole ritardo rispetto all'entrata in vigore dell'art. 12, comma 10, D. Lgs. 387/2003.

Pertanto, nelle more della loro adozione, l'unico riferimento normativo rimaneva l'art. 12 D. Lgs. 387/2003 il quale, se da un lato conferiva alle Regioni la possibilità di dettare limiti all'installazione degli impianti sul proprio territorio, dall'altro subordinava tale potestà pianificatoria all'intervento dello

³¹⁷ Attualmente, sono state individuate zone non idonee per il fotovoltaico e l'eolico in circa due terzi delle Regioni; 7 sono le Regioni che le hanno definite per gli impianti a biomassa e biogas, 5 quelle che le hanno approvate per l'idroelettrico e 2 per il geotermico. Sono solo 4 le Regioni a Statuto ordinario che non hanno definito zone non idonee per nessun tipo di impianto (Lombardia, Friuli Venezia Giulia, Lazio e Campania) e sono 2 le Regioni che le hanno individuate per tutti i tipi di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili (Molise e Umbria). In generale le c.d. Linee guida regionali sono contenute, a seconda delle disposizioni dello Statuto, o in una Delibera del Consiglio regionale, o in una Delibera della Giunta regionale.

Stato attraverso l'approvazione del Decreto interministeriale recante le Linee guida ivi previste.

Di conseguenza, le Regioni, potenzialmente titolari della menzionata potestà pianificatoria, concretamente non hanno potuto esercitare tale competenza fino all'emanazione delle indicazioni statali, essendo eventuali Linee guida regionali stilabili sono in applicazione di quelle nazionali.

Ciò è stato confermato in più occasioni dalla Corte costituzionale che ha sistematicamente dichiarato incostituzionali tutte le normative regionali emanate nelle more dell'entrata in vigore delle Linee guida nazionali, ritenendo le discipline regionali in contrasto con la potestà legislativa esclusiva statale in materia ambientale; è stato così precluso alle Regioni, sino all'intervento del legislatore, qualsiasi autonomo intervento volto a dettare propri criteri per l'inserimento degli impianti sul territorio³¹⁸.

L'evoluzione più recente (di un orientamento così polarizzato nel senso della prevalenza dell'interesse alla diffusione degli impianti per la produzione di energia rinnovabile) ha visto consolidarsi il principio in base a cui alle Regioni, pur in seguito all'entrata in vigore delle Linee guida nazionali, è consentito soltanto individuare, caso per caso, aree e siti non idonei, avendo specifico

³¹⁸ Infatti, con riferimento all'adozione dei piani regionali nelle more dell'entrata in vigore del D.M. 10 settembre 2010, la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di affermare che *"l'inclusione della materia energetica nell'elenco delle materie attribuite alla competenza legislativa concorrente, se da un lato spiega il richiamo alla conferenza unificata, dall'altro non permette alle singole Regioni di procedere autonomamente all'individuazione dei criteri per l'allocatione degli impianti, in virtù dell'interesse primario di tutela ambientale perseguito dalla disposizione statale, che assegna alle linee guida la funzione di individuare il corretto bilanciamento tra la diffusione degli impianti da energie rinnovabili e la conservazione delle aree di pregio ambientale"* (Corte Cost. 11.6.2014, n. 166; Corte Cost. 11.11.2011, n. 308; Corte Cost. 23.2.2011, n. 67; Corte Cost. 26.11.2010, n. 344; Corte Cost. 26.3.2010, n. 119; Corte Cost. 29.5.2010, n. 166). Le linee guida, a loro volta, *"devono essere il risultato di una concertazione Stato - Regioni secondo il noto canone del principio di leale collaborazione in ordine al corretto bilanciamento tra le esigenze di accrescimento dei livelli di produzione di energia e gli interessi con tali esigenze potenzialmente configgenti. Solo una volta raggiunto tale equilibrio, nell'ambito di ogni Regione, i criteri così definiti possono essere adeguati alle specifiche caratteristiche dei rispettivi contesti territoriali"* (Corte Cost. 6.11.2009, n. 282).

riguardo alle diverse taglie di impianto, *"in via di eccezione e solo qualora ciò sia necessario per proteggere interessi costituzionalmente rilevanti"*³¹⁹.

In questo senso, il principio fondamentale di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile (derivante dalla normativa europea e recepito dal legislatore nazionale), trova attuazione nella *generale* utilizzabilità di tutti i terreni per l'inserimento di tali impianti, con le *puntuali e adeguatamente motivate eccezioni*, stabilite dalle Regioni, purché ispirate alla tutela di altri interessi costituzionalmente protetti nell'ambito delle loro materie.

Pertanto, *"non appartiene alla competenza legislativa della stessa Regione la modifica, anzi il rovesciamento, del principio generale contenuto nell'art. 12, comma 10, D. Lgs. 387/2003 che prescrive l'approvazione delle linee guida nazionali ai fini dello svolgimento del procedimento di autorizzazione per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili"*³²⁰.

Si può agevolmente concludere nel senso che la competenza in materia di *"localizzazione degli impianti di energia da fonti rinnovabili"* spetti in via esclusiva e generale allo Stato e solo per aspetti di mero dettaglio ed eccezionalmente alle Regioni; tale conclusione è, del resto, avallata, da una espressa dichiarazione in tal senso da parte della stessa Corte costituzionale³²¹, secondo la quale le Regioni possono individuare le aree non idonee solo eccezionalmente e a condizione che le stesse vengano esattamente specificate,

³¹⁹ Corte Cost., 16.7.2014, n. 199, punto 3; Corte Cost. 11.6.2014, n. 166 sulla quale si rinvia a C. BATTIATO, *Regioni ed energie rinnovabili: ancora una volta la scure della Corte costituzionale si abbatte sulle norme regionali relative alla localizzazione di impianti di energia da fonti rinnovabili*, in *Consulta online*, 2014; Corte Cost. 30.1.2014, n. 13, sulla quale si rinvia a S. SILVERO, *Sui limiti alla potestà legislativa regionale in materia di "localizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile"*, in *Quaderni costituzionali*, 2014.

³²⁰ Corte Cost., 16.7.2014, n. 199, punto 3; Corte Cost. 11.6.2014, n. 166; Corte Cost. 30.1.2014, n. 13.

³²¹ Corte Cost. 11.10.2012, n. 244, Punto 4.1. Per un commento, si veda A. BALESTRIERI, *Rinnovabili: la Corte costituzionale censura l'individuazione di aree idonee*, 2012, in www.filodiritto.com.

essendo loro vietato introdurre un divieto generalizzato che, di fatto, si sostanzia in un ribaltamento del principio generale stabilito dal legislatore nazionale e dei principi comunitari della materia, che impongono la massima diffusione delle energie rinnovabili³²².

6.2.10. (segue) *Il difficile contemperamento di interessi adottato dalla giurisprudenza costituzionale.*

Per un verso, il crescente sviluppo delle energie rinnovabili è conseguenza del rispetto di obblighi pattizi assunti dall'Italia in seno alla Comunità internazionale, che impongono la graduale sostituzione delle fonti energetiche tradizionali più inquinanti e sempre meno presenti in natura, nonché di una precisa strategia politico economica, volta a ridurre la dipendenza dall'estero nell'approvvigionamento dell'energia e a contenere il livello di spesa pubblica per soddisfare il fabbisogno energetico, oltre a diversificare le fonti dell'approvvigionamento; tuttavia, per altro verso, tale sviluppo deve necessariamente coniugarsi con la salvaguardia dell'identità e

³²² Per una applicazione del principio elaborato è interessante la vicenda culminata nella declaratoria di incostituzionalità dell'art. 8, comma 2, L.R. Sardegna 25/2012, il quale, ribaltando la prospettiva dell'art. 17 D.M. 10 settembre 2010, prevedeva, in tema di realizzazione di nuovi impianti eolici o di ampliamenti di impianti esistenti, un divieto generalizzato su tutto il territorio costiero sardo, con eccezione espressa e non estendibile solo per quelle aree specificamente individuate come "idonee"; secondo la Consulta, il legislatore regionale "nell'individuare esclusivamente le aree ove è consentita la realizzazione di impianti eolici, produce l'effetto di legiferare il divieto di posizionare detti impianti nelle zone non indicate, apprestando implicitamente una tutela di tipo paesaggistico a vaste aree (gli ambiti di paesaggio costieri) che non è coerente con la nozione di paesaggio"; v. Corte Cost., 16.7.2014, n. 199, punto 3, secondo la quale "ben avrebbe potuto la Regione autonoma Sardegna, nell'esercizio della propria competenza primaria in materia, individuare le aree non idonee all'inserimento di impianti eolici, apprestando una tutela di tipo paesaggistico a determinate zone localizzabili negli ambiti di paesaggio costieri, in conformità ai criteri posti dalle richiamate "Linee guida" statali. Non appartiene, infatti, alla competenza legislativa della Regione invertire il rapporto regola-eccezione, imposto dall'art. 12, comma 10, d.lgs. n. 387 del 2003, che determina la generale disponibilità, anche degli ambiti di paesaggio costieri, alla installazione degli impianti".

dell'integrità paesaggistica, ambientale e culturale del territorio, che rappresenta una risorsa e una specificità di non minore importanza³²³.

La giurisprudenza costituzionale è stata, dunque, chiamata ad effettuare tale bilanciamento ma la soluzione cui è giunta è stata di netto favore per lo sviluppo degli impianti, anche talora a discapito di interessi costituzionalmente protetti e posti su un livello almeno equordinato.

La centralità rivestita dal settore delle energie rinnovabili nell'economia italiana viene confermata in tutte quelle pronunce dove la tutela per lo sviluppo agricolo viene a soccombere, al pari dell'ambiente e del paesaggio, rispetto alle esigenze di sviluppo energetico.

La Corte non ha fatto mai mistero di ciò, stabilendo che *"Pur non trascurando la rilevanza che, in relazione a questi impianti, riveste la tutela dell'ambiente e del paesaggio, si rivela centrale nella disciplina impugnata il profilo afferente alla gestione delle fonti energetiche in vista di un efficiente approvvigionamento presso i diversi ambiti territoriali"*³²⁴.

Viene da domandarsi, a questo punto, se tale bilanciamento di interessi sia condivisibile; occorre, infatti, anche alla luce di dati positivi ulteriori, verificare se la polarizzazione di interessi, manifestato dalla giurisprudenza costituzionale, in favore dello sviluppo energetico e a scapito, talora, dei valori ambientali, paesaggistici e di sviluppo agricolo possa ragionevolmente qualificarsi come principio acquisito di portata regolare.

Non pare, infatti, ragionevole che lo sviluppo dell'approvvigionamento energetico da fonte rinnovabile possa aprioristicamente prevalere su qualsiasi altro interesse potenzialmente in conflitto, almeno fino a quando la

³²³ Si veda, ampiamente, N. DURANTE, *La non idoneità delle aree e dei siti all'installazione di impianti di produzione di energia alternativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

³²⁴ Principio di portata regolare, sin da Corte Cost. 6.11.2009, n. 282, punto 3.

contrapposizione riguardi interessi equiordinati, in quanto tutti dotati di rango costituzionale³²⁵.

Se non si dubita che lo sviluppo delle energie rinnovabili e la conseguente diffusione degli impianti corrisponda a un interesse di primaria importanza perché, oltre che per le ragioni già elencate, contribuisce alla riduzione delle emissioni inquinanti e, quindi, tutela indirettamente anche l'ambiente e la salute, tuttavia l'operazione di bilanciamento con altri interessi potenzialmente configgenti continua ad essere delicata, dal momento che possono essere coinvolti ulteriori interessi di rango costituzionale, i quali pure, a loro volta, possono essere l'espressione di impegni assunti dall'Italia in sede internazionale³²⁶.

Pertanto, di fronte ad interessi dotati di pari valore costituzionale, l'operazione di corretta ponderazione degli stessi non dovrebbe avvenire una volta per tutte, mediante il richiamo alle medesime argomentazioni di ordine sistematico derivante dal carattere multilivello della disciplina; la prevalenza assoluta (o quasi) dell'interesse allo sviluppo delle energie alternative a sacrificio dell'interesse, ad esempio, paesaggistico, dovrebbe, invece, rappresentare l'esito di un giudizio di bilanciamento condotto prevalentemente sulla base delle peculiarità contingenti del caso concreto, senza che venga a priori attribuito allo sviluppo energetico una sorta di carattere di prevalenza originaria.

³²⁵ In termini non dissimili, v. L. NANNIPIERI, *Regioni ed energia rinnovabile: sono (ancora una volta) dichiarate incostituzionali norme regionali che pongono limitazioni alla localizzazione di impianti da fonti rinnovabili, dettate in assenza delle linee guida statali*, nota a Corte cost. n. 119/2010, in www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it.

³²⁶ Se con riferimento allo sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili ci si riferisce tradizionalmente alla L. 120/2002, recante ratifica ed esecuzione del Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, con riferimento alla tutela paesaggistica si può far riferimento alla L. 14/2006, di ratifica della Convenzione europea del paesaggio promossa dal Consiglio d'Europa e firmata a Firenze il 20 ottobre 2000.

Del resto, né il Protocollo di Kyoto, né il diritto europeo consentono di sacrificare, ad esempio, la tutela della biodiversità o dello sviluppo agricolo in favore delle energie rinnovabili.

Infatti, nelle disposizioni del diritto comunitario derivato³²⁷, si rinviene piuttosto un'espressa preoccupazione per gli impatti negativi che lo sviluppo delle rinnovabili può comportare sull'ambiente, sul paesaggio e sull'agricoltura³²⁸.

Nelle vicende portate all'attenzione della Consulta pare, invece, che allo sviluppo dell'energia alternativa sia attribuita una portata *tranchante*, quasi dispotica, a scapito della tutela ambientale e agricola, giustificando tale impostazione alla stregua di un imperativo reso necessario dal quadro sovranazionale ed internazionale di riferimento.

A sostegno di ciò, depone, peraltro, un'importante pronuncia della Corte Giustizia, della quale occorre tener conto.

6.2.11. (segue) *La prospettiva della giurisprudenza comunitaria e la necessità di procedere ad una ponderazione tra l'interesse allo sviluppo energetico e l'interesse alla conservazione della biodiversità (Corte di Giustizia, 21 luglio 2011, C-2/2010).*

Attenuando parzialmente i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale, la giurisprudenza comunitaria, con un'importante pronuncia resa all'esito di un rinvio pregiudiziale, ha mitigato la portata del principio di

³²⁷ Tali preoccupazioni, ad esempio in riferimento agli impianti a biomassa, sono espressamente individuati dalla Direttiva 2009/28/CE la quale, al *Considerandum* n. 78 afferma che “occorre sorvegliare l'impatto della coltivazione della biomassa, dovuto ad esempio a modifiche della destinazione dei terreni, incluso lo spostamento, l'introduzione di specie esotiche invasive ed altri effetti sulla biodiversità, e gli effetti sulla produzione alimentare e sulla prosperità locale”.

³²⁸ *Contra*, v. L. CORTI, *Impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, leggi regionali, Protocollo di Kyoto e direttive comunitarie: la prevalenza dei principi internazionali e comunitari nelle pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 6/2012.

massima diffusione delle energie rinnovabili fornito dalla Consulta di fronte ad alcuni particolari interessi potenzialmente confliggenti.

Al vaglio della Corte di Giustizia vi era una disposizione della normativa regionale che, applicando più rigidamente quanto previsto dal diritto comunitario in materia di tutela della biodiversità, limitava *ex ante* e in via assoluta l'installazione di impianti eolici in aree ricadenti nella rete ecologica denominata Natura 2000.

Di fronte ad un diniego opposto dalla Regione Puglia all'installazione di aerogeneratori, non finalizzati all'autoconsumo, localizzati entro il perimetro del Parco nazionale dell'Alta Murgia, il TAR Puglia rimetteva alla Corte di Giustizia il rinvio pregiudiziale concernente la compatibilità con le Direttive 2001/77/CE e 2009/28/CE non solo della norma regionale censurata, ma altresì dell'art. 1, comma 1226, L. 296/2006 e dell'art. 5, comma 1, del Decreto del Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare del 17 ottobre 2007, relativi al divieto, assoluto ed indifferenziato, di localizzare aerogeneratori non finalizzati all'autoconsumo nei Siti di Interesse Comunitario (S.I.C.), in luogo dell'espletamento di apposita valutazione di incidenza ambientale che analizzi l'impatto del singolo progetto sul sito specifico interessato dall'intervento.

Preliminarmente è opportuno analizzare la disciplina comunitaria e nazionale, in tema di tutela della biodiversità, dal momento che essa è potenzialmente suscettibile di confliggere con il principio di massima espansione delle fonti rinnovabili, per come elaborato dalla giurisprudenza costituzionale.

La Direttiva 1992/43/CEE mira a fornire una serie di istituti giuridici volti alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatici.

In questo contesto, viene espressamente previsto al *Considerandum* n. 3 che "*la direttiva, il cui scopo principale è promuovere il mantenimento della*

biodiversità, tenendo conto al tempo stesso delle esigenze economiche, sociali, culturali e regionali, contribuisce all'obiettivo generale di uno sviluppo durevole" e che "il mantenimento di detta biodiversità può in taluni casi richiedere il mantenimento e la promozione di attività umane"; l'art. 2 chiarisce, dunque, che "scopo della direttiva è contribuire a salvaguardare la biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali, nonché della flora e della fauna selvatiche nel territorio europeo".

Il successivo art. 3 istituisce una rete ecologica europea, denominata Natura 2000, entro la quale l'habitat naturale viene protetto nell'ambito di c.d. Zone Speciali di Conservazione (Z.S.C.); la concreta designazione di tali zone speciali di conservazione è, invece, rimessa agli Stati membri, secondo il procedimento di cui al successivo art. 4³²⁹.

Fondamentale per comprendere gli effetti giuridici derivanti dall'inclusione di un'area nella rete ecologica Natura 2000 è l'art. 6, il quale, accanto ad una disposizione programmatica volta ad evitare il degrado dell'habitat naturale e la perturbazione delle specie ivi ricadenti, prevede che *"qualsiasi piano o progetto (...) che possa avere incidenze significative su tale sito, singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti, forma oggetto di una opportuna valutazione di incidenza ambientale, tenendo conto degli obiettivi di conservazione del medesimo"*.

Pertanto, l'inclusione di un area nella rete ecologica Natura 2000 comporta che ogni atto di pianificazione ovvero ogni progetto, astrattamente idoneo ad incidere negativamente sulla zona speciale di conservazione, a prescindere dalla sua localizzazione entro l'area, deve essere previamente sottoposto alla c.d. valutazione di incidenza ambientale.

³²⁹ Effettivamente, il Parco nazionale dell'Alta Murgia è stata designata zona speciale di conservazione, con la conseguenza che l'area individuata, ricadendo nella rete ecologica Natura 2000, è soggetta alla disciplina di cui alla Direttiva 1992/43/CE.

A seguito dell'espletamento della procedura *"le autorità nazionali competenti danno il loro accordo su tale piano o progetto soltanto dopo aver avuto la certezza che esso non pregiudicherà l'integrità del sito in causa e, se del caso, previo parere dell'opinione pubblica"*³³⁰.

Tale procedura, in forza del rinvio operato dall'art. 7, trova applicazione anche per le c.d. Zone di Protezione Speciale (Z.P.S.) costituite per la salvaguardia dell'avifauna nell'ambito di quanto disposto dalla Direttiva 1979/409/CEE, specificamente volta a prevenire l'inquinamento ed il deterioramento degli habitat delle specie ornitologiche selvatiche.

La c.d. direttiva avifauna, peraltro, prevede all'art. 14 che gli Stati membri possano prendere misure di protezione più rigorose di quelle già previste a livello comunitario.

³³⁰ La valutazione di incidenza costituisce lo strumento per garantire, dal punto di vista procedurale e sostanziale, il raggiungimento di un rapporto equilibrato tra la conservazione soddisfacente degli habitat e delle specie e l'uso sostenibile del territorio. E' bene sottolineare che la valutazione d'incidenza si applica sia agli interventi che ricadono all'interno delle aree Natura 2000 (o in siti proposti per diventarlo), sia a quelli che, pur sviluppandosi all'esterno, possono comportare ripercussioni sullo stato di conservazione dei valori naturali tutelati nel sito. La valutazione d'incidenza rappresenta uno strumento di prevenzione che analizza gli effetti di interventi che, seppur localizzati, vanno collocati in un contesto ecologico dinamico, in considerazione delle correlazioni esistenti tra i vari siti e del contributo che portano alla coerenza complessiva e alla funzionalità della rete Natura 2000, sia a livello nazionale che comunitario. Pertanto, la valutazione d'incidenza si qualifica come strumento di salvaguardia, che si cala nel particolare contesto di ciascun sito, ma che lo inquadra nella funzionalità dell'intera rete.

Quando progetti e piani sono soggetti, rispettivamente, alla V.I.A. e alla V.A.S., la valutazione d'incidenza può integrare queste due valutazioni: in questi casi, all'interno della V.I.A. o all'interno della V.A.S., devono essere considerate specificatamente le possibili incidenze negative riguardo agli obiettivi di conservazione del sito. Quando, invece, non vi sono gli estremi per sottoporre il progetto alla V.I.A. o il piano alla V.A.S., la valutazione di incidenza deve comunque essere esaminata, producendo una documentazione adeguata a consentire una valutazione sufficientemente motivata; è interessante evidenziare come la valutazione d'incidenza rappresenti una procedura valida sia per i progetti (interventi localizzati e puntuali) che per i piani (strumenti di organizzazione territoriale globali e di ampio spettro): in questo modo, la valutazione d'incidenza realizza il duplice obiettivo di analizzare gli interventi (siano essi puntuali o di ampia scala) e, allo stesso tempo, di garantire che ogni singolo sito contribuisca efficacemente allo sviluppo della rete Natura 2000.

In ambito comunitario, le Z.S.C. e le Z.P.S. formano, congiuntamente, i c.d. Siti di Interesse Comunitario (S.I.C.) e rientrano nella rete ecologica Natura 2000.

In ambito nazionale, la valutazione d'incidenza viene disciplinata interamente dall'art. 6 D.P.R. 120/2003, il quale ha sostituito l'art. 5 D.P.R. 357/1997 che recepiva, nella normativa italiana, i paragrafi 3 e 4 della c.d. direttiva Habitat³³¹.

³³¹ In base all'art. 6 D.P.R. 120/2003 nella pianificazione e programmazione territoriale si deve tenere conto della valenza naturalistico-ambientale dei c.d. Siti, anche solo proposti, di Importanza Comunitaria (S.I.C.). Si tratta di un principio di carattere generale tendente ad evitare che vengano approvati strumenti di gestione territoriale in conflitto con le esigenze di conservazione degli habitat e delle specie di interesse comunitario; vanno sottoposti a valutazione di incidenza tutti i piani territoriali, urbanistici e di settore, ivi compresi i piani agricoli e faunistico-venatori, nonché le loro varianti.

Sono, altresì, da sottoporre a valutazione di incidenza, tutti gli interventi non direttamente connessi e necessari al mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente delle specie e degli habitat presenti in un sito Natura 2000, ma che possono avere incidenze significative sul sito stesso, singolarmente o congiuntamente ad altri interventi.

L'abrogato art. 5 D.P.R. 357/1997, limitava l'applicazione della procedura di valutazione di incidenza a determinati progetti tassativamente elencati, non recependo quanto prescritto dall'art.6, paragrafo 3, Direttiva 1992/43/CEE.

Ai fini della valutazione di incidenza, i proponenti di piani e interventi non finalizzati unicamente alla conservazione di specie e habitat di un sito Natura 2000, presentano uno "*studio*" volto ad individuare e valutare i principali effetti che il piano o l'intervento può avere sul sito interessato; lo studio per la valutazione di incidenza deve essere redatto secondo gli indirizzi dell'Allegato G al D.P.R. 357/1997, che non è stato modificato dal D.P.R. 120/2003,

Per i progetti già assoggettati alla procedura di Valutazione d'Impatto Ambientale (V.I.A.), la valutazione d'incidenza viene ricompresa nella procedura di V.I.A.; di conseguenza, lo studio di impatto ambientale predisposto dal proponente dovrà contenere anche gli elementi sulla compatibilità fra progetto e finalità conservative del sito in base agli indirizzi dell'Allegato G.

Per i piani o gli interventi che interessano siti Natura 2000 interamente o parzialmente ricadenti all'interno di un'area protetta nazionale, la valutazione di incidenza si effettua sentito l'ente gestore dell'area.

Qualora, a seguito della valutazione di incidenza, un piano o un progetto risulti avere conseguenze negative sull'integrità di un sito (valutazione di incidenza negativa), si deve procedere a valutare le possibili alternative. In mancanza di soluzioni alternative, il piano o l'intervento può essere realizzato solo per motivi di rilevante interesse pubblico e con l'adozione di opportune misure compensative dandone comunicazione al Ministero dell'ambiente.

Se nel sito interessato ricadono habitat naturali e specie prioritari, l'intervento può essere realizzato solo per esigenze connesse alla salute dell'uomo e alla sicurezza pubblica, o per esigenze di primaria importanza per l'ambiente, oppure, previo parere della Commissione europea, per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico. In tutti gli altri casi (motivi interesse privato o pubblico non rilevante), si esclude l'approvazione.

Gli atti di pianificazione territoriale di rilevanza nazionale da sottoporre a valutazione di incidenza, devono essere presentati al Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del

Rileva, inoltre, l'art. 1, comma 1226, L. 296/2006 (Legge Finanziaria per il 2007), il quale delega il Ministro dell'ambiente a stabilire criteri minimi ed uniformi per l'adozione, ad opera delle Regioni, di idonee misure di conservazione delle Z.S.C. e delle Z.P.S.

Tra le altre cose, con il successivo D.M. 17 ottobre 2007 viene stabilito che, per tutte le Z.S.C. e per tutte le Z.P.S., le Regioni debbano provvedere a porre *"il divieto di realizzare nuovi impianti eolici, (...)"* e che gli enti competenti provvedano *"a valutare l'incidenza del progetto, tenuto conto del ciclo biologico delle specie per le quali il sito è stato designato, sentito l'I.N.F.S. (Istituto Nazionale per la Fauna Selvatica)"*, dal momento che *"sono fatti salvi gli interventi di sostituzione e ammodernamento, anche tecnologico, che non comportino un aumento dell'impatto sul sito in relazione agli obiettivi di conservazione della Z.P.S., nonché gli impianti per autoproduzione con potenza complessiva non superiore a 20 kW"*.

Su questa disciplina nazionale di principio, si colloca la disposizione regionale oggetto di rinvio pregiudiziale interpretativo, in quanto ritenuta più restrittiva.

Infatti, l'art. 2 L.R. Puglia 31/2008 prevede che *"in applicazione degli artt. 6 e 7 della direttiva Habitat, nonché degli articoli 4 e 6 del relativo regolamento attuativo di cui al D.P.R. 257/1997, come rispettivamente modificati (...), non è consentito localizzare aerogeneratori non finalizzati all'autoconsumo nei S.I.C., costituenti la rete (...) Natura 2000 (...). Il divieto di cui ai commi 6 e 7 si estende ad un'area buffer di duecento metri"*.

La norma regionale, pertanto, appare più restrittiva dal momento che il regime di tutela, che la Direttiva 1992/43/CEE (c.d. direttiva Habitat) e la Direttiva 1979/409/CEE (c.d. direttiva Avifauna) prevedono per i siti

mare; nel caso di piani di rilevanza regionale, interregionale, provinciale e comunale, lo studio per la valutazione di incidenza viene presentato alle Regioni e alle Province autonome competenti.

appartenenti alla rete Natura 2000, non vieta qualsivoglia attività umana all'interno di tali siti, ma si limita a subordinare l'autorizzazione di queste attività ad una previa valutazione di incidenza ambientale del progetto interessato; peraltro, nel contesto comunitario non sono previste fasce di protezione, come invece la c.d. zona *buffer* di 200 m dell'art. 1, comma 8, L.R. 31/2008.

Alla Corte di Giustizia viene, pertanto, chiesto se tale regime regionale più restrittivo sia compatibile non solo con la direttiva Habitat e con quella Avifauna, ma soprattutto con le direttive in tema di promozione all'uso dell'energia prodotta da fonte rinnovabile.

Con riguardo al diritto derivato in materia di protezione della biodiversità viene rilevato che, se ai sensi dell'art. 14 Direttiva 1979/409/CEE gli Stati membri possono adottare misure di protezione per le Z.P.S. più rigorose, analoga previsione non è contenuta nella Direttiva 1992/43/CEE.

Tuttavia, l'art. 193 TFUE prevede, comunque, la possibilità per gli Stati membri di adottare misure di protezione rafforzata, solo subordinatamente al fatto che tali misure siano compatibili con il medesimo Trattato e che siano notificate alla Commissione.

Per questi motivi, pertanto, la Corte di Giustizia afferma che *"una normativa come quella controversa nella causa principale, che, al fine di proteggere le popolazioni di uccelli selvatici che abitano le zone protette appartenenti alla rete Natura 2000, vieta in maniera assoluta la costruzione di nuovi aerogeneratori in dette zone, persegue gli stessi obiettivi della direttiva Habitat. Dal momento che stabilisce un regime più rigoroso di quello introdotto dall'art. 6 di questa direttiva, essa costituisce una misura di protezione rafforzata ai sensi dell'art. 193 TFUE"*.

La Corte richiama poi l'art. 194 TFUE il quale enuncia che la politica energetica dell'Unione deve tenere conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, con la conseguenza che *"una misura che si limita a*

vietare l'installazione di nuovi aerogeneratori non finalizzati all'autoconsumo nei siti appartenenti alla rete Natura 2000, laddove possono essere esclusi dal divieto gli aerogeneratori finalizzati all'autoconsumo con una potenza pari o inferiore a 20 kW, non può, per la sua portata limitata, mettere in pericolo l'obiettivo dell'Unione consistente nello sviluppo di energie nuove e rinnovabili".

Sulla base di queste osservazioni, pertanto, La Corte di Giustizia ritiene la normativa nazionale e quella pugliese, benché più restrittive, compatibili con il diritto comunitario derivato in materia di protezione della biodiversità e dell'avifauna.

Con riferimento, invece, alla compatibilità con il diritto comunitario derivato in tema di promozione all'uso dell'energia prodotta da fonte rinnovabile, la Corte di Giustizia osserva che un divieto totale di costruire nuovi aerogeneratori in zone appartenenti alla rete Natura 2000 non è contrario agli obiettivi di razionalizzazione e di riduzione di ostacoli amministrativi di cui all'art. 6, n. 1, Direttiva 2001/77/CE e costituisce, per principio, una procedura sufficientemente trasparente e oggettiva.

Rispetto al carattere discriminatorio della misura, viene affermato che "*il divieto di discriminazione sancito dall'art. 6, n. 1, Direttiva 2001/77/CE non rappresenta altro che l'espressione specifica del principio generale di uguaglianza, che appartiene ai principi fondamentali del diritto dell'Unione e che vieta che situazioni analoghe siano trattate in maniera diversa o che situazioni diverse siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato. Orbene, nel caso di specie, spetta al giudice del rinvio verificare se la differenza di trattamento tra i progetti di costruzione degli aerogeneratori e i progetti riguardanti altre attività industriali proposte su siti appartenenti alla rete Natura 2000 possa fondarsi su differenze oggettive esistenti tra questi due tipi di progetti".*

Pertanto, la Corte di Giustizia rimette al giudice *a quo* la valutazione circa l'eventuale profilo discriminatorio derivante dal divieto assoluto di installazione di impianti eolici localizzati entro la rete ecologica Natura 2000 e destinati alla produzione di energia per fini commerciali (non finalizzati cioè all'autoconsumo), stabilendo che il giudice nazionale dovrà tener conto "*delle specificità degli impianti eolici, relative in particolare ai pericoli che questi ultimi possono rappresentare per gli uccelli, quali i rischi di collisione, le perturbazioni e gli spostamenti, l'effetto 'barriera' che costringe gli uccelli a cambiare direzione o la perdita o la degradazione degli habitat*"; si tratta di tutte quelle circostanze del caso concreto che andranno valutare evidentemente nell'ambito di una fase istruttoria del contenzioso, anche, se del caso, ricorrendo ad una C.T.U. ovvero ad una verifica, e non, viceversa, operando il bilanciamento in astratto e sulla base del mero dato normativo, sicuramente ispirato da un palese *favor* del legislatore per lo sviluppo energetico.

La Corte ricorda poi che "*il principio di proporzionalità enunciato all'art. 13 Direttiva 2009/28/CE, che appartiene ai principi generali del diritto dell'Unione, richiede che le misure adottate dagli Stati membri in tale ambito non superino i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla misura meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti*"³³².

Anche il tal caso, il vaglio sulla conformità al diritto europeo, sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità, spetterà al giudice nazionale, dovendo tener conto "*del fatto che la normativa controversa si limita ai soli*

³³² Corte di Giustizia, 13.11.1990, C 331/88, (Fedesa); Corte di Giustizia, 5.10.1994, cause riunite C 133/93, C 300/93 e C 362/93, (Crispoltoni). In dottrina, sul principio di proporzionalità, si veda D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012.

aerogeneratori, ad esclusione di altre forme di produzione di energie rinnovabili quali gli impianti fotovoltaici. Inoltre il divieto si applicherebbe esclusivamente ai nuovi impianti eolici a fini commerciali, laddove gli aerogeneratori finalizzati all'autoconsumo con potenza pari o inferiore a 20 kW sono esclusi dall'ambito di applicazione di tale divieto".

La disciplina statale e regionale, pertanto, nel momento in cui sacrificano l'installazione di impianti eolici, entro le Z.S.C. e le Z.P.S., aventi potenza superiore ai 20 kW e non destinati all'autoconsumo, sono pienamente compatibili anche con il diritto comunitario derivato che promuove lo sviluppo delle fonti di energia rinnovabile.

Con la pronuncia viene scalfito per la prima volta il dogma della prevalenza dell'interesse allo sviluppo energetico su altri, aventi comunque rilevanza comunitaria, come quello alla tutela della biodiversità.

Non è difficile immaginare, peraltro, che le medesime esigenze di ponderazione concreta, alla luce delle circostanze specifiche risultanti dal materiale istruttorio acquisito nel giudizio, vengano esportate anche laddove la ponderazione riguardi, ad esempio, l'interesse alla tutela e alla valorizzazione del paesaggio ovvero alla tutela ambientale in senso stretto.

Ancora una volta, il giudice nazionale sarà chiamato a valutare attentamente la legittimità degli atti compiuti dalla P.A., sotto il profilo della non discriminazione e della proporzionalità, senza accontentarsi di utilizzare una scala di valori preconfezionata sulla base del dato legislativo nazionale, il quale, pur essendo in certi casi, come nella materia energetica, ben orientato in una certa direzione, tuttavia non appare sufficiente per una corretta ponderazione tra interessi equiordinati e, pur tuttavia, confliggenti³³³.

³³³ La giurisprudenza amministrativa successiva alla pronuncia resa dalla Corte di Giustizia ha mostrato, uniformemente, di ritenere il vincolo derivante dall'inclusione di un'area nella rete ecologica Natura 2000 suscettibile di fondare legittimamente il diniego all'autorizzazione unica o alla valutazione di impatto ambientale sul progetto relativo all'impianto da realizzare; in particolare, per la ricezione, in tal senso, dei principi comunitari, v. TAR Puglia, Bari, 6.8.2013,

L'auspicio è che il medesimo approccio inizi a essere seguito anche dalla Consulta, allorché sarà chiamata a valutare la legittimità costituzionale di atti aventi forza di legge o a risolvere conflitti di competenza tra Stato e Regioni nella delicata materia energetica.

6.2.12. (segue) *L'impostazione della giurisprudenza amministrativa. La cogenza delle Linee guida regionali e la perdurante centralità della motivazione per gli atti posti in essere dalle amministrazioni preposte alla tutela ambientale e paesaggistica in caso di non inclusione delle aree tra i siti non idonei.*

Per cercare di scorgere gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa relativi alla delicata questione del temperamento tra l'interesse sotteso al c.d. principio di massima diffusione delle rinnovabili³³⁴ e gli altri interessi potenzialmente confliggenti (principalmente, ma non solo, con quello sotteso alla tutela paesaggistica) è necessario limitare il campo di indagine alle pronunce più recenti.

Infatti, la potestà delle Regioni di individuare aree non idonee (*id est* la potestà di deliberare in Consiglio o in Giunta l'emanazione delle c.d. Linee guida regionali) è divenuta pienamente operante solo a seguito dell'entrata in vigore delle Linee guida nazionali nel 2010.

Un primo aspetto preso in considerazione dalla giurisprudenza attiene alla cogenza degli atti regionali che, in attuazione dei criteri dettati nell'Allegato 3 al D.M. 10 settembre 2010, procedono, con finalità marcatamente programmatica, all'individuazione delle porzioni di territorio regionale non ritenute idonee alla localizzazione degli impianti.

n. 1072, resa all'interno del giudizio che era stato sospeso con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale. Successivamente, v. Cons. Stato, VI Sez., 22.1.2015, n. 236, punto III.c); Cons. Stato, VI Sez., 26.3.2013, n. 1674, punti 15) e 16).

³³⁴ V. *supra* al § 6.2.9.

Di fronte ad una dottrina che escludeva natura conformativa alle Linee guida regionali³³⁵, la giurisprudenza ha, invece, riconosciuto alle medesime valenza prescrittiva e vincolante³³⁶.

Secondo l'orientamento che sembra affermarsi, la natura cogente delle Linee guida regionali trova fondamento sia nel riparto di competenze delineato dalla normativa statale, sia nelle modalità di esercizio del potere regionale di individuazione delle aree e dei siti non idonei³³⁷.

La cogenza prescrittiva delle linee guida regionali si evince poi dal tenore letterale delle stesse, laddove talora distinguono fra "*siti non idonei*" all'installazione di impianti fotovoltaici a terra e "*aree di attenzione*" recanti elementi di criticità paesaggistica e ambientale, in relazione alle quali si impone un supplemento di indagine istruttoria calibrato sul singolo progetto³³⁸.

A riguardo, si è affermato che "*si può parlare di criteri cogenti in quanto le Linee guida regionali trovano il loro fondamento direttamente nell'art. 12, comma 10, D.Lgs. 387/2003, il quale consente alle Regioni di procedere, in*

³³⁵ N. DURANTE, *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili*, 2011, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³⁶ Cons. Stato, V Sez., 15.1.2013, n. 176, nella specie venivano rigettate le doglianze di una società che si era vista negare l'autorizzazione alla realizzazione di un impianto fotovoltaico nella fascia di protezione di una riserva naturale. L'impresa sosteneva, da un lato, che l'impatto ambientale del progetto fosse di scarso rilievo, in quanto la fascia di protezione sarebbe stata fortemente antropizzata per l'agricoltura intensiva; dall'altro, che sia la normativa europea, con la Direttiva 2009/28/CE, che la giurisprudenza Costituzionale, su cui v. *supra* al §6.2.7, spingerebbero, nel bilanciamento tra interesse ambientale e interesse energetico, per lo sviluppo delle rinnovabili.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, riteneva infondati tali motivi di impugnazione, statuendo che la fascia di protezione della riserva naturale fosse da ritenersi anch'essa facente parte della riserva naturale che la Regione aveva dichiarato area non idonea alla costruzione di impianti fotovoltaici, cioè area in cui la valutazione sulla preminenza dell'interesse ambientale rispetto agli altri era già stata effettuata. In senso conforme, v. TAR Piemonte, I Sez., 10.7.2014, n. 1197; TAR Puglia, Bari, I Sez., 5.6.2013, n. 912; TAR Puglia, Bari, I Sez., 3.5.2013, n. 675; TAR Piemonte, I Sez., 22.2.2013, n. 248; TAR Puglia, Bari, I Sez., 27.7.2012, n. 1531.

³³⁷ I riferimenti positivi alludono evidentemente agli artt. 1.2 e 17 delle Linee guida nazionali, oltre, ovviamente, all'Allegato 3.

³³⁸ Distinguono tra "*siti non idonei*" ed "*aree di attenzione*", ad esempio, le Linee guida della Regione Piemonte, approvate con Delibera di Giunta regionale del 14.12.2010, n. 3-1183 e le Linee guida della Regione Puglia, ove il Regolamento regionale 24/2010 identifica, in aggiunta ai "*siti non idonei*" anche c.d. "*aree tampone*".

*attuazione delle Linee guida nazionali approvate in sede di Conferenza unificata, alla indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti finalizzati alla produzione di energia da fonti rinnovabili: trattasi quindi di previsioni che trovano diretta applicazione nell'ambito dei procedimenti di cui al comma 3 del citato articolo 12, indipendentemente dal formale recepimento delle stesse negli atti di pianificazione territoriale"*³³⁹.

Secondo, poi, una linea interpretativa del tutto conforme, il divieto di installazione di impianti fotovoltaici in determinate zone individuate nelle Linee guida regionali è sufficiente "a giustificare il diniego di rilascio della autorizzazione, senza necessità di alcuna valutazione specifica del concreto impatto ambientale del costruendo impianto"; ciò in quanto è "stata già effettuata la valutazione circa la preminenza dell'interesse alla salvaguardia dell'ambiente rispetto ad altri interessi, come quello alla gestione delle fonti di energia rinnovabile, che è insuscettibile di deroga anche in relazione all'eventuale modesto effettivo impatto ambientale delle opere di cui è prevista la realizzazione"³⁴⁰.

Pertanto, per individuare le aree non idonee è prevista, a monte con l'emanazione delle Linee guida regionali, un'apposita istruttoria degli organi regionali competenti, che soddisfa l'esigenza di una valutazione tecnica supportata alla specificità del territorio di volta in volta considerato.

Nulla osta, peraltro, che a questa indagine si aggiunga, a valle in sede di rilascio della V.I.A. ovvero dell'autorizzazione unica, un'ulteriore istruttoria tecnica condotta in seno alla conferenza di servizi, dalle cui risultanze poter

³³⁹ TAR Piemonte, I Sez., 10.7.2014, n. 1197; TAR Puglia, Bari, I Sez., 5.6.2013, n. 912; TAR Puglia, Bari, I Sez., 3.5.2013, n. 675; TAR Piemonte, I Sez., 22.2.2013, n. 248; TAR Puglia, Bari, I Sez., 27.7.2012, n. 1531, ove per la prima volta si afferma: "allo scopo di semplificare ed accelerare le procedure autorizzative, le Regioni possono legittimamente individuare nell'ambito del proprio territorio aree non idonee alla localizzazione di determinate tipologie di impianti, apponendo una volta per tutte, divieti preventivi, assoluti e non derogabili".

³⁴⁰ Cons. Stato, V Sez., 15.1.2013, n. 176.

trarre ulteriori spunti argomentativi per corroborare il già espresso giudizio positivo o negativo di idoneità dell'area alla localizzazione dell'impianto.

Si tratta, in ogni caso, di una mera facoltà, dal momento che *"il diniego di autorizzazione unica, relativamente ad impianto da installare in area non idonea è conseguenza procedimentale automatica e naturale, a seguito di attività amministrativa vincolata; (...) qualsivoglia ulteriore attività istruttoria e convocazione di conferenza di servizi sarebbero (...) inutili, non essendo possibile addivenire ad una diversa definizione del procedimento"*³⁴¹.

Altra questione connessa alla valenza delle Linee guida regionali riguarda la legittimità di un provvedimento di diniego al rilascio di una V.I.A. nel caso in cui l'area interessata dal progetto *non* sia stata inserita fra i *"siti non idonei"* all'installazione di un impianto eolico³⁴².

In particolare ci si chiede se, una volta ritenuta l'area considerata dal progetto idonea all'installazione di un impianto per la produzione di energia da fonte rinnovabile, la discrezionalità dell'amministrazione competente al rilascio della V.I.A. (ove necessaria) debba ritenersi consumata ovvero se, nel procedimento per la valutazione di impatto ambientale o in quello di compatibilità paesaggistica, comunque occorra che l'amministrazione proceda ad un nuovo giudizio di bilanciamento rapportato alle specificità del progetto presentato.

La giurisprudenza ha chiarito che: *"Non esiste alcuna contraddizione tra l'impugnata valutazione negativa e la mancata inclusione dell'area de qua tra quelle che la Regione Toscana ha incluso, (...), tra quelle non idonee all'installazione di impianti eolici"*; pertanto *"è evidente che il carattere stesso dell'elencazione costituisce soltanto un primo orientamento ai fini dell'esame*

³⁴¹ TAR Puglia, Bari, I Sez., 21.11.2013, n. 1579.

³⁴² Nel caso di specie, la società presentava alla Regione Toscana domanda per l'avvio del procedimento di V.I.A., preliminare al rilascio dell'autorizzazione unica per la realizzazione di un parco eolico su area inclusa fra quelle dichiarate idonee nel P.E.A.R. e nell'elenco delle c.d. aree vocate contenute in una Deliberazione della Provincia di Arezzo; v. TAR Toscana, II Sez., 20.4.2010, n. 986 e Cons. Stato, VI Sez., 22.1.2015, n. 236.

*dei progetti, ma certo non esime l'amministrazione dal considerare in concreto le singole e specifiche caratteristiche anche di luoghi non ivi considerati, al fine di valutarne la specifica autorizzabilità: l'esclusione di Monte Ginezzo da quelli inidonei non vale, perciò, a costituire di per sé l'ammissibilità dell'impianto eolico, e a rendere ultronea qualsiasi valutazione circa la compatibilità con i valori ambientali, il cui esito positivo costituisce, come si è detto, un elemento necessario al fine del rilascio dell'autorizzazione unica*³⁴³.

Si tratta di una conclusione assai condivisibile, dal momento che l'atto pianificatorio della Regione non è istituzionalmente preposto a vagliare l'opportunità della realizzazione di uno *specifico* impianto su una *determinata* area; del resto anche in materia di pianificazione urbanistica, le disposizioni contenute nel P.R.G. rappresentano solo una condizione necessaria ma non sufficiente al rilascio del permesso di costruire.

Ebbene, anche in materia energetica, l'esclusione di un'area dalle porzioni di territorio ritenute "*non idonee*", in esito all'attività pianificatoria e programmatoria risultante dalle Linee guida regionali, rappresenta solo una condizione necessaria ma non sufficiente al rilascio dell'autorizzazione unica ovvero, ove la potenza dell'impianto superi una certa soglia stabilita dalla legislazione regionale, al rilascio della V.I.A.: "*ad una prima individuazione di aree con caratteristiche positive sotto il profilo del "potenziale eolico", la deliberazione [avente ad oggetto la V.I.A. in sede regionale] procede a mettere a confronto i siti così individuati con gli elementi contrari alla realizzazione degli impianti. E' quindi del tutto logico che i fattori naturalistico-ambientali ostativi alla realizzazione del parco eolico, (...), abbiano trovato applicazione solo in questa seconda fase [di V.I.A.], e abbiano determinato la contestata esclusione*"³⁴⁴.

³⁴³ Cons. Stato, VI Sez., 22.1.2015, n. 236, punto III.b).

³⁴⁴ Cons. Stato, VI Sez., 22.1.2015, n. 236, punto III.c).

Proprio la valenza cogente delle Linee guida regionali, le quali appalesano *ex ante* il bilanciamento di interessi demandato all'ente territoriale, richiede che il procedimento seguito per la loro emanazione sia adeguatamente motivato e non contraddittorio, onde eventualmente consentirne la loro impugnazione in ipotesi di attuale e diretta lesività.

Da questo punto di vista, pertanto, la giurisprudenza ha chiarito che "*gli atti di individuazione dei siti non idonei alla installazione di impianti fotovoltaici, diversamente dagli strumenti urbanistici generali, che costituiscono la sintesi di una pluralità di interessi pubblici e privati, sono volti a contemperare interessi specifici e ben individuati (...), ossia quello alla incentivazione degli impianti di produzione di energie rinnovabili e quello alla tutela del paesaggio. Il contemperamento di tali interessi deve avvenire attraverso una procedura volta a dare concreta evidenza, sulla base di criteri puntualmente determinati, delle ragioni ambientali per cui gli enti preposti ritengono di precludere in determinate aree la installazione di impianti fotovoltaici*"³⁴⁵.

Questa pronuncia si inserisce, peraltro, in quel contesto interpretativo che con riferimento all'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 Codice dei beni culturali e del paesaggio richiede che essa sia adeguatamente motivata, ove di segno negativo per l'istante. Il parere (obbligatorio e vincolante) della Soprintendenza è infatti necessario ove l'intervento ricada in un'area, che, seppur non dichiarata non idonea negli atti di pianificazione regionale, comunque sia sottoposta al vincolo conseguente alla dichiarazione di notevole interesse pubblico di cui all'art. 136 ovvero al vincolo *ex lege* di cui all'art. 142.

³⁴⁵ TAR Toscana, III Sez., 13.1.2015, n. 36; nella specie la Provincia di Grosseto aveva correttamente stabilito un ragionevole criterio che prevedeva la verifica concreta sui singoli terreni della esigenza di salvaguardare le aree di denominazione di origine protetta stabilita in via generale ed astratta dalla L.R. 11/2011 e, in seguito ad una attenta istruttoria, aveva escluso dalla proposta di perimetrazione le aree di proprietà dei ricorrenti, riscontrando la insussistenza sugli stessi di uliveti o vigneti. Disattendendo tali risultanze, la Regione ha deciso, invece, di includere i medesimi terreni nell'ambito delle aree non idonee senza, tuttavia, dare alcuna evidenza dei criteri a tal fine seguiti e della loro concreta applicazione.

Posto che l'autorizzazione paesaggistica persegue, in tal caso, lo scopo di dare adeguata composizione al conflitto tra due interessi di rango costituzionale (quello alla salubrità ambientale, garantito anche dallo sviluppo di impianti che producono energia da fonti rinnovabili, e quello alla conservazione del paesaggio, potenzialmente leso dalla realizzazione di tali impianti, ove essi abbiano rilevante impatto visivo) e si sostanzia in un'inevitabile scelta di opportunità amministrativa, sulla quale il controllo giurisprudenziale non può mai sfociare in un sindacato di merito, dovendosi arrestare ai soli profili di legittimità³⁴⁶, tuttavia è sempre necessario che il potere di discrezionalità tecnica posto in essere dalla Soprintendenza, nella valutazione di compatibilità paesaggistica degli impianti fotovoltaici, sia strettamente riferito all'intervento di cui si tratta, risultando indispensabile poter evincere gli elementi del paesaggio e dell'ambiente che potrebbero risultare deturpati, o quanto meno pregiudicati.

In mancanza di detti presupposti, e quindi in assenza di elementi che consentano di ricostruire l'iter logico e le ragioni dell'incompatibilità, è del tutto evidente che la valutazione, pur di merito, si traduce in un giudizio assertivo che potrebbe risultare estensibile ed applicabile sempre e comunque a prescindere dal contesto paesaggistico in cui l'impianto si colloca³⁴⁷.

Peraltro, alcune pronunce hanno evidenziato che il progressivo diffondersi degli impianti fotovoltaici ha finito inevitabilmente per condizionare il giudizio estetico comune, con la conseguenza che tali pannelli, pur innovando la tipologia e la morfologia della copertura, vengono percepiti *"non soltanto come fattore di disturbo visivo, ma anche come evoluzione dello stile costruttivo accettata dall'ordinamento e dalla sensibilità collettiva e, quindi, alla stregua di elementi normali del paesaggio"*.

³⁴⁶ Cons. Stato, VI Sez., 22.2.2010, n. 1013.

³⁴⁷ TAR Veneto, II Sez., 14.1.2014, n. 48; TAR Veneto, II Sez., 11.12.2013, n. 1407; TAR Veneto II Sez., 13.9.2013, n. 1104; TAR Campania, Salerno, II Sez., 28.1.2013, n. 235; TAR Veneto, II Sez., 25.5.2012, n. 738

Si è conseguentemente affermato "*che per negare l'installazione di un impianto fotovoltaico sulla sommità di un edificio, bisogna dare la prova dell'assoluta incongruenza delle opere rispetto alle peculiarità del paesaggio, cosa che non coincide con la semplice visibilità dei pannelli da punti di osservazione pubblici*"³⁴⁸.

Secondo altre pronunce, invece, sarebbe sufficiente una motivazione scarna e sintetica, ma comunque la medesima, ove di segno negativo, deve, a pena di illegittimità, rilevare gli estremi logici dell'incompatibilità paesaggistica³⁴⁹.

Volendo trarre una prima conclusione intermedia, si può rilevare come la giurisprudenza amministrativa, lungi dall'aderire alla supremazia del principio di massima diffusione delle rinnovabili applicato dalla giurisprudenza costituzionale, sia attenta al conflitto che l'assenso alla realizzazione di un impianto può comportare con riferimento alla conservazione del paesaggio e, più in generale, alla compatibilità ambientale.

Acclarata, in primo luogo, la non inclusione dell'area tra i siti dichiarati non idonei dalle Linee guida regionali, la tendenza che sino ad ora si è manifestata appalesa un atteggiamento particolarmente favorevole per i piccoli interventi destinati all'autoconsumo ma assai più cauta con riferimento ai progetti relativi ad impianti di grandi dimensioni, soprattutto ove contemplino la realizzazione di parchi eolici e di impianti a biomassa.

Nel primo caso, l'approccio della giurisprudenza si manifesta attraverso precisi rilievi aventi ad oggetto la necessità di una approfondita motivazione e di una compiuta valutazione dei fatti e delle circostanze del caso concreto, ove, per il rilascio del titolo abilitativo minore, comunque debba essere previamente ottenuto il parere favorevole della Soprintendenza; si tratta, a ben vedere, dei

³⁴⁸ TAR Campania, Salerno, II Sez., 28.1.2013, n. 235; TAR Lombardia, Brescia, I Sez., 4.10.2010, n. 3726; TAR Lombardia, Brescia, I Sez., 15.4.2009, n. 859.

³⁴⁹ Cons. Stato, IV Sez., 29.11.2012, n. 6082; TAR Lazio, Latina, I Sez., 1.8.2013, n. 690.

casi in cui l'attività di produzione di energia elettrica può dirsi pienamente liberalizzata, anche a cagione delle modalità procedurali semplificate richieste dalla normativa per l'assenso ad impianti aventi scarsa potenza nominale.

Invece, nel caso in cui il titolo abilitativo sia rappresentato dall'autorizzazione unica ovvero presupponga il previo rilascio della V.I.A., la medesima giurisprudenza si mostra più attenta agli interessi cui sono preposte le amministrazioni competenti alla tutela paesaggistica ed ambientale.

In questi casi, si registrano pronunce in cui la giurisprudenza sembra particolarmente restia ad annullare i provvedimenti negativi emanati dalle amministrazioni portatrici dei c.d. interessi sensibili.

Di questo orientamento che pare formandosi occorre da conto più accuratamente, anche a causa dei risvolti relativi ai parametri di riferimento e all'intensità del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle amministrazioni pubbliche.

6.2.13. (segue) *Il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulla compatibilità paesaggistica degli impianti per la produzione di energia elettrica.*

L'orientamento che sta prevalendo nella recente giurisprudenza amministrativa sembra attento a perseguire lo sviluppo degli impianti nel rispetto della salvaguardia paesaggistica, pur a fronte dell'elaborazione del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili ad opera della giurisprudenza costituzionale³⁵⁰.

E' bene precisare che il contesto in cui questa tendenza si sta consolidando è specificamente caratterizzato da interventi aventi oggetto

³⁵⁰ Sul c.d. principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili, v. *supra* al § 6.2.9.

impianti non destinati all'autoconsumo ma con una potenza nominale piuttosto elevata, nell'ordine di qualche decina di MegaWatt, i quali proprio per le loro caratteristiche tecniche necessariamente comportano un rilevantissimo impatto sul paesaggio circostante.

Proprio per questi motivi, la sede in cui questa giurisprudenza va formandosi non è tanto quella in cui l'oggetto della domanda giudiziale è l'autorizzazione unica, quanto piuttosto quella in cui viene sindacato (magari prima ancora che sia stato avviato il procedimento unico di cui all'art. 12 D. Lgs. 387/2003), il diniego al rilascio della V.I.A.; il procedimento per la compatibilità ambientale viene, infatti, istruito, ai sensi degli artt. 23 ss. D. Lgs. 152/2006, in un procedimento autonomo e distinto, appunto preliminarmente o, al limite, parallelamente a quello per il rilascio del titolo energetico.

Preme, a questo punto, premettere che, all'interno del sub procedimento per la compatibilità ambientale, l'art. 25, comma 3, D. Lgs. 152/2006 prescrive, tra l'altro, che "*(...) il Ministero per i Beni e le Attività Culturali si esprime ai sensi dell'art. 26 D. Lgs. 42/2004 e negli altri casi previsti dal medesimo decreto (...)*"; pertanto, ai sensi della disposizione oggetto di rinvio, qualora dall'esame del progetto risulti che l'opera non è in alcun modo compatibile con le esigenze di protezione di beni culturali o paesaggistici sui quali essa è destinata ad incidere, il M.I.B.A.C. si pronuncia negativamente, dandone comunicazione al Ministero dell'ambiente e, in tal caso, la procedura di valutazione di impatto ambientale si arresta, considerandosi conclusa negativamente.

In effetti, l'esigenza di valutare "*ogni conseguenza diretta o indiretta che dalla realizzazione dell'opera deriva alla integrità del paesaggio*" è stata specificamente tenuta in considerazione dal legislatore, già con l'art. 6 L. 249/1986, per poi confluire, ove previsto, sul procedimento di valutazione di impatto ambientale in sede statale.

La stessa scelta normativa di attribuire anche al Ministero dei beni culturali il potere di codecisione nelle determinazioni da assumere sul rilascio della valutazione di impatto ambientale (potere di codecisione che si *aggiunge* alle prerogative del M.I.B.A.C. espressamente fatte salve nelle "*materie di sua competenza*"), evidenzia che la valutazione paesaggistica ad esso demandata nell'ambito di una procedura di V.I.A. risulta collocata sullo stesso piano di importanza di quella più spiccatamente ambientale (tanto è vero che in caso di dissenso tra i due Ministeri il meccanismo di superamento del conflitto è quello della devoluzione della decisione al Consiglio dei Ministri, nell'esercizio dei suoi poteri di coordinamento), anche quando - in ipotesi - non sia specificamente coinvolta la gestione di vincoli paesaggistici³⁵¹.

Tenuto conto di questo contesto normativo, la giurisprudenza afferma che quello del M.I.B.A.C. è un parere vincolante, di per sé atto a comportare la conclusione del procedimento in termini sfavorevoli per l'interessato, con la conseguenza che il parere negativo, ancorché a rigore sia un atto endoprocedimentale, è immediatamente impugnabile³⁵².

E', pertanto, in occasione dei ricorsi presentati avverso provvedimenti rilasciati durante o all'esito della valutazione di compatibilità ambientale che la giurisprudenza amministrativa dimostra di affrontare in modo assai critico³⁵³ la

³⁵¹ L'art. 22, comma 3, D. Lgs. 152/2006 prevede, peraltro, che lo studio di impatto ambientale deve tra l'altro contenere le informazioni utili ad individuare e valutare "*i principali impatti sull'ambiente e sul patrimonio culturale che il progetto può produrre, sia in fase di realizzazione che di esercizio*".

³⁵² TAR Lazio, Roma, Sez. I *ter*, 18.9.2013, n. 8318; TAR Sicilia, Catania, I Sez., 13.3.2013, n. 746.

³⁵³ *Ex pluribus*, Cons. Stato, VI Sez., 22.9.2014, n. 4775, la quale ben inquadra la questione affermando "*in materia di valutazione di impatto ambientale degli impianti eolici, si pone, in linea generale, l'esigenza del vaglio di compatibilità delle ragioni di tutela dell'ambiente, sottese alla realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili con quelle di tutela del paesaggio, che possono entrare in collisione. Queste ultime del resto si riferiscono a un principio fondamentale della Costituzione (art. 9, secondo comma) e rilevano non solo dal punto di vista storico e culturale, ma anche economico, in considerazione delle potenzialità dello sviluppo turistico e, in generale, per la vivibilità della popolazione residente*"; sul potenziale rapporto conflittuale tra i valori in questione, v. Corte Cost., 21.10.2011, n. 275. Sul piano concettuale e prescindendo dal conflitto con il principio di massima diffusione delle

questione relativa al bilanciamento tra l'interesse alla tutela paesaggistico-ambientale e quello alla diffusione delle energie rinnovabili, esercitando sul provvedimento impugnato un sindacato che, con riferimento al parametro di giudizio, può dirsi senz'altro intrinseco ma con riferimento all'intensità del sindacato si mantiene prudentemente debole, da un lato, per non sconfinare nel merito del provvedimento e, dall'altro, a cagione della peculiare componente tecnica che caratterizza tali valutazioni.

Sebbene, infatti, la valutazione di impatto ambientale del progetto di realizzazione di un parco eolico, per la pluralità, ampiezza e varietà degli interessi pubblici coinvolti, in parte tra di loro confliggenti, sia improntata ad ampia discrezionalità, sia tecnica che amministrativa, deve tuttavia rilevarsi che, in ordine a detto apprezzamento – comunque insindacabile nel merito – la successiva cognizione del giudice amministrativo deve ritenersi piena; infatti, pur non potendo il giudice sostituirsi alla amministrazione (in quanto siffatto potere è proprio soltanto della giurisdizione di merito), secondo un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale *"deve ritenersi ammissibile non più soltanto un esame estrinseco della valutazione discrezionale, secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria, estendendosi invece l'oggetto del giudizio anche alla esatta valutazione del fatto, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante, ove in concreto verificabile"*³⁵⁴.

energie rinnovabili, la Consulta ha precisato che il paesaggio deve essere considerato *"l'ambiente nel suo aspetto visivo"* (Corte Cost. n. 226 del 2009, n. 180 del 2008, n. 367 del 2007, n. 183 e n. 182 del 2006), e che l'art. 9, comma 2, Cost. sancisce un principio fondamentale, che vale sia per lo Stato che per le Regioni, ordinarie e speciali, con la precisazione che il riferimento testuale della norma costituzionale è alla *"Repubblica"*, con ciò affermandosi la natura di valore costituzionale in sé e per sé del valore del paesaggio.

³⁵⁴ L'idea di un sindacato giurisdizionale intrinseco nasce con Cons. Stato, IV Sez., 9.4.1999, n. 601 ma, ad esempio, viene ripreso, in materia di compatibilità ambientale da Cons. Stato, VI Sez., 22.9.2014, n. 4775; Cons. Stato, VI Sez., 9.7.2013, n. 3613; Cons. Stato, VI Sez., 23.5.2011, n. 3107; TAR Lazio, Sez. I ter, 18.9.2013, n. 8318; T.R.G.A., Bolzano, 15.11.2012, n. 330; si esprime, invece, in termini di sindacato estrinseco, salvo poi procedere ad un sindacato intrinseco, ancorché debole, TAR Piemonte, 10.7.2014, n. 1197.

In questa prospettiva, che richiama anche il principio di effettività della tutela delle situazioni soggettive protette, rilevanti a livello comunitario (quale principio imposto anche dall'art. 6 C.E.D.U.), il giudice non sostituisce all'apprezzamento dell'amministrazione il proprio; contemporaneamente però non si esime dal valutare l'eventuale erroneità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione stessa, ove tale erroneità sia valutabile e in concreto rappresentata dal ricorrente, attraverso la specifica deduzione dell'illegittimità per eccesso di potere declinato nelle figure sintomatiche del travisamento dei fatti, del difetto di istruttoria, dell'assenza di una motivazione puntuale e coerente con le risultanze istruttorie, a fronte dei pareri e delle valutazioni tecniche rese dai soggetti, pubblici o privati, intervenuti nel procedimento sulla compatibilità ambientale³⁵⁵.

³⁵⁵ In applicazione di questi principi è stato, ad esempio, affermato, con riferimento ad un parco eolico formato da ben 22 aerogeneratori di altezza complessiva di 95 m e del peso di 52 tonnellate ciascuna, localizzate ad un'altitudine di 1.984 m nel territorio del Comune di Brennero, lungo il confine con la Repubblica austriaca, che *"per un verso, sul piano della comparazione degli interessi da compiere in sede di valutazione di impatto ambientale dell'impianto eolico in questione ai fini della rammentata compatibilità, è destinato ad assumere un ruolo preminente il valore della tutela paesaggistica, con conseguente sussistenza di un onere motivazionale particolarmente gravoso a suffragio di una VIA ad esito positivo, e, per altro verso, che appare contrario ai principi di proporzionalità ed adeguatezza una soluzione, la quale, nonostante la diffusa presenza (con ulteriori potenzialità espansive), in territorio provinciale, di impianti di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile, si orienti verso la realizzazione, in zona alpina, di impianti eolici per la produzione di energia elettrica, a evidente incisivo impatto paesaggistico nelle aree montane, salvo che venga fornita la prova contraria attraverso una precisa motivazione che si fondi su elementi puntuali e concreti, da acquisire all'esito di un'approfondita istruttoria. Ebbene, esaminando l'impugnata deliberazione sotto l'angolo visuale in esame, non è data rinvenire alcuna motivazione dettagliata, puntuale e concreta a sostegno della reiezione dei correlativi rilievi contenuti nelle pervenute osservazioni e nel parere negativo del Comitato ambientale"*, v. Cons. Stato, VI Sez., 22.9.2014, n. 4775.

Analogamente, sempre con riferimento ad un parco eolico avente potenza pari a 28 MW, si è affermato: *"tenendo, comunque, conto dei limiti che caratterizzano il sindacato del giudice amministrativo in caso di valutazioni del genere di quelle in esame, espressione di chiara discrezionalità tecnica, il Collegio ritiene che l'Amministrazione abbia correttamente operato.*

Più in particolare, ravvisa le condizioni per affermare che l'Amministrazione:

- *si è strettamente attenuta alle previsioni che regolamentano la materia;*
- *ha compiuto una adeguata istruttoria, volta a comparare – sul piano tecnico e concreto – la realizzazione del progetto e le conseguenze per l'ambiente;*
- *in esito a tale istruttoria, ha rappresentato in modo esaustivo le ragioni per le quali l'intervento non soddisfa ... il requisito della conformità alla norma;*

In applicazione di questi principi, la giurisprudenza ammette che il giudizio di incidenza ambientale possa ben avere esito negativo, nella ipotesi, ad esempio, in cui l'Amministrazione ritenga, sulla base di una valutazione discrezionale ancorata agli elementi in suo possesso, che nessuna misura di mitigazione o alternativa sia oggettivamente in grado di attenuare in modo soddisfacente le criticità accertate³⁵⁶ ovvero nel caso in cui, pur risultando il progetto in linea con varie esigenze di interesse pubblico (pianificazione energetica; riduzione delle emissioni di gas inquinanti; riduzione di importazioni di altre fonti energetiche; esigenze climatiche, atmosferiche, geologiche, paesaggistiche, socio-economiche e delle aree protette), permanga un grave impatto negativo sulla fauna e sulla flora che l'Amministrazione ritenga, in una valutazione comparativa, di rilievo pubblico prevalente³⁵⁷.

L'attenzione della giurisprudenza diventa massima per quei casi in cui il parco eolico, sia localizzato a poche miglia marina dalla costa, con evidenti ricadute sia sull'ecosistema marino che sul paesaggio, soprattutto allorché l'area sia sottoposta a vincolo.

In tale ambito, infatti, il paesaggio, quale bene potenzialmente pregiudicato dalla realizzazione di opere di rilevante impatto ambientale, si manifesta in una proiezione spaziale *più ampia* di quella riveniente dalla sua semplice perimetrazione fisica consentita dalle indicazioni contenute nel decreto di vincolo; ai fini della valutazione dell'impatto ambientale il paesaggio si manifesta quale componente qualificata ed essenziale dell'ambiente, nella lata

- *in sintesi, ha espresso un parere che, procedendo all'analisi dei parametri fissati dal P.T.P.R. per gli impianti eolici, consente di comprendere le ragioni ritenute ostative alla realizzazione dell'intervento, sotto il profilo ambientale*", v. TAR Lazio, Sez. I ter, 18.9.2013, n. 8318.

Tanto è sufficiente per giungere alla conclusione che l'Amministrazione ha proceduto correttamente, effettuando una valutazione compiuta, idonea ad investire i fattori di rilievo ai sensi di legge.

³⁵⁶ Cons. Stato, IV Sez., 17.9.2013, n. 6411.

³⁵⁷ Cons. Stato, V Sez., 17.10.2013, n. 5034.

accezione che di tale bene giuridico ha fornito l'evoluzione giurisprudenziale, anche costituzionale³⁵⁸.

Si è così affermato che *"in sede di valutazione di impatto ambientale le valutazioni di competenza del Ministero per i beni culturali devono riguardare 'una proiezione spaziale più ampia' rispetto alle aree specificamente sottoposte al vincolo paesaggistico: non rileva la 'perimetrazione' del vincolo in sé e per sé considerato, ma quella di ogni componente dell'ambiente in grado di evidenziare ogni possibile pregiudizio che l'esecuzione dell'opera potrebbe causare (v. artt. 131, comma 1, e 135, comma 1, D. Lgs. 42/2004)"*³⁵⁹.

Si tratta di conclusione condivisibile che corrisponde a intuibili ragioni logiche prima ancora che giuridiche, se si pensa che la procedura di V.I.A. riguarda opere particolarmente rilevanti sul piano dell'impatto ambientale e visivo, le quali potrebbero negativamente incidere sui valori paesaggistici anche se poste a notevole distanza dalle aree vincolate.

L'apprezzamento in ordine alla loro compatibilità ambientale deve quindi coinvolgere gli effetti anche indiretti di possibile incisione del paesaggio, con una valutazione di tipo sostanzialistico, estesa ad ogni ambito territoriale che potrebbe subirne pregiudizio, anche se posto a distanza dall'area di localizzazione dell'intervento.

Infatti, quando il progetto riguarda un impianto visibile dall'occhio umano dalla costa o unitamente alla costa (per chi guardi dal mare), rilevano anche i poteri derivanti dalla sussistenza del vincolo paesaggistico sulla costa medesima, dal momento che ogni tratto di costa marina è sottoposto al vincolo paesaggistico, ai sensi dell'art. 142, comma 1, lettera a), D. Lgs. 42/2004 (salve le eccezioni previste dai commi 2 e 3).

³⁵⁸ *Ex pluribus*, Corte Cost. 14.11.2007, n. 378.

³⁵⁹ Cons. Stato, VI Sez., 23.3.2013, n. 1674, nella specie si trattava di un provvedimento negativo di impatto ambientale con riferimento ad un parco eolico offshore avente potenza nominale pari a 162 MW, generata da 54 turbine da 3 MW ciascuna e aventi altezza pari a 74 m fuori dal livello del mare e 50 m nella parte sommersa, localizzate al largo della costa molisana nel tratto tra Termoli e Punta Penna.

Dunque, occorre considerare che il particolare pregio di un tratto di costa può essere leso, quando dalla costa non si possa più percepire la linea dell'orizzonte che divide il cielo dal mare, a causa della realizzazione di opere stabili, realizzate per mano dell'uomo.

In altri termini, quando il procedimento di valutazione di impatto ambientale riguarda il progetto di opere da realizzare in un tratto marino, nel corso del procedimento è necessario valutare, a pena di illegittimità, la visibilità che dalla costa si avrebbe dell'impianto, a maggior ragione quando il tratto di costa risulta sottoposto ad un vincolo paesaggistico sulla base di un provvedimento amministrativo (statale o regionale) o di una legge (statale o regionale), che abbia preso specificamente in considerazione il medesimo tratto di mare.

In ogni caso, anche se nell'atto di imposizione del vincolo paesaggistico non è esplicitamente preso in considerazione il rapporto visivo tra la costa ed il mare, la giurisprudenza ritiene che vada coinvolta l'autorità competente alla gestione del vincolo, quando vi sia un progetto volto a realizzare opere visibili dal tratto di costa tutelato³⁶⁰.

Analogamente è stato ritenuto che la montagna, ai sensi dell'art. 142, lett. d), D. Lgs. 42/2004, è oggetto di tutela paesaggistica, non esclusivamente circa il suolo, ma "*nell'interesse della bellezza panoramica*".

Tale accezione, peraltro, va intesa come visuale sia *verso* quelle posizioni che *da* quelle posizioni.

Infatti, benché l'art. 142, lett. d), D. Lgs. 42/2004 si riferisca, istituendo un vincolo paesaggistico *ex lege*, alla montagna "*per la parte eccedente i 1.600 m sul livello del mare per la catena alpina e i 1.200 m sul livello del mare per la catena appenninica e per le isole*", comunque l'oggetto di tutela "*è inequivocabilmente il paesaggio visibile da quelle posizioni e verso quelle*

³⁶⁰ Cons. Stato, VI Sez., 23.3.2013, n. 1674.

*posizioni, in cui entrano anche tutte le vicine costruzioni fondanti a quota inferiore ma svettanti a quota superiore, o comunque significativamente visibili sia verso l'alto che verso il basso, a meno che non siano abbastanza lontane da fuoriuscire dalla visuale significativamente percepibile da quelle posizioni e verso quelle posizioni"*³⁶¹.

Anche tale opzione risulta condivisibile, giacché le montagne, sopra le quote sottoposte al vincolo *ope legis* di cui all'art. 142, lett. d), D. Lgs. 42/2004, devono essere tutelate non solo dalle trasformazioni del loro proprio territorio interno, ma anche dalle interferenze visive che ne pregiudichino la bellezza panoramica, percepibile dai punti di osservazione inferiori ed esterni al perimetro stesso, inserendosi nel cono visuale che da essi si diparte ed alterandone in modo significativo il contesto visivo da essi percepibile.

6.2.14. (segue) *Ampiezza e intensità del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche, con particolare riferimento alla materia ambientale e paesaggistica.*

Le modalità di esercizio del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche aventi ad oggetto l'impatto ambientale e la compatibilità paesaggistica in materia energetica non rappresentano affatto esperienze isolate ma, viceversa, si inquadrano all'interno di una riflessione recente della giurisprudenza avente carattere trasversale.

La questione relativa ai limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione in materia di tutela dell'ambiente si inserisce nell'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema del

³⁶¹ TAR Emilia Romagna, Bologna, II Sez., 21.3.2013, n. 225, nella specie si trattava di un parco eolico (per il quale non era stata acquisito il parere obbligatorio e vincolante della Soprintendenza) i cui basamenti, pur localizzati al di sotto dei 1.200 m sul livello del mare, comunque svettavano al di sopra di tale soglia, superando, in alcuni casi, perfino le cime delle stesse montagne.

controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione.

Giova, pertanto, riflettere più attentamente sulle implicazioni di un sindacato intrinseco e debole, onde vagliare le critiche sui rischi cui si espone.

Da una parte, vi è chi, da tempo, ammette sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione un sindacato più penetrante di quello sulla discrezionalità amministrativa, in quanto la discrezionalità tecnica non ha origine da una scelta comparativa tra interessi diversi, ma rappresenta l'applicazione di regole tecniche³⁶², che comportano un'attività di mera attuazione della legge³⁶³. Dall'altra parte, vi è chi ha ravvisato nella discrezionalità tecnica, come nella discrezionalità amministrativa, l'esistenza di una sfera di potestà riservata all'amministrazione, riconducibile al merito amministrativo: nella nozione di merito è stato, così, ricompreso tutto quello che era considerato sindacabile da parte del giudice soltanto dall'esterno³⁶⁴ e quindi, oltre alla discrezionalità amministrativa, anche la valutazione dei fatti sulla base di regole tecniche e scientifiche, che caratterizza più propriamente la discrezionalità tecnica.

L'evoluzione della giurisprudenza nel senso della sindacabilità della discrezionalità tecnica si è avuta a partire da Cons. Stato, IV Sez., 9 aprile 1999, n. 601, che ha distinto, in particolare, l'*opportunità* dall'*opinabilità*.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, *"la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma - soltanto perché opinabile - in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito (...) anzi, il potere di accertare i presupposti di fatto del provvedimento impugnato viene considerato*

³⁶² M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; v. anche M. S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, in A. MIRABELLI CENTURIONE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000.

³⁶³ CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983.

³⁶⁴ A. TRAVI, *Nota a Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601*, in *Foro it.*, 2001, III.

come lo specifico della giurisdizione amministrativa di legittimità, che la differenzia dal giudizio di legittimità che caratterizza il ricorso per cassazione".

Se, infatti, per la discrezionalità amministrativa si può discorrere di vera e propria contrapposizione dialettica tra legittimità e merito, come predicati della attività di scelta dell'amministrazione, ciò non è per la discrezionalità tecnica.

Il merito è concetto che male si ataglia ad un'attività tecnica e la giurisprudenza amministrativa, attualmente, salvo alcuni casi in cui sembra affermarsi il contrario³⁶⁵, riconferma la netta distanza tra i due concetti.

Non da molto, infatti, viene condivisibilmente affermato: *"Tramontata l'equazione discrezionalità tecnica - merito insindacabile, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì, alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sia sotto il profilo della loro correttezza, sia con riguardo al criterio tecnico ed al relativo procedimento applicativo, dovendosi intendere, oramai, per merito amministrativo solo i profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo"*³⁶⁶.

Tali principi sono stati poi confermati da altre pronunce del Consiglio di Stato, secondo cui il giudice amministrativo può spingersi fino a verificare direttamente *"l'apprezzamento degli elementi di fatto dell'amministrazione, siano essi semplici o complessi"*, che attengono sempre alla legittimità del provvedimento³⁶⁷.

³⁶⁵ Cons. Stato, IV Sez., 14.10.2011, n. 5540 ove, peraltro, sono rintracciabili le stesse locuzioni utilizzate nel *leading case* del 1999.

³⁶⁶ Cons. Stato, VI Sez., 4635/2007, nella specie veniva in rilievo il procedimento di valutazione e comparazione dei candidati in un concorso universitario e si afferma *"La valutazione e la comparazione dei candidati in un concorso universitario non attiene a profili di opportunità, ma costituisce applicazione delle norme generali e speciali che regolano tali procedure, benché tali norme attribuiscono ampi margini di valutazione alle commissioni giudicatrici, la cui attività è sindacabile dal giudice amministrativo"*.

³⁶⁷ Cons. Stato, V Sez., 5.3.2001, n. 1247, in *Urbanistica e appalti*, 2001, con nota di G. SAPORITO, *Consulenze tecniche e discrezionalità*; Cons. Stato, IV Sez., 17.4.2000, n. 2292, in

Va poi evidenziato che, a seguito dell'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio (art. 16 L. 205/2000), il giudice amministrativo ha la possibilità di apprezzare gli elementi di fatto posti alla base delle valutazioni operate dall'amministrazione, attraverso il ricorso diretto alle cognizioni tecniche, non desumibili dalle massime comuni di esperienza³⁶⁸.

Grazie alla consulenza tecnica d'ufficio, inoltre, il giudice amministrativo è in grado di vagliare il criterio tecnico adottato dall'amministrazione e l'attendibilità delle operazioni eseguite.

Pronunce più recenti, ammettono allora la piena sindacabilità del giudizio effettuato dalla P.A. in materia di discrezionalità tecnica, limitando però il potere del giudice amministrativo ad un sindacato intrinseco di tipo "*debole*", vale a dire la possibilità di parametrare le scelte operate dall'amministrazione ai canoni di ragionevolezza nonché attendibilità dei criteri utilizzati, senza però che sia consentito al giudice di sostituirsi all'amministrazione nel risultato dell'attività tecnico-discrezionale.

La giurisprudenza ha, infatti, affermato che il sindacato sulle valutazioni tecniche trova il limite delle valutazioni riservate "*da apposite norme all'amministrazione, quanto meno nei casi in cui essa risulti titolare di una particolare competenza legata alla tutela di valori costituzionali speciali*"³⁶⁹.

Urbanistica e appalti, 2000, con nota di R. CARANTA, *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*.

³⁶⁸ In tema di sindacato sulla discrezionalità tecnica a seguito dell'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio, v. F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del giudicato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002; G. SAPORITO, *Il ruolo della consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2001; A. CHIZZINI, *I poteri istruttori*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge 205/2000*, Torino, 2001; A. ABBAMONTE, *La fase istruttoria*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Torino, 2000.

³⁶⁹ Cons. Stato, V Sez., 5.3.2001, n. 1247.

Rientrano in tali ipotesi gli apprezzamenti tecnici delle autorità preposte alla tutela dell'ambiente, con riferimento specifico alle valutazioni di impatto ambientale e di compatibilità paesaggistica.

In tali ipotesi, il Consiglio di Stato ha, ad esempio, rilevato che nel giudizio di primo grado erano state recepite in modo acritico le conclusioni contenute nella Relazione del C.T.U., pervenendo a sostituire *"la valutazione tecnica sviluppata nel processo a quella effettuata dall'amministrazione (...)* Si è compiuto, a ben vedere, un controllo di tipo *"forte"*, che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione. Mentre il controllo di tipo *"debole"* avrebbe richiesto che le cognizioni tecniche acquisite grazie al consulente fossero utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa. Ebbene, nel caso di specie, un controllo di tipo forte non poteva legittimamente svolgersi"³⁷⁰.

Con tale pronuncia la giurisprudenza ha affermato che in relazione alle valutazioni tecniche in materia ambientale e paesaggistica non è consentito al giudice amministrativo un sindacato (avente intensità) *forte*, in quanto, oltre ad essere valutazioni complesse, caratterizzate per l'essere gli apprezzamenti tecnici strettamente connessi a quelli di merito, esprimono interessi di rango primario, tutelati da norme costituzionali, che prevalgono rispetto ad altri interessi protetti dalla Costituzione. Inoltre, *"appare particolarmente significativa l'indicazione ricavabile dall'art. 17, comma 2, L. 241/90, il quale stabilisce il principio di non surrogabilità delle valutazioni tecniche spettanti*

³⁷⁰ Cons. Stato, IV Sez., 6.10.2001, n. 5287, in *Foro it.*, 2002, III, con nota di E. GIARDINO.

*alle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale e della salute dei cittadini*³⁷¹.

Con l'espressione *sindacato debole*, riferito a quello che il giudice amministrativo può svolgere su provvedimenti espressione della discrezionalità tecnica, si vuole porre solo un limite alla statuizione finale del giudice, il quale, dopo aver accertato *in modo pieno* i fatti e gli interessi e dopo aver verificato il processo logico-valutativo svolto dall'amministrazione in base alle regole tecniche o del buon agire amministrativo, se ritiene le valutazioni dell'amministrazione corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché, altrimenti, assumerebbe egli la titolarità del potere; in sostanza il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta, sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici, che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato³⁷².

L'idea è quella di un sindacato giurisdizionale direttamente calato nella realtà sostanziale oggetto di valutazione tecnica, dove in sede processuale, oltre alla logicità e alla coerenza c.d. estrinseca dell'atto provvedimento, dovranno essere vagliati, per essere utilizzati come parametro di giudizio, anche i fatti e gli interessi precedentemente istruiti o che dovevano essere istruiti nel procedimento amministrativo, così come le regole tecniche o i modelli scientifici utilizzati dall'amministrazione per pervenire alla valutazione oggetto di impugnazione.

³⁷¹ A. MILONE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente*, nota a TAR Sicilia, Catania, I Sez., 25.11.2002, n. 2225, in *Riv. giur. ed.*, 2003, I.

³⁷² Cons. Stato, V Sez., 5.3.2001, n. 1247.

E', in tal modo, che al sindacato "*estrinseco*" sull'atto si è sostituito il sindacato "*intrinseco*" sul rapporto, con la conseguente valorizzazione di quei motivi di impugnazione basati sull'eccesso di potere declinato nelle figure sintomatiche del travisamento dei fatti, del difetto di istruttoria, dello sviamento del potere e della perplessità.

Tuttavia, l'intensità, con cui questo sindacato immerso in tutte le circostanze del caso concreto viene esercitato, è mantenuta debole, in quanto limitata a censurare solo valutazioni manifestamente incongruenti o irragionevoli anche solo con riferimento ad uno dei parametri presi a riferimento; ciò col deliberato obiettivo di evitare sconfinamenti sul terreno del merito amministrativo.

Tale più moderno orientamento potrebbe apparire, tuttavia, compromesso da un deficit di fondo, relativo, da un lato, alla giustificazione epistemologica della maggiore penetrazione del sindacato e, dall'altro, dalla persistenza dei limiti ad esso.

Così, si assiste a non piccole oscillazioni negli spazi dell'indagine di legittimità sulla discrezionalità tecnica, ad esempio maggiori in materia economica, minori nei giudizi su esami e concorsi pubblici.

Peraltro, laddove gli elementi presenti nella norma attributiva del potere siano talmente vaghi da esprimere concetti a contenuto giuridico indeterminato, i profili di discrezionalità tecnica tenderanno a confondersi con quelli della discrezionalità amministrativa pura, sicché sarà per il giudice decisamente arduo individuare aree sottoponibili al suo sindacato intrinseco, senza entrare nel merito della scelta amministrativa³⁷³.

³⁷³ Esempio calzante è rappresentato dall'art. 10 D. Lgs. 42/2004: "*Sono beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle Regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico. (...) Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13:*

E', però, proprio per questi motivi che il sindacato del giudice amministrativo resta debole e limitato alla coerenza logico-motivazionale e alla ragionevolezza della valutazione tecnica, a patto che, tuttavia, la medesima sia stata fondata su un'istruttoria *completa*, siano stati specificamente ponderati tutti gli interessi coinvolti e sia stato fatto buon uso delle regole tecnico-specialistiche di volta in volta richiamate dalla legislazione di settore.

D'altra parte è l'ordinamento stesso che lascia questo spazio all'amministrazione e, quindi, non ci sarebbe alcun motivo di restringere un potere che viene conformato come "*aperto*" in termini assolutamente inequivoci.

In generale, si può affermare che il giudice amministrativo non si spinge fino a verificare l'esattezza e la condivisibilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione in materia ambientale ³⁷⁴ (c.d. sindacato forte). Al

a) le cose immobili e mobili che presentano **interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante**, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1;

b) gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono **interesse storico particolarmente importante**;

c) le raccolte librerie, appartenenti a privati, **di eccezionale interesse culturale**;

d) le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un **interesse particolarmente importante** a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere, ovvero quali **testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose**;

e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che, **per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica, rivestono come complesso un eccezionale interesse**".

Nel comma 3 la dichiarazione di assoggettamento al vincolo *ex art. 13* Codice dei beni culturali e del paesaggio, alla luce dei parametri suindicati, formalmente si presenta come un procedimento di natura vincolata condizionato nel suo esito positivo da accertamenti tecnico-discrezionali. Tuttavia la gli elementi di "*interesse artistico, storico, archeologico*", "*eccezionale interesse culturale*" sono espressione di concetti non solo extra-giuridici, ma anche del tutto indeterminabili in astratto, il cui accertamento in concreto sarà fortemente influenzato da variabili di natura soggettiva (caratteristiche soggettive della persona fisica svolgente attività amministrativa), ed oggettiva (la variabilità del canone estetico nel tempo e nello spazio). L'amministrazione accerterà la presenza dell'elemento richiesto in funzione del contenuto che "*ritiene*" di dover imprimere al provvedimento.

Ciò che rientrerebbe a pieno titolo nell'area della discrezionalità tecnica si fonde con la categoria della discrezionalità amministrativa: è pur vero che la Soprintendenza per i Beni Culturali, ove ne sussistano i requisiti, deve emettere un provvedimento che accerti l'esistenza del vincolo, ma la stessa applicazione della norma al caso concreto è estremamente opinabile.

³⁷⁴ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Torino, 2014.

contrario, il controllo di "*ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa*" in materia ambientale e paesaggistica, avviene attraverso la verifica dell'esistenza di *indizi* dai quali si evince la legittimità della scelta discrezionale dell'amministrazione.

Nello specifico, in materia di valutazione di impatto ambientale sono stati individuati come elementi indiziari dell'attendibilità della scelta discrezionale dell'amministrazione, la circostanza che i pareri delle autorità competenti nell'ambito del procedimento siano positivi, l'adeguata motivazione in caso di contrasto tra tali pareri, la circostanza che siano state valutate dall'amministrazione le alternative progettuali e gli impatti cumulativi e sinergici di più progetti, il fatto che siano state richieste le necessarie integrazioni, nonché la previsione di numerose prescrizioni.

Pertanto, le critiche mosse a tale impostazione della giurisprudenza non sembra debbano essere eccessivamente mitizzate.

Anche la funzione giurisprudenziale si è trovata *ob torto collo* a dover bilanciare due interessi contrapposti: la pienezza della tutela giurisdizionale, da un lato, e il principio di separazione dei poteri, dall'altro; ha così deciso di giungere ad un compromesso, modulando diversamente i due caratteri del sindacato giurisdizionale e accostando ad una lata ampiezza del giudizio un'intensità del medesimo più debole.

6.2.15 *La natura normativa delle Linee guida nazionali (Corte Costituzionale, 21 ottobre 2011, n. 275, punto 4) e il valore di norma interposta riconosciuto alle disposizioni tecniche (Corte Costituzionale, 27 gennaio 2014, n. 11, punto 6).*

All'indomani della pubblicazione del D.M. 10 settembre 2010 recante *Linee guida (nazionali) per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili* la dottrina si era da subito interrogata sulla natura giuridica da

attribuire a questo decreto ministeriale adottato secondo la procedura *sui generis* dettata dall'art. 12, comma 10, D. Lgs. 387/2003 (approvato in Conferenza Unificata, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e con il Ministro dei beni culturali)³⁷⁵.

Inserendosi nel dibattito, la sentenza resa da Corte Cost., 21 ottobre 2011, n. 275, punto 4, ha ravvisato quegli *indici sostanziali* che la costante giurisprudenza costituzionale assume a base della qualificazione degli atti come regolamenti³⁷⁶.

Infatti, a partire dal 2010, in presenza di atti di dubbia natura regolamentare (in quanto adottati sulla base di un procedimento differente rispetto a quello delineato dall'art. 17, comma 4, L. 400/1988), la Consulta si è richiamata a criteri di carattere sostanziale, ossia al *contenuto* degli atti medesimi, riconoscendo agli stessi natura regolamentare se volti a dettare norme intese a disciplinare, in via generale e astratta, la fattispecie individuata dalla fonte primaria: più precisamente, ha rilevato che "*non possono essere requisiti di carattere formale, quali il nomen iuris e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento, a determinare di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare, giacché, in tal caso, sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito*".

La Corte, pertanto, ha ascritto alle Linee Guida natura di fonte regolamentare, riconoscendo espressamente che il D.M. 10 settembre 2010

³⁷⁵ Evidenziano l'incerta natura giuridica delle Linee Guida, G. NAPOLITANO, *Energie rinnovabili: un problema di governance*, e G. DE VERGOTTINI, *Il governo delle energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, in *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, a cura di G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, Bologna, Il Mulino, 2013.

³⁷⁶ Sulla qualificazione degli atti operata dalla giurisprudenza costituzionale, v. E. ALBANESI, *La Corte consolida la propria giurisprudenza sul percorso interpretativo da seguire in un giudizio costituzionale avente ad oggetto un atto di incerta natura regolamentare*, in *Giur. It.*, n. 8-9/2012.

contiene norme finalizzate a disciplinare, in via generale ed astratta, il procedimento di autorizzazione alla installazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, alle quali sono vincolati tutti i soggetti, pubblici e privati, coinvolti³⁷⁷.

Successivamente, la sentenza resa da Corte Costituzionale, 27 gennaio 2014, n. 11, punto 6, ponendosi all'interno di quel più ampio filone giurisprudenziale che si è occupato di definire il riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni in materia di energia, ha individuato un ulteriore elemento qualificante delle Linee guida, oltre a ribadire la natura regolamentare delle norme ivi contenute³⁷⁸.

Infatti, nella pronuncia, il *carattere tecnico* di alcune disposizioni delle Linee Guida viene valorizzato per far assurgere le stesse al rango di parametro interposto (unitamente alla norma-principio statale espressa dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003) nel giudizio di legittimità costituzionalità delle norme regionali censurate.

Ritenendo che una norma secondaria, costituisce *completamento tecnico* del principio contenuto nella disposizione legislativa statale, tale da integrare strettamente la norma primaria dalla quale essa genera, la Consulta trae l'ulteriore corollario per cui la loro violazione, da parte della disposizione

³⁷⁷ Diversamente, Corte Cost. 27.7.2010, n. 278 aveva riconosciuto valore non regolamentare alla potestà affidata dall'art. 26, comma 1, L. 99/2009 al CIPE in materia di energia nucleare circa la definizione delle "*tipologie degli impianti per la produzione di energia elettrica nucleare che possono essere realizzati nel territorio nazionale*". In quella circostanza, la Corte aveva, infatti, ritenuto che la potestà affidata al CIPE non si concretizzasse nella produzione di norme generali ed astratte, conformi alla previsione normativa, ma fosse invece espressiva di una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici a essa affidati dalla legge, individuando le tipologie di impianti idonee, in concreto ed *uno actu*, cioè secondo modalità antitetiche rispetto alla portata generale ed astratta delle disposizioni regolamentari. Nel caso delle Linee Guida, invece, la Consulta ascrive valore regolamentare alle stesse, superando il carattere tecnico che indubbiamente connota alcune disposizioni, ravvisandovi i caratteri distintivi della generalità ed astrattezza.

³⁷⁸ Ricostruisce ampiamente la pronuncia e si addentra *funditus* nella questione, G. COZZOLINO, *Natura giuridica delle linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili (Nota a margine di Corte cost. n. 11 del 2014)*, in *Amministrazione in cammino*, 2014.

regionale in un ambito a potestà legislativa concorrente, si pone in contrasto diretto con l'art. 117, comma 3, Cost.

Secondo la pronuncia, infatti, la disposizione regolamentare connotata da tecnicità andrebbe direttamente a saldarsi con la disposizione legislativa di principio, in modo da formare *“un corpo unico con la norma statale che la prevede e che ad essa affida il compito di individuare le specifiche caratteristiche della fattispecie tecnica che, in quanto frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico che necessitano di applicazione uniforme su tutto il territorio nazionale, mal si conciliano con il diretto contenuto di un atto legislativo”*.

In buona sostanza, la natura tecnica della disposizione regolamentare se, da un lato, suggerisce una sua collocazione topografica in una sede diversa da quella legislativa, dall'altro, non le impedisce di acquisire quel rango gerarchico tale da condizionare il giudizio di legittimità costituzionale, pur continuando ad essere prevista all'interno di un corpus normativo avente natura secondaria.

Secondo la Consulta, in tale ipotesi la lesione dell'art. 117, comma 3, Cost. da parte della norma regionale avviene attraverso un duplice passaggio, rappresentato in prima battuta dalla fonte regolamentare (la disposizione tecnica delle Linee guida) ed in seconda battuta dalla disposizione statale di principio (l'art. 12 D. Lgs. 387/2003).

Pertanto, nel giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto il riparto di competenze nella potestà legislativa tra Stato e Regioni, la disposizione regionale potrà essere censurata direttamente per contrasto ad una disposizione tecnica di natura regolamentare che rappresenta completamento ed integrazione necessaria della norma legislativa statale.

Il risultato è che una norma primaria come la disposizione regionale potrebbe essere dichiarata incostituzionale per contrasto con una norma secondaria avente le caratteristiche precisate (vale a dire, una sorta di

consustanzialità alla norma primaria statale di principio dovuta alla natura tecnica del suo contenuto)³⁷⁹.

Il fenomeno della interposizione normativa nel giudizio di legittimità costituzionale è risalente³⁸⁰: la novità è che per la prima volta viene qualificata come interposta una norma secondaria³⁸¹, tant'è che la Corte ha cura di premettere che gli atti di formazione secondaria “*qualora autonomamente presi, non possono assurgere al rango di normativa interposta*”, salvo poi concludere che “*altra è la conclusione cui deve giungersi ove essi vengano strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia*”.

Al di là delle questioni di ordine costituzionale sul rango della norma interposta, va evidenziato che la pronuncia rappresenta un'ulteriore compressione delle competenze regionali in materia di energia, essendosi lo spazio di intervento delle Regioni ulteriormente ristretto; viene, così, confermata quella tendenza, riduttiva per l'autonomia regionale, tesa ad

³⁷⁹ Il dibattito è sul punto vivace e intellettualmente stimolante, anche a causa della contiguità del tema con analoghi fenomeni nel rapporto tra giudizio di legittimità costituzionale e norme di diritto internazionale pattizio; sulle c.d. norme interposte, v. C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta infondatezza*, in *Riv. It. Sc. Giu.*, 1957; P. GIOCOLI NACCI, *Norme interposte e giudizio di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1982; M. RAVERAIRA, *Le norme dei regolamenti parlamentari come oggetto e come parametro del giudizio di legittimità costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1984; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, II, 2; M. SCICLARI, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Padova, 1992; M. D'AMICO e F. BIONDI, *Art. 134, 1° alinea*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006; M. S. CICONETTI, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giur. Cost.*, 2008, il quale rileva che le fonti che contengono norme qualificabili come interposte non si distinguono dalle altre fonti previste dall'ordinamento giuridico, né in termini di gerarchia, né in termini di competenza: la loro caratteristica risiede nel fatto di essere composte da norme che assolvono la funzione di parametro nel giudizio di legittimità costituzionale.

³⁸⁰ La Corte Costituzionale ha individuato norme interposte nelle disposizioni contenute nella legge delega *ex art. 76 Cost.* (Corte Cost. 3/1957), nelle norme del Concordato *ex art. 7, comma 2, Cost.*, nei principi contenuti nelle leggi “cornice” statali nelle materie a potestà legislativa concorrente *ex art. 117, comma 3, Cost.*, nelle norme di diritto internazionale generale *ex art. 10, comma 1, Cost.* (Corte Cost. 120/1967), nelle norme che regolano la condizione giuridica dello straniero *ex art. 10, comma 2, Cost.* (Corte Cost. 120/1967), nelle norme della CEDU *ex art. 117, comma 1, Cost.* (Corte Cost. 348 e 349/2007).

³⁸¹ Non esclude tale possibilità, P. GIOCOLI NACCI, *Norme interposte e giudizio di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1982.

“attrarre nella dimensione dei principi anche le norme strumentali e dettagliate, in quanto coesenziali a quelle di principio”³⁸².

Tutto ciò a prescindere da ogni considerazione circa un eventuale contrasto con l'art. 117, comma 6, Cost. che, invece, riserva alle Regioni la potestà regolamentare in materia di energia, essendo materia a potestà legislativa concorrente.

Infatti, già sulla natura regolamentare delle Linee Guida - atto di normazione secondaria statale, ancorché adottato in sede di Conferenza Unificata - sono stati avanzati dubbi, proprio a causa della riserva di competenza regolamentare alle Regioni nelle materia di potestà concorrente.

Per escludere la violazione dell'art. 117, comma 6, Cost. occorre allora ricondurre l'adozione delle Linee Guida al meccanismo della cd. chiamata in sussidiarietà verticale, secondo lo schema delineato dalla medesima giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 303 del 2003³⁸³, che consente allo Stato di esercitare funzioni amministrative in materie di competenza regionale per rispondere a superiori esigenze di unitarietà, a patto che sia garantito il rispetto del principio di leale collaborazione mediante adeguate forme di intese³⁸⁴: secondo l'opinione preferibile tale principio risulterebbe assicurato, costituendo le Linee Guida “*un vero e proprio atto congiuntamente elaborato, sin dalla sua fase genetica, tra tutti i diversi livelli di governo coinvolti (Stato, Regioni ed enti locali)*”³⁸⁵, anche se occorre segnalare che non sono mancate opinioni dissenzienti³⁸⁶.

³⁸² F. CORVAJA, *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, in *Le Regioni*, 2011.

³⁸³ Sulla distribuzione delle competenze legislative ed amministrative in materia di energia, v. *supra* al § 6.2.3 e sull'applicazione dal lato ascendente del principio di sussidiarietà al settore energetico, v. *supra* al § 6.2.4.

³⁸⁴ Sui temperamenti all'applicazione dal lato ascendente del principio di sussidiarietà derivanti dal principio di leale collaborazione, v. *supra* al § 6.2.5.

³⁸⁵ M. SANTINI, *Le energie rinnovabili tra qualità dell'ambiente e vincoli territoriali: le Linee guida della Conferenza Unificata*, in *Urbanistica e appalti*, 2011.

³⁸⁶ Un'interpretazione critica circa l'effettivo rispetto del principio di leale collaborazione nel procedimento utilizzato per l'approvazione da parte della Conferenza Unificata del D.M. 10 settembre 2010 si trova in R. MORELLI, *Fonti energetiche rinnovabili e poteri delle Regioni*.

6.2.16 *La risarcibilità del danno da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento (art. 14, comma 16, D.M. 10 settembre 2010).*

L'art. 14, comma 16, D.M. 10 settembre 2010 prevede espressamente che la scadenza del termine perentorio di conclusione del procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica fa sorgere in capo all'istante il diritto al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'inosservanza dei termini di conclusione del procedimento.

Si tratta di un'applicazione ai procedimenti per il rilascio di un titolo energetico del principio della risarcibilità del c.d. danno da ritardo, previsto a livello generale dall'art. 2 *bis* L. 241/1990 (a seguito della sua introduzione ad opera della L. 69/2009)³⁸⁷.

La disposizione contenuta nelle c.d. Linee Guida è, pertanto, pleonastica ovvero, a tutto concedere, meramente ricognitiva di un principio già operante trasversalmente.

Considerazioni alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle Linee guida statali, in www.issirfa.cnr.it; M. DE LUCIA, *La localizzazione degli impianti da fonte di energia rinnovabile*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012.

³⁸⁷ Per una panoramica dottrinale sui profili generali della tutela risarcitoria per danno da ritardo della P.A., v. P. QUINTO, *Il risarcimento del danno da ritardo: un passo avanti ed uno indietro*, in www.giustamm.it, 2011; E. M. BARBIERI, *L'amministrazione può fare quel che vuole, purché paghi*, in www.giustamm.it, 2011; R. FUSCO, *Brevi note sul risarcimento del "danno da ritardo" alla luce del nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2010; F. VOLPE, *Danno da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo dell'Amministrazione*, in www.lexitalia.it, 2009. F. CAPALBO, *L. 69/09: il danno da ritardo e la responsabilità dirigenziale*, in www.lexitalia.it, 2009; P. QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, in www.giustamm.it, 2009; F. D'ORO, *Il danno da ritardo alla luce delle nuove tendenze legislative e giurisprudenziali*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 6/2009. Con riferimento all'elemento soggettivo della responsabilità imputabile alla P.A., v. G. VELTRI, *La parabola della colpa nella responsabilità da provvedimento illegittimo: riflessioni a seguito del codice del processo e della recente giurisprudenza*, in www.lexitalia.it, 2011. S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una «responsabilità oggettiva» della pubblica amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2009; E. GALVAGNO, *Ancora un'occasione mancata per il danno da ritardo: l'errore scusabile esclude il risarcimento del tempo perduto: commento a Consiglio di Stato, sez. IV, 29 maggio 2008, n. 2564*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/2009.

E' opportuno premettere alcune nozioni di parte generale, per poi dar conto delle applicazioni giurisprudenziali al principio in materia energetica.

Al danno da ritardo vengono, infatti, tradizionalmente ricondotte tre fattispecie:

1) il ritardo deriva dal fatto che l'amministrazione ha dapprima adottato un provvedimento illegittimo, sfavorevole al privato (es. diniego di autorizzazione unica), per poi emanare altro provvedimento, legittimo e favorevole, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale del primo;

2) pur in assenza di un provvedimento illegittimo, il privato invoca la tutela risarcitoria per i danni conseguenti al ritardo con cui l'amministrazione ha adottato un provvedimento favorevole (es. autorizzazione unica rilasciata oltre il termine previsto dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003);

3) pur in assenza di un provvedimento illegittimo, il privato invoca la tutela risarcitoria per i danni conseguenti al ritardo con cui l'amministrazione ha adottato un provvedimento sfavorevole (es. diniego di autorizzazione unica rilasciato oltre il termine previsto dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003).

A ben vedere, il primo caso postula la risarcibilità di un danno derivante dalla lesione di una posizione di interesse legittimo direttamente riconducibile all'illegittimità del provvedimento (c.d. responsabilità da provvedimento), dal momento che il pregiudizio è causato dal primo diniego illegittimo e, solo indirettamente, può in qualche modo essere parametrato al ritardo con cui l'amministrazione provvede, in seguito, al rilascio del titolo richiesto.

Per questi motivi, si ritiene di circoscrivere l'indagine sul danno da ritardo alle due restanti fattispecie, ove la lesione della posizione di interesse legittimo deriva esclusivamente dal protrarsi di una situazione di inerzia tale da violare il termine di conclusione del procedimento; in queste ipotesi, infatti, il disvalore della condotta tenuta dall'amministrazione è tutta concentrata sul ritardo, non essendo per il resto configurabile alcun provvedimento illegittimo, sia esso attributivo del bene della vita richiesto ovvero di segno negativo.

Per entrambe le ipotesi è possibile affermare con certezza la giurisdizione del G.A., essendosi pronunciati in tal senso la giurisprudenza amministrativa³⁸⁸, la giurisprudenza ordinaria³⁸⁹ ed, infine, il legislatore, che ha attribuito la cognizione delle relative controversie in sede di giurisdizione esclusiva con l'art. 2 *bis*, comma 2, L. 241/1990 successivamente confluito nell'art. 133 c.p.a.³⁹⁰

In materia energetica, il panorama delle pronunce che hanno affrontato specificamente la questione della risarcibilità del danno da ritardo è però limitato alle ipotesi in cui è stata accertata positivamente la spettanza del bene della vita, in quanto l'amministrazione, solo in corso di causa, rilasciava l'autorizzazione unica³⁹¹.

Si tratta, cioè, solo di casi in cui il ritardo ritenuto fonte di danno ingiusto veniva ritenuto risarcibile in quanto ed esso veniva accompagnato *successivamente* un provvedimento di segno favorevole, comunque oltre il termine di conclusione del procedimento.

³⁸⁸ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 15.9.2005, n. 7. Secondo la pronuncia "*ai fini della giurisdizione rileva unicamente l'inerenza a un potere di natura autoritativo della mancata emanazione nei termini prefissati, cioè di un ritardo che assume giuridica rilevanza in quanto derivante dal mancato tempestivo esercizio del predetto potere*". Effettivamente, la potestà delineata dalla norma di legge ha natura autoritativa e l'omesso esercizio della medesima potestà costituisce la fattispecie speculare del suo esercizio, la quale, pertanto, non sembra poter essere trattata alla stregua di un mero comportamento ad esso svincolato.

³⁸⁹ Cass. Civ., Sezioni Unite, 13.6.2006, n. 13659 e n. 13650. La Cassazione ha sottolineato, in conformità con la Plenaria n. 7 del 2005, che appaiono riconducibili alla giurisdizione del G.A. i casi in cui la lesione di una situazione soggettiva è postulata come conseguenza di un comportamento inerte, si tratti di un ritardo nell'emissione di un provvedimento risultato favorevole ovvero di un silenzio inadempimento. Secondo la pronuncia "*ciò che viene in rilievo è sì un comportamento, ma il comportamento si risolve nella violazione di una norma che regola il procedimento ordinato all'esercizio del potere e, perciò, nella lesione di una situazione di interesse legittimo pretensivo, non di un diritto soggettivo*".

³⁹⁰ A conclusione del dibattito in tema di giurisdizione, v. Cass. Civ., Sezioni Unite, 25.3.2010, n. 7160; A. SPEZZATI, *Giurisdizione in materia di risarcimento per danno da ritardo della P.A.*, in *Urbanistica e appalti*, 7/2010; G. FARES, *Meri comportamenti e riparto di giurisdizione: il contributo delle Sezioni Unite sul danno da ritardo*, in *Il foro amministrativo C.d.S.*, 5/2010.

³⁹¹ TAR Veneto, 4.4.2013, n. 470, ove, nella specie, la domanda risarcitoria veniva rigettata; TAR Lombardia, Milano, I Sez., 16.11.2012, n. 2777, ove, nella specie, la domanda risarcitoria veniva parzialmente accolta; TAR Sardegna, I Sez., 21.4.2011, n. 421, ove, nella specie, la domanda risarcitoria veniva parzialmente accolta, peraltro ordinando all'amministrazione di proporre, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a. ai ricorrenti il pagamento di una somma di denaro entro il termine ed in base ai criteri indicati in motivazione.

La giurisprudenza, in queste ipotesi, utilizza l'espressione danno da ritardo, nonostante i capi relativi alla condanna al risarcimento del danno fossero in realtà più direttamente legati all'illegittimità dell'iniziale diniego impugnato (e solo in corso di causa, oggetto di un atto di secondo grado di ritiro, più o meno esplicito).

Al momento, pertanto, mancano pronunce che ritengano risarcibile il danno da c.d. ritardo puro, ove cioè il pregiudizio discenda esclusivamente dal ritardo con cui viene emanato, pur legittimamente, il provvedimento richiesto e ciò a prescindere dal fatto che il medesimo sia favorevole o sfavorevole al privato.

Ciononostante, tali pronunce si addentrano in alcune questioni propriamente legate alla risarcibilità del danno da violazione del termine di conclusione del procedimento.

Un aspetto pacifico deriva dal fatto che *"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, dovendo essere definita la concorrente domanda risarcitoria, ove essa sia stata avanzata nel processo"*³⁹².

Con riferimento all'imputabilità della condotta ostruzionistica, la giurisprudenza ritiene che la responsabilità sia di tipo solidale, qualora le amministrazioni, che hanno partecipato al procedimento, abbiano concorso a determinare il ritardo attraverso convergenti condotte attribuibili a ciascuna di esse³⁹³. L'obbligazione risarcitoria, pertanto, verrà posta a carico di ciascuna

³⁹² TAR Lombardia, Milano, I Sez., 16.11.2012, n. 2777, ove, nel caso di specie, la causa della ritardata conclusione del procedimento veniva individuata nel comportamento ostruzionistico opposto dai Comuni interessati, al cui voto negativo si era infine associata anche la Provincia.

³⁹³ TAR Lombardia, Milano, I Sez., 16.11.2012, n. 2777, ove si afferma: *"quanto all'imputabilità del danno va disattesa l'eccezione sollevata dai due Comuni costituitisi in*

amministrazione e non già solo a carico dell'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione unica, purché appunto ciascuna abbia concorso a causare ovvero anche solo ad aggravare il ritardo nell'emanazione del titolo.

Con riferimento alla quantificazione del danno, il danneggiato è onerato dall'assolvimento preciso e puntuale dell'*onus probandi*, in sintonia con la natura extracontrattuale del titolo di responsabilità.

Per ogni ipotesi di responsabilità della P.A., infatti, sia per i danni causati per l'illegittimo esercizio che per quelli causati da mancato esercizio della potestà amministrativa, vige l'orientamento giurisprudenziale consolidato per cui spetta al ricorrente fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi, al contrario, invocare il c.d. principio acquisitivo, il quale attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti; se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici *ex art. 2729 c.c.* per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo di allegare circostanze di fatto precise e quando il soggetto onerato della allegazione e della prova dei fatti non vi adempie non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno *ex art. 1226 c.c.*, perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito, né può essere invocata una consulenza tecnica d'ufficio, diretta a supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte del privato³⁹⁴.

giudizio secondo i quali esso sarebbe esclusivamente imputabile alla Provincia, che ha emanato l'atto finale. E' sufficiente porre al riguardo in risalto che la decisione è stata assunta a seguito del diniego espresso da tutte le amministrazioni comunali presenti nella conferenza dei servizi, per cui esse sono corresponsabili della decisione medesima e dunque in solido con la Provincia tenute al risarcimento del danno. Per quest'ultimo aspetto non può neppure escludersi la sola responsabilità della Provincia, che pure risulta essersi prodigata per una positiva conclusione della conferenza, essendosi in ogni caso da ultimo associata al voto dei dissenzienti Comuni".

³⁹⁴ In termini generali, *ex pluribus*, Cons. Stato, V Sez., 13.6.2008 n. 2967; con riferimento al danno da ritardo nei procedimenti di rilascio dell'autorizzazione unica, TAR Sardegna, I Sez., 21.4.2011, n. 421, ove si afferma: "*nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio i ricorrenti hanno in parte assolto all'onere probatorio su di essi gravante. Ritiene, quindi, il Collegio, che la peculiarità del caso di specie possa giustificare il ricorso alla determinazione dei criteri ai sensi dell'art. 34 comma 4, c.p.a. in base ai quali l'amministrazione dovrà proporre in favore*

La stessa richiamata giurisprudenza ha anche precisato che l'onere probatorio può ritenersi assolto allorché il ricorrente indichi, a fronte di un danno certo nella sua verifica, taluni criteri di quantificazione dello stesso, salvo il potere del giudice di vagliarne la divisibilità attraverso l'apporto tecnico del consulente o, comunque, quando il ricorrente fornisca un principio di prova della sussistenza e quantificazione del danno.

Dal ritardo potranno derivare conseguenze pregiudizievoli, purché concrete ed attuali (e non già meramente potenziali), con riferimento alle fluttuazioni dei tassi di interessi dovuti dall'istante per finanziare la realizzazione dell'impianto, alle variazioni dei canoni di locazione per la disponibilità delle aree di localizzazione, alle fluttuazioni dei prezzi delle materie prime agricole (ove l'impianto sia alimentato a biomassa)³⁹⁵, così come alla perdita della tariffa incentivante riconosciuta dal G.S.E. in applicazione dei c.d. Conti energia³⁹⁶ ovvero alla mancata percezione dell'utile di impresa ove l'impianto fosse entrato in esercizio tempestivamente³⁹⁷.

dei ricorrenti il pagamento di una somma di denaro entro il termine di novanta giorni dalla comunicazione in via amministrativa o dalla notificazione della presente sentenza".

³⁹⁵ C.G.A., 4.11.2010, n. 1368; TAR Lombardia, Milano, I Sez., 16.11.2012, n. 2777, ove si afferma: *"la domanda risarcitoria è invece fondata con riferimento all'aumento del valore del mais desunto dai dati della Camera di commercio, in quanto incidente sul costo della biomassa che alimenta l'impianto. Come dimostrato nel documento 44 il ritardo dell'entrata in attività dell'impianto ha comportato un aggravio dei costi di funzionamento nell'approvvigionamento del materiale, quantificati in un minore guadagno medio annuo di € 270.000,00 per un totale di € 540.000,00."*

³⁹⁶ TAR Veneto, II Sez., 4.4.2013, n. 470, ove la domanda risarcitoria veniva proposta in relazione alla collocazione, da parte del G.S.E., ai sensi del D.M. 5 maggio 2011 (c.d. quarto conto energia) nell'elenco dei soggetti non ammessi a causa del ritardo con cui interveniva il parere della Soprintendenza; tuttavia l'azione veniva dichiarata infondata, dal momento che *"l'iscrizione al registro e l'utile collocazione in graduatoria non garantisce di per sé l'accesso agli incentivi, in quanto, come espressamente specificato nelle stesse indicazioni contenute nell'Elenco A, nel quale rientrano i progetti ammessi, il G.S.E. dovrà effettuare l'accertamento circa i requisiti previsti dalla normativa e l'assenza delle condizioni ostative previste negli artt. 23 e 43 D. Lgs. 28/2011. Ne consegue che la sola iscrizione utile nell'elenco A, di per sé, non avrebbe dato alcuna certezza al ricorrente di ottenere gli incentivi e quindi di poter sfruttare l'impianto così come prospettato nell'arco temporale di 20 anni"*.

³⁹⁷ TAR Sardegna, I Sez., 21.4.2011, n. 421, ove si afferma: *"per la determinazione del danno l'amministrazione dovrà riferirsi: alla mancata produzione di energia elettrica per il tempo corrispondente al ritardo accumulato nel rilascio dell'autorizzazione, calcolata con riferimento*

Il procedimento unico, inoltre, per la complessità degli interessi coinvolti e per l'elevato numero delle amministrazioni coinvolte, potrà subire degli arresti a causa di lecite richieste di integrazione documentale; ebbene, ai fini della quantificazione del danno da ritardo, si dovrà scomputare quella porzione di tempo che, pur contribuendo a causare il ritardo del termine di conclusione, è stata necessaria ad acquisire e a valutare l'ulteriore produzione documentale richiesta³⁹⁸.

Con riferimento alla dimostrazione dell'elemento soggettivo, infine, non si registrano scostamenti rispetto al modello tradizionale di risarcibilità del danno da violazione dell'interesse legittimo.

Infatti, se anche la fattispecie è riconducibile al modello di cui all'art. 2043 c.c., con il conseguente onere della prova a carico del privato, la giurisprudenza afferma che, fermo restando l'inquadramento della maggior parte delle fattispecie di responsabilità della P.A., all'interno della responsabilità extracontrattuale, *"non è comunque richiesto al privato danneggiato un particolare sforzo probatorio sotto il profilo dell'elemento soggettivo"*³⁹⁹.

Così, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque

ad un impianto fotovoltaico di pari potenza rispetto a quello assentito ai ricorrenti; alla mancata percezione del contributo riconosciuto dal G.S.E. (e la sua diminuzione), per la mancata produzione dell'energia elettrica di cui al punto precedente; all'utile di impresa non percepito nel predetto periodo".

³⁹⁸ TAR Lombardia, Milano, I Sez., 16.11.2012, n. 2777, ove si afferma: *"il ritardo è, tuttavia imputabile alle amministrazioni resistenti solo per una parte del tempo decorso dalla scadenza del termine in quanto parte del tempo successivo al riavvio del procedimento è stato utilizzato dalla ricorrente per predisporre nuovi documenti e dall'amministrazione per esaminarli, senza che tali richieste possano ritenersi illegittime o meramente dilatorie: il che, al di là dell'illegittima conclusione dell'originario procedimento, ben può essere associato ad una eventuale protrazione dell'originario procedimento per la difficile ricerca di una soluzione concordata. In sostanza solo il periodo che va dalla data della decisione negativa della conferenza dei servizi alla data di riapertura della conferenza è imputabile a titolo di ritardo alle amministrazioni che hanno partecipato al procedimento, con la conseguenza che il danno provato deve essere riconosciuto solo nella misura di 1/5 di quanto richiesto, per un totale di € 108.000,00".*

³⁹⁹ Cons. Stato, VI Sez., 23.3.2009, n. 1732.

ad una violazione delle regole di condotta (tra cui l'osservanza dei termini di conclusione del procedimento), "*possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie*".

Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale *indice presuntivo della colpa* o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile.

Spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un *errore scusabile*, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Sembra, peraltro, corretto affermare che in presenza della violazione del termine di conclusione del procedimento, ben difficilmente l'amministrazione potrà dimostrare la sussistenza di un errore scusabile, tranne forse casi eccezionali, essendo suo preciso onere predisporre adeguate misure organizzative idonee a consentire il rispetto dei termini previsti.

In generale, comunque, non sembra che attualmente la giurisprudenza amministrativa sia in concreto incline ad accogliere le domande risarcitorie formulate dai ricorrenti, pur a fronte di evidenti ritardi che possono protrarsi anche per svariati mesi.

Soprattutto, non si è ancora fatta applicazione del principio della risarcibilità da c.d. ritardo puro, nonostante a livello teorico non si dubiti della sua ammissibilità, almeno con riferimento all'ipotesi pacifica della risarcibilità da provvedimento favorevole ma rilasciato in violazione del termine di conclusione del procedimento⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Infatti, rispetto alla tesi che riteneva possibile una ricostruzione del danno da ritardo inteso come danno conseguente alla violazione dell'interesse procedimentale al rispetto dei tempi,

Le pronunce sino ad ora edite, infatti, hanno riconosciuto tutela solo ai casi di ritardato provvedimento favorevole emanato a seguito dell'annullamento, amministrativo o giurisdizionale, di un previo ed illegittimo provvedimento negativo.

Peraltro, le domande risarcitorie venivano accolte solo parzialmente, in quanto veniva ritenuto insufficiente il materiale probatorio offerto dal ricorrente, soprattutto con riferimento, da un lato, al profilo attinente alla diretta

Cons. Stato, Ad. Plenaria, 15.9.2005, n. 7 ha optato per la necessità dell'accertamento della spettanza del bene della vita; secondo la pronuncia, infatti, il ritardo della P.A. non comporta, per ciò solo, l'affermazione della responsabilità, ritenendo che il sistema di tutela degli interessi legittimi pretensivi consente riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo assuma a suo oggetto la mancata emanazione o il ritardo nell'emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato, suscettibile cioè di appagare il bene della vita. In tal senso si afferma che non sia possibile accordare il risarcimento del danno nel caso in cui i provvedimenti adottati in ritardo risultino di carattere negativo per colui che ha presentato la relativa istanza.

L'esclusione della risarcibilità in caso di ritardata emanazione di un provvedimento negativo è stata oggetto di critiche, sul presupposto per cui anche il tempo rappresenterebbe un bene della vita per il privato, non potendo essere in astratto escluso che il ritardo possa essere comunque foriero di conseguenze negative sul piano patrimoniale (es. non aver optato per soluzioni alternative in attesa del tardivo provvedimento amministrativo).

Disattendendo le conclusioni della Plenaria, C.G.A. 4.11.2010, n. 1368 ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione del procedimento incidente su interessi pretensivi agganciati a programmi di investimento di cittadini o imprese è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari.

Ulteriore apertura in favore di un ampliamento della tutela risarcitoria in presenza di una mera inerzia della P.A. si è, in seguito, avuta con la pronuncia resa da Cons. Stato, 28.2.2011, n. 1271 con cui sono stati reiterati i medesimi argomenti desunti dal *favor* legislativo che emergerebbe dalla lata formulazione dell'art. 2 *bis* L. 241/1990, nonché da C.G.A. 24.10.2011, n. 684 in materia di ritardo nell'assentire un piano di lottizzazione convenzionata.

Anche parte della dottrina si è mostrata favorevole alla risarcibilità del c.d. danno da ritardo puro, v. DI NITTO, *La tutela del tempo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 1133 secondo cui "*La norma individua, infatti, nel fattore tempo, di per sé considerato, il bene della vita la cui violazione fonda l'azione risarcitoria promossa nei confronti della pubblica amministrazione inadempiente, a prescindere da ogni valutazione, anche solo probabilistica, sulla spettanza dell'utilità finale cui l'istante mirava al momento dell'avvio del procedimento. D'ora in poi, dunque, come è stato correttamente rilevato, il giudice adito in sede risarcitoria condurrà il giudizio prognostico sulla spettanza al privato dell'utilità finale avuta di mira ai soli fini della determinazione del quantum debeatur, posto che tale valutazione non potrà più incidere sull'an della pretesa azionata. Sembra perciò di potersi concludere che il danno da mero ritardo ha oggi una piena autonomia strutturale dalla fattispecie procedimentale da cui scaturisce*". Nello stesso senso, v. R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, in R. CARANTA, *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2010.

riconducibilità del danno conseguenza al ritardo della P.A. e, dall'altro, alla quantificazione del danno medesimo.

In questo contesto è, peraltro, da valutare con favore l'introduzione, ad opera dell'art. 28 D.L. 69/2013 convertito, con modificazioni, nella L. 98/2013 del c.d. indennizzo da mero ritardo per la mancata conclusione del procedimento amministrativo nei termini stabiliti dalla legge.

La disposizione si applica in via sperimentale ai procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa, tra i quali va annoverato sia il procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione unica sia la procedura abilitativa semplificata.

Perché sussista questo obbligo deve, infatti, trattarsi di un procedimento:

- 1) iniziato a istanza di parte
- 2) nel quale la P.A. ha l'obbligo di pronunciarsi, restando esclusi i casi di silenzio qualificato ed i concorsi pubblici.

In generale, si prevede che la P.A. procedente sia tenuta a versare a titolo di indennizzo una somma pari ad 30 euro per ogni giorno di ritardo nel caso in cui il procedimento non venga concluso nei termini previsti dalla legge.

Va precisato che l'indennizzo, a differenza del risarcimento, debba essere versato a prescindere dal fatto che dal ritardo sia derivato un pregiudizio per il privato, con evidente alleggerimento di quell'onere probatorio che la giurisprudenza spesso frappone per la concreta accoglibilità della domanda risarcitoria.

La somma massima dell'indennizzo è, però, stabilita in 2.000 euro e ciò, evidentemente, frenerà gli entusiasmi dei fautori della norma.

In ogni caso, se dal ritardo deriva un danno ulteriore al privato, che dovrà essere rigorosamente dimostrato, le somme ottenute a titolo di indennizzo vengono decurtate dal risarcimento.

Per potere ottenere l'indennizzo, il privato deve provvedere a pena di decadenza, entro 20 giorni dal termine previsto per la conclusione del

procedimento, a chiedere al soggetto designato all'interno della P.A. l'esercizio del c.d. potere sostitutivo, cioè del potere di emanare l'atto in presenza dell'inerzia del titolare originario.

Il titolare del potere sostitutivo è tenuto ad emanare il provvedimento nei termini e a liquidare l'indennizzo, diversamente il privato potrà agire in giudizio per ottenere quanto dovuto.

6.2.17. Le Misure di compensazione. Nozione e inquadramento generale dell'istituto (art. 22 D. Lgs. 152/2006).

In generale, il procedimento di emanazione della V.I.A. viene espletato sulla base del progetto definitivo di un'opera o di un intervento antropico accompagnato dal c.d. Studio di impatto ambientale (S.I.A.), redatto dal soggetto proponente. Previsto come istituto del diritto ambientale generale, le misure di compensazione trovano la loro positiva statuizione, nell'ambito del Titolo III del Codice dell'ambiente, allorché l'art. 22 D. Lgs. 152/2006, descrivendone i contenuti, stabilisce, tra l'altro, che il S.I.A. debba recare "*una descrizione delle misure previste per evitare, ridurre e possibilmente compensare gli impatti negativi rilevanti*".

Il richiamo normativo è di carattere generale e viene ripreso anche nell'Allegato VII al Titolo III del Codice stesso, insieme a un dispositivo sulle misure di mitigazione e compensazione da prevedere in caso di impatto su elementi culturali e paesaggistici eventualmente presenti.

Con misura di compensazione si intende, dunque, qualunque intervento proposto dal proponente ovvero richiesto dall'autorità di controllo della V.I.A., teso a migliorare le condizioni dell'ambiente interessato dal progetto oggetto di valutazione ambientale ma che, tuttavia, non riduce gli impatti attribuibili specificamente al progetto. Si intende, altresì, per compensazione un trasferimento monetario alle amministrazioni interessate, finalizzato alla

realizzazione da parte loro di interventi migliorativi sull'ambiente che non abbiano diretta attinenza con il progetto sottoposto a V.I.A.

Le compensazioni, eventualmente proposte nello studio, non possono essere considerate come delle mitigazioni degli impatti previsti, i quali devono comunque essere minimizzati con opportune misure di contenimento ovvero riduzione.

Pertanto, qualora l'intervento, finanziato dal proponente ed eseguito dall'amministrazione, riducesse gli impatti ambientali direttamente attribuibili al progetto stesso, esso andrebbe considerato non come una misura di compensazione, bensì come una misura di mitigazione.

Qualora l'opera, il cui progetto definitivo è sottoposto a V.I.A., sia fonte di un pregiudizio diretto (nella forma potenziale del pericolo ovvero in quella attuale del danno) a soggetti privati identificati o facilmente identificabili, le compensazioni possono avvenire anche tra soggetto proponente e privati danneggiati. Esse devono, in ogni caso, essere esplicitamente menzionate nel S.I.A. e nella relativa decisione dell'autorità competente in sede di rilascio della V.I.A.. Anche in questo caso, peraltro, le misure di compensazione possono consistere nella realizzazione di lavori, nella prestazione di servizi ovvero in trasferimenti monetari a diretto vantaggio dei soggetti portatori dell'interesse opposto alla realizzazione del progetto da assentire.

Quando l'opera abbia finalità di interesse collettivo e il proponente sia la pubblica amministrazione, non può essere definita compensatoria quella misura o quell'intervento realizzati a carico della pubblica amministrazione stessa, anche quando l'ente o il soggetto esecutore siano diversi da quello proponente (ad esempio un diverso Ministero o la Regione).

All'interno del rapporto giuridico sorto dall'impegno a prestare o corrispondere una misura di compensazione, i soggetti coinvolti, pertanto, sono, dal lato passivo dell'obbligazione, coloro che realizzano o finanziano l'intervento compensativo (il soggetto, pubblico o privato, proponente o

finanziatore) mentre, dal lato attivo, coloro che beneficiano dell'intervento compensativo o del trasferimento monetario (il soggetto, pubblico o privato, in pericolo o danneggiato).

A livello descrittivo, si possono distinguere tre diversi tipi di misure compensative.

In primo luogo, i trasferimenti monetari possono consistere nella prestazione di una somma denaro da parte del proponente al soggetto danneggiato, a titolo di indennizzo del pregiudizio subito, per l'esercizio di un'attività da ritenere comunque *non contra ius*.

Occorre, tuttavia, distinguere in base alla natura pubblica o privata del soggetto beneficiario del trasferimento.

Quando il soggetto privato che subisce il pregiudizio è chiaramente identificabile, la compensazione può avvenire direttamente fra il proponente ed il soggetto, ed è da considerarsi validamente avvenuta anche quando il soggetto non utilizzi il denaro per riparare il danno (ad esempio, se un intervento danneggia le coltivazioni di un'azienda agricola è da considerarsi misura compensativa la semplice dazione di una somma in denaro, a prescindere dal fatto che l'azienda proceda al loro ripristino).

Invece, nel caso in cui i soggetti che subiscono il pregiudizio siano molti o difficilmente identificabili, il soggetto che riceve la compensazione è l'amministrazione rappresentativa quella comunità (generalmente la rappresentanza avviene su base territoriale, sicché l'amministrazione beneficiaria sarà un ente di livello locale); in tal caso, allora, la compensazione sarà considerata tale solo quando essa venga esplicitamente *finalizzata* ad interventi migliorativi sull'ambiente, ben specificati nel testo dell'accordo, in modo tale da consentire la verifica a qualunque soggetto terzo interessato, vuoi che esso sia un organo amministrativo di controllo, vuoi che sia un organo giurisdizionale o, ancora, la generalità dei consociati e l'opinione pubblica.

In buona sostanza, nel caso in cui la compensazione avvenga a favore di un soggetto pubblico per conto della comunità rappresentata, la mera dazione del denaro non viene ritenuta sufficiente; tale somma deve essere, infatti, specificamente finalizzata a ridurre i c.d. carichi ambientali gravanti su quell'area, ove il pregiudizio stesso non sia puntualmente eliminabile o riducibile (nel qual caso si tratterebbe, infatti, di una mitigazione).

Le compensazioni equivalenti consistono, infine, in interventi realizzati direttamente dal proponente o da un suo ausiliario, tesi a ridurre carichi ambientali diversi ma, ugualmente, gravanti sull'area interessata dall'opera.

Tendenzialmente, va ricercata la c.d. equivalenza di effetto sull'ambiente (non necessariamente monetaria) fra intervento compensativo e danno prodotto. Ad esempio, per compensare un inquinamento idrico non altrimenti eliminabile, o una riduzione delle portate idriche di un corso d'acqua che ne limiti le capacità di autodepurazione, potrà essere installato a cura del proponente un depuratore per i reflui urbani; un prelievo di materiali di cava potrà essere compensato con una sistemazione a zona ricreativa dell'area di escavazione; l'utilizzo di un'area con valore naturalistico o paesistico, potrà essere compensato con il recupero ambientale di un'area degradata; Ancora, un intervento che danneggi un bene storico, architettonico, artistico o culturale potrà essere compensato con il restauro di un altro bene di valore omogeneo.

In questa terza categoria di compensazione, pertanto, l'impatto dell'opera (il cui progetto viene accompagnato dal S.I.A., in vista dell'emanazione della V.I.A.) non viene ridotto o eliminato, ma si effettua nell'area in esame un intervento di compensazione su un diverso carico ambientale⁴⁰¹.

⁴⁰¹ In generale, l'esaltazione degli effetti positivi si verifica quando l'opera proposta abbia dei potenziali effetti positivi, che tuttavia non possono realizzarsi appieno a causa di qualche impedimento: è tale impedimento ad essere soggetto della compensazione. Ad esempio, quando l'intervento proposto può creare dei posti di lavoro ma con qualifiche non reperibili sul mercato del lavoro locale, si potranno organizzare dei corsi di formazione per la forza lavoro disoccupata; ancora, quando l'intervento può avere ricadute positive di attivazione della domanda di servizi o di produzioni non disponibili in loco, si potranno mettere a disposizione

Le misure di compensazione possono avere una particolare rilevanza anche nell'ambito della V.A.S., quando la valutazione ambientale abbia ad oggetto gli strumenti di pianificazione o di programmazione; nel caso dei piani, infatti, si tratterà di localizzare sul territorio interventi a valenza diversa, che possono produrre effetti positivi o negativi sull'ambiente, sull'economia e sulla società locale; la compensazione, allora, può assumere un più generale carattere di equa distribuzione dei costi e dei benefici risultanti dal complesso degli interventi previsti dal piano ovvero di riequilibrio di scompensi prodotti in passato da precedenti processi localizzativi.

In tal caso, poiché la V.A.S. di un piano dovrebbe essenzialmente essere tesa a valutare i carichi ambientali attuali e a ricondurli o mantenerli entro limiti di sostenibilità, è evidente che le compensazioni potranno essere ampie e di diverso tipo⁴⁰².

In generale, compensare gli impatti che non è possibile evitare o sottoporre ad interventi di mitigazione, è un'attività essenziale per l'inserimento territoriale ed ambientale di una nuova infrastruttura o di opere di potenziamento di una infrastruttura esistente ma, al contempo, è indispensabile garantire l'efficacia delle misure di compensazione.

Una criticità della previsione contenuta nell'art. 22 D. Lgs. 152/2006 sta proprio nella sua lata generalità che si presta alle più varie interpretazioni,

degli operatori locali consulenze e finanziamenti a tasso agevolato. Anche in questi casi l'intervento di esaltazione degli effetti positivi potrà essere realizzato direttamente dal proponente, concordato, nelle forme degli accordi di cui all'art. 11 L. 241/1990 con l'amministrazione locale, che provvederà a realizzarlo dietro opportuno finanziamento, ovvero realizzato da un'altra pubblica amministrazione, anche non coinvolta nell'opera, in base ad uno specifico accordo ai sensi dell'art. 15 L. 241/1990.

⁴⁰² Si potranno usare, nel caso della pianificazione territoriale, strumenti come la c.d. "*politica della bolla*", che considera l'ambiente interessato come contenuto in una grande bolla di cui occorre contenere o ridurre i carichi ambientali, attraverso opportune sottrazioni qualora si debbano realizzare addizioni di carico. Anche in questo caso, però, le compensazioni dovranno essere identificate con precisione (non in modo generico) e dovranno specificamente essere individuati i soggetti obbligati e quelli beneficiari.

lasciando, soprattutto, indeterminata la valutazione dell'efficienza dell'azione compensativa prescritta durante la procedura di V.I.A.

La compensazione è stata spesso utilizzata per costruire il consenso alla localizzazione e alla realizzazione degli interventi infrastrutturali.

Le ricerche svolte in questo ambito hanno messo in evidenza come questo approccio porti all'aumento del costo di costruzione dell'opera; d'altra parte, la normativa non prevede un tetto per le risorse da destinare alla compensazione⁴⁰³.

Le risorse utilizzate a fini compensativi nell'ambito della realizzazione di un'opera pubblica dovrebbero essere impiegate per dare corso a interventi che creano valore sociale, capaci di generare ricadute positive sulla collettività, mirati a migliorare il valore territoriale in senso qualitativo. Le risorse dovrebbero confluire prioritariamente su interventi di carattere ecologico strettamente legati all'infrastruttura⁴⁰⁴.

Sono da tenere in considerazione anche le esigenze della popolazione che vive negli ambiti territoriali interessati dall'infrastruttura: adottare interventi di compensazione in grado di aumentare la socialità e la vivibilità dei luoghi contribuisce, infatti, al benessere delle persone che vivono in tali ambiti.

D'altro canto, nel caso di compensazioni monetarie con destinazione non strettamente legata all'opera pubblica principale o con destinazione non chiara e condivisa, fanno sorgere dubbi sulla reale validità e capacità di produrre effetti positivi per l'ambiente e la collettività.

6.2.18. (segue) *Le misure di compensazione nell'ambito del diritto energetico da fonti rinnovabili: dal divieto legislativo (art. 12, comma 6, D. Lgs. 387/2003; art. 1, comma 4, lett. f), L. 239/2004; art. 1, comma 5, L. 239/2003) alla loro ammissibilità (Allegato 2 al D.M. 10 settembre 2010).*

⁴⁰³ Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, *Le infrastrutture strategiche di trasporto. Problemi, proposte, soluzioni*. Tavolo tecnico, Roma, 2010.

⁴⁰⁴ Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, *Partecipazione e consenso per la realizzazione di opere e reti infrastrutturali*, Roma, 2009.

L'ammissibilità di accordi per concordare misure di compensazione nell'ambito di interventi volti all'implementazione dell'uso di fonti energetiche alternative è stata oggetto di un lungo dibattito; a fronte del divieto originario posto dall'art. 12, comma 6, D. Lgs. 387/2003 (e, immediatamente a ridosso, confermato dall'art. 1, commi 4 e 5, L. 239/2004), in seguito all'emanazione delle c.d. Linee guida di cui al D.M. 10 settembre 2010, tale divieto è venuto meno.

L'attuale ammissibilità di misure di compensazione, anche nell'ambito di interventi produttivi che fanno ricorso alle fonti energetiche rinnovabili, è il frutto di plurime pronunce della giurisprudenza costituzionale che, nel periodo di tempo intercorrente tra l'entrata in vigore delle disposizioni menzionate, ha contribuito a definire un complesso di principi di matrice squisitamente pretoria, volti a definire i criteri di legittimità, alla cui stregua vagliare la volontà delle parti di prevedere misure di compensazione in occasione del rilascio di un titolo energetico.

Di questa interessante evoluzione occorre dare conto, per poi individuare la natura degli strumenti idonei a stabilire le misure di compensazione.

L'art. 12, comma 6, D. Lgs. 387/2003 prevede che l'autorizzazione unica *“non può essere subordinata né prevedere misure di compensazione a favore delle Regioni e delle Province”*.

La norma mira, evidentemente, ad impedire che Regioni e Province, vale a dire le amministrazioni direttamente competenti al rilascio dell'autorizzazione unica, possano esercitare la potestà loro attribuita per ottenere surrettiziamente vantaggi economici indiretti, nella forma dell'imposizione al soggetto istante di misure di compensazione.

Dal tenore letterale della disposizione potrebbe desumersi, *a contrario*, la possibilità di misure di compensazione a favore di altre collettività locali, e segnatamente dei Comuni, quali enti esponenziali della collettività di

riferimento più direttamente interessata dalla realizzazione di un impianto per la produzione di energia elettrica⁴⁰⁵.

Tuttavia, tale previsione va coordinata ad altre due norme, entrambe contenute nell'art. 1 della c.d. Legge Marzano, di riordino del settore elettrico⁴⁰⁶:

a) l'art. 1, comma 4, lett. f), L. 239/2004, a tenore del quale lo Stato e le Regioni garantiscono *“l'adeguato equilibrio territoriale nella localizzazione delle infrastrutture energetiche, nei limiti consentiti dalle caratteristiche fisiche e geografiche delle singole regioni, prevedendo eventuali misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale qualora esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale, con esclusione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili”*;

b) l'art. 1, comma 5, L. 239/2004, in base a cui *“Le regioni e gli enti locali territorialmente interessati dalla localizzazione di nuove infrastrutture energetiche ovvero dal potenziamento o trasformazione di infrastrutture esistenti hanno diritto di stipulare accordi con i soggetti proponenti che*

⁴⁰⁵ Effettivamente parte della dottrina ha ritenuto che l'intenzione del legislatore fosse quella di escludere i Comuni da tale divieto; tale conclusione sarebbe avallata, da un lato, nel fatto che, ove previste a favore dei Comuni, le misure di compensazione sarebbero destinate alla comunità locale sul cui territorio l'impianto è localizzato (assolvendo, quindi, allo scopo che è loro proprio) e, dall'altro, nel fatto che, non essendo i Comuni competenti al rilascio del titolo, nei loro confronti non potrebbe configurarsi il rischio di una subordinazione del provvedimento di assenso ad un loro vantaggio economico; v. A. VERONESE, *Gli impianti eolici e i poteri dei Comuni*, in *Riv. Giur. Amb.*, n. 2/2008.

⁴⁰⁶ La c.d. Legge Marzano, mira alla realizzazione di un ambizioso obiettivo, vale a dire la completa razionalizzazione di tutta la normativa in materia di energia, contestualmente al recepimento della c.d. seconda direttiva elettrica (Dir. 2003/53/CE); a tal fine, oltre ad anticipare disposizioni della direttiva volte alla liberalizzazione del settore e a procedere ad una razionalizzazione delle competenze variamente previste in capo al Ministero per lo Sviluppo Economico e all'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas, contiene una delega per la rivisitazione di tutta la disciplina sia del settore dell'energia elettrica che di quello del gas naturale, da attuarsi in due anni dall'entrata in vigore.

La delega è, però, scaduta, senza che si fosse proceduto ad alcuna razionalizzazione della materia; in compenso, la L. 239/2004 è rimasta in vigore con una formulazione sciatta, essendo costituita da un unico articolo, formato da oltre un centinaio di commi, contenenti le più svariate disposizioni, senza seguire un preciso ordine logico e, soprattutto, senza che fosse completato quel procedimento di armonizzazione della normativa in materia, che ancora oggi urge.

individuino misure di compensazione e riequilibrio ambientale, coerenti con gli obiettivi generali di politica energetica nazionale, fatto salvo quanto previsto dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003”

Pertanto, il divieto di concludere accordi che prevedano misure di compensazione tra il soggetto interessato al rilascio dell'autorizzazione unica e le amministrazioni coinvolte nella realizzazione dell'impianto trova conferma anche da parte delle due disposizioni da ultimo menzionate, le quali, tuttavia, stabiliscono l'ammissibilità a certe condizioni di tali misure, nel contesto più generale del diritto energetico.

Proprio su questa disparità di trattamento tra ambiti diversi di una medesima materia (vale a dire tra la produzione di energia elettrica da fonti convenzionali e la produzione da fonti alternative) è intervenuta la giurisprudenza costituzionale.

Pertanto è dirimente, onde pervenire all'analisi della disciplina attuale, dar conto, seppur in modo schematico, delle numerose pronunce che si sono succedute a partire dall'entrata in vigore dell'art. 1 L. 239/2004:

1) Corte Cost. 11.10.2005, n. 383 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 4, lett. f), L. 239/2004 limitatamente alle parole *“con esclusione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili”*, osservando che *“la disposizione in questione si risolve, infatti, nella imposizione al legislatore regionale di un divieto di prendere in considerazione una serie di differenziati impianti, infrastrutture ed attività per la produzione energetica, ai fini di valutare il loro impatto sull'ambiente e sul territorio regionale (che, in caso di loro concentrazione sul territorio, può anche essere considerevole) solo perché alimentati da fonti energetiche rinnovabili”*.

E' stata, dunque, ritenuta corretta la censura mossa dalla Regione Toscana, secondo cui l'ultima parte della disposizione lederebbe le competenze regionali di cui agli artt. 117 e 118 Cost. in materia di *“governo del territorio”*, in quanto anche gli impianti alimentati da fonti rinnovabili potrebbero avere sul territorio

un'incidenza tale da giustificare la necessità di misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale⁴⁰⁷;

2) Corte Cost. 28.6.2006, n. 248 è stata adita per vagliare le censure di illegittimità costituzionale sollevate agli artt. 13 e 26 L.R. Toscana 39/2005, poiché, nel consentire alla Regione di subordinare il rilascio o la modifica dell'autorizzazione unica ad accordi connessi all'esecuzione di un programma di misure di compensazione e riequilibrio ambientale, violerebbero l'art. 117, comma 3, Cost., ponendosi in contrasto con il divieto espresso dagli artt. 1, comma 5, L. 239/2004 e 12, comma 6, D. Lgs. 387/2003, ritenuto principio fondamentale della materia “*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*”.

La Consulta ha ritenuto non fondata la questione, evocando la precedente sentenza n. 383 del 2005, per effetto della quale la possibilità offerta dall'art. 1, comma 4, lett. f), L. 239/2004 per lo Stato e le Regioni di determinare “*misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale in riferimento a concentrazioni territoriali di attività, impianti ed infrastrutture ad elevato impatto territoriale*” è stata estesa anche agli impianti alimentati da fonti rinnovabili;

3) Corte Cost. 6.11.2009, n. 282 si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale con riferimento a quella parte della L.R. Molise del 2008 che prevedeva il versamento di una somma di denaro, a titolo di oneri istruttori, in parte in misura fissa ed in parte in misura variabile a seconda della potenza nominale dell'impianto. Anche in tale occasione è stata richiamata la sentenza n. 383 del 2005, per effetto della quale al legislatore regionale è stata

⁴⁰⁷ Secondo la Consulta, infatti, “*tale previsione eccede il potere statale di determinare soltanto i principi fondamentali della materia, ai sensi del terzo comma dell'art. 117 Cost., determinando una irragionevole compressione della potestà regionale di apprezzamento dell'impatto che tali opere possono avere sul proprio territorio, in quanto individua puntualmente ed in modo analitico una categoria di fonti di energia rispetto alle quali sarebbe preclusa ogni valutazione da parte delle Regioni in sede di esercizio delle proprie competenze costituzionalmente garantite*”.

estesa la facoltà di introdurre misure di compensazione nella disciplina delle fonti rinnovabili di energia, peraltro a condizione che i beneficiari delle predette misure non siano né le Regioni, né le Province eventualmente delegate (con conseguente declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni che prevedevano quale beneficiario della misura l'amministrazione competente al rilascio del titolo);

4) Corte Cost. 26.3.2010, n. 119 ha scrutinato la legittimità costituzionale dell'art.1 L.R. Puglia 31/2008, secondo cui alla Giunta regionale è consentito stipulare e approvare accordi nei quali, a compensazione di riduzioni programmate delle emissioni da parte degli operatori industriali, è previsto il rilascio di autorizzazioni uniche; la disposizione sarebbe, secondo il ricorrente in via principale, in contrasto con la norma di principio di cui all'art. 1, comma 5, L. 239/2004 la quale, pur consentendo di stipulare accordi con soggetti proponenti che individuino misure di compensazione e riequilibrio ambientale, coerenti con gli obiettivi generali di politica energetica nazionale, continuerebbe a mantenere il divieto previsto dall'art. 12, comma 6, D. Lgs. 387/2003.

La Corte, enucleando alcuni principi cardine già elaborati nelle precedenti pronunce⁴⁰⁸, rigetta la questione di legittimità costituzionale, osservando, con

⁴⁰⁸ In particolare viene precisato che: i) per misure di compensazione s'intende, in genere, “*una monetizzazione degli effetti deteriori che l'impatto ambientale determina*”, per cui chi propone l'installazione di un determinato impianto s'impegna ad assicurare, all'ente locale cui compete l'autorizzazione, determinati servizi o prestazioni; ii) la legge statale vieta tassativamente l'imposizione di corrispettivi (le c.d. misure di compensazione patrimoniale) quale condizione per il rilascio dei titoli abilitativi, tenuto anche conto del fatto che, secondo l'ordinamento comunitario e quello nazionale, la costruzione e l'esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili sono libere attività d'impresa soggette al solo rilascio dell'autorizzazione unica da parte della Regione (o della Provincia delegata); iii) devono, invece, ritenersi ammessi gli accordi che contemplino misure di compensazione e riequilibrio ambientale, nel senso che il pregiudizio subito dall'ambiente per l'impatto del nuovo impianto, oggetto di autorizzazione, viene “compensato” dall'impegno ad una riduzione delle emissioni inquinanti da parte dell'operatore economico proponente; iv) l'art. 1, comma 4, lett. f), L. 239/2004, dopo aver posto il principio della localizzazione delle infrastrutture energetiche in rapporto ad un adeguato equilibrio territoriale, ammette concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto ambientale, prevedendo in tal caso misure di

riferimento alla norma regionale, che essa non consente la fissazione di compensazioni meramente patrimoniali a favore degli enti locali (come invece la norma regionale oggetto di scrutinio da parte della sentenza n. 282 del 2009); il sistema complessivo in cui s'inserisce la disposizione convince la Consulta del carattere non patrimoniale delle compensazioni, tant'è che si evidenzia lo stretto collegamento, all'interno degli accordi, tra le riduzioni delle emissioni inquinanti e la potenza degli impianti autorizzati, in coerenza con gli obiettivi del P.E.A.R.;

5) Corte Cost. 24.3.2010, n. 124 ha ritenuto fondata, nel merito, la questione di legittimità costituzionale sollevata, in via principale, con riferimento alla L.R. Calabria 42/2008⁴⁰⁹.

La Corte ha affermato che *“le disposizioni censurate prevedono oneri e condizioni a carico del richiedente che si concretizzano in vantaggi economici per la Regione e per gli altri enti locali e, quindi, si configurano quali compensazioni di carattere economico espressamente vietate dal legislatore statale (sentenza n. 282 del 2009). La disciplina impugnata, infatti, prescinde dall'esistenza di concentrazioni di attività, impianti e infrastrutture ad elevato*

compensazione e di riequilibrio ambientale (anche relativamente ad impianti alimentati da fonti rinnovabili, a seguito della sentenza n. 383 del 2005); a tal fine, il mantenimento del divieto previsto dall'art. 12, comma 6, D. Lgs. 387/2003 e contenuto nell'art. 1, comma 5, L. 239/2004 continua ad essere attuale ove circoscritto alle misure di compensazione a contenuto meramente patrimoniale imposte a favore della Regione (o della Provincia delegata); v) la sentenza n. 248 del 2006 ha ammesso che una norma regionale, in via generale, possa prevedere misure di compensazione quale contenuto di un'autorizzazione unica, con finalità specifica di *“riequilibrio ambientale”*, non già in suo favore ma in favore dell'ente locale.

⁴⁰⁹ La L.R. Calabria 42/2008 prescriveva l'allegazione alla domanda di autorizzazione unica di un atto con il quale il richiedente si fosse impegnato, tra l'altro, a: a) costituire prima del rilascio della suddetta autorizzazione, una società di scopo con residenza fiscale nel territorio della Regione Calabria; b) sottoscrivere garanzie fideiussorie; c) favorire l'imprenditoria calabrese nella fase della realizzazione; d) facilitare l'assunzione con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato di unità lavorative per la gestione dell'impianto; e) versare a favore della Regione Calabria la somma di 50 cent. per ogni KW eolico di potenza elettrica nominale autorizzata (€ 1,50 per le altre tipologie), quali oneri per il monitoraggio con relativa dotazione di antinfortunistica e per l'accertamento della regolare esecuzione delle opere. La successiva lettera o) stabiliva, inoltre, che l'istante allegasse alla domanda la ricevuta di avvenuto versamento degli oneri istruttori a favore della Regione Calabria pari ad € 100 per ogni MW per il quale veniva richiesta l'autorizzazione, con un minimo di € 300.

impatto territoriale, presupposto quest'ultimo previsto dall'art. 1 citato che legittima la previsione di misure di compensazione finalizzate al riequilibrio ambientale, in deroga al principio fondamentale fissato dall'art. 12, comma 6, D. Lgs. 387/2003”.

La giurisprudenza costituzionale, pertanto, ha fatto cadere il divieto generale di stipulare misure di compensazione per il riequilibrio ambientale, a patto che tali misure siano effettivamente compensative, vale a dire siano specificamente pattuite per la *finalità* e secondo i *presupposti* ricavabili dall'art. 1, comma 4, lett. f) e dall'art. 1, comma 5, L. 239/2004; gli accordi non possono, così, risolversi in mere imposizioni di carattere patrimoniale (comunque in contrasto sia con l'art. 41 Cost. che con l'art. 117 Cost.); a maggior ragione, poi, l'autorizzazione unica non può essere condizionata a prescrizioni comunque aventi natura meramente patrimoniale in favore dell'amministrazione competente al suo rilascio (di qui, l'opportunità per la giurisprudenza costituzionale di mantenere il richiamo all'art. 12, comma 6, D. Lgs. 387/2003 contenuto nell'art. 1, comma 5, L. 239/2004)⁴¹⁰.

All'indomani, pertanto, dell'articolato percorso giurisprudenziale richiamato, le c.d. Linee guida di cui al D.M. 10 settembre 2010 hanno, infine, stabilito che, durante la conferenza di servizi, le autorità pubbliche interessate possano identificare misure di compensazione ambientale a favore del Comune.

Tali misure di compensazione ambientale devono essere determinate in conformità ai criteri contenuti nell'Allegato 2 al medesimo regolamento.

Dunque, attualmente, fermo restando che per l'attività di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili non è dovuto alcun corrispettivo monetario in favore dei Comuni, l'autorizzazione unica può prevedere l'individuazione di

⁴¹⁰ Per una interessante applicazione dei principi ricavati dalla giurisprudenza costituzionale e per il fermo mantenimento del divieto di apporre all'autorizzazione unica condizioni sospensive e risolutive aventi ad oggetto l'imposizione di prestazioni patrimoniali qualificate impropriamente come misure di compensazione (divieto derivante dall'art. 12, comma 6, D. Lgs. 387/2003 e dal rinvio contenuto e mantenuto nell'art. 1, comma 5, L. 239/2004), v. Cons. Stato, V Sez., 3.6.2015, n. 2728; TAR Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 29.4. 2014, n. 4275.

misure compensative, purché a carattere non meramente patrimoniale, *"da orientare su interventi di miglioramento ambientale correlati alla mitigazione degli impatti riconducibili al progetto, ad interventi di efficienza energetica, di diffusione di installazione di impianti a fonti rinnovabili e di sensibilizzazione della cittadinanza su predetti temi"*.

L'Allegato 2 specifica, inoltre, i c.d. criteri di legittimità, per i quali: (i) la costruzione di un impianto di produzione di energia elettrica non giustifica di per sé la richiesta di misure di compensazione ambientale; è, infatti, necessario valutare, caso per caso, le dimensioni, le caratteristiche dell'impianto e l'impatto che potrebbe avere sull'ambiente circostante; (ii) ai sensi dell'art. 1, comma 4, lett. f), L. 239/2004, occorre considerare l'effettiva *"concentrazione di attività, impianti ed infrastrutture ad elevato impatto territoriale"*, specificamente connessa agli indirizzi strategici nazionali; (iii) le autorità, al momento della determinazione delle misure di compensazione ambientale, devono prendere in considerazione i risultati acquisiti in sede di rilascio della valutazione d'impatto ambientale (V.I.A.), quando applicabile al progetto; (iv) le misure di compensazione ambientale devono essere determinate durante la procedura di autorizzazione, tenendo conto del parere del Comune interessato e considerando tutte le previsioni legislative regionali in materia; le misure di compensazione, perciò, non possono essere stabilite unilateralmente dal Comune; (v) le misure di compensazione, quando dovute, non possono, comunque, costituire più del 3% dei ricavi annuali raggiunti per la produzione di energia, inclusi gli incentivi pubblici per la promozione delle fonti rinnovabili.

L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ha, infine, chiarito che, qualora le misure di compensazione ambientale contemplino anche la realizzazione di opere pubbliche, allora tali opere dovranno essere realizzate

dall'operatore privato secondo procedure ad evidenza pubblica, nel rispetto di quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. 163/2006⁴¹¹.

Questi essendo i parametri alla cui stregua vagliare la legittimità di accordi, negoziati già in sede di conferenza di servizi, aventi ad oggetto la prestazione di misure di compensazione da parte del soggetto titolare dell'autorizzazione unica, preme da ultimo rilevare che, accanto a questi accordi c.d. tipici, possono essere concluse convenzioni diverse tra il soggetto proponente ed il Comune, sganciate dai presupposti, alla cui ricognizione ha proceduto l'Allegato 2 al D.M. 10 settembre 2010; si tratta di accordi stipulati su base eminentemente volontaria e in un contesto diverso dal procedimento unico volto all'emanazione del titolo abilitativo⁴¹².

Tali accordi c.d. atipici mirano a regolare un assetto di interessi tendente a creare più solide basi di reciproco consenso tra il titolare dell'autorizzazione unica e le rappresentanze istituzionali della collettività più direttamente coinvolta dalla messa in esercizio dell'impianto.

L'unico limite cui tali accordi, negoziati *fuori* dalla conferenza di servizi e su un piano di perfetta parità tra soggetto privato e Comune, deriva dal precetto costituzionale di cui all'art. 23 Cost., il quale vieta l'imposizione di qualunque prestazione di carattere personale o patrimoniale, ove non espressamente previsto da un atto formalmente e sostanzialmente di rango legislativo; infatti,

⁴¹¹ A.V.C.P., *Osservazioni in merito alla consultazione "Energia eolica e fotovoltaica, il ruolo degli enti locali: problematiche connesse alle operazioni poste in essere"*, 23 febbraio 2011, in www.avcp.it; si osservi che a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 19 D.L. 90/2014 convertito, con modificazioni, dalla L. 114/2014, all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (A.V.C.P.) subentra nelle funzioni e nei rapporti giuridici pendenti l'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.).

⁴¹² W. TROISE MANGONI, *I profili autorizzatori relativi alla costruzione e all'esercizio di impianti alimentati da fonte eolica*, in *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, a cura di M. DE FOCATIS e A. MAESTRONI, Milano, 2011, Giuffrè. Secondo l'Autore "*le convenzioni da ultimo richiamate identificano atti la cui conclusione avviene su base esclusivamente volontaria, senza che possa esservi dunque ravvisato alcun elemento di coazione o, se si vuole, di obbligatorietà, intesa come precedenza logico giuridica della loro stipulazione rispetto alla concreta attività di costruzione ed esercizio del parco eolico, quale risultante dalla positiva conclusione dell'iter procedimentale disciplinato dall'art. 12 D. Lgs. 387/2003*".

una disposizione che legittimi i Comuni ad una tale imposizione patrimoniale non esiste⁴¹³ e, pertanto, il vaglio di legittimità di tali accordi dovrà necessariamente passare attraverso l'analisi della loro base eminentemente consensualistica, scevra da ogni condizionamento derivante dalla maggior forza contrattuale di una parte sull'altra.

6.2.19. (segue) *La natura degli accordi che prevedono misure di compensazione.*

Stabiliti i criteri di legittimità sostanziale alla stregua dei quali vagliare la compatibilità di specifiche misure di compensazione, aventi natura non meramente patrimoniale, occorre ricostruire, in assenza di una specifica disposizione normativa, la natura degli strumenti giuridici destinati a rappresentare la fonte dell'obbligazione intercorrente tra il titolare dell'autorizzazione unica e l'amministrazione beneficiaria.

Si ritiene che lo strumento più idoneo a contenere la reciproca manifestazione del consenso sia l'accordo tra privato e P.A., ai sensi dell'art. 11 L. 241/1990.

Come è noto, infatti, l'amministrazione, nel perseguimento del pubblico interesse, è legittimata al ricorso di modelli consensuali che, alternativamente, integrino ovvero sostituiscano l'esercizio della più tradizionale potestà amministrativa caratterizzata da unilateralità, imperatività, esecutività ed esecutorietà; in questi casi, l'amministrazione resta titolare della potestà ma,

⁴¹³ L'art. 1, comma 3, D.L. 7/2002, infatti, con riferimento agli impianti di produzione aventi potenza superiore ai 300 MW si limita a disporre che le Regioni possano promuovere accordi tra il proponente e gli enti locali per l'individuazione di misure di compensazione e riequilibrio ambientale; la disposizione, infatti, tace sul riconoscimento di tale facoltà in capo al Comune.

anziché esercitarla d'imperio, sceglie di negoziare direttamente con il soggetto destinatario della sua azione, giungendo alla conclusione di un accordo⁴¹⁴.

L'art. 11 L. 241/1990, ponendo fine al dibattito sull'ammissibilità di accordi tra P.A. e privato⁴¹⁵, prevede che "*in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio di diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, in sostituzione di questo*".

La disposizione, che si premura di sottolineare la necessaria assenza di pregiudizio nelle posizioni giuridiche soggettive di eventuali terzi controinteressati e la precipua finalità di perseguimento del pubblico interesse, prevede due diverse tipologie di accordo; infatti, accanto a c.d. accordi integrativi (o procedimentali) finalizzati a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale (il quale comunque verrà successivamente emanato dall'amministrazione procedente), sono previsti anche c.d. accordi sostitutivi, diretti proprio a sostituire integralmente il provvedimento amministrativo che, pertanto, non viene emanato.

⁴¹⁴ Le resistenze avute in passato all'utilizzo del modello consensuale derivavano dal timore che la negoziazione diretta potesse condurre, da un lato, ad uno sviamento dal perseguimento del pubblico interesse e, dall'altro, ad una compressione delle posizioni di eventuali soggetti controinteressati alla conclusione di un accordo.

Successivamente, invece, il legislatore ha manifestato un crescente *favor* al ricorso di modelli non inquadrabili né all'interno del più tradizionale ricorso al modello provvedimentoale, né tantomeno nell'ambito del modello contrattuale; tale preferenza deriva da una caratterizzazione dell'attività nel senso della maggior rapidità ed economicità, dalla deflazione del rischio di contenzioso e dalla tendenziale condivisione di un'azione amministrativa, non imposta in via unilaterale, ma accettata consensualmente dal privato; v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, n. 1-2/2008, 5.

⁴¹⁵ A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 11 L. 241/1990 l'attenzione della dottrina si è, infatti, spostata dal problema dell'ammissibilità alla questione dell'applicabilità, oppure della prevalenza, per la fase della stipulazione e della successiva esecuzione dell'accordo, delle regole civilistiche, sia pure con taluni adattamenti, oppure di regole più legate ad una impostazione pubblicistica; v. G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2007, 324.

Benché la disposizione non contenga rilevanti distinzioni tra le due tipologie, in presenza di accordi integrativi la fase consensuale riguarda il solo contenuto della decisione (anche eventualmente non con riferimento ad ogni aspetto da regolare) ed è sempre il successivo e necessario provvedimento amministrativo ad essere costitutivo degli effetti; con riguardo agli accordi sostitutivi, invece, l'intero assetto degli interessi è regolato direttamente dall'atto consensuale, costitutivo, pertanto, di ogni effetto.

Sulla base di queste premesse istituzionali, pertanto, è agevole ricondurre gli accordi volti a prevedere misure di compensazione ai sensi dell'art. 1, commi 4 e 5, L. 239/2004 alla *species* degli accordi integrativi.

Infatti, le misure di compensazione a favore del Comune vengono negoziate con il privato richiedente l'autorizzazione unica all'interno della conferenza di servizi, contestualmente alla ponderazione degli interessi di cui sono portatrici tutte le amministrazioni ivi convocate; pertanto, qualora l'ente locale e il soggetto istante raggiungano un accordo e la conferenza di servizi valuti la negoziazione come legittima ed opportuna, alla stregua dei criteri cristallizzati nell'Allegato 2 al D.M. 10 settembre 2010, in sede di adozione della determinazione finale si procederà ad una ricezione dell'accordo, il quale formalmente verrà richiamato e ivi integrato anche nel titolo abilitativo rilasciato dalla Regione (o dalla Provincia delegata).

In questo senso, accanto alla statuizioni tipiche di un'autorizzazione unica, nel titolo verrà puntualmente disciplinata anche l'ulteriore obbligazione negoziata *a latere* in tutti i suoi aspetti normativi ed economici; sarà, nello specifico, quantificato il corrispettivo dovuto all'amministrazione beneficiaria e le modalità di corresponsione ovvero verrà definita l'obbligazione di *facere* in capo al soggetto destinatario del provvedimento; soprattutto saranno oggetto di puntuale previsione la destinazione della somma di denaro e le modalità di controllo cui l'amministrazione rimane soggetta, onde evitare che la misura di compensazione si risolva in una mera prestazione patrimoniale, già qualificata

come illegittima dalla giurisprudenza costituzionale e oggi espressamente vietata dalle prescrizioni contenute nell'Allegato 2 al D.M. 10 settembre 2010.

Verrà, inoltre, dato puntualmente riscontro alla sussistenza dei presupposti legittimanti l'adozione di misure compensative, oltre all'assenza di quegli impedimenti puntualizzati dalla giurisprudenza e recepiti dalle c.d. Linee guida.

Un'opzione interpretativa diversa potrebbe, invece, aversi con riguardo agli accordi negoziati *fuori* dalla conferenza di servizi, direttamente tra il soggetto proponente ed il Comune.

In tal caso, infatti, i c.d. accordi atipici più che integrare il titolo abilitativo, verrebbero a configurarsi più come accordi sostitutivi per il loro carattere autosufficiente rispetto a quanto previsto dall'autorizzazione unica.

Un'obiezione a questa ricostruzione potrebbe derivare dall'osservazione che, in tal caso, mancherebbe il provvedimento amministrativo sostituito; il che, effettivamente, è vero ma, alla luce della generalizzazione dell'istituto dell'accordo sostitutivo in seguito all'entrata in vigore della L. 15/2005, ciò comunque non impedirebbe all'amministrazione comunale di perseguire, direttamente con il privato e su base negoziale, il pubblico interesse.

Attualmente, l'ambito di applicazione dell'art. 11 L. 241/1990 non è più limitato ai casi in cui la P.A. conserva la possibilità di scelta tra accordo e provvedimento; al contrario, in molti casi, come quello in esame, l'utilità dell'accordo deriva dalla necessità di concordare clausole ed obblighi che non possono essere imposti in via unilaterale ma che necessitano del consenso del privato (come accade nei procedimenti concessori).

L'accordo può, inoltre, conferire al privato, contestualmente al suo impegno di prestare specifiche misure di compensazione dal carattere non patrimoniale, utilità non attribuibili con provvedimento, purché, non risultando vietate da alcuna disposizione normativa, siano compatibili con il vincolo di scopo, che in generale caratterizza tutta l'attività amministrativa.

La qualificazione in termini di accordi *ex art. 11 L. 241/1990* comporta che gli atti contenenti misure di compensazione a carico del titolare dell'autorizzazione unica siano soggetti al regime tipico di tale strumento di negoziazione.

Senza entrare nel dibattito circa la natura degli accordi, in questa sede occorre evidenziare che dall'opzione pubblicistica deriva l'ammissibilità di provvedimenti di secondo grado adottati nell'esercizio della potestà in autotutela, l'applicabilità della disciplina sull'invalidità del provvedimento amministrativo, l'esclusione di azioni civilistiche come quella di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, la legittimazione dei terzi lesi dall'accordo di adire il Giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, per esercitare l'azione impugnatoria ai sensi dell'*art. 29 c.p.a.*⁴¹⁶.

Secondo la tesi preferibile, infatti, gli accordi *ex art. 11 L. 241/1990* sono caratterizzati da una prevalenza del profilo pubblicistico, cui è connesso il vincolo di scopo, il quale, con particolare riguardo alle misure di compensazione, assume peraltro un valore ancor più pregnante stante la necessaria funzionalizzazione della misura, che necessariamente deve manifestare il suo carattere non meramente patrimoniale.

La natura pubblicistica è, del resto, fatta derivare dalla collocazione della disposizione all'interno della disciplina sul procedimento amministrativo, dall'uso del termine "*accordo*" in luogo di "*contratto*", dal rinvio della disposizione ai soli principi civilistici accompagnati, peraltro, da una doppia

⁴¹⁶ Gli effetti della diversa tesi privatistica, invece, sono l'esclusione dell'esercizio delle potestà unilaterali diverse dal recesso previsto dal medesimo art. 11, l'applicazione del regime codicistico sull'invalidità del contratto, nonché l'ammissibilità delle azioni di esatto adempimento, della tutela in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* e della risoluzione contrattuale per inadempimento, eccessiva onerosità e impossibilità sopravvenuta; v. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, n. 4/2005, 483.

clausola di salvezza⁴¹⁷, dal presupposto della potestà di recesso collegata a "*sopravvenuti motivi di pubblico interesse*", dalla previsione della giurisdizione esclusiva (da cui si desume la compresenza di posizioni di interesse legittimo), nonché dall'assoggettamento dell'accordo ai medesimi controlli cui sarebbe soggetto il provvedimento⁴¹⁸.

La disciplina delle misure di compensazione, per il resto seguirà quanto espressamente previsto dall'art. 11 L. 241/1990.

Pertanto, sarà richiesta la forma scritta a pena di nullità, la previa determinazione dell'amministrazione beneficiaria, in base alla quale, a garanzia del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, la stipulazione degli accordi è preceduta da una determinazione unilaterale dell'organo che sarebbe competente al rilascio del provvedimento (art. 11, comma 4 *bis*, introdotto dalla L. 15/2005); tale previa determinazione dovrà essere adeguatamente motivata con riferimento sia allo scopo da raggiungere con l'accordo sia alle ragioni che legittimano il ricorso alla negoziazione di misure di compensazione, onde consentire anche ai terzi controinteressati di valutare eventuali azioni giurisdizionali di impugnazione⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Con doppia clausola di salvezza si intende individuare la portata precettiva del doppio inciso "*in quanto compatibili*" e "*ove non diversamente previsto*" presente nell'art. 11 e volto a limitare il generale richiamo ai principi di diritto comune in tema di obbligazioni e contratti.

⁴¹⁸ Secondo, invece, l'opposta tesi privatistica, gli accordi *ex art. 11* altro non sarebbero che contratti di diritto comune, caratterizzati da un oggetto pubblico ma non in attuazione di potestà pubblicistica, che, al contrario, viene relegata a mero presupposto di diritto per la conclusione di un atto che resta inquadrato nell'alveo dell'esercizio di autonomia negoziale delle parti. Gli indici della natura civilistica vengono rintracciati nei richiami ai principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti, richiamo non sminuito dal doppio inciso "*in quanto compatibili*" e "*ove non diversamente previsto*"; tale ricostruzione verrebbe, inoltre, ritenuta compatibile sia con la previsione della giurisdizione esclusiva (art. 11, comma 5), sia con il mantenimento dei controlli originariamente previsti per il provvedimento sostituito (art. 11, comma 3), in quanto la giurisdizione esclusiva non comporterebbe la (sola) presenza di posizioni giuridiche di interesse legittimo e la presenza di un sistema di controlli è previsto anche in caso di conclusione di contratti pubblici, soprattutto aventi ad oggetto appalti di lavori e servizi, nonché forniture; v. M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2010, 33; G. SCIULLO, *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, n. 4/2007, 816.

⁴¹⁹ L'attribuzione della competenza ad assumere la previa determinazione in capo all'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento è conforme al principio, secondo cui gli

Ancora, l'accordo sarebbe soggetto all'esercizio della potestà squisitamente civilistica del recesso (art. 11, comma 4).

Si osservi, al riguardo, che il recesso *ex art. 11, comma 4, L. 241/1990* è assimilabile alla revoca *ex art. 21 quinquies L. 241/1990*, con l'importante differenza per cui il recesso è limitato alle sopravvenienze e non viene, invece, esteso anche ad una diversa valutazione dell'originario interesse pubblico.

Inoltre, fermo restando che il recesso per esigenze sopravvenute comporta il riconoscimento di un indennizzo, può essere ipotizzato che l'annullamento d'ufficio della previa determinazione sia possibile non per motivi di merito amministrativo (opportunità) ma per vizi di legittimità (pertanto, anche per cattivo uso della discrezionalità) dell'atto preliminare; in questo, caso, tuttavia, pur non essendo previsto per il privato un indennizzo può invece esser configurabile un risarcimento del danno derivante da lesione del legittimo affidamento, sempre che l'illegittimità non fosse conosciuta o conoscibile con l'ordinaria diligenza dal privato medesimo.

Come si vede, anche nel settore delle energie rinnovabili viene messo alla prova l'istituto dell'accordo tra P.A. e privati, nella sua variante ormai generalizzata ed atipica, a seguito delle modifiche apportate dalla L. 15/2005.

La diffusione incontrollata degli accordi nella disciplina dell'utilizzo del territorio e degli investimenti nel settore energetico pone, però, due questioni:

1) da un lato, vi è il rischio che l'indebolimento del principio di legalità e tipicità dell'azione amministrativa induca le amministrazioni a perdere di vista l'interesse pubblico rimesso alla loro cura, in quanto attratte dalla tentazione di "monetizzare" il governo del territorio e la tutela dell'ambiente; ciò

strumenti consensuali costituiscono una diversa modalità di perseguimento dell'interesse pubblico ma non sono idonei a derogare rispetto all'ordinario assetto delle competenze. Inoltre, aderendo alla tesi pubblicistica, l'assenza o l'invalidità della previa determinazione si rifletterebbero sull'accordo in via derivata, così come una analoga derivazione avrebbe un suo annullamento amministrativo o giurisdizionale.

determinerebbe peraltro, disparità di trattamento tra zone geografiche ed una diffusa incertezza delle regole;

2) dall'altro lato, occorre considerare che i privati stipulanti restano pur sempre in posizione di soggezione e sono spesso costretti ad accollarsi oneri esorbitanti, non previsti dalla legge, con conseguenze negative per l'intera collettività che l'analisi economica del diritto porrebbe facilmente in luce.

Merita perciò attenzione il monito proveniente da autorevole dottrina che ha messo in guardia dai rischi della c.d. "urbanistica consensuale" fondata sull'utilizzo talvolta arbitrario di accordi e convenzioni ⁴²⁰.

Conclusioni.

Lo sforzo messo in campo dalle istituzioni europee nel senso di una radicale diversificazione dell'approvvigionamento energetico non può che essere considerato con favore.

La progressiva sostituzione delle fonti convenzionali con quelle rinnovabili costituisce la premessa indispensabile per ridurre la dipendenza delle forniture dall'estero, ridurre le tensioni finanziarie e politiche legate al mercato internazionale dei combustibili fossili e, soprattutto, impostare solidi basi per uno sviluppo sostenibile, dove il crescente bisogno di energia non si traduca nella necessità di vivere in un ambiente insalubre.

Negli anni è, infatti, maturata la consapevolezza che la riduzione delle emissioni inquinanti non rappresenta solo l'indispensabile premessa per la fruizione del bene ambientale in sé e per sé, ma costituisce l'imperativo categorico non più negoziabile per la stessa salute delle persone.

In Italia si è cercato di attuare questa nuova politica energetica basata sullo sviluppo delle fonti rinnovabili fondamentalmente attraverso due

⁴²⁰ Interessantissimi spunti critici vengono messi in luce da P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Bollati Boringhieri, 2000.

strumenti: l'incentivazione economica, da un lato, e la semplificazione normativa, dall'altro.

Poiché in questo lavoro l'attenzione è stata posta sulla disciplina di settore, occorre a questo punto considerare che l'obiettivo di semplificazione normativa purtroppo non è stato raggiunto con successo.

Lo sviluppo del settore è, infatti, stato garantito dalle parallele politiche di incentivazione, tant'è che, attualmente, per effetto di alcuni interventi legislativi che hanno previsto la rimodulazione obbligatoria della tariffa incentivante (art. 26 D.L. 91/2014) e l'introduzione della tassazione in materia di imposte dirette per la produzione di energia da parte delle aziende agricole (art. 22 D.L. 66/2014), gli operatori vivono una difficilissima situazione di incertezza, dalla quale potrebbero non riprendersi ove lasciati, di punto in bianco, alle logiche del mercato.

Sul versante della semplificazione normativa, infatti, il legislatore ha creato un sistema tutt'altro che chiaro e stabile, quando invece chiarezza e stabilità sono le condizioni imprescindibili per garantire il funzionamento ottimale di un'economia liberale.

La stessa Commissione europea ammonisce sulla necessità di dare continuità e stabilità al quadro politico e normativo, poiché solo garantendo certezza agli investitori sarà possibile assicurare uno sviluppo costante delle fonti rinnovabili.

Invece, l'attuale disciplina sconta sempre più il vizio della frammentarietà e della scarsa chiarezza legislativa, la presenza di una molteplicità di enti chiamati ad esercitare le funzioni amministrative, nonché le intollerabili lungaggini dei procedimenti volti al rilascio dei titoli abilitativi.

Effettivamente, le criticità della materia energetica rendono le delicate operazioni di bilanciamento degli interessi la principale fra le questioni che devono essere affrontate e gestite dalle amministrazioni.

Ma spesso l'inerzia di cui si dolgono gli operatori è dovuta a fattori esogeni comuni a tutto l'apparato amministrativo, come la fortissima riduzione delle risorse umane e finanziarie.

Il termine di conclusione del procedimento unico viene disatteso non tanto per procedere ad un corretto accertamento dei fatti e ad un equilibrato bilanciamento degli interessi ma, sovente, per dirimere tensioni politiche che si riflettono sui diversi soggetti chiamati a rappresentare in conferenza di servizi le amministrazioni variamente coinvolte nel rilascio del titolo abilitativo.

Sul piano giurisdizionale si registra, invece, un deficit con riferimento alla tutela di posizioni di interesse legittimo pretensivo.

Infatti, l'accesso alla tutela giurisdizionale non garantisce che il privato possa in quella sede recuperare i pregiudizi lamentati durante la fase procedimentale.

La vicenda relativa alla risarcibilità del danno è paradigmatica; il sistema della responsabilità civile sconta infatti numerosi e poco indagati problemi di tipo applicativo, dal momento che gli elevatissimi standard probatori richiesti dalla giurisprudenza precludono al ricorrente quella reintegrazione effettiva del pregiudizio subito a cagion dell'illegittimità di un provvedimento o del ritardo dell'amministrazione.

Lo stesso accesso alla giustizia può risultare scoraggiante, dal momento che spesso la parte vittoriosa si vede liquidare in sentenza somme a dir poco irrisorie a titolo di spese di giudizio oppure subisce *tout cour* la compensazione delle medesime.

Per rendere le procedure più efficienti occorre procedere ad una radicale *ricomposizione* della disciplina di settore.

E' necessario rendere *compatto* il tessuto normativo di riferimento, riprendendo e razionalizzando tutte le disposizioni in materia energetica variamente rintracciabili nei numerosissimi interventi frutto della decretazione d'urgenza, nei decreti delegati e nelle leggi finanziarie, nonché armonizzare

definizioni e istituti di valenza generale in modo da creare quella uniformità giuridica indispensabile all'interprete per formare ed informare gli operatori economici e i cittadini.

Occorre, in generale, che il diritto dell'energia torni ad essere considerato materia del giurista, giacché per la complessità ed il tecnicismo che sconta è stato ormai da troppo tempo relegato all'esclusiva fruizione degli operatori di settore; occorre, cioè, che la disciplina divenga patrimonio di tutti e non resti ancorato alle sole logiche della concorrenza e del mercato perché le prospettive che si pongono innanzi sono troppo ampie per poter essere perseguite da una ristretta cerchia di soggetti.

Razionalizzazione giuridica e partecipazione devono rappresentare oggi il retroterra culturale cui il legislatore dovrebbe ispirarsi per migliorare questa così decisiva materia, tanto importante nella vita quotidiana di ciascuno di noi.

Bibliografia

AA.VV., a cura di F. FRACCHIA e M. OCCHIENA, *Climate change: la risposta del diritto*, Editoriale Scientifica, 2010.

AA.VV., *Energie rinnovabili. Autorizzazioni, connessione, incentivi, procedure e il d.lgs. 28/2011*, Edizioni Ambiente, 2011.

F. ANGELINI, *Impianti fotovoltaici. La necessaria coesistenza tra disciplina autorizzatoria e normativa edilizia*, in *Giustizia amministrativa*, 2009, fasc. 3, p. 176-181.

F. ARECCO e M. ARMENTO, *Autorizzazioni di impianti da fonti rinnovabili. Linee guida per l'autorizzazione unica e i procedimenti semplificati*, Ipsoa, 2011.

C. BATTIATO, *Regioni ed energie rinnovabili: ancora una volta la scure della Corte costituzionale si abbatte su norme regionali relative alla localizzazione di impianti di energia da fonti rinnovabili (Nota alla sentenza n. 166 del 2014 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, 2015.

G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, il Mulino, 2009.

D. BENEDETTI e F. VADA, *Novità in tema di realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili su aree della p.a.*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2011, fasc. 19 e 20, pp. 1919-1922.

G. BONARDI e C. PATRIGNANI (a cura di), *Energie alternative rinnovabili. Produzione, ambiente, autorizzazioni. Bilancio e fisco. Rendita catastale e ICI. Accise*, Ipsoa, 2010.

F. BRUNETTI, *Osservazioni sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di produzione di energia da fonti convenzionali e rinnovabili*, in www.giustamm.it, 2011.

E. BRUTI LIBERATI, *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, 2007.

C. BUZZACCHI, *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Giuffrè, 2010.

A. CARBONE, *Autorizzazione unica per la costruzione di impianti eolici e conferenza di servizi: sul valore procedimentale del dissenso qualificato (Nota a Cons. St., sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039)*, in *Federalismi*, 2012.

P. CARLUCCIO, *Competenza statale in materia di ambiente e limiti alle regioni in materia di energia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, fasc. 1, p. 80.

S. CARMIGNANI, *FER, regime autorizzatorio e competenza regionale (Nota a C. Cost. 22/12/2010 n. 366)*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2011, fasc. 5.

S. CERRUTO, *Fonti energetiche rinnovabili e valutazione di impatto ambientale: un rapporto controverso*, in *Ambiente e sviluppo*, 2010, fasc. 10, p. 832.

V. CERULLI IRELLI, *In tema di procedure autorizzative relative ad impianti eolici*, in www.giustamm.it, 2003.

V. CIRIMBELLA, *Quale futuro per gli investimenti nel settore fotovoltaico alla luce del d.lgs 28/2011*, in *Fisco*, 2011, p. 2340.

L. COSTATO e S. MANSERVISI, *Profili di diritto ambientale nell'Unione Europea*, Cedam, 2012.

G. COZZOLINO, *Natura giuridica delle linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e "ispessimento" del parametro nel giudizio di costituzionalità (Note a margine della sentenza n. 11 del 2014 della Corte Costituzionale)*, in *Amministrazione in cammino*, 2014.

L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni: un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Giuffrè, 2011.

M. DE FOCATIS e A. MAESTRONI (a cura di), *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, Giuffrè, 2011.

F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Diritto amministrativo*, 2005, p. 899.

L. DELL'AGLI, *L'accesso alla energia elettrica come diritto umano fondamentale per la dignità della persona umana*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2007, p. 713.

F. DI DIO, *Il "paradosso fotovoltaico" dopo la Consulta: criteri di bilanciamento tra impatto paesaggistico ambientale e sviluppo delle energie rinnovabili, nota a C. Cost. 26 marzo 2010*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2010, fasc. 5, pp. 774-781.

M. FALCIONE, *Diritto dell'energia: fonti rinnovabili e risparmio energetico*, Barbera Editore, 2008.

M. FALCIONE e U. FARINELLI, *L'elettricità dal sole*, Maggioli, 2010.

F. FLORENZANO e F. MANCA, *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni*, Università Studi Trento, 2009.

F. GUALANDI, *La nuova disciplina delle fonti energetiche rinnovabili*, Maggioli, 2011.

E. GRIPPOG e F. MANCA, *Manuale breve di diritto dell'energia*, Cedam, 2008.

A. MACCHIATI e G. ROSSI (a cura di), *La sfida dell'energia pulita. Ambiente, clima e energie rinnovabili: problemi economici e giuridici*, collana "Quaderni di Astrid", il Mulino, 2009.

M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Giappichelli, 2011.

F. MAZZA, *Fonti rinnovabili e risparmio energetico. Sviluppo sostenibile e fonti di energia alternativa*, Intervento giornata di Studi su “Sviluppo sostenibile e fonti di energia alternativa”, Cassino, dicembre 2010, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell’ambiente*, 2011, fasc. 6, pp. 379-380.

V. MISCIA e V. LUBELLO, *Il “federalismo energetico”. Fonti rinnovabili di energia e potestà regionali*, in *Quaderni regionali*, 2011, fasc. 1, pp. 81-127.

M. MORELLI, *Le garanzie partecipative degli espropriandi vanno assicurate anche negli espropri per la realizzazione di impianti di energia rinnovabile*, (nota a TAR Campania, Napoli, Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 50), in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell’ambiente*, 2012, fasc. 9, pp. 576-578.

P. RANCI, *Economia dell’energia*, il Mulino, 2011.

L. RICCI, *Procedure per la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili e pluralità di domande*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 2009, p. 899.

S. PICONE, *Tutela dell’ambiente e realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili*, testo riveduto e corretto dell’intervento al convegno “Giornate di studio sul diritto dell’ambiente” svoltosi a Pisa il 16-17 ottobre 2009.

B. POZZO (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie: un’analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Giuffrè, 2009.

S. QUADRI, *Lineamenti di diritto internazionale delle fonti di energia rinnovabile*, Editoriale Scientifica, 2008.

A. QUARANTA, *La consulenza giuridica nelle fonti rinnovabili. Guida teorico-pratica agli incentivi giuridici, economici, fiscali*, Flaccovio, 2012.

M. RAGAZZO, *Le politiche sull’energia e le fonti rinnovabili*, Giappichelli, 2011.

G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, 2011.

M. SANTINI, *Le energie rinnovabili tra qualità dell'ambiente e vincoli di territoriali: le linee guida della Conferenza Unificata*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, fasc. 3, pp. 283-293.

S. SILVERO, *Sui limiti alla potestà legislativa regionale in materia di "localizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile" (nota a Corte Costituzionale, sentenza 30 gennaio 2014, n. 13)*, in *Quaderni costituzionali*, 2014.

G. STRAMBI, *Le fonti energetiche rinnovabili e la tutela del paesaggio agrario. Le Linee Guida ministeriali per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*, in *Diritto e Giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2011, fasc. 1.

G. TULUMELLO, *Sviluppo sostenibile, discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in www.giustamm.it, 2010.

W. TROISE MANGONI, *I profili autorizzatori relativi alla costruzione e all'esercizio di impianti alimentati da fonte eolica*, in M. DE FOCATIS e A. MAESTRONI (a cura di), *Libertà di Impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, 2011, Giuffrè.

F. VIVIANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urbanistica e Appalti*, 2013, p. 782.

R. ZANINO, *Energia da fonti rinnovabili. L'esperienza della Regione Sardegna e della Regione Piemonte*, in www.giustamm.it, 2012.

R. ZANINO, *L'inserimento sul territorio degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili ed esempi di scelte regionali*, in www.giustamm.it, 2012.