

Savio Picone
(magistrato TAR Puglia)

Tutela dell'ambiente e realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili.*

Pubblicato sul Sito il 27 aprile 2010

1. L'incremento del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo. 2. Energie rinnovabili ed ambiente: il riparto di competenze tra Stato e Regioni nelle più recenti pronunce della Corte costituzionale. 3. Liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica, regime autorizzatorio e misure di compensazione ambientale. 4. Energie rinnovabili, valutazione di impatto ambientale e valutazione di incidenza: le ricadute della disciplina comunitaria. 5. Impianti eolici e tutela del paesaggio: le oscillazioni della giurisprudenza amministrativa. 6. Conclusioni.

1. L'incremento del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo.

E' crescente la quantità e la complessità del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo riguardante la materia delle energie rinnovabili.

Le cause del fenomeno possono essere così sintetizzate:

a) innanzitutto, la rilevanza degli interessi economici in gioco (la cd. *green-economy*, che attira investimenti cospicui, anche in vista del perseguimento degli obiettivi di riduzione delle emissioni inquinanti), che pare confermare l'assunto per il quale al giudice amministrativo viene ormai rimessa la soluzione delle più spinose vicende del diritto pubblico dell'economia;

b) il sempre maggiore protagonismo delle Regioni nella regolazione del settore dell'energia, che determina allarmanti problemi di riparto di competenze (specialmente dopo la riforma del Titolo V della Costituzione), con l'effetto ultimo di rimettere al giudice amministrativo e, anche per suo tramite, alla Corte costituzionale la soluzione dei conflitti tra diversi livelli di disciplina, così minando la certezza del diritto;

c) la problematicità di taluni istituti procedimentali, comunemente considerati quali efficaci strumenti di semplificazione, quali:

- il termine di conclusione del procedimento autorizzatorio (fissato in 180 giorni dall'art. 12 del d. lgs. n. 287 del 2003), trascorso il quale le imprese richiedenti si rivolgono al giudice azionando il rito *contra silentium*, cosicché spesso tocca al commissario *ad acta* la decisione finale sulla "fondatezza della pretesa", ossia sull'assentibilità di progetti che hanno un rilevante impatto ambientale;

- la denuncia di inizio attività, che il legislatore ha impropriamente introdotto nell'intento di accelerare le procedure per gli impianti di minore capacità produttiva, i quali tuttavia presentano un'incidenza urbanistico-ambientale non dissimile dagli impianti di potenza maggiore;

- le convenzioni pubblicistiche tra Amministrazioni e privati, il cui utilizzo distorto genera incremento dei costi di produzione e contenzioso con le imprese del settore;

d) più in generale, il fallimento delle tradizionali concezioni liberali sulla separazione dei poteri e sul principio di legalità, con la comparsa del diritto dell'ambiente, nel quale la decisione finale è frequentemente spostata dalla sede politico-amministrativa a quella giudiziaria, come autorevolmente affermato in dottrina (1).

2. Energie rinnovabili ed ambiente: il riparto di competenze tra Stato e Regioni nelle più recenti pronunce della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale si è fatta carico, negli ultimi anni, del gravoso compito di regolare i confini tra competenze statali e regionale in materia di energia.

La Corte ha sostanzialmente tenuto indenni le cosiddette norme "sblocca-centrali" dalle numerose contestazioni avanzate dalle Regioni e, quanto alle energie rinnovabili, ha viceversa censurato le discipline più restrittive che i legislatori regionali avevano introdotto negli ultimi anni.

Per quel che qui interessa, può dirsi in breve che la Corte ha:

- chiarito la distinzione tra la materia dell'energia e le materie "governo del territorio", "sicurezza ed

ordine pubblico” e “livelli essenziali dei diritti civili e sociali” di cui all’art. 117 della Costituzione;
- ribadito che l’ambiente è materia in ogni caso trasversale e non esclusiva statale;
- affermato che la “produzione trasporto e distribuzione nazionale dell’energia” è materia concorrente, nella quale la leale cooperazione Stato-Regioni si attua con il meccanismo delle “intese forti” e tramite la Conferenza unificata (2).

In tema di energie rinnovabili, con la sentenza n. 383 del 2005, la Corte costituzionale ha accolto il ricorso della Regione Toscana, che aveva impugnato l’art. 1, comma 4 – lett. f), della legge n. 239 del 2004, il quale, nel prevedere che Stato e Regioni assicurano l’adeguato equilibrio territoriale nella localizzazione delle infrastrutture energetiche, escludeva la possibilità di prevedere “misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale”, qualora esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti ed infrastrutture ad elevato impatto territoriale. Secondo la Corte, la norma si traduceva “(...) *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. 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*” (3).

Successivamente, la Corte è intervenuta per annullare la legge regionale pugliese n. 9 del 2005, che aveva stabilito una moratoria per le procedure di valutazione d’impatto ambientale e per le procedure autorizzative in materia di impianti di energia eolica, fino all’approvazione del piano energetico ambientale regionale. Nel ribadire che la disciplina dei procedimenti di autorizzazione alla costruzione di impianti di energia eolica incide sulla materia “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia” (rientrante nella competenza legislativa concorrente delle regioni, ai sensi dell’art. 117, terzo comma, Cost.), la Corte ha chiarito che i principi fondamentali in materia si ricavano dal d. lgs. n. 387 del 2003 e, in particolare, dall’art. 12 del decreto, ove è indicato il termine di 180 giorni per la conclusione dell’istruttoria: detta previsione deve qualificarsi quale principio fondamentale in materia, siccome “(...) *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 autorizzativo*” (4).

Più di recente, la Corte costituzionale ha esaminato le questioni sollevate dal TAR Basilicata in relazione alla legge regionale n. 9 del 2007, con cui la Regione Basilicata aveva assoggettato alla “valutazione di sostenibilità ambientale e paesaggistica” i progetti per la realizzazione di nuovi impianti eolici, nel rispetto di indirizzi tecnici contenuti in una deliberazione della Giunta regionale del 2004, che aveva anticipato l’approvazione dei criteri per il corretto inserimento di impianti eolici nel paesaggio (previsti dall’art. 12, comma 10, del d. lgs. n. 387 del 2003, che li rimette tuttavia alla competenza della Conferenza unificata). Tale ultima disposizione, secondo la Corte, è da ritenersi espressione della competenza statale in materia di tutela dell’ambiente, in quanto, seppure inserita nell’ambito della disciplina relativa ai procedimenti autorizzativi per la realizzazione di impianti eolici, ha quale precipua finalità quella di proteggere il paesaggio: “(...) *La prevalenza della tutela paesaggistica perseguita dalla disposizione in esame, non esclude che essa, in quanto inserita nella più ampia disciplina di semplificazione delle procedure autorizzative all’installazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili, incida anche su altre materie (produzione trasporto e distribuzione di energia, governo del territorio) attribuite alla competenza concorrente. La presenza delle indicate diverse competenze legislative giustifica il richiamo alla Conferenza unificata, ma non consente alle Regioni, proprio in considerazione del preminente interesse di tutela ambientale perseguito dalla disposizione statale, di provvedere autonomamente alla individuazione di criteri per il corretto inserimento nel paesaggio degli impianti alimentati da fonti di energia alternativa, cosa che è avvenuta per effetto del richiamo, operato dall’art. 6 all’atto di indirizzo, di cui alla delibera della Giunta regionale 13 dicembre 2004, n. 2920, con conseguente violazione dell’art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione*” (5).

Da ultimo, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Molise n. 15 del 2008, nella parte in cui essa ha individuato le aree non idonee all'installazione di impianti eolici e fotovoltaici, ha previsto divieti di impianti eolici *off-shore* anche per le opere connesse ricadenti sul territorio regionale ed ha, infine, stabilito un contributo di istruttoria crescente con la potenza degli impianti e particolarmente oneroso per le fonti eoliche: anche in tale occasione, la Corte ha ribadito che la disciplina degli insediamenti di impianti eolici e fotovoltaici è attribuita alla potestà legislativa concorrente in tema di "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" di cui all'art. 117, terzo comma, Cost., sottolineando che le esigenze di tutela dell'ambiente e del paesaggio non fanno venir meno la centralità nella disciplina impugnata del profilo afferente alla gestione delle fonti energetiche, in vista di un efficiente approvvigionamento presso i diversi ambiti territoriali; la Corte ha poi nuovamente chiarito che il bilanciamento tra le esigenze connesse alla produzione di energia e gli interessi, variamente modulati, rilevanti in questo ambito impone una prima ponderazione concertata nella sede della Conferenza unificata, ai sensi dell'art. 12 del d. lgs. n. 387 del 2003 ed in ossequio al principio di leale cooperazione, al fine di consentire alle Regioni ed agli enti locali di contribuire alla compiuta definizione di adeguate forme di temperamento di tali esigenze, e solo quando tale equilibrio sia stato raggiunto le Regioni potranno adeguare i criteri così definiti alle specifiche caratteristiche dei rispettivi contesti territoriali (6).

Le pronunce citate mettono a nudo il problema, tuttora irrisolto, del ritardo con cui è stata avviata la procedura complessa (concerto tra Ministeri ed approvazione in Conferenza unificata) finalizzata alla redazione delle linee-guida cui dovranno attenersi le Regioni, per la disciplina del procedimento di autorizzazione e per il corretto inserimento degli impianti eolici nel paesaggio.

A distanza di sei anni dall'approvazione del d. lgs. n. 387 del 2003, si ha notizia che sia da poco iniziata la consultazione con le associazioni di categoria sulla bozza di linee-guida licenziata dal Ministero per lo sviluppo economico.

Pur in presenza di tale vuoto normativo, le Regioni hanno autonomamente approvato leggi, regolamenti e circolari in senso più o meno restrittivo (7).

3. Liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica, regime autorizzatorio e misure di compensazione ambientale.

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 eolici 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, secondo il quale:

a) il legislatore italiano 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), della produzione di energia mediante fonti rinnovabili, con la previsione di uno snello regime autorizzatorio; l'ordinamento comunitario e quello nazionale non ammettono 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 per l'energia eolica sono libere attività d'impresa, soggette alla sola autorizzazione amministrativa della Regione, secondo l'art. 12 del d. lgs. n. 387 del 2003, in attuazione dell'art. 6 della Direttiva 2001/77/CE (che a sua volta rinvia alla direttiva generale sul mercato elettrico); secondo il vigente assetto normativo, si tratta di attività economiche non riservate agli enti locali, non soggette a regime di privativa, che non rientrano nella nozione di servizio pubblico locale di cui agli artt. 112-ss. del d. lgs. 267 del 2000, sebbene rivestano una significativa importanza nell'ottica dell'apertura e dello sviluppo del mercato comunitario e della tutela dell'ambiente;

b) i Comuni potrebbero al più concedere a titolo oneroso l'uso esclusivo di aree di loro proprietà destinate alla installazione degli aerogeneratori, secondo il consueto regime di occupazione e

sfruttamento dei beni pubblici; in alternativa, non può escludersi che un ente locale decida di produrre energia eolica, avvalendosi a tal fine di un soggetto privato a cui affidare il servizio di produzione dell'energia, da mettere a disposizione dell'ente pubblico medesimo, ma tale attività non potrebbe che avvenire in concorrenza con quella di produzione di energia eolica da parte di altre imprese debitamente autorizzate;

c) 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;

d) il meccanismo di prelievo legato, in parte, alla quantità di energia prodotta è del tutto privo di copertura legislativa e configura violazione dell'art. 23 Cost. e del principio di tipicità delle entrate di diritto pubblico; l'art. 17 del Testo unico sull'edilizia del 2001 sancisce l'esonero da contributo di costruzione per gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili; la sentenza della Corte costituzionale n. 383 del 2005, nel giudicare illegittima l'esclusione da misure compensative degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, va intesa nel senso che possono essere imposte misure compensative di carattere "ambientale e territoriale", non già meramente patrimoniali, e sempre che ricorrano tutti gli altri presupposti indicati nell'art. 1, quarto comma – lett. f), della legge n. 239 del 2004 (in riferimento a concentrazioni territoriali di attività, impianti ed infrastrutture ad elevato impatto territoriale, anche con specifico riguardo alle opere da autorizzare; sotto tale profilo, le misure compensative devono essere "concrete e realistiche", cioè determinate tenendo conto delle specifiche caratteristiche del parco eolico e del suo specifico impatto ambientale e territoriale, poiché secondo il citato art. 1, quarto comma, le misure compensative sono solo "eventuali" e correlate alla circostanza che le esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale, sicché non può dare luogo a misura compensativa, in modo automatico, la semplice circostanza che venga realizzato un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili, a prescindere da ogni considerazione sulle sue caratteristiche e dimensioni e dal suo impatto sull'ambiente; in ogni caso, tali misure compensative sono di competenza dello Stato o della Regione, in sede di conferenza di servizi, e non possono unilateralmente essere stabilite da un singolo ente locale; sono pertanto illegittimi i provvedimenti comunali che facciano un generico riferimento a misure compensative dell'impatto ambientale e territoriale, senza indicare in alcun modo in cosa tale impatto consista, e che si limitino a monetizzare le misure compensative, sotto forma di canone periodico, sulla base del criterio del miglior offerente, in modo avulso da ogni considerazione di ogni effettivo impatto ambientale; l'eventuale previsione di un canone a titolo di liberalità costituisce un'evidente elusione, per aggirare l'assenza di criteri concreti per la determinazione della misura di compensazione (8).

Come si vede, anche nel settore delle energie rinnovabili viene messo alla prova l'istituto dell'accordo tra P.A. e privati (ormai generalizzato ed atipico, dopo la riscrittura dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990).

La diffusione incontrollata degli accordi nella disciplina dell'utilizzo del territorio e degli investimenti nel settore energetico pone due questioni:

- 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, siccome attratte dalla tentazione di "monetizzare" il governo del territorio e la tutela dell'ambiente, ciò che determinerebbe peraltro, nel settore delle energie rinnovabili, perniciose disparità di trattamento tra zone geografiche ed una diffusa incertezza delle regole;
- 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 dalle degenerazioni della cosiddetta "urbanistica consensuale" fondata sull'utilizzo talvolta arbitrario allo strumento della convenzione (9).

4. Energie rinnovabili, valutazione di impatto ambientale e valutazione di incidenza: le ricadute della disciplina comunitaria.

Come è noto, il procedimento di autorizzazione unica (ex art. 12 del d. lgs. n. 287 del 2003) si interseca con le procedure di valutazione di impatto ambientale e valutazione di incidenza.

Anche su tale fronte la giurisprudenza amministrativa è chiamata a fare chiarezza, specialmente con riguardo alle questioni che sorgono in materia di parchi eolici.

Si è ad esempio affermato, in coerenza con i principi consolidati in tema di v.i.a., il divieto di frazionare artificiosamente i progetti di impianti per produzione di energia da fonti rinnovabili, allo scopo di eludere le soglie di assoggettamento a v.i.a.: “(...) Il Collegio ritiene, invero, non corretto il frazionamento del progetto in singole opere che isolatamente considerate non sarebbero sottoposte a valutazione di impatto ambientale, quando per contro, nella loro interezza ed unitariamente considerate lo sarebbero. Infatti la normativa comunitaria mira a sottoporre alla procedura di valutazione di impatto ambientale i progetti che possono avere un riflesso rilevante sull’ambiente. Alcuni progetti, elencati all’allegato I della direttiva 85/337/CEE, sono obbligatoriamente sottoposti a tale valutazione; altri, elencati nell’allegato II, tra i quali, come ricordato, vi sono gli impianti industriali per la produzione di energia elettrica, vapore e acqua calda con potenza termica inferiore a 300 MW, sono soggetti a valutazione solo qualora possano avere un impatto ambientale importante per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione. (...) Diversamente opinando, la decisione se sottoporre a valutazione di impatto ambientale determinati progetti verrebbe trasferita dal legislatore regionale, che ha introdotto in via generale soglie e criteri prefissati, ai soggetti redattori dei progetti o all’Amministrazione che di volta in volta, mediante l’eventuale surrettizia suddivisione di parti del progetto, potrebbero operare una sostanziale elusione delle finalità perseguite dalla legge” (10).

Quanto al rapporto della procedura di v.i.a. con la pianificazione urbanistica e paesaggistica, si è correttamente affermato che l’assenza di quest’ultima non costituisce impedimento all’esame del progetto. Si è così escluso che dalla mancanza del piano paesaggistico regionale possa farsi discendere un divieto generale di dare corso all’approvazione e realizzazione di parchi eolici, ovvero un altrettanto generale obbligo di sottoporre a v.i.a. i progetti stessi: nessuna indicazione in tal senso si trae, infatti, dalla normativa statale e regionale di rango primario e, segnatamente, dagli artt. 23 del d. lgs. n. 152 del 2006 e dall’art. 11 della legge della Regione Toscana n. 79 del 1998 che, nel disciplinare la verifica di assoggettabilità a v.i.a., implicano una valutazione di conformità dei progetti alla pianificazione territoriale esistente, ma non per questo presuppongono in via di principio alcuna incompatibilità ambientale in assenza di pianificazione (11).

Un cenno, infine, merita la problematica della realizzabilità di impianti eolici nell’ambito dei siti naturalistici di importanza comunitaria (SIC e ZPS).

E’ stata infatti rimessa alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee la questione pregiudiziale riguardante la compatibilità con il diritto comunitario, ed in particolare con i principi desumibili dalle Direttive 2001/77/CE e 2009/28/CE (in materia di energie rinnovabili) e dalle Direttive 1979/409/CE e 1992/43/CE (in materia di tutela dell’avifauna e dell’habitat naturale), del combinato disposto dell’art. 1, comma 1226, della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria 2007), dell’art. 5, primo comma, del decreto del Ministro dell’ambiente 17 ottobre 2007 e dell’art. 2, sesto comma, della legge regionale della Puglia n. 31 del 2008, nella parte in cui vietano in modo assoluto ed indifferenziato di localizzare aerogeneratori non finalizzati all’autoconsumo nei SIC e nelle ZPS costituenti la rete ecologica “Natura 2000”, in luogo dell’effettuazione di apposita valutazione di incidenza ambientale che analizzi l’impatto del singolo progetto sul sito specifico interessato dall’intervento (12).

5. Impianti eolici e tutela del paesaggio: le oscillazioni della giurisprudenza amministrativa.

Assai numerose sono le pronunce della giurisprudenza amministrativa relative a dinieghi opposti alla realizzazione di parchi eolici, motivati sulla base di esigenze di tutela del paesaggio.

Nell’ottica di una sua tutela estensiva, è stato recentemente affermato che, ai sensi dell’art. 152 del Codice dei beni culturali ed ambientali, la Regione può legittimamente negare, su parere contrario della Soprintendenza, l’autorizzazione per la costruzione di aerogeneratori ricadenti in zona non sottoposta a vincolo paesaggistico, ma contermina ad una porzione di territorio inserita, per la sua valenza naturalistica, nell’elenco dei siti d’importanza comunitaria (SIC), ai sensi della direttiva 1992/43/CEE per la conservazione degli habitat naturali (13).

I maggiori contrasti si sono tuttavia registrati in ordine al contemperamento tra tutela paesaggistica e

sviluppo delle energie rinnovabili. Schematizzando, possono individuarsi due tesi contrapposte:

1) secondo un primo indirizzo, il bene-paesaggio non può legittimamente ricevere tutela assoluta e monosettoriale a discapito di altri beni-valori costituzionalmente rilevanti: ciò contrasterebbe con i principi di uno Stato sociale pluralista e con gli obblighi provenienti dal diritto internazionale pattizio; toccherebbe, in tal caso, al giudice amministrativo esercitare un sindacato “forte” sul cattivo uso della discrezionalità tecnica ed amministrativa da parte delle Soprintendenze; queste ultime non potrebbero circoscrivere la propria istruttoria al limitato profilo della bellezza dei luoghi, ma dovrebbero opportunamente farsi carico, già in sede di esame del nulla-osta paesaggistico, della ponderazione tra i diversi interessi che vengono in conflitto (14);

2) in senso contrario, altra parte della giurisprudenza ha escluso che l’Amministrazione preposta alla tutela del paesaggio abbia l’onere di suggerire prescrizioni e modifiche al progetto, ha affermato che nessuna norma o principio riconosce come prevalente l’esigenza energetica rispetto alla tutela ambientale, che la necessità di favorire ed incentivare l’energia pulita, attraverso il rilascio delle autorizzazioni, soggiace ad apposite valutazioni della P.A., sia in ordine alla quantità dell’energia da produrre con impianti eolici, sia in ordine alla compatibilità ambientale dei singoli interventi e che, in definitiva, il contemperamento tra interessi di pari dignità costituzionale è rimesso alla discrezionalità della P.A., che non può essere sindacata sotto il profilo della violazione del principio di proporzionalità (15);

3) anche il giudice d’appello siciliano ha disatteso la ricostruzione prospettata dal giudice di primo grado, affermando in termini netti che non rientra nelle competenze della Soprintendenza, al di là di una attenta comparazione dei valori paesaggistici (rispetto agli interventi progettati), sacrificare il detto interesse per perseguirne altri non affidati alle sue cure (nella specie, lo sviluppo delle fonti energetiche alternative e più in generale lo sviluppo economico della zona), in quanto un tale risultato può semmai essere il frutto di procedure aperte al contributo di tutti gli organi interessati alla vicenda, attraverso la conferenza di servizi prevista dall’art. 12 del d. lgs. n. 387 del 2003 (16).

6. Conclusioni.

Nell’assenza delle linee-guida previste dall’art. 12, comma 10, del d. lgs. n. 387 del 2003, le Regioni hanno affrontato in maniera disomogenea la materia delle energie rinnovabili.

L’incertezza delle regole, secondo opinione diffusa, costituisce di per sé un oggettivo impedimento alla crescita degli investimenti ed allo sviluppo della cd. *green-economy*.

Deve tuttavia prevedersi che, anche dopo l’approvazione delle linee-guida (le quali, stando alla bozza recentemente diffusa, lasceranno ampi margini di discrezionalità alle Regioni ed alle Amministrazioni preposte alla tutela dei vincoli), il giudice amministrativo continuerà ad essere chiamato a dirimere il conflitto tra le diverse istanze economiche, politiche e culturali, così svolgendo un ruolo di supplenza guardato con sospetto, da chi crede ancora nei principi della democrazia e nella separazione dei poteri.

In attesa che, nelle aule della giustizia amministrativa, approdino le liti riguardanti le centrali nucleari di prossima realizzazione.

* testo riveduto e corretto dell'intervento al convegno "Giornate di studio sul diritto dell'ambiente" svoltosi a Pisa il 16-17 ottobre 2009.

(1) *"Le valutazioni di impatto ambientale sono i procedimenti nei quali si concretizzano i bilanciamenti degli interessi canonizzati dal legislatore e coinvolti nei processi di trasformazione / lesione dell'ambiente. Fra legislazione ed amministrazione, nel complesso, è a quest'ultima che generalmente spetta di individuare quali trasformazioni permettere e quali no, quali lesioni giustificare e quali no, nonché di specificare, con l'ausilio delle scienze, i criteri in base ai quali individuare le trasformazioni lesive e quelle non lesive, quelle necessarie e quelle non necessarie. Quando sono ammissibili interventi come la realizzazione di una strada o di un'autostrada, di un inceneritore, di una centrale a carbone, di un distretto industriale, fino a che livello utilizzare i nitrati in agricoltura, o innovare le produzioni agricole con metodi chimico-industriali, non sono questioni decidibili una volta per tutte, gli standards talvolta sono decisi in via legislativa talaltra vi sono, nella legge, clausole aperte che necessitano del giudizio tecnico dell'amministrazione per essere specificate. Da ciò deriva che gli inquinamenti ammissibili dipendono dalla nozione di ambiente che si accoglie in una determinata epoca storica. Ma su tale nozione (sul suo contenuto, sulla sua latitudine) i giuristi non hanno certezze. (...) Ulteriore problema è poi quello dell'equilibrio precario in materia fra valutazioni politico-amministrative e valutazioni giudiziarie, fra potere politico ed ordine giudiziario. Quest'ultimo tende, su continua sollecitazione delle frange sociali rimaste insoddisfatte dalle scelte in materia di politica ambientale, a ridiscutere le mediazioni della politica nella sede di controllo giurisdizionale, talvolta anche penale, con effetti notevoli di incertezza del diritto. (...) Così si strutturava inizialmente un problema non ancora pervenuto a soluzione: quello del rapporto fra amministrazione e giurisdizione in materia di ambiente, tema che si può sintetizzare chiedendosi quali valutazioni debbano prevalere fra quelle del potere amministrativo e quelle dell'ordine giudiziario. Ciò è ancora discusso: infatti nonostante siano leggibili numerosi e ricorrenti tentativi della legislazione di lasciare all'amministrazione le valutazioni in tema di interesse ambientale continua ad assistersi alla rincorsa dei giudici – anche penali – a sindacare le scelte pubbliche in materia di ambiente. È parte di un fenomeno più complessivo che Pizzorno chiama due process revolution (la rivoluzione del processo dovuto) e che consiste nella giuridificazione crescente e complessiva di ogni sfera, istituzione e mondo vitale autonomo della società. (...) Naturalmente è bene che il diritto (ed i giudici) possano intervenire quando è il caso, ma questo dovrebbe avvenire quando le altre istituzioni non sono in grado di dare risposte e non in ogni caso e per ogni decisione sociale. E' in materia di tutela ambientale che si assiste al più incisivo intervento del mondo giudiziario perché è proprio in materia di ambiente che le tradizionali istituzioni della società liberale rivelano i loro limiti e quindi vengono sottoposte continuamente a stress tests che rischiano di rallentare l'efficienza dei processi decisionali, la fluidità dei rapporti sociali, mettendo a rischio la certezza del diritto. E' la mancanza di una democrazia ecologica matura che sovraespone il potere giudiziario. Il decisore finale, quindi, tende ad essere il giudice." (così G. MONTEDORO, Spunti per la decostruzione della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale, in Amministrazione in cammino, 2009).*

(2) Con la nota sentenza 14 ottobre 2005 n. 383, resa sull'impugnativa da parte di alcune Regioni di numerose disposizioni del decreto legge 29 agosto 2003, n. 239 e della legge 23 agosto 2004, n. 239, la Corte costituzionale ha innanzitutto individuato gli ambiti materiali individuati dal titolo V della Costituzione a cui possono essere ricondotte le norme impugnate. Queste sono riconducibili, in gran parte, alla materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost.; la prevalente riferibilità alla suddetta materia di cui all'art. 117, terzo comma, Cost. era stata già affermata dalla Corte con la sentenza n. 6 del 2004, in relazione al decreto legge 7 febbraio 2002, n. 7 concernente la disciplina del procedimento amministrativo di modifica e ripotenziamento dei maggiori impianti di produzione di energia elettrica. In tal senso, "(...) Priva di fondamento deve ritenersi la pretesa delle ricorrenti di utilizzare come autonomo parametro del giudizio sulla legislazione in oggetto la competenza regionale o provinciale in tema di governo del territorio o di urbanistica. Questa Corte ha ripetutamente affermato che la disciplina del governo del territorio deve essere considerata ben più ampia dei profili tradizionalmente appartenenti all'urbanistica e all'edilizia, in quanto «comprensiva, in linea di principio, di tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività» e riconducibile, in definitiva, all'«insieme delle norme che consentono di identificare e graduare gli interessi in base ai quali possono essere regolati gli usi ammissibili del territorio» (cfr. sentenze n. 196 del 2004, n. 362, n. 331, n. 307 e n. 303 del 2003). La competenza legislativa regionale in materia di governo del territorio ha dunque un ambito oggettivo assai esteso, ma non può arrivare a comprendere tutta la disciplina concernente la programmazione, la progettazione e la realizzazione delle opere o l'esercizio delle attività che, per loro natura, producono un inevitabile impatto sul territorio. L'ambito materiale cui ricondurre le competenze relative ad attività che presentano una diretta od indiretta rilevanza in termini di impatto territoriale, va ricercato non secondo il criterio dell'elemento materiale consistente nell'incidenza delle attività in questione sul territorio, bensì attraverso la valutazione dell'elemento funzionale, nel senso della individuazione degli interessi pubblici sottesi allo svolgimento di quelle attività, rispetto ai quali l'interesse riferibile al governo del territorio e le connesse competenze non possono assumere carattere di esclusività, dovendo armonizzarsi e coordinarsi con la disciplina posta a tutela di tali interessi differenziati". Al contempo, la Corte ha escluso l'ipotizzabilità di una competenza esclusiva dello Stato sulla base dell'art. 117, secondo comma – lett. h) Cost., sull'assunto che l'efficienza del sistema elettrico nazionale atterrebbe alla materia "sicurezza ed all'ordine pubblico", nonché sulla base dell'art. 117, secondo comma – lett. m) Cost., in quanto la continuità dell'erogazione di energia garantirebbe i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" su tutto il territorio nazionale.

La Corte, nella sentenza citata, ha quindi analizzato la relazione intercorrente fra le disposizioni impugnate ed i modelli di rapporto fra Stato e Regioni configurabili in base al Titolo V della Costituzione, sul presupposto che la disciplina impugnata sia riferibile prevalentemente alla materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost. In tutte queste norme, per l'area appartenente alla competenza regionale concorrente, il legislatore statale dispone la "chiamata in sussidiarietà" di una buona parte delle funzioni amministrative concernenti il settore energetico, con l'attribuzione di rilevanti responsabilità ad organi statali e con la parallela disciplina legislativa da parte dello Stato di settori che, di norma, dovrebbero essere di competenza regionale ai sensi del terzo comma dell'art. 117 Cost. Per ritenere costituzionalmente ammissibile un meccanismo istituzionale del genere, che oggettivamente incide in modo significativo sull'ambito dei poteri regionali, la Corte richiede che "(...) la legislazione detti una disciplina logicamente pertinente, dunque idonea alla regolazione delle suddette funzioni, e che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tal fine; inoltre, essa deve risultare adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, deve prevedere adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate agli organi centrali. Infatti, nella perdurante assenza di ogni innovazione nei procedimenti legislativi statali diretta ad assicurare il necessario coinvolgimento delle Regioni, 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, ovvero sia le

intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà (cfr. sentenza n. 303 del 2003). Ciò tanto più in riferimento ad una legislazione come quella oggetto del presente scrutinio, che spesso si riferisce alla dimensione nazionale (unilateralmente definita) di fenomeni od attrezzature, da cui sembra che spesso si vogliano escludere le Regioni, malgrado l'esplicito riferimento alla stessa dimensione nazionale che è contenuto nella denominazione della materia produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost. Dovendosi quindi individuare un organo adeguatamente rappresentativo delle Regioni, ma anche degli enti locali, a loro volta titolari di molteplici funzioni amministrative senza dubbio condizionate od incise dalle diverse politiche del settore energetico, emerge come naturale organo di riferimento la Conferenza unificata, di cui all'art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281".

(3) Corte cost., sent. 14 ottobre 2005 n. 383.

(4) Corte cost., sent. 9 novembre 2006 n. 364.

(5) Corte cost., sent. 29 maggio 2009 n. 166.

(6) Corte cost., sent. 6 novembre 2009 n. 282.

(7) Si vedano in proposito: TAR Puglia, Bari, sez. I, ord. 9 settembre 2009 n. 148, che solleva questione di legittimità costituzionale sulla disciplina approvata dalla Regione Puglia in materia di impianti eolici (nella parte in cui prevede aree non idonee, indici massimi di affollamento e la formazione dei piani regolatori comunali degli impianti eolici – P.R.I.E.); ed inoltre TAR Puglia, Bari, sez. I, ord. 24 settembre 2009 n. 155, che solleva questione di legittimità costituzionale sull'art. 27 della legge regionale pugliese n. 1 del 2008, laddove prevede una più elevata soglia di potenza massima (1 MW) quale limite per l'esperibilità della denuncia di inizio attività in luogo dell'autorizzazione.

(8) Per tutte, si veda TAR Puglia, Bari, sez. I, sent. 1 aprile 2008 n. 709; Cons. Stato, sez. III, parere 14 ottobre 2008 n. 2849/08.

(9) Si è affermato, a tal proposito, che *“Quando l'impegno del privato si ponga nella logica della controprestazione, il contenuto dell'accordo non sfugge al confronto con la disciplina legale del potere. La nostra legislazione non contempla una disposizione analoga a quella della legge tedesca sul procedimento amministrativo, secondo cui gli obblighi assunti dal privato con l'accordo devono essere 'appropriati' e 'in un giusto rapporto' con la prestazione assunta dall'Amministrazione. Ma le ragioni che sono alla base della disposizione tedesca valgono anche per il nostro ordinamento. E l'appropriatezza della controprestazione e il suo giusto rapporto con l'impegno dell'Amministrazione non coincidono con categorie privatistiche (anche il riferimento alla 'lesione enorme' ai sensi dell'art. 1448 c.c. è inadeguato) ma richiamano le logiche dell'eccesso di potere. Infatti non si possono misurare in astratto, o in una logica meramente economica, ma vanno verificati alla luce della disciplina di quella situazione, che è la disciplina legale dettata per il potere. Quando non rispetti queste condizioni e preveda oneri esorbitanti a carico del privato, l'accordo deve ritenersi illegittimo, esattamente nella stessa logica che viene accolta comunemente per gli accordi che impongano all'Amministrazione adempimenti non compatibili con la legge”* (così A. TRAVI, *Accordi fra proprietari e Comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in Foro it., 2002, V, 274-ss.; sull'argomento, si veda anche P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, 2000; ID., *Urbanistica consensuale, pregiudizio del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in www.giustamm.it, 2009; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Verso l'urbanistica consensuale*, in *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica*, a cura di P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, 1995; sugli accordi nel diritto amministrativo, in generale, G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, 1984, 264-ss.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, 1998, 275-ss.).

(10) TAR Veneto, sez. III, sent. 22 maggio 2009 n. 1539; sul divieto di frazionamento del progetto in elusione degli obblighi di v.i.a., in generale, si veda Cons. Stato, sez. IV, sent. 2 ottobre 2006 n. 5760; Id., sez. VI, sent. 30 agosto 2002 n. 4368).

(11) TAR Toscana, sez. II, sent. 25 maggio 2009 n. 888.

(12) La questione è stata sollevata da TAR Puglia, Bari, sez. I, ord. 15 dicembre 2009 n. 273. Nella motivazione si ricostruisce l'iter che ha condotto all'introduzione del divieto assoluto. Nel corso del 2006, la Commissione europea ha infatti emesso nei confronti dello Stato italiano, nell'ambito della procedura d'infrazione n. 2006/2131 (avviata per non conformità al diritto comunitario della normativa italiana di recepimento della Direttiva 1979/409/CE), un parere motivato nel quale ha contestato la violazione, fra gli altri, degli artt. 2, 3 e 4 della Direttiva 1979/409/CE che prevedono l'obbligo di adottare le misure necessarie per preservare, mantenere o ristabilire per tutte le specie una varietà ed una superficie di *habitat*, nonché misure speciali di conservazione. Con l'art. 1, comma 1226, della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge Finanziaria 2007), al fine di prevenire ulteriori procedure d'infrazione, è stata delegata al Ministro dell'ambiente l'individuazione, mediante decreto, dei criteri minimi uniformi sulla base dei quali le Regioni devono adottare le misure di conservazione di cui agli artt. 4 e 6 del D.P.R. n. 357 del 1997. La delega è stata attuata con il decreto del Ministro dell'ambiente 17 ottobre 2007 (pubblicato in G.U. n. 258 del 6 novembre), intitolato *"Criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciale (ZPS)"*. L'art. 5, primo comma – lettera l), di detto decreto ha stabilito che le Regioni provvedano a porre, tra gli altri, il divieto di *"realizzazione di nuovi impianti eolici, fatti salvi gli impianti per i quali, alla data di emanazione del presente atto, sia stato avviato il procedimento di autorizzazione mediante deposito del progetto. Gli enti competenti dovranno valutare l'incidenza del progetto, tenuto conto del ciclo biologico delle specie per le quali il sito è stato designato, sentito l'INFS. Sono inoltre 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 ZPS, nonché gli impianti per autoproduzione con potenza complessiva non superiore a 20 KW"*. Il decreto ministeriale, dunque, prescrive che le Regioni vietino in modo assoluto e generalizzato la costruzione di nuovi impianti eolici nelle Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciale (ZPS), con la sola eccezione dei progetti già depositati, degli interventi di sostituzione ed ammodernamento e degli impianti per autoproduzione inferiori a 20 KW.

(13) In questo senso Cons. Giust. Amm. Sicilia, sent. 22 aprile 2009 n. 300. Nella motivazione si afferma che, ai sensi dell'art. 152 del Codice, il potere di imporre prescrizioni limitative non è circoscritto alla localizzazione dell'opera all'interno di un'area previamente classificata come di *"notevole interesse pubblico"*, essendo sufficiente una connessione qualificata fra l'area vincolata e quella su cui dovrebbe sorgere l'opera. Sotto il profilo letterale, la disposizione non richiede che si tratti di *"beni"* culturali o paesaggistici previamente dichiarati di notevole interesse pubblico; sul piano teleologico, l'inclusione nell'iter procedimentale che conduce alla

qualificazione come sito di interesse comunitario rappresenta un indice obiettivo della rilevanza paesaggistica e culturale del bene, giustificando l'esercizio del potere di intervento dell'autorità competente per la tutela dei beni culturali e ambientali.

(14) Per un'ampia e pregevole motivazione, si vedano TAR Sicilia, Palermo, sez. II, sent. 4 febbraio 2005 n. 150; Id., sent. 4 maggio 2007 n. 1252. Conforme Cons. Stato, sez. VI, sent. 9 marzo 2005 n. 971. La tesi è stata ripresa e sviluppata, in dottrina, da G. TULUMELLO, *L'energia eolica: problemi e prospettive*, relazione al XII Convegno di diritto amministrativo organizzato a Lecce, dal 25-27 ottobre 2007, dalla Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi, in www.giustamm.it.

(15) Così TAR Sardegna, sez. II, sent. 3 ottobre 2006 n. 2083; in senso analogo, di recente, TAR Toscana, sez. II, sent. 14 ottobre 2009 n. 1536.

(16) Cons. Giust. Amm. Sicilia, sent. 3 agosto 2007 n. 711, ove si afferma che, in forza dell'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, la Soprintendenza, pur dovendo secondo i principi generali perseguire l'interesse pubblico affidatole con il minor sacrificio possibile per gli interessi interferenti contrari, non è tenuta a sacrificare il pubblico interesse affidatole per valutazioni estranee alla sua sfera di competenza, e che la valenza degli impianti eolici sotto il profilo della salute e dello sviluppo economico può ritenersi implicita in relazione alle caratteristiche degli impianti medesimi, ma non può sottrarre dette strutture dalla valutazione, sorretta da adeguata istruttoria, delle incidenze sugli interessi primari sottostanti alla autorizzazione paesaggistica (con il richiamo di Cons. Stato, Ad. plen., sent. 14 dicembre 2001 n. 9).