

# LA NON IDONEITA' DELLE AREE E DEI SITI ALL'INSTALLAZIONE DI IMPIANTI DI PRODUZIONE DI ENERGIA ALTERNATIVA

di

NICOLA DURANTE

CONSIGLIERE DEL T.A.R. DI SALERNO

Publicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> l'11 novembre 2011

(relazione resa il 9 novembre 2011, nell'ambito di un evento formativo organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Potenza, con il patrocinio dell'Ordine degli ingegneri di Potenza)

\* \* \* \* \*

*This article points its attention on those situations in which alternative-energy producing systems are not allowed to protect environment and landscape.*

*It contains also the check list to identify those unsuitable places.*

*The penal aspects are treated in the final part of it.*

## **1. L'indicazione delle aree e dei siti non idonei in assenza delle linee guida nazionali.**

All'interno della disciplina della produzione di energia alternativa, la tematica inerente la corretta collocazione degli impianti sul territorio è senz'altro quella di più difficile composizione, venendo ad investire una pluralità di beni ed interessi, anche di rango costituzionale, spesso in conflitto tra loro.

Ed infatti, se 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 (il Protocollo di Kyoto, ratificato con legge 1° giugno 2002, n. 120), nonché di una precisa strategia politico-economica volta a ridurre la dipendenza dall'Estero nell'approvvigionamento dell'energia ed a contenere il livello di spesa pubblica da acquisto del fabbisogno energetico, per altro verso tale sviluppo deve necessariamente coniugarsi con la salvaguardia dell'identità ed integrità paesaggistica, ambientale e culturale del nostro territorio, che rappresenta una risorsa ed una specificità di non minore importanza.

Non a caso, per quanto riguarda ad esempio l'installazione di pale eoliche, la stessa giurisprudenza ha più volte messo in guardia dal forte impatto ambientale dovuto alla loro installazione nelle zone di maggiore ventosità, quali appunto i crinali, le colline e le montagne, tutte per lo più rilevanti sotto il profilo paesaggistico (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 22 luglio 2010, n. 16938 e Sez. VII, 29 gennaio 2009, n. 530).

In materia, il decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 (recante «Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità»), all'art. 12, comma 10, dopo avere prescritto che in Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del Ministro per i beni e le attività culturali,

saranno approvate le linee guida per lo svolgimento del procedimento unico di rilascio del titolo autorizzativo, stabilisce che, in attuazione di queste, le Regioni potranno procedere all'indicazione di aree e siti non idonei all'installazione di specifiche tipologie di impianti.

Secondo la Corte costituzionale, la legittimità della subordinazione del potere regionale di garantire il corretto inserimento degli impianti nel territorio e nel paesaggio alla previa emanazione linee guida valevoli sull'intero territorio nazionale, che la Regione è chiamata ad attuare, si giustifica per la sua diretta riconducibilità alla materia tutela dell'ambiente, di esclusiva matrice legislativa statale.

Infatti, la sola compresenza di profili di competenza legislativa concorrente - quali quelli attinenti alla materia della produzione, del trasporto e della distribuzione di energia ovvero quelli attinenti al governo del territorio -, se spiega il richiamo alla Conferenza unificata, non consente alle singole Regioni di procedere autonomamente all'individuazione dei criteri per l'allocazione degli impianti, proprio in considerazione del preminente interesse di tutela ambientale perseguito dalla disposizione statale, che assegna alle linee guida la funzione di perseguire il giusto temperamento tra la diffusione degli impianti da energie rinnovabili e la conservazione delle aree di pregio ambientale (cfr. C. Cost. 26 novembre 2010, n. 344, 26 marzo 2010, n. 119 e 29 maggio 2009, n. 166).

Le linee guida, a loro volta, devono essere il frutto una ponderazione concertata in ordine al corretto bilanciamento tra le esigenze di accrescimento dei livelli di produzione di energia e gli interessi, variamente modulati, di tutela del paesaggio, in ossequio al principio di leale cooperazione. 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 (cfr. C. Cost. 6 novembre 2009, n. 282).

Per tali ragioni, sono state costantemente dichiarate illegittime le norme regionali che, antecedentemente all'emanazione delle linee guida, hanno identificato i luoghi dove non è possibile realizzare impianti di energia alternativa o le regole per determinarli, agendo in via diretta od attraverso il rinvio a norme regolamentari od a disposizioni di piano.

Addirittura, alle disposizioni di piano è stata talvolta attribuita efficacia giuridica pari alla legge regionale: si pensi al piano di indirizzo energetico ambientale (P.I.E.A.R.) della Basilicata, il quale, in forza dell'articolo 1 della legge regionale 19 gennaio 2010, n. 1, «è approvato dal Consiglio regionale contestualmente alla presente legge e ne costituisce parte integrante» (comma 1) e le cui modifiche «sono effettuate con le stesse procedure previste per la sua formazione» (comma 4) e che, quindi, è stato oggetto di sindacato diretto della Consulta che, con due decisioni, lo ha dichiarato parzialmente illegittimo (cfr. C. cost. 1° aprile 2011, n. 107 e 23 febbraio 2011, n. 67).

Egualeme nte incostituzionali, perché subordinate all'emanazione delle linee guida nazionali, sono state pure ritenute sia la legge della Calabria volta a condizionare l'autorizzabilità di impianti eolici agli esiti di studi sulle potenzialità anemologiche del sito, da cui risulti una producibilità annua di almeno 1.800 ore equivalenti di vento (cfr. C. Cost. 1° aprile 2010, n. 124), sia quella

della Campania intesa a prevedere il rispetto di una distanza minima non inferiore a cinquecento metri lineari dalle aree interessate da coltivazioni viticole con marchio DOC e DOCG e non inferiore a mille metri lineari da aziende agrituristiche ricadenti in tali aree, con la precisazione che «nel renderne possibile l'installazione in zona agricola, il comma 7 [dell'articolo 12, del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387] impone di tener conto delle esigenze di sostegno del mercato agricolo e di valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, di tutela delle biodiversità e del paesaggio rurale. Si tratta di esigenze da vagliare in sede di istruttoria per il rilascio dell'autorizzazione unica, nella valutazione complessiva degli interessi variegati di cui è depositaria la conferenza dei servizi, non anche di valori che la Regione possa autonomamente tutelare in via preventiva, con la generalità propria dell'intervento legislativo, a discapito dell'esigenza di favorire la massima diffusione degli impianti di energia rinnovabile» (cfr. C. Cost. 11 febbraio 2011, n. 44).

Al contenuto dei precetti introdotti dal legislatore nazionale per favorire l'approvvigionamento da fonti energetiche rinnovabili è stata riconosciuta validità anche nei confronti delle Regioni a statuto speciale, nella misura in cui quest'ultimo non abbia espressamente riservato alla legislazione regionale autonoma la materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» (cfr. C. Cost. 6 maggio 2010, n. 168, sulla Valle d'Aosta).

Ma se, in linea di diritto, la dipendenza dell'individuazione dei siti non idonei, da parte della Regione, alle linee guida trova un supporto valido ed accettabile nella Carta fondamentale, non di meno è evidente a tutti come l'enorme ritardo - quasi sette anni - tra l'entrata in vigore della norma statale (decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387) e l'adozione delle linee guida (10 settembre 2010) abbia costretto molte Regioni ad esporsi, a tutela del proprio territorio, con soluzioni-tampone, sistematicamente demolite in sede di controllo giurisdizionale.

Non è un caso che la Corte costituzionale, nell'affermare l'ennesima illegittimità di una normativa vincolistica regionale, abbia nel contempo dovuto esprimere una raccomandazione allo Stato affinché sia attivata al più presto la procedura di cooperazione prevista per l'elaborazione delle linee guida (cfr. C. Cost. 26 marzo 2010, n. 119).

Per altro, il predetto vuoto normativo non avrebbe potuto essere colmato nemmeno attraverso atti dei Comuni, attesa l'inammissibilità di ogni preventiva autorizzazione o veto all'installazione di impianti da parte dell'ente ospitante (cfr. C. Cost. 1° aprile 2010, n. 124).

Infatti, nella dialettica dei numerosi interessi collettivi coinvolti nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione all'impianto, il parere contrario opposto dal Comune su cui deve sorgere l'impianto svolge mera funzione di rappresentazione degli interessi della comunità locale ed è rimesso alla valutazione discrezionale della Regione che, nella formulazione dell'atto conclusivo (l'autorizzazione unica), rimane libera di recepirne o meno il contenuto (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 29 settembre 2011, n. 1670; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 22 dicembre 2009, n. 1345).

Parimenti, sono stati ritenuti illegittimi gli atti amministrativi contenenti il divieto di ubicazione di impianti eolici in zone contermini ad aree ad uso industriale e produttivo (cfr. T.A.R.

Sardegna, Sez. II, 9 aprile 2010, n. 673), ovvero in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 24 giugno 2010, n. 2637 e Lecce, Sez. I, 29 gennaio 2009, n.127).

Come pure è stato escluso un potere - regionale o comunale - di determinare la distanza minima tra gli impianti (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 18 febbraio 2010, n.1952), potendo il congestionamento del territorio essere eventualmente considerato in sede di valutazione d'impatto ambientale (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 26 novembre 2010, n. 25869).

Né, infine, al Comune è consentito procedere a forme di selezione per l'affidamento in concessione della realizzazione ed esercizio di un parco eolico, stante la titolarità in capo alla Regione delle relative funzioni abilitative e la tassatività delle previsioni legislative disciplinanti il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 11 gennaio 2010, n. 273).

## **2. La disciplina delle aree e dei siti non idonei in base alle linee guida nazionali.**

Le linee guida nazionali per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, previste dall'articolo 12, comma 10, del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, sono state emanate dal Ministro dello sviluppo economico con decreto del 10 settembre 2010, adottato di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministro per i beni e le attività culturali, previa approvazione della Conferenza unificata nella seduta dell'8 luglio 2010.

Come già illustrato in un precedente scritto (DURANTE N., *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 *Rivista giuridica dell'edilizia* 2011, vol. II, parte III, pag. 73 e ss., in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it), maggio 2011 e in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), sezione *studi e contributi*), alle linee guida, in quanto approvate in Conferenza unificata, va attribuito il valore di intesa tra lo Stato ed il sistema delle Autonomie regionali e locali su materie e compiti di interesse comune, ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

Quindi, nella gerarchia delle fonti esse si collocano ad un livello inferiore rispetto ai principi fondamentali della materia che, nelle ipotesi di legislazione concorrente, l'articolo 117, comma 3, ultimo periodo, della Costituzione, rimette «alla legislazione dello Stato» e, pertanto, nella fattispecie, alle norme del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387.

Tuttavia, avendo funzione attuativa dei medesimi principi fondamentali, esse rappresentano disposizioni interposte tra le norme statali di principio e la legislazione regionale di (ulteriore) dettaglio, sicché, ove quest'ultima si dovesse porre in contrasto con le prime, sarebbe sostanzialmente violato l'articolo 117, comma 3, della Costituzione.

Come pure incostituzionale sarebbe una legge nazionale lesiva delle linee guida (quale intesa tra lo Stato, le regioni ed il sistema delle autonomie locali), per violazione del principio

costituzionale di leale collaborazione, cui devono improntarsi i rapporti fra i vari soggetti dell'ordinamento che, a livelli diversi, operano nella medesima materia.

Più recentemente, l'articolo 5 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, nello stabilire che l'autorizzazione unica per impianti di produzione di energia alternativa è regolata secondo le modalità procedurali e le condizioni previste dal decreto legislativo n. 387 del 2003, dalle linee guida nazionali e dalle relative disposizioni delle Regioni e Province autonome, ha operato un fenomeno di recepimento delle stesse linee guida nel corpo legislativo, mediante un meccanismo di espresso rinvio (si ritiene di natura dinamica e non statica).

In tal modo, si sarebbe determinata una vera e propria elevazione delle linee guida al rango di principi fondamentali della materia, esplicitata nella deliberazione del Consiglio dei Ministri 28 luglio 2011 (in *www.affariregionali.it*, sezione *contenzioso costituzionale*), che ha promosso ricorso di legittimità in via principale nei confronti dell'articolo 1 della legge regionale della Campania 1° luglio 2011, n. 11 (che consente la costruzione di nuovi aereogeneratori solo se posti ad una distanza pari o superiore ad ottocento metri dall'aerogeneratore più vicino, a tutela della necessità di quest'ultimo di usufruire della frequenza del vento, in relazione all'intensità e alla reale capacità di produrre energia), sostenendo la violazione del decreto ministeriale 10 settembre 2010, recante le linee guida, «recepito dal d.lgs. n. 28/2010, che ha il valore di norme di principio».

Nel merito, poi, il paragrafo 17 delle linee guida (rubricato «Aree non idonee») prescrive che le Regioni provvederanno ad individuare le aree ed i siti non idonei entro centoottanta giorni dall'entrata in vigore del decreto ministeriale che assegnerà loro le quote minime di incremento percentuale della produzione di energia da fonti rinnovabili da raggiungere entro il 2020.

Ciò dovrà avvenire attraverso atti di programmazione energetica congruenti con la predetta assegnazione e previa «ricognizione» delle disposizioni vigenti volte alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico e artistico, delle tradizioni agroalimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale «che identificano obiettivi di protezione non compatibili con l'insediamento, in determinate aree, di specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti, i quali determinerebbero un'elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione».

Gli esiti di tale istruttoria dovranno contenere la descrizione delle incompatibilità riscontrate con gli obiettivi di protezione indicati nelle disposizioni esaminate, in relazione a ciascuna area individuata come non idonea, in relazione a specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti.

Ad ogni modo, nelle more del riparto delle quote minime di incremento, pur non potendo procedere alla programmazione energetica, le Regioni possono comunque individuare le aree ed i siti non idonei.

Il significato del concetto di «non idoneità» è ulteriormente ribadito nell'allegato 3 alle linee guida (costituente parte integrante delle stesse, ai sensi del paragrafo 18.1), il quale specifica come l'individuazione delle aree e dei siti non idonei non costituisce «divieto preliminare», ma «atto di accelerazione e semplificazione dell'*iter* di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio,

anche in termini di opportunità localizzative offerte dalle specifiche caratteristiche e vocazioni del territorio».

Dunque, alla stregua delle disposizioni sopra menzionate, la Regione o Provincia autonoma, nell'individuare le aree ed i siti non idonei, non esercita un potere vincolistico e/o conformativo del territorio, ma più semplicemente compie una ricognizione o catalogazione dei luoghi dove l'iniziativa economica potrebbe non essere assentita, per cause o ragioni a sé stanti.

Più realisticamente, quindi, l'indicazione delle aree e dei siti non idonei appare espressione di un vero e proprio dovere collaborativo imposto all'ente pubblico, il quale si trova obbligato ad enunciare per tempo le situazioni di criticità, nel perseguimento del superiore interesse all'incremento della quota nazionale di produzione di energia rinnovabile ed a vantaggio degli operatori economici interessati.

Da questa considerazione discendono due ben distinti corollari:

a) l'individuazione dell'inidoneità di un'area non costituisce di per sé ostacolo alla presentazione ed alla valutazione del progetto, perché la probabilità di esito negativo potrebbe rivelarsi infondata, alla luce degli approfondimenti eseguiti in conferenza di servizi, ad esempio in applicazione degli elementi, dei criteri e degli accorgimenti per il corretto inserimento degli impianti eolici nel paesaggio e sul territorio di cui all'allegato 4;

b) l'inosservanza (in tutto od in parte) dell'obbligo di esatta ricognizione dei siti non idonei potrebbe fondare, in capo alla Regione, una responsabilità civile per gli eventuali danni patrimoniali, per lesione dell'affidamento suscitato nel privato in merito alla piena sfruttabilità di siti od aree non indicati tra quelli non idonei.

L'individuazione delle aree e dei siti non idonei va effettuata dalle Regioni, tenendo conto degli strumenti di pianificazione ambientale, territoriale e paesaggistica in vigore e basandosi esclusivamente su criteri tecnici oggettivi, legati alla tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio artistico-culturale connessi alle caratteristiche intrinseche del territorio e del sito. Possono essere altresì valutate sia l'elevata concentrazione di impianti nella medesima area vasta, sia le interazioni con altri progetti, piani e programmi posti in essere o *in itinere*.

In ogni caso, l'individuazione non può riguardare porzioni significative del territorio o zone genericamente soggette a tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, né tradursi nell'identificazione di fasce di rispetto di dimensioni non giustificate da specifiche e motivate esigenze di tutela. Anche le zone agricole non possono essere genericamente considerate aree e siti non idonei.

L'individuazione dev'essere differenziata, ossia effettuata con specifico riguardo alle diverse fonti rinnovabili ed alle diverse taglie di impianto.

In base all'allegato 3, possono essere indicati come aree e siti non idonei all'installazione di specifiche tipologie di impianti:

- i siti inseriti nella lista del patrimonio mondiale dell'UNESCO, le aree ed i beni di notevole interesse culturale di cui alla parte seconda del decreto legislativo n. 42 del 2004, nonché gli

immobili e le aree dichiarati di notevole interesse pubblico ai sensi dell'articolo 136 dello stesso decreto legislativo;

- le zone all'interno di coni visuali la cui immagine è storicizzata ed identifica i luoghi anche in termini di notorietà internazionale di attrattiva turistica;
- le zone situate in prossimità di parchi archeologici e nelle aree contermini ad emergenze di particolare interesse culturale, storico e/o religioso;
- le aree naturali protette ai diversi livelli (nazionale, regionale, locale), istituite ai sensi della legge n. 394 del 1991 ed inserite nell'elenco ufficiale delle aree naturali protette, con particolare riferimento alle aree di riserva integrale e di riserva generale orientata di cui all'articolo 12, comma 2, lettere a) e b), della legge n. 394 del 1991 ed equivalenti a livello regionale;
- le zone umide di importanza internazionale, designate ai sensi della convenzione di Ramsar;
- le aree incluse nella rete "Natura 2000", designate in base alla direttiva 92/43/CEE (siti di importanza comunitaria) ed alla direttiva 79/409/CEE (zone di protezione speciale);
- le *important bird areas* (I.B.A.);
- le aree non comprese in quelle di cui ai punti precedenti, ma che svolgono funzioni determinanti per la conservazione della biodiversità (fasce di rispetto o aree contigue delle aree naturali protette);
- le istituende aree naturali protette, oggetto di proposta del Governo ovvero di disegno di legge regionale approvato dalla Giunta regionale;
- le aree di connessione e continuità ecologico-funzionale tra i vari sistemi naturali e seminaturali;
- le aree di riproduzione, alimentazione e transito di specie faunistiche protette;
- le aree in cui è accertata la presenza di specie animali e vegetali soggette a tutela dalle convenzioni internazionali (Berna, Bonn, Parigi, Washington, Barcellona) e dalle direttive comunitarie (n. 79/409/CEE e n. 92/43/CEE), specie rare, endemiche, vulnerabili, a rischio di estinzione;
- 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 e per le finalità di cui all'articolo 12, comma 7, del decreto legislativo n. 387 del 2003, anche con riferimento alle aree, se previste dalla programmazione regionale, caratterizzate da un'elevata capacità d'uso del suolo;
- le aree caratterizzate da situazioni di dissesto e/o rischio idrogeologico perimetrate nei piani di assetto idrogeologico delle autorità di bacino, ai sensi del decreto legge n. 180 del 1998;
- le zone individuate ai sensi dell'articolo 142 del decreto legislativo n. 42 del 2004, valutando la sussistenza di particolari caratteristiche che le rendano incompatibili con la realizzazione degli impianti.

### **3. I limiti alla localizzazione di impianti contenuti nel decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28.**

La disciplina autorizzativa in materia di impianti di produzione elettrica da energia rinnovabile è stata rimodulata dal decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 (attuativo della direttiva 2009/28/CE, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE), in cui viene fissata al 17% la quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia da conseguire nel 2020, tramite una precisa temporizzazione contenuta in specifici piani di azione nazionale.

Il decreto legislativo, tra le altre cose, ha individuato tre distinte procedure abilitative per l'installazione di impianti, a seconda della loro portata e dimensione:

- a) l'autorizzazione unica di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, come modificato dall'articolo 5 dello stesso decreto;
- b) la procedura semplificata di cui all'articolo 6 del decreto;
- c) la comunicazione di attività edilizia libera di cui all'articolo 6, comma 11, del decreto.

Per quanto riguarda la procedura abilitativa semplificata, è prescritto che il proponente, almeno trenta giorni prima di iniziare i lavori, deve presentare al Comune una dichiarazione accompagnata dalla dettagliata relazione di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, attestanti la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati ed i regolamenti edilizi vigenti e la non contrarietà agli strumenti urbanistici adottati, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie. Alla dichiarazione sono allegati gli elaborati tecnici per la connessione redatti dal gestore della rete.

Importante, ai fini che ci occupano, è quindi il richiamo alla compatibilità con la pianificazione urbanistica, che testimonia l'esistenza, per lo meno in queste ipotesi minori, di una discrezionalità tecnica in capo al Comune, in ordine alla regolazione del corretto inserimento degli impianti sul territorio.

Altre limitazioni si trovano poi contenute nell'articolo 10 del decreto legislativo, che vieta, nel futuro, la concessione di incentivi statali in favore degli impianti fotovoltaici in area agricola con moduli collocati a terra, se di potenza superiore ad 1 MW, ovvero se collocati ad una distanza inferiore a Km. 2, nel caso di terreni appartenenti al medesimo proprietario. Non deve inoltre essere destinato agli impianti più del 10 per cento della superficie del terreno agricolo nella disponibilità del proponente. Il divieto non si applica tuttavia ai terreni abbandonati da almeno cinque anni.

#### **4. Questioni dibattute: il vincolo paesaggistico e l'inserimento nella rete "Natura 2000".**

Nell'ambito del codice dei beni culturali e del paesaggio approvato con decreto legislativo 23 gennaio 2004, n. 42, la possibilità di realizzare opere edili in zona soggetta a vincolo paesaggistico non inibitorio è sottoposta al previo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, che spetta alla Regione (od all'ente locale da essa delegato), sotto il controllo tutorio dello Stato, che si esercita secondo due specifiche disposizioni:

- una di carattere transitorio, contenuta nell'articolo 159 e destinata ad operare fino al 31 dicembre 2009, in base alla quale l'autorizzazione va trasmessa alla competente Soprintendenza che, se la ritiene non conforme alle prescrizioni di tutela del paesaggio, la annulla, con provvedimento motivato, nei sessanta giorni successivi;

- l'altra a regime, contenuta nell'articolo 146, che subordina il titolo abilitativo al parere vincolante del Soprintendente, da rendersi nel termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti o, nel silenzio, in sede di conferenza di servizi.

Tale ultima disciplina va ovviamente rapportata al procedimento di autorizzazione unica, che prevede sin dall'inizio la convocazione della conferenza di servizi.

Il necessario ricorso al modulo della conferenza di servizi così detta «decisoria» rende applicabili, ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica, le disposizioni al riguardo contenute nella legge 7 agosto 1990, n. 241.

Pertanto, è fatto obbligo al Soprintendente di esprimersi nella conferenza in via definitiva in ordine a tutti i provvedimenti di sua competenza (articolo 14 *ter*, comma 3 *bis*) e ciò a pena di considerare acquisito l'assenso se, all'esito dei lavori, non risulti espressa la volontà definitiva di quella amministrazione (articolo 14 *ter*, comma 7).

L'eventuale dissenso soggiace, poi, a rigorosi requisiti di ammissibilità, dovendo: *a*) essere manifestato nella conferenza di servizi; *b*) essere congruamente motivato; *c*) non riferirsi a questioni connesse, che non costituiscono oggetto della conferenza medesima; *d*) recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso (articoli 14 *bis*, comma 3 *bis* e 14 *quater*, comma 1).

Inoltre, ove la Soprintendenza esprima dissenso motivato, l'amministrazione procedente può sempre rimettere la questione al Consiglio dei Ministri, che si pronuncia di autorità ove, fatta salva la facoltà di raggiungere un'intesa con l'amministrazione regionale o locale interessata (articolo 14 *quater*, comma 3).

Il rinvio al Consiglio dei Ministri non è necessario nei procedimenti per i quali sia già intervenuta la decisione sulla VIA (articolo 14 *ter*, comma 5), potendo l'amministrazione procedente, valutate 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 (articolo 14 *ter*, comma 6 *bis*).

In attuazione dei principi di integrazione e di azione preventiva in materia ambientale e paesaggistica, le linee guida, al paragrafo 14.9, ampliano i casi di partecipazione del Ministero per i beni e le attività culturali alle seguenti ipotesi:

*a*) procedimento per l'autorizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili localizzati in aree sottoposte a tutela ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio;

b) istruttoria di valutazione di impatto ambientale, qualora prescritta per gli impianti eolici con potenza nominale maggiore di 1 MW, anche se l'impianto non ricade in area sottoposta a tutela ai sensi del codice;

c) procedimento per l'autorizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili localizzati in aree contermini a quelle sottoposte a tutela dal codice, esercitando in queste ipotesi i poteri di prescrizione previsti dall'articolo 152 del codice medesimo;

d) collocazione dell'impianto in aree interessate da procedimenti di tutela *in itinere* o da accertamenti della sussistenza di beni archeologici.

L'autorizzazione paesaggistica persegue lo scopo di dare adeguata composizione al conflitto tra l'interesse alla riduzione dell'inquinamento - perseguito attraverso lo sviluppo di impianti che producono energia da fonti rinnovabili - e quello paesaggistico - potenzialmente leso dalla realizzazione di tali impianti, ove essi abbiano rilevante impatto visivo - e si sostanzia in inevitabili scelte di merito amministrativo demandate alla Regione, sulle quali, in pendenza della disciplina transitoria, il controllo ministeriale non può mai sfociare in un sindacato di merito, dovendosi arrestare ai soli profili di legittimità (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1013).

Secondo la giurisprudenza amministrativa, nessuna norma o principio, a livello comunitario o nazionale, riconosce come prevalente l'esigenza energetica rispetto a quella di tutela paesaggistica (cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. II, 3 ottobre 2006, n. 2082), sicché il regime di favore per gli impianti eolici non può mai condizionare e vincolare in maniera assoluta il giudizio di compatibilità ambientale, nel senso di obbligare il rilascio dell'autorizzazione in relazione ai benefici legati all'efficienza energetica per la collettività, perché altrimenti si darebbe luogo ad un totale sbilanciamento in favore delle sole esigenze energetiche di un sistema di valori, quali quelli paesistico-ambientali, avente pari rilevanza costituzionale (cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, 14 ottobre 2009, n.1536).

Per altro, quanto meno in materia di apposizione di pannelli sulla sommità degli edifici, è stato posto in evidenza come, anche in zone sottoposte a vincolo paesaggistico, la normativa di settore e la sempre più diffusa attenzione verso questo tipo di tecnologia condizionano inevitabilmente il giudizio estetico, di modo che le opere da assentire, pur innovando la tipologia e la morfologia della copertura, non possono più essere percepite soltanto come un fattore di disturbo visivo, ma anche come un'evoluzione dello stile costruttivo accettata dall'ordinamento e dalla sensibilità collettiva e quindi alla stregua di «elementi normali del paesaggio». Pertanto, per negare l'installazione di un impianto fotovoltaico sulla sommità di un edificio, occorre dare 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 (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 4 ottobre 2010, n. 3726, 15 aprile 2009 n. 859 e ord. 17 ottobre 2010, n. 904).

La necessità di autorizzazione paesaggistica per l'installazione di pannelli solari su un immobile sottoposto a vincolo viene ravvisata anche dalla Corte di Cassazione, in quanto intervento

idoneo ad incidere negativamente sull'assetto tutelato (cfr. Cass. pen, Sez. III, 17 maggio 2011, n. 10328).

Le aree sottoposte a tutela paesaggistica sono sia quelle individuate direttamente dall'articolo 142 del codice, sia quelle individuate in singoli provvedimenti vincolistici o nel piano paesaggistico di cui all'articolo 143.

Quante alle prime (alcune delle quali soggette a vincolo inibitorio assoluto), ai sensi dell'allegato 3 alle linee guida, è escluso ogni automatismo da parte della Regione nell'indicazione delle zone non idonee, occorrendo invece valutare «la sussistenza di particolari caratteristiche che le rendano incompatibili con la realizzazione degli impianti».

Quanto alle seconde, è lo stesso allegato alle linee guida a menzionare, tra i siti potenzialmente non idonei, quelli inseriti nella lista del patrimonio mondiale dell'UNESCO, le aree ed i beni di notevole interesse culturale di cui alla parte seconda del decreto legislativo n. 42 del 2004, nonché gli immobili e le aree dichiarati di notevole interesse pubblico ai sensi dell'articolo 136 dello stesso decreto legislativo.

Per quel che riguarda poi i limiti dettati dal piano paesaggistico, è stato ben precisato che la funzione di questo non è quella di disciplinare *recta via* la localizzazione degli impianti di produzione energetica, ma quella di prevedere differenti livelli di tutela per determinate zone, stante il loro riconosciuto pregio paesaggistico, storico, sociale e ambientale (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 15 settembre 2011, n. 2245).

Quel che emerge dal sistema nel suo complesso è comunque l'impossibilità, da parte delle Regioni, di imporre divieti assoluti al posizionamento di impianti di produzione di energia rinnovabile, anche in aree fortemente protette.

Tale aspetto è stato recentemente esplicitato dalla Corte costituzionale, con riferimento al piano di indirizzo energetico ambientale regionale (P.I.E.A.R.) della Basilicata ed alla ivi contenuta preclusione assoluta di realizzazione di impianti solari termodinamici e fotovoltaici nella aree della rete "Natura 2000" (siti di importanza comunitaria - SIC e pSIC; zone di protezione speciale - ZPS e pZPS).

Nella sua decisione, infatti, la Consulta ha ritenuto il divieto ingiustificato ed in aperto contrasto con la disciplina protezionistica statale esistente, che regola gli interventi all'interno delle aree protette non già escludendo incondizionatamente l'installazione delle opere, ma sottoponendone la fattibilità alla valutazione di incidenza, per individuarne e valutarne in via preventiva gli effetti sulla base di un concreto confronto con gli obiettivi di conservazione dei siti. Al contrario, il divieto aprioristico di realizzare gli impianti viene a svuotare di ogni significato la valutazione di incidenza ambientale, che invece potrebbe preludere, nei singoli casi, alla praticabilità dell'intervento. In tal modo, la Regione ha invaso la competenza esclusiva dello Stato in campo ambientale, prevista dall'articolo 117, comma 2, lettera s), della Costituzione (cfr. C. Cost. 3 marzo 2011, n. 67).

Se, dunque, per l'ordinamento interno, in difetto di analogo divieto contenuto nella normativa statale, alla legge regionale è precluso porre limiti assoluti alla realizzazione di talune tipologie

di impianti in aree della rete ecologica europea "Natura 2000", non di meno va precisato che, secondo l'ordinamento comunitario, il legislatore statale (o quello regionale, in sede attuativa) è libero di introdurre divieti inderogabili all'installazione nei siti appartenenti alla medesima rete, pur senza una previa valutazione dell'incidenza ambientale del progetto, a condizione che siano rispettati i principi comunitari di non discriminazione e di proporzionalità.

In tal senso, si è infatti pronunciata di recente la Corte di giustizia dell'Unione Europea, in riscontro ad una questione pregiudiziale posta dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (cfr. C. Giust. U.E., Sez. I, 21 luglio 2011).

Nella fattispecie, è accaduto che, con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del 17 ottobre 2007 - in attuazione dell'articolo 1, comma 1226, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 - si è stabilito l'obbligo, per le Regioni e le Province autonome, di vietare in tutte le ZPS la realizzazione di nuovi impianti eolici non finalizzati all'autoconsumo, fatti salvi gli interventi di sostituzione ed ammodernamento, anche tecnologico, che non comportino un aumento dell'impatto sul sito, nonché gli impianti per autoproduzione con potenza complessiva non superiore a 20 KW.

Detto precetto è stato attuato dalla Regione Puglia con l'articolo 2 della legge regionale 21 ottobre 2008, n. 31, vietando la localizzazione di aerogeneratori non finalizzati all'autoconsumo nei SIC e nelle ZPS, costituenti la rete "Natura 2000" ed estendendo il divieto ad un'area *buffer* di duecento metri.

Tanto premesso, l'organo di giustizia europea, chiamato a valutare la compatibilità dell'assetto vincolistico così realizzato col diritto dell'Unione, ha concluso che ad esso non ostano né la direttiva del Consiglio 21 maggio 1992, 92/43/CEE (relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche), né la direttiva del Consiglio 2 aprile 1979, 79/409/CEE (concernente la conservazione degli uccelli selvatici), né la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 27 settembre 2001, 2001/77/CE (sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità), né la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 aprile 2009, 2009/28/CE (sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE). Di talché, il solo limite che incontra il legislatore interno, nel disporre un divieto siffatto, consiste nell'assicurare il rispetto dei principi di non discriminazione e di proporzionalità, che deve essere valutato dal giudice nazionale.

In particolare, quanto al divieto di discriminazione sancito dall'art. 6, n. 1, della direttiva 2001/77, occorre verificare se la differenza di trattamento tra i progetti di costruzione degli aerogeneratori vietati ed i progetti riguardanti altre attività industriali, ammessi su siti appartenenti alla medesima rete "Natura 2000", si fondi o meno su differenze oggettive esistenti tra questi due tipi di progetti.

Per quanto riguarda, poi, il principio di proporzionalità, esso discende dall'articolo 13, numero 1), della direttiva 2009/28 e dall'obbligo, gravante sui singoli Stati, di adottare le

misure appropriate per assicurare che le norme in materia di procedure di autorizzazione, certificazione e concessione di licenze applicabili agli impianti ed alle connesse infrastrutture siano «oggettive, trasparenti, proporzionate, non contengano discriminazioni tra partecipanti e tengano pienamente conto delle specificità di ogni singola tecnologia per le energie rinnovabili».

## **5. Il sindacato del giudice penale sull'autorizzazione paesaggistica.**

Una volta precisati i limiti di carattere paesaggistico ed ambientale che incontra la realizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, la questione principale che resta da affrontare è se, pur in costanza di autorizzazione paesaggistica, sia consentito al giudice penale sindacare la legittimità dell'autorizzazione unica, per trarne le dovute conseguenze sul piano della commissione del reato.

Il codice penale appresta tutela ai beni paesaggistico-ambientali tramite due norme contravvenzionali:

- l'articolo 733 *bis*, che punisce, con l'arresto fino a diciotto mesi e con l'ammenda non inferiore a 3.000 euro, chiunque, fuori dai casi consentiti, distrugge un *habitat* all'interno di un sito protetto o comunque lo deteriora compromettendone lo stato di conservazione, intendendosi come tale qualsiasi *habitat* di specie per le quali una zona sia classificata come zona a tutela speciale a norma dell'articolo 4, paragrafi 1 o 2, della direttiva 2009/147/CE, o qualsiasi *habitat* naturale o un *habitat* di specie per cui un sito sia designato come zona speciale di conservazione a norma dell'art. 4, paragrafo 4, della direttiva 92/43/CE;
- l'articolo 734, che commina l'ammenda da euro 1.032 a euro 6.197, a carico di chiunque, mediante ostruzioni, demolizioni, o in qualsiasi altro modo, distrugge o altera le bellezze naturali dei luoghi soggetti alla speciale protezione dell'autorità.

Ambedue le fattispecie si configurano come ipotesi di danno e non di pericolo, richiedendo, per la loro punibilità, che si verifichi in concreto la distruzione, il deterioramento o l'alterazione dei beni protetti.

Anche il decreto legislativo 23 gennaio 2004, n. 42 (codice dei beni culturali e del paesaggio), all'articolo 181, prevede due distinte figure di reato:

- la prima, fissata al comma 1, punisce a titolo di contravvenzione chiunque, senza la prescritta autorizzazione od in difformità di essa, esegue lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici, rinviando *quoad poenam* all'articolo 44, comma 1, lettera c), del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (testo unico dell'edilizia), che prevede l'arresto fino a due anni del responsabile e l'ammenda da 30.986 a 103.290 euro;
- di seguito, il comma 1 *bis* punisce come delitto, con la reclusione da uno a quattro anni, chiunque, senza la prescritta autorizzazione od in difformità di essa, effettua lavori su immobili od aree dichiarati di notevole interesse pubblico o tutelati per legge, purché, solo in quest'ultima ipotesi, la volumetria originaria sia aumentata di oltre il trenta per cento ovvero di oltre mc. 750 o purché sia realizzata una nuova costruzione di volumetria superiore a mc. 1.000.

A differenza delle fattispecie previste dal codice penale, quelle inserite nel codice del paesaggio hanno natura di reato formale e si consumano con la mera messa in pericolo del bene paesaggistico (cfr. Cass. pen., Sez. III, 22 gennaio 2010, n. 2903).

Tanto premesso, in base alla copiosa e consolidata giurisprudenza formatasi in materia di illeciti edilizi penali, il reato di costruzione edilizia abusiva si configura pure in presenza di un titolo abilitativo, ove questo sia illegittimo, non essendo neppure necessario che il giudice disapplichì l'atto amministrativo, in quanto, sotto l'aspetto materiale, il reato è integrato dalla difformità dell'opera e del titolo presupposto ai parametri di legalità urbanistica ed edilizia, identificata nelle previsioni legislative statali e regionali, dalle previsioni dello strumento urbanistico e dalle prescrizioni del regolamento edilizio (cfr. C. Cost. 14 giugno 1990, n. 288, ord.; Cass. pen, Sez. Un., 12 novembre 1993, Borgia e Sez. III, 13 ottobre 2007, n. 41620).

Ovviamente, in questi casi, il giudice esercita il proprio sindacato con riferimento a violazioni di carattere sostanziale e non meramente formale (cfr. Cass. pen, Sez. III, 14 dicembre 2006, n. 1894 e 21 marzo 2006, n. 21487).

Del pari, anche in tema di realizzazione di impianti per la produzione di energia alternativa, dinanzi ad un'autorizzazione unica illegittima o frutto di un errore di fatto dell'amministrazione, rientra nella cognizione del giudice penale verificare se gli interventi autorizzati si pongano in contrasto con i beni sottoposti a tutela dalla norma penale e con le disposizioni previste dall'ordinamento (cfr. Cass. pen, Sez. III, 21 novembre 2007, n. 42976, riferita al reato di cui all'articolo 734 del codice penale, integrabile nei lavori di costruzione di venti pale eoliche, assentiti da un'autorizzazione unica della Regione Puglia rilasciata sul presupposto progettuale - rivelatosi falso, nei successivi accertamenti del Corpo forestale - che le stesse fossero tutte posizionate al di fuori del perimetro del Parco nazionale dell'Alta Murgia).

Ed invero, ai sensi e per gli effetti dell'art. 734 del codice penale, al giudice penale è sempre demandato l'accertamento sulla sussistenza della distruzione od alterazione delle bellezze naturali dei luoghi soggetti alla speciale protezione dell'autorità, di modo che l'eventuale autorizzazione amministrativa non esclude il reato, ma può semmai assumere rilevanza per la valutazione dell'elemento psicologico, dovendosi verificare, a fronte di una compromissione del paesaggio e dell'ambiente, la corrispondenza delle opere al provvedimento, nonché la liceità e legittimità (ma non l'opportunità) dei relativi atti amministrativi, in quanto l'eventuale illegittimità di tali atti potrebbe essa stessa costituire elemento essenziale della fattispecie (cfr. Cass. pen., Sez. Un., 21 ottobre 1992, n. 248, Sez. IV, 29 marzo 2004, n. 32125 e Sez. III, 22 settembre 2010, n. 34205).

Senza dubbio, tali arresti giurisprudenziali debbono fare riflettere, perché lo stato di incertezza in cui ancora verte la materia del rilascio di autorizzazione unica per impianti di produzione di energia rinnovabile, dovuta anche e soprattutto alla mancata sedimentazione di un concetto unico e condiviso di «sito od area non idonei», potrebbe condurre, in relazione a fattispecie fattuali tra loro simili, se non addirittura alla medesima fattispecie fattuale, ad interpretazioni discordanti sull'esistenza o meno dei presupposti normativi per il rilascio del titolo abilitativo.

E si badi che una contraddittorietà valutativa potrebbe determinarsi non solo e non tanto tra organi dell'autorità giudiziaria ed organi dell'autorità amministrativa, ma pure tra diversi organi giurisdizionali, appartenenti allo stesso od a differenti ordini, con conseguenze di grave disorientamento per gli operatori del settore.

Del resto, un conflitto di tale specie si è verificato, qualche anno addietro, sul regime giuridico applicabile ai lavori di demolizione e fedele ricostruzione di un fabbricato (se, cioè, questi rientrassero nel concetto di «ristrutturazione edilizia», come sostenuto dal Consiglio di Stato, ovvero nel concetto di «nuova costruzione», come sostenuto dalla Cassazione penale) e rese necessario l'intervento dirimente del legislatore.

Per altro, una situazione di riscontrata incertezza mitigherebbe l'applicazione della regola di cui all'articolo 42, ultima parte, del codice penale, secondo cui il reato contravvenzionale è punito indipendentemente dalla natura dolosa o colposa della condotta contraria al precetto penale.

E' infatti noto che in questi casi, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, in applicazione dell'articolo 5 del codice penale, occorrerà previamente verificare l'esistenza di un errore scusabile sulle norme integratrici del precetto penale, che ben potrà derivare da provvedimenti della pubblica autorità che inducano al convincimento che una certa condotta sia consentita o legittima (cfr. C. Cost. 24 marzo 1988, n. 364).