

N. 00083/2016REG.PROV.COLL.

N. 08373/2013 REG.RIC.

N. 03640/2015 REG.RIC.

N. 03642/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8373 del 2013, proposto da:
Molise Vento Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Colalillo, con domicilio
eletto presso Clementino Palmiero in Roma, Via Albalonga, 7;

contro

Comune di Roccamandolfi; Regione Molise, Ministero dell'Ambiente e della Tutela
del Territorio e del Mare, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

sul ricorso numero di registro generale 3640 del 2015, proposto da:
Wpd Molise Vento Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Vincenzo Colalillo,
Massimo Di Nezza, con domicilio eletto presso Clementino Palmiero in Roma,
Via Albalonga, 7;

contro

Regione Molise, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12; Arpa Molise;

sul ricorso numero di registro generale 3642 del 2015, proposto da: Wpd Molise Vento Srl e Comune di Roccamandolfi, rappresentati e difesi dagli avv. Massimo Di Nezza, Vincenzo Colalillo, con domicilio eletto presso Clementino Palmiero in Roma, Via Albalonga, 7;

contro

Regione Molise, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

quanto al ricorso n. 8373 del 2013:

della sentenza del T.a.r. Molise - Campobasso: Sezione I n. 00457/2013, resa tra le parti, concernente autorizzazione per la realizzazione di un parco eolico - valutazione ambientale;

quanto al ricorso n. 3642 del 2015:

della sentenza del T.a.r. Molise - Campobasso: Sezione I n. 00590/2014, resa tra le parti, concernente risarcimento danni per mancata attivazione procedura di verifica assoggettabilità a via e screening per parco eolico;

quanto al ricorso n. 3640 del 2015:

della sentenza del T.a.r. Molise - Campobasso: Sezione I n. 00587/2014, resa tra le parti, concernente risarcimento danni per mancata attivazione procedura di verifica assoggettabilità a via e screening per parco eolico.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Molise e di Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e di Regione Molise e di

Regione Molise;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2015 il Cons. Francesco Mele e uditi per le parti gli avvocati Francesco Caputi Iambrenghi (su delega di Colalillo) e l'avvocato dello Stato Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con sentenza n. 457/2013 del 28-6-2013 il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise rigettava il ricorso proposto da Nordest s.r.l. (cui era subentrata in corso di causa la Molise Vento s.r.l.) avverso il provvedimento prot. 0018400 dell'11-9-2009, con il quale il Responsabile del Servizio "Conservazione Natura e V.I.A." della Regione Molise aveva respinto l'istanza del 6-7-2009 con la quale era stata richiesta la sottoposizione del proprio progetto di realizzazione di un parco eolico nel Comune di Roccamandolfi alla verifica di assoggettabilità a V.I.A. – screening, nonché delle delibere di Giunta Regionale n. 1509 del 14-12-2007 e 889 del 29-7-2008.

L'istanza era stata denegata in quanto il parco eolico ricadeva all'interno della ZPS IT72222287- "La Gallinola-Monte Miletto-Monti del Matese" e dell'IBA 125 "Monti del Matese" e, in base alle disposizioni del decreto ministeriale del 17-10-2007, delle citate delibere regionale e della legge regionale n. 22 del 7 agosto 2009, era fatto divieto realizzare nuovi impianti eolici nelle ZPS e nelle IBA, fatti salvi gli impianti per i quali fosse stato avviato il procedimento di autorizzazione mediante deposito del progetto prima dell'entrata in vigore del predetto D.M: 17-10-2007.

Avverso tale sentenza la ditta Molise Vento s.r.l. ha proposto appello dinanzi a questo Consiglio di Stato, iscritto al n. 8373/2013 R.G., chiedendo l'annullamento

e l'integrale riforma della pronuncia di primo grado.

Ha in proposito dedotto: error in iudicando – violazione ed errata applicazione dell'art. 5, commi 2 e 3, nonché dell'articolo 2, comma 2, della legge regionale n. 22/2009, dell'articolo 12 del d.lgs. n. 387/2003, delle Direttive europee 2001/77, 74/409, 92/43, 2006/32/CE – violazione dell'articolo 3 della legge n. 241/1990 per difetto di motivazione e di istruttoria, errore di fatto e di diritto – violazione degli artt. 97 e 117 Cost. – eccesso di potere per illogicità manifesta e sviamento.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, nonché la regione Molise, deducendo l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

Con sentenza n. 587/2014 del 30-10-2014 il Tribunale Amministrativo Regionale del Molise respingeva il ricorso proposto dalla W.P.D. Molise Vento s.r.l. avverso il provvedimento prot. n. 29773/2013 del 18-10-2013, a firma del Direttore del Servizio Valutazione Ambiente della Regione Molise, con il quale si era ritenuto ultroneo assoggettare a v.i.a. l'intervento di completamento e riassetto dello sfruttamento eolico di Roccamandolfi, località Caterazzi, Monte del Monaco, Serre, Pietrereji, Valle Caprara e Brecciosa poiché in contrasto con i vincoli dell'area S.i.c.-Z.P.S. "la Gallinola-Monte Miletto-Fonti del Matese", anche alla luce delle risultanze della sentenza del TAR Molise n.457/2013 e dichiarava improcedibili i motivi aggiunti intesi ad ottenere l'annullamento del provvedimento della Regione Molise-Ufficio Gestione del paesaggio, prot. n. 0000144 del 9-1-2014, con il quale il Responsabile del Servizio aveva dichiarato, in merito alla richiesta di realizzazione dell'intervento di completamento e riassetto del Piano di sfruttamento eolico del territorio di Roccamandolfi, non potersi procedere all'istruttoria, in quanto l'intervento ricadeva in zona P.z.s.

Avverso tale sentenza la predetta società ha proposto appello dinanzi a questo Consiglio di Stato, iscritto al n. 3640/2015 R.G., chiedendo l'annullamento e

l'integrale riforma della pronuncia di primo grado.

Ha in proposito dedotto le seguenti censure: 1) Error in iudicando – erronea interpretazione e falsa applicazione del d.m. 17-10-2007, assunto in rispetto degli artt. 2, 3 e 4 della direttiva 1979/409/CE disciplinanti i criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a ZPS – errata interpretazione della l.r. n. 22 del 2009; Erronea interpretazione e falsa applicazione della direttiva 92/43/CE e del DPR 357/97, come modificato dall'art. 6 del DPR n. 120/2003; Erronea valutazione della situazione di fatto esistente – Erronea valutazione delle disposizioni del PRG del Comune di Roccamandolfi e del PTVVA della regione Molise; errata interpretazione delle delibere di G.R. n. 1509/2007 e n. 889/2008; Errata interpretazione della delibera regionale n. 1074/2009 recante linee guida regionali in materia di energia eolica e del principio *tempus regit actum*; 2) Error in iudicando – errata interpretazione dei principi comunitari di proporzionalità e non discriminazione in relazione al divieto generalizzato di intervento – errata interpretazione della Direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio – eccesso di potere sotto diversi profili; 3) Error in iudicando – errata interpretazione dei principi comunitari di proporzionalità e non discriminazione in relazione al divieto generalizzato di intervento – errata interpretazione della Direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio – eccesso di potere sotto diversi profili; 4) Error in iudicando in relazione alla pronuncia di improcedibilità dei motivi aggiunti.

Ha, inoltre, riproposto la domanda di condanna della Regione al risarcimento dei danni.

Si è costituita in giudizio la Regione Molise, deducendo l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

Con sentenza n. 590/2014 del 30-10-2014 il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise rigettava il ricorso proposto dal Comune di Roccamandolfi e da

W.D.P. Ventitalia s.r.l. avverso il provvedimento di cui alla nota del 9-9-2009, prot. n. 18838 con il quale la Regione Molise (Servizio conservazione della Natura e V.I.A.) aveva ritenuto di non attivare la procedura di verifica di assoggettabilità a v.i.a. e screening del progetto per la realizzazione di un parco eolico nel Comune di Roccamandolfi in area Z.p.s. e I.b.a., in quanto, sulla base della normativa vigente in detta area, potevano essere approvati solo impianti la cui progettazione fosse stata presentata in data anteriore all'entrata in vigore del d.m. 17-10-2007.

Avverso tale sentenza la W.D.P. Molise Vento s.r.l. (già WDP Ventitalia s.p.a.) ed il Comune di Roccamandolfi hanno proposto appello dinanzi a questo Consiglio di Stato, iscritto al n. 3642/2015 R.G., chiedendo l'annullamento e l'integrale riforma della pronuncia di primo grado.

Hanno in proposito dedotto: Error in iudicando – erronea interpretazione e falsa applicazione del d.m. 17-10-2007, assunto in rispetto degli artt. 2, 3 e 4 della direttiva 1979/409/CE disciplinanti i criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a ZPS – errata interpretazione della l.r. n. 22 del 2009; Erronea interpretazione e falsa applicazione della direttiva 92/43/CE e del DPR 357/97, come modificato dall'art. 6 del DPR n. 120/2003; Erronea valutazione della situazione di fatto esistente – Erronea valutazione delle disposizioni del PRG del Comune di Roccamandolfi e del PTVVA della regione Molise; errata interpretazione delle delibere di G.R. n. 1509/2007 e n. 889/2008; Errata interpretazione della delibera regionale n. 1074/2009 recante linee guida regionali in materia di energia eolica e del principio *tempus regit actum*;

Si è costituita in giudizio la Regione Molise, rilevando l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

In corso di causa le parti hanno prodotto memorie illustrative e di replica.

Gli appelli venivano discussi e trattenuti per la decisione all'udienza del 24-11-2015.

DIRITTO

1. Deve preliminarmente procedersi alla riunione degli appelli iscritti ai nn. 8373/2013, 3640/2015 e 3642/2015 R.G. per evidente connessione oggettiva e soggettiva.

Pur trattandosi di appelli avverso distinte sentenze, va, invero, rilevato che trattasi di ricorsi pendenti tra le stesse parti ed attinenti ad unica vicenda sostanziale, relativa alla realizzazione di un parco eolico nel Comune di Roccamandolfi, in area Z.P.S. ed I.B.A..

2.1. Deve in primo luogo essere esaminato l'appello iscritto al n. 8373/2013 R.G., proposto avverso la sentenza n. 457/2013 del 28-6-2013 della Sezione Prima del TAR Molise, con il quale è stato rigettato il ricorso avverso il provvedimento prot. 0018400 dell'11-9-2009 del Responsabile del Servizio "Conservazione Natura e V.I.A." della Regione Molise, di reiezione dell'istanza del 6-7-2009 di sottoposizione del progetto di realizzazione del parco eolico alla verifica di assoggettabilità a V.I.A.-screening, nonché delle delibere di G.R. n. 1509/2007 , n. 889/2008.

Con unico, articolato motivo la società ricorrente deduce: error in iudicando – violazione ed errata applicazione dell'articolo 5, commi 2 e 3 , nonché dell'articolo 2, comma 2, della legge regionale n. 22/2009, dell'articolo 12 del d.lgs. n. 387/2003, delle Direttive Europee 2001/77, 74/409, 92/43, 2006/32/CE – violazione dell'articolo 3 della legge n. 241/1990 per difetto di motivazione e di istruttoria, errore di fatto e di diritto – violazione degli artt. 97 e 117 Cost.- eccesso di potere per illogicità e travisamento.

2.2. Sotto un primo profilo la società censura la sentenza impugnata nella parte in cui ritiene il provvedimento di diniego conforme al parametro normativo di cui al d.m. 5-10-2007.

Evidenza che il divieto generalizzato di realizzare impianti eolici nelle ZPS ("zone

di protezione speciale”) e nelle IBA (“important bird area”) necessiti comunque di una preventiva verifica di incidenza ed eventuale V.I.A., venendosi altrimenti a violare l’intera normativa (statale, regionale e comunitaria) in materia di disciplina autorizzativa degli impianti eolici, la quale è finalizzata al contemperamento tra l’interesse alla tutela paesaggistica ed il “favor” espresso verso la realizzazione degli impianti eolici.

Invero, la richiamata normativa statale non impone un divieto assoluto di realizzazione degli impianti in aree ZPS, IBA e SIC ed il Tribunale non avrebbe tenuto conto del reale stato dei luoghi.

L’intervento infatti: ricade in zona territoriale C23, categoria C8 del Piano Territoriale di Area Vasta “Massiccio del Matese” che consente tali interventi previa valutazione V.I.A.; il PTPAAV della Regione Molise considera la “vasta area del Matese” (in cui è ubicato il terreno per cui è causa) quale zona G.2.3.(800 MS ML) che ammette opere tecnologiche fuori terra; in zona già sorgono e sono operativi impianti eolici realizzati dall’ENEL.

A giudizio della società appellante, dunque, in tale quadro territoriale l’articolo 5 del d.m. 17-10-2007, l’articolo 2 della legge regionale n. 22/2009 e le delibere di G.M. n. 1509/2007 e 889/2008 non imporrebbero affatto un divieto generalizzato di ubicazione di impianti di produzione di energia alternativa nelle ZPS, censurandosi pure la gravata sentenza per non aver esternato le ragioni per le quali nella specie l’assunto divieto assoluto non sarebbe violativo dei principi di non discriminazione e proporzionalità affermati dalla Corte di Giustizia.

Parte appellante richiama, infine, l’articolo 6 della direttiva 2001/77/CE, l’art. 4 della direttiva 96/92/CE, il d.lgs. n. 387/2003 e il D.Lgs. n.120/2003, in materia di impianti da fonti rinnovabili, che consentirebbero la realizzazione di impianti eolici, prescrivendo unicamente una verifica concreta dell’incidenza di essi sul sito.

La sentenza impugnata così motiva in ordine alla legittimità del gravato

provvedimento regionale.

“ Con il provvedimento impugnato l’Assessorato all’Ambiente ...della regione Molise ha respinto l’istanza di verifica di assoggettabilità a VIA-screening, ai sensi dell’art. 9 della legge regionale n. 21/2000, in quanto l’impianto è da ritenere non realizzabile nell’area prescelta in relazione alla regolamentazione regionale specifica contenuta nelle DD.GG.RR n. 1509/07 e 889/08 e nella legge regionale n. 22 del 2009 che fa divieto di localizzare impianti eolici in zone ZPS e IBA. Con le predette delibere regionali, la Regione Molise ha, infatti, recepito l’art. 5 del Decreto del Ministero dell’Ambiente del 17-10-2007, contenente misure minime di conservazione valide per le ZPS, che, alla lettera l), vieta l’installazione di impianti eolici all’interno delle ZPS, a prescindere da qualsiasi valutazione di incidenza o di impatto ambientale, fatta eccezione per le istanze per le quali, alla data di emanazione del decreto in parola, sia stato avviato il procedimento di autorizzazione; le citate delibere regionali hanno anche esteso il divieto in questione alle IBA (“Important Bird Area”), in applicazione del principio di precauzione. Anche l’art. 2, comma secondo, della legge regionale n. 22/2009 richiama espressamente il d.m. 5-10-2007 e, allineandosi alla disposizione ministeriale – nei termini poi ripresi dalle nuove linee guida adottate con delibera di Giunta n. 1074 del 16-11-2009 -, prevede che le ZPS e le IBA siano da intendersi, sempre e comunque, aree non idonee all’installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, a prescindere dall’esperimento della VIA. Il parametro normativo di riferimento, alla cui luce dev’essere scrutinata la legittimità del provvedimento impugnato, è quindi rappresentato dal d.m. 5-10-2007, vigente alla data di presentazione della domanda di verifica di assoggettabilità a VIA-screening, le cui previsioni sono state successivamente recepite dalla citata legge regionale n. 22/2009 e dalle delibere di Giunta attuative. Occorre rammentare che la genesi del d.m. 17-10-2007 va rinvenuta in una procedura di infrazione preannunciata con parere motivato della Commissione Europea. E, infatti, in data 28 giugno 2006, la Commissione Europea ha emesso nei confronti dello Stato italiano, nell’ambito della procedura di infrazione n. 2006/2131 (avviata per non conformità al diritto comunitario della normativa italiana di recepimento della Direttiva 1979/409/CE), un parere

motivato nel quale ha contestato la violazione, fra gli altri, degli artt. 2, 3 e 4 della Direttiva 1979/409/CE, che prevedono l'obbligo di adottare le misure necessarie per preservare, mantenere o ristabilire per tutte le specie una varietà e una superficie di "habitat", nonché misure speciali di conservazione. Con l'art. 1, comma 1226, della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria 2007), al fine di prevenire ulteriori procedure di infrazione, è stata delegata al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare l'individuazione, mediante decreto, dei criteri minimi uniformi sulla base dei quali le Regioni devono adottare le misure di conservazione di cui agli artt. 4 e 6 del DPR 8 settembre 1997 n. 357 (con cui è stata data attuazione alla direttiva 92/43/CEE) da valere anche per le zone di protezione speciale di cui alla direttiva "uccelli" (1979/409/CE). La delega è stata attuata, per l'appunto, con il decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 17 ottobre 2007..., intitolato "Criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciali (ZPS)". La materia del contendere verte in ordine alla conformità del citato decreto ministeriale e della normativa regionale di recepimento rispetto al diritto comunitario, con riferimento alle norme, richiamate in premessa, che introducono divieti generalizzati di localizzazione di impianti eolici in zone ZPS e IBA, in assenza di istruttoria preventiva. assume la società ricorrente che i provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi, in quanto il divieto generalizzato di realizzare impianti eolici nelle ZPS e nelle IBA, senza preventiva verifica di incidenza ed eventuale VIA, si porrebbe in contrasto con la normativa comunitaria e nazionale dettata in materia di disciplina autorizzativa degli impianti eolici, come pure della stessa specifica normativa di tutela diretta per le IBA e per le ZPS; e, infatti, dalla normativa comunitaria emerge il "favor", espresso nei confronti della realizzazione di centrali eoliche, in quanto impianti destinati a produrre energia "pulita"; al contempo, il legislatore comunitario (cfr. art. 6, comma 3 della direttiva 92/43/CE) e nazionale (art. 5 dpr 357/97 come modificato dall'art. 6 del dpr 12-3-2003 n. 120) e la stessa Corte di Giustizia CE (sez. IV, 4 ottobre 2007, causa C-179/06), non contemplano un divieto assoluto e generalizzato di realizzazione di tali impianti nelle aree ZPS, IBA e SIC ma, tenuto conto degli

aspetti di criticità ambientale, li hanno assoggettati a specifiche procedure di valutazione di impatto ed incidenza ambientale. Sul punto la giurisprudenza ha espresso orientamenti discordantiSenonché la Corte di Giustizia UE, con sentenza 21 luglio 2011 (in C-2/10) ha statuito che “ la direttiva del Consiglio 21 maggio 1992,92/43/CEE, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della fauna e della flora e della fauna selvatica, la direttiva del Consiglio 2 aprile 1979,79/409/CEE, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 27 settembre 2001, 2001/77/CE, sulla promozione dell’energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell’elettricità, e la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 aprile 2009, 2009/28/CE, sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a una normativa che vieta l’installazione di aereo generatori non finalizzati all’autoconsumo, su siti appartenenti alla Rete Ecologica Europea – Natura 2000, senza alcuna previa valutazione dell’incidenza ambientale del progetto sul sito specificamente interessato, a condizione che i principi di non discriminazione e di proporzionalità siano rispettati”. Ne discende che in caso di installazione di aereo generatori non finalizzati all’autoconsumo – come nel caso di specie – i divieti di localizzazione di impianti eolici in aree ZPS introdotti dall’art. 5 del d.m. 17.10.2007, nonché dall’art. 2 della legge regionale n. 22 del 2009 e dalle delibere di Giunta attuative n. 1509/2007 e 889/2008, devono ritenersi conformi al diritto comunitari , con conseguente legittimità del provvedimento impugnato che vi si è conformato, tenuto altresì conto che, nel caso di specie, non risulta contestato il rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità evocati dalla Corte di Giustizia come parametro di legittimità delle misure limitative recanti divieti generalizzati....”.

La Sezione condivide la determinazione reiettiva del Tribunale Amministrativo, ritenendo per l’effetto infondate le doglianze proposte.

Tanto per le ragioni che di seguito si espongono.

L’articolo 5 del decreto ministeriale 17 ottobre 2007, recante “*Criteri minimi uniformi*

per la definizione di misure di conservazione relative a zone speciali di conservazione (ZSC) e Zone di protezione speciale (ZPS)”, dispone che “Per tutte le ZPS, le regioni..., con l’atto di cui all’art. 3, comma 1, del presente decreto, provvedono a porre i seguenti divieti:....l) 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 di ammodernamento, anche tecnologico, che non comportino un aumento dell’impatto sul sito in relazione agli obiettivi di conservazione della ZPS, nonché gli impianti di autoproduzione con potenza complessiva non superiore a 20 Kw;”.

Come è ben evidente dalla lettera della disposizione, la norma pone un divieto assoluto di realizzazione di nuovi impianti eolici nelle ZPS, prescindendo dalla necessità di una previa valutazione di incidenza ambientale.

Invero, la valutazione di incidenza da essa prevista è riferita all’eccezione in essa contemplata, cioè alla fattispecie degli *“impianti per i quali, alla data di emanazione del presente atto, sia stato avviato il procedimento di autorizzazione mediante deposito del progetto”*.

In sostanza, il richiamato articolo 5 stabilisce un divieto generalizzato di costruzione di nuovi impianti eolici, mentre consente la realizzazione di quelli per i quali, al momento di emanazione della norma, sia stato depositato il progetto, subordinandola però in concreto all’esito positivo della valutazione di incidenza.

Quest’ultima, invero, anche da un punto di vista logico non potrebbe essere riferita alla fattispecie dei *“nuovi impianti”*, non avendo altrimenti alcun senso la prescrizione inibitoria prevista dalla richiamata lettera l) dell’articolo 5.

Osserva, inoltre, la Sezione che il divieto normativamente previsto risulta collegato in via esclusiva alla inclusione dell’area in ZPS, senza che venga attribuito alcun rilievo escludente al concreto stato dei luoghi, alla disciplina urbanistica dell’area ovvero ad altra normativa (di fonte diversa, di natura pianificatoria o

programmatoria) che in astratto consenta la costruzione di aereogeneratori.

Di conseguenza, non può assumere rilievo alcuno, ai fini della pretesa ammissibilità dell'intervento previa verifica di assoggettabilità a VIA-screening, il richiamo operato dalla società ricorrente alla zona territoriale C.23 di inclusione dell'area di cui trattasi, ed alle previsioni della Carta di trasformabilità e del PTPAAV della Regione Molise.

Parimenti – a giudizio della Sezione – non vale ad escludere l'operatività del divieto di realizzazione del nuovo impianto la circostanza che nella stessa zona sia presente ed operativo un impianto da fonte rinnovabile gestito dall'ENEL.

Sotto il profilo qui considerato va, invero, osservato, che l'esistenza di altro impianto, avuto riguardo alla peculiare finalità di tutela della normativa, lungi da giustificare la pretesa attenuazione del divieto, ne giustifica invece una più rigida applicazione, trovandosi di fronte ad ambito territoriale già compromesso ove l'esigenza di conservazione risulta senza dubbio maggiore.

Il carattere assoluto del divieto di realizzazione di nuovi impianti eolici, sancito dal richiamato articolo 5 del d.m. 17-10-2007, risulta recepito anche nella legislazione regionale del Molise.

Invero, l'articolo 2 della legge regionale 7-8-2009, n. 22 dispone, al comma 2 che “*Le Zone di protezione ambientale (ZPS) e le aree IBA (important bird area) sono da intendersi quali aree non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, salvo quanto previsto all'articolo 5, comma 1, lett. l), del decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare del 17 ottobre 2007 (Criteri minimi uniformi per la definizione delle misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciale (ZPS).)*”.

Tale carattere assoluto e, dunque, la sua operatività a prescindere dalla verifica di incidenza ambientale, discende in primo luogo dal richiamo espresso alle sole eccezioni previste dall'articolo 5 del decreto ministeriale (di cui si è sopra detto),

nonché dalla circostanza che la medesima norma, laddove ha voluto ammettere tale procedura, lo ha previsto espressamente. Invero, il successivo comma 3 prevede che *“I territori ricadenti nei siti di Interesse Comunitario (SIC) sono da intendersi quali aree idonee all’installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili solo a seguito di esito favorevole della valutazione di incidenza naturalistica, effettuata ai sensi del decreto legislativo n. 357/97 e della valutazione di impatto ambientale”*.

Da quanto sopra esposto discende, dunque, che la normativa specifica di riferimento pone un divieto assoluto di realizzazione di nuovi impianti eolici nelle aree ZPS e ciò senza necessità del previo esperimento della procedura di assoggettabilità a VIA-screening, il cui esito favorevole ne consentirebbe l’insediamento.

A diversa conclusione non può condurre neppure – come sostenuto dall’appellante – il riferimento alla normativa comunitaria e nazionale in materia di impianti da fonti rinnovabili, la quale esprimerebbe, sia sotto il profilo sostanziale che procedurale, ampio “favor” per tali attività (dirette alla produzione di energia pulita), con la conseguenza che la normativa nazionale di cui al decreto ministeriale citato e quella regionale non potrebbero essere intese in termini di divieto assoluto, ma, nell’ottica della comparazione degli interessi, dovrebbero interpretarsi nel senso di consentire la realizzazione degli impianti in caso di esito positivo di valutazione di incidenza ambientale.

Anche tale censura – a giudizio della Sezione – non merita condivisione.

Va, invero, osservato in linea generale che il “favor” espresso per la realizzazione di impianti energetici da fonte rinnovabile non è in sé espressione di un interesse pubblico in assoluto prevalente sugli altri che con lo stesso possano venire in conflitto.

Si vuole in sostanza affermare che ben può il legislatore individuare l’esistenza di interessi pubblici di maggior rilievo da tutelare ed individuare fattispecie nelle quali

questi ultimi prevalgono sul richiamato “favor” alla costruzione di impianti eolici. L’esigenza di preservare, mantenere e ristabilire per determinate specie ornitiche una varietà ed una superficie di habitat, nonché di individuare misure speciali di conservazione degli habitat è anch’esso interesse pubblico rilevante, che ben può condurre, per esigenze di tutela, al divieto assoluto, in aree ZPS, di svolgimento di determinate attività, quali l’esercizio di impianti eolici, ritenendosi che queste costituiscano pericolo per le esigenze di tutela e salvaguardia dei predetti interessi pubblici.

Si è, dunque, in tal caso in presenza di una scelta del legislatore, effettuata all’esito della valutazione comparativa dei diversi interessi coinvolti, che si esprime dando prevalenza ad uno di essi; scelta da ritenersi legittima tutte le volte in cui essa sia giustificata, logica e ragionevole.

Nel senso della legittimità di un divieto assoluto si è, del resto, come ricordato dal Tribunale Amministrativo, espressa la Corte di Giustizia UE.

Con decisione della Sezione I, n. 2 del 21-7-2011 (procedimento C-2/10), la Corte ha affermato che la protezione degli habitat e della flora e della fauna selvatiche (in particolare degli uccelli), attuata anche attraverso l’individuazione dei siti appartenenti alla Rete ecologica europea Natura 2000, è un valore che consente alla normativa nazionale di prevedere il divieto di installazione di aereogeneratori per la produzione di energia eolica, non destinati all’autoconsumo, negli stessi siti. Ha disposto, pertanto, che le direttive 2 aprile 1979 n. 79/49/Cee (relativa alla conservazione degli uccelli selvatici), 21 maggio 1992 n. 92/43/Cee (relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche) e la direttiva 23 aprile 2009 n. 2009/28/Ce, sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili, devono essere interpretate nel senso che esse consentono la previsione di tale divieto anche in mancanza di una previa valutazione dell’incidenza ambientale del progetto sul sito specificamente

interessato, purché risultino rispettati i principi di non discriminazione e di proporzionalità.

Ciò posto, ritiene il Collegio che il divieto posto dalla normativa nazionale e regionale in esame sia legittimo, in quanto non discriminatorio e proporzionato, alla luce dei criteri direttivi fissati dalla prefata sentenza del giudice comunitario.

Con riferimento al carattere discriminatorio della misura, quest'ultimo ha osservato che *“il divieto di discriminazione sancito dall'art. 6, n. , della direttiva 2001/77 non rappresenta altro che l'espressione specifica del principio generale di uguaglianza, che appartiene ai principi fondamentali del diritto dell'Unione e che vieta che situazioni analoghe siano trattate in maniera diversa o che situazioni diverse siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato ...Orbene, nel caso di specie, spetta al giudice del rinvio verificare se la differenza di trattamento tra i progetti di costruzione degli aereogeneratori e i progetti riguardanti altre attività industriali proposte su siti appartenenti alla rete Natura 2000 possa fondarsi su differenze oggettive esistenti tra questi due tipi di progetti. In questo contesto, tale giudice deve tener conto delle specificità degli impianti eolici, relative in particolare ai pericoli che questi ultimi possono rappresentare per gli uccelli, quali i rischi di collisione, le perturbazioni e gli spostamenti, l'effetto barriera che costringe gli uccelli a cambiare direzione o la perdita o la degradazione degli habitat”*.

Orbene, rileva la Sezione che il carattere discriminatorio della misura va valutato da un punto di vista normativo, ponendo cioè a confronto disposizioni normative che, trattando in maniera distinta situazioni identiche, vengano a violare il principio di uguaglianza.

La discriminazione di cui trattasi non può, invece, essere valutata con riferimento a specifici provvedimenti amministrativi di autorizzazione, che non trovino fondamento in una conforme disposizione normativa.

Sicché, a fondamento della ritenuta discriminazione, non può essere utilmente invocata – come sostenuto dall'appellante - la circostanza dell'esistenza in zona di

un impianto eolico realizzato dall'ENEL.

Difatti, nel caso in cui l'assenso al predetto impianto fosse stato concesso nella vigenza della stessa normativa statale e regionale alla quale si è sopra fatto riferimento (d.m. 17-10-2007; l.reg. n. 22/2009), non si sarebbe di fronte a disposizioni normative contenenti un trattamento discriminatorio, quanto piuttosto ad un provvedimento amministrativo illegittimo rilasciato all'altro operatore economico.

Laddove, invece, l'assenso all'impianto eolico dell'Enel fosse stato rilasciato in epoca precedente, sulla base di disposizioni normative di diverso contenuto e tenore, un problema di trattamento discriminatorio non si porrebbe assolutamente, essendo diversi i parametri normativi di riferimento.

Sotto altro profilo, poi, va osservato che il divieto assoluto di installazione di impianti eolici nelle ZPS si presenta ragionevole e giustificato, ove si considerino la particolare conformazione degli aereogeneratori e le specifiche modalità di funzionamento, che possono produrre per gli uccelli i rischi ed i pericoli evidenziati nella citata pronuncia del giudice comunitario.

Venendo ora all'esame del parametro della proporzionalità, va premesso che la Corte di Giustizia ha chiarito che *“il principio di proporzionalità, enunciato dall'articolo 13 della direttiva 2009/28, che appartiene ai principi generali del diritto dell'Unione, richiede che le misure adottate dagli Stati membri in tale ambito non superino i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra le misure più appropriate, si deve ricorrere alla misura meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti...Spetta al giudice del rinvio verificare la proporzionalità della misura nazionale controversa. Tale giudice deve in particolare tener conto del fatto che la normativa controversa nella causa principale si riferisce ai soli aereogeneratori, ad esclusione di altre forme di energie rinnovabili quali gli impianti fotovoltaici. Inoltre il divieto si applicherebbe*

solo ai nuovi impianti eolici a fini commercial , laddove gli aereogeneratori finalizzati all'autoconsumo...sono esclusi dall'ambito di applicazione di tale divieto”.

Ritiene il Collegio che l'esplicitazione del contenuto del principio, così come operato dal giudice comunitario, e la indicazione degli elementi per valutarne la sussistenza, inducano a ritenere le misure normative in esame rispettose del canone della proporzionalità.

Il divieto, invero, è riferito ai soli impianti eolici e non anche a tutte le altre tipologie di produzione di energia rinnovabile.

Di poi, si osserva che il divieto è riferito ai soli “nuovi” impianti, restando esclusi dallo stesso quelli per i quali è stato avviato il procedimento di autorizzazione alla data di entrata in vigore del d.m. e consentendosi comunque gli interventi di sostituzione ed ammodernamento di quelli esistenti nonché la realizzazione di impianti di autoproduzione con potenza complessiva non superiore ai 20 Kw.

Trattasi, dunque, di divieto non indiscriminato, che limita l'attività di produzione di energie rinnovabili nei limiti strettamente necessari alla tutela delle specie ornitiche tutelate e dei relativi habitat.

Sulla base delle considerazioni tutte sopra svolte deve, pertanto, essere ritenuta l'infondatezza delle proposte doglianze.

2.3. Sotto altro profilo la società ricorrente censura la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto infondata la censura di violazione dell'articolo 5, comma 3, della legge regionale n. 22/2009, nella parte in cui impone la sospensione dell'esame dei procedimenti autorizzatori fino alla pubblicazione delle nuove linee guida.

L'appellante deduce che la decisione del giudice di primo grado parte dalla erronea considerazione che il legislatore regionale non avrebbe potuto introdurre una disposizione di salvaguardia dei procedimenti già avviati più favorevole rispetto a quella contenuta nel decreto ministeriale.

Orbene, se il Responsabile del Servizio avesse osservato la moratoria prevista dalla citata norma ed avesse sospeso l'esame dell'istanza (in luogo di denegarla direttamente), la società avrebbe potuto giovare della previsione contenuta nelle disposizioni transitorie e finali delle linee guida alla legge regionale n. 22/2009, secondo cui *“l'art. 2, comma 2, della legge regionale Molise 7 agosto 2009 n. 22 nonché l'articolo 12, comma 2, delle presenti linee guida non si applicano agli impianti per i quali alla data di entrata in vigore della predetta legge regionale sia già stata presentata istanza di autorizzazione mediante deposito del progetto”*.

La sentenza gravata così motiva sul punto.

“la ricorrente ...assume che – poiché le linee guida, successivamente approvate con delibera di Giunta del 16 novembre 2009 n. 1074, hanno introdotto una disciplina intertemporale più favorevole rispetto a quella del d.m. 17-10-2007 – la mancata sospensione dell'iter procedimentale le avrebbe recato un pregiudizio consistente nell'impossibilità di vedersi applicare la predetta disciplina, che comporta la non operatività dei nuovi divieti localizzativi alle domande presentate prima dell'entrata in vigore della legge regionale n. 22/09 (agosto 2009) laddove il decreto ministeriale limita siffatta inoperatività alle sole domande presentate prima della sua entrata in vigore, tra le quali non può essere annoverata quella della società ricorrente, in quanto depositata nel luglio del 2009. La tesi non può essere condivisa. Occorre evidenziare che le previsioni di cui al d.m. 17-10-2007, contenendo misure minime di conformazione dell'ordinamento nazionale a quello comunitario, devono essere considerate inderogabili; inoltre, la materia dell'ambiente è riservata alla competenza esclusiva dello Stato (cfr. Corte Cost. , sent. n. 104 del 18-4-2008), sicché la legislazione regionale non può introdurre previsioni derogatorie della disciplina statale. Ne discende che le previsioni delle linee guida regionali adottate con deliberazione del 16 novembre 2009 n. 1074 devono ritenersi illegittime nella parte in cui, contravvenendo al disposto di cui al citato d.m., esentano dal regime vincolistico i procedimenti autorizzatori avvisti prima dell'entrata in vigore della legge regionale n. 22/09, anziché i soli procedimenti avviati prima dell'entrata in vigore del decreto ministeriale, modificando in tal modo

la disciplina statale intertemporale e la regola di bilanciamento tra ius superveniens e tutela dell'affidamento posta dal legislatore statale. Giammai, pertanto, la ricorrente avrebbe potuto giovare di tale previsione regolamentare introdotta dalla Giunta Regionale, pena la localizzazione di un impianto in violazione della normativa statale di riferimento introdotta in materia non solo riservata alla competenza statale e, soprattutto, varata in adempimento di uno specifico obbligo comunitario, con conseguente necessità di disapplicazione della fonte regolamentare regionale sottordinata, ove recante previsioni con quella contrastanti. Non potendosi la ricorrente giovare della predetta previsione regolamentare – che il competente ufficio regionale avrebbe, comunque, dovuto disapplicare al termine della moratoria, dando prevalenza alla normativa statale attuativa di specifico obbligo comunitario – la dedotta violazione dell'obbligo di sospensione dell'esame dei procedimenti di rilascio dell'autorizzazione unica, introdotto dall'art. 5, comma 3 della legge regionale n. 22/2009 deve ritenersi inidonea a viziare il provvedimento impugnato, con conseguente infondatezza della doglianza”.

La determinazione reiettiva del giudice di primo grado è condivisa dal Collegio, risultando pertanto infondata la censura proposta.

La Sezione, invero, concorda con il Tribunale Amministrativo, laddove afferma - in relazione alla specifica competenza statale in materia ed alla natura della normativa contenuta nell'articolo 5 del d.m. 17-10-2007, attuativa di specifici obblighi comunitari – la immodificabilità della disposizione intertemporale da questa introdotta da parte dell'autorità regionale.

Va, inoltre, considerato che l'invocata disposizione delle linee guida, laddove afferma l'inapplicabilità dell'articolo 2, comma 2 della legge regionale n. 22/2009 agli impianti per i quali sia già stata presentata istanza di autorizzazione alla data di entrata in vigore della suddetta legge regionale, non si pone soltanto in contrasto con l'articolo 5 del decreto ministeriale citato, ma risulta violativa dello stesso articolo 2 della legge regionale n. 22/2009.

Invero, tale norma opera espresso riferimento all'articolo 5 del d.m. citato

(“...salvo quanto previsto all’articolo 5, comma 1, lett. l) del decreto del Ministro dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare...”), in tal modo recependo l’esclusione del divieto di realizzazione di impianti eolici come riferita solo agli “impianti per i quali, alla data di emanazione del presente atto, sia stato avviato il procedimento di autorizzazione...” .

Dunque, non è solo la normativa statale a fissare tale limite temporale, ma anche la legge regionale; con la conseguenza che la invocata disposizione delle linee guida (avente natura regolamentare ed adottata dalla Giunta) è illegittima anche per violazione della legge regionale, la quale non può evidentemente essere modificata da una fonte di rango inferiore.

Sicché correttamente il Tribunale ha ritenuto l’infondatezza del ricorso sul punto: sia perché l’applicazione della moratoria non avrebbe potuto arrecare vantaggio alcuno al privato, considerandosi che la ragione del diniego non poteva trovare modifica o diverso esito nella esplicitazione delle linee guida; sia perché, comunque, anche se la moratoria fosse stata rispettata, l’organo regionale, nel determinarsi sulla istanza non avrebbe potuto che respingerla, dovendo dare prevalenza, per le ragioni sopra esposte, alla disposizione statale (correttamente recepita nella legge regionale) e non anche alla diversa previsione delle “linee guida”.

Sulla base delle considerazioni tutte sopra svolte, pertanto, l’appello iscritto al n. 8373/2013 R.G. deve essere rigettato, con conseguente conferma della gravata sentenza.

3.1. Può a questo punto passarsi all’esame dell’appello n. 3640/2015 R.G., con il quale viene impugnata la sentenza n. 587/2014 del 30-10-2015, che ha respinto il ricorso proposto avverso il provvedimento prot. n. 29773/2013 del 18-10-2013, a firma del Direttore del Servizio valutazione ambiente, con il quale si è ritenuto ultroneo assoggettare a v.i.a. l’intervento di completamento e riassetto dello

sfruttamento eolico di Roccamandolfi, località Caterazzi, Monte del Monaco, Serre, Pietrerei, Valle Caprara e Brecciosa poiché in contrasto con il vincoli dell'area S.i.c.-Z.P.S. "la Gallinola-Monte Miletto-Fonti del Matese", anche alla luce delle risultanze della sentenza del TAR Molise n.457/2013 ed ha dichiarato improcedibili i motivi aggiunti intesi ad ottenere l'annullamento del provvedimento della Regione Molise-Ufficio Gestione del paesaggio, prot. n. 0000144 del 9-1-2014, con il quale il Responsabile del Servizio ha dichiarato, in merito alla richiesta di realizzazione dell'intervento di completamento e riassetto del Piano di sfruttamento eolico del territorio di Roccamandolfi, non potersi procedere all'istruttoria, in quanto l'intervento ricade in zona P.z.s.

3.2. Con il primo motivo la società deduce: error in iudicando- erronea interpretazione e falsa applicazione del d.m. 17-10-2007 – errata interpretazione della legge regionale n. 22 del 2009; erronea interpretazione e falsa applicazione della direttiva 92/43/CEE e del DPR n. 357/1997, come modificato dall'articolo 6 del DPR n. 120/2003; erronea valutazione della situazione di fatto esistente - erronea valutazione delle disposizioni del PRG del Comune di Roccamandolfi e del PTVV A della Regione Molise; errata interpretazione delle delibere di G.R. n. 1509/2007 e n. 889/2008; errata interpretazione della delibera regionale n. 1074/2009 contenente le linee guida regionali in materia di energia eolica e del principio del *tempus regit actum* .

Sotto un primo profilo (motivo 1/a) l'appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata in quanto l'assoggettabilità a V.i.a.-screening ambientale del progetto presentato avrebbe dovuto essere consentita sulla base del principio del *tempus regit actum*, atteso che la disciplina che doveva applicarsi alla fattispecie era quella precedente alla entrata in vigore della legge regionale n. 22/2009 (prevedente il divieto di installazione di aereo generatori in aree Z.P.S.) e, cioè la normativa contenuta nella legge regionale n. 15/2008 e nelle linee guida di cui al decreto 10-

6-2008 n. 167, che consentiva la realizzazione di impianti eolici in tali aree a seguito di valutazione di impatto ambientale e di incidenza.

Rileva, invero, di aver presentato il proprio progetto in data 13-8-2009, come attestato dal timbro apposto sulla relativa istanza, dunque nella vigenza della predetta legge regionale n. 15/2008, essendo invece stata pubblicata la successiva legge regionale n. 22/2009 solo il 14-8-2009.

L'esclusione del divieto contenuto in tale normativa sarebbe ulteriormente confermato dalla previsione delle successive linee guida, di cui alla delibera della Giunta Regionale 16-11-2009, n. 1074, secondo cui l'articolo 2, comma 2 della legge n. 22/2009 non trova applicazione agli impianti per i quali alla data di entrata in vigore della legge sia già stata presentata istanza di autorizzazione mediante deposito del progetto.

La doglianza non è condivisa dalla Sezione.

La normativa invocata dall'appellante è contenuta nell'articolo 2 della legge regionale n. 12/2008, secondo cui le zone di protezione speciale ed i territori ricadenti nei siti di interesse comunitario sono da ritenersi aree idonee all'installazione di impianti eolici solo a seguito di esperimento, con esito favorevole, delle valutazioni di impatto ambientale e di incidenza dei progetti presentati.

L'articolo 2, comma 2, della successiva legge regionale n. 22 del 7-8-2009 prevede, invece, che *“le zone di protezione ambientale (ZPS) e le aree IBA (important bird area) sono da intendersi quali aree non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, salvo quanto previsto all'art. 5, comma 1, lett. l) del decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare del 17 ottobre 2007”*.

Trattasi, per come è evidente, di disposizioni regolatrici dei presupposti sostanziali di realizzabilità degli impianti eolici e, dunque, dei presupposti di legittimità dei provvedimenti abilitativi necessari alla costruzione degli impianti.

La prima disposizione ne consente la realizzazione previa valutazione positiva dell'impatto ambientale, mentre la seconda pone un divieto assoluto di installazione.

Devono a questo punto essere richiamate le regole generali disciplinatrici dei rapporti tra procedimento amministrativo e normativa sopravvenuta.

Come è noto, il procedimento è regolato dal principio del *tempus regit actum*, secondo il quale i provvedimenti dell'amministrazione, in quanto espressione attuale dell'esercizio di poteri rivolti al soddisfacimento di pubblici interessi, devono uniformarsi, sia per quanto concerne i requisiti di forma e procedimento, sia per quanto riguarda al contenuto sostanziale delle statuizioni, alle norme giuridiche vigenti nel momento in cui vengono posti in essere.

Tanto in applicazione del principio della immediata operatività delle norme di diritto pubblico.

Da tanto consegue che quando la legge sopravvenuta riguarda gli atti del procedimento, quelli già compiuti conservano validità se si inseriscono in una fase procedimentale o in un subprocedimento già esauriti; se, invece, la normativa sopravvenuta riguarda i presupposti degli atti, questa deve essere applicata in sede di provvedimento finale.

Ciò posto e facendo applicazione di tali principi generali, risulta evidente che nella vicenda in esame trova corretta applicazione la normativa sopravvenuta recata dalla legge n. 22/2009, considerandosi che al momento della sua entrata in vigore era stato solamente presentato il progetto di realizzazione del parco eolico, il provvedimento finale non era stato assunto e comunque non si era neppure esaurita la fase di verifica della incidenza ambientale.

A tali principi generali può, peraltro, derogare il legislatore, dettando una disciplina diversa.

Orbene, nella specie parte ricorrente invoca l'articolo 1 delle disposizioni

transitorie e finali di cui alle linee guida della delibera di G.R. n. 1074/2009, che escluderebbe l'operatività del divieto recato dall'articolo 2 della predetta legge regionale n. 22 agli impianti per i quali alla data della sua entrata in vigore sia già stata presentata istanza di autorizzazione mediante deposito del progetto.

Osserva, peraltro, la Sezione che tale disposizione regolamentare, recando una inammissibile modifica della disciplina contenuta nell'articolo 5 del decreto ministeriale 17-10-2007 e nell'articolo 2 della legge regionale n. 22/2009 (che tale disposizione richiama), è illegittima e non può essere applicata.

Si rinvia in proposito alle argomentazioni svolte, in sede di trattazione dell'appello n. 8373/2013 R.G., nel precedente paragrafo 2.3.

La doglianza è, pertanto, infondata.

Con ulteriori profili di censura (motivo 1/b e 1/c) la società appellante impugna la gravata sentenza nella parte in cui è ancora la legittimità dei provvedimenti impugnati al d.m.17-10-2007, il quale conterrebbe un divieto generalizzato di realizzazione di impianti di produzione di energia da fonte eolica.

Essa contesta l'esistenza di tale divieto assoluto, rilevando che la normativa comunitaria e quella nazionale sarebbero nel senso di favorire la realizzazione di centrali eoliche, onde espressione di tale *favor* sarebbe l'esigenza di comparare sempre l'interesse ambientale e paesaggistico con quello alla produzione di energia pulita, attraverso la verifica di assoggettabilità a v.i.a.-screening.

Sottolinea ancora che la sentenza omette di considerare la disciplina comunitaria e nazionale in tema di autorizzazione alla realizzazione di parchi eolici, la quale obbligherebbe a valutare la reale incidenza ambientale dei *realizzandi* manufatti nelle zone di protezione speciale (direttiva 2009/28/CE; DPR n. 357/1997; D.Lgs. n. 28/2011). Tale disciplina, evidenziando il *favor* per la costruzione di tali impianti, andrebbe comparata con la direttiva 1979/409/CE e con il d.m. attuativo del 17-10-2007, con la conseguenza che le disposizioni del citato d.m. non impedirebbero

la realizzazione di impianti eolici in aree già utilizzate, ma richiederebbero unicamente la previa valutazione di incidenza.

Tali doglianze vengono riprese nel terzo motivo dell'appello, laddove viene dedotto: *error in iudicando* - errata interpretazione dei principi comunitari di proporzionalità e non discriminazione in relazione al divieto generalizzato di intervento, errata interpretazione della direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio - eccesso di potere.

La società deduce in proposito l'erroneità della sentenza, nella parte in cui ritiene che le delibere e la legge regionali, in quanto attuative del citato d.m. 17-10-2007, dispongono un divieto assoluto di realizzazione di impianti eolici, senza considerare che tale divieto non può operare in aree – come quella in esame – che siano già investite da impianti eolici e che abbiano una disciplina urbanistico-territoriale già acclarata.

Evidenza, invero: che gli impianti eolici erano previsti dal PRG; che il piano territoriale “Massiccio del Matese” consente tale tipologia di interventi; che l'area ricade in zona territoriale C23 – categoria C.8 che ammette tali opere, come pure il PTPAAV della Regione Molise, che la inserisce in zona G.2.3. (800 MS-ML).

Osserva la Sezione che le sopra esposte doglianze sono già state esaminate dal Collegio in sede di trattazione dell'appello n. 8373/2013 R.G. (paragrafo 2.2.) e ritenute infondate con argomentazioni diffusamente esposte ed alle quali si rinvia.

Sulla base delle sopra svolte considerazioni deve, di conseguenza, essere ritenuta l'infondatezza del primo e del terzo motivo di appello.

3.3. Con il secondo motivo la società censura la sentenza di primo grado per: *error in iudicando* - errata interpretazione dei principi comunitari di proporzionalità e non discriminazione in relazione al divieto generalizzato di intervento – errata interpretazione della direttiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio - eccesso di potere.

Evidenzia, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, che nel ricorso di primo grado era stata dedotta, nella imposizione di un divieto assoluto di realizzazione di impianti eolici in area ZPS, la violazione dei principi comunitari di non discriminazione e di proporzionalità.

Il rispetto del principio di proporzionalità avrebbe richiesto, in luogo di un aprioristico diniego, la previa valutazione dell'incidenza ambientale del *realizzando* impianto, costituendo un divieto generalizzato di introdurre impianti di produzione da fonte eolica una limitazione non proporzionale rispetto agli obiettivi (tutela dell'ambiente e dell'habitat naturale delle specie a rischio) che le direttive comunitarie si prefiggono di raggiungere.

Nella specie, poi, risulterebbe violato anche il principio di non discriminazione, risultando una evidente disparità di trattamento dalla circostanza che la Regione, nel medesimo ambito territoriale, aveva autorizzato l'impianto eolico dell'ENEL mentre aveva denegato quello per il quale essa aveva richiesto autorizzazione.

Rileva la Sezione che anche tale profilo di censura è stato esaminato e ritenuto infondato nella disamina dell'appello n. 8373/2013 R.G. Alle relative argomentazioni (par. 2.2.) può, dunque, operarsi rinvio in questa sede.

Anche il secondo motivo di appello è, pertanto, infondato.

3.4. Con il quarto motivo la società censura la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto inconferenti le questioni paesaggistiche sollevate con l'atto di motivi aggiunti, dichiarandone l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse.

Deduce in proposito che, ove si ritenesse l'illegittimità del provvedimento impugnato con il ricorso originario, conseguirebbe anche l'illegittimità dell'atto gravato dai motivi aggiunti.

Aggiunge ancora che l'istruttoria denegata dalla Regione Molise era comunque necessaria, in quanto avrebbe consentito di acclarare la reale e concreta natura dei

luoghi, così da evidenziare che l'intervento proposto era compatibile con la zona ZPS ed IBA, non imponendo la normativa nazionale e regionale un divieto assoluto di realizzazione degli impianti eolici e sussistendo in concreto le condizioni per escludere l'operatività dei limiti inibitori di cui al d.m. 17-10-2007.

La doglianza non è condivisa dal Collegio.

Il provvedimento impugnato con l'atto di motivi aggiunti è la nota del 9-1-2014 della Regione Molise - Direzione Area IV - Servizio di Pianificazione e Gestione Territoriale e Paesaggistica - Ufficio Gestione del Paesaggio, con la quale si è comunicato al privato che "l'intervento di cui all'oggetto ricade in zona Z.P.S., pertanto rispetto a quanto previsto dalle norme in materia non è possibile procedere ad istruttoria".

La sentenza di primo grado così motiva sul punto.

"Stante l'impossibilità di sottoporre a V.I.A. l'intervento di completamento e riassetto dello sfruttamento eolico di Roccamandolfi, le questioni paesaggistiche sollevate con i motivi aggiunti diventano inconferenti. Con detto mezzo di gravame, la ricorrente impugna il sopravvenuto provvedimento della Regione Molise ..., con il quale il Responsabile del Servizio ha dichiarato ...non potersi procedere alla istruttoria, in quanto l'intervento ricade in zona di speciale protezione. E' evidente che la ricorrente non abbia interesse ad ottenere un parere paesaggistico, se non può avere la valutazione di impatto ambientale sul progetto. Ciò rende improcedibili i motivi aggiunti per sopravvenuto difetto di interesse."

La Sezione condivide la statuizione emessa dal Tribunale, che deve per l'effetto essere confermata.

Va, invero, evidenziato che, ritenuta la legittimità del diniego di sottoposizione a v.i.a.-screening del progetto presentato dalla società in considerazione del divieto assoluto di installazione di impianti eolici in area Z.P.S., effettivamente il privato non ha alcun interesse al rilascio del parere paesaggistico.

Lo stesso, invero, in uno al sotteso accertamento, non gli è utile alla concreta

verifica dello stato dei luoghi, considerato che – per come si è sopra visto - il divieto posto dal d.m. 17-10-2007 non soffre eccezioni rivenienti dalla considerazione del concreto stato dei luoghi.

Risultando, poi, l'atto richiesto funzionale alla autorizzazione all'impianto, la non realizzabilità comunque dello stesso previa valutazione di incidenza priva il ricorrente di qualsiasi utilità concreta ad una pronunzia favorevole del giudice.

E', dunque, infondato anche il quarto motivo dell'appello.

Stante la legittimità dei provvedimenti impugnati, mancando il danno ingiusto nel comportamento dell'Amministrazione intimata, deve essere rigettata anche la domanda risarcitoria riproposta con l'atto di appello.

Conclusivamente, l'appello iscritto al n. 3640/2015 R.G. deve essere rigettato in quanto infondato.

4.1. Deve a questo punto passarsi all'esame dell'appello iscritto al n. 3642/2015 R.G., con il quale è stata gravata la sentenza del TAR Molise n. 590/2014 del 30-10-2014, che ha rigettato il ricorso proposto avverso il provvedimento di cui alla nota del 9-9-2009, prot. n. 18838, con il quale la Regione Molise (Servizio conservazione della Natura e V.I.A.) aveva ritenuto di non attivare la procedura di verifica di assoggettabilità a v.i.a. e screening della proponente società WDP Ventitalia nel Comune di Roccamandolfi per un parco eolico in area Z.p.s. e I.b.a., in quanto, sulla base della normativa vigente in detta area, potevano essere approvati solo impianti la cui progettazione fosse stata presentata in data anteriore all'entrata in vigore del d.m. 17-10-2007.

Con tale atto di appello la società ripropone sostanzialmente le doglianze articolate nell'appello n. 3640/2015 R.G., già sopra esaminate e respinte dalla Sezione.

4.2. . Con il primo motivo la società deduce: error in iudicando- erronea interpretazione e falsa applicazione del d.m. 17-10-2007 – errata interpretazione della legge regionale n. 22 del 2009; erronea interpretazione e falsa applicazione

della direttiva 92/43/CEE e del DPR n. 357/1997, come modificato dall'articolo 6 del DPR n. 120/2003; erronea valutazione della situazione di fatto esistente-
erronea valutazione delle disposizioni del PRG del Comune di Roccamandolfi e del PTVV A della Regione Molise; errata interpretazione delle delibere di G.R. n. 1509/2007 e n. 889/2008; errata interpretazione della delibera regionale n. 1074/2009 contenente le linee guida regionali in materia di energia eolica e del principio del *tempus regit actum* .

Sotto un primo profilo (motivo 1/a) l'appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata in quanto l'assoggettabilità a V.i.a.-screening ambientale del progetto presentato avrebbe dovuto essere consentita sulla base del principio del *tempus regit actum*, atteso che la disciplina che doveva applicarsi alla fattispecie era quella precedente alla entrata in vigore della legge regionale n. 22/2009 (prevedente il divieto di installazione di aereogeneratori in aree Z.P.S.) e, cioè la normativa contenuta nella legge regionale n. 15/2008 e nelle linee guida di cui al decreto 10-6-2008 n. 167, che consentiva la realizzazione di impianti eolici in tali aree a seguito di valutazione di impatto ambientale e di incidenza.

Rileva, invero, di aver presentato il proprio progetto in data 13-8-2009, come attestato dal timbro apposto sulla relativa istanza, dunque nella vigenza della predetta legge regionale n. 15/2008, essendo invece stata pubblicata la successiva legge regionale n. 22/2009 solo il 14-8-2009.

L'esclusione del divieto contenuto in tale normativa sarebbe ulteriormente confermato dalla previsione delle successive linee guida, di cui alla delibera della Giunta Regionale 16-11-2009, n. 1074, secondo cui l'articolo 2, comma 2 della legge n. 22/2009 non trova applicazione agli impianti per i quali alla data di entrata in vigore della legge sia già stata presentata istanza di autorizzazione mediante deposito del progetto.

La doglianza non è condivisa dalla Sezione.

La normativa invocata dall'appellante è contenuta nell'articolo 2 della legge regionale n. 12/2008, secondo cui le zone di protezione speciale ed i territori ricadenti nei siti di interesse comunitario sono da ritenersi aree idonee all'installazione di impianti eolici solo a seguito di esperimento, con esito favorevole, delle valutazioni di impatto ambientale e di incidenza dei progetti presentati.

L'articolo 2, comma 2, della successiva legge regionale n. 22 del 7-8-2009 prevede, invece, che *“le zone di protezione ambientale (ZPS) e le aree IBA (important bird area) sono da intendersi quali aree non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, salvo quanto previsto all'art. 5, comma 1, lett. l) del decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare del 17 ottobre 2007”*.

Trattasi, per come è evidente, di disposizioni regolatrici dei presupposti sostanziali di realizzabilità degli impianti eolici e, dunque, dei presupposti di legittimità dei provvedimenti abilitativi necessari alla costruzione degli impianti.

La prima disposizione ne consente la realizzazione previa valutazione positiva dell'impatto ambientale, mentre la seconda pone un divieto assoluto di installazione.

Devono a questo punto essere richiamate le regole generali disciplinatrici dei rapporti tra procedimento amministrativo e normativa sopravvenuta, di cui si è già trattato

Come è noto, il procedimento è regolato dal principio del *tempus regit actum*, secondo il quale i provvedimenti dell'amministrazione, in quanto espressione attuale dell'esercizio di poteri rivolti al soddisfacimento di pubblici interessi, devono uniformarsi, sia per quanto concerne i requisiti di forma e procedimento sia per quanto riguarda al contenuto sostanziale delle statuizioni, alle norme giuridiche vigenti nel momento in cui vengono posti in essere.

Tanto in applicazione del principio della immediata operatività delle norme di

diritto pubblico.

Da tanto consegue che quando la legge sopravvenuta riguarda gli atti del procedimento, quelli già compiuti conservano validità se si inseriscono in una fase procedimentale o in un subprocedimento già esauriti; se, invece, la normativa sopravvenuta riguarda i presupposti degli atti, questa deve essere applicata in sede di provvedimento finale.

Ciò posto e facendo applicazione di tali principi generali, risulta evidente che nella vicenda in esame trova corretta applicazione la normativa sopravvenuta recata dalla legge n. 22/2009, considerandosi che al momento della sua entrata in vigore era stato solamente presentato il progetto di realizzazione del parco eolico, il provvedimento finale non era stato assunto e comunque non si era neppure esaurita la fase di verifica della incidenza ambientale.

Non può, pertanto, trovare ingresso il rilievo svolto dalla società, in base al quale dovrebbe essere privilegiata la posizione del privato acquisita in virtù dell'inoltro del progetto prima della entrata in vigore della nuova normativa regionale, violandosi altrimenti l'articolo 97 della Costituzione, in quanto ritardi ed omissioni dell'amministrazione ridonderebbero a danno del cittadino.

Tale giustificazione appare, invero, inconferente alla fattispecie in esame, laddove si consideri che tra la data di presentazione del progetto e l'entrata in vigore della nuova legge regionale sono decorso solamente pochi giorni.

Ai principi generali sopra richiamati in tema di rapporti tra procedimento e normativa sopravvenuta può, peraltro, derogare il legislatore, dettando una disciplina diversa.

Orbene, nella specie parte ricorrente invoca l'articolo 1 delle disposizioni transitorie e finali di cui alle linee guida della delibera di G.R. n. 1074/2009, che escluderebbe l'operatività del divieto recato dall'articolo 2 della predetta legge regionale n. 22 agli impianti per i quali alla data della sua entrata in vigore sia già

stata presentata istanza di autorizzazione mediante deposito del progetto.

Osserva, peraltro, la Sezione che tale disposizione regolamentare, recando una inammissibile modifica della disciplina contenuta nell'articolo 5 del decreto ministeriale 17-10-2007 e nell'articolo 2 della legge regionale n. 22/2009 (che tale disposizione richiama), è illegittima e non può essere applicata.

Si rinvia in proposito alle argomentazioni svolte, in sede di trattazione dell'appello n. 8373/2013 R.G., nel precedente paragrafo 2.3.

Va, inoltre, in proposito sottolineato che la disciplina statale recata dal richiamato d.m. 17-10-2007 – per come condivisibilmente affermato dal Tribunale Amministrativo – non può certamente essere derogata sul punto dalla Regione.

Deve al riguardo in primo luogo osservarsi che la competenza in materia di ZPS e di ZSC è esclusivamente statale e che il decreto ministeriale recante criteri minimi uniformi vincola le regioni ordinarie (cfr. Corte cost., sent. n. 104 del 2008 e n.316 del 2009).

La natura, poi, delle predette disposizioni, costituenti criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e Zone di protezione speciale (ZPS), impone che le stesse abbiano identica applicazione su tutto il territorio nazionale, risultando pertanto escluso che le regioni possano diversamente modulare, per aspetti sostanziali, la relativa disciplina.

Orbene, tanto vale a maggior ragione per l'eccezione al 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”).

La prescrizione, infatti, riferendosi al divieto di realizzazione degli impianti ed al limite temporale della sua applicazione, ha valenza sostanziale, onde non può assolutamente condividersi l'assunto di parte appellante in base al quale la modifica

regionale sul punto (salvezza per gli impianti per i quali sia stata presentato il progetto alla data di entrata in vigore della legge regionale n. 22/2009, così differendo di quasi due anni l'operatività del divieto posto dalla normativa statale) sarebbe ammissibile, in quanto non derogatoria, ma semplicemente integrativa della norma statale.

La doglianza è, pertanto, infondata.

Con ulteriori profili di censura (motivo 1/b e 1/c) la società appellante impugna la gravata sentenza nella parte in cui è ancora la legittimità dei provvedimenti impugnati al d.m.17-10-2007, il quale conterrebbe un divieto generalizzato di realizzazione di impianti di produzione di energia da fonte eolica.

Essa contesta l'esistenza di tale divieto assoluto, rilevando che la normativa comunitaria e quella nazionale sarebbero nel senso di favorire la realizzazione di centrali eoliche, onde espressione di tale *favor* sarebbe l'esigenza di comparare sempre l'interesse ambientale e paesaggistico con quello alla produzione di energia pulita, attraverso la verifica di assoggettabilità a v.i.a.-screening.

Sottolinea ancora che la sentenza omette di considerare la disciplina comunitaria e nazionale in tema di autorizzazione alla realizzazione di parchi eolici, la quale obbligherebbe a valutare la reale incidenza ambientale dei *realizzandi* manufatti nelle zone di protezione speciale (direttiva 2009/28/CE; DPR n. 357/1997; D.Lgs. n. 28/2011). Tale disciplina, evidenziando il *favor* per la costruzione di tali impianti, andrebbe comparata con la direttiva 1979/409/CE e con il d.m. attuativo del 17-10-2007, con la conseguenza che le disposizioni del citato d.m. non impedirebbero la realizzazione di impianti eolici in aree già utilizzate, ma richiederebbero unicamente la previa valutazione di incidenza.

Tali doglianze vengono riprese nella parte finale dell'appello, laddove viene dedotta l'erroneità della sentenza nella parte in cui ritiene che le delibere e la legge regionali, in quanto attuative del citato d.m. 17-10-2007, dispongono un divieto

assoluto di realizzazione di impianti eolici, senza considerare che tale divieto non può operare in aree – come quella in esame – che siano già investite da impianti eolici e che abbiano una disciplina urbanistico-territoriale già acclarata.

Evidenzia, invero: che gli impianti eolici erano previsti dal PRG ; che il piano territoriale “Massiccio del Matese” consente tale tipologia di interventi; che l’area ricade in zona territoriale C.23 – categoria C.8 che ammette tali opere, come pure il PTPAAV della Regione Molise, che la inserisce in zona G.2.3 (800 MS-ML).

Osserva la Sezione che le sopra esposte doglianze sono già state esaminate dal Collegio in sede di trattazione dell’appello n. 8373/2013 R.G. (paragrafo 2.2.) e ritenute infondate con argomentazioni diffusamente esposte ed alle quali si rinvia.

Si è, invero, in tale sede ampiamente argomentato sulla natura assoluta del divieto recato dall’articolo 5 del d.m. 17-10-2007 e dall’articolo 2 della legge regionale n. 22/2009, precisando che la previsione di sottoposizione a valutazione di incidenza ivi prevista si riferisce non alla realizzazione dei “nuovi” impianti, ma unicamente alla specifica eccezione al suddetto divieto.

Può, infine, operarsi rinvio alle argomentazioni espresse nel suddetto paragrafo 2.2. anche per affermare l’infondatezza della doglianza riferita alla violazione del principio di proporzionalità e non discriminazione.

In considerazione della ritenuta legittimità dei provvedimenti impugnati, deve essere respinta la domanda di risarcimento danni riproposta in appello, considerandosi che manca l’ineffettibile presupposto della ingiustizia del danno, necessario a configurare la responsabilità di cui all’articolo 2043 c.c.

Sulla base delle sopra svolte considerazioni deve, di conseguenza, essere ritenuta l’infondatezza dell’appello iscritto al n. 3642/2015 R.G., che deve, per l’effetto, essere rigettato, con la conferma della gravata sentenza.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’art. 112 c.p.c., in

aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese di causa possono essere integralmente compensate tra le parti costituite, in relazione alla peculiarità della controversia ed alle questioni interpretative affrontate per la definizione delle controversie.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

riunisce gli appelli iscritti ai nn. 8373/2013, 3640/2015 e 3642/2015 R.G. e li rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)