



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 388 del 2015, proposto da: Bagnoli Energie S.r.l. in p.l.r.p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Corso C.F. CRSGDU40S08D969C, Guerino Fares e Riccardo Rotigliano C.F. RTGRCR72C23G273J, con domicilio eletto presso l'avvocato Fausto Parente in Campobasso, via Pietravalle, n. 21;

contro

Segretariato Regione Molise del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo in p.l.r.p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio in Campobasso, via Garibaldi, n. 124; Comune di Bagnoli del Trigno in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Romano C.F. RMNMSM81S27A930W, con domicilio eletto presso lo studio del predetto avvocato in Campobasso, via Crispi, n. 4; Regione Molise, in p.l.r.p.t. (non costituita); Comune di Pietracupa in persona del Sindaco p.t. (non costituito in giudizio);

per l'annullamento

del provvedimento del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo - Segretariato Regionale del Molise del 02.10.15 prot. 0003603, notificato in data 5.10.15 da parte del Comando della Stazione di Frosolone del Corpo Forestale dello Stato, con cui è stata disposta la sospensione con effetto immediato di tutti i lavori, di qualunque genere afferenti la realizzazione di un impianto eolico della pot. di 800 kw in località Serra la Croce nel Comune di Bagnoli del Trigno, assentito con autorizzazione unica di cui alla Determinazione Dirigenziale della Regione Molise Area Terza, Servizio politiche Energetiche, n. 32 del 23.3.2012 e successive proroghe e vulture, e sono state chieste al contempo delucidazioni alla Regione Molise circa il mancato rispetto del parere MIBACT.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Segretariato Regionale per il Molise del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Comune di Bagnoli del Trigno in Pers. del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2016 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Bagnoli Energie s.r.l. espone che con determinazione n. 136 del 6 dicembre 2012 la Regione ha volturato in suo favore l'autorizzazione unica, rilasciata originariamente alla Biwind 1 s.r.l., ex art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 per la

realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica della potenza di 800 kWp in località Serra la Croce del Comune di Bagnoli del Trigno.

L'esponente società soggiunge che nel corso della conferenza di servizi prodromica all'adozione dell'atto autorizzativo il Ministero per i Beni e le Attività Culturali e del Turismo – Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Molise ha espresso l'unico dissenso con un parere consegnato nel corso della conferenza stessa, privo, tuttavia, dell'indicazione delle modifiche progettuali necessarie a rendere l'intervento assentibile, secondo quanto invece prescritto dall'art. 14-ter, co. 3, della l. n. 241/1990.

Con provvedimento datato 2 ottobre 2015 (prot. n. 3603), il Segretariato Generale del Molise del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo (MiBACT) ha premesso di aver accertato tramite il Corpo Forestale che era in corso di realizzazione l'impianto eolico sopra menzionato da parte della società Bagnoli Energie s.r.l. (suceduta alla Biwind 1 s.r.l.), senza, tuttavia, aver mai ricevuto alcuna comunicazione che informasse l'Amministrazione statale della determinazione positiva assunta in esito alla conferenza di servizi, nella quale il Ministero aveva espresso il proprio dissenso.

Ciò premesso, e richiamati i poteri di vigilanza di cui all'art. 155 del d.lgs. n. 22 gennaio 2004, con tale provvedimento il Ministero ha disposto la sospensione cautelare dei lavori in corso, invitando la Regione Molise a chiarire le ragioni per le quali la realizzazione dell'impianto fosse stata assentita nonostante il parere negativo espresso dal Segretariato Generale del Ministero stesso e a dichiarare in autotutela la nullità del provvedimento autorizzatorio.

Con nota del 16 ottobre 2015 (prot. n. 115563) la Regione ha replicato che il provvedimento autorizzatorio era stato estensivamente motivato e che non risultava che esso fosse stato tempestivamente impugnato.

Avverso il provvedimento di sospensione dei lavori, la Bagnoli Energia s.r.l. ha proposto ricorso notificato a mezzo PEC in data 19 ottobre 2015 e depositato il giorno successivo, chiedendone l'annullamento previa sospensione cautelare, anche a mezzo di decreto inaudita altera parte, sulla base dei motivi così riassumibili.

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 21-nonies della l. n. 241/1990.

La richiesta rivolta all'Amministrazione regionale di dichiarare la nullità del provvedimento autorizzatorio sarebbe riqualificabile come richiesta di provvedere in autotutela al ritiro di un atto non nullo, ma annullabile. Sennonché, essendo trascorsi oltre 42 mesi dalla disposta autorizzazione qualunque annullamento in autotutela sarebbe precluso eccedendo il termine massimo di 18 mesi previsto dall'art. 21-nonies della l. n. 241/1990, come modificato.

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 14-ter e 14-quater della l. n. 241/1990.

Il parere negativo fornito dal MiBACT in sede di conferenza sarebbe inammissibile perché privo delle prescritte indicazioni delle modifiche necessarie a rendere il progetto assentibile, secondo quanto invece previsto dall'art. 14-ter, co. 3, l. n. 241/1990, sicché tale parere non potendosi prendere in considerazione come dissenso ritualmente espresso in conferenza non avrebbe imposto all'Amministrazione regionale di rimettere la questione al Consiglio dei Ministri, come invece previsto per il dissenso "qualificato".

III) Incompetenza – Eccesso di potere – Difetto di Istruttoria

Il parere negativo si fonderebbe sulla rilevanza archeologica del sito su cui l'impianto deve essere localizzato, ma la stessa soprintendenza archeologica non avrebbe apposto alcun vincolo al riguardo e che non spetterebbe al Segretariato generale del MiBACT dichiarare.

IV) violazione e falsa applicazione dell'art. 150, lett. b) del d.lgs. n. 42/2004 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 21-quater, co. 2 l. n. 241/1990.

Il provvedimento impugnato sarebbe manifestazione di un potere non spettante all'autorità procedente, come dimostra il richiamo da parte dell'Amministrazione convenuta dell'art. 155 del d.lgs. n. 42/2004, norma che si limiterebbe ad assegnare compiti di generale vigilanza paesaggistica allo Stato e alle Regioni, senza tuttavia contemplare alcuno specifico strumento di intervento, tantomeno la sospensione dei lavori adottata nella fattispecie.

Sotto altro profilo il provvedimento impugnato si tradurrebbe nella sospensione del provvedimento di autorizzazione unica all'esercizio dell'impianto e violerebbe anche l'art. 21-quater della l. n. 241/1990, in quanto tale disposizione prevede che esso possa essere adottato solo dal medesimo ente che lo ha emesso ovvero da altro specificamente indicato dalla legge.

Inoltre, l'autorizzazione unica risale ad oltre 40 mesi prima, di modo che lo strumento dell'autotutela non era più disponibile, dovendo ritenersi applicabile anche nel caso della sospensione il limite di 18 mesi all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio fissato all'art. 21-nonies, senza contare che il provvedimento di sospensione non contiene, comunque, alcuna menzione del termine finale in violazione del citato art. 21-quater della medesima legge sul procedimento.

V) Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Sviamento dalla causa tipica del potere amministrativo. Lesione della tutela dell'affidamento. Violazione di legge per elusione della normativa sulla inoppugnabilità degli atti amministrativi. Applicazione erronea ed abnorme dei principi giurisprudenziali in materia di bilanciamento degli interessi.

Il parere negativo reso dal MiBACT non era idoneo a determinare alcun arresto procedimentale, stante la sua inammissibilità per carenza delle indicazioni relative alle modifiche necessarie a rendere il progetto assentibile, necessarie ai sensi dell'art. 14-ter della l. n. 241/1990. Peraltro, l'Amministrazione statale non avrebbe

nemmeno fornito risposta alla richiesta di parte ricorrente di sapere se l'area fosse stata sottoposta a vincolo archeologico, con ciò manifestando anche un difetto di collaborazione. In tale contesto, all'Amministrazione statale era precluso un intervento autoritativo, residuando, al più, la sola possibilità di impugnare il provvedimento nel termine di decadenza, tenuto conto che sia l'autorizzazione che le successive proroghe e voltura erano state pubblicate sul BURM.

Con atto depositato in data 16 novembre 2015 si è costituita in giudizio l'Amministrazione statale intimata, chiedendo il rigetto del ricorso e la declaratoria incidentale della nullità dell'autorizzazione unica, osservando che:

- 1) ben poteva l'Amministrazione rendere il parere anche fuori dalla conferenza, essendo solo necessario che esso sia portato anche in forma di documento nella sede conferenziale;
- 2) in ogni caso non occorre che tale parere indicasse anche le soluzioni necessarie a rendere il progetto assentibile, atteso il dissenso radicale verso l'iniziativa in esso espresso;
- 3) la rilevanza archeologica del sito avrebbe carattere condizionante anche in assenza dell'imposizione di un vincolo formale, dovendosi riconoscere la competenza della Soprintendenza archeologica in dipendenza del semplice interesse del sito, indipendentemente, appunto, da un provvedimento a monte impositivo del relativo vincolo;
- 4) la mancata considerazione del parere negativo dell'Amministrazione statale comporterebbe quindi la nullità/inesistenza dell'autorizzazione, atteso che l'Autorità procedente non avrebbe potuto adottare direttamente il provvedimento, ma rimettere la questione alla Presidenza del Consiglio, attesa la tutela rafforzata degli interessi veicolati nel parere pretermesso;
- 5) Quanto al potere cautelare esercitato, l'Amministrazione osserva che esso spetta anche a prescindere dall'avvio del procedimento di vincolo di interesse pubblico; quanto all'assenza di termine del provvedimento inibitorio esso sarebbe determinabile per relationem con riguardo al momento in cui sarà ripristinata la situazione di legalità.

Con atto depositato in data 12 aprile 2016 si è costituito anche il Comune di Bagnoli del Trigno, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza del 17 dicembre 2015, n. 179, questo Tribunale ha sospeso il provvedimento impugnato, rilevando che il Ministero resistente avrebbe dovuto impugnare l'autorizzazione unica che è stata ritualmente rilasciata, mentre le violazioni dedotte avverso tale provvedimento identificano ragioni di annullabilità e non di nullità.

Con ordinanza del 22 aprile 2016, n. 1421 il Consiglio di Stato, lasciando impregiudicato ogni profilo di merito, ha riformato l'ordinanza di primo grado, evidenziando l'irreparabilità del pregiudizio che si sarebbe prodotto nelle more del giudizio di merito *“a seguito dell'eventuale sviluppo dei lavori e della irreversibilità dei loro effetti”*.

Con memoria depositata in data 21 maggio 2016, con cui parte ricorrente sostiene, anche richiamando specifici precedenti, che i pretesi vizi dell'autorizzazione unica rilasciata la renderebbero al più annullabile per incompetenza, ma comunque non nulla.

Il parere negativo del MiBAC sarebbe comunque inammissibile perché in esso ci si riservava la possibilità di dare indicazioni specifiche in sede di conferenza, utili a superare la valutazione negativa, ma tali indicazioni non erano fornite.

La stessa valutazione in ordine all'interesse archeologico del sito sarebbe del tutto irrituale e comunque operata solo con il provvedimento inibitorio gravato e non, invece, nel parere negativo.

Con la memoria di replica l'Amministrazione statale ha insistito nelle proprie eccezioni e deduzioni, ribadendo la nullità dell'autorizzazione regionale ed evidenziando che tale patologia dell'autorizzazione regionale sarebbe sempre proponibile in via di eccezione e rilevabile ex officio, senza termini di decadenza.

All'udienza pubblica del 22 giugno la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato alla stregua delle considerazioni che di seguito si espongono.

Riveste carattere logicamente preliminare lo scrutinio del quarto motivo di ricorso, con il quale parte ricorrente contesta la sussistenza stessa del potere esercitato dall'Amministrazione resistente, rilevando che il provvedimento inibitorio adottato dal MiBACT non è contemplato nell'art. 155 del d.lgs. n. 42/2004.

Tale censura, in effetti, ponendo in discussione la stessa sussistenza del potere esercitato, supera anche lo scrutinio dell'eccezione di nullità sollevata dall'Amministrazione convenuta, in quanto a prescindere dalla definizione della patologia da cui risulterebbe afflitto l'atto autorizzativo, il MiBACT non avrebbe comunque potuto porre in essere alcuna iniziativa materialmente interdittiva, non essendo investito del relativo potere.

Sul punto, con riguardo cioè alla possibilità per gli organi del MiBACT di adottare, successivamente al rilascio dell'autorizzazione unica, provvedimenti con efficacia inibitoria (nella specie ordine di sospensione ex art. 155 d.lgs. n. 42/2004) o comunque preclusiva delle attività autorizzate con provvedimento regionale, questo Tribunale con la recente pronuncia 23 marzo 2016, n. 154 (in linea con le sentenze di questo TAR n. 585/2012 e n. 601/2014) che si richiama quale precedente conforme, ha stabilito che in presenza di una autorizzazione unica alla costruzione ed all'esercizio dell'impianto eolico il Segretariato regionale del MiBACT non possa interdire l'inizio dei lavori invocando supposti vizi di un procedimento ormai concluso (e non contestato nei termini di legge) o facendo leva su di un possibile pregiudizio per il paesaggio.

E infatti, il provvedimento gravato richiama l'articolo 155 del d.lgs. n. 42/2004, ma tale disposizione si limita ad assegnare al Ministero e alla Regione funzioni di vigilanza sui beni paesaggistici, senza individuare specifici poteri da impiegare, con la conseguenza che il provvedimento inibitorio adottato viola il principio di riserva di legge.

E infatti, il provvedimento inibitorio impugnato richiama l'art. 155 del d.lgs. 42/2004 che non contempla alcun potere di intervento né tantomeno di sospensione dei lavori esercitati invece nella fattispecie di causa dal Dirigente del Segretariato regionale del MiBACT; mentre l'interpretazione estensiva del potere cautelare (da Cons. Stato, VI, del 23 maggio 2012 n. 3039 reiteratamente invocata dall'Amministrazione resistente) è stata affermata dal Consiglio di Stato in relazione all'art. 150 del d.lgs. n. 42/2004 e non all'art. 155 del predetto decreto legislativo (cfr. TAR Molise ordinanza n. 21 del 25 febbraio 2016).

Ora l'art. 150 del d.lgs. n. 42/2004 prevede effettivamente un potere di intervento inibitorio, ma limitatamente al caso in cui sia stato almeno avviato il procedimento volto alla dichiarazione di rilevante interesse pubblico.

Né è possibile ipotizzare una sorta di implicito potere di intervento sotteso al generico compito di vigilanza previsto dall'art. 155 del medesimo decreto (richiamato nel provvedimento gravato), posto che - al di là della considerazione che un potere invasivo quale quello di sospensione dei lavori e dell'efficacia di un provvedimento emesso da altra Amministrazione dovrebbe essere espressamente previsto dalla legge e non invece "desunto dal sistema" - la stessa presenza nel medesimo decreto dell'art. 150 dimostra che laddove il Legislatore ha inteso accordare specifici poteri di intervento lo ha fatto espressamente.

Pertanto, il Collegio ritiene al riguardo di dover ribadire che, in applicazione dei principi di tipicità e nominatività degli atti amministrativi e quindi del superiore principio di legalità, il MiBACT non può esercitare poteri cautelari di inibizione di lavori regolarmente autorizzati in forza di provvedimenti non impugnati nei termini di legge al di fuori dei casi espressamente contemplati dalla legge (cfr. TAR Molise 154/2016, n. 585/2012 e n. 601/2014 nonché Cons. Stato, VI, 4167/2013). Diversamente, ammettendo cioè un potere di intervento interdittivo *ab externo* del Ministero sull'autorizzazione regionale resterebbe violato, non solo il principio di

riserva di legge, ma anche quello di inoppugnabilità del provvedimento non contestato nel termine di decadenza che non consente di far valere gli eventuali vizi di illegittimità da cui lo stesso provvedimento risulti affetto, a meno che l'autorità emanante non ritenga di intervenire in via di autotutela, evenienza questa che nel caso di specie non si è verificata nonostante la sollecitazione dello stesso MiBACT.

Peraltro, sia il provvedimento autorizzativo che le sue vulture sono stati pubblicati nel BURM, realizzando così quelle condizioni di conoscibilità e conoscenza legale che valgono, non solo per i privati, ma anche per le Amministrazioni potenzialmente incise a fondamentale garanzia della certezza e stabilità dell'azione amministrativa.

In ogni caso, pur a prescindere dalla segnalata irrilevanza della specifica patologia che affligge il provvedimento autorizzativo (nullità o annullabilità), nel caso di specie, come già rilevato da questo Tribunale nel ripetuto precedente (TAR Molise n. 154/2016) non è nemmeno ravvisabile la dedotta nullità, tenuto conto che nessuna delle ipotesi tassativamente elencate nell'art. 21-septies 242/1990 ricorre nel caso di specie: non sussiste infatti una carenza di elementi essenziali del provvedimento e neppure si verte in materia di violazione od elusione del giudicato o in una fattispecie di difetto di attribuzione, stante la pacifica competenza regionale in materia (cfr. Cons. Stato, IV, n. 5671/2014 sulla tassatività delle cause di nullità del provvedimento); la supposta violazione delle regole che governano il funzionamento della conferenza di servizi non può che configurare un'ipotesi di illegittimità della determina conclusiva e ciò vale anche per le ipotesi di superamento del dissenso espresso da una amministrazione preposta alla tutela di interessi a garanzia procedimentale rafforzata secondo modalità divergenti rispetto a quelle canonizzate dalla norma di riferimento contenuta nell'art. 14-quater della legge 241 del 1990.

Tale impostazione ha trovato anche l'avallo del giudice di appello.

La VI sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 4167/2013, ha infatti escluso, in assenza di tempestiva impugnazione della autorizzazione unica regionale, la legittimità dell'ordine di sospensione dei lavori adottato dal Comune, su impulso della locale Soprintendenza, sul presupposto della ritenuta nullità dell'autorizzazione unica, sostenendo, al contrario, che per il principio di esecutività degli atti amministrativi, anche se illegittimi, il Comune non potesse interferire sugli effetti della predetta autorizzazione (contra Cons. Stato, VI, n. 3039/2012).

Anche prescindendo dal radicale difetto del potere di intervento ministeriale, pertanto, l'autorizzazione unica 32/2012 deve considerarsi pienamente produttiva di effetti e quindi idonea a legittimare l'intrapresa dei lavori, di modo che anche sotto questo aspetto il provvedimento del Dirigente del Segretariato regionale del MiBAC che inibisce una tale attività sulla scorta di motivazioni che tendono a mettere in discussione la validità del titolo, non tempestivamente impugnato, non può non essere dichiarato illegittimo e conseguentemente annullato.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo. Sussistono giustificate ragioni per compensare le spese tra il Comune di Bagnoli del Trigno e la parte ricorrente, tenuto conto della limitata attività processuale e procedimentale posta in essere da tale ente locale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato.

Condanna l'Amministrazione MiBACT al pagamento delle spese processuali in favore di parte ricorrente che quantifica complessivamente in euro 3.000 (tremila) più accessori come per legge; condanna altresì il MiBACT al rimborso del

contributo unificato in favore di parte ricorrente. Compensa integralmente le spese processuali tra parte ricorrente e il Comune di Bagnoli del Trigno.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Luca Monteferrante, Consigliere

Domenico De Falco, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico De Falco

IL PRESIDENTE
Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO