



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 799 del 2021, proposto da Ministero della Cultura, Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del Mare, in persona dei Ministri *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

contro

Erg Wind Energy S.r.l., rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Comandé, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Caltanissetta 2/D;
Erg Wind Sicilia 3 Srl, Erg Wind 2000 Srl, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sezione Prima, n. 1611 del 17 maggio 2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Erg Wind Energy S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2022, il Cons. Roberto Caponigro e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Erg Wind Sicilia 3 e la Erg Wind 2000, titolari ed esercenti di un parco eolico denominato "Carlentini", avente potenza nominale pari a 48,45 MW, sito nel Comune di Carlentini (SR), con istanza in data 18 aprile 2019, hanno chiesto l'avvio del procedimento di valutazione di impatto ambientale, ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 152 del 200, per il potenziamento del detto parco eolico attraverso lo smantellamento di 38 di 57 degli aerogeneratori attualmente esistenti e l'installazione di 18 nuovi aerogeneratori, ciascuno di potenza massima pari a 5,5 MW, per una potenza complessiva di 115,15 MW.

Il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali, Direzione Generale Archeologia, Belle Arti e Paesaggio, con atto del 10 agosto 2020, ha espresso parere favorevole con prescrizioni, escludendo dalla valutazione favorevole di compatibilità ambientale per sette aerogeneratori.

Il Tar per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sezione Prima, con la sentenza n. 1611 del 17 maggio 2021, ha accolto il ricorso proposto dalle due società, avendo ritenuto che l'organo statale abbia invaso la competenza esclusiva dell'organo regionale, e, per l'effetto, ha annullato l'atto impugnato nella parte avversata, vale a dire nella parte in cui è stata esclusa la favorevole valutazione di compatibilità ambientale per sette aerogeneratori.

Di talché, il Ministero della Cultura ed il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare hanno proposto il presente appello, articolato nelle seguenti doglianze:

- sebbene la Regione Siciliana abbia competenza legislativa ed amministrativa esclusiva in materia di tutela del paesaggio, ai sensi dell'art. 14, comma 1, lett. n),

dello Statuto speciale, tale competenza si esplica nei limiti delle leggi costituzionali dello Stato;

- non vi sarebbe dubbio che il particolare grado di autonomia riconosciuto in materia alla Regione siciliana trovi un preciso limite nell'art. 9 della Costituzione e nelle previsioni del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.lgs. n. 42 del 2004, qualificabili come norme di grande riforma economico-sociale, che si impongono anche alle Regioni ad autonomia differenziata (Corte cost. n. 238 del 2013);

- le Regioni autonome, titolari, in base allo Statuto speciale, della potestà legislativa primaria in materia di urbanistica e di tutela del paesaggio sarebbero obbligate ad esercitare tale potestà "in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento, nonché delle norme fondamentali e di riforma economico – sociale" (Corte cost. n. 164 del 2009);

- la disciplina statale volta a proteggere il paesaggio funzionerebbe come un limite alla disciplina che le regioni e le province autonome dettano in altre materie di loro competenza, salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di più elevata tutela ambientale nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che concorrano con quella dell'ambiente;

- il parco eolico "Carlentini", in virtù di quanto disciplinato dal d.lgs. n. 152 del 2006, sarebbe sottoposto a VIA in sede statale, procedura la cui autorità competente, anche per i progetti ricadenti nella Regione siciliana, è il Ministero della Transizione Ecologica, che adotta il provvedimento di VIA previa acquisizione del concerto del Ministero della Cultura,

- i due pareri tecnico istruttori e, quindi, il decreto finale di VIA, di concerto fra i due Ministeri, rifletterebero la nota distinzione tra due beni diversi, quali sono l'ambiente e il paesaggio;

la tesi del giudice amministrativo etneo condurrebbe alla paradossale conclusione che nei procedimenti di VIA di progetti a rilevanza nazionale ricadenti nel territorio della Regione Sicilia, il Ministero avrebbe la mera funzione di trasmissione delle

decisioni, già assunte dall'Amministrazione regionale, in contrasto con quanto previsto dal d.lgs. n. 152 del 2006;

- nel parere impugnato, il Ministero della Cultura, dopo un confronto con la Soprintendenza dei beni Culturali e Ambientali di Siracusa, avrebbe compiutamente espresso le proprie valutazioni, motivando la richiesta di stralcio dei 7 aerogeneratori, in applicazione di quanto previsto dall'allora vigente art. 10 della L.R. n. 16 del 1996.

La Erg Wind Energy s.r.l. si è costituita in giudizio quale conferitaria, a decorrere dal 1° luglio 2021, di ramo d'azienda delle società Erg Wind 2000 s.r.l. ed Erg Wind Sicilia 3 s.r.l., ricorrenti in prime cure.

La parte appellata ha analiticamente controdedotto alle argomentazioni sviluppate dalle Amministrazioni statali appellanti ed ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., il seguente motivo di ricorso non esaminato dalla sentenza del Tar per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, n. 1611 del 2021:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 8, della L.R. n. 16 del 1996 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione.

Il parere impugnato sarebbe illegittimo anche nel merito, in quanto adottato in violazione dell'art. 10, comma 8, della L.R. n. 16 del 2006 *ratione temporis* vigente, recante una specifica deroga alla disciplina delle fasce di rispetto delle aree boschive nel caso di "realizzazione di infrastrutture connesse all'attraversamento di reti di servizio di interesse pubblico e strutture connesse alle stesse", cui sarebbe riconducibile il progetto in discorso.

Peraltro, sarebbe ad oggi abrogato il fondamento normativo, in asserita esecuzione del quale, il MIBACT ha rilasciato il parere contestato, sebbene sia stata sollevata questione di legittimità costituzionale avverso la L.R. n. 2 del 2021, nella parte in cui dispone l'abrogazione dell'art. 10 della L.R. n. 16 del 1996.

Il parere negativo, inoltre, sarebbe carente di adeguata motivazione, atteso che l'Amministrazione non avrebbe tenuto in considerazione che l'intervento, come

progettato, era già stato valutato come ammissibile dalle Amministrazioni regionali, tutte concordi nel ritenere insussistente un vincolo di inedificabilità sull'area *de qua*.

All'udienza pubblica del 16 marzo 2022, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello è infondato e va di conseguenza respinto.

2.1. La Direzione Generale Archeologia, Belle Arti e Paesaggio del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo (oggi Ministero della Cultura) – con riferimento alla procedura di VIA, ex art. 23 del d.lgs. n. 152 del 2006, relativa al parco eolico localizzato nel Comune di Carlentini (SR) con cavidotto interrato e sottostazione nel Comune di Sortino (SR), progetto di smantellamento di 38 dei 57 aerogeneratori esistenti ed installazione di 18 nuovi aerogeneratori di potenza pari a 5,5 MW – ha espresso parere favorevole subordinato alla condizione che non siano realizzati gli aerogeneratori R-CA 01, R-CA 02, R-CA 03, R-CA 04, R-CA 05, R-CA 06 ed R-CA 07.

Il parere è stato reso, considerato, tra l'altro, che:

- in ogni caso, anche ove vi fosse una deroga all'inedificabilità per la realizzazione del tipo di opere in trattazione, permane, per quanto di competenza del Ministero, la necessità di valutare la compatibilità paesaggistica delle opere in oggetto con il “vincolo paesaggistico” imposto alle fasce di rispetto dei boschi e sui boschi medesimi, esigenza rafforzata anche dai dispositivi normativi richiamati sopra in merito agli “interventi di rilevante trasformazione del territorio” (NTA del Piano paesaggistico) e alle “aree di particolare attenzione paesaggistica” (D.P.R.S. 10/10/2017);
- gli aerogeneratori ricadenti nelle fasce di rispetto delle aree boscate costituirebbero anche la quasi totalità di quelli visibili dall'area archeologica di Pantalica, individuabili nei sette aerogeneratori per i quali è stata prescritta la non realizzazione;
- tra i nuovi aerogeneratori, in particolare il generatore R-CA01 si trova ad una distanza minima di circa 700 metri dall'area di notevole interesse pubblico

dell'Alta valle dell'Anapo, ricadente nei Comuni di Buccheri, Buscemi, Carlentini, Cassaro, Ferla, Palazzolo Acreide e Sortino, coincidente in questa sua porzione con la Riserva naturale orientata Pantalica, Valle dell'Anapo e Torrente Cava Grande; che lo stesso generatore R-CA01 si trova altresì a circa 100 metri dall'area di rispetto fluviale tutelata ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. c e a circa 300 metri dall'area di interesse archeologico Muraglia – Favara.

2.2. Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso per le seguenti ragioni:

“L'art. 14 del Regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2 (Approvazione dello statuto della Regione siciliana) demanda all'Assemblea, nell'ambito della Regione e nei limiti delle leggi costituzionali dello Stato, senza pregiudizio delle riforme agrarie e industriali deliberate dalla Costituente del popolo italiano, la legislazione esclusiva nelle materie (lett. “n”) “turismo, vigilanza alberghiera e tutela del paesaggio; conservazione delle antichità e delle opere artistiche”.

Ai sensi dell'art. 1, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 30 agosto 1975, n. 637 (Norme di attuazione dello statuto della regione siciliana in materia di tutela del paesaggio e di antichità e belle arti) “L'amministrazione regionale esercita nel territorio della regione tutte le attribuzioni delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato in materia di antichità, opere artistiche e musei, nonché di tutela del paesaggio”.

Ai sensi dell'art. 3 della legge reg. Sic. 1 agosto 1977, n. 80 (Norme per la tutela, la valorizzazione e l'uso sociale dei beni culturali ed ambientali nel territorio della Regione Siciliana) “In attesa della riforma dell'Amministrazione regionale di cui alla legge regionale 29 dicembre 1975, n. 86, tutte le attribuzioni di competenza della Regione nella materia dei beni culturali ed ambientali sono svolte dall'Assessorato regionale della pubblica istruzione, che assume la denominazione di Assessorato regionale dei beni culturali ed ambientali e della pubblica istruzione. Esso esercita, oltre alle funzioni previste dalla legge regionale 29 dicembre 1962,

n. 28, le funzioni previste dalla presente legge, nonché quelle di cui ai decreti del Presidente della Repubblica 30 agosto 1975, numeri 635 e 637”; per il successivo art. 11, commi secondo e terzo, “Le Soprintendenze per i beni culturali ed ambientali sono organi periferici dell’Assessorato regionale dei beni culturali ed ambientali e della pubblica istruzione. Esse sostituiscono, a tutti gli effetti, le Soprintendenze trasferite alla Regione ai sensi dei decreti del Presidente della Repubblica 30 agosto 1975, numeri 635 e 637”.

La giurisprudenza della Sezione staccata adita ha espressamente riconosciuto in favore della Regione Sicilia l’esercizio di <<competenze amministrative “esclusive”>> in materia di tutela del paesaggio ai sensi del citato art. 1, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 30 agosto 1975, n. 637 (cfr., più di recente, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 19 luglio 2019, nn. 18411842; cfr. anche sez. II, 3 settembre 2014, n. 2324; sez. II, 22 luglio 2014, n. 2065; sez. II, 17 giugno 2014, nn. 1786-1787; sez. II, 11 giugno 2014, n. 1691).

Il richiamo, da parte dell’Avvocatura erariale, al parere 145.11.2009 dell’Ufficio legislativo e legale della Regione Siciliana (cfr. memoria depositata in data 30 ottobre 2020, pag. 8) non giova alla tesi della parte resistente, affrontando quel parere (in punto di disciplina delle competenze in materia di VAS) la questione delle “modalità” di esercizio della prerogativa della Regione siciliana nella materia dei beni culturali ed ambientali, finendo così per ribadire la sussistenza di detta prerogativa.

In ragione di quanto sopra evidenziato, l’avversato parere tecnico-istruttorio prot. n. 23800-P del 10 agosto 2020 del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo - Direzione Generale Archeologia, Belle Arti e Paesaggio, Servizio V, nella parte in cui ha stralciato dal progetto sette aerogeneratori per le ragioni meglio precisate nello stesso parere, permanendo “[...] per quanto di competenza [...] la necessità di valutare la compatibilità paesaggistica delle opere in oggetto con il “vincolo paesaggistico” imposto alle fasce di rispetto dei boschi e sui boschi medesimi [...]” deve ritenersi illegittimo, e va dunque annullato, e non dichiarato

nullo.

Va infatti precisato che il dedotto difetto assoluto di attribuzione evoca – per consolidato orientamento - la c.d. carenza di potere in astratto, vale a dire l'ipotesi in cui l'Amministrazione assume di esercitare un potere che in realtà nessuna norma le attribuisce; si tratta di fattispecie che va circoscritta ai soli casi di incompetenza assoluta o di c.d. carenza di potere in astratto, ossia al caso in cui manchi del tutto una norma che attribuisca all'Amministrazione il potere in fatto esercitato, vicenda, questa, assolutamente residuale, tanto da aver condotto all'affermazione che, ricostruito in questi termini, il difetto assoluto di attribuzione rappresenti, in definitiva, un caso di scuola (cfr., per una recente applicazione, Cons. Stato, sez. II, 22 luglio 2020, n. 4694).

Invero, la competenza del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo nel procedimento in questione – fondata sull'art. 7 bis, comma 4, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 – ha finito per invadere in concreto l'ambito riservato alla competenza esclusiva dell'Amministrazione regionale (per quanto detto sopra) nella materia de qua.

Sul punto il Collegio rileva che in virtù del principio iura novit curia di cui all'art. 113, comma 1, cod. proc. civ., il giudice ha potere-dovere di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in giudizio, nonché all'azione esercitata in causa, potendo porre a fondamento della sua decisione disposizioni e principi di diritto diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti, purché i fatti necessari al perfezionamento della fattispecie ritenuta applicabile coincidono con quelli della fattispecie concreta sottoposta al suo esame (cfr. Cons. Giust. Amm., Reg. Sic., sez. giur., 9 febbraio 2021, n. 95).

In conclusione, attesa la fondatezza del primo motivo di gravame ed assorbito - secondo l'insegnamento della sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5 - il secondo motivo (con il quale le esponenti deducono il vizio di Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 8, della L.R. N. 16 del 1996 – Eccesso di

potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione, sostenendo l'erroneità, nel merito, del parere avverso, in quanto adottato in violazione dell'art. 10, comma 8, della legge reg. Sic. n. 16/1996, in seno al quale è dettata una specifica deroga alla disciplina delle fasce di rispetto delle aree boschive), il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento dell'atto impugnato (nella parte avversa)".

2.3. Le doglianze proposte dalle Amministrazioni statali appellanti non sono idonee a dare conto dell'erroneità delle statuizioni del primo giudice, le quali, invece, possono essere condivise.

La questione controversa attiene all'individuazione di quale sia, tra l'Amministrazione statale e l'Amministrazione regionale, l'organo competente alla tutela paesaggistica per opere da realizzare all'interno del territorio della Regione siciliana allorquando la valutazione di impatto ambientale sia da condurre in sede statale ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 152 del 2006, codice in materia ambientale.

La deliberazione di siffatta questione non può prescindere dalla ricostruzione del quadro normativo in materia.

L'art. 14, lett. n), dello Statuto della Regione siciliana stabilisce che è oggetto di competenza legislativa esclusiva regionale la materia "tutela del paesaggio, conservazione delle antichità e delle opere artistiche".

L'art. 1 del d.P.R. n. 637 del 1975, recante le norme di attuazione dello statuto della regione siciliana in materia di tutela del paesaggio e di antichità e belle arti, stabilisce che "l'amministrazione regionale esercita nel territorio della regione tutte le attribuzioni delle amministrazioni centrali tutte le attribuzioni delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato in materia di antichità, opere artistiche e musei, nonché di tutela del paesaggio".

L'art. 8 del d.lgs. n. 42 del 2004, codice dei beni culturali e del paesaggio, dispone che "nelle materie disciplinate dal presente codice restano ferme le potestà attribuite alle regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e Bolzano dagli statuti e dalle relative norme di attuazione".

Ciò non implica, tuttavia, che tale codice, così come quello in materia ambientale, non possa considerarsi direttamente applicabile alle Regioni a statuto speciale, laddove rechi principi generali di riforma o comunque individui definizioni o contenuti atti a garantire principi costituzionali primari.

I limiti della potestà esclusiva della Regione siciliana, infatti, sono individuabili nei cc.dd. limiti generali, vale a dire nel rispetto degli obblighi internazionali, delle riforme economico-sociali e dell'osservanza dei principi dell'ordinamento giuridico, non espressamente previsto, ma ritenuto applicabile per ragioni di coerenza sistematica e per le esigenze di unitarietà e di indivisibilità della Repubblica.

In particolare, alcune norme del codice dei beni culturali e del paesaggio sono state definite dalla giurisprudenza costituzionale norme fondamentali di riforma economico sociale non derogabili neanche dalle regioni ad autonomia differenziata e pertanto trovano applicazione anche in queste, così come la trovano le norme del codice in materia ambientale che possano parimenti qualificarsi, come limite all'esercizio di potestà legislativa esclusiva nei settori di pertinenza onde consentire il rispetto degli standard minimi di tutela e la loro uniforme applicazione in tutto il territorio nazionale.

Nel caso di specie, tuttavia, nel premettere che la distinzione tra ambiente e paesaggio non sembra assumere una portata rilevante ai fini della decisione della controversia, il Collegio ritiene che non sussista un contrasto tra la normativa regionale in materia paesaggistica e le modalità procedurali con cui essa viene applicata nel relativo territorio e norme di riforma economico-sociale non derogabili contenute nei codici di riferimento, non potendosi di certo definire tali le norme attributive della competenza in materia di VIA e verifica di assoggettabilità a VIA previste dall'art. 7-bis del d.lgs. n. 152 del 2006.

Di talché, nel territorio siciliano, le competenze in materia di tutela del paesaggio, sebbene siano nella restante parte del territorio nazionale normalmente esercitate

dall'attuale MIC e, per esso, dalle Soprintendenze locali, sono esercitate dalla Regione per il tramite delle Soprintendenze per i beni culturali e ambientali istituite con L.R. n. 80 del 1977 quali organi periferici dell'Assessorato competente.

D'altra parte, come correttamente evidenziato dalla parte appellata, l'art. 35, comma 2-bis, del d.lgs. n. 152 del 2006, recante disposizioni transitorie e finali della parte II, che disciplina le procedure di Valutazione Ambientale Strategica e di Valutazione di Impatto Ambientale, dispone che "le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano provvedono alle finalità del presente decreto ai sensi dei relativi statuti".

3. L'infondatezza delle censure proposte in sede di appello esime il Collegio dall'esame del motivo riproposto dalla Erg Wind Energy, in quanto non esaminato in primo grado.

4. Le spese del giudizio, considerata la peculiarità della fattispecie e la natura degli interessi trattati, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe (R.G. n. 799 del 2021).

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2022, con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Marco Buricelli, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Giovanni Ardizzone, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO