

N. 00674/2013 REG.PROV.COLL.
N. 01552/2008 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1552 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Azienda Agro-Zootecnica Franchini s.a.r.l. e Eolica di Altamura s.r.l.,
rappresentate e difese dagli avv.ti Carmine Rucireta e Saverio Profeta, con
domicilio eletto presso il secondo in Bari, via Cognetti, 25;

contro

Regione Puglia, rappresentata e difesa dall'avv. Luca Alberto Clarizio, con
domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via De Nicolò, 7;

per l'annullamento

del regolamento regionale n. 15 del 18 luglio 2008, pubblicato nel B.U.R.P.
del 25 luglio 2008, avente ad oggetto: "Regolamento recante misure di
conservazione ai sensi delle direttive comunitarie 79/409 e 92/43 e del
D.P.R. 357/97 e successive modifiche ed integrazioni";

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Puglia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2012 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Carmine Rucireta e Anna Del Giudice (per delega di Luca Alberto Clarizio);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Eolica di Altamura s.r.l. (già Agrienergy di Altamura s.r.l.) espone di aver acquisito dalla Alburni s.r.l. i diritti relativi ad un progetto per la realizzazione di un parco eolico non finalizzato all'autoconsumo, su suoli di proprietà della Azienda Agro-Zootecnica Franchini s.a.r.l., ricadenti in parte nell'agro di Altamura ed in parte nell'agro di Gravina in Puglia, inclusi nel perimetro del Parco dell'Alta Murgia, area protetta classificata come sito di importanza comunitaria e zona di protezione speciale "pSIC / ZPS IT 9120007 Murgia Alta".

Sia la richiesta del nulla-osta preventivo dell'Ente Parco che l'istanza di compatibilità ambientale presentata alla Regione Puglia hanno avuto esito negativo, rispettivamente con provvedimento dell'Ente Parco del 1 settembre 2006 e con provvedimento della Regione Puglia del 4 luglio 2007.

Il diniego opposto dalla Regione Puglia è stato motivato con il richiamo di quanto disposto dall'art. 6, terzo comma – lett. a) del regolamento regionale 4 ottobre 2006 n. 16, ove si dispone che, nella scelta della localizzazione degli aerogeneratori, sono ritenute in via assoluta "non idonee" le aree pSIC e ZPS di cui alla Direttiva 1992/43/CE e di cui alla Direttiva

1979/409/CE, nonché dall'art. 14, secondo comma, lett. a) dello stesso regolamento regionale, ove si stabilisce che, in assenza del Piano regolatore degli impianti eolici, i predetti siti pSIC e ZPS sono considerati aree "non idonee".

Le odierne ricorrenti hanno impugnato dinanzi a questo Tribunale i provvedimenti di diniego e le richiamate norme regolamentari della Regione Puglia; con lo stesso ricorso hanno chiesto, tra l'altro, l'annullamento del sopravvenuto regolamento regionale 4 settembre 2007 n. 22, recante "Misure di conservazione ai sensi delle Direttive Comunitarie 79/409 e 92/43 e del D.P.R. 357/97 e successive modifiche ed integrazioni", nella parte in cui (all'art. 5, rubricato "Misure di conservazione per tutte le ZPS") ha reiterato il divieto di realizzare nuovi impianti eolici all'interno delle zone di protezione speciale.

Con sentenza n. 2128 del 17 settembre 2008, questa Sezione ha accolto il ricorso ed annullato le norme regolamentari con le quali la Regione Puglia ha stabilito il divieto assoluto di realizzazione di impianti eolici nelle aree pSIC e ZPS di cui alla Direttiva 1992/43/CE e di cui alla Direttiva 1979/409/CE.

2. Nelle more del giudizio conclusosi con la sentenza n. 2128 del 2008, la Regione Puglia ha approvato il regolamento regionale 18 luglio 2008 n. 15 (pubblicato nel B.U.R.P. del 25 luglio 2008), avente anch'esso ad oggetto "misure di conservazione ai sensi delle direttive comunitarie 79/409 e 92/43 e del D.P.R. 357/97 e successive modifiche ed integrazioni".

Con il ricorso in esame, le società Azienda Agro-Zootecnica Franchini s.a.r.l. ed Eolica di Altamura s.r.l. chiedono l'annullamento dell'art. 5, primo comma – lett. n), del regolamento regionale n. 15 del 2008, ai cui sensi è fatto divieto, in tutte le zone di protezione speciale che formano la Rete

Natura 2000, di realizzare nuovi impianti eolici, fino ad un'area buffer di 500 metri. La stessa norma prevede che, nell'area buffer di 5 km dalle ZPS e dalle IBA (Important Bird Areas), deve richiedersi un parere di valutazione di incidenza in ordine agli impatti di tali impianti sulle rotte migratorie degli uccelli di cui alla Direttiva 1979/49/CE, facendo salvi i soli interventi di sostituzione ed ammodernamento degli impianti.

Deducono violazione dell'art. 44 dello Statuto della Regione Puglia; violazione dei principi di cui al d. lgs. 29 dicembre 2003 n. 387 ed alla Direttiva 2001/77/CE; eccesso di potere per travisamento e contraddittorietà manifesta; violazione dell'art. 117 della Costituzione; violazione dell'art. 24 della Costituzione e del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Con motivi aggiunti notificati in corso di causa, estendono il gravame ai commi 4 e 4-bis dell'art. 5 del regolamento n. 15 del 2008, recanti la disciplina transitoria per le istanze già presentate.

Le ricorrenti chiariscono di aver interesse ad impugnare in parte qua il nuovo regolamento regionale pugliese poiché, dopo l'annullamento del provvedimento di diniego di compatibilità ambientale per effetto della sentenza n. 2128 del 2008, la Regione non potrebbe in ogni caso pronunciarsi favorevolmente sul progetto presentato ed ancora in corso di istruttoria.

3. Si è costituita la Regione Puglia, chiedendo il rigetto del ricorso siccome inammissibile ovvero infondato.

4. In pendenza del ricorso (che è stato notificato il 4 novembre 2008 e depositato il 6 novembre 2008), la Regione ha approvato la legge regionale 21 ottobre 2008 n. 31 (pubblicata sul B.U.R.P. del 24 ottobre 2008 ed entrata in vigore, ai sensi dell'art. 53 dello Statuto regionale, il giorno 8

novembre 2008), intitolata “Norme in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili e per la riduzione di immissioni inquinanti e in materia ambientale”.

Per quel che qui interessa, l'art. 2, sesto comma, della legge citata stabilisce che: “In applicazione degli articoli 6 e 7 della direttiva 92/43/CEE, nonché degli articoli 4 e 6 del relativo regolamento attuativo di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357, come rispettivamente modificati dagli articoli 4 e 7 del decreto del Presidente della Repubblica 12 marzo 2003, n. 120, non è consentito localizzare aerogeneratori non finalizzati all'autoconsumo nei SIC e nelle ZPS, costituenti la rete ecologica ‘NATURA 2000’, nonché negli ATE A e B del PUTT/P”. L'ottavo comma dello stesso articolo stabilisce inoltre che il divieto si estende ad un'area buffer di 200 metri.

La nuova disposizione legislativa risulta immediatamente applicabile al progetto di parco eolico presentato dalle odierne ricorrenti e tuttora in attesa di definizione. Infatti, secondo la norma transitoria contenuta all'art. 7, primo comma, della legge regionale n. 31 del 2008, i divieti ivi introdotti si applicano “a tutte le procedure in corso per le quali non risultino formalmente concluse le conferenze di servizi di cui all'articolo 12 del d.lgs. 387/2003, ovvero non sia validamente trascorso il termine di trenta giorni dalla formale presentazione di dichiarazione di inizio attività, depositata a norma degli articoli 22 e 23 del d.p.r. 380/2001”.

Ne discende che all'istanza di autorizzazione e di compatibilità ambientale presentata dalle ricorrenti si applica, a decorrere dall'entrata in vigore della legge regionale n. 31 del 2008 (e cioè dal giorno 8 novembre 2008), il divieto assoluto di realizzazione di aerogeneratori non finalizzati all'autoconsumo di cui all'art. 2, sesto comma, della legge citata, e ciò

indipendentemente da una specifica valutazione di impatto o incidenza ambientale.

Tanto comporterebbe l'improcedibilità del ricorso, proposto per l'annullamento delle disposizioni restrittive di cui all'art. 5 del regolamento regionale 18 luglio 2008 n. 15, che risultano recepite con contenuto sostanzialmente identico (ad eccezione degli impianti eolici destinati all'autoconsumo) nella sopravvenuta legge regionale 21 ottobre 2008 n. 31.

5. L'applicabilità di quest'ultima alla fattispecie controversa ha imposto a questa Sezione di verificarne la compatibilità con la normativa comunitaria.

Con ordinanza n. 273 del 15 dicembre 2009, è stata disposta la sospensione del giudizio e la rimessione alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, ai fini della pronuncia pregiudiziale sul seguente quesito: "Se sia compatibile con il diritto comunitario, ed in particolare con i principi desumibili dalle Direttive 2001/77/CE e 2009/28/CE (in materia di energie rinnovabili) e dalle Direttive 1979/409/CE e 1992/43/CE (in materia di tutela dell'avifauna e dell'habitat naturale), il combinato disposto dell'art. 1, comma 1226, della legge 27 dicembre 2006 n. 296, dell'art. 5, primo comma, del decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 17 ottobre 2007 e dell'art. 2, sesto comma, della legge regionale della Puglia 21 ottobre 2008 n. 31, nella parte in cui vietano in modo assoluto ed indifferenziato di localizzare aerogeneratori non finalizzati all'autoconsumo nei SIC e nelle ZPS costituenti la rete ecologica 'NATURA 2000', in luogo dell'effettuazione di apposita valutazione di incidenza ambientale che analizzi l'impatto del singolo progetto sul sito specifico interessato dall'intervento".

6. La Corte, 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 flora e della fauna selvatiche, 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 aerogeneratori 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”.

7. Per valutare in concreto la condizione indicata dalla Corte, questa Sezione ha disposto istruttoria con ordinanza n. 1527 del 27 luglio 2012, invitando la Regione Puglia a depositare “... uno o più elaborati grafici, in scala adeguata, nei quali siano evidenziate mediante colorazione o retinatura le aree SIC e ZPS di cui alle direttive 1979/409/CE e 1992/43/CE, che rientrano nella Rete Natura 2000, per le quali è vietata la realizzazione di nuovi impianti eolici non finalizzati all'autoconsumo”.

La Regione ha adempiuto depositando, in data 13 settembre 2012, tre elaborati grafici corredati da una breve relazione descrittiva.

Alla pubblica udienza del 21 novembre 2012 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. L'art. 2, sesto comma, della legge regionale n. 31 del 2008, nella parte in cui vieta la localizzazione di impianti eolici non finalizzati all'autoconsumo nei SIC e nelle ZPS costituenti la rete ecologica 'NATURA 2000' ed in area buffer di 200 metri, è conforme al diritto europeo ed alla Costituzione.

1.1. Sulla questione pregiudiziale sollevata da questa Sezione, la sentenza 21 luglio 2011 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha statuito, in sintesi:

- che la normativa italiana, laddove comporta il rigetto automatico di qualsiasi piano o progetto che preveda l'installazione di un nuovo impianto eolico in una di tali aree, senza che venga realizzata alcuna valutazione di incidenza ambientale del piano o del progetto specifico sul sito concretamente individuato, introduce un regime di tutela dei siti appartenenti alla rete Natura 2000 più restrittivo di quello introdotto dalle direttive 1979/409/CE e 1992/43/CE (in materia di tutela dell'avifauna e dell'habitat naturale);
- che la normativa dell'Unione in ambito ambientale non prevede un'armonizzazione completa e che l'art. 193 del Trattato prevede la possibilità per gli Stati membri di adottare misure di protezione rafforzata, alle sole condizioni che esse siano compatibili con il Trattato stesso e che siano notificate alla Commissione;
- che la normativa regionale pugliese, al fine di proteggere le popolazioni di uccelli selvatici che abitano le zone protette appartenenti alla rete Natura 2000, vieta in maniera assoluta la costruzione di nuovi aerogeneratori e una misura di protezione rafforzata, ai sensi dell'art. 193 del Trattato;
- che l'art. 194 del Trattato stabilisce, al n. 1, che la politica energetica

dell'Unione deve tenere conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente;

- che una normativa nazionale che si limiti a vietare l'installazione di nuovi aerogeneratori non finalizzati all'autoconsumo nei siti appartenenti alla rete Natura 2000, escludendo dal divieto gli aerogeneratori finalizzati all'autoconsumo con una potenza pari o inferiore a 20 kW, "... non può, per la sua portata limitata, mettere in pericolo l'obiettivo dell'Unione consistente nello sviluppo di energie nuove e rinnovabili" e che, di conseguenza, le direttive 1979/409/CE e 1992/43/CE "... non ostano ad una misura nazionale di protezione rafforzata che prevede il divieto assoluto di realizzare impianti eolici non finalizzati all'autoconsumo all'interno delle zone appartenenti alla rete Natura 2000 senza alcuna valutazione di incidenza ambientale del progetto o del piano specifico sul sito interessato appartenente a detta rete";

- che, in relazione ai principi dettati dalle direttive 2001/77/CE e 2009/28/CE (in materia di energie rinnovabili), il divieto assoluto di costruire nuovi impianti in zone appartenenti alla rete Natura 2000 non è contrario agli obiettivi di razionalizzazione e di riduzione di ostacoli amministrativi e costituisce, per principio, una procedura sufficientemente trasparente ed oggettiva;

- che il divieto di discriminazione sancito dall'art. 6, n. 1, della direttiva 2001/77/CE rappresenta l'espressione specifica del principio generale di uguaglianza e 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, spettando al giudice nazionale verificare se la differenza di trattamento tra i progetti di realizzazione di impianti eolici ed i progetti riguardanti altre attività

industriali all'interno dei siti appartenenti alla rete Natura 2000 si giustifica da differenze oggettive (tenuto conto delle specificità degli impianti eolici e dei pericoli che questi ultimi possono determinare per l'avifauna);

- che il principio di proporzionalità enunciato all'art. 13 della direttiva 2009/28/CE, anch'esso appartenente 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 più misure appropriate, si deve ricorrere alla misura meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti, spettando anche per tale profilo al giudice nazionale verificare la proporzionalità della misura di divieto.

Orbene, quanto al principio di non discriminazione, il Collegio ritiene che la disciplina più restrittiva dettata dal legislatore regionale sia pienamente giustificata dai rischi di collisione, dalle perturbazioni e dall'effetto "barriera" che gli aerogeneratori producono, per dato di comune esperienza, costringendo gli uccelli a cambiare direzione e provocando, specialmente negli insediamenti di maggiori dimensioni, la perdita o la degradazione degli habitat naturali.

Si tratta di effetti pregiudizievoli peculiari e tipici degli impianti eolici (i quali raggiungono altezze considerevoli ed interferiscono con le rotte di spostamento dell'avifauna), che viceversa possono non sussistere per altre tipologie di impianti industriali e che perciò giustificano l'introduzione di un regime di divieto assoluto nelle zone appartenenti alla rete Natura 2000.

Quanto, poi, al principio di proporzionalità, il Collegio ritiene che la cartografia prodotta in giudizio dalla Regione consente di ritenere che la

sottoposizione a divieto assoluto riguarda un'area definita e circoscritta del territorio pugliese (in particolare, Alta Murgia e Gargano).

Inoltre, il divieto di legge si limita ai soli aerogeneratori e non riguarda altre forme di produzione di energie rinnovabili e si applica esclusivamente ai nuovi impianti eolici a fini commerciali, restando salva la possibilità di realizzare aerogeneratori finalizzati all'autoconsumo con potenza pari o inferiore a 20 kW.

Ne discende che l'art. 2, sesto comma, della legge regionale n. 31 del 2008 non contiene divieti sproporzionati o discriminatori e risulta perciò compatibile con le direttive europee in materia di energie rinnovabili e di tutela dell'avifauna.

1.2. Sotto altro profilo, la predetta norma regionale non viola il riparto di competenze tra Stato e Regioni regolato dal Titolo V della Costituzione.

Come è noto, la Commissione europea in data 28 giugno 2006 aveva emesso nei confronti dello Stato italiano, nell'ambito della procedura d'infrazione n. 2006/2131 (avviata per non conformità al diritto comunitario della normativa italiana di recepimento della direttiva 1979/409/CE), un parere motivato nel quale aveva contestato la violazione, fra gli altri, degli artt. 2, 3 e 4 della direttiva 1979/409/CE che prevedono l'obbligo di adottare le misure necessarie per preservare, mantenere o ristabilire per tutte le specie una varietà ed una superficie di habitat, nonché misure speciali di conservazione.

Con l'art. 1, comma 1226, della legge 27 dicembre 2006 n. 296, al fine di prevenire ulteriori procedure d'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 D.P.R.

n. 357 del 1997.

La delega è stata attuata con il decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 17 ottobre 2007 (pubblicato in G.U. n. 258 del 6 novembre), intitolato "Criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciale (ZPS)". L'art. 5, primo comma – lettera l), del decreto ministeriale ha stabilito che le Regioni provvedano a porre, tra gli altri, proprio il divieto di "realizzazione di nuovi impianti eolici, fatti salvi gli impianti per i quali, alla data di emanazione del presente atto, sia stato avviato il procedimento di autorizzazione mediante deposito del progetto. Gli enti competenti dovranno valutare l'incidenza del progetto, tenuto conto del ciclo biologico delle specie per le quali il sito è stato designato, sentito l'INFS. Sono inoltre fatti salvi gli interventi di sostituzione e ammodernamento, anche tecnologico, che non comportino un aumento dell'impatto sul sito in relazione agli obiettivi di conservazione della ZPS, nonché gli impianti per autoproduzione con potenza complessiva non superiore a 20 kW".

Il decreto ministeriale, dunque, prescrive che le Regioni vietino in modo assoluto e generalizzato la costruzione di nuovi impianti eolici nelle ZSC e nelle ZPS, con la sola eccezione dei progetti già depositati, degli interventi di sostituzione ed ammodernamento e degli impianti per autoproduzione inferiori a 20 kW.

Non può esser dubbia, pertanto, la conformità della disciplina regionale alla disciplina statale di principio.

2. Da quanto detto, e cioè dalla compatibilità comunitaria e costituzionale dell'art. 2, sesto comma, della legge regionale n. 31 del 2008, discende l'improcedibilità del ricorso qui in esame, proposto per l'annullamento

dell'art. 5, primo comma – lett. n), del regolamento regionale n. 15 del 2008, ai cui sensi è fatto divieto, in tutte le zone di protezione speciale che formano la Rete Natura 2000, di realizzare nuovi impianti eolici.

Il divieto posto dal regolamento è stato infatti confermato dalla successiva norma di legge regionale. Le società ricorrenti non hanno dunque più interesse ad ottenere l'annullamento della norma regolamentare impugnata.

3. In conclusione, il ricorso è improcedibile.

Le spese di giudizio possono essere integralmente compensate, avuto riguardo alla novità e complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio dei giorni 21 novembre 2012 – 21 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario, Estensore

Francesco Cocomile, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2013

IL SEGRETARIO

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