

Pubblicato il 03/01/2018

N. 00028/2018REG.PROV.COLL.

N. 08313/2016 REG.RIC.

N. 09780/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 8313 del 2016, proposto da:
Comune di Bagnoli del Trigno, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso
dall'avvocato .., con domicilio eletto presso lo studio .. in Roma, viale ..;

contro

...s.r.l. ..., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato ..., con
domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via ..;
Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, in persona del Ministro in carica,
rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei
Portoghesi, n. 12;

... S.r.l. non costituito in giudizio;

nei confronti di

Regione Molise, Comune di Pietracupa non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 9780 del 2016, proposto da:
Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, in persona del Ministro in carica,
rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei
Portoghesi, n. 12;

contro

... S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato ..., con domicilio eletto presso lo studio ... in Roma, via...;

nei confronti di

Comune di Bagnoli del Trigno, Regione Molise, Comune di Pietracupa non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 8313 del 2016 e quanto al ricorso n. 9780 del 2016:

della sentenza del T.a.r. Molise – Campobasso, Sezione I, n. 364/2016, resa tra le parti, concernente sospensione lavori per realizzazione impianto eolico.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo e di Bagnoli Energie S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2017 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Molise ... S.r.l. invocava 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 era 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 volture, e sono state chieste al contempo delucidazioni alla Regione Molise circa il mancato rispetto del parere MIBACT.

2. Il primo giudice accoglieva il ricorso, ponendo in luce che il provvedimento inibitorio adottato dal MiBACT non è contemplato nell'art. 155 del d.lgs. n. 42/2004. Secondo il TAR, infatti, non sussisterebbe un potere di intervento interdittivo *ab externo* del Ministero sull'autorizzazione regionale, né la detta autorizzazione potrebbe ritenersi nulla.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propongono appello il Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo ed il Comune di Bagnoli del Trigno.

3.1. Con il primo dei citati gravami il Ministero lamenta l'erroneità della pronuncia di prime cure, atteso che: a) non avrebbe rilevato la nullità dell'autorizzazione unica, rilasciata ignorando il dissenso ministeriale espresso. Ciò sulla falsa convinzione che: I) il Direttore regionale per i beni culturali e paesaggistici non fosse legittimato ad esprimere il parere di cui all'art. 17, comma 3, lett. n), d.p.r. 233/2007; II) si fosse formato il silenzio assenso; III) che il Direttore regionale, se pure legittimato ad esprimere un parere, avesse delegato un soggetto incompetente in materia di paesaggio con conseguente formazione del silenzio assenso. Il dissenso espresso in sede di conferenza avrebbe potuto essere superato solo tramite la rimessione della deliberazione al Consiglio dei Ministri; b) non avrebbe rilevato che sussisterebbero i presupposti per l'esercizio del potere inibitorio di cui all'art. 150, d.lgs. 42/2004, in quanto il procedimento volto alla dichiarazione di rilevante interesse pubblico sarebbe non solo stato avviato, ma in realtà già concluso, poiché l'intero territorio di Bagnoli del Trigno sarebbe stato dichiarato di notevole interesse pubblico ex d.m. 23 dicembre 1997. Inoltre, il citato art. 150 non potrebbe essere interpretato nel senso che il suo ambito oggettivo andrebbe limitato a quei beni il cui procedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico, benché iniziato, non sia stata ancora completato e non, invece, anche quei beni già tutelati. Premesso che il Ministero poteva intervenire ai sensi dell'art. 150, sarebbe erranea anche l'esegesi offerta sull'art. 155, d.lgs. 42/2004, dal momento che risulterebbe inidonea a salvaguardare gli interessi di rango costituzionale salvaguardati dalla norma de qua.

3.2. Con il secondo appello in esame il Comune di Bagnoli del Trigno invoca la riforma della sentenza di prime cure, esponendo le seguenti censure: a) sarebbe erronea l'esegesi del TAR in relazione all'art. 155, d.lgs. 42/2004, secondo la quale il potere di vigilanza ivi disciplinato non conterrebbe anche un potere inibitorio; b) del pari erronea sarebbe la pronuncia del TAR nella misura in cui non ha rilevato la nullità del titolo autorizzatorio per difetto assoluto di attribuzione e per mancanza di un elemento essenziale quale l'assenso della competente sovrintendenza.

4. Costituitasi in giudizio .. s.r.l. invoca la conferma della sentenza impugnata e ripropone i motivi assorbiti dal primo giudice: 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; 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) 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 sarebbe 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.

5. Preliminarmente deve disporsi la riunione dei ricorsi in esame ex art. 96, comma 1, c.p.a., trattandosi di gravami proposti avverso la stessa pronuncia.

6. Gli appelli sono fondati e devono essere accolti.

Prima di procedere all'esame delle singole doglianze occorre, però, precisare il contenuto di due pronunce di questo Consiglio: n. 3039/2012, n. 4167/2013, richiamate dalle parti del giudizio come dal TAR, al fine di chiarirne l'effettiva portata.

La prima delle citate pronunce (n. 3039/2012): a) afferma la natura speciale della disciplina legislativa sul procedimento autorizzatorio degli impianti destinati alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, avendo l'art. 12, d.lgs. 387/2003, nel dare attuazione alla direttiva 2001/77, utilizzato a fini acceleratori e semplificatori il modulo procedimentale della conferenza di servizi. Pertanto, la conferenza di servizi è per la legge la sede propria e esclusiva (senza alcuna "confluenza" parcellizzante il confronto) in cui le amministrazioni interessate (e in particolare il Ministero per i beni e le attività culturali) manifestano – con le forme ivi necessarie - l'assenso o il dissenso rispetto al rilascio del domandato titolo abilitativo regionale alla realizzazione dell'impianto; b) l'eventuale superamento del dissenso espresso dalle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico deve seguire le specifiche norme procedurali appositamente stabilite dallo stesso art. 14-*quater*; c) in costanza di un dissenso espresso in senso alla conferenza dall'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, la Regione procedente non può superare il dissenso qualificato, se non attivando il meccanismo di cui al citato art. 14-*quater*, l. 241/90; d) l'autorizzazione unica è nulla per difetto assoluto di attribuzione nel caso di superamento del dissenso al di fuori dei meccanismi previsti dal citato art. 14-*quater*, e per difetto dell'elemento essenziale dell'assenza di dissensi qualificati nella previa conferenza di servizi.

La seconda delle citate pronunce (n. 4167/2013): afferma che nel caso in cui non siano conculcate le prerogative partecipative dell'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico per avere quest'ultima espresso il proprio parere favorevole o per avere scelto di non partecipare alla conferenza. L'unica via percorribile è quella della impugnazione del provvedimento autorizzatorio (innanzi al TAR o con ricorso straordinario), deducendo la sussistenza di una violazione di legge riguardante le proprie prerogative e il mancato concreto esercizio dei propri poteri: essa non può invece fondatamente dedurre che la medesima autorizzazione, per sua natura da qualificare come provvedimento autoritativo, sia disapplicabile da altre autorità amministrative o in sede giurisdizionale.

È evidente, dunque, che tra le due pronunce non si ravvisa alcun contrasto, risultando, al contrario, le stesse perfettamente coordinate.

6.1. Va ulteriormente rammentato che la nullità di un atto può essere rilevata d'ufficio dal giudice, quando la detta valutazione sia essenziale per rispondere alla domanda di annullamento sottoposta al suo esame. Infatti, l'art. 31, comma 4, Cpa, prevede, come è noto, che *“la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice...”*.

Per il tramite della norma processuale, il legislatore:

- per un verso, ha assoggettato la declaratoria di nullità dell'atto amministrativo alla proposizione della relativa domanda al giudice da parte di chi vi abbia interesse, entro il termine di centottanta giorni, da intendersi come decorrente dalla piena conoscenza dell'atto medesimo;

- per altro verso, ha affermato – come per i contratti anche per l'atto amministrativo - sia la opponibilità *“in perpetuum”* della nullità ad opera della parte resistente, sia la rilevabilità di ufficio della medesima, da parte del giudice.

Così disponendo, tuttavia, il legislatore ha recepito solo in parte gli aspetti salienti della nullità - come tradizionalmente operante nell'ambito del diritto civile - quale *“nuova”* forma di invalidità dell'atto amministrativo.

Ed infatti, il legislatore, a fronte di un aspetto tipico della nullità, rappresentato dalla previsione di un'azione imprescrittibile volta ad ottenerne la declaratoria da parte di chiunque vi abbia interesse, ha invece previsto che la detta azione venga proposta entro il termine decadenziale di 180 giorni (e ciò sebbene parte della giurisprudenza avesse già ritenuto l'imprescrittibilità dell'azione di nullità: Cons. Stato., sez. V, n. 4136/2007).

Al contempo, il legislatore ha invece positivamente recepito altri aspetti tipici di disciplina della nullità, quali sono quelli della sua perpetua opponibilità in giudizio e della rilevabilità di ufficio da parte del giudice.

Questa Sezione ha già avuto modo di affermare (Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2011 n. 5799), che la stessa declaratoria di ufficio della nullità da parte del giudice, deve essere correlata al rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ex artt. 112 c.p.c. e 39 Cpa., in modo non dissimile da quanto già elaborato dalla giurisprudenza con riferimento alla possibilità ed ai limiti della declaratoria di ufficio della nullità del contratto, ex art. 1421 c.c. (Cass. Civ., sez. I, 14 aprile 2011 n. 8539; Cass. Civ. sez. III, 7 febbraio 2011 n. 1956).

Ne consegue che il giudice amministrativo può di ufficio procedere a dichiarare la nullità di atti amministrativi (ovviamente in un giudizio diverso da quello ex art. 31, co. 4 Cpa), solo se tale declaratoria risulta funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio (e quindi, nel giudizio impugnatorio, alla declaratoria di illegittimità dell'atto impugnato e al suo conseguente annullamento, ovvero, al contrario, al rigetto della domanda di annullamento).

Allo stesso modo, anche la *“opponibilità”* della nullità ad opera della parte resistente deve essere fondata su un interesse concreto ed attuale, il medesimo che, più in generale, costituisce il presupposto dello jus excipiendi in iudicio; interesse che va tenuto distinto da quello che legittimerebbe la parte all'azione di accertamento della nullità, anche nel caso in cui tale parte sia

rappresentata da una Pubblica Amministrazione (e fermo il potere di quest'ultima, ove ne sia titolare, di agire in autotutela sull'atto nullo: Cons. Stato, sez. IV, n. 5799/2011 cit.).

Ciò che, in tal modo, la parte persegue non è la declaratoria della nullità dell'atto amministrativo (per il quale occorre la domanda entro il termine decadenziale), ma la paralisi dell'argomento della parte avversaria comunque fondato sull'atto nullo.

Ma se tale è l'interesse della parte opponente la nullità, non di meno ciò non esclude che il giudice, ove concordi con l'eccezione, possa procedere alla declaratoria di nullità dell'atto ritenuto nullo, potendo egli valutare – in ragione del caso concreto sottoposto al suo giudizio – se limitarsi ad accogliere l'eccezione di nullità, sufficiente a soddisfare la posizione dell'opponente, ovvero procedere alla declaratoria della nullità, in tal modo producendo l'effetto della scomparsa dell'atto amministrativo dal mondo giuridico (e non già la semplice “non consistenza” dello stesso nel singolo giudizio).

In sostanza, la asimmetria presente nella disciplina della nullità del provvedimento amministrativo – laddove alla “temporaneità” dell'azione dichiarativa di nullità soggetta a termine di decadenza corrisponde la “perpetuità” della rilevabilità di ufficio della medesima, e non già la perpetuità in ambedue le ipotesi – comporta anche una diversa articolazione dei poteri del giudice; e ciò nonostante l'inammissibilità dell'azione dichiarativa della nullità da parte del ricorrente che ha fatto spirare il termine decadenziale.

6.1.1. D'altra parte, anche la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (Sez. Un. Civ., 12 dicembre 2014 n. 26242) estende il potere – dovere del giudice di dichiarare, pur in assenza di domanda di parte, la nullità del contratto: si consideri, a tal fine, il punto della decisione (punto 7.1 n. 5) dove la Suprema Corte afferma che

“il giudice dichiara la nullità del negozio nella motivazione della sentenza, dopo aver indicato come tema di prova la relativa questione, in mancanza di domanda di accertamento (principale o incidentale) proposta da una delle parti, con effetto di giudicato in assenza di impugnazione”.

Afferma, inoltre, la Corte di Cassazione come “la vera ratio della rilevabilità officiosa della nullità non sia quella di eliminare, sempre e comunque, il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico (che, altrimenti, l'art. 1421 sarebbe stato scritto diversamente, e sarebbe stata attribuita la relativa legittimazione ad agire anche al pubblico ministero, come avviene nell'ordinamento francese ex art. 423 NCPC), ma quella di impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici”.

Secondo la Suprema Corte, “si intende, allora, come da un lato l'esigenza di preservare la sostanziale unitarietà della categoria della nullità negoziale si coniughi con l'obbligo di rilevazione d'ufficio sempre e comunque imposto al giudice, dall'altro come tale obbligo contemperati in modo equilibrato il duplice valore della tutela degli interessi generali sottesi alla nullità e della salvaguardia dell'iniziativa di parte nel processo”.

E la Corte di Cassazione giunge, infine, ad affermare che “la nullità può essere sempre oggetto di dichiarazione/accertamento da parte del giudice”, ed inoltre che “l'espresso accertamento contenuto nella motivazione della sentenza sarà idoneo a produrre, anche in assenza di un'istanza di parte (domanda o accertamento incidentale) l'effetto di giudicato sulla nullità del contratto in mancanza di impugnazione sul punto”.

7. Tanto premesso, non si può condividere, quanto sostenuto dal primo giudice in ordine all'ampiezza del potere inibitorio esercitato nella fattispecie dagli organi del MIBACT. Infatti, come chiarito sopra, il potere dell'amministrazione preposta a tutela di un interesse sensibile quale quello paesaggistico resta imbrigliato all'interno del modulo della conferenza di servizi, potendo essere esercitato solo in seno alla stessa, sicché quest'ultima non può mettere nel nulla il provvedimento, sia pure illegittimo, conclusivo della conferenza. Ciò a patto che il potere dell'amministrazione si consumi fisiologicamente all'interno del detto modulo procedimentale. Nel caso in cui, invece, il dissenso ivi manifestato non venga superato secondo i meccanismi all'uopo previsti dal legislatore di remissione ad una più alta istanza della fattispecie, l'atto autorizzatorio è nullo per difetto assoluto di attribuzione nel caso di superamento del dissenso al di fuori dei meccanismi previsti dal citato art. 14-*quater*, e per difetto dell'elemento essenziale dell'assenza di dissensi qualificati nella previa conferenza di servizi.

7.1. Giova, innanzi tutto, ricordare, con riguardo al tema generale della nullità, che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già affermato (Cons. Stato, sez. VI, n. 3173/2007 e n. 891/2006) che *“nel diritto amministrativo la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi, oggi meglio definiti dal legislatore, in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale in caso di violazione di norme imperative è quella della nullità”*.

7.1.1. A fronte delle tre ipotesi indicate dall'art. 21-septies l. n. 241/1990 – ed in disparte quella rappresentata dal provvedimento *“adottato in violazione o elusione del giudicato”* ovvero da altri, eventuali casi di nullità *“espressamente previsti dalla legge”* – la giurisprudenza ha ritenuto che il caso di nullità del provvedimento per mancanza dei suoi elementi essenziali, può essere ravvisato solo in casi estremi e circoscritti (Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017 n. 2028; sez. VI, 3 marzo 2016 n. 882; sez. IV, 24 maggio 2016 n. 2202), dovendosi ritenere che gli elementi essenziali sono elementi intrinseci del provvedimento di cui si lamenta la nullità, la mancanza dei quali incide sulla stessa possibilità di ritenere completamente perfezionata una fattispecie di provvedimento amministrativo (come nel caso di mancanza dell'oggetto); si tratta, quindi, di un difetto strutturale intrinseco dello stesso provvedimento, che deriva da carenze sue proprie, e non da mancanze esterne (Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2017 n. 105).

Si è altresì affermato (Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012 n. 1958) che il difetto di elementi essenziali del provvedimento, tali da comportarne la nullità, devono essere rapportati o *“alla totale irrifiribilità del provvedimento ad un organo emanante, in modo tale da rendere impossibile l'imputazione degli effetti del medesimo”* o *“al difetto di identificazione (e di identificabilità) del destinatario nella cui sfera giuridica occorrerebbe che si producessero gli effetti del provvedimento amministrativo, posto che ciò incide sulla tipicità dell'atto e rende non percettibile l'imperatività del medesimo”*.

7.1.2. Quanto all'ulteriore ipotesi di nullità, consistente nel provvedimento emanato in difetto assoluto di attribuzione, si è affermato che quest'ultimo evoca la cd. *“carenza di potere in astratto”*, vale a dire l'ipotesi in cui l'amministrazione assume di esercitare un potere che in realtà nessuna norma attribuisce (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2017 n. 45; sez. IV, 17 novembre 2015 n. 5228 e 18 novembre 2014 n. 5671; sez. VI, 31 ottobre 2013 n. 5266), distinta dalla cd. *“carenza di potere in concreto”*, ossia di potere pur astrattamente sussistente, esercitato in assenza dei presupposti di legge (Cons. giust. Amm. Siciliana, 21 luglio 2015 n. 571).

Alle stesse conclusioni è pervenuta la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 3 ottobre 2016 n. 19682 e 23 settembre 2014, n. 19974).

7.2. La riconduzione della nullità per difetto assoluto di attribuzione alla ben nota e risalente categoria della “*carezza di potere in astratto*” è condivisa dal Collegio, con le necessarie precisazioni che tale categoria – elaborata da circa un secolo – oggi richiede, alla luce delle nuove configurazioni della attribuzione del potere provvedimentale offerte dalla intervenuta disciplina positiva del procedimento amministrativo, anche ai fini della cd. semplificazione.

La carezza di potere “*in astratto*” (o cd. incompetenza assoluta) è senza dubbio da individuare, in ossequio al principio di legalità, nei casi in cui manca, in capo alla singola amministrazione pubblica (complessivamente considerata), qualunque attribuzione del potere provvedimentale della specie esercitata.

Al contrario, non può rinvenirsi l’ipotesi suddetta nei casi in cui manchi l’attribuzione del potere all’organo che ha specificamente disposto, risolvendosi tale ipotesi in un vizio di incompetenza (stante la astratta attribuzione del potere all’amministrazione cui l’organo pertiene), ovvero nei casi in cui difetti un presupposto, pur richiesto dalla legge, per l’esercizio in concreto del potere astrattamente attribuito, ricorrendo in tali casi ancora una volta il vizio di incompetenza ovvero quello di violazione di legge.

7.3. I principi ora espressi in via generale (e attribuibili ad una risalente tradizione interpretativa) devono essere più concretamente verificati, nei casi in cui il provvedimento amministrativo è emanato a conclusione di una conferenza di servizi, laddove occorre distinguere:

- l’ipotesi in cui la conferenza di servizi decisoria è indetta dall’amministrazione procedente “*quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all’acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni*” (art. 14, co. 2, primo periodo, l. n. 241/1990);

- l’ipotesi in cui la conferenza di servizi è convocata laddove l’attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti di competenza di diverse amministrazioni pubbliche (art. 14, co. 2, secondo periodo – e, nel testo anteriormente vigente, commi 3 e 4). In tale seconda ipotesi rientra anche la conferenza di servizi relativa alla realizzazione di un progetto sottoposto a valutazione di impatto ambientale (art. 14, co. 4, l. n. 241/1990) .

Nel primo caso, l’attività delle altre pubbliche amministrazioni si inserisce a vario titolo (per lo più in esercizio di funzione consultiva) nell’ambito di un unico procedimento, e dunque la conferenza di servizi consente un esame sincronico della pluralità di interessi pubblici coinvolti in un unico procedimento, unici essendo tuttavia l’interesse pubblico cd. primario (a fronte del quale gli altri assumono la veste di interessi pubblici secondari) e, soprattutto, la potestà provvedimentale.

Nel secondo caso, invece, la conferenza di servizi si pone come momento organizzatorio di raccordo e di sintesi tra una pluralità di procedimenti amministrativi, cui pertengono una pluralità di interessi pubblici primari e, correlativamente, una pluralità di autonome potestà provvedimentali, tuttavia confluenti – sulla base del previo accordo delle amministrazioni di esse titolari – nell’unico provvedimento amministrativo conclusivamente adottato dall’autorità amministrativa alla quale la legge ne conferisce il potere.

Ciò non significa, tuttavia, che tale autorità acquisisca *ipso facto* una (più ampia) potestà provvedimentale, ma solo che essa esercita, ai soli fini dell’emanazione del provvedimento sul cui contenuto vi è accordo, (anche) la potestà provvedimentale delle altre amministrazioni.

Ne consegue che, laddove l'accordo non vi sia, ciò che manca non è un mero "presupposto" per l'esercizio del potere provvedimentale, ma la condizione stessa perché quest'ultimo (ai soli limitati fini suddetti) venga attribuito (si "trasferisca") da una autorità amministrativa all'altra. Il che comporta, in mancanza di accordo, il difetto assoluto di attribuzione, poiché l'amministrazione emanante viene ad esercitare (per la parte di competenza dell'amministrazione dissenziente) una potestà che la legge non le ha mai attribuito (e che, anzi, è conferita ad altro organo, come, ad esempio, il Consiglio dei Ministri).

8. Nel caso di specie, l'art. 12 d.lgs. 29 dicembre 2003 n. 387, prevede che:

“la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione, ovvero, per impianti con potenza termica installata pari o superiore ai 300 MW, dal Ministero dello sviluppo economico, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico. A tal fine la Conferenza dei servizi è convocata dalla regione o dal Ministero dello sviluppo economico entro trenta giorni dal ricevimento della domanda di autorizzazione . . .” (co. 3).

“L'autorizzazione di cui al comma 3 è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni. Il rilascio dell'autorizzazione costituisce titolo a costruire ed esercire l'impianto in conformità al progetto approvato e deve contenere, l'obbligo alla rimessa in pristino dello stato dei luoghi a carico del soggetto. . .” (co. 4).

Alla conferenza di servizi convocata ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica si applicano, per espresso richiamo, le disposizioni della l. n. 241/1990, ed in particolare (per quel che interessa nella presente sede) il comma 3 dell'art. 14-*quater* il quale (nel testo all'epoca vigente) prevede che:

“Al di fuori dei casi di cui all'articolo 117, ottavo comma, della Costituzione, e delle infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale, di cui alla parte seconda, titolo terzo, capo quarto del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, nonché dei casi di localizzazione delle opere di interesse statale, ove venga espresso motivato dissenso da parte di un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, la questione, in attuazione e nel rispetto del principio di leale collaborazione e dell'articolo 120 della Costituzione, è rimessa dall'amministrazione procedente alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, che si pronuncia entro sessanta giorni, previa intesa con la Regione o le Regioni e le Province autonome interessate, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali, ovvero previa intesa con la Regione e gli enti locali interessati, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali. Se l'intesa non è raggiunta entro trenta giorni, la deliberazione del Consiglio dei Ministri può essere comunque adottata. Se il motivato dissenso è espresso da una Regione o da una Provincia autonoma in una delle materie di propria competenza, il Consiglio dei Ministri delibera in esercizio del proprio potere sostitutivo con la partecipazione dei Presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate”.

Orbene, dalla lettura delle disposizioni richiamate ed alla luce dei principi innanzi esposti, appare evidente come, nel procedimento finalizzato al rilascio dell'autorizzazione unica per gli impianti di energia elettrica da fonti rinnovabili - in caso di "*motivato dissenso da parte di un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità*" - la competenza in materia è attribuita al Consiglio dei Ministri, che decide con propria deliberazione, con o senza intesa con le altre amministrazioni pubbliche coinvolte.

In definitiva, la legge - in espressa attuazione di principi costituzionali e dell'art. 120 Cost. (che prevede, tra l'altro, l'intervento sostitutivo del Governo "quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica" della Repubblica) - in presenza del presupposto rappresentato dal "motivato dissenso", attribuisce il potere provvedimentale alla istanza amministrativa massima della Repubblica nella sua unità, e cioè precisamente al Consiglio dei Ministri.

Appare, dunque, evidente come la Regione, nel momento in cui, pur in presenza del dissenso di una delle amministrazioni espressamente indicate, proceda ad emanare comunque l'autorizzazione unica, agisce in carenza assoluta di potere:

- sia in quanto tale potere è attribuito (lo si ripete, a tutela di valori costituzionalmente garantiti) al Consiglio dei Ministri;

- sia in quanto essa non può ritenersi attribuite, in presenza di dissenso, potestà provvedimentali proprie di altre amministrazioni "dissenzienti".

8.1. Né può affermarsi, al fine di contrastare il rilevato difetto assoluto di attribuzione, che la Regione non sarebbe comunque assolutamente priva di potere provvedimentale in materia, e dunque che, laddove provveda in vece del Consiglio dei Ministri, ricorrerebbe una ipotesi di illegittimità dell'atto per incompetenza relativa, e non già la sua nullità per incompetenza assoluta.

A tal fine, è agevole osservare che l'espressione del dissenso (in disparte quanto già detto in ordine al conseguente difetto di attribuzione in capo alla Regione del potere provvedimentale proprio delle amministrazioni dissenzienti) determina una cesura del normale ordine delle competenze, venendosi a determinare una attribuzione di potere provvedimentale del tutto nuovo ed *extra ordinem*, sorretto dall'esigenza di tutela di valori costituzionalmente garantiti; attribuzione - quest'ultima - che certamente non è presente in capo ad organi diversi dal Consiglio dei Ministri.

8.2. Da ultimo, occorre osservare che, nelle ipotesi in cui l'art. 14-*quater* l. n. 241/1990 (nel testo anteriormente vigente) prevede, quale presupposto per l'attribuzione di competenza al Consiglio dei Ministri, il dissenso di talune amministrazioni specificamente indicate (tra le quali, quella dei Beni culturali), non compete alla Regione, in sede di procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica, valutare se tale dissenso possa (o meno) ritenersi "*motivato*".

Tale valutazione non può che competere al Consiglio dei Ministri, poiché, diversamente opinando, la valutazione effettuata dall'amministrazione procedente (la Regione) si risolverebbe in una possibile, sostanziale disapplicazione della norma di legge, con "svuotamento" delle garanzie da questa offerte a talune amministrazioni portatrici di interessi pubblici giudicati particolarmente rilevanti.

9. Da ciò deriva, altresì, che il potere a tutela dei detti interessi sensibili, che dovrebbe fisiologicamente consumarsi all'interno del detto modulo procedimentale, non si consuma, sicché

nell'esercizio del potere di vigilanza di cui all'art. 155, d.lgs. 42/2004, l'amministrazione in questione può adottare poteri inibitori.

Una simile interpretazione risulta conforme a Costituzione nella misura in cui assicura a tutela di interessi rilevanti di rango costituzionale quali quelli tutelati dall'art. 9 cost., uno strumento di tutela estrema in capo all'amministrazione, che si veda spogliata da un atto nullo delle proprie prerogative amministrativa di tutela del bene in questione.

Pertanto, la pronuncia del primo giudice nella parte in cui ha accolto il quarto motivo del ricorso di primo grado risulta erronea e merita di essere riformata.

10. Vanno a questo punto esaminati i motivi non esaminati dal TAR e riproposti in seconde cure.

Al riguardo si deve osservare che: I) l'autorizzazione unica come sopra detto è nulla, in quanto tale non vale richiamare la disciplina prevista dall'art. 21-*nonies*, l. 241/90, circa la tempistica di 18 mesi che deve essere osservata per l'esercizio del potere di autotutela, poiché quest'ultima vale solo per gli atti annullabili in quanto illegittimi; II) non si registra alcuna violazione e falsa applicazione degli artt. 14-*ter* e 14-*quater* della l. n. 241/1990, dal momento che il parere del MIBACT del 22 dicembre 2011 esprime contrarietà *tout court* con il progetto in questione e va, conseguentemente, inteso quale dissenso qualificato; III) il sito sul quale andrebbe realizzata l'opera ai sensi del d.m. 23 dicembre luglio 1997 (Dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'intero territorio del comune di Bagnoli del Trigno) è sottoposta a vincolo; IV) la nullità dell'atto autorizzativo non onerava l'amministrazione statale a procedere ad una sua impugnazione, né può registrarsi alcuna lesione dell'affidamento da parte del privato, che, se è predicabile per un atto illegittimo, non può invece essere ingenerato da un atto radicalmente nullo.

11. Alla luce di quanto sopra detto, quindi, nessuna delle censure riproposte in questa sede dall'originaria ricorrente può trovare accoglimento.

12. Gli appelli in esame devono, quindi, essere accolti nei sensi sopra indicati, con ciò che ne consegue in termini di riforma dell'impugnata sentenza e di reiezione del ricorso di prime cure. Nella particolare complessità e novità delle questioni in fatto ed in diritto trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

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

- riunisce gli appelli;
- accoglie gli appelli e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza respinge il ricorso di primo grado.
- compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

L'ESTENSORE

Luigi Massimiliano Tarantino

IL PRESIDENTE

Antonino Anastasi

IL SEGRETARIO