TAR di Campobasso: eolico off-shore

L'art. 41, comma 1, della L. n. 99/09 devolve alla competenza funzionale inderogabile del TAR del Lazio non tutte le controversie aventi ad oggetto anche in via accessoria e marginale questioni relative alle infrastrutture di trasporto dell'energia, ma solo quelle aventi per oggetto tali opere in via esclusiva o comunque in via principale.
Diversamente opinando tutte le controversie relative a centrali termoelettriche, senza limiti di potenza, dovrebbero essere devolute al TAR del Lazio poiché ogni nuova centrale presuppone la contestuale realizzazione di opere di collegamento alla rete elettrica di trasmissione nazionale, quanto meno nel tratto che va dalla cabina di trasformazione (dove affluisce cioè l'energia prodotta dall'impianto) alla rete di trasmissione vera e propria.
Senonchè il legislatore ha espressamente indicato in 400MW la potenza termica generata dalla centrale termoelettrica che autorizza l'attrazione delle controversie in favore del TAR del Lazio ed il limite di potenza previsto - che solo giustifica la deroga agli ordinari criteri di distribuzione della competenza territoriale in quanto rivelatore di un interesse strategico di livello nazionale all'approvigionamento energetico – non può essere svuotato di rilevanza accedendo ad una interpretazione, quale quella oggetto di disamina critica, che ha l'effetto di consentire una deroga generalizzata facendo leva sull'esistenza di opere infrastrutturali relative alla rete, tenuto conto che alla costruzione di una centrale termoelettrica si accompagna sistematicamente la realizzazione di infrastrutture, seppur di modesta entità, di collegamento alla rete elettrica di trasmissione nazionale.

(Nel caso di specie, il Collegio ha respinto la tesi della competenza del TAR Lazio, evidenziando che l'impianto ha potenza nominale complessiva di 162 MW e le opere di collegamento alla rete elettrica nazionale consistono in un elettrodotto totalmente interrato nel tratto che si snoda tra la cabina di trasformazione e la stazione primaria ENEL, con la conseguenza che la competenza territoriale deve essere riconosciuta in capo al TAR periferico).

Il legislatore, nella disciplina della localizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili, ha inteso riconoscere distinta ed autonoma evidenza ai vari interessi pubblici implicati nel relativo procedimento e, tra questi, a quello ambientale. A tal fine ha delineato un procedimento complesso, un vero e proprio "procedimento di procedimenti" scandito cioè in subprocedimenti autonomi, di volta in volta finalizzati all'esame degli aspetti ambientali, di quelli propri del demanio marittimo ed infine di quelli direttamente connessi alla produzione dell'energia elettrica. Tali sub procedimenti sono astretti da vincolo di presupposizione nel senso che il provvedimento di VIA esplica effetti direttamente condizionanti in relazione agli ulteriori ed autonomi subprocedimenti previs-
ti nell'ambito dell'iter di rilascio dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d. lgs. 387 del 2003.

Con l'art. 27 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, come sostituito dall'art. 1, comma 3, del d. lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, il legislatore ha definitivamente riconosciuto alla verifica di impatto ambientale la natura di vero e proprio sub procedimento autonomo che si perfeziona con un provvedimento immediatamente impugnabile tant'è che al primo comma si afferma testualmente che "Dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale ovvero dalla data di pubblicazione nel Bollettino Ufficiale della regione decorrono i termini per eventuali impugnazioni in sede giurisdizionale da parte di soggetti interessati.

(Nella specie, il Collegio ha ritenuto infondata l'eccezione di inammissibilità del gravame in relazione alla pretesa natura endoprocedimentale del provvedimento recante il giudizio di compatibilità ambientale dell'opera rispetto all'autorizzazione unica ex articolo 12 del d. lgs. 38/2003).

La competenza in ordine alla autorizzazione ed alla VIA di tutti gli impianti eolici inizialmente era regionale (salva la necessaria partecipazione ai lavori della relativa conferenza di servizi del Ministero per i beni e le attività culturali, in caso di impianti in aree paesistiche, e del Ministero dell'ambiente): l'art. 2, comma 158, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 ha, tuttavia, modificato l'art. 12 del d.lgs n. 387 del 2003, prevedendo l'attribuzione allo Stato, per il tramite del Ministero dei Trasporti, della competenza al rilascio dell'autorizzazione unica per quanto concerne gli impianti eolici off shore.
Dopo la legge n. 244 del 24 dicembre 2007 e fino al 12 febbraio 2008, la competenza per la autorizzazione dei soli impianti eolici off-shore (quali quelli per cui è causa) è, pertanto, passata allo Stato e, con essa, è passata allo Stato anche la competenza in ordine alla VIA (mentre è rimasta alle Regioni quella relativa ad ogni impianto eolico su terra).
A partire dal 13 febbraio 2008, data di entrata in vigore del decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4 (Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale), invece, la competenza in ordine alla VIA per tutti gli impianti eolici (su terra o off-shore) è stata attribuita alle Regioni (cfr. art. 7, comma 4 e allegato III lett. c bis).
Conseguentemente in caso di impianti off-shore si è prevista una duplicità di competenze: statale in ordine alla autorizzazione dell'impianto, regionale in ordine alla VIA: per cui i procedimenti di VIA già iniziati alla data di entrata in vigore del testo unico sull'ambiente si concludono in conformità alle disposizioni ed alle attribuzioni di competenza in vigore all'epoca della presentazione di detta istanza.

Riconoscere che una determina opera possa avere possibili effetti nocivi per l'ambiente non conduce di per sé automaticamente ad un giudizio negativo di compatibilità ambientale. Il compito della commissione risiede primariamente nella valutazione del rapporto costi – benefici per l'ambiente derivanti dalla realizzazione dell'opera e può pervenire ad un giudizio negativo solo quando i costi ambientali siano di gran lunga preponderanti rispetto ai possibili benefici.

(Nel caso di specie il Collegio ha sottolineato che è stata esclusa una tale eventualità, in quanto la commissione ha motivatamente dimostrato che accanto ai costi vi sono anche significativi benefici per l'ambiente in termini di riduzione delle emissioni inquinanti).

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 il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 16 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Regione Molise in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli

avv. Vincenzo Colalillo e Alberta De Lisio, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Campobasso, via Umberto I, N. 43;
contro
Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare in persona del Ministro pro tempore, Ministero per i Beni e le Attività Culturali in persona del Ministro pro tempore, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in persona del Ministro pro tempore, Ministero dello Sviluppo Economico in persona del Ministro pro tempore, Ministero della Difesa in persona del Ministro pro tempore, Presidenza del Consiglio dei Ministri in persona del Presidente del Consiglio, Ministero dei Trasporti - Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto - Guardia Costiera, Soprintendenza per i beni Architettonici e per il Paesaggio, per il Patrimonio Storico, Artistico ed Etnoantropologico del Molise, tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in Campobasso, via Garibaldi, 124;
nei confronti di
Effeventi S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Piergiuseppe Venturella, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Michele Coromano in Campobasso, Principe di Piemonte, 41;
e con l'intervento di
ad adiuvandum:
Comune di Termoli in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Di Nezza, presso il cui studio in Campobasso, corso Umberto I, 43 elegge domicilio;
ad opponendum:
Legambiente Associazione Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo Canevacci, Berardino Iacobucci e Giovanni Battista Conte con domicilio ex lege presso la segreteria del TAR;

sul ricorso numero di registro generale 21 del 2010, integrato da motivi aggiunti proposto dal Comune di Petacciato e dal Comune di Montenero di Bisaccia in persona dei rispettivi Sindaci P.T., rappresentati e difesi dallo studio legale "Vincenzo Colalillo ed altri" società tra professionisti e per esso dall'avv. Stefano Scarano presso il cui studio in Campobasso, via Umberto I, N. 43 elegge domicilio;
contro
Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare in persona del Ministro pro tempore, Ministero per i Beni e le Attività Culturali in persona del Ministro pro tempore, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in persona del Ministro pro tempore, Ministero

dello Sviluppo Economico in persona del Ministro pro tempore, Ministero della Difesa in persona del Ministro pro tempore, Presidenza del Consiglio dei Ministri in persona del Presidente del Consiglio, Ministero dei Trasporti - Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto - Guardia Costiera, Soprintendenza per i beni Architettonici e per il Paesaggio, per il Patrimonio Storico, Artistico ed Etnoantropologico del Molise, Commissione Tecnica di Verifica dell'impatto ambientale VIA – VAS, Capitaneria di Porto di Termoli, tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in Campobasso, via Garibaldi, 124;
e nei confronti della
Regione Molise in Persona del Presidente P.T.;
Provincia di Campobasso in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Ilenia Corbo e Matteo Iacovelli, con domicilio eletto presso la sede del servizio legale dell'Ente in Campobasso, via Roma, 47;
nei confronti di
Effeventi S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Piergiuseppe Venturella, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Michele Coromano in Campobasso, Principe di Piemonte, 41;
e con l'intervento di
ad adiuvandum:
Comune di Termoli in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Di Nezza, presso il cui studio in Campobasso, corso Umberto I, 43 elegge domicilio;

sul ricorso numero di registro generale 22 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Arsiam - Azienda Regionale per lo Sviluppo e l'Innovazione dell'Agricoltura nel Molise, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dallo Studio Legale "Vincenzo Colalillo ed altri" società tra professionisti e per esso dall'avv. Stefano Scarano, con il quale elettivamente domicilia in Campobasso, via Umberto I, n. 43;
contro
Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare in persona del Ministro pro tempore, Ministero per i Beni e le Attività Culturali in persona del Ministro pro tempore, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in persona del Ministro pro tempore, Ministero dello Sviluppo Economico in persona del Ministro pro tempore, Ministero della Difesa in persona del Ministro pro tempore, Presidenza del Consiglio dei Ministri in persona del Presidente del Consiglio, Ministero dei Trasporti - Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto - Guardia Costiera, Soprintendenza per i beni Architettonici e per il

Paesaggio, per il Patrimonio Storico, Artistico ed Etnoantropologico del Molise, Commissione Tecnica di Verifica dell'impatto ambientale VIA – VAS, Capitaneria di Porto di Termoli, tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in Campobasso, via Garibaldi, 124;
e nei confronti della
Regione Molise in Persona del Presidente P.T.;
Provincia di Campobasso in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Ilenia Corbo e Matteo Iacovelli, con domicilio eletto presso la sede del servizio legale dell'Ente in Campobasso, via Roma, 47;
nei confronti di
Effeventi S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Piergiuseppe Venturella, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Michele Coromano in Campobasso, Principe di Piemonte, 41;
e con l'intervento di
ad adiuvandum:
Comune di Termoli in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Di Nezza, presso il cui studio in Campobasso, corso Umberto I, 43 elegge domicilio;
per l'annullamento
quanto al ricorso n. 16 del 2010:
del decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare di concerto con il Ministro per i Beni e le Attività Culturali n. DSA-DEC-2009-0001345 del 14.10.2009 con cui si è espresso giudizio favorevole di compatibilità ambientale, con prescrizioni, sul "progetto di una centrale eolica offshore per la produzione di energia di fronte alla costa di Termoli (CB)", presentato dalla Effeventi s.r.l.; del parere favorevole con prescrizioni n. 62 del 20.6.08 della Commissione Tecnica di Verifica dell'impatto Ambientale VIA-VIAS; del parere n. 298 del 25.6.09 della Commissione Tecnica di Verifica dell'Impatto Ambientale VIA-VIAS; del parere favorevole n. DG-PAAC-34.19.04/3699/2009 del 17.3.09 del Ministero per i Beni e le Attività Culturali; di tutti gli atti antecedenti, consequenziali e, comunque connessi, ivi compresi tutti i verbali, i pareri, nulla osta, relazioni, atti e documenti istruttori nonché, per quanto riguarda i motivi aggiunti del 12.5.10, della relazione prot. DVA - 2010 - 0004489 del 18.2.10 del Ministero dell'Ambiente.
quanto al ricorso n. 21 del 2010:
del decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare di concerto con il Ministro per i Beni e le Attività Culturali n. DSA-DEC-2009-0001345 del 14.10.2009 con cui si è espresso giudizio favorevole di compatibilità ambientale, con prescrizioni, sul

"progetto di una centrale eolica offshore per la produzione di energia di fronte alla costa di Termoli (CB)", presentato dalla Effeventi s.r.l.; del parere favorevole con prescrizioni n. 62 del 20.6.08 della Commissione Tecnica di Verifica dell'impatto Ambientale VIA-VIAS; del parere n. 298 del 25.6.09 della Commissione Tecnica di Verifica dell'Impatto Ambientale VIA-VIAS; del parere favorevole n. DG-PAAC-34.19.04/3699/2009 del 17.3.09 del Ministero per i Beni e le Attività Culturali; di tutti gli atti antecedenti, consequenziali e, comunque connessi, ivi compresi tutti i verbali, i pareri, nulla osta, relazioni, atti e documenti istruttori nonché, per quanto riguarda i motivi aggiunti del 12.5.10, della relazione prot. DVA - 2010 - 0004489 del 18.2.10 del Ministero dell'Ambiente.
quanto al ricorso n. 22 del 2010:
del decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare di concerto con il Ministro per i Beni e le Attività Culturali n. DSA-DEC-2009-0001345 del 14.10.2009 con cui si è espresso giudizio favorevole di compatibilità ambientale, con prescrizioni, sul "progetto di una centrale eolica offshore per la produzione di energia di fronte alla costa di Termoli (CB)", presentato dalla Effeventi s.r.l.; del parere favorevole con prescrizioni n. 62 del 20.6.08 della Commissione Tecnica di Verifica dell'impatto Ambientale VIA-VIAS; del parere n. 298 del 25.6.09 della Commissione Tecnica di Verifica dell'Impatto Ambientale VIA-VIAS; del parere favorevole n. DG-PAAC-34.19.04/3699/2009 del 17.3.09 del Ministero per i Beni e le Attività Culturali; di tutti gli atti antecedenti, consequenziali e, comunque connessi, ivi compresi tutti i verbali, i pareri, nulla osta, relazioni, atti e documenti istruttori nonché, per quanto riguarda i motivi aggiunti del 12.5.10, della relazione prot. DVA - 2010 - 0004489 del 18.2.10 del Ministero dell'Ambiente.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, del Ministero per i Beni e le Attivita' Culturali, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Ministero dello Sviluppo Economico, del Ministero della Difesa, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dei Trasporti - Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto - Guardia Costiera, della Soprintendenza per i Beni Architettonici e per il Paesaggio, per il Patrimonio Storico, Artistico ed Etnoantropologico del Molise, della Commissione Tecnica di Verifica dell'Impatto Ambientale Via -Vas , della Effeventi S.r.l., della Provincia di Campobasso;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2011 il dott. Luca Monteferrante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con nota del 31 luglio 2006 la società Effeventi s.r.l. ha presentato al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (d'ora innanzi Ministero dell'Ambiente) domanda di pronuncia di compatibilità ambientale avente ad oggetto un progetto di impianto di generazione eolica offshore per la produzione di energia elettrica da localizzare in mare a 5 Km dalla costa di Termoli. La potenza nominale complessiva dell'impianto è prevista in 162 MW generata da 54 turbine da 3 MW ciascuna. L'altezza delle torri eoliche fuori mare è di circa 74 metri mentre la parte sommersa ha un'altezza variabile tra i 20 e i 50 metri.

Il Comitato regionale VIA, il Servizio Conservazione Natura e VIA nonché la Giunta della regione Molise si sono espresse negativamente sull'istanza.

La locale Soprintendenza e la Direzione regionale del Ministero per i Beni e le Attività culturali hanno, del pari, espresso parere negativo circa l'impatto dell'impianto sul paesaggio, valutazione successivamente condivisa anche dal Ministero con parere prot. n. DG/PAAC/Segr./34.19.04/13386/2008 del 30.10.2008, tenuto conto che la fascia costiera molisana è gravata da vincolo paesaggistico imposto con D.M. 2 febbraio 1970.

Gli uffici del Ministero dell'Ambiente sollecitavano la rimessione della decisione conclusiva al Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 5, comma 2, della legge n. 400/1988.

Il Ministero per i Beni e le Attività culturali (d'ora innanzi MIBAC) rendeva allora un nuovo parere prot. DG/PAAC/Segr./34.19.04/3699/2009 del 17.3.2009 questa volta favorevole ma con la prescrizione di assicurare una distanza minima dell'impianto dalla costa, eventualmente traslando la prima fila di pale eoliche dietro l'ultima per limitare l'impatto sul paesaggio.
La commissione tecnica VIA-VAS si esprimeva favorevolmente dapprima con parere n. 62 del 20.6.2008 e successivamente con parere n. 298 del 25.6.2009.

Con decreto del Ministero dell'Ambiente, assunto di concerto con il MIBAC, n. DSA-DEC-2009-0001345 del 14.10.2009 è stato espresso giudizio favorevole di compatibilità

ambientale con prescrizioni. Il predetto parere è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale serie generale n. 269 del 18.11.2009.

Avverso tale decreto e gli atti presupposti è insorta la Regione Molise con ricorso notificato in data 8 gennaio 2010 con il quale ne ha chiesto l'annullamento per i seguenti motivi:
1. In forza dell'art. 7 del d. lgs. n. 152 del 2006, nella formulazione vigente al momento della presentazione della domanda di compatibilità ambientale dell'intervento da parte della Effeventi s.r.l., la competenza a pronunciarsi sulla V.I.A. spettava alla Regione Molise sicchè gli atti adottati dal Ministero dell'Ambiente dovrebbero ritenersi affetti da nullità per difetto assoluto di attribuzione.
2. Il Ministero, nell'adottare il decreto del 14.10.2009, avrebbe immotivatamente ignorato le osservazioni critiche svolte sia dalla Regione Molise che dai comuni intervenuti nel procedimento e comunque non avrebbe esplicitato in forza di quali considerazioni tali osservazioni avrebbero potuto ritenersi superate dai chiarimenti e dalle integrazioni documentali successivamente prodotte dalla Effeventi s.r.l..
3. Il parere reso dalla commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale VIA-VAS n. 298 del 25.6.2009 sarebbe stato reso in una composizione giudicata illegittima dal TAR del Lazio, sez. II bis con sentenza n. 10606 del 30.10.2009; conseguentemente il predetto parere dovrebbe ritenersi nullo e comunque illegittimo con conseguente illegittimità anche del decreto ministeriale del 14.10.2009.
4. Il MIBAC con parere del 30.10.2008 avrebbe dapprima escluso la compatibilità paesaggistica dell'intervento – indicando in più di 5 miglia, pari ad oltre 9 Km., la distanza minima dalla costa, in luogo dei 5 Km di progetto – per poi esprimersi favorevolmente, dopo appena cinque mesi, con parere del 17.3.2009, essendo stato prospettato il ricorso alla procedura di cui all'art. 5, comma 2 lett. c – bis) innanzi al Consiglio dei Ministri ma senza confutare motivatamente le circostanze in precedenza reputate ostative. L'agire del MIBAC configurerebbe in concreto il ricorso ai poteri di autotutela, nella forma della revoca o dell'annullamento, in carenza tuttavia dei presupposti indicati dalla legge. A superare la contraddittorietà dei pareri non potrebbe essere addotta la previsione della prescrizione di spostamento della prima fila di pale eoliche dietro l'ultima, successivamente imposta, poiché una tale misura di mitigazione dell'impatto sul paesaggio sarebbe prevista come mera facoltà e non sarebbe comunque idonea a rendere ragione del fatto che con il precedente parere la distanza minima dalla costa era stata indicata in più di cinque miglia marine, pari a oltre 9 Km., mentre con la previsione dello spostamento della prima fila il parco eolico risulterebbe comunque localizzato a poco più di 5 Km dalla costa di Termoli.

5. La commissione tecnica VIA – VAS con i due pareri resi, il n. 62/2008 e il n. 298/2009, nella valutazione della c.d. "opzione zero" avrebbe erroneamente giustificato la realizzazione dell'impianto richiamando i possibili effetti positivi sull'ambiente derivanti dalla produzione di energia "pulita" come pure le positive ricadute occupazionali dell'intervento – valutazioni riservate al Ministero dello Sviluppo economico – anziché valutare l'impatto visivo, quello sulla flora e sulla fauna marina nonché sull'avifauna, come previsto dal d. lgs. 152/2006 in relazione alla compatibilità ambientale dell'opera.
6. Nell'analisi delle alternative localizzative la commissione VIA-VAS avrebbe inoltre ritenuto che lo specchio di mare antistante la città di Termoli sarebbe l'unico in Italia a non presentare vincoli particolarmente rilevanti ma una tale conclusione risulterebbe del tutto apodittica e non suffragata da riscontri istruttori.
7. La valutazione espressa dalla commissione VIA-VAS in merito alle alternative al numero di turbine, alla potenza installata ed alla disposizione del campo e quindi alle dimensioni ottimali dell'impianto sarebbe stata orientata più a salvaguardare gli interessi economico-imprenditoriale dell'impresa proponente in termini di remuneratività dell'impianto che a verificarne la compatibilità ambientale.
8. I giudizi espressi dalla commissione tecnica VIA-VAS sugli elementi di valutazione di tipo ambientale sarebbero incongrui e spesso del tutto generici in quanto sganciati da pertinenti risultanze istruttorie: ciò con riferimento ai possibili pregiudizi derivanti all'ambiente dalle attività di costruzione dell'impianto (posa dei pali e dei cavi); all'impatto sullo specchio di mare dell'impianto in esercizio; alle conseguenze dell'aumento di temperatura dell'acqua indotto dai cavi sulla flora e sulla fauna marina; al rumore prodotto dalle turbine; alle conseguenze per la fauna marina sia in fase di costruzione che di esercizio; agli effetti negativi sull'avifauna che la commissione tecnica ha ritenuto insussistenti sulla scorta di dati forniti dall'impresa istante e non verificati in via autonoma nonostante l'impianto si trovi ad essere localizzato in prossimità del sito di importanza comunitaria SIC IT7228221 Foce Trigno – Marina di Petacciato dove peraltro la regione Molise ha istituito un'oasi di protezione della fauna selvatica. Contraddittorio sarebbe inoltre prevedere un'attività di monitoraggio dei flussi migratori dopo l'avvio dell'impianto poiché una tale verifica dovrebbe comunque essere preventiva e l'averla prescritta sconfesserebbe il giudizio di assenza di rischi per l'avifauna aprioristicamente formulato.
9. L'entità delle prescrizioni imposte con i provvedimenti impugnati sarebbe tale da snaturare il progetto originariamente elaborato, in contrasto con la funzione di mero controllo rimessa al Ministero dell'Ambiente, ciò che ridonderebbe in illegittimità del giudizio positivo di impatto ambientale espresso.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero dell'Ambiente, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero per lo Sviluppo economico, il MIBAC, il Ministero delle Infrastrutture e dei Traporti, il Ministero della difesa per resistere al ricorso eccependone preliminarmente l'inammissibilità e concludendo per la sua reiezione nel merito.

Con separata istanza, ritualmente notificata, hanno anche proposto regolamento preventivo di competenza al fine di veder dichiarata la competenza del TAR Lazio sede di Roma, invocandone al contempo la competenza funzionale inderogabile.
Si è costituta in giudizio anche la controinteressata Effeventi s.r.l. eccependo la inammissibilità del ricorso e comunque la sua infondatezza nel merito.
Il Comune di Termoli è intervenuto nei tre giudizi per sostenere i motivi di doglianza fatti valere dalla Regione Molise.
Nel ricorso RG 16/2010 è anche intervenuta in giudizio l'associazione Legambiente Onlus per opporsi alle doglianze articolate dalla Regione Molise, argomentando nel senso della legittimità degli atti impugnati..
Alla camera di consiglio del 26 maggio 2010 il collegio con ordinanza n. 138/2010 ha accolto la domanda cautelare.
Con atto di motivi aggiunti notificato in data 5 e 10 maggio 2010 la Regione Molise ha altresì impugnato la relazione prot. DVA 2010-0004489 del 18.2.2010 con la quale il direttore generale per le valutazioni ambientali del Ministero dell'Ambiente ha controdedotto in fatto e in diritto alle censure mosse dalla Regione con il ricorso introduttivo.
La difesa erariale con memoria difensiva ha eccepito l'inammissibilità dell'impugnativa in quanto avente ad oggetto atto privo di valenza provvedimentale.

Con sentenza n. 372 del 23 luglio 2010 è stata dichiarata la manifesta infondatezza dell'istanza di regolamento di competenza notificata dalle amministrazioni intimate.

Alla pubblica udienza del 20 aprile 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.
Analoghi ricorsi sono stati proposti in via autonoma dalla ARSIAM – Azienda regionale per lo sviluppo e l'innovazione dell'agricoltura del Molise (RG 22/2010) e dai Comuni di Petacciato e Montenero di Bisaccia (RG 21/2010) e, accolte le domande cautelari dai medesimi enti proposte, sono stati entrambi del pari trattenuti in decisione alla pubblica udienza del 20 aprile 2011, previa declaratoria della manifesta infondatezza della istanza di regolamento di competenza notificata dalle amministrazioni intimate, al pari di quanto statuito con sentenza n. 372 del 23 luglio 2010.

I suddetti enti hanno anche fatto valere la violazione delle norme di tutela paesaggistica in quanto la parte di impianto ubicata a terra – con particolare riferimento alla cabina di trasformazione – sarebbe ricompresa nel PTPAAV n. 1 che contemplerebbe prescrizioni incompatibili con la realizzazione di strutture di servizio ad un impianto eolico; inoltre l'area sarebbe gravata dai vincoli previsti dal RD 3267/1923 a tutela della pineta di Petacciato e l'area interessata dall'intervento ricaderebbe nel perimetro del SIC IT7228221; lamentano ancora che parte dell'impianto insisterebbe su di una zona classificata come ad elevato rischio idrogeologico. In ogni caso le deduzioni articolate sul punto in sede di partecipazione non sarebbe state valutate dalla commissione tecnica sicchè ricorrerebbe anche il vizio di motivazione.

DIRITTO

Preliminarmente deve essere disposta la riunione dei ricorsi rubricati sub RG 16/2010 RG 21/2010 e RG 22/2010 per connessione oggettiva e parzialmente soggettiva; con tali ricorsi la Regione Molise, l'ARSIAM ed i Comuni di Petacciato e Montenero di Bisaccia, deducendo motivi di censura sostanzialmente identici, contestano la legittimità della valutazione positiva di compatibilità ambientale e dei relativi atti presupposti, resa dal Ministero dell'Ambiente, di concerto con il MIBAC, con provvedimento del 14.10.2009 relativamente al progetto di centrale eolica offshore per la produzione di energia elettrica da realizzare di fronte alla costa di Termoli (CB) presentato dalla società Effeventi s.r.l.
Nella disamina dei ricorsi occorre prendere le mosse dalle questioni preliminari sollevate dagli organi statali intimati.
Con una prima eccezione la difesa erariale ha rilevato l'incompetenza del TAR adito sul presupposto che la controversia in questione sarebbe devoluta alla giurisdizione esclusiva del TAR del Lazio dotato in materia di competenza funzionale inderogabile rilevabile d'ufficio.
Recita infatti l'art. 41, comma 1, della legge 23 luglio 2009 n. 99 che "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e attribuite alla competenza del tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma, tutte le controversie, anche in relazione alla fase cautelare e alle eventuali questioni risarcitorie, comunque attinenti alle procedure e ai provvedimenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati concernenti la produzione di energia elettrica da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche di potenza termica superiore a 400 MW nonchè quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere

nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti", precisando al comma 3 che "Le questioni di cui al comma 1 sono rilevate d'ufficio".
Sostiene in particolare la difesa erariale che poiché una parte importante del progetto eolico in questione riguarderebbe il cavidotto, verrebbe in rilievo una infrastruttura collegata alla rete di trasmissione nazionale e cioè una materia riservata alla competenza inderogabile del TAR Lazio che in forza del criterio di connessione dovrebbe ritenersi competente a giudicare anche sulle restanti problematiche involgenti più direttamente l'impianto eolico.

L'eccezione non merita condivisione.
Il disposto normativo richiamato, come pedissequamente trasfuso nell'art. 135, comma 1 lett. f del codice del processo amministrativo, è chiaro nel devolvere alla competenza funzionale inderogabile del TAR del Lazio, non tutte le controversie aventi ad oggetto anche in via accessoria e marginale questioni relative alle infrastrutture di trasporto dell'energia, ma solo quelle aventi per oggetto tali opere in via esclusiva o comunque in via principale. Diversamente opinando tutte le controversie relative a centrali termoelettriche, senza limiti di potenza, dovrebbero essere devolute al TAR del Lazio poiché ogni nuova centrale presuppone la contestuale realizzazione di opere di collegamento alla rete elettrica di trasmissione nazionale, quanto meno nel tratto che va dalla cabina di trasformazione (dove affluisce cioè l'energia prodotta dall'impianto) alla rete di trasmissione vera e propria.
Senonchè il legislatore ha espressamente indicato in 400MW la potenza termica generata dalla centrale termoelettrica che autorizza l'attrazione delle controversie in favore del TAR del Lazio ed il limite di potenza previsto - che solo giustifica la deroga agli ordinari criteri di distribuzione della competenza territoriale in quanto rivelatore di un interesse strategico di livello nazionale all'approvigionamento energetico – non può essere svuotato di rilevanza accedendo ad una interpretazione, quale quella oggetto di disamina critica, che ha l'effetto di consentire una deroga generalizzata facendo leva sull'esistenza di opere infrastrutturali relative alla rete, tenuto conto che alla costruzione di una centrale termoelettrica si accompagna sistematicamente la realizzazione di infrastrutture, seppur di modesta entità, di collegamento alla rete elettrica di trasmissione nazionale.
In conclusione la competenza del TAR del Lazio va riconosciuta laddove la controversia abbia ad oggetto in via esclusiva o principale opere relative alla rete elettrica di trasmissione nazionale non anche quando tali opere rivestano carattere meramente complementare rispetto alla costruzione di una centrale di potenza inferiore a 400MW e

siano funzionali ad assicurare il mero collegamento della centrale alla rete elettrica nazionale.
Poiché nel caso di specie l'impianto ha potenza nominale complessiva di 162 MW e le opere di collegamento alla rete elettrica nazionale consistono in un elettrodotto totalmente interrato nel tratto che si snoda tra la cabina di trasformazione e la stazione primaria enel, la competenza territoriale deve essere riconosciuta in capo al TAR periferico.
A conferma di quanto rilevato deve ancora osservarsi che il disposto normativo non fa generico riferimento ad infrastrutture di trasporto ma solo a quelle specificamente "ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale" tra le quali non possono di certo annoverarsi le opere di collegamento alla rete che dal punto di vista funzionale non hanno valenza costitutiva della rete medesima bensì di accesso alla stessa.
La stessa Soprintendenza per i Beni Architettonici nel rendere il parere prot. 10929 del 30.7.2007 ha sul punto precisato che per la connessione alla rete nazionale a 150 KW "Gissi-Larino" viene utilizzata "l'esistente cabina denominata "Sinarca"…della quale si prevede un ampliamento costituito dalla sola sostituzione dei dispositivi elettrici senza l'installazione di nuovi elettrodotti o costruzione di nuove strutture" (cfr. in tal senso anche doc. 7 p. 12 in fascicolo Effeventi s.r.l.).
L'eccezione è dunque infondata in fatto oltre che in diritto.
Dall'infondatezza dell'eccezione discende l'inapplicabilità alla presente controversia del rito speciale di cui all'art. 23 bis della legge 1034 del 1971 previsto invece dall'art. 41, comma 2 della legge 99/2009.

I ministeri intimati hanno anche sollevato la questione dell'incompetenza territoriale del TAR adito sul presupposto che sarebbero stati impugnati atti ad efficacia ultraregionale ma, come riferito nella parte in fatto, l'istanza di regolamento di competenza è stata giudicata manifestamente infondata da questo TAR con sentenza n. 372 del 2010 non impugnata.
La difesa erariale ha altresì eccepito la mancata integrazione del contraddittorio con riferimento ad enti locali che sono intervenuti nel procedimento di VIA esprimendo formale parere.
Sebbene non sia stato specificato se ai predetti enti debba riconoscersi la qualità di controinteressati o di parti resistenti, in senso contrario deve osservarsi che da tempo la giurisprudenza ha chiarito che non v'è coincidenza tra partecipazione procedimentale e legittimazione processuale essendo di regola la prima ben più ampia della seconda (cfr. Cons. Stato, VI, 12 aprile 2000, n. 2185).

La circostanza cioè che i Comuni di Vasto e San Salvo, quali comuni rivieraschi, abbiano ritenuto di presentare memorie ed osservazioni ai sensi e per gli effetti degli artt. 7, 9 e 10 della legge 241 del 1990 non consente di riconoscere loro la qualità di parti necessarie del processo tenuto conto che dal provvedimento impugnato non è evincibile il riconoscimento in loro favore di una qualche specifica utilità sicchè non possono essere qualificati alla stregua di controinteressati in senso formale; né d'altro canto possono essere ricompresi nel novero delle parti resistenti poiché non hanno reso alcun contributo di tipo decisionale pur in presenza di una fattispecie decisoria c.d. pluristrutturata che ha tuttavia registrato il coinvolgimento dei soli Ministeri dell'Ambiente e del MIBAC nella produzione dell'effetto finale.

Infondata è anche l'eccezione di inammissibilità del gravame in relazione alla pretesa natura endoprocedimentale del provvedimento recante il giudizio di compatibilità ambientale dell'opera rispetto all'autorizzazione unica ex articolo 12 del d. lgs. 38/2003. Con sentenza n. 372 del 2010 questo TAR ha già osservato che il legislatore nella disciplina della localizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili ha inteso riconoscere distinta ed autonoma evidenza ai vari interessi pubblici implicati nel relativo procedimento e, tra questi, a quello ambientale. A tal fine ha delineato un procedimento complesso, un vero e proprio "procedimento di procedimenti" scandito cioè in subprocedimenti autonomi, di volta in volta finalizzati all'esame degli aspetti ambientali, di quelli propri del demanio marittimo ed infine di quelli direttamente connessi alla produzione dell'energia elettrica. Tali sub procedimenti sono astretti da vincolo di presupposizione nel senso che il provvedimento di VIA esplica effetti direttamente condizionanti in relazione agli ulteriori ed autonomi subprocedimenti previsti nell'ambito dell'iter di rilascio dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d. lgs. 387 del 2003. Infine con l'art. 27 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, come sostituito dall'art. 1, comma 3, del d. lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, il legislatore ha definitivamente riconosciuto alla verifica di impatto ambientale la natura di vero e proprio sub procedimento autonomo che si perfeziona con un provvedimento immediatamente impugnabile tant'è che al primo comma si afferma testualmente che "Dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale ovvero dalla data di pubblicazione nel Bollettino Ufficiale della regione decorrono i termini per eventuali impugnazioni in sede giurisdizionale da parte di soggetti interessati" (cfr. Cons. Stato, IV, 3 marzo 2009, n. 1213; T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 03 marzo 2010 , n. 592).

Sotto diversa angolazione gli enti statali contestano la legittimazione della Regione Molise ad impugnare il giudizio positivo di compatibilità ambientale.
Anche tale eccezione non ha pregio in quanto la Regione agisce in via prioritaria a tutela delle prerogative e delle attribuzioni regionali censurando primariamente l'esercizio da parte del Ministero dell'Ambiente di una competenza – quella ad esprimere il giudizio di compatibilità ambientale del progetto – che assume essere stata a se medesima riconosciuta dalla legge all'epoca vigente.
Inoltre, su di un piano più generale, anche di recente la giurisprudenza amministrativa ha affermato che gli enti territoriali sono legittimati ad agire in giudizio a tutela degli interessi della comunità e del territorio di cui sono enti non solo esponenziali, ma anche rappresentativi (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 09 dicembre 2010 , n. 8683). Non può pertanto revocarsi in dubbio la legittimazione della Regione Molise, dell'ARSIAM e dei Comuni di Montenero di Bisaccia e di Petacciato ad agire in giudizio a tutela delle rispettive comunità di riferimento tenuto conto che l'opera in questione è certamente idonea a vulnerare i valori estetici e soprattutto identitari della fascia costiera molisana e può altresì recare pregiudizio allo sviluppo dell'industria turistica che riveste al contempo dimensione locale e regionale.

Accertata l'infondatezza delle questioni preliminari può ora passarsi all'esame del merito delle doglianze articolate.

Con un primo motivo di censura la Regione Molise lamenta l'incompetenza assoluta del Ministero dell'Ambiente a pronunciarsi sulla compatibilità ambientale dell'opera assumendo che tale giudizio sugli impianti eolici off shore sarebbe stato riservato alla competenza regionale dalla normativa statale vigente all'epoca della presentazione della relativa istanza da parte della Effeventi s.r.l.

Il motivo è infondato.
Il dato temporale della presentazione della domanda (depositata il 31 luglio 2006) è essenziale ai fini della disamina della censura, attesa la successione di norme che è intervenuta nella materia (cfr. in fattispecie consimile Corte Costituzionale 13 maggio 2010, n. 171).
La Regione Molise assume che ai fini della determinazione dell'organo competente occorra fare riferimento all'art. 7 del d. lgs. n. 152 del 2006 come successivamente modificato.
In via generale occorre rammentare che il testo originario dell'art. 25 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (in Suppl. ordinario n. 96 alla Gazz. Uff., 14 aprile, n. 88) (vigente fino al 12

febbraio 2008) attribuiva la competenza in ordine alla valutazione di impatto ambientale allo Stato o alle Regioni secondo la competenza ad autorizzare il progetto da esaminare.
L'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, recante attuazione della direttiva 2001/77/CE in materia di energia alternativa prevedeva, a sua volta, la competenza regionale in ordine alla autorizzazione degli impianti di energie alternative e, tra essi, pertanto, di quelli ad energia eolica.
Dal combinato disposto di tali disposizioni, pertanto, derivava che la competenza in ordine alla autorizzazione ed alla VIA di tutti gli impianti eolici era effettivamente regionale (salva la necessaria partecipazione ai lavori della relativa conferenza di servizi del Ministero per i beni e le attività culturali, in caso di impianti in aree paesistiche, e del Ministero dell'ambiente).
L'art. 2, comma 158, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008), ha, tuttavia, modificato l'art. 12 del d.lgs n. 387 del 2003, prevedendo l'attribuzione allo Stato, per il tramite del Ministero dei Trasporti, della competenza al rilascio dell'autorizzazione unica per quanto concerne gli impianti eolici off shore.
Dopo la legge n. 244 del 24 dicembre 2007 e fino al 12 febbraio 2008, la competenza per la autorizzazione dei soli impianti eolici off-shore (quali quelli per cui è causa) è, pertanto, passata allo Stato e, con essa, è passata allo Stato anche la competenza in ordine alla VIA (mentre è rimasta alle Regioni quella relativa ad ogni impianto eolico su terra).
A partire dal 13 febbraio 2008, data di entrata in vigore del decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4 (Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale), invece, la competenza in ordine alla VIA per tutti gli impianti eolici (su terra o off-shore) è stata attribuita alle Regioni (cfr. art. 7, comma 4 e allegato III lett. c bis). Conseguentemente in caso di impianti off-shore si è prevista una duplicità di competenze: statale in ordine alla autorizzazione dell'impianto, regionale in ordine alla VIA.
Il d.lgs. n. 4 del 2008, oltre a dettare una diversa disciplina per l'avvenire, ha regolato il regime transitorio applicabile alle domande di VIA pendenti alla data della sua entrata in vigore.
In particolare l'art. 1, comma 3 (che introduce l'art. 35, comma 2-ter, del d. lgs. n. 152 del 2006) e l'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 4 del 2008, prevedono che le procedure di VIA avviate precedentemente all'entrata in vigore del decreto correttivo sono concluse ai sensi delle norme vigenti al momento dell'avvio del procedimento.
Infine l'art. 42 del d. lgs. 23 luglio 2009 n. 99 ha nuovamente trasferito allo Stato la competenza in materia di VIA relativamente agli impianti eolici per la produzione di

energia elettrica ubicati in mare modificando in tal senso gli allegati II e III che contengono gli elenchi delle opere soggette a VIA rispettivamente di competenza statale, il primo (dove ha introdotto un numero 7 bis riferito agli impianti eolici ubicati in mare), e regionale, il secondo (dove ha modificato la lettera c bis specificando che alla competenza regionale restano attribuiti i soli impianti eolici "sulla terraferma").
Il comma 3 del citato articolo 42 prevede che "In relazione ai progetti di cui al numero 7-bis) dell'allegato II alla parte seconda del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, introdotto dal comma 1 del presente articolo, le procedure di valutazione di impatto ambientale avviate prima della data di entrata in vigore della presente legge sono concluse ai sensi delle norme vigenti al momento del loro avvio. Per le medesime procedure avviate prima della data di entrata in vigore della presente legge è fatta salva la facoltà dei proponenti di richiedere al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, che la procedura di valutazione di impatto ambientale sia svolta in conformità a quanto disposto dal comma 1".
Secondo la prospettazione della Regione Molise poiché al 31 luglio 2006, data di presentazione dell'istanza di sottoposizione dell'opera a VIA, la competenza doveva ritenersi regionale ai sensi del combinato disposto degli artt. 12 del d. lgs. 387/2003 e 25 del d. lgs. 152/2006 all'epoca vigenti e poiché la società controinteressata non si è avvalsa della facoltà di rimettere alla competenza del Ministero dell'Ambiente lo svolgimento del procedimento di VIA, come pure consentitole dall'art. 42, comma 3 del d. lgs. 99/2009, gli atti ed i provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi per violazione delle norme sulla competenza in quanto adottati dal Ministero dell'Ambiente anziché dalla Regione.
Osserva il collegio che la Regione Molise assume come dato di partenza, nella ricostruzione della trama normativa, la circostanza che al 31.7.2006, data di presentazione della domanda di sottoposizione del progetto a VIA, fosse effettivamente entrato in vigore il decreto legislativo 152 del 2006 che all'art. 25 introduce la regola del parallelismo tra competenza in materia di VIA e competenza al rilascio dell'autorizzazione finale, a quella data, come si è visto, regionale.
Una tale premessa non può tuttavia essere condivisa poiché l'art. 52 del predetto decreto legislativo nel disciplinare l'entrata in vigore del testo normativo afferma che "1. Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 49 e 50, la parte seconda del presente decreto entra in vigore centoventi giorni dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. 2. I procedimenti amministrativi in corso alla data di entrata in vigore della parte seconda del presente decreto, nonché i procedimenti per i quali a tale data sia già stata formalmente presentata istanza introduttiva da parte dell'interessato, si concludono in

conformità alle disposizioni ed alle attribuzioni di competenza in vigore all'epoca della presentazione di detta istanza".
Poiché il decreto legislativo n. 152 del 2006 è stato pubblicato sul Supplemento ordinario n. 96 alla Gazzetta Ufficiale, 14 aprile, n. 88, il termine di 120 giorni fissato dall'art. 52 per la sua entrata in vigore veniva a scadenza il 12 agosto 2006, successivamente dunque al 31.7.2006, data di presentazione dell'istanza, senza considerare poi che, in ogni caso, la data di entrata in vigore effettiva delle norme contenute nella parte seconda del decreto (che comprende la disciplina della VIA) è stata via via prorogata sino al 31 luglio 2007 dapprima dal decreto legge 173 del 2006, convertito in legge 228/2006 e successivamente dal decreto legge 300/2006 convertito in legge 17/2007.
Trova pertanto applicazione al caso portato all'attenzione del collegio il disposto di cui all'art. 52, comma 2, citato per cui i procedimenti di VIA già iniziati alla data di entrata in vigore del testo unico sull'ambiente si concludono in conformità "alle disposizioni ed alle attribuzioni di competenza in vigore all'epoca della presentazione di detta istanza".
Analoga disposizione di diritto transitorio è stata poi confermata, come si è detto, sia dall'art. 35, comma 2 ter, del d. lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 recante disposizioni correttive al d. lgs. 152/2006, sia dall'art. 42, comma 3 della legge 23.7.2009, n. 99 che, come si è visto, ha nuovamente attribuito allo Stato la competenza sulla VIA in relazione ad impianti eolici ubicati in mare.

Resta da accertare quale fosse la norma regolatrice della competenza in materia di VIA prima della entrata in vigore del d. lgs. 152/2006.
La disposizione di riferimento va rinvenuta nell'art. 6 della legge 8 luglio 1986 n. 349 il cui 4 comma prevede, in particolare, che "Il Ministro dell'ambiente, sentita la regione interessata, di concerto con il Ministro per i beni culturali e ambientali, si pronuncia sulla compatibilità ambientale nei successivi novanta giorni, decorsi i quali la procedura di approvazione del progetto riprende il suo corso, salvo proroga deliberata dal Consiglio dei ministri in casi di particolare rilevanza. Per le opere incidenti su aree sottoposte a vincolo di tutela culturale o paesaggistica il Ministro dell'ambiente provvede di concerto con il Ministro per i beni culturali e ambientali".
Alla luce delle considerazioni che precedono deve pertanto essere affermata, ratione temporis, la competenza del Ministero dell'Ambiente a pronunciarsi sulla compatibilità ambientale dell'opera in contestazione, con la conseguenza che la censura in parola dev'essere respinta.

Il secondo motivo di censura è improcedibile in quanto articolato in relazione ai pretesi effetti caducanti derivanti da una sentenza di annullamento dei decreti di nomina dei membri della commissione VIA VAS che ha adottato i pareri istruttori poi confluiti nel decreto del 14.10.2009, sentenza poi riformata in appello secondo quanto già diffusamente argomentato con sentenza di questo TAR 372/2010 che può essere richiamata quale precedente conforme.

Infondato è anche il terzo motivo di censura con il quale è stata dedotta la violazione dell'obbligo di motivazione con riferimento ai contributi partecipativi forniti dagli enti a vario titolo intervenuti nel procedimento. Ed infatti dall'analisi di p. 41 e 42 del parere n. 62 del 2008 e di p. 3 e 4 del parere 298 del 2009 emerge che la commissione ha sintetizzato per gruppi omogenei le problematiche controverse (alternative localizzative; analisi dell'impatto sull'avifauna, analisi delle emissioni acustiche e dei dati anemometrici ecc.) provvedendo a controdedurre in merito alle criticità evidenziate richiamando gli studi e le relazioni predisposti dalla società proponente che gli enti ricorrenti non hanno ritenuto di censurare nel merito in punto di completezza o attendibilità scientifica, eccetto che per il tema dell'impatto dell'impianto sull'avifauna.

Può dunque passarsi all'esame dei profili di doglianza che più direttamente concernono la valutazione di compatibilità ambientale espressa dagli organi ministeriali
A tal riguardo merita di essere condiviso in particolare il quarto motivo di censura con il quale la Regione ha censurato la contraddittorietà del parere reso dal MIBAC che, in relazione al vincolo paesaggistico gravante sulla fascia costiera molisana, si è dapprima espresso negativamente, in conformità ai pareri espressi dai propri organi periferici e, successivamente, ha reso parere positivo prescrivendo tuttavia che "venga garantita la libera traguardabilità visiva lungo la direttrice sottesa tra il promontorio di Punta Penne e il promontorio di Termoli, a tal fine lasciando libero dall'area occupata dall'impianto, l'intero specchio d'acqua frapposto fra la costa e la seconda fila del campo eolico progettato. Pertanto, l'attuale prima fila di sostegno degli aerogeneratori potrà essere traslata nello specchio d'acqua retrostante l'attuale ultima fila del progetto proposto".
Poiché infatti con il primo parere del 30.10.2008 il MIBAC – conformemente all'ampio ed articolato parere della locale Soprintendenza - aveva indicato in oltre 5 miglia, pari ad oltre 9 Km., la distanza minima dalla costa idonea a tutelare il paesaggio costiero, in luogo dei 5 Km di progetto, la ricorrente contesta l'immotivata e contraddittoria valutazione di compatibilità paesaggistica resa con il successivo parere del 17.3.2009 che avrebbe ritenuto l'intervento ammissibile alla condizione di assicurare una distanza minima dalla

costa di poco più di 5 Km da garantire eventualmente mediante traslazione della prima fila di pali dietro l'ultima. Lamenta ancora la Regione che in tal modo si sarebbe per di più operato un surrettizio ricorso alla autotutela decisoria, in violazione delle regole di esercizio fissate dalla legge.

Sul punto il collegio non può che confermare quanto già rilevato in sede cautelare in senso adesivo alle doglianze regionali.
In particolare sussiste la dedotta contraddittorietà tra il parere del Ministero per i Beni e le Attività Culturali del 30.10.2008 - con cui, a tutela del vincolo paesaggistico di cui al D.M. 2 febbraio 1970, si riteneva imprescindibile lo spostamento dell'impianto ad oltre 5 miglia (pari a 9,26 Km) dalla costa - ed il successivo parere del medesimo Ministero, reso in data 17.3.2009, con cui tale prescrizione viene significativamente ridimensionata e resa compatibile, senza motivazione alcuna, con una distanza dalla costa di poco superiore ai 5 Km., indicazione quest'ultima poi recepita nel parere favorevole di compatibilità ambientale n. 298 del 25.6.2009, reso dalla commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale VIA/VAS, e, da ultimo, dal decreto del Ministero dell'ambiente del 14.10.2009 impugnato.
Nulla infatti è stato dedotto nella parte motiva del nuovo provvedimento, condensato in appena dieci righe, per giustificare la diversa, opposta valutazione di compatibilità dell'intervento con l'interesse paesaggistico tutelato dal vincolo.
Né può fondatamente opporsi per giustificare il diverso orientamento del MIBAC che il secondo provvedimento avrebbe previsto una specifica prescrizione al fine di rendere l'intervento compatibile con la salvaguardia del vincolo paesaggistico insistente sull'area.

Come si è detto la prescrizione in questione impone che debba essere garantita "la libera traguardabilità visiva lungo la direttrice sottesa tra il promontorio di Punta Penne e il promontorio di Termoli, a tal fine lasciando libero dall'area occupata dall'impianto, l'intero specchio d'acqua frapposto fra la costa e la seconda fila del campo eolico progettato".

In tal modo tuttavia la vista panoramica tutelata è quella relativa alla direttrice nord-sud e preserva la traguardabilità visiva dell'intero golfo delimitato dalla direttrice che collega idealmente il promontorio di Punta Penna a nord e quello di Termoli a sud. Il vincolo paesaggistico imposto con il D.M. del 1970 mira invece a tutelare, tra l'altro, la vista panoramica nella direttrice ovest-est, quella cioè fruibile dalle colline e dalle dune sabbiose della fascia costiera verso la linea dell'orizzonte; il vincolo è stato imposto infatti anche per tutelare un quadro d'insieme che si staglia verso il mare come evincibile nella parte della

motivazione in cui si afferma che "…sulla parte marina le ampie spiagge con dune sabbiose e classica vegetazione marina, a ciuffi che donano con la visione del golfo di San Salvo, del promontorio di punta Penne e del promontorio di Termoli e relativo piccolo golfo di Campomarino una omogenea visione di un complesso di bellezze naturali composto di elementi vari e nello stesso tempo complementari l'un l'altro nei particolari paesaggistici" (cfr. D.M. 2 febbraio 1970 in atti).

E' proprio per tale motivo che nel primo parere, a tutela del vincolo, era stata prevista una distanza dalla costa di oltre cinque miglia marine – superiore quindi a 9,26 KM - in quanto il MIBAC, sulla scorta di una analitica e diffusa indagine della locale Soprintendenza e su conforme parere della Direzione regionale (nota prot. 1639 del 26.4.2007), aveva ritenuto che solo a tale distanza l'impatto visivo dell'impianto potesse ritenersi significativamente attenuato sì da non interferire con la visuale panoramica che dalle colline e dalle dune della fascia costiera si staglia verso il mare, a est, e sino al promontorio di Punta Penna a nord est.

Più nel dettaglio la locale Soprintendenza con nota prot. 10929 del 30.7.2007 osservava criticamente che "l'introduzione del consistente numero di pale eoliche con le loro rilevanti dimensioni fuori acqua, trasforma la visuale del quadro naturale del paesaggio marino che si percepisce dai punti panoramici costituiti dai belvedere dei comuni collinari che vi affacciano" a ridosso dell'insenatura che con andamento ad arco collega Vasto a Termoli; lo stesso MIBAC nel condividere integralmente tali considerazioni rimarcava con il provvedimento del 30.10.2008 che la società proponente aveva persino omesso di rappresentare nello studio di impatto ambientale, come pure nella relazione paesaggistica, l'esistenza di specifici vincoli paesaggistici (D.M. 2 febbraio 1970; D.M. 18 aprile 1985; D.M. 21 giugno 1985; D.M. 1 agosto 1985) che "interessano la fascia costiera antistante lo specchio d'acqua ove è prevista la localizzazione dell'intervento, nonché i tratti di costa limitrofi facenti parte, in particolare, delle visuali panoramiche che si godono anche dall'entroterra verso la linea di costa e il mare aperto, espressamente tutelate dal vincolo paesaggistico di dichiarazione di notevole interesse pubblico di cui al già richiamato D.M. 2 febbraio 1970".

Ne discende che la prescrizione imposta con il parere reso in data 17.3.2009 non è in alcun modo idonea a giustificare come la visuale panoramica dell'intero golfo tutelata dal D.M. del 1970, secondo quanto espressamente ritenuto dagli organi centrali e periferici del MIBAC, possa ritenersi salvaguardata autorizzando la realizzazione del parco eolico a poco più di 5 Km dalla costa, dopo che con il precedente parere la distanza minima ritenuta inderogabile a fini di tutela era stata indicata in quella maggiore di 9,26 Km. (cinque miglia marine).

Il difetto di motivazione non solo rileva sul piano della contraddittorietà dell'azione amministrativa – con particolare riferimento agli atti degli organi periferici - ma anche in relazione alle regole di esercizio dell'autotutela amministrativa.
L'intervento del MIBAC nel procedimento in questione non ha natura di attività consultiva bensì decisoria in quanto il decreto VIA è stato assunto formalmente su concerto del MIBAC, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 6, comma 4 della legge 349 del 1986: nonostante nel decreto impugnato si faccia riferimento ai "pareri" resi dal MIBAC, la volontà con gli stessi manifestata ha natura provvedimentale e contenuto decisorio sicchè la diversa valutazione di compatibilità paesaggistica espressa con il parere favorevole del 17.3.2009 deve ritenersi espressione del potere di revoca con il quale il Ministero ha operato una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, come peraltro consentito dall'art. 21 quinquies della legge 241 del 1990.
Affinchè la revoca della precedente determinazione possa tuttavia ritenersi legittima deve comunque sussistere un congruo corredo motivazionale nel senso che l'amministrazione procedente deve esplicitare compiutamente l'iter logico giuridico che l'ha condotta, in assenza di mutamenti della situazione di fatto e ad appena cinque mesi di distanza, a valutare diversamente – questa volta in senso favorevole – la compatibilità dell'opera con il vincolo paesaggistico insistente sull'area.
Poiché la motivazione desumibile dalla prescrizione imposta deve, per i motivi esposti, ritenersi incongrua, il provvedimento di concerto del 17.3.2009, recante la revoca del precedente diniego del 30.10.2008, è illegittimo e con esso il parere della commissione VIA-VAS n. 298 del 2009 che l'ha integralmente recepito, come pure il decreto conclusivo del 14.10.2009 adottato dal Ministero dell'Ambiente.

Sotto diversa angolazione i ricorrenti lamentano che la prescrizione imposta avrebbe carattere meramente eventuale.
La censura, in quanto fondata su di un travisamento delle risultanze istruttorie, non merita di essere condivisa.
IL MIBAC, al fine di garantire la libera traguardabilità visiva lungo la direttrice sottesa tra il promontorio di Punta Penna e quello di Termoli, con il provvedimento del 17.3.2009 ha imposto, in modo univoco ed incontrovertibile, alla società Effeventi s.r.l. di lasciare libero l'intero specchio d'acqua frapposto tra la costa e la seconda fila del campo eolico progettato.
Ciò che il MIBAC ha rimesso alla discrezionalità della società proponente è la scelta su come dare attuazione alla prescrizione: se cioè assicurare la libera traguardabilità visiva

ridimensionando il parco eolico, rinunciando cioè a realizzare la prima fila, oppure se traslare la prima fila nello specchio d'acqua retrostante l'ultima fila.
La discrezionalità rimessa all'istante concerne dunque non l'an ma il quomodo della modifica: in ogni caso, come si evince dal parere della commissione VIA-VAS n. 298 del 25.6.2009, ove la società optasse per la traslazione, la modifica dovrà comunque essere sottoposta a verifica di assoggettabilità, ai sensi e per gli effetti dell'art. 20 del d. lgs. n. 4 del 2008, ed eventualmente a nuova VIA laddove si accerti che la modifica abbia carattere sostanziale o comunque comporti effetti negativi apprezzabili per l'ambiente.
Con una distinta serie di censure i ricorrenti si dolgono dei giudizi espressi dalla commissione tecnica VIA_VAS con i due pareri resi, il n. 62/2008 e il n. 298/2009, per quanto specificamente concerne la compatibilità ambientale del progetto.
In particolare con il quinto motivo lamentano che la commissione tecnica VIA – VAS nella valutazione della c.d. "opzione zero" avrebbe contraddittoriamente espresso parere favorevole pur riconoscendo la portata impattante dell'intervento; inoltre avrebbe giustificato la realizzazione dell'impianto richiamando erroneamente i possibili effetti positivi sull'ambiente derivanti dalla produzione di energia "pulita" come pure le positive ricadute occupazionali dell'intervento – valutazioni riservate al Ministero dello Sviluppo economico – anziché valutare l'impatto visivo, quello sulla flora e sulla fauna marina nonché sull'avifauna, come previsto dal d. lgs. 152/2006 in relazione alla compatibilità ambientale dell'opera.
Il motivo è infondato.
Nessuna contraddittorietà può essere riscontrata sul punto nella valutazione espressa dalla commissione poiché riconoscere che una determina opera possa avere possibili effetti nocivi per l'ambiente non conduce di per sé automaticamente ad un giudizio negativo di compatibilità ambientale. Il compito della commissione risiede primariamente nella valutazione del rapporto costi – benefici per l'ambiente derivanti dalla realizzazione dell'opera e può pervenire ad un giudizio negativo solo quando i costi ambientali siano di gran lunga preponderanti rispetto ai possibili benefici.
Nel caso di specie è stata esclusa una tale eventualità in quanto la commissione ha, al contrario, motivatamente dimostrato che accanto ai costi vi sono anche significativi benefici per l'ambiente in termini di riduzione delle emissioni inquinanti (anidride carbonica, solforosa e ossidi di azoto) puntualmente stimati (cfr. p. 19 parere n. 298 del 2009). Il riferimento alla produzione di energia "pulita" è quindi non solo pertinente ma doveroso proprio al fine dell'analisi costi benefici dell'intervento ed in tal senso appare pertinente anche il riferimento al valore in termini monetari della compensazione delle quote di CO_2 che il ricorso all'energia pulita consente di risparmiare. Il fatto poi che la

commissione abbia fatto un riferimento anche alle possibili positive ricadute occupazionali – interesse oggettivamente estraneo alla valutazione rimessa alla commissione VIA-VAS - è affermazione di contorno, resa a fortiori, non idonea di per sé ad inficiare la valutazione espressa ove considerata nel suo complesso.

I ricorrenti lamentano ancora che così operando la commissione avrebbe omesso di valutare specificamente l'incidenza del progetto sul paesaggio, sulla flora, sulla fauna marina e sull'avifauna; in senso contrario osserva il collegio che, nell'analisi preliminare delle ipotesi alternative, al fine di escludere la c.d. "opzione zero" appare sufficiente evidenziare gli effetti positivi per l'ambiente derivanti dalla produzione di energia pulita, ferma restando la necessità di condurre la verifica di impatto anche con riferimento alle singole componenti della biosfera – verifica comunque successivamente condotta dalla commissione – al fine di accertare se siano ipotizzabili effetti negativi tali da precludere l'autorizzabilità dell'intervento.

Con un sesto motivo di censura i ricorrenti hanno contestato il giudizio della commissione reso con il parere 62 del 2008 in ordine alla pretesa assenza di idonee alternative localizzative del parco eolico dolendosi del fatto che tale giudizio sarebbe del tutto immotivato con particolare riferimento alla dedotta assenza di vincoli rilevanti nell'area.
Il motivo è fondato.
A p. 20 del parere si menziona uno studio di fattibilità per l'individuazione dei siti idonei alla installazione di un impianto eolico offshore che avrebbe condotto a ritenere quello di Termoli come il più idoneo in base alle caratteristiche anemometriche, alla presenza di vincoli di natura non strettamente tecnica (presenza di aree naturali protette, vincoli ambientali, paesaggistici e archeologici, presenza di importanti rotte di navigazione, altri vincoli quali servitù militari, aeronautica ecc..) alle caratteristiche tecniche (distanza dalla costa, natura e profondità dei fondali, superficie dell'area individuata, possibilità di connessione alla rete elettrica nazionale).
La positiva valutazione sul sito di Termoli si basa tuttavia su presupposti di fatto manifestamente erronei in quanto viene esclusa la presenza nel settore prescelto di aree marine protette mentre nulla viene detto sulla esistenza di aree della Rete Natura 2000 – SIC e ZPS – e di vincoli paesaggistici.

Ora è indubbiamente vero che nello specchio di mare prescelto non insistono riserve marine ma costituisce fatto notorio che a circa 30 Km dalla linea esterna del parco eolico, verso est, è localizzata la riserva naturale marina "Isole Tremiti", di incomparabile

bellezza, istituita con Decreto del Ministero dell'Ambiente del 14 luglio 1989 facente parte del parco nazionale del Gargano.

Inoltre, come si desume dal parere della locale Soprintendenza n. 10929 del 30.7.2007, la costa molisana prospiciente lo specchio di mare interessato dalla installazione della centrale eolica offshore è interamente sottoposta a vincolo paesaggistico ed ambientale in forza del D.M. 2 febbraio 1970 e del Piano territoriale P.A:A.V. n. 1 fascia costiera approvato con D.G.R. n. 253 del 1.10.1997 all'interno del quale il tratto di costa ricadente in territorio di Petacciato è classificato A2N2 – Fasce litoranee fortemente caratterizzate per elementi naturali mentre le parti di opere ricadenti nel comune di Termoli sono classificate tra l'altro come MP2 – Aree ad elevato valore produttivo con caratteristiche percettive significative. Nella medesima fascia costiera insiste inoltre l'area SIC IT7228221 – Foce del Trigno – Marina di Petacciato cui segue, in direzione nord, sempre lungo la costa, l'area SIC IT7140109 "Marina di Vasto".. Il promontorio di Punta Penna che delimita a nord l'ampio golfo che dovrebbe ospitare il parco eolico è, a sua volta, ricompreso nell'area SIC IT 7140108 "Punta Aderci - Punta Penna" che ospita anche una Riserva Naturale Regionale istituita con L.R. Abruzzo n° 9 del 20 febbraio 1998. Infine il tratto di costa antistante lo specchio d'acqua di localizzazione dell'impianto è gravato da specifici vincoli paesaggistici imposti con D.M. 18 aprile 1985, D.M. 21 giugno 1985, D.M. 1 agosto 1985 sempre a tutela delle visuali panoramiche che si godono dall'entroterra verso la linea di costa ed il mare aperto.

Di questo articolato sistema di vincoli ambientali e paesaggistici non v'è traccia nella valutazione delle alternative localizzative operato dalla commissione VIA VAS anche perché in buona parte omesso nello studio di impatto ambientale e nella relazione paesaggistica presentati dalla Effeventi s.r.l., come rimarcato dal MIBAC nel diniego di nulla osta del 30.10.2008 (cfr. doc. 9 in fascicolo Effeventi s.r.l. p. 58-64).

Il fatto che lo specchio d'acqua d'ingombro sia formalmente esterno al perimetro cartografico delle aree, a vario titolo vincolate sopra richiamate, non giustifica il fatto che la Effeventi ne abbia ignorato l'esistenza poiché la relativa prossimità dell'impianto a tali aree è certamente idoneo a recare possibile pregiudizio agli interessi naturalistici, ambientali e paesaggistici che la loro istituzione mira a tutelare.

In tal senso la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto legittima la richiesta della valutazione di incidenza ai sensi dell' art. 5 del d.P.R. 357/97 anche nell'ipotesi in cui

l'intervento non sia inscritto nel sito tutelato, potendo essere invece semplicemente destinato ad un'area relativamente prossima. Ciò in quanto la richiesta di uno studio d'incidenza ha, per l'appunto, la finalità di stabilire se l'intervento abbia in concreto un effetto significativo, ed eventualmente quale: non se ne presuppone invece ex ante l'esistenza. (T.A.R. VENETO, Sez. III - 18 dicembre 2007, n. 4027). Per analoghe motivazioni in altra fattispecie il giudice amministrativo ha ritenuto legittima la richiesta di sottoposizione al rilascio di autorizzazione paesaggistica di una istanza di localizzazione di una parte di impianto esterna al perimetro del vincolo ma funzionalmente collegato ad altra parte dell'impianto ricompreso invece nell'area vincolata.

In conclusione la commissione VIA-VAS dovrà procedere a nuova valutazione del quadro di riferimento ambientale ai sensi dell'art. 5 del D.P.C.M. 27 dicembre 1988 con riferimento all'analisi della alternative localizzative del campo eolico off-shore eventualmente prescrivendo alla società proponente un apposito studio ex art. 22 del d. Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 in cui si tenga in specifica considerazione la presenza di vincoli di natura non strettamente tecnica quali l'esistenza di parchi naturali, riserve marine, zone SIC, ZPS ed IBA posti a distanza tale da poter subire pregiudizio dalla localizzazione dell'impianto.

Con il settimo motivo di censura i ricorrenti lamentano che la valutazione espressa dalla commissione VIA-VAS in merito alle alternative al numero di turbine, alla potenza installata ed alla disposizione del campo e quindi alle dimensioni ottimali dell'impianto sarebbe stata orientata più a salvaguardare gli interessi economico-imprenditoriale dell'impresa proponente in termini di remuneratività dell'impianto che a verificarne la compatibilità ambientale.
Il motivo non può essere condiviso in quanto non appare meritevole di censura un giudizio sulla dimensione ottimale dell'impianto che, una volta accertata la ricaduta positiva per l'ambiente della produzione di energia "pulita," tenga nella debita considerazione il profilo della remuneratività dell'iniziativa imprenditoriale nell'ottica di un ragionevole bilanciamento tra costi e benefici che, ove non palesemente incongruo o fondato su valutazioni illogiche, è comunque sottratto al sindacato del giudice amministrativo.

Con il settimo motivo di censura viene contestato il carattere astratto ed immotivato del giudizio della commissione in ordine all'impatto che l'impianto avrebbe sulle varie componenti dell'ecosistema marino interessato dall'intervento.
La doglianza è infondata con riferimento all'impatto dell'impianto sulle acque, sui fattori climatici e atmosferici, sul rumore e sulla fauna marina in quanto la contestazione risulta

articolata in modo generico e superficiale. Lo studio di impatto ambientale e le successive integrazioni fornite contengono diffuse informazioni circa il possibile impatto dell'impianto sui predetti fattori sicchè era onere dei ricorrenti confutare anche mediante perizia l'attendibilità dei giudizi espressi.
La censura è invece fondata con riferimento all'impatto sull'avifauna. A tal riguardo la commissione afferma che l'impianto non interferirebbe con le rotte migratorie poiché il mare di fronte alla costa molisana non rappresenterebbe un corridoio preferenziale per il transito degli uccelli migratori. Per giungere a tale conclusioni invoca uno studio del WWF relativo alle principali rotte migratorie in Italia e richiama la circostanza per cui la LIPU non disporrebbe di specifici studi concernenti l'esistenza di rilevanti rotte migratorie che attraversino dal mare le coste molisane. La commissione riferisce di aver esaminato le specie presenti in zona con riferimento all'area SIC IT7228221 "Marina di Petacciato – Foce del Trigno escludendo che le opere da eseguire a terra possano recare alcun disturbo e che per la fase di esercizio sarebbero state adottate idonee misure di mitigazione..
Tali conclusioni non possono essere condivise.

Come rilevano gli enti ricorrenti l'area di localizzazione dell'impianto è circondata da un habitat favorevole per la sosta ed il passaggio di numerosi uccelli migratori; si trova infatti al centro di una articolata rete di aree di protezione naturalistica i cui punti di maggiore importanza sono rappresentati: a sud dal promontorio del Gargano che rappresenta una delle IBA più vaste della penisola estendendosi per ben 70.000 ha, successivamente classificata come ZPS; sempre a sud v'è la ZPS, già IBA, "Laghi di Lesina e Varano di 11.200 ha; a est la ZPS, già IBA "Isole Tremiti" di 343 ha; a sud ovest l'area SIC IT7222216 Foce Biferno - Litorale di Campomarino da cui si diparte la ZPS IT7228230 Lago di Guardialfiera - Foce fiume Biferno già IBA 125 "Fiume Biferno" che la Giunta Regionale, con deliberazione n° 230 del 06 marzo 2007, ha classificato come un'unica ZPS, di circa 28.700 ettari e che include 14 SIC; a ovest l'area SIC IT7228221 – Foce del Trigno – Marina di Petacciato cui segue, in direzione nord, sempre lungo la costa, l'area SIC IT7140109 "Marina di Vasto nonchè l'area SIC IT 7140108 "Punta Aderci - Punta Penna" che ospita anche la Riserva Naturale Regionale istituita con L.R. Abruzzo n° 9 del 20 febbraio 1998.
Si tratta per la maggior parte di IBA (important bir area) e cioè di aree importanti per uccelli nel senso che vengono classificate come tali le zone che ospitano percentuali significative di popolazioni di specie rare o minacciate oppure che ospitano eccezionali concentrazioni di uccelli di altre specie.

Dalla scheda di classificazione della ZPS "Isole Tremiti" si apprende che l'area rappresenta una importante rotta migratoria; i laghi di Varano e di Lesina sono classificati come importanti aree di sosta e svernamento per avifauna acquatica. Dalle schede tecniche descrittive predisposte dalla Regione Molise con il supporto della Società italiana di botanica, con riferimento alla aree di pregio naturalistico del percorso Natura 2000, emerge una significativa e variegata presenza di specie di uccelli, anche con particolare riferimento alle aree SIC IT7222216 Foce Biferno - Litorale di Campomarino e SIC IT7228221 – Foce del Trigno – Marina di Petacciato e cioè ai siti di interesse comunitario più vicini all'area di localizzazione dell'impianto da cui distano circa 5-6 km.

Alla luce del quadro fattuale richiamato – che sintetizza dati e informazioni ampiamente divulgate in quanto afferenti alla rete di protezione "Natura 2000" e quindi qualificabili, a fini probatori, come fatti notori (cfr. in tal senso la delibera del Consiglio Comunale del Comune di Petacciato n. 18 del 27.4.2008 al punto 6 di p. 6 e analoga delibera adottata dal Comune di Montenero di Bisaccia n,31 del 12.5.2008) - emerge che l'area di localizzazione in contestazione è, di fatto, contornata di zone ad elevato pregio naturalistico ed ambientale, caratterizzate da una significativa e variegata presenza di uccelli; si tratta di aree rilevanti anche per le rotte migratorie oltre che come siti di sosta e svernamento: appare pertanto inverosimile ed inattendibile quanto riferito dalla commissione, sulla scorta delle informazioni fornite dalla società proponente, che cioè il sito dell'impianto eolico non interferirebbe con le rotte migratorie; al contrario il sito appare posto al centro sia dei flussi migratori che dal Gargano e dai laghi di Lesina e Varano muovono verso nord sia dei flussi provenienti dell'est europa che transitano per le isole tremiti e, ragionevolmente, verso le aree SIC della costa molisane e abruzzese sino alla ZPS del lago di Guardialfiera e del lago di Occhitto lungo il Fortore.

Si consideri infine che lo stesso approfondimento condotto dalla società proponente (p. 161 sss. Doc. 9), su sollecitazione della commissione VIA-VAS, oltre a confermare che l'adriatico rientra a pieno titolo nella "Rotta italica", ha evidenziato che tra le dieci oasi nazionali più importanti per quanto concerne i migratori v'è quella del lago di Penne, posta a circa 60 KM a nord della riserva naturale di Punta Penna e quella molisana di Guardiaregia. Era dunque indispensabile accertare se i migratori per raggiungere tali siti debbano attraversare il tratto di mare posto al largo di Termoli come invero appare assai plausibile. Nell'analisi poi delle singole specie la relazione conferma la loro presenza sul territorio molisano mentre il modello applicato per studiare l'impatto è stato mutuato dall'esperienza della Danimarca (studio sulla centrale eolica Horns Rev e Nysted) che non

può essere traslato automaticamente ad una diversa realtà quale quella del medio adriatico incastonato in una rete di aree di protezione.
La condizione dei luoghi descritta, rendeva pertanto necessario, in applicazione del principio di precauzione disporre il monitoraggio in situ ed in via preventiva e non successivamente alla messa in esercizio dell'impianto, come pure previsto in sede di prescrizioni.

L'assenza di studi specifici, in una condizione in cui le caratteristiche dei luoghi indicano come altamente probabile il transito in situ di volatili, impone di accertare preventivamente se lo specchio di mare sia caratterizzato da significative rotte migratorie al fine di studiare quale tipo di impatto reale possa avere su di esse la costruzione di un parco eolico.

Non persuade l'affermazione della commissione secondo cui "durante le migrazioni gli uccelli percorrono normalmente rotte interne o strettamente limitrofe alla costa, data la posizione del campo eolico off shore di Termoli non sono ipotizzabili modifiche delle rotte conosciute in attraversamento rispetto al campo".
Al contrario, come si è detto, le caratteristiche dei luoghi fa si che i flussi migratori provenienti dal Gargano o dalle isole tremiti, di cui v'è evidenza scientifica, ben possano impattare il campo eolico anche perché posto lungo il passo per raggiungere le aree di sosta rappresentate dalle aree di pregio ambientale poste lungo la costa molisana ed abruzzese.

Non convince neppure l'affermazione secondo cui, anche ad ipotizzare che il campo eolico possa interferire con rotte migratorie, "è assai improbabile che le rotte possano abbassarsi di quota in modo tale da essere interferite dalla turbine (<100)".
Al contrario dalla semplice consultazione sul sito della regione Molise del piano di gestione dell'area ZPS del fiume Fortore si apprende che attraverso le ricerche effettuate in altri paesi come ad esempio l'Olanda negli anni 1995-1998 (Dirksen e al. 1998) grazie sia all'utilizzo di radar sia all'osservazione diretta si è potuto stabilire che le altezze di volo durante i movimenti giornalieri non superano mai i 100 m, con la maggior parte delle osservazioni comprese fra altezze inferiori ai 50-70 m, e quindi riconducibili alle altezze delle turbine.
Del resto la stessa commissione conclude la descrizione e valutazione degli impatti con riferimento agli uccelli migratori ed ai movimenti degli uccelli locali affermando che "L'effetto generale del campo eolico off shore sugli uccelli, in particolare migratori, è

valutato prudenzialmente come potenzialmente negativo" sicchè a fortiori si rendeva necessaria anticipare alla fase della VIA il monitoraggio dei flussi prescritto invece per la fase di esercizio (cfr. p. 35), in violazione del principio di precauzione e della regola generale per cui la VIA deve sempre precedere il rilascio dell'autorizzazione (cfr. T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 20 aprile 2010 , n. 986; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 20 gennaio 2010 , n. 583).
Né in senso contrario può opporsi che al punto n. A 13 del decreto VIA sarebbe stata comunque prescritta, accanto al programma di monitoraggio quinquennale successivo all'avvio dell'impianto, anche una "survey preliminare (ex ante) sull'avifauna stanziale e migratoria" da eseguire cioè prima dell'installazione delle turbine, poiché si tratta di prescrizione elusiva del richiamato principio che predica il carattere necessariamente preventivo della VIA: la valutazione di impatto sull'avifauna, al pari degli altri elementi della biosfera, deve infatti essere necessariamente preventiva e deve essere rimessa al giudizio della commissione VIA-VAS quale organo tecnico preposto alla individuazione della soglia critica massima di ammissibilità del sacrificio del valore ambientale oggetto di osservazione. Inoltre la predetta servey, a differenza del programma di monitoraggio, risulta del tutto indeterminata nei contenuti, nei tempi e nella indicazione degli organi chiamati e verificarne l'esito e conferma che il decreto di VIA sul punto è stato emesso in carenza assoluta di istruttoria e comunque sulla scorta di un giudizio a tal punto perplesso da reputare indispensabile un monitoraggio preventivo rispetto alla installazione delle turbine, sebbene successivamente al rilascio dell'autorizzazione.

Con l'ultimo motivo di censura gli enti ricorrenti lamentano l'elevato numero di prescrizioni imposte che avrebbero di fatto snaturato il progetto originario.
La doglianza non ha pregio poiché da tempo la giurisprudenza ha chiarito che è legittimo il giudizio positivo di compatibilità ambientale condizionato all'ottemperanza di molteplici prescrizioni e condizioni, in quanto una valutazione condizionata di impatto costituisce un giudizio allo stato degli atti integrato dall'indicazione preventiva degli elementi capaci di superare le ragioni del possibile dissenso, in ossequio al principio di economicità dell'azione amministrativa e di collaborazione tra i soggetti del procedimento.(Consiglio Stato , sez. VI, 23 febbraio 2009 , n. 1049; Consiglio Stato , sez. IV, 22 luglio 2005 , n. 3917); e ancora si è precisato che la valutazione di impatto ambientale risponde all'esigenza di salvaguardare, da un lato, preminenti valori ambientali e, dall'altro, di perseguire l'interesse pubblico sotteso all'esecuzione dell'opera. Gli organi amministrativi preposti al procedimento di v.i.a., pertanto, hanno il potere di dettare prescrizioni e condizioni al fine

di meglio garantire la compatibilità ambientale dell'opera progettata. (Consiglio Stato , sez. IV, 03 maggio 2005 , n. 2136).
Quanto ai motivi dedotti in via esclusiva dall'ARSIAM e dai Comuni di Montenero di Bisaccia e di Petacciato va accolta in parte la censura con la quale è stato dedotto il difetto di motivazione in relazione ai contributi istruttori introdotti nel procedimento in quanto se con riferimento all'interferenza con l'area SIC e con riguardo al rischio idrogeologico sono stati adottati specifici accorgimenti e fornite adeguati elementi chiarificatori in sede istruttoria da parte della società proponente, nulla è stato controdedotto in relazione alla incompatibilità delle opere a terra con le prescrizioni del PTPAAV n. e con il vincolo posto a tutela della Pineta di Petacciato: anche la memoria difensiva della Effevetni s.r.l. sul punto nulla ha potuto contro dedurre. Ne discende che nel rinnovare l'istruttoria la commissione tecnica dovrà altresì illustrare le ragioni che rendono le prescrizioni del PTPAAV n. 1 non ostative alla realizzazione delle opere a terra.
I motivi aggiunti proposti avverso la nota prot. DVA 2010-0004489 del 18.2.2010 con la quale il direttore generale per le valutazioni ambientali del Ministero dell'Ambiente ha controdedotto in fatto e in diritto alle censure mosse, sono invece inammissibili in quanto la nota in questione non ha valenza provvedimentale ma ha finalità meramente illustrativa dell'iter procedimentale seguito in replica alle contestazioni mosse dai ricorrenti.

In conclusione va disposto l'annullamento della nota del MIBAC n. DG-PAAC-34.19.04/3699/2009 del 17.3.09, del parere della commissione VIA VAS n. 298 del 25.6.09, del decreto del Ministero dell'Ambiente n. DSA-DEC-2009-0001345 del 14.10.2009 nonché del parere della commissione VIA VAS n. 62 del 20.6.08 limitatamente all'analisi delle alternative localizzative ed all'impatto sull'avifauna, con obbligo di rinnovare l'istruttoria ai sensi di cui in motivazione.

La complessità della controversia e dell'iter procedimentale, le incertezze in ordine alla normativa applicabile succedutasi nel tempo e l'accoglimento solo parziale dei motivi di censura, induce a ritenere sussistenti giusti motivi per disporre la compensazione integrale delle spese di giustizia.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Molise, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti

impugnati, ai sensi di cui in motivazione. Dichiara i motivi aggiunti inammissibili.

Compensa le spese tra le parti di tutti i giudizi

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

Così deciso in Campobasso nelle camere di consiglio dei giorni 20 aprile 2011, 6 luglio 2011 e 5 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Goffredo Zaccardi, Presidente

Orazio Ciliberti, Consigliere

Luca Monteferrante, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2011

IL SEGRETARIO

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