

Consiglio di Stato: fissazione di limiti massimi di producibilità di energia da singole FER da parte delle Regioni

La legge regionale della Basilicata n. 9/07, la quale prevede il diniego di autorizzazione per gli impianti che non rientrano nei limiti stabiliti da piano energetico regionale, porta innegabilmente alla chiusura del mercato della produzione di energia eolica e ciò, sebbene stabilito con un limite temporale, si manifesta lesivo di importanti e basilari principi caratterizzanti gli ordinamenti europeo ed italiano, in particolare la direttiva già richiamata 2001/77/CE, secondo cui la produzione di energia anche da fonti rinnovabili avviene in regime di libero mercato concorrenziale senza la previsione di limiti alla produzione.

Il legislatore nazionale, statale o regionale che sia, non può introdurre un limite massimo alla produzione di energia elettrica rinnovabile, poiché tale limite si dimostra in contrasto radicale con il favor della normativa europea, laddove questa fissa limiti minimi e rivede in generale riduzione degli ostacoli normativi all'aumento della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

(Nel caso di specie, il Collegio ha evidenziato, riformando la sentenza di primo grado, che la legge regionale, di cui il provvedimento impugnato costituisce applicazione si pone in antitesi totale e definitiva con gli obiettivi che la normativa comunitaria si prefigge di raggiungere.

In accoglimento dell'appello, il Consiglio di Stato ha, dunque, affermato che l'art. 3 della legge regionale 26 aprile 2007 n. 9 della Regione Basilicata deve essere disapplicato laddove pone un limite massimo alla produzione di energia elettrica derivante da fonte eolica, in quanto contrastante con l'art. 6 della direttiva 2001/77/CE con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati (ciò in applicazione del principio della prevalenza del diritto comunitario, cfr. C.d.S., sez. V, 7 aprile 2011, n. 2155).

N. 04768/2012REG.PROV.COLL.

N. 01184/2012 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1184 del 2012, proposto da:

Essebiesse Power Srl, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Regione Basilicata, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Nicoletta Pisani, con domicilio eletto presso l'Uff. Rapp. Regione Basilicata in Roma, via Nizza, n. 56;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA n. 00544/2011, resa tra le parti, concernente diniego di autorizzazione regionale alla costruzione ed esercizio di un parco per la produzione di energia elettrica da fonte eolica in agro del Comune di Vietri di Potenza;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2012 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia e Antonio Pasquale Golia, su delega dell'avv. Nicoletta Pisani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società Essebiesse Power s.r.l. chiedeva il 10 marzo 2004 alla Regione Basilicata l'autorizzazione unica ai sensi e per gli effetti dell'art. 12 D. Lgs. 387/03 per la realizzazione e l'esercizio di un impianto di energia elettrica di fonte eolica da 28 MW nel Comune di Vietri di Potenza.

In data 18 giugno 2008 con delibera n. 962, la Giunta regionale negava il rilascio dell'autorizzazione, rilevando, tra l'altro, che il piano energetico regionale approvato nel 2000 individuava scenari relativi alla produzione massima di energia elettrica da fonti rinnovabili al 2010, che per la fonte eolica era prevista l'installazione massima complessiva di 128 MW al momento già superati e che, ai sensi dell'art. 3 legge reg. n. 9/07, fino all'approvazione del piano di indirizzo energetico ambientale regionale, non era più consentita l'autorizzazione ad altri impianti.

L'interessata impugnava la delibera e il piano energetico regionale innanzi al TAR della Basilicata il quale, con sentenza n. 544 del 16 novembre 2011, respingeva il ricorso.

Con atto appello notificato il 13 febbraio 2012 la Essebiesse Power ha impugnato la predetta per i seguenti motivi:

1. Le previsioni del piano energetico regionale vanno ritenute quali proiezioni di sfruttamento delle fonti rinnovabili di energia e costituiscono dunque una sorta di obiettivi e non un tetto massimo insuperabile.
2. Qualora si dovesse intendere che il piano energetico regionale ha stabilito un massimo di produzione di energie prodotte da fonti rinnovabili, la norma regionale richiamata andrebbe considerata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117 della Costituzione in considerazione delle più recenti pronunce della Corte Costituzionale, secondo cui le Regioni non possono stabilire tetti di potenza massima autorizzabili, date anche le norme internazionali vigenti (protocollo di Kyoto) e comunitarie (art. 3 direttiva n. 2001/77/CE), le quali incentivano lo sviluppo delle suddette fonti di energia rinnovabile, individuando soglie minime di produzione da raggiungere nei singoli Stati.

3. La direttiva comunitaria 2001/77/CE impegna gli Stati membri a promuovere il maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili, ad adottare misure appropriate a promuovere l'aumento del consumo di elettricità da tali fonti, obbliga gli Stati membri a ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento di questo tipo di energia. La direttiva, già recepita nell'ordinamento italiano con il D. Lgs. 387/03, deve condurre alla disapplicazione della norma interna incompatibile da parte e dell'amministrazione e del giudice ed in via subordinata, alla rimessione alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee della questione pregiudiziale inerente il contrasto dell'art. 3 legge reg. 26 aprile 2007 n. 9 della Regione Basilicata con l'art. 6 della direttiva 2001/77/CE.

4. In ogni caso, trattandosi di potestà legislativa concorrente, la legge statale n. 10/91 non prevede che le Regioni possano stabilire limiti alla produzione anche fino all'approvazione del piano di indirizzo energetico ambientale regionale, concretizzando la previsione in parola un'ulteriore violazione dell'art. 117 della Costituzione.

L'appellante ha concluso per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese.

La Regione Basilicata si è costituita in giudizio, sostenendo la tardività del ricorso di primo grado e l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 1139 del 20 marzo 2012 questa Sezione ha accolto la domanda cautelare proposta dalla Essebiesse Power ai fini di una sollecita fissazione del merito della causa.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Deve innanzitutto essere sgomberato il campo dall'eccezione di tardività del ricorso di primo grado, così come sollevata dalla resistente Regione Basilicata.

La delibera di Giunta impugnata, adottata il 18 giugno 2008, è stata pubblicata sul b.u.r. il 2 luglio successivo, mentre il ricorso al TAR della Basilicata è stato notificato il 12 novembre 2008.

E' pacifico, così come rilevato dall'appellante, che per i soggetti direttamente contemplati dal provvedimento da impugnare il termine per la stessa impugnazione decorre dalla comunicazione o dalla piena conoscenza, ai sensi dell'art. 21 L. 1034/71, all'epoca vigente, e poiché il diniego scaturiva dalla domanda di un provvedimento ampliativo, non vi è ragione per dubitare che la P.A. fosse tenuta a farne comunicazione alla Essebiesse Power

e non a limitarsi alla pubblicazione sul b.u.r., visti anche i principi di cui agli artt. 2 e 10 bis L. 241/90.

Altrettanto infondata è l'eccezione inerente la tardività dell'impugnazione del piano energetico regionale, in quanto risalente al 2001: tale atto aveva ed ha un carattere generale e programmatico e la Essebiesse Power lo ha impugnato allorché la relativa applicazione nei suoi confronti ha determinato una lesione diretta ed attuale.

Ciò premesso, è infondata la prima censura, con cui l'appellante si duole della cattiva interpretazione data dalla Regione al piano energetico regionale nel negare l'autorizzazione alla Essebiesse Power: il piano non avrebbe posto limiti massimi alla produzione di energia eolica, ma avrebbe espresso solamente indirizzi programmatico - previsionali.

A prescindere dall'intitolazione dello stesso art. 3, ossia "Limiti di produzione", in realtà lo stesso art. 3 della legge reg. n. 9/07 è del tutto cristallino nel prevedere il diniego di autorizzazione per gli impianti che non rientrino nei limiti stabiliti dal piano energetico regionale approvato con delibera consiliare n. 220 del 26 giugno 2001, limiti fissati per l'energia di fonte eolica in 128 MW complessivi per il periodo 2001 - 2010; ed il diniego ha poi applicato fedelmente tali obiettivi massimi, una volta riscontrato il superamento.

L'appello deve però essere accolto, alla luce della fondatezza delle censure sollevate con i motivi secondo e terzo, concernenti la violazione delle norme internazionali vigenti (protocollo di Kyoto) e comunitarie (art. 3 direttiva n. 2001/77/CE), le quali incentivano lo sviluppo delle suddette fonti di energia rinnovabile ed in particolare della direttiva 2001/77/CE.

L'interpretazione ora riconosciuta alla normativa varata dalla Regione Basilicata porta innegabilmente alla chiusura del mercato della produzione di energia eolica e ciò, sebbene stabilito con un limite temporale, si manifesta lesivo di importanti e basilari principi caratterizzanti gli ordinamenti europeo ed italiano, in particolare la direttiva già richiamata 2001/77/CE, secondo cui la produzione di energia anche da fonti rinnovabili avviene in regime di libero mercato concorrenziale senza la previsione di limiti alla produzione. L'art. 1 della direttiva richiama in primo luogo la necessità di "un maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili alla produzione di elettricità nel... mercato interno", mentre l'art. 3 prevede l'adozione da parte degli Stati membri di misure appropriate atte a promuovere l'aumento del consumo di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili

secondo obiettivi indicativi nazionali, indicati nello stesso art. 3 nel 12% del consumo interno lordo di energia entro il 2010. I regimi di sostegno dei singoli Stati membri devono comunque promuovere efficacemente l'uso delle fonti energetiche rinnovabili – art. 4 – ed ancor più, soprattutto, andranno ridotti “gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili” – art. 6.

A fronte di tale quadro di riferimento generale, si deve escludere che il legislatore nazionale, statale o regionale che sia, possa introdurre un limite massimo alla produzione di energia elettrica rinnovabile, poiché tale limite si dimostra in contrasto radicale con il favor della normativa europea, laddove questa fissa limiti minimi e rivede in generale riduzione degli ostacoli normativi all'aumento della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

Una sommaria indagine sulle premesse della direttiva 2001/77/CE con il richiamo alla necessità di promuovere in via prioritaria le fonti energetiche rinnovabili, l'alta priorità di questo obiettivo, la stretta connessione dell'uso di queste fonti con il protocollo di Kyoto, il richiamo evidente agli obiettivi nazionali come livelli minimi – punto 7 delle premesse - è fortemente indicativa del contrasto insito nelle previsioni della legislazione regionale della Basilicata con i principi posti in sede europea.

Il D. Lgs. 29 dicembre 2003 n. 387, recante recepimento nell'ordinamento interno della direttiva in parola, ha poi confermato i propositi del legislatore comunitario ed ha previsto inoltre che le Regioni - art. 10 - possano adottare “misure per promuovere l'aumento del consumo di elettricità da fonti rinnovabili nei rispettivi territori, aggiuntive rispetto a quelle nazionali”, quindi senza incentivare i criteri che potessero portare a stabilire tetti massimi di produzione.

E' poi necessario il richiamo alla successiva direttiva 2009/28/CE che ha sostituito la direttiva 2001/77/CE, con cui si è tra l'altro precisato nelle premesse – punto 14 – che “la principale finalità di obiettivi nazionali obbligatori e creare certezza per gli investitori nonché stimolare lo sviluppo costante di tecnologie capaci di generare energia a partire da ogni tipo di fonte rinnovabile. Non è opportuno rinviare la decisione sul carattere obbligatorio di un obiettivo in attesa di eventi futuri”.

E tale direttiva, pur successiva alla legge regionale di cui il provvedimento impugnato costituisce applicazione, ha carattere ancor più cogente e si pone in antitesi totale e

definitiva con la fissazione di limiti massimi di produzione di energia elettrica di fonte eolica, fissazione di limiti massimi posta senza nemmeno una perentoria scadenza ed oggetto di nuovi ed ulteriori rinvii, di seguito posti nel nulla dalla Corte Costituzionale (cfr. sentenza 3 marzo 2011 n. 67).

In conclusione, in accoglimento dell'appello in esame, l'art. 3 della legge regionale 26 aprile 2007 n. 9 della Regione Basilicata deve essere disapplicato laddove pone un limite massimo alla produzione di energia elettrica derivante da fonte eolica, in quanto contrastante con l'art. 6 della direttiva 2001/77/CE con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati (ciò in applicazione del principio della prevalenza del diritto comunitario, cfr. C.d.S., sez. V, 7 aprile 2011, n. 2155).

La peculiarità della questione giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2012

IL SEGRETARIO

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

