

N. 05149/2015REG.PROV.COLL.
N. 05757/2013 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5757 del 2013, proposto da:
Keith Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Gabriele Pafundi, Giuseppe Zonca, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare N.14;

contro

Comune di Biccari, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Follieri, con domicilio eletto presso Studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 02238/2012, resa tra le parti, concernente diniego dia per realizzazione impianto eolico - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Biccari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2015 il Cons. Francesco Mele e uditi per le parti gli avvocati Gabriele Pafundi e Corrado Orienti su delega dell'avvocato Enrico Follieri;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Keith s.r.l. presentava denuncia di inizio di attività per l'installazione di un impianto minieolico finalizzato alla produzione di energia inferiore a 1MW.

Il Comune, peraltro, rigettava la DIA proposta, ordinando di non dare inizio ai lavori.

Avverso tale provvedimento la stessa proponeva ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, deducendone l'illegittimità e chiedendone l'annullamento.

Il Tribunale, con sentenza n. 2238/2012 del 27-12-2012 dichiarava improcedibile la domanda risarcitoria e respingeva per il resto il ricorso.

Invero, erano già intervenute le sentenze della Corte costituzionale n. 119/2010 e n. 366/2010 di dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni (art. 3 LRP n. 31/2008 e art. 27, comma 1, lett. b LRP n. 1/2008) che consentivano di avvalersi della disciplina della DIA per la realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili di potenza elettrica nominale fino a 1MW.

Avverso la prefata sentenza la società ha proposto appello dinanzi a questo Consiglio di Stato, chiedendone la riforma, rassegnando le seguenti conclusioni: 1) Dato atto del permanere dell'interesse dell'appellante ad ottenere il risarcimento dei danni, accertarsi e dichiararsi l'illegittimità del provvedimento impugnato in primo grado; 2) Dichiararsi, per quanto attiene la domanda impugnatoria, l'improcedibilità del ricorso; 3) Dichiararsi, per quanto attiene la domanda risarcitoria, l'improcedibilità del ricorso per la sopravvenuta ragione ostativa alla pronuncia di merito indicata dall'appellante.

Ha in proposito articolato i seguenti motivi: 1) Omessa pronuncia, in violazione di quanto disposto dall'art. 34, 3° comma, c.p.a., sulla legittimità del provvedimento impugnato; 2) Erroneità del presupposto su cui è stata fondata la dichiarazione di improcedibilità del ricorso; 3) Erroneità della dichiarazione di infondatezza del ricorso.

Si è costituito il Comune intimato, deducendo l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

In corso di causa sono state prodotte memorie illustrative.

La causa è stata discussa e trattenuta per la decisione all'udienza del 13-10-2015.

DIRITTO

Ritiene la Sezione preliminarmente di evidenziare come la ricostruzione in fatto come sopra riportata non sia stata contestata dalle parti costituite, per cui, vigendo la preclusione di cui all'art. 64, comma 2, del codice del processo amministrativo, essa è idonea alla prova dei fatti oggetto di giudizio.

Con il primo motivo la società appellante censura la sentenza gravata per omessa pronuncia, in violazione di quanto disposto dall'articolo 34, 3° comma c.p.a., sulla legittimità del provvedimento impugnato.

Richiama in proposito i contenuti della richiamata norma, in base alla quale “quando nel corso del giudizio l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il Giudice accerta l'illegittimità dell'atto ai fini risarcitori”.

Rileva che l'organo di prime cure, pur avendo dato atto che il ricorrente aveva evidenziato il suo permanere dell'interesse alla decisione in ordine all'accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa ai fini risarcitori, in realtà non si era pronunciato sulla illegittimità del provvedimento del Comune.

Esso, infatti, aveva respinto il ricorso in quanto infondato in quanto “traendo d'ufficio le conseguenze delle sentenze delle sentenze della Corte

Costituzionale n. 119/2010 e n. 366/2010 che, risolvendo la questione sollevata in altro giudizio, hanno dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni (art. 3 Legge Regione Puglia n. 331/2008 e Legge Regione Puglia n. 1/2008) la cui applicazione è richiesta da parte del ricorrente in questo processo, va affermato che l'impianto per cui è causa non poteva e non può realizzarsi a mezzo di mera dichiarazione di inizio di attività".

La doglianza non è meritevole di favorevole considerazione.

Osserva, invero, la Sezione che il Tribunale si è in realtà pronunciato sulla legittimità del provvedimento impugnato.

Si legge nella citata sentenza n. 2238/2012: " Invero, quanto alla domanda impugnatoria, questo Collegio sottolinea come nella presente controversia possa trovare applicazione la giurisprudenza di questo Tribunale sviluppatasi relativamente a vicende analoghe. In particolare, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 11 gennaio 2012, n. 69 evidenzia: "...il giudice amministrativo ha pertanto il potere di trarre d'ufficio le conseguenze della sentenza della Corte Costituzionale (i.e. Corte cost. n. 119/2010 e Corte cost. n. 366/2010) che, risolvendo l'eccezione sollevata in altro giudizio, dichiara l'incostituzionalità di una norma...Nel caso in questione, la ricorrente lamenta l'illegittima compressione del proprio diritto a realizzare, sulla base di mera denuncia di inizio di attività, un impianto eolico di potenza lievemente inferiore ad 1MW, in virtù di una norma di legge regionale (i.e. art. 3 LR n. 31/2008 e art. 27 LR n. 1/2008) che è stata dichiarata incostituzionale: sussiste, quindi uno stretto rapporto tra la posizione soggettiva fatta valere in giudizio e la norma di legge dichiarata incostituzionale. Per quanto detto, venuta meno la stessa utilizzabilità dello strumento della denuncia di inizio di attività, l'impugnativa non può essere accolta".

Dunque, il Tribunale ha compiuto una verifica della legittimità del provvedimento, concludendola in termini positivi (con conseguente

declaratoria di infondatezza del ricorso), facendo in proposito applicazione delle sentenze della Corte Costituzionale.

In buona sostanza ha statuito che il diniego del Comune era in radice legittimo e la contestazione di esso infondata, sulla base della avvenuta espunzione dall'ordinamento, con efficacia ex tunc, delle norme che consentivano la praticabilità dell'istituto della DIA, norme sulle quali si fondava la richiesta del privato relativa alla installazione dell'impianto.

La circostanza, poi, che il Tribunale abbia statuito sulla legittimità del provvedimento emerge, altresì, dall'altro passaggio motivazionale della sentenza n. 2238/2012, laddove essa si è pronunciata anche sull'altro elemento normativo invocato da parte ricorrente.

Essa rileva, invero, anche la non applicabilità alla fattispecie in esame della previsione normativa di cui all'art. 1 quater del decreto legge n. 105/2010, convertito nella legge n. 129/2010, in considerazione della circostanza che il termine di 150 giorni previsto da tale disposizione coincide con la data del 16 gennaio 2001 e non risulta agli atti di causa che l'impianto in esame sia entrato in esercizio entro tale data.

Con il secondo motivo di appello la società lamenta l'erroneità del presupposto su cui è stata fondata la dichiarazione di improcedibilità del ricorso.

Censura in proposito la pronuncia di rito (relativa alla domanda risarcitoria), di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, evidenziando che, per come lo stesso ricorrente aveva precisato negli atti di causa, la rinuncia si basava non sul sopravvenuto difetto di interesse alla decisione sulla domanda risarcitoria, ma sulla esigenza di giungere ad una più rapida conclusione del giudizio. Chiede, pertanto, per tale parte, la riforma della sentenza da parte del giudice di appello con declaratoria di improcedibilità del ricorso di primo grado per la sopravvenuta ragione ostativa alla pronuncia di merito da essa indicata.

Anche tale censura non è meritevole di favorevole considerazione per le ragioni che di seguito si espongono.

E' ben vero che la società ricorrente in una prima memoria afferma che "si rinuncia alla formulata domanda risarcitoria che espressamente si riserva, al positivo esito di questo, di riproporre in altro giudizio" e che in successiva memoria evidenzia che "permane l'interesse alla sua decisione per quanto attiene alla denunciata illegittimità del provvedimento, al fine di consentirle di far valere le proprie ragioni risarcitorie".

Di tali elementi il Tribunale ha dato atto nella citata sentenza n. 2238/2012. Peraltro, la declaratoria di improcedibilità della domanda risarcitoria per sopravvenuta carenza di interesse risulta correttamente pronunciata.

Va, invero, evidenziato che nella specie vi è stata, da parte del ricorrente, una rinuncia al ricorso, ma non all'azione risarcitoria e, dunque, a far valere in assoluto il diritto ad essa sotteso, considerandosi che espressamente la difesa della società si è riservata di riproporla successivamente.

Dai contenuti dell'articolo 84 del codice del processo amministrativo si desume che la rinuncia deve seguire particolari formalità, ma che il giudice, anche in assenza delle stesse, può desumere argomenti di prova della sopravvenuta carenza di interesse alla decisione della causa.

E', pertanto, evidente che la pronuncia in termini di "ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse con riferimento alla domanda risarcitoria" è corretta, riferendosi al giudizio in corso e non in assoluto alla rinuncia a far valere il diritto al risarcimento del danno.

La statuizione resa in sentenza si riferisce alla domanda spiegata nel ricorso e, dunque, la statuizione di sopravvenuta carenza di interesse è riferita alla decisione, la quale riguarda quello specifico giudizio e, dunque, il ricorso sul quale l'organo giudicante si pronuncia.

Non è, dunque, ravvisabile il vizio denunciato dall'appellante, considerandosi pure che la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuto

difetto di interesse è formula rituale tipica, da intendersi nel caso di specie nei termini sopra evidenziati, mentre non si rinviene nell'ordinamento, con altrettanto carattere di tipicità, la formula che l'appellante vuole fosse stata assunta dal giudice di prime cure.

Può a questo punto passarsi all'esame del terzo motivo di appello, con il quale si censura la sentenza gravata per erroneità della avvenuta dichiarazione di infondatezza del ricorso.

Assume al riguardo che le sopravvenute decisioni di incostituzionalità assunte dal giudice delle leggi potevano comportare la sopravvenuta carenza di interesse della ricorrente alla decisione del ricorso in quanto l'annullamento del provvedimento impugnato non le avrebbe consentito di ottenere il bene della vita (la realizzazione dell'impianto a mezzo DIA); esse, peraltro, non potevano far dichiarare infondato il ricorso, in quanto non hanno reso legittimo il diniego assunto dal Comune, onde non avevano esonerato il Tribunale Amministrativo dal pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento.

Anche tale motivo non può essere accolto, condividendo la Sezione la declaratoria di infondatezza del ricorso (riferita alla impugnativa del provvedimento di diniego), pronunciata – per quanto si è detto nella disamina del primo motivo – sulla base di un accertamento della legittimità del provvedimento impugnato.

Osserva il Collegio che la pretesa del privato alla realizzazione dell'impianto (e, dunque, la richiesta oggetto di diniego) si fonda sul presupposto normativo della sua assentibilità mediante DIA.

Ed, invero, la società aveva in proposito presentato proprio una denuncia di inizio di attività.

La Corte Costituzionale, con le citate sentenze nn. 119/2010 e 366/2010, ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni di legge che consentivano la realizzabilità degli interventi mediante denuncia di inizio di attività.

Orbene l'espunzione dall'ordinamento di norme dichiarate incostituzionali opera con efficacia *ex tunc*.

Costituisce, infatti, principio pacifico che le pronunce di accoglimento del giudice delle leggi – dichiarative di illegittimità costituzionale – eliminano la norma con effetto *ex tunc*, con la conseguenza che essa non è più applicabile, indipendentemente dalla circostanza che la fattispecie sia sorta in epoca anteriore alla pubblicazione della decisione, perché l'illegittimità costituzionale ha per presupposto l'invalidità originaria della legge – sia essa di natura sostanziale, procedimentale o processuale – per contrasto con un precetto costituzionale, fermo restando il principio che gli effetti dell'incostituzionalità non si estendono esclusivamente ai rapporti ormai esauriti in modo definitivo (cfr. Cass. civ., I, 20-11-2012, n. 20381).

Da quanto sopra consegue che la non realizzabilità *ab origine* dell'impianto mediante DIA (per effetto della indicata efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità) rende in radice infondata la pretesa del ricorrente, atteso che la sua fondatezza, indipendentemente dai vizi del diniego lamentati in ricorso, presuppone comunque la realizzabilità dell'opera mediante il suddetto istituto abilitativo, che costituisce proprio lo strumento procedimentale in concreto utilizzato dal privato.

Venendo meno fin dall'origine tale presupposto, è evidente che la proposta domanda demolitoria è infondata (e conseguentemente corretto lo scrutinio di legittimità del diniego), non potendo i vizi denunciati comportare comunque (ove sussistenti) l'annullamento o la declaratoria di illegittimità di un diniego il quale trovava (per il richiamato effetto *ex tunc* della dichiarazione di incostituzionalità) sua insuperabile base e fondamento nella non praticabilità in concreto dell'istituto della DIA.

D'altra parte, anche in una prospettiva risarcitoria, l'accertamento della illegittimità rileva in un ambito onnicomprensivo (e non strettamente limitato ai motivi di ricorso), dovendosi nella specie acclarare la spettanza

del bene della vita, sulla quale certamente incide l'impossibilità originaria di ottenerlo attraverso le forme e gli istituti in proposito utilizzati.

Né possono essere, in senso contrario, richiamate situazioni fattuali o ritardi, considerandosi che sul citato effetto ex tunc della decisione di incostituzionalità possono incidere solo i rapporti esauriti.

Ulteriori considerazioni possono svolgersi a fondamento della ritenuta declaratoria di infondatezza del ricorso in ragione della intervenuta pronuncia di illegittimità costituzionale, idonea a rendere in radice legittimo il provvedimento impugnato in primo grado.

Costituisce principio affermato in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, IV, 2-11-2010, n. 7735; TAR Palermo, II, 10-11-2014, n.2706) che dalla sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma di legge sulla quale si fonda il provvedimento impugnato discende l'illegittimità derivata dell'atto stesso qualora l'interessato nel ricorso abbia posto in rilievo la norma di cui trattasi, ancorchè non censurandola specificamente sotto il profilo della poi dichiarata costituzionalità. Assume, invero, rilievo il principio secondo cui il giudice deve applicare di ufficio, nei giudizi pendenti, le pronunce di annullamento della Corte Costituzionale, con conseguente possibilità di superare i limiti che derivano dalla struttura impugnatoria del processo amministrativo e dalla specificità dei motivi.

Se le suddette considerazioni (fondate sull'applicazione di ufficio, nei giudizi pendenti, delle pronunce di annullamento della Corte) valgono al fine di ritenere illegittimo e, dunque, annullare un provvedimento amministrativo, esse possono ugualmente svolgersi ai fini dell'accertamento della legittimità di un provvedimento, qualora questa trovi comunque fondamento nella declaratoria di incostituzionalità della norma che, regolatrice del potere amministrativo, costituisce fondamento della istanza del privato e sulla quale egli fonda la propria pretesa.

Da quanto sopra deriva l'infondatezza del terzo motivo di ricorso e , dunque, la correttezza della sentenza impugnata nella parte in cui ha

dichiarato l'infondatezza del ricorso.

Le svolte considerazioni esimono il Collegio dallo scrutinare i vizi di legittimità censurati dal ricorrente in primo grado e riproposti in appello sul presupposto della fondatezza (nella specie ritenuta insussistente dalla Sezione) del predetto terzo motivo di ricorso.

Sulla base delle considerazioni tutte sopra svolte l'appello deve essere rigettato.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono, in considerazione della peculiarità della controversia e delle questioni giuridiche trattate, giusti motivi per l'integrale compensazione tra le parti costituite delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Goffredo Zaccardi, Presidente

Raffaele Potenza, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere
Francesco Mele, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/11/2015

IL SEGRETARIO

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