

Il T.A.R. Marche torna a interrogare la Corte di giustizia dell'Unione europea sull'ammissibilità di una VIA «postuma» su un impianto già realizzato

T.A.R. Marche, Sez. I 10 febbraio 2017, n. 114 - Filippi, pres.; Capitanio, est. - Comune di Castelbellino (avv. Lucchetti) c. Regione Marche (avv. De Bellis) ed a.

Il Tribunale sospende il giudizio e sottopone alla Corte di giustizia CE le seguenti questioni pregiudiziali:

- se il diritto comunitario osta in via di principio ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionale che consente di sottoporre a verifica di assoggettabilità a VIA o a VIA progetti relativi ad impianti già realizzati nel momento in cui si svolge la verifica o se, al contrario, esso consente di tenere conto al riguardo di circostanze eccezionali che giustificano una deroga al principio generale per cui la VIA ha natura di valutazione preventiva;
- se, più in particolare, tale deroga sia giustificata nel caso in cui una normativa sopravvenuta esoneri da VIA un determinato progetto che avrebbe dovuto essere sottoposto a screening in base ad una decisione del giudice nazionale che ha dichiarato incostituzionale e/o disapplicato una norma previgente che prevedeva l'esenzione.

(Omissis)

FATTO

1. La presente vicenda contenziosa costituisce il seguito di quella definita da questo Tribunale con la sentenza n. 486/2015. Con tale decisione è stata annullata l'autorizzazione unica ex art. 12, d.lgs. n. 387/2003, rilasciata dalla Regione Marche in favore della controinteressata Società Agricola 4 C S.S. per il potenziamento di un preesistente impianto per la produzione di energia elettrica da biomasse (da 249 a 999 kW), ubicato nel territorio del Comune di Castelbellino.

2. L'annullamento è stato pronunciato per la ritenuta sussistenza della violazione della direttiva 2011/92/UE, e ciò a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 93 del 2013, con la quale sono state dichiarate incostituzionali le disposizioni regionali in forza delle quali l'impianto in argomento era stato esonerato dalla procedura di screening di VIA (la declaratoria di incostituzionalità ha riguardato in particolare gli «(...) allegati A1, A2, B1 e B2 alla legge della Regione Marche 26 marzo 2012, n. 3 (Disciplina regionale della valutazione di impatto ambientale - VIA), nel loro complesso, nella parte in cui, nell'individuare i criteri per identificare i progetti da sottoporre a VIA regionale o provinciale ed a verifica di assoggettabilità regionale o provinciale, non prevedono che si debba tener conto, caso per caso, di tutti i criteri indicati nell'Allegato III alla direttiva 13 dicembre 2011, n. 2011/92/UE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati – codificazione), come prescritto dall'articolo 4, paragrafo 3, della medesima (...)» - vedasi il dispositivo della sentenza n. 93/2013).

L'impianto era stato esentato dalla verifica di assoggettabilità in ragione della sua potenza nominale, inferiore a 1 MW.

3. Va evidenziato che a seguito della citata sentenza della Corte costituzionale questo Tribunale ha accolto numerosi ricorsi analoghi a quello proposto a suo tempo dal Comune di Castelbellino e tutte queste vicende erano accomunate dal fatto che i progetti relativi agli impianti furono a suo tempo esentati dalla procedura di screening ai sensi della l.r. Marche n. 3/2012 (o anche della previgente l.r. n. 20/2011, la quale recava una formulazione esattamente identica a quella della l.r. n. 3/2012).

4. Va altresì ricordato che, già a seguito dell'impugnazione da parte del Governo della l.r. n. 3/2012 e prima ancora che la Corte costituzionale si pronunciasse, la Regione Marche aveva modificato la l.r. n. 3/2012, prevedendo in particolare, all'art. 3, commi 1 e 1 bis, che:

«1. Sono sottoposti alla verifica di assoggettabilità di cui all'articolo 8 i progetti indicati negli allegati B1 e B2.

1-bis. I progetti di cui agli allegati B1 e B2, che prevedono soglie dimensionali al di sotto di quelle indicate dai medesimi allegati, sono sottoposti a verifica di assoggettabilità a VIA qualora producano impatti significativi e negativi sull'ambiente, da valutarsi sulla base dei criteri di cui all'allegato C. La Giunta regionale determina le modalità di attuazione ed applicazione della presente disposizione (...). Ulteriori disposizioni sono contenute nei successivi commi dell'art. 3.

5. Ciò detto, nell'ambito del pregresso giudizio è accaduto che, prima della celebrazione dell'udienza di trattazione del merito, è stato pubblicato sulla G.U.R.I. n. 84 dell'11 aprile 2015 il decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 30 marzo 2015, recante «Linee guida per la verifica di assoggettabilità a valutazione di impatto ambientale dei progetti di competenza delle regioni e province autonome, previsto dall'articolo 15 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116».

Questo decreto, come risulta anche dal titolo, è stato adottato in attuazione della delega contenuta nell'art. 15 (intitolato «Disposizioni finalizzate al corretto recepimento della direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, in materia di valutazione di impatto ambientale. Procedure di infrazione n. 2009/2086 e n. 2013/2170») del d.l. n. 91/2014, convertito in

legge n. 116/2014.

6. Per quanto di interesse nel presente giudizio, da un lato il d.l. n. 91/2014 ha modificato il d.lgs. n. 152/2006 (c.d. Testo Unico Ambiente) abrogando le norme che consentivano alla Regione di fissare soglie di esenzione dalla VIA differenziate (art. 6, comma 9, del T.U., nella versione previgente all'entrata in vigore dell'art. 15), dall'altro lato il d.m. ha stabilito i parametri uniformi validi a livello nazionale per l'esenzione dalla VIA di progetti di interesse regionale, consentendo alle Regioni unicamente di formulare al Ministero dell'ambiente istanze tese ad ottenere:

«(...) una diversa riduzione percentuale delle soglie dimensionali di cui all'allegato IV della parte seconda del decreto legislativo n. 152/2006 rispetto a quanto previsto dalle presenti linee guida in relazione alla presenza di specifiche norme regionali che, nell'ambito della procedura di autorizzazione dei progetti, garantiscano livelli di tutela ambientale più restrittivi di quelli stabiliti dalle norme dell'Unione europea e nazionali nelle aree sensibili individuate al paragrafo 4 delle allegate linee guida;

b) (...), qualora non siano applicabili i criteri specifici individuati al paragrafo 4 delle allegate linee guida, un incremento nella misura massima del 30 per cento delle soglie dimensionali di cui all'allegato IV della parte seconda del decreto legislativo n. 152/2006, garantendo livelli di tutela ambientale complessivamente non inferiori a quelli richiesti dalle vigenti norme dell'Unione europea e nazionali;

c) (...), qualora non siano applicabili i criteri specifici individuati al paragrafo 4 delle allegate linee guida, criteri o condizioni in base ai quali è possibile escludere la sussistenza di potenziali effetti significativi sull'ambiente e pertanto non è richiesta la procedura di verifica di assoggettabilità alla VIA» (vedasi l'art. 2 del d.m.).

7. La Società Agricola 4 C S.S., in data 16 aprile 2015, aveva pertanto presentato alla Regione Marche istanza di attivazione del procedimento per la verifica dell'esenzione dell'impianto dalla VIA e tale procedimento era ancora in corso alla data di celebrazione dell'udienza di trattazione del citato ricorso n. 54/2013 r.g. In quella sede sia la Regione che la controinteressata avevano quindi chiesto il rinvio dell'udienza, ma il Tribunale - stante anche l'opposizione del Comune di Castellsellino - non ha ritenuto di accogliere tale istanza.

8. Con la citata sentenza n. 486/2015 il Tribunale ha annullato l'autorizzazione unica, spiegando anche le ragioni per cui non ha ritenuto rilevante, allo stato, la sopravvenienza del d.m. 30 marzo 2015.

Come in effetti è dimostrato dalla proposizione del presente ricorso, il rinvio dell'udienza non sarebbe stato risolutivo, essendo facilmente pronosticabile l'impugnazione da parte del Comune del provvedimento con cui la Regione avesse sostanzialmente sanato il vizio originario dell'omessa sottoposizione del progetto a *screening* di VIA. Che questa impugnazione fosse stata fatta con motivi aggiunti al ricorso n. 54/2013 r.g. o con ricorso autonomo poco rilevava nell'economia della decisione del T.A.R., non essendo nemmeno decisivo il fatto che la decisione regionale sull'applicabilità o meno del d.m. 30 marzo 2015 pervenisse in un momento in cui l'autorizzazione regionale era ancora valida in quanto non incisa dalla sentenza del Tribunale. In effetti, laddove il Tribunale ritenesse corretto l'operato della Regione, la controinteressata riuscirebbe comunque a perseguire l'interesse sostanziale a continuare nella gestione dell'impianto.

Va precisato che la sentenza n. 486/2015 è stata appellata, ma il relativo ricorso n. 8440/2015 R.G. alla data della presente decisione non è stato ancora deciso dal Consiglio di Stato; né risulta che il giudice di appello abbia sospeso l'esecutività della sentenza del T.A.R.

9. Con il presente ricorso il Comune di Castellsellino impugna dunque il decreto n. 60/EFR del 3 giugno 2015, con il quale il dirigente della P.F. Rete Elettrica Regionale, Autorizzazioni Energetiche, Gas ed Idrocarburi della Regione Marche ha:

- preso atto della sentenza della Corte Costituzionale n. 93/2013 e delle successive sentenze di questo T.A.R. che hanno recepito tale decisione della Corte;
- ritenuto applicabile all'istanza presentata dalla società agricola controinteressata il d.m. 30 marzo 2015;
- verificato che, in base ai criteri introdotti dal d.m., l'impianto in questione è esentato dalla verifica di assoggettabilità a VIA. Infatti, in base alla nuova formulazione del d.lgs. n. 152/2006, la soglia di assoggettabilità a VIA degli impianti del tipo di quello realizzato da 4 C è di 50 MW di potenza nominale, soglia che in presenza di almeno una delle condizioni indicate dal punto 4. e successivi sottoparagrafi del d.m. 30/3/2015 va ridotta del 50 per cento (25 MW). Poiché l'impianto per cui è causa ha una potenza nominale inferiore a 1 MW, lo stesso non deve essere sottoposto a *screening* di VIA;
- confermato dunque l'esenzione da *screening* di VIA del progetto in argomento;
- convalidato l'autorizzazione unica rilasciata nel 2012.

10. Queste le censure formulate dal Comune:

- violazione e falsa applicazione dei principi di legalità, tipicità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione della disciplina comunitaria e nazionale in materia di VIA ed in particolare del principio per cui la valutazione di impatto ambientale non può essere svolta in sanatoria. Violazione del principio *tempus regit actum*. Difetto di istruttoria e di motivazione;
- violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *nonies*, legge n. 241/1990 (assenza dei presupposti di legge per la convalida di un provvedimento amministrativo illegittimo). Violazione dell'art. 10 della legge n. 241/1990. Difetto di istruttoria e di motivazione;
- violazione e falsa applicazione dell'art. 4, comma 2, d.m. 30 marzo 2015.

11. Si sono costituiti il Ministero per i Beni e Le Attività Culturali e la Provincia di Ancona, svolgendo difese di mero stile. La Regione Marche e la ditta Società Agricola 4 C S.S. hanno invece chiesto il rigetto del ricorso nel merito.

Per la trattazione della causa era stata fissata inizialmente l'udienza pubblica del 3 giugno 2016, poi differita al 2 dicembre 2016

DIRITTO

12. Il Tribunale ritiene che la decisione sulla presente controversia non possa prescindere dalla rimessione alla Corte di giustizia UE delle questioni di cui si dirà nel prosieguo.

13. Prima di dare conto di tali questioni, sono però necessarie due premesse.

13.1. Il primo profilo attiene al rigetto di alcune censure formulate in ricorso, le quali rivestirebbero rilievo preliminare rispetto a quelle oggetto del rinvio pregiudiziale.

Ci si riferisce, in particolare, alle doglianze con le quali si sostiene la violazione dei principi generali in materia di convalida dei provvedimenti amministrativi e l'inapplicabilità alla fattispecie - e non per ragioni sostanziali, ma per motivi di carattere formale - del d.m. 30 marzo 2015.

È evidente infatti che se il Tribunale condividesse tali censure, il ricorso solo per questo andrebbe accolto e non vi sarebbe quindi alcun bisogno di investire della vicenda la Corte di giustizia UE.

13.2. L'altra premessa discende dal fatto che con ordinanze n. 185/2016 e n. 186/2016 questo Tribunale ha operato un rinvio pregiudiziale sempre con riguardo alla materia che occupa il Collegio, ma in relazione ad un diverso profilo della medesima problematica.

Le relative cause sono iscritte nel ruolo della Corte di giustizia con i numeri C-196/16 e C-197/16 e non sono state ancora definite.

Rinviando per ragioni di celerità espositiva al contenuto delle citate ordinanze, va solo rimarcato che in quelle vicende viene in evidenza la problematica della c.d. VIA postuma, ossia fattispecie nelle quali, a seguito dell'annullamento - sempre in applicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 93/2013 - dell'autorizzazione unica, i proponenti hanno attivato la procedura di VIA, che si è conclusa favorevolmente e che è in alcuni casi è stata già stata seguita dal rilascio di una nuova autorizzazione unica. Tali provvedimenti sono stati impugnati dai soggetti pubblici o privati che avevano ottenuto l'annullamento delle autorizzazioni originarie, i quali deducono quale vizio principale il fatto che l'ordinamento comunitario non contempla l'istituto della VIA postuma e che dunque prima di procedere all'eventuale rinnovamento della procedura autorizzativa, gli impianti le cui autorizzazioni sono state annullate andrebbero disattivati e demoliti (e ciò soprattutto al fine di evitare un condizionamento anche inconsapevole in capo ai funzionari regionali o provinciali che sono chiamati a svolgere le procedure di *screening*, i quali potrebbero essere indotti a sottovalutare l'impatto ambientale pur non di essere costretti a ordinare lo smantellamento di impianti già esistenti).

14. Partendo dalle censure si cui si è detto al punto 13.1, il Collegio osserva quanto segue.

14.1. Seppure è vero che, in generale, la convalida di atti amministrativi illegittimi in pendenza di un giudizio può implicare un *vulnus* al principio di effettività della tutela giurisdizionale, è altrettanto vero che l'ordinamento nazionale prevede espressamente l'istituto della convalida (art. 21 *nonies*, legge n. 241/1990). Va poi tenuto conto del fatto che, per il diritto interno, la convalida e la sanatoria degli atti giuridici non sono sempre possibili, essendo ammissibili o nel caso in cui si tratti di eliminare vizi formali - procedurali oppure quando esista una specifica norma di legge che ciò consenta (si veda, ad esempio, l'art. 38 del d.p.r. n. 380/2001). Ma, in ogni caso, deve essere sempre il giudice, opportunamente adito, a stabilire se la convalida o la sanatoria sono legittime.

Nella specie, la Regione, pur avendo preso atto della sentenza della Corte costituzionale n. 93/2013 e delle successive sentenze di questo Tribunale, ha ritenuto comunque percorribile la via della convalida.

14.2. A questo proposito, va ulteriormente osservato che:

- la più volte citata sentenza della Corte costituzionale, in generale, si prestava ad essere eseguita in vari modi, visto che la direttiva 2011/92/UE prevede pur sempre che uno dei criteri da utilizzare per l'individuazione dei progetti che possono essere esentati dallo *screening* di VIA è quello della soglia numerica (si vedano, ad esempio, le soglie previste per gli impianti di trattamento di acque reflue o per gli allevamenti di pollami e suini - punti 13 e 17 dell'allegato I alla direttiva 2011/92/UE) e che, in realtà, la l.r. Marche n. 3/2012 anche nella sua formulazione originaria prevedeva un meccanismo composito di esenzione dalla VIA, non basato solo su soglie numeriche (si vedano i commi 2, 3 e 4 dell'art. 3 della l.r. n. 3/2012, non modificati dalla successiva l.r. n. 30/2012);

- se non fosse nelle more intervenuta la normativa statale, l'impianto in argomento sarebbe stato sottoposto in via postuma a *screening* di VIA, in base alla l.r. n. 3/2012, come modificata dalla l.r. n. 30/2012 (il che, in caso di ricorso, avrebbe sollevato le medesime problematiche oggetto delle citate ordinanze di rinvio pregiudiziale nn. 185 e 186/2016, con l'unica differenza che il Tribunale avrebbe potuto anche evitare di adottare un'autonoma ordinanza di rinvio, in assenza di profili nuovi da sottoporre alla Corte di giustizia);

- peraltro, poiché in base ad un principio generale dell'ordinamento la normativa vigente nel momento in cui la pubblica amministrazione deve dare esecuzione ad una sentenza di annullamento non è irrilevante (specie quando la stessa abbia modificato le regole sulla competenza o i presupposti per l'applicazione di una determinata normativa), la Regione non ha potuto non tenere conto del fatto che il d.m. 30 marzo 2015 ha modificato in senso sostanziale i criteri di sottoponibilità a *screening* di VIA degli impianti a biomasse;

- questo anche in ragione del fatto che rientrava nelle prerogative del legislatore statale la modifica delle disposizioni del T.U. n. 152/2006 che in precedenza prevedevano una sorta di competenza concorrente delle Regioni nella individuazione dei progetti da sottoporre a VIA o a verifica di assoggettabilità;

14.3. Nella specie poi l'impianto era esente da VIA al momento del rilascio dell'autorizzazione unica ed è esente da VIA anche attualmente. L'esecuzione della sentenza n. 486/2015 imponeva in primo luogo di verificare l'assoggettabilità dell'impianto a VIA (anche perché le altre censure di merito formulate dal Comune di Castelfellino nel precedente giudizio erano state respinte) e questo è ciò che la Regione ha fatto.

Non è pertanto rilevante il fatto che formalmente il procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica si era già concluso nel 2012, visto che, anche in assenza di un'istanza da parte di 4 C, la Regione, prima di decretare lo spegnimento e/o la rimozione dell'impianto, avrebbe dovuto comunque verificare se lo stesso doveva essere sottoposto a *screening*.

In ogni caso, per verifica di assoggettabilità si intende «(...) la verifica attivata allo scopo di valutare, ove previsto, se piani, programmi ovvero le loro modifiche, possano aver effetti significativi sull'ambiente e devono essere sottoposti alla fase di valutazione secondo le disposizioni del presente decreto considerato il diverso livello di sensibilità ambientale delle aree interessate (...)» [art. 5, lett. m bis), del d.lgs. n. 152/2006].

Nella specie la Regione ha effettuato proprio tale verifica, anche se la stessa si è conclusa nella fase preliminare, in ragione delle soglie e dei criteri introdotti dal d.m. 30 marzo 2015.

14.4. Il motivo di ricorso con cui si deduce la inapplicabilità alla fattispecie del d.m. 30 marzo 2015 va quindi respinto.

15. Si deve passare dunque a trattare della questione centrale attorno a cui ruota il presente giudizio, la quale, ad avviso del Collegio, attiene comunque alla problematica della c.d. VIA postuma e necessita dunque di essere sottoposta alla valutazione del giudice comunitario, in linea con quanto questo Tribunale ha già disposto con le citate ordinanze nn. 185 e 186/2016.

15.1. In vista dell'udienza di trattazione il Comune ricorrente ha tenuto a rimarcare il fatto che nella presente controversia la questione è ancora più rilevante, visto che nelle vicende oggetto delle citate ordinanze di rinvio pregiudiziale la VIA era stata quantomeno svolta (sia pure ad impianto già realizzato), mentre nella specie la valutazione di impatto ambientale non è stata svolta né *ab origine* - in applicazione di una norma poi dichiarata incostituzionale - né in via postuma.

15.2. Il Tribunale condivide i dubbi sollevati da parte ricorrente, nei seguenti termini:

- il dichiarato intento del legislatore statale del 2014 (intento che emerge peraltro dalla stessa rubrica dell'art. 15 del d.l. n. 91/2014) era quello di superare le procedure di infrazione n. 2009/2086 e n. 2013/2170, aperte dalla Commissione UE a carico dell'Italia (successivamente la Commissione ha comunicato l'archiviazione della citata procedura d'infrazione n. 2009/2086, mentre l'altra procedura non rileva nel presente giudizio avendo ad oggetto la non corretta trasposizione della categoria progettuale relativa alle opere di regolazione dei corsi d'acqua);

- tale obiettivo è stato perseguito, come detto, attraverso una modifica del T.U. ambiente n. 152/2006 che elimina il potere delle Regioni di stabilire direttamente, per i progetti di interesse sub-statale, soglie di esenzione dalla VIA diversificate. Le uniche soglie sono quindi quelle fissate a livello statale dal T.U., mentre alla singola Regione è data solo la facoltà di richiedere al Ministero dell'ambiente l'introduzione di soglie inferiori in relazione a specifiche e comprovate esigenze di tutela ambientale che riguardano solo quella Regione (vedasi il citato art. 2 del d.m. 30 marzo 2015);

- il legislatore statale dichiara altresì che la nuova disciplina aumenta in modo considerevole il numero di progetti che sono sottoposti quantomeno a verifica di assoggettabilità, e ciò in applicazione dei criteri di cui ai punti da 3. a 5. delle Linee guida (vedasi il punto 1. Finalità e ambito di applicazione delle stesse Linee guida);

- in alcuni casi, peraltro, e con specifico riguardo alla situazione della Regione Marche (l'unica che si sia vista dichiarare parzialmente incostituzionale la normativa regionale sulla VIA), questa novella legislativa implica che un certo numero di progetti non debba essere più sottoposto a *screening*. Va infatti considerato che, in base alla normativa regionale poi dichiarata incostituzionale, tutti gli impianti a biomasse di potenza superiore a 1 MW erano sottoposti a *screening*, mentre attualmente solo gli impianti di potenza superiore a 50 MW (o 25 MW in presenza di una o più delle condizioni di cui ai punti 3-5 delle Linee guida allegate al d.m. 30 marzo 2015) sono sottoposti a verifica di assoggettabilità.

15.3. A ciò si aggiungano le medesime considerazioni di fondo espresse dal Tribunale nelle citate ordinanze di rinvio pregiudiziale nn. 185 e 186 del 2016. In effetti, anche nel caso in esame si è in presenza di una verifica di assoggettabilità a VIA postuma, effettuata cioè in un momento in cui l'impianto è stato già realizzato.

Oltre a tali considerazioni (le quali, per non appesantire oltre il dovuto la presente decisione, vengono richiamate integralmente *per relationem*), l'odierno Collegio ritiene solo di dover evidenziare che ulteriori elementi di riflessione emergono dalla recente sentenza della Corte di giustizia CE 17 novembre 2016, in causa C-348/15, *Stadt Wiener Neustadt*, laddove il giudice comunitario ha richiamato le note sentenze 3 luglio 2008, in causa C-215/06, *Commissione/Irlanda*, e 7 gennaio 2004, in causa C-201/02, *Wells*.

16. Tutto ciò premesso, il Tribunale sospende il giudizio e sottopone alla Corte di giustizia CE le seguenti questioni pregiudiziali:

- se il diritto comunitario (ed in specie la direttiva 2011/92/UE, nella versione vigente alla data di adozione dei provvedimenti impugnati) osta in via di principio ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionale che consente di sottoporre a verifica di assoggettabilità a VIA o a VIA progetti relativi ad impianti già realizzati nel momento in cui si svolge la verifica o se, al contrario, esso consente di tenere conto al riguardo di circostanze eccezionali che giustificano una deroga al principio generale per cui la VIA ha natura di valutazione preventiva;

- se, più in particolare, tale deroga sia giustificata nel caso in cui una normativa sopravvenuta esoneri da VIA un determinato progetto che avrebbe dovuto essere sottoposto a *screening* in base ad una decisione del giudice nazionale che ha dichiarato incostituzionale e/o disapplicato una norma previgente che prevedeva l'esenzione.

17. Ai sensi della «nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali» 2011/C 160/01 in *G.U.C.E.* 28 maggio 2011, vanno trasmessi alla cancelleria della Corte di giustizia UE, mediante plico raccomandato in copia, i seguenti atti:

- copia della presente sentenza-ordinanza;
- copia integrale del fascicolo di causa;
- copia della sentenza n. 486/2015 e delle ordinanze nn. 185 e 186/2016 del TAR Marche;
- copia della sentenza della Corte costituzionale n. 93/2013;
- testo dell'art. 15 del d.l. n. 91/2014, quale risulta all'esito della conversione disposta con legge n. 116/2014;
- copia del d.m. ambiente 30/3/2015;
- testo originale della l.r. Marche n. 3/2012;
- testo della l.r. Marche n. 3/2012, come modificata dalla l.r. Marche n. 30/2012.

18. Il presente giudizio viene sospeso, nelle more della definizione delle questioni pregiudiziali, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Sezione Prima), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- in parte lo respinge;
- per il resto dispone:

1) a cura della segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nei sensi e con le modalità di cui in motivazione, e con copia degli atti ivi indicati;

2) la sospensione del presente giudizio;

- riserva alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese.

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

(*Omissis*)

Il T.A.R. Marche torna a interrogare la Corte di giustizia dell'Unione europea sull'ammissibilità di una VIA «postuma» su un impianto già realizzato

1. *Premessa.* A poco meno di un anno dalle proprie ordinanze (nn. 185 e 186/2016¹) – che avevano rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea² la questione (pregiudiziale) sull'ammissibilità di sottoporre a verifica di assoggettabilità a VIA impianti produttivi già realizzati – il T.A.R. Marche, con la sentenza n. 114 del 10 febbraio scorso, è tornato a formulare lo stesso interrogativo ai giudici comunitari, questa volta in relazione ad un impianto a biomasse realizzato nel comune di Castellsellino (AN).

Il tema si è riproposto, in particolare, a causa dell'articolata evoluzione normativa regionale in materia di *screening* ambientale (verifica di assoggettabilità a VIA), che ha visto succedersi diversi interventi legislativi e giurisprudenziali, alimentando l'incertezza sul regime in tema di VIA applicabile ad alcune categorie di impianti.

2. *Il contesto normativo regionale in tema di screening ambientale nel quale è scaturita la sentenza del T.A.R. Marche.* Volendo riassumere, sinteticamente, il quadro normativo nel quale hanno trovato origine i dubbi del Tribunale amministrativo (e prima ancora degli operatori) poi sottoposti al vaglio della C.G.U.E., basti qui ripercorrerlo nelle sue «tappe» principali:

In un primo momento, con la legge regionale n. 3/2012 era stata prevista (negli allegati A1, A2, B1, B2) l'esenzione «automatica» dalla verifica di assoggettabilità a VIA per quegli impianti che non superavano determinate soglie (dimensionali o legate alla capacità produttiva).

Successivamente, vista l'impugnazione della legge in parola da parte del Governo, la Regione Marche provvide a modificarla, inserendo, all'art. 3, commi 1 e 1 *bis*³, la previsione dell'esenzione dallo *screening*, non più automatica al di sotto di soglie predeterminate, ma all'esito di un'analisi caso per caso dei singoli impatti potenziali; analisi da svolgere sulla base di criteri fissati nell'allegato C della medesima legge n. 3/2012.

Con la sentenza della Corte costituzionale n. 93 del 22 maggio 2013⁴, la stessa legge, nella sua versione originaria, venne poi dichiarata incostituzionale, proprio perché violava i criteri fissati dalla normativa comunitaria che consentivano di sottrarre a VIA determinati impianti sulla base di un'analisi caso per caso.

Infine, la normativa in materia è stata innovata:

a) con il d.l. n. 91/14 (conv. nella legge n. 116/2014) che ha modificato il Testo Unico ambientale (il d.lgs. n. 152/2006 e s.m.i.) abrogando la norma (art. 6, comma 9) che consentiva alla Regione di fissare soglie differenziate (sul territorio statale) di esenzione dalla VIA;

b) con il d.m. del 30 marzo 2015 recante le «Linee guida per la verifica di assoggettabilità a valutazione di impatto ambientale dei progetti di competenza delle Regioni e Province autonome».

Per quanto qui di interesse, quest'ultimo d.m. ha stabilito i parametri uniformi validi a livello nazionale per l'esenzione dalla VIA di progetti di interesse regionale, consentendo alle Regioni unicamente di formulare al Ministero dell'ambiente istanze tese ad ottenere, alternativamente:

¹ Per una sintetica disamina dei contenuti dell'ordinanza n.185/2016 e della normativa comunitaria e statale in tema di *screening* ambientale si rinvia a *È ammissibile una VIA «postuma» su un impianto già realizzato? Il T.A.R. Marche si interroga e rimette la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in questa Riv., 2016, 3.

² A seguito delle suddette ordinanze sono state iscritte nel ruolo della Corte di giustizia i due giudizi con numero C-196/16 e C-197/16, ad oggi non ancora definiti.

³ Introdotti dalla l.r. n. 30 del 19 ottobre 2012.

⁴ In questa Riv., 2013, 522, con nota di A. SAVINI, *Valutazione di impatto ambientale e impianti energetici da biogas. Il vaso di Pandora della biomasse*.

1) «una (...) *riduzione percentuale delle soglie dimensionali*» fissate dal T.U.A. (allegato IV alla parte II) qualora ricorrano specifiche norme regionali che, nell'ambito della procedura di autorizzazione dei progetti, «*garantiscono livelli di tutela ambientale più restrittivi di quelli stabiliti dalle norme dell'Unione europea e nazionali nelle aree sensibili individuate al paragrafo 4 delle allegato linee guida*»;

2) «(...) un *incremento nella misura massima del 30 per cento delle soglie dimensionali* di cui all'allegato IV (...) garantendo livelli di tutela ambientale complessivamente non inferiori a quelli richiesti dalle vigenti norme dell'Unione europea e nazionali»;

3) «qualora non siano applicabili i criteri specifici individuati al paragrafo 4 delle allegato linee guida, *criteri o condizioni in base ai quali è possibile escludere la sussistenza di potenziali effetti significativi sull'ambiente e pertanto non è richiesta la procedura di verifica di assoggettabilità alla VIA*» (vedasi l'art. 2 del d.m.).

3. La specifica fattispecie procedurale all'origine del quesito alla C.G.U.E. Ebbene, è evidente che in questa complessa evoluzione della disciplina in materia di *screening* (la cui sola ricostruzione risulta, invero, già di per sé defatigante) si siano annidate non poche difficoltà interpretative per quanti, soggetti proponenti o P.A., hanno dovuto valutare se assoggettare o meno a *screening* regionale un dato impianto, con il rischio concreto di incorrere in censure di illegittimità a fronte di *procedure* amministrative avviate in un contesto normativo ancora instabile e precario.

Così – venendo alla vicenda esaminata in sentenza – se nella vigenza della prima versione della legge regionale n. 3/2012, l'impianto energetico di Castelfellino poteva essere legittimamente realizzato in assenza di *screening* ambientale (perché con potenza nominale inferiore alla soglia di legge di 1 MW, il cui superamento rendeva detta procedura obbligatoria) successivamente per quello stesso impianto era sorto, - dapprima (con le modifiche introdotte alla legge regionale n. 3/12 dalla successiva legge regionale 9/2012) *l'obbligo di una verifica preliminare caso per caso sulla base di criteri predeterminati dalla stessa Regione*, - in seguito, dopo la pubblicazione delle linee guida ministeriali, quello di verificare se ricorressero o meno le condizioni per l'esenzione da *screening* in virtù dei sopravvenuti criteri statali.

Con la conseguenza che, in relazione ad un impianto già *legittimamente* autorizzato e realizzato senza *screening* all'epoca della prima formulazione della legge n. 3/2012, si è posta poi la necessità di valutare se anche in virtù dei nuovi criteri ministeriali l'impianto potesse essere sottratto alla (verifica di assoggettabilità a) VIA.

Questa verifica nella specie è culminata con una convalida dell'originaria autorizzazione che è stata, inevitabilmente, emanata *ad impianto energetico già ultimato*, configurandosi così come una verifica «postuma» dei potenziali impatti ambientali del progetto.

Il T.A.R. Marche, chiamato a pronunciarsi con la sentenza in commento sulla legittimità del provvedimento di convalida, non ha potuto dunque che rilevare la necessità di accertare (in via pregiudiziale) se uno *screening* postumo sull'impianto realizzato fosse o meno conforme al dettato comunitario in tema di VIA, e riproporre alla Corte di giustizia il quesito già formulato con le precedenti ordinanze n. 185 e 186/2016.

In particolare, il Tribunale marchigiano ha chiesto alla C.G.U.E. di chiarire:

- se il diritto comunitario (ed in specie la direttiva 2011/92/UE, nella versione vigente alla data di adozione dei provvedimenti impugnati) osta in via di principio ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionale che consente di sottoporre a verifica di assoggettabilità a VIA o a VIA progetti relativi ad impianti già realizzati nel momento in cui si svolge la verifica o se, al contrario, esso consente di tenere conto al riguardo di circostanze eccezionali che giustificano una deroga al principio generale per cui la VIA ha natura di valutazione preventiva;

- se, più in particolare, tale deroga sia giustificata nel caso in cui una normativa sopravvenuta esoneri da VIA un determinato progetto che avrebbe dovuto essere sottoposto a *screening* in base ad una decisione del giudice nazionale che ha dichiarato incostituzionale e/o disapplicato una norma previgente che prevedeva l'esenzione.

4. *Considerazioni prognostiche sulla prossima decisione della C.G.U.E. – rinvio alle osservazioni formulate a commento*

dell'ordinanza n. 185/16. Rinviano alle considerazioni già svolte, in questa rivista⁵ sugli orientamenti sino ad oggi espressi dalla C.G.U.E. in tema di VIA postuma, basti qui ricordare che è la stessa *ratio* dell'istituto – che fa di quest'ultimo il primo strumento di tutela preventiva dell'ambiente globalmente inteso – che condurrebbe ad escludere l'ammissibilità di una VIA postuma (come, del resto, sostenuto dalla prevalente giurisprudenza⁶, alla quale si sono opposte isolate pronunce di segno contrario⁷).

Pertanto, ad avviso di chi scrive, la Corte non potrà comunque spingersi sino a negare il carattere preventivo *ex lege* della VIA, potendo al più dichiarare ammissibile una deroga al suo regime ordinario, in ragione dell'eccezionalità della vicenda autorizzatoria da cui sono scaturiti i quesiti.

In particolare, ove ammettesse una VIA postuma, la C.G.U.E. dovrebbe pronunciarsi chiarendo nel dettaglio:

- i presupposti per l'operatività di una deroga alla VIA (ordinariamente) preventiva rispetto all'ultimazione dei lavori;
- il suo ambito di applicazione;

⁵ V. nota 1.

⁶ Si vedano, tra le altre, le pronunce del Consiglio di Stato che hanno escluso la possibilità di procedure VIA su impianti già realizzati: Cons. Stato, Sez. IV 19 febbraio 2014, n. 798 ord., in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, dove il Collegio ordinava l'astensione «da qualsiasi attività comportante l'ulteriore prosieguo della realizzazione e/o dell'esercizio dell'impianto per cui è causa (fermo e impregiudicato, come è ovvio, l'iter procedimentale della VIA nel frattempo chiesta dalla società odierna appellante, che non è però sufficiente a legittimare ad oggi l'operatività dell'impianto, in considerazione della nota e consolidata giurisprudenza - anche europea - che non ammette una VIA ex post)»; Cons. stato, Sez. III 5 marzo 2013, n. 1324, *ivi*, che aveva annullato un'autorizzazione proprio per l'omesso svolgimento della procedura di VIA; nello stesso senso v. anche Cons. Stato, Sez. IV 5 settembre 2003, n. 4970, in *Giur. it.*, 2004, 1289. Senza considerare che il carattere obbligatoriamente preventivo della VIA è stato ribadito dalla giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali ogni qualvolta sono stati chiamati a pronunciarsi sui diversi profili applicativi dell'istituto. In tal senso cfr., *ex multis*: T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. I 20 gennaio 2010, n. 583, in questa Riv., 2010, 557, con nota di S. CARMIGNANI, dove si afferma che «il procedimento di valutazione di impatto ambientale è per sua natura e configurazione normativa un mezzo preventivo di tutela dell'ambiente, che si svolge prima rispetto all'approvazione del progetto (il quale deve essere modificato secondo le prescrizioni intese ad eliminare o ridurre l'incidenza negativa dell'opera progettata) e conseguentemente prima della realizzazione dell'opera (fisiologicamente successiva all'approvazione del progetto); pertanto, è illegittima una VIA postuma all'autorizzazione dell'opera e allo svolgimento dei lavori, perché adottata in violazione dei precetti comunitari e nazionali improntati ai principi di precauzione e prevenzione dell'azione ambientale»; v. anche T.A.R. L'Aquila, Sez. I 18 febbraio 2013, n. 158, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 2, 580, che sottolinea che «la valutazione di impatto ambientale comporta una valutazione anticipata finalizzata, nel quadro del principio comunitario di precauzione, alla tutela preventiva dell'interesse pubblico ambientale». Nello stesso senso si veda anche T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. I 11 agosto 2007, n. 726, in *Ambiente*, 2008, 8, con nota di A. MILONE - secondo cui: «il mancato svolgimento della VIA prima dell'autorizzazione non costituisce una semplice irregolarità nella successione degli atti procedurali ma è una violazione di legge che impedisce ai privati una partecipazione efficace all'azione amministrativa e condiziona le scelte successive della stessa amministrazione, indebolendo la tutela prevista per i beni della vita individuali e collettivi (proprietà, domicilio, salute, ambiente). Le scelte ambientali, peraltro, devono essere guidate in via prioritaria dai principi di precauzione e dell'azione preventiva (art. 174, par. 2 del Trattato CE) e pertanto le conseguenze negative devono essere previste in anticipo ed evitate, non semplicemente mitigate dopo che l'attività pericolosa sia già stata insediata sul territorio (cfr. il primo periodo del sesto considerando della direttiva 85/337/CEE)».

⁷ Si rinvencono, infatti, casi nei quali i giudici comunitari e nazionali hanno affermato l'ammissibilità di una VIA postuma, seppur eccezionalmente e nel rispetto di talune condizioni per assicurare una tutela dell'ambiente sostanziale. In tal senso si vedano: la sentenza della Corte di giustizia 28 febbraio 2012, in causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie*, punto 63 (in *Riv. giur. amb.*, 2012, 5, 566) - richiamata dallo stesso T.A.R. Marche nella sua ordinanza n. 185/16 cit., nella quale si è affermato che l'omissione della VIA o della verifica di assoggettabilità alla VIA comporta, in generale, la sospensione o l'annullamento dell'autorizzazione, intesi (v. Corte di giustizia 14 marzo 2013, in causa C-420/11, *Leth*, punto 37 (*ivi*, 2013, 3-4, 386); Corte di giustizia 7 gennaio 2004, in causa C-201/02, *Wells*, punto 65 (*ivi*, 2004, 253) come soluzioni giuridiche strumentali, il cui scopo è consentire l'applicazione del diritto comunitario, anche attraverso l'effettuazione della valutazione non eseguita in precedenza, o in alternativa attraverso il risarcimento chiesto dai soggetti che abbiano subito pregiudizi a causa dell'omissione. Anche il Consiglio di Stato ha, talvolta, affermato la legittimità di giudizi di VIA successivi all'approvazione del progetto: si v. Cons. Stato, Sez. VI 22 novembre 2006 n. 6832, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 2, I, 623, dove il Consiglio ha escluso l'illegittimità della pronuncia di VIA «postuma» evidenziando che: «una volta intervenuta la VIA, viene meno ogni interesse del ricorrente a coltivare la censura, in quanto le sottostanti esigenze di tutela ambientale, la cui compromissione veniva lamentata, sono state soddisfatte mediante la positiva valutazione di impatto ambientale». Più di recente in senso conforme cfr. anche T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. I 4 giugno 2015, n. 795, in *Foro amm.*, II, 2015, 6, 1740, evocata nell'ordinanza in commento.

- le sue modalità procedurali, precisando, tra l'altro, in che termini dovrebbe (e potrebbe) essere valutata anche la «opzione zero» in relazione ad un impianto già realizzato;

Non resta, dunque, che attendere (con fiducia) la decisione della Corte, auspicando che i giudici comunitari, con la prossima pronuncia, sappiano offrire una risposta chiara e definitiva sul tema, per evitare che gli stessi dubbi oggi avanzati dal T.A.R. Marche vengano in futuro riproposti da altre Autorità giurisdizionali (italiane o di altri Paesi membri della UE), continuando a generare incertezze sull'ambito applicativo della VIA, che andrebbero – inevitabilmente – a discapito di una efficace ed «uniforme» protezione ambientale nel territorio dell'Unione europea.

Alfredo Scialò