

# Miti e leggende su pubblica utilità e libera localizzazione degli impianti Biogas

trascrizione della relazione presentata al Convegno

*"Biogas da biomasse coltivate. I perchè del NO"*

tenutosi a Capalbio il 13 ottobre 2012

(per gli atti del convegno e per gli interventi degli altri relatori

<https://www.facebook.com/comitatonobiogas.capalbio>)

di Michele Greco

Avvocato del Foro di Grosseto. Già Docente di Diritto dell'ambiente all'Università Cattolica di Brescia, all'Alta Scuola per l'Ambiente (ASA) di Brescia e al Master in Consulente legale d'impresa della LUISS di Roma ([www.paginegialle.it/studiolegalegreco](http://www.paginegialle.it/studiolegalegreco))

Perchè miti e leggende su pubblica utilità e libera localizzazione degli impianti Biogas?

Perché è sul gigantesco equivoco che si è creato intorno a questi due concetti (di origine normativa, come avremo modo di vedere a breve) che molte amministrazioni stanno rilasciando autorizzazioni a proponenti di impianti che, se osservate attentamente le disposizioni di legge in materia, non ne avrebbero avuto diritto (ed infatti, sempre più spesso queste autorizzazioni vengono impugnate con successo dagli oppositori di fronte ai tribunali amministrativi regionali).

Proviamo a fare chiarezza.

Tutto parte della direttiva comunitaria n. 77/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recepita nel nostro paese dal D. Lgs. 387/2003 e successivamente abrogata e sostituita dalla direttiva 28/2009, a sua volta recepita nel nostro paese dal D. Lgs. 28/2011.

Nonostante questo intreccio normativo, paradossalmente, a regolamentare la più gran parte dei procedimenti di autorizzazione di impianti per la produzione di energia rinnovabile è un unico articolo, l'art. 12 del D. Lgs. 387/2003. E' qui che ritroviamo i due concetti citati nel titolo dell'intervento.

Analizziamolo.

Partiamo dal comma 1, dove è regolamentata la **pubblica utilità**.

*"Le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli stessi impianti, autorizzate ai sensi del comma 3, sono di pubblica utilità ed indifferibili ed urgenti"*

Come è dato vedere, le opere per la realizzazione di questi impianti acquisiscono la pubblica utilità **soltanto DOPO l'autorizzazione**, rilasciata a seguito della verifica del rispetto di tutta la normativa vigente in materia ambientale, paesaggistica, sanitaria, urbanistica (con la precisazioni di cui appresso).

A conferma di ciò, si legga Consiglio di Stato n. 175/2012:

*"l'art. 12 attribuisce la qualificazione di opera di pubblica utilità solo alle opere che già abbiano ottenuto l'autorizzazione unica, la quale sconta l'avvenuta verifica del rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico (e che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico)".*

Ogni tipo di pressione esercitata da parte dei soggetti proponenti nei confronti delle pubbliche amministrazioni per convincerle a rilasciare in fretta le autorizzazioni, giacché ci troveremmo di fronte ad impianti di pubblica utilità, è pertanto priva di qualsiasi fondamento normativo e perciò illegittima.

Veniamo quindi ai commi 3, 7 e 10, più specificamente rivolti alla **localizzazione** degli impianti:

*"3. La costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione, **nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico**, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico [...]*

*7. Gli impianti di produzione di energia elettrica, di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e c), possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici. **Nell'ubicazione si dovrà tenere conto delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale di cui alla legge 5 marzo 2001, n. 57, articoli 7 e 8, nonché del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228, articolo 14.***

*10. In Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del Ministro per i beni e le attività culturali, si approvano le linee guida per lo svolgimento del procedimento di cui al comma 3. Tali linee guida sono volte, in particolare, **ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio.** In*

*attuazione di tali linee guida, le regioni possono procedere alla indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti. Le regioni adeguano le rispettive discipline entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore delle linee guida. In caso di mancato adeguamento entro il predetto termine, si applicano le linee guida nazionali <sup>(17)</sup>.*

A conferma di quanto già accennato, gli articoli testé richiamati affermano inequivocabilmente che l'autorizzazione unica deve essere rilasciata "nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico" e che nell'ubicazione degli impianti "si dovrà tenere conto delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale".

A ben vedere, è tuttavia contenuta nell'art. 10 la chiave di volta per la disciplina della localizzazione degli impianti, nella parte in cui si rinvia all'approvazione di linee guida nazionali il corretto inserimento degli impianti nel paesaggio.

Prima di passare ad analizzare il contenuto delle Linee guida (emanate con D.M. sviluppo economico del 10 settembre 2010 e facilmente reperibili in rete), è opportuno chiarire perché il legislatore ha rinviato a linee guida nazionali la disciplina della localizzazione nel territorio degli impianti.

Perché ci troviamo di fronte ad un tipico caso in cui si intrecciano tra loro numerose materie - riconducibili a valori costituzionali fondamentali - in relazione alle quali l'art. 117 della Costituzione ripartisce tra vari livelli di governo la potestà legislativa, riservata per alcune (ambiente e tutela ecosistemi) in via esclusiva allo Stato, per altre (gestione del territorio, energia, salute) alla competenza concorrente di Stato e Regioni, in cui il primo fornisce i principi e le seconde la normativa di dettaglio.

Con la precisazione che, nel bilanciamento tra la tutela del valore costituzionale ambiente e la produzione di energia da fonti rinnovabili, avente parimenti valore costituzionale, il primo non può mai essere recessivo rispetto alla seconda. In questo senso, tra i tanti, TAR Sardegna n. 2082/2006:

*"nessuna norma o principio, a livello comunitario o nazionale, riconosce come prevalente l'esigenza energetica rispetto a quella di tutela paesaggistica" (in termini TAR Toscana n. 1536/2009).*

Addirittura, TAR Abruzzo n. 73/2012 ha espressamente affermato che nella gerarchia dei valori costituzionali,

*"l'interesse alla tutela dell'ambiente prevale sul pur importante interesse economico alla realizzazione dell'iniziativa".*

Deve essere pertanto attentamente gestito l'ambito di delimitazione di ognuna delle competenze, senza che mai la materia ambiente venga pretermessa a fronte dell'esigenza energetica e/o l'interesse economico alla realizzazione dell'iniziativa, ed è per questo che si è affidato a linee guida nazionali la definizione preventiva dei criteri di idoneità e non

idoneità (essendo in primo luogo coinvolti in queste scelte materie di competenza statale, quali il paesaggio e l'ambiente), lasciando alle regioni (nell'esercizio della propria potestà legislativa concorrente in materia di gestione del territorio, energia e salute) il compito di disciplinare nel dettaglio i soli criteri di non idoneità.

Fatto salvo - beninteso - il ruolo residuale delle Province e dei Comuni nella pianificazione e zonizzazione del territorio, che seppur non può mai debordare in campi riservati alla legislazione regionale o statale, neanche può essere totalmente pretermesso.

A quest'ultimo proposito, è opportuna un'ulteriore precisazione.

Molto spesso i Comuni vengono tratti in inganno a causa dell'inciso contenuto nell'art. 12 comma 3 sopra citato, ove si afferma che l'autorizzazione unica "*costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico*".

Questo non significa che gli impianti per la produzione di energie rinnovabili possono essere collocati ovunque, nel territorio comunale, ignorando - ovvero, ancor peggio, manifestamente violando - i tratti fondamentali della strumentazione urbanistica che il Comune si è dato nell'esercizio delle proprie prerogative nella disciplina del territorio e nella tutela della salute pubblica.

Al contrario. La localizzazione dovrà essere rispettosa dei parametri di zona contenuti nella strumentazione urbanistica, e soltanto a fronte di motivate e comprovate esigenze (senza in alcun modo stravolgere la *ratio* stessa dell'atto di pianificazione, nel rispetto peraltro dei subprocedimenti che la legislazione regionale eventualmente preveda per l'adozione delle varianti) è possibile andare in variante in sede di rilascio di autorizzazione unica.

In tal senso, è illuminante quanto affermato da TAR Piemonte n. 1342/2011:

*"L'effetto di variante dell'autorizzazione unica non significa prevalenza sostanziale di questo procedimento sulle scelte di pianificazione, quasi che la realizzazione di un impianto di cogenerazione potesse stravolgere le linee di programmazione dell'uso del territorio che ciascuna amministrazione correttamente si pone: se così non fosse, se l'eventuale dissenso del Comune sotto il profilo urbanistico potesse essere superato sul semplice rilievo che, in ogni caso, l'autorizzazione unica produce di diritto la variazione delle previsioni urbanistiche ostative alla realizzazione dell'impianto, tanto varrebbe non invitarla neppure, l'Amministrazione Comunale, a partecipare ai lavori della conferenza.*

*Né si può ritenere che le esigenze connesse all'approvvigionamento energetico da fonte rinnovabile - che sono certamente prioritarie e di rilievo comunitario e che proprio per questo hanno ispirato la semplificazione procedimentale delineata dal legislatore statale nel citato articolo 12 Dlgs 387/2003 - siano talmente preminenti da legittimare la totale pretermessione delle esigenze di tutela del territorio, dell'ambiente e della salute pubblica connesse alla pianificazione territoriale. Ciò non significa, peraltro, che l'Amministrazione comunale sia titolare di un potenziale potere di "veto" in ordine alla realizzazione dell'impianto: significa soltanto che, nell'ambito della conferenza di servizi decisoria di cui al citato articolo 12, l'eventuale dissenso del Comune deve essere preso in adeguata*

*considerazione, attentamente ponderato ed eventualmente superato nella determinazione conclusiva, ma sempre sulla scorta di una motivazione adeguata che dia conto delle posizioni prevalenti emerse in seno alla conferenza e delle ragioni per cui l'insediamento è stato ritenuto, nel confronto dialettico dei vari interessi pubblici, compatibile con le caratteristiche dell'area interessata; una volta che in esito alla conferenza di servizi l'autorità procedente sia pervenuta a siffatta (motivata) conclusione, per il rilascio dell'autorizzazione unica non sarà necessario attivare la complessa procedura di variazione dello strumento urbanistico, ma la stessa autorizzazione unica determinerà di diritto l'effetto di variante urbanistica".*

Le linee guida servono insomma a dettare preventivamente chi può fare cosa tra i vari livelli di governo, e questo a vantaggio prima di tutti dei proponenti, che possono conoscere prima di presentare una domanda di autorizzazione unica se il luogo da loro prescelto per la localizzazione dell'impianto è conforme ai parametri normativi di riferimento.

E' proprio perchè si trovano a disciplinare il complesso intreccio di valori costituzionali sopra richiamato che le linee guida hanno valore di "*principi fondamentali della materia*", così come esplicitato nella deliberazione del Consiglio dei ministri 28 luglio 2011, ed hanno pertanto un valore primario nella gerarchia delle fonti del diritto (addirittura quasi-costituzionale), assolutamente **inderogabile**.

Ciò precisato sul valore giuridico e sulla posizione che ricoprono nella gerarchia delle fonti del diritto, vediamo cosa dispongono, nello specifico, le Linee guida (emanate - ripetesesi - con D.M. sviluppo economico del 10 settembre 2010) sui criteri di idoneità e inidoneità.

All'art. 16 (criteri generali) co. 1 lettera *d*), le Linee guida indicano quali luoghi **idonei** ad accogliere gli impianti le "*aree già degradate da attività antropiche [...], siti industriali, cave, discariche [...]*", oltre a precisare, alla lettera *e*), che l'impianto deve integrarsi "*con le tradizioni agroalimentari locali*".

Quanto alle aree **non idonee**, l'art. 17 ribadisce quanto già affermato dal D. Lgs. 387/2003, *i.e.* che queste sono individuate dalle Regioni nell'ambito dell'atto di programmazione con cui sono definite le misure e gli interventi necessari al raggiungimento degli obiettivi di *burden sharing*.

All'allegato 3 delle linee guida, sono tuttavia già elencati i "*criteri per l'individuazione delle aree non idonee*" che dovranno essere recepiti dalle Regioni (e che, fino a quel momento, in ossequio nuovamente all'art. 12 co. 10 D. Lgs. 387/2003, saranno direttamente applicabili nel territorio regionale).

Tra questi, rileva in particolare dal punto di vista localizzativo la lettera f), a mente della quale sono da ritenersi non idonee le zone particolarmente sensibili e/o vulnerabili alle trasformazioni territoriali o del paesaggio, ricadenti all'interno delle seguenti aree:

- poste all'interno di coni visuali la cui immagine è storicizzata e identifica i luoghi anche in termini di notorietà internazionale e attrattiva turistica;

- dichiarate di notevole interesse pubblico;
- naturali protette, con particolare riferimento alle riserve naturali, ed aree contigue;
- zone umide di importanza internazionale designate ai sensi della Convenzione di Ramsar;
- incluse nella Rete Natura 2000;
- importanti Bird Areas (I.B.A.);
- agricole DOP;
- paesaggisticamente vincolate ai sensi del D. Lgs. 42/2004.

Opportunamente ricapitolando: in nessun modo la normativa in materia ha liberalizzato la localizzazione degli impianti per la produzione di energia rinnovabile (il *favor* legislativo di cui spesso si parla a proposito di impianti per la produzione di energia rinnovabile c'è, ma è di carattere procedurale - semplificazione dei procedimenti - e non sostanziale, nel senso di deregolamentazione), nel cui rispetto dovranno anzi essere osservati i parametri imposti dai seguenti livelli di governo, ognuno per quanto di propria competenza:

- **dallo STATO**: i parametri previsti dall'art. 12 del D. Lgs. 387/2003, dal D. Lgs. 28/2011 (quest'ultimo oggi non analizzato ma rilevante a sua volta nella disciplina della localizzazione, specialmente per le procedure semplificate) e dalle Linee Guida di cui al D.M. sviluppo economico del 10 settembre 2010 (come si è visto, molto stringenti);
- **dalle REGIONI**: i criteri di non idoneità previsti dalle linee guida regionali (che mai potranno tuttavia debordare dai paletti imposti dalle linee guida nazionali);
- dalle **PROVINCE e dai COMUNI**: nell'esercizio delle proprie prerogative in ordine alla programmazione dell'uso del territorio, che dovranno ovviamente essere esercitate dalle autonomie locali senza mai sconfinare negli ambiti propri delle regioni o addirittura dello stato.