

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER L'EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA

SEZIONE I

Nel ricorso e nei successivi motivi aggiunti iscritti al **n. 954/2019 R.G.** proposti da:

HERAMBIENTE S.P.A. soggetta a direzione e coordinamento di HERA S.p.A., in
persona del legale rappresentate *pro tempore*

*prof. avv. A. Police

contro

- **REGIONE EMILIA-ROMAGNA**, in persona del Presidente *pro tempore*

*prof. avv. F. Mastragostino – avv. M.C. Lista

- **AGENZIA PREVENZIONE AMBIENTE ENERGIA EMILIA-ROMAGNA – ARPAE**, in
persona del legale rappresentante *pro tempore*

* avv. G. Fantini, avv. P. Onorato e avv. M.E. Boschi

- **COMUNE di BARICELLA**, in persona del Sindaco *pro tempore*

* avv. F. Gualandi

nei confronti di

- **COMUNE di MINERBIO**, in persona del Sindaco *pro tempore*

- **CITTÀ METROPOLITANA di BOLOGNA** in persona del Sindaco metropolitano *pro tempore*

- **CONSORZIO della BONIFICA RENANA** in persona del legale rappresentante *pro tempore*

- **AZIENDA U.S.L. DI BOLOGNA** in persona del legale rappresentante *pro tempore*

- del **MINISTERO dell'INTERNO – DIPARTIMENTO dei VIGILI del FUOCO, del SOCCORSO PUBBLICO e della DIFESA CIVILE – COMANDO VIGILI del FUOCO BOLOGNA** in persona del legale rappresentante *pro tempore*
- dell'**AUTORITÀ di BACINO DISTRETTUALE del FIUME PO**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*

per l'annullamento con il ricorso introduttivo:

della Determinazione Dirigenziale della Regione Emilia Romagna n. 17621 del 30.09.2019, (recante l'annullamento d'ufficio della precedente determinazione di proroga della Valutazione d'Impatto Ambientale del 10.08.2018, n. 13238) e della determinazione dell'Arpae n. 4489 dell'1.10.2019 (recante l'annullamento d'ufficio della precedente determinazione n. 4201 del 12.09.2019); nonché di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali, ancorché non conosciuti, ivi inclusi, gli atti di convocazione ed il verbale della Conferenza di Servizi del 30.09.2019, tutti gli atti del Comune di Baricella, ivi inclusi, la nota del 18.07.2019 (recante il parere negativo al riesame della VIA), la nota del 6.09.2019 (recante integrazioni e/o precisazioni al predetto parere), la nota del 20.09.2019 (recante domanda di parere alla Regione sull'efficacia della D.C.C. n. 27 del 26.09.2013 di ratifica della variazione degli strumenti urbanistici comunali relativa al progetto di ampliamento della discarica), nonché di tutti gli atti e pareri della Regione, ivi inclusi, il parere del 23.09.2019 (e, ove occorrer possa, del parere del 2.08.2019) nella parte in cui lesivi dell'interesse dell'odierna ricorrente e, sempre ove occorrer possa, del verbale della C.d.S. del 16.04.2019 e 9.09.2019, nonché della la nota del Comune di Baricella del 17.09.2019 (recante richiesta di annullamento in autotutela della Determina Dirigenziale di ARPAE n. 4201 del 12.09.2019), con la conseguente conferma del provvedimento di proroga della VIA del 10.08.2018 e del parere favorevole al Riesame dell'AIA del 12.09.2019;

nonché per l'annullamento con l'atto di motivi aggiunti:

della determinazione dirigenziale della Responsabile dell'Area Autorizzazioni e Concessioni Metropolitana di Arpae n. DET-AMB-2019-5654 del 6.12.2019 recante l'Aggiornamento dell'AIA P.G. n. 128409 del 28.03.2008 ss.mm.ii. per l'esercizio dell'installazione IPPC di discarica per lo smaltimento (D1) di rifiuti non pericolosi (Punto 5.4 dell'Allegato VIII alla Parte Seconda del D.Lgs. 152/2006 e ss.mm.ii.), con annesso impianto di recupero energetico di biogas (R1), in Comune di Baricella (BO), Via Bocche n. 20" e trasmessa in pari data ad Herambiente S.p.A.; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto.

* * *

MEMORIA DIFENSIVA EX ART. 73 C.P.A.

NELL'INTERESSE DEL COMUNE di BARICELLA

(udienza pubblica del 26 maggio 2021)

Premessa

La presente controversia riguarda la delicata e complessa vicenda legata alla discarica che insiste, inattiva dal 2011, in Comune di Baricella e che HERAMBIENTE ha, negli anni, tentato di ampliare significativamente promuovendo in proposito differenti progetti.

Allo scopo di dare conto del perché l'Amministrazione comunale si sia giustamente attivata affinché sul proprio Territorio non venisse realizzata **un'opera illegittima e, in ogni caso, più ispirata da finalità speculative che da reali esigenze di interesse pubblico**, è necessario fornire una puntuale rappresentazione dei fatti da cui trae origine l'odierno contenzioso.

Trattasi, in effetti, di ricostruzione essenziale per dimostrare come gli atti qui impugnati siano stati assunti dalla Regione Emilia Romagna in quanto assolutamente **doverosi** a

fronte di vizi gravi nonché indubbiamente ostativi per l'attuazione dell'ampliamento voluto da HERAMBIENTE e che, pertanto, non potevano non condurre all'annullamento d'ufficio della proroga della VIA in precedenza concessa.

FATTO

1. In data 28 febbraio 2011, l'odierna ricorrente presentava un primo "*progetto di ampliamento della discarica di rifiuti non pericolosi*" con contestuale "*spostamento della linea MT esistente ENEL*" che veniva approvato con Valutazione di Impatto Ambientale e Autorizzazione Integrata Ambientale mediante Delibera della Giunta della Provincia di Bologna n. 248 **del 23.07.2013 (doc. 1)**.

Per l'importanza che ciò assume ai fini della presente controversia, si evidenzia sin d'ora che – nel rispetto dell'art. 17, comma 5, della L.R. n. 9/1999 – la medesima DGP dava atto che "*la VIA positiva costituisce variante cartografica agli strumenti urbanistici comunali (PSC e RUE) relativamente alla discarica e alla nuova linea MT di ENEL a condizione che su tale variante sia acquisito l'assenso del Consiglio Comunale di Baricella entro 30 giorni dalla presente Deliberazione a pena di decadenza*" (doc. 1 cit.).

Per ragioni che non rilevano, però, la ratifica è stata approvata dal C.C. solo **in data 26.09.2013** (cfr. Delibera C.C. n. 27/2013, **doc. 2**) determinando, inevitabilmente, **la decadenza della variante stessa**.

2. Tale decadenza non ha avuto, almeno in un primo momento, alcuna rilevanza pratica visto che i lavori non venivano avviati in quanto, in data 28 dicembre 2015, la Società presentava **un nuovo e differente progetto** per l'impianto in questione, nel tentativo di ottenere un ampliamento ancora più significativo ed impattante.

3. Anche per questo, esso veniva valutato non positivamente da parte delle Amministrazioni interessate (*cf.* parere non favorevole del Comune di Baricella del 5 gennaio 2018, **doc. 3**) e, come tale, non ha mai ottenuto alcuna approvazione/autorizzazione.

4. In considerazione di ciò, ad HERAMBIENTE non restava che “recuperare” il precedente progetto e così, in data 16.07.2018, ha presentato una richiesta di proroga di tre anni della validità della VIA rilasciata con la D.G.P. n. 248/2013 per la realizzazione delle opere con essa approvate.

5. In un primo momento, la risposta della Regione (subentrata per la valutazione ai sensi della L.R. n. 13/2015) era essenzialmente negativa, poiché la circostanza addotta da HERAMBIENTE – ossia l’aver dovuto attendere l’esito della procedura di approvazione del progetto del 2015 - non era riconducibile al novero dei “*fatti non dipendenti dalla volontà dei proponenti*”, in presenza dei quali è giustificata la proroga.

6. Successivamente, però, la Regione mutava il proprio orientamento e in maniera del tutto autonoma, senza alcun coinvolgimento del Comune di Baricella, il Servizio Valutazione Impatto e Promozione Sostenibilità Ambientale concedeva la proroga richiesta sia pure per “soli” 21 mesi (*cf.* Determina n. 13238 del 10.8.2018, **doc. 4**).

7. Fatta eccezione per quanto sarà in seguito brevemente accennato, non è questa la sede per soffermarsi sui plurimi profili di illegittimità concernenti detta decisione che, difatti, è stata impugnata dal Comune odierno resistente con ricorso tuttora pendente innanzi a Codesto Ecc.mo Tribunale (R.G. n 852/2018).

8. Ciò che, tuttavia, merita di essere evidenziato e che occorre chiarire anche qui è che il proposito di HERAMBIENTE di procedere alla realizzazione del progetto approvato nel 2013 e successivamente “accantonato” nel tentativo di realizzare un nuovo impianto, sconta

insuperabili criticità (derivanti dal mutamento del quadro pianificatorio) che lo rendono non più attuabile.

9. Oltre a quello che si dirà circa la dirimente considerazione secondo cui la VIA approvata con la Delibera di Giunta Provinciale n. 248/201, essendo decaduta, non ha mai determinato alcuna variante agli strumenti urbanistici per la mancata ratifica del Consiglio Comunale, non possono comunque essere trascurate altre circostanze che preme sinteticamente riepilogare e ribadire per dare conto di tutte le – più che legittime – motivazioni alla base della manifesta contrarietà espressa dal Comune.

Per quanto, come detto, sia materia oggetto del citato ricorso R.G. n. 852/2018, anche in questa sede occorre precisare che, come riconosciuto in tale giudizio dalla stessa Regione Emilia-Romagna, gli effetti della proroga della VIA non potevano essere estesi anche al Permesso di Costruire a suo tempo rilasciato, con ogni conseguenza circa la fattibilità dell'intervento (anche a prescindere dalla proroga) e, quindi, per la stessa ammissibilità dell'odierno gravame.

Infatti, il progetto non potrebbe ottenere il parere di conformità richiesto in caso di proroga di un titolo edilizio (cfr. art. 19, L.R. 15/2013) per effetto sia dell'entrata in vigore di una pianificazione di settore che ha classificato l'area oggetto di intervento come **pericolosa, in quanto fortemente esposta al rischio di alluvioni/inondazioni**, sia dell'indispensabile rispetto del **principio di precauzione, essendo a rischio la salute e l'incolumità dei cittadini.**

In altri termini, la Regione ha inizialmente accordato la proroga senza considerare che, in ogni caso, il titolo edilizio non avrebbe potuto essere rilasciato in quanto in contrasto con sopravvenute previsioni pianificatorie

Non può essere infatti autorizzata la realizzazione in loco di un progetto che può danneggiare la Cittadinanza, essendo l'area classificata dagli strumenti di pianificazione come **<a rischio>** e incorrendo nei conseguenti divieti.

Più precisamente:

I) il **Piano di Gestione del Rischio Alluvioni** (che, com'è noto, pur non contenendo prescrizioni vincolanti, stabilisce precise misure di prevenzione, protezione e preparazione volte a gestire tale rischio), approvato in data 3.3.2016 dai Comitati Istituzionali delle Autorità di Bacino Nazionali e le **"Mappe della pericolosità e del rischio alluvioni"** ivi contenute, hanno individuato l'area oggetto di intervento come **"P3 – H Alluvioni frequenti: tempo di ritorno tra 20 e 50 anni – elevata probabilità"**.

II) Si tratta, quindi, di un <area ad alta probabilità di inondazione> secondo la definizione contenuta all'art. 2.16 del **P.S.C.** (= "*aree passibili di inondazione e/o esposte alle azioni erosive dei corsi d'acqua per eventi di pioggia con tempi di ritorno **inferiori od uguali a 50 anni**. Gli elementi antropici presenti in tali aree, e rispetto ai quali il danno atteso è medio o grave, danno luogo a rischio idraulico elevato e molto elevato. Le aree ad alta probabilità di inondazione interessano prevalentemente porzioni delle fasce di tutela e delle fasce di pertinenza fluviale*"), il quale le individua altresì graficamente nella tav. 2, ma con l'avvertenza che tale rappresentazione è suscettibile di modifica nel tempo, **senza necessità di variante al P.S.C. stesso**, per effetto di modifiche agli strumenti di pianificazione settoriali (= "*le aree ad alta probabilità di inondazione sono individuate graficamente nella tav. 2 del PSC; tuttavia esse sono un contenuto proprio degli strumenti di pianificazione di bacino e possono essere modificate nel tempo in relazione al mutare delle condizioni di pericolosità, con la procedura prevista dall'Autorità di bacino, senza che ciò comporti una procedura di variante al PSC*").

Il PSC individua inoltre gli interventi ammissibili in aree ad alta probabilità di inondazione **escludendo nuovi fabbricati e manufatti esterni al territorio urbanizzato e nuove infrastrutture che incidano sul rischio idraulico.**

Si comprende, pertanto quanto risulti illogico e irrazionale ipotizzare di "ampliare" una discarica in un' area a rischio di alluvione.

III) inoltre, il **P.T.C.P.** (cui è rimessa, a norma dell'art. 197, D.Lgs. 152/2006, "*la programmazione ed organizzazione del recupero e dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale, da esercitarsi con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, ed in particolare: (...) d) l'individuazione, sulla base delle previsioni del piano territoriale di coordinamento di cui all'articolo 20, comma 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 26784 , ove già adottato, e delle previsioni di cui all'articolo 199, comma 3, lettere d) e h), nonché sentiti l'autorità d'ambito ed i Comuni, delle zone idonee alla localizzazione degli impianti di smaltimento dei rifiuti, **nonché delle zone non idonee alla localizzazione di impianti di recupero e di smaltimento dei rifiuti**"), **all'art. 14.4,** "Aree non idonee alla localizzazione di impianti per lo smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e speciali, anche pericolosi" stabilisce il **divieto di collocazione di impianti per lo smaltimento dei rifiuti in aree ad alta probabilità di inondazione.***

Trattasi peraltro di una prescrizione che rappresenta la diretta conseguenza dell'applicazione del D.Lgs. n. 36/2003, "*Attuazione della direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti,*" che all'All. I, "*Criteri costruttivi e gestionali degli impianti di discarica*", par. 2.1, stabilisce che impianti per rifiuti non pericolosi e pericolosi non vanno ubicati di norma: "*in aree esondabili, instabili e alluvionabili;* deve, al riguardo, essere presa come riferimento la piena con tempo di ritorno minimo pari a 200 anni. Le Regioni definiscono eventuali

modifiche al valore da adottare per il tempo di ritorno in accordo con l'Autorità di bacino laddove costituita".

IV) peraltro, occorre dare atto che con nota del **23 marzo 2016 l'Autorità di Bacino del fiume Po**, esprimendosi in merito alle attività che possono essere svolte dai Comuni nelle more dell'adozione delle varianti al PAI e al PAI Delta a seguito dell'approvazione del PGR, ha chiarito che essi "**valutino, sulla base degli esiti di una accurata analisi dell'esposizione al rischio, di applicare fin da ora, alle aree allagabili non delimitate nella cartografia delle fasce fluviali o del dissesto del PAI vigente, quelle norme adatte a tutelare la pubblica incolumità e a non incrementare l'esposizione al rischio pur nel rispetto dei criteri di non aggravamento e proporzionalità dell'azione amministrativa e sulla base dei principi di cautela e prevenzione**".

V) infine, l'area è identificata come "Zona di rispetto dei nodi ecologici complessi".

Il PSC del Comune di Baricella prescrive all'art. 3.3 comma 8 - Consolidamento e sviluppo della rete ecologica delle Norme: "**Nei nodi ecologici e nelle rispettive zone di rispetto non è consentita la nuova edificazione, né l'impermeabilizzazione dei suoli** se non in quanto funzionali a progetti di valorizzazione ambientale ed alla sicurezza".

10. Come anticipato, tuttavia, nonostante tutte le notevoli criticità sopra sinteticamente riportate su cui, nella denegata e non creduta ipotesi di accoglimento del presente ricorso, dovrà pronunciarsi Codesto Ecc.mo Tribunale, la proroga veniva rilasciata dalla Regione Emilia Romagna e, quindi, in data 5.09.2018, anche l'ARPAE si attivava ai fini del riesame dell'AIA.

11. Nell'ambito di tale procedimento, per espressa ammissione dello stesso proponente (**doc. 5**), era necessario acquisire l'assenso del Comune di Baricella (in particolare, il

"parere edilizio-urbanistico e ambientale, comprensivo del Permesso di Costruire per le opere di progetto") e, pertanto, nell'ambito della relativa Conferenza di Servizi, l'Ente dava atto che "il Comune di Baricella in questa sede è tenuto a rivalutare il titolo edilizio tenendo conto di tutti gli aggiornamenti normativi e pianificatori. Alla luce dell'analisi della pianificazione di settore fino agli strumenti comunali, in particolare relativamente al tema delle esondazioni e delle zone di rispetto SIC-ZPS, il titolo non può essere rilasciato con queste condizioni né il titolo precedente può essere prorogato in quanto riconosciuto essere decaduto" (doc. 5 cit.).

12. Pur a fronte di tale parere negativo, con Determinazione Dirigenziale n. 4201/2019 del 12.09.2019, la Conferenza di Servizi si concludeva comunque positivamente sulla base delle "posizioni prevalenti" (**doc. 11**).

13. Alla luce di ciò, a tutela del proprio Territorio e della Cittadinanza, il Comune di Baricella:

- proponeva immediata "opposizione" al Presidente del Consiglio dei Ministri ex art. 14-*quinq*ues L. n. 241/1990 (**doc. 15**);
- chiedeva ad ARPAE di procedere all'annullamento in via di autotutela del predetto provvedimento di riesame per le analitiche motivazioni contenute nell'istanza che si deposita sub. **doc. 13**;
- formulava alla Regione Emilia Romagna richiesta di parere autentico in merito all'efficacia della D.C.C. n. 27 del 26.09.2013 di ratifica della variazione agli strumenti urbanistici comunali relativa al progetto di ampliamento della discarica di cui alla D.G.P. n. 248/2013 (**doc. 14**).

14. Per quanto qui di maggiore interesse, a tale ultimo proposito, la Regione Emilia Romagna acquisiva motivato parere del Servizio Giuridico del Territorio, Disciplina dell'edilizia, Sicurezza e Legalità ove si evidenziava chiaramente che, per effetto del decorso

del termine di 30 giorni previsti dall'art. 17, comma 5, L.R. n. 9/1999, **la Delibera del Consiglio Comunale non aveva prodotto l'effetto di variante con ogni conseguenza sulla efficacia/illegittimità della Delibera di Giunta Provinciale n. 248/2013 (doc. 16).**

15. Di tutto ciò, per inciso, il proponente è stato fin da subito posto a conoscenza come chiaramente risulta dalla comunicazione allo stesso trasmessa in data 23 settembre 2019 **(doc. 17).**

16. Con la determina impugnata in questa sede, la Regione Emilia Romagna ha quindi proceduto – **sulla base di valide ed articolate motivazioni** – ad annullare in via di autotutela l'atto prot. n. 13238 del 10.08.2018 recante ad oggetto "*Proroga dei termini di validità DPG 248/2013 Discarica Baricella (BO)*" **(doc. 19).**

17. Seguiva, ovviamente, anche l'annullamento da parte di ARPAE della citata Determinazione prot. n. 4201/2019 **(doc. 20).**

*

Si tratta di atti assolutamente legittimi e del tutto esenti dalle censure *ex adverso* formulate per i seguenti motivi in

DIRITTO

I. Sul primo motivo di ricorso

Il primo motivo di ricorso sconta un evidente "equivoco" di fondo che merita di essere chiarito sin d'ora specie tenuto conto della rilevanza che ciò riveste ai fini dell'infondatezza anche delle altre censure dedotte da controparte.

In particolare, non è revocabile in dubbio che alla procedura in questione dovesse essere applicato il disposto di cui all'art. 17, comma 5, della L.R. n. 9/1999 ai sensi del quale, come noto, la VIA positiva può costituire variante agli strumenti urbanistici, ma solo "*qualora*

l'assenso dell'amministrazione comunale sia ratificato dal Consiglio comunale ENTRO 30 GIORNI A PENA DI DECADENZA".

Ergo, come sarà diffusamente evidenziato anche in seguito, poiché il Consiglio Comunale di Baricella **non** ha ratificato l'assenso alla variante urbanistica espresso dal proprio rappresentante in sede di Conferenza di Servizi nel **termine perentorio** fissato dalla norma, essa non può che ritenersi insanabilmente **decaduta**.

Nel tentativo di negare tale irrimediabile e inevitabile conseguenza, HERAMBIENTE invoca pretestuosamente l'applicabilità dell'art. 208 del D.Lgs. n. 152/2006 arrivando a sostenere che, nel caso di specie, la variante si sarebbe perfezionata per effetto dell'approvazione della Conferenza di Servizi con conseguente irrilevanza di qualsivoglia assenso/ratifica da parte del Consiglio Comunale.

Così tuttavia non è e non può essere in quanto la norma di riferimento era senz'altro l'art. 17 della citata Legge Regionale e non il diverso disposto della citata disposizione del Codice dell'Ambiente di cui, peraltro, prima d'ora HERAMBIENTE non ha mai chiesto l'applicazione né ha sollevato questioni di sorta.

In primis, come del resto riconosciuto dalla stessa difesa avversaria, l'art. 208 D.Lgs. n. 152/2006 è senz'altro **una norma eccezionale** ed, in quanto tale, **soggetta a rigorosa interpretazione**.

Non a caso, lo stesso Consiglio di Stato ha affermato che: *"E' vero che l'art. 208 del d.lgs. n. 52/2006 prevede che l'approvazione dell'autorizzazione costituisca, ove occorra, variante allo strumento urbanistico, ma tale ipotesi va ritenuta di stretta interpretazione (cfr. Cons Stato, sez. V, 11 dicembre 2015 n. 5658), come tale non estensibile a casi diversi rispetto a quelli ivi contemplati relativi alla sola autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero*

rifiuti (non anche per la modifica di quelli già esistenti sottoposti al diverso regime autorizzatorio di cui all'art. 29 quater d.lgs. n. 152/2006)" (Cons. di Stato, sez. IV, 11.10.2018, n. 5841).

Nel caso ora in esame, non solo la norma non è mai stata richiamata, ma si tratta proprio della modifica (ampliamento) di un impianto "esistente".

In altri termini, "l'art. 208 del d.lgs. n. 152/2006 introduce quindi una norma eccezionale che deroga, per superiori esigenze pubbliche, il normale quadro degli assetti procedurali e sostanziali in materia di costruzione e gestione di impianti di smaltimento di rifiuti (anche pericolosi). **Da qui l'indefettibile necessità, ex art. 14, disp. prel. c.c., di una esegesi rigorosa della norma medesima**" (Consiglio di Stato, sez. IV, 28.08.2018, n. 5065).

In secondo luogo, l'art. 208 non può essere invocato in quanto l'ampliamento di cui si discute ha ad oggetto **"rifiuti speciali"** (assimilati all'urbano) e cioè una categoria di rifiuti che, come ben precisato dall'AGCM ha regole e presupposti normativi ben diversi:

"La distinzione fra rifiuti urbani e rifiuti speciali assume rilievo anzitutto in relazione alla differente modalità di affidamento della gestione delle due tipologie di rifiuti e all'individuazione del soggetto che ha il compito di provvedere al loro smaltimento, atteso che la gestione dei rifiuti urbani rientra nelle competenze degli Enti Locali, e perciò la loro gestione è affidata attraverso le modalità tipiche della concorrenza "per il mercato"; per converso, i rifiuti speciali sono gestiti nel mercato libero, secondo criteri di specializzazione e nel rispetto della normativa tecnica di controllo. Inoltre, tale distinzione ha effetti sui regimi autorizzatori ed abilitativi in genere, sugli obblighi di registrazione e comunicazione annuale".

Risulterebbe dunque improprio pretendere di applicare una norma che, come il Consiglio di Stato ha ricordato, è di *"stretta interpretazione"* e che – come si desume anche dalla collocazione – è chiaramente dettata per garantire il servizio pubblico di smaltimento dei rifiuti urbani, ad un'attività economica privata, che pretenderebbe di essere svolta in

contrasto con cogenti disposizioni dello strumento urbanistico, addirittura bypassando la posizione del Comune, Ente esponente della Collettività locale.

Siffatta interpretazione condurrebbe ad un più che probabile giudizio di incostituzionalità della norma stessa, anche alla luce delle importanti considerazioni contenute nella pronuncia della Corte Costituzionale n. **179/2019** secondo cui:

“La funzione di pianificazione urbanistica, infatti, come giustamente rileva il giudice rimettente, nel nostro ordinamento è stata tradizionalmente rimessa all'autonomia dei Comuni fin dalla legge 25 giugno 1865, n. 2359 (Sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica). Tutta la complessa evoluzione che ha condotto allo sviluppo dell'ordinamento regionale ordinario, a una più ampia concezione di urbanistica e quindi alla consapevolezza della necessità di una pianificazione sovracomunale, non ha travolto questo presupposto di fondo, tanto che il legislatore nazionale ha qualificato, attuando il nuovo Titolo V della Costituzione, come funzioni fondamentali dei Comuni «la pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale» (art. 14, comma 27, lettera d, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 recante «Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica», convertito, con modificazioni, in legge 30 luglio 2010, n. 122, come sostituito dall'art. 19, comma 1, lettera a, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, recante «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario», convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012, n. 135)”

Pertanto, “il giudizio di costituzionalità non ricade tanto, in via astratta, sulla legittimità dell'intervento del legislatore regionale, quanto, piuttosto, su una valutazione in concreto, in ordine alla «verifica dell'esistenza di esigenze generali che possano ragionevolmente giustificare le

disposizioni legislative limitative delle funzioni già assegnate agli enti locali” (sentenza n. 286 del 1997)” (Corte Costituzionale, sentenza n. 179/2019).

Pertanto, non si ritiene che l’ art. 208 sia idoneo a comprimere una funzione fondamentale del Comune per consentire quello che appare lo svolgimento di una normale attività economica.

Del resto, rispetto all’art. 208 D.Lgs. n. 152/2006 è stato affermato che “indubbiamente la disposizione – che introduce una norma eccezionale che deroga, per superiori esigenze pubbliche, il normale quadro degli assetti procedimentali e sostanziali in materia di costruzione e gestione di impianti di smaltimento di rifiuti (anche pericolosi) - non è illegittima se utilizzata nell’ambito degli stretti limiti previsti dalla norma (si rimanda alla completa ed articolata esposizione, e alla stessa giurisprudenza costituzionale citata in Cons. Stato, V, 11. 12.2015, n. 5658)” (T.A.R. Marche, sentenza n. 429/2016).

Ma vi è una ragione fondamentale e dirimente.

Nel D. Lgs. 152/2006, viene espressamente previsto che ove l'impianto debba essere sottoposto alla procedura di valutazione di impatto ambientale ai sensi della normativa vigente, il procedimento di cui all’ art. 208 resta sospeso fino all'acquisizione della pronuncia sulla compatibilità ambientale ai sensi della parte seconda del decreto.

In realtà, nel sistema della L.R.- 9/1999, la VIA (art. 17) “*comprende e sostituisce tutte le intese, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i pareri, i nulla osta, gli assensi comunque denominati, necessari per la realizzazione del progetto in base alla vigente normativa*”, con la conseguenza che è a questa normativa – e solo a questa – che occorre fare riferimento, senza alcun riferimento alla diversa disciplina contenuta all’art. 208 del D.Lgs. n. 152/2006 **mai invocato da alcuno.**

Pretendere ora di “stravolgere” un iter procedimentale oramai concluso e di considerare *inutiliter data* quella che, secondo la stessa D.G.P. n. 248/2013, è un’espressa condizione di validità ed efficacia della variante urbanistica, pare francamente pretestuoso e contrario ai più elementari principi di certezza del diritto e di buona fede procedimentale.

Irrilevante è, infine, la previsione di cui all’art. 21 della L.R. n. 4/2018 trattandosi di norma sopravvenuta, non applicabile *ratione temporis*.

*

Tanto chiarito in merito all’indubbia applicabilità dell’art. 17, comma 5, della L.R. n. 9/1999 ed all’ indubbio rilievo di quanto inequivocabilmente previsto (la pena della decadenza in ipotesi di mancata ratifica della variante urbanistica entro 30 giorni), non può essere condivisa nemmeno l’eccezione contenuta nella seconda parte del primo motivo di ricorso.

Essa riguarda una presunta “incompetenza” della Regione Emilia Romagna che, secondo controparte, non avrebbe “*alcun potere di apprezzare autonomamente i profili di illegittimità della ratifica intervenuta con la D.C.C. n 27/2013*” (pag. 16 ricorso introduttivo).

Anche in questo caso, si tratta di una censura che – oltre ad essere assolutamente generica ed indeterminata – non coglie nel segno.

A prescindere dal fatto che pare assai arduo sostenere che la Regione Emilia Romagna – subentrata nelle competenze della Provincia – non potesse esprimersi circa la legittimità di **un atto presupposto e certamente essenziale** ai fini della efficacia della VIA *de qua* di cui si invocava la proroga, nonché suscettibile di precludere la stessa realizzabilità dell’intervento, vi sono ulteriori considerazioni altrettanto dirimenti che sicuramente non sfuggiranno al Collegio.

Non ci si riferisce soltanto al fatto che la Regione si sia espressa a seguito di diretta ed esplicita sollecitazione del Comune di Baricella, ma soprattutto al fatto che detta valutazione

sia intervenuta nell'ambito del procedimento di riesame della proroga della VIA concessa con Determinazione n. 13238/2018.

Non si comprende pertanto come la Regione avrebbe potuto considerare tale viziante circostanza *tamquam non esset* e, di fatto, consentire un ampliamento che – proprio per l'effetto della mancata ratifica della variante urbanistica – **risultava del tutto priva di uno dei presupposti essenziali per la sua legittimità/realizzabilità** in quanto **in contrasto con gli strumenti urbanistici.**

Di qui, la manifesta infondatezza del primo motivo di ricorso.

*

II. Sul secondo motivo di ricorso

Si è già avuto modo di sottolineare che l'art. 17, comma 5, L.R. n. 9/1999 applicabile alla procedura di VIA in questione è assolutamente chiaro e inequivocabile nella parte in cui sancisce la necessità che l'assenso reso in sede di Conferenza di Servizi circa la variante urbanistica debba essere "ratificato" dal Consiglio Comunale **entro il termine perentorio di 30 giorni a pena di decadenza.**

Si tratta, peraltro, di circostanza espressamente confermata dalla stessa D.G.P. n. 248/2013 del **23.07.2013** ove si dà atto che *"la VIA positiva costituisce variante cartografica agli strumenti urbanistici comunali (PSC e RUE) relativamente alla discarica e alla nuova linea MT di ENEL **a condizione che su tale variante sia acquisito l'assenso del Consiglio Comunale di Baricella entro 30 giorni dalla presente Deliberazione a pena di decadenza**" (doc. 1 cit.).*

Ebbene, come precisato anche nella parte in fatto, la ratifica è stata approvata dal C.C. solo in data **26.09.2013** (cfr. Delibera C.C. n. 27/2013, doc. 2 cit.) e perciò la variante è senz'altro **decaduta.**

In proposito, la difesa avversaria cerca di ricondurre la manifesta illegittimità di detta tardiva ratifica su un piano meramente formale facendo leva su argomentazioni suggestive che, tuttavia, non sono condivisibili e meritevoli di accoglimento.

Non vi è dubbio che la ratifica, come asserito dalla dottrina prevalente, sia cosa **diversa** da una mera ipotesi di convalida del provvedimento amministrativo viziato per incompetenza (consistente nell'eliminazione di tale vizio tramite un provvedimento emanato dall'organo competente).

Se così non fosse, infatti, l'atto di ratifica sarebbe semplicemente il provvedimento amministrativo con cui l'organo competente assume la paternità di un provvedimento emanato da un organo privo di potere specifico, cioè di un provvedimento viziato, sotto il profilo della titolarità del necessario potere da parte dell'organo agente e, di conseguenza, finirebbe per rientrare a pieno titolo nell'istituto della convalida.

In altri termini, diversamente, la ratifica risulterebbe essere null'altro se non una peculiare fattispecie di convalida finalizzata all'eliminazione del vizio di incompetenza con irrilevanza di ogni differenziazione dogmatica.

Al contrario, la ratifica assume un significato preciso con riferimento alle vicende nelle quali sia normativamente riconosciuta ad un organo una <legittimazione straordinaria e temporanea> ad emanare un dato provvedimento, ma sia previsto altresì che l'organo competente in via generale debba poi necessariamente <ratificare> quel medesimo atto.

In questa prospettiva, **la ratifica propriamente intesa è quindi quel provvedimento con cui l'organo competente fa proprio un atto emanato da un altro soggetto, il quale è sì legittimato ad emanarlo, ma solo al ricorrere di alcune circostanze eccezionali e dentro stretti canoni temporali imposti dalla Legge** (definizione data

da R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2019 p. 703; in tal senso,

nel corso degli anni si è espressa anche la dottrina prevalente: A.M. SANDULLI, *Manuale*, p. 688; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, p. 555,; M. CLARICH, *Manuale*, p. 223; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, pp. 500-501; D. SORACE, *Diritto*, p. 478; L. GALATERIA-M. STIPO, *Manuale*, p. 420).

Pertanto, se nella convalida il riesame dell'organo competente concerne un atto viziato da incompetenza, nella ratifica invece detto riesame attiene ad un atto emanato da un soggetto che è competente, **ma solo in via provvisoria e nella stretta osservanza di modalità che, in virtù del principio di legalità, devono essere rigorosamente conformi a quanto stabilito nella specifica norma attributiva del potere "speciale".**

Proprio in questo assunto e nella distinzione tra convalida e ratifica (che, si ribadisce, non presuppone un vizio da eliminare, ma **una legittimazione straordinaria** che però richiede l'adesione dell'organo avente la competenza ordinaria, pena la palese violazione del principio di legalità), risiede l'impossibilità di considerare legittima una ratifica che (come nel caso di specie) è stata posta in essere travalicando gli stretti limiti temporali a tale fine imposti dal Legislatore.

Tutto ciò è confermato anche dalla legge n. 142/1990, dal D. Lgs. n. 267/2000 e da numerose previsioni della normativa regionale che, nel disciplinare la "ratifica" hanno previsto specifici e **perentori** termini entro cui la ratifica deve essere effettuata (L. MAZZAROLLI, voce *Ratifica*, II) *Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991, cit. p. 3).

Quanto sopra consente anche di confutare le suggestive argomentazioni con cui controparte mira a fare leva sull' *"inesauribilità del potere di variante del Consiglio Comunale"* e sulla

"impossibilità di consumare il potere dell'organo consiliare di aderire alla decisione già assunta"

Lo spirare di tali termini determina non l'estinzione del potere officioso, ma – come dice la norma stessa - la sua decadenza (intesa nella forma della decadenza «*per sopravvenuto venir meno dei presupposti necessari perché il provvedimento possa essere emesso o il rapporto instaurato*»), **per l'insussistenza di quegli specifici requisiti soggettivi od oggettivi** (tra i quali rientra a pieno titolo un termine perentorio di esercizio del potere), il cui mancato rispetto fa **venir meno la legittimità dell'azione amministrativa conseguente** (M.A. SANDULLI, voce *Decadenza*, II) *Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1991, cit. pp. 6-7).

Dunque, tale tipologia di decadenza comporta l'impossibilità di esercitare **in concreto** quello specifico potere (di ratifica della scelta urbanistica compiuta in sede di VIA) che, in quanto estrinsecazione della capacità giuridica dell'amministrazione, si presenta **in astratto** come inesauribile e persistente, ma con diverse modalità procedurali, ben più complesse e garantiste (per la Collettività).

La decadenza, infatti, consente di limitare nel tempo la possibilità attribuita al soggetto pubblico di attuare una modificazione nella sfera giuridica degli amministrati (intesi sia come singolo cittadino, ma anche come comunità di riferimento) e, in questo senso, essa assume una funzione di tutela di una moltitudine di interessi (M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, 1995, cit. pp. 42 ss.).

In altri termini, in tutti i casi in cui è previsto un termine perentorio entro cui un organo può effettuare la ratifica a pena di decadenza, ci si trova di fronte ad **esaureibilità del potere amministrativo "in concreto", non "in astratto"**.

Muovendo dall'analisi della fattispecie in esame, sulla base di rilevanti pronunce del Giudice Amministrativo, è possibile delineare le caratteristiche essenziali dei moduli procedurali tramite cui il legislatore ha eccezionalmente ammesso che, attraverso procedure semplificate come quella in discussione, si potessero conseguire una serie di effetti, come la variazione degli strumenti urbanistici la quale, in una situazione ordinaria, dovrebbe essere oggetto di procedure ben più complesse ed articolate.

Ragioni di ordine testuale e sistematico inducono a ritenere infatti che la variazione urbanistica sia legittimamente conseguibile attraverso tale "*modulo procedimentale extra ordinem*" solo se volto al raccordo tra piano ed opera, in uno stretto lasso temporale, atteso che la norma positiva (art. 17, comma 5, L.R. n. 9/1999) prevede che le condizini poste (a pena di decadenza) non sono affatto qualificabili come meri elementi "formali" come asserisce la parte ricorrente, ma in ragione del fatto che costituiscono una rilevante deroga (in termini di pubblicità, partecipazione ed allocazione delle competenze decisorie almeno in fase di approvazione) rispetto ai moduli ordinari di formazione e modificazione degli strumenti di pianificazione.

Pertanto, la possibilità di variare gli strumenti urbanistici con lo strumento in esame è da considerarsi eccezionale e comunque direttamente subordinata al rispetto del termine decadenziale imposto ex lege, precisando al riguardo che, al di fuori di moduli procedurali che rispettino gli specifici canoni temporali giustificati dalla fattispecie eccezionale, restano in vigore le disposizioni vigenti che regolano le modalità di partecipazione nelle fasi di adozione ed approvazione degli strumenti urbanistici, e così lasciando chiaramente intendere che, per addivenire al mutamento degli strumenti pianificatori, **bisogna fare ricorso agli <ordinari> procedimenti di variante urbanistica disciplinati dalla legislazione di settore.**

Con un utilizzo della ratifica non corrispondente ai canoni normativi richiamati verrebbe indebitamente ampliato l'ambito di operatività di tale modulo procedimentale, derogatorio degli ordinari meccanismi di formazione e modificazione degli strumenti di pianificazione urbanistica e si finirebbe per ricondurlo **ad un generalizzato (e come tale inammissibile)** mezzo di semplificazione del procedimento di variante, **pur avendo il legislatore inteso circoscrivere tale effetto all'interno di un modulo scandito da specifici e perentori limiti temporali**, anche a tutela del fondamentale principio di legalità e di buona amministrazione (altre che dei principi di tipicità e di nominatività dei provvedimenti amministrativi).

In definitiva, nel caso che occupa, non si intende sostenere - come artatamente cerca di far credere controparte - che non permanesse più in capo al Consiglio Comunale di Baricella il potere di procedere con variante ai propri strumenti urbanistici, quanto piuttosto che tale potere, decaduta la possibilità di esercitare la ratifica, dovesse esercitato nelle forme "ordinarie" (non essendo più possibile la ratifica dell'assenso espresso durante il procedimento di VIA).

In fattispecie simili, la giurisprudenza ha chiarito che nel caso di un accordo di programma non ratificato dal Consiglio Comunale entro lo specifico termine perentorio imposto dalla legge a pena di decadenza (fattispecie del tutto equiparabile a quella in esame), la ratifica non risulta in grado di «spiegare alcun effetto» poiché «intervenuta su di una procedura già estinta» (T.A.R. Puglia, sentenza n. 1008/2011).

In senso conforme, peraltro, si è espressa peraltro la stragrande maggioranza della giurisprudenza.

Si cita a solo fine confermativo di quanto asserito, *ex multis*, la più recente sentenza n. 8818/2017 del T.A.R. Lazio, la quale è chiara nel ribadire che la mancata ratifica di un

accordo di programma entro il termine perentorio decadenziale di 30 giorni, ha l'effetto di **«far decadere in automatico l'accordo»**.

La D.G.P. n. 248/2013 poteva dunque costituire variante urbanistica, ma solo ed esclusivamente **previa ratifica del Consiglio Comunale di Baricella che sarebbe dovuta intervenire entro e non oltre i 30 giorni previsti per legge**.

Trascorsi i 30 giorni senza che fosse approvata la ratifica, la VIA approvata dalla Giunta Provinciale di Bologna è divenuta inefficace, quantomeno con riferimento alla variante urbanistica che, con il decorso del termine, il Consiglio Comunale non poteva più approvare nelle forme dell'art. 17, comma 5, della L.R. n. 19/1999 che – si ribadisce - disciplina una potestà eccezionale ed esercitabile solo entro rigorosi limiti, tra cui l'inderogabile canone temporale.

D'altronde si tratta di una conclusione di tutto corretta e che lo stesso Legislatore ha, proprio di recente ribadito, laddove ha stabilito (art. 2, comma 8 della L. n. 241/1990 nel testo modificato dalla L. n. 120/2020) **l'inefficacia di tutti gli atti, comunque denominati, "adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti"**

E' senz'altro vero che, come sostenuto da controparte, la Pubblica Amministrazione che non abbia tempestivamente adempiuto non perde il potere di provvedere (R. GAROFOLI- G. FERRARA, *Diritto amministrativo*, 2017, p. 647), ma il potere di variante che permane in capo al Consiglio Comunale di Baricella non è il potere di intervenire con ratifica, bensì quello di intraprendere un consueto procedimento in variante ai sensi della normativa "ordinaria".

Sono questi infatti i punti in diritto esposti nel *"più conferente indirizzo della giurisprudenza del Consiglio di Stato..."* (cfr. pag. 22 ricorso introduttivo) e cioè che la decadenza *ex se* non preclude l'adozione tardiva di provvedimenti similari, ma tale adozione va fatta tenendo

conto delle "regole generali in vigore": *"qualora tuttavia siffatta adozione non segua entro i successivi tre anni, il vincolo scaturente dalla deliberazione consiliare summenzionata necessariamente **decade** e pertanto torna ad applicarsi la regola generale della possibilità di realizzare ogni intervento edilizio conforme agli strumenti urbanistici generali"* (Cons. Stato, Sez. V, 1 luglio 2005, n. 3666, punto. 11.11).

Nell'odierna fattispecie dunque, alla luce di quanto sopra esposto, in capo al Consiglio Comunale di Baricella permaneva sì il potere di agire in variante, ma non utilizzando il modulo procedimentale *ex art. 17 L.R. n. 9/1999* e la relativa ratifica, quanto piuttosto la necessità di utilizzare i consueti moduli procedurali inerenti alla pianificazione urbanistica ordinaria.

L'atto impugnato è pertanto perfettamente legittimo e doveroso, con conseguente infondatezza delle opposte censure.

*

III. Sul terzo motivo di ricorso

Le considerazioni che precedono consentono di superare tutte le obiezioni con cui controparte si ostina a sostenere che l'annullamento della proroga sia stato disposto dalla Regione Emilia Romagna per ragioni eminentemente formali e al solo scopo di ripristinare la legalità violata.

Non può, infatti, essere relegata a "mera formalità" la circostanza che il progetto non sia conforme agli strumenti urbanistici del Comune di Baricella per effetto della decadenza della variante urbanistica di cui alla D.P.G. n. 248/2013.

Tutto ciò, specie in considerazione del fatto che, come si è già avuto modo di precisare e come ammesso dallo stesso proponente, **il mancato avvio dei lavori ha determinato la**

decadenza del Permesso di Costruire che non può ora essere più rilasciato

(anche per le plurime ragioni sopravvenute sopra richiamate).

Si aggiunga che, nel caso di specie, il termine di 18 mesi previsto dall'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990 risulta **perfettamente rispettato** in quanto l'annullamento qui impugnato è stato disposto **in data 30 settembre 2019**, e cioè a distanza di appena 13 mesi dalla Determinazione prot. 13238 **del 10 agosto 2018** con cui la proroga era stata inizialmente concessa.

Davvero inaccettabile è poi la prospettazione secondo cui, ai fini del rispetto del termine in questione, dovrebbe essere considerata la data in cui la Regione Emilia Romagna è stata "posta a conoscenza" del vizio afferente la tardività della ratifica da parte del Consiglio Comunale.

Ciò, infatti, è in palese contrasto sia con il tenore letterale dell'art. 21-*nonies* sia con la stessa *ratio* che ha indotto il Legislatore a introdurre la previsione di un limite temporale al potere di annullamento in via di autotutela teso, come ricorda la stessa difesa avversaria, a garantire certezza delle posizione giuridiche già consolidate ed a scongiurare un tardivo "ripensamento" su benefici già accordati.

Questo vale però, appunto, solo dal momento in cui esiste un provvedimento che attribuisce certezza ad una posizione giuridica, senza che sul punto rilevi che prima di tale momento fossero o meno noti all'Amministrazione fatti eventualmente meritevoli di istruttoria.

Inoltre, che siano decorsi sei anni tra la DGP n. 248/2013 e la Determinazione impugnata è assolutamente inconferente specie se si considera che tale lasso di tempo è decorso unicamente per la scelta del ricorrente di non dare immediato avvio ai lavori autorizzati, ma di tentare di fare approvare un nuovo progetto che prevedesse un impianto ben più grande.

Infine, va rimarcato che il tentativo di "spostare" la questione sulla pretesa impossibilità per la Regione Emilia Romagna di annullare in via di autotutela la DCC n. 27/2013, non tiene conto del fatto che ciò di cui qui si discute è piuttosto l'annullamento in via di autotutela della Determinazione Dirigenziale n. 17621/2019 con cui era stata prorogata la validità della D.G. P. n. 248/2013, di cui la D.C.C. n. 27/2013 costituiva presupposto essenziale e irrinunciabile.

Tanto chiarito, è ultroneo soffermarsi sulla presunta previa necessità di dichiarare (anche) inefficace e/o annullare (anche) la Delibera Consiliare n. 27/2013; infatti si tratta di un effetto che discende direttamente dalla Legge (L.R. 9/1999) e che la Regione si è limitata ad accertare.

Né si dica che l'atto non sia motivato e che non siano stati adeguatamente considerati i vari interessi coinvolti come si evince dalle puntuali argomentazioni contenute sia nel parere del Servizio Giuridico del Territorio, Disciplina dell'edilizia, Sicurezza e Legalità del 23.09.2019 sia nella Determinazione prot. 17621/2019 che dimostrano come **la Regione non potesse procedere diversamente.**

Quanto alla pretesa violazione delle garanzie procedimentali di cui all'art. 7 e 10 della L. n. 241/1990 sia consentito ribadire che, come già evidenziato nella parte in fatto, HERAMBIENTE era perfettamente a conoscenza del procedimento in corso (cfr. doc. 17 cit.) e non può pertanto dolersi di non avervi partecipato, ma soprattutto, appare evidente che trattandosi di effetto che discende direttamente dalla Legge, come si è detto, e che si traduce in una indubbia "consumazione del potere" di ratifica, è evidente – anche ai sensi dell'art. 21-*octies* della L. n. 241/1990 - che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto assunto.

P.Q.M.

Si insiste per le conclusioni già formulate.

Vinte le spese.

Bologna, 23 aprile 2021

(avv. Federico Gualandi)