

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

IN S.G.

Ricorso in appello

per HERAMBIENTE S.P.A. soggetta a direzione e coordinamento di Hera S.p.A. (P.IVA 02175430392), in persona del legale rappresentate *pro tempore*, Dott. Andrea Ramonda, rappresentata e difesa, giusta procura in calce al presente atto, dal Prof. Avv. Aristide Police ed elettivamente domiciliata presso il domicilio digitale aristidepolice@ordineavvocatiroma.org, il quale, ai sensi dell'art. 136, co. 1, c.p.a., dichiara di voler ricevere le comunicazioni relative al presente giudizio all'indirizzo PEC;

- APPELLANTE -

contro la REGIONE EMILIA-ROMAGNA (C.F. 80062590379), in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa nel giudizio di primo grado dagli Avv.ti Prof. Franco Mastragostino e Maria Chiara Lista;

e l'AGENZIA PREVENZIONE AMBIENTE ENERGIA EMILIA-ROMAGNA – ARPAE (P.IVA 04290860370), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa nel giudizio di primo grado dagli Avv.ti Giovanni Fantini, Patrizia Onorato e Maria Elena Boschi;

e il COMUNE DI BARICELLA (C.F. 01042180370 E P.IVA 00530191204), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso nel giudizio di primo grado dall'Avv. Federico Gualandi;

- APPELLATI -

nei confronti del COMUNE DI MINERBIO (C.F. 01042870376), in persona del Sindaco *pro tempore*; e della CITTÀ METROPOLITANA DI BOLOGNA (C.F. 03428581205), in persona del Sindaco *pro tempore*; e del CONSORZIO DELLA BONIFICA RENANA (C.F. 91313990375), in persona del legale rappresentante *pro tempore*; e dell'AZIENDA U.S.L. DI BOLOGNA (C.F. E P.IVA 02406911202), in persona del legale rappresentante *pro tempore*; e 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*; e dell'AUTORITÀ DI BACINO DISTRETTUALE DEL FIUME PO (C.F. 92038990344), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituiti;

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del **TAR Emilia-Romagna - Bologna, Sez. I, 6 luglio 2021, n. 672**, non notificata, resa nel giudizio R.G. n. 954/2019 promosso da Herambiente S.p.A. per l'annullamento “*della Determinazione Dirigenziale della Regione Emilia Romagna del 30 settembre 2019, n. 17621 (recante l'annullamento d'ufficio della precedente determinazione di proroga della Valutazione d'Impatto Ambientale del 10 agosto 2018, n. 13238) e della determinazione dell'Arpae del 1 ottobre 2019, n. 4489 (recante l'annullamento d'ufficio della precedente determinazione del 12 settembre 2019, n. 4201); (...)*” e della “*della determinazione dirigenziale della Responsabile dell'Area Autorizzazioni e Concessioni Metropolitana di Arpae n. DET-AMB-2019-5654 del 6 dicembre 2019 recante l'“Aggiornamento dell'AIA P.G. n. 128409 del 28 marzo 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*”.

*

FATTO

1. Il presente giudizio riguarda il provvedimento di Regione Emilia Romagna del **30 settembre 2019** recante l'annullamento d'ufficio della precedente determinazione di proroga della Valutazione d'Impatto Ambientale del 10 agosto

2018 relativa al progetto presentato in data **28 febbraio 2011** da Herambiente (d'ora in avanti anche "**Società**"), diretto a realizzare un ampliamento "*della discarica di rifiuti non pericolosi ubicata del Comune di Baricella e progetto di spostamento delle libera MT esistente ENEL*" ("**Progetto**"), approvato con Valutazione di Impatto Ambientale ("**VIA**") ed Autorizzazione Integrata Ambientale ("**AIA**") mediante Delibera della Giunta della Provincia di Bologna del 23 luglio 2013, n. 248 ("**DGP n. 248/2013**" o "**VIA-AIA**"), recante "*tutte le intese, concessioni, autorizzazioni, licenze, i parere, nulla osta, gli assensi comune denominati necessari per la realizzazione dell'ampliamento della discarica*" e "*variante cartografica agli strumenti urbanistici comunale (PSC e RUE), relativamente all'ampliamento della discarica ed 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 fasc.pr.gr.).

2. Per quanto di specifico rilievo nella ricostruzione dei fatti relativi all'odierna fattispecie pare utile rammentare che con la delibera del Consiglio Comunale del **26 settembre 2013, n. 27**, il Comune di Baricella ("**Comune**") provvedeva a "*ratificare l'assenso alla variante urbanistica come descritta negli elaborati a corredo della V.I.A. approvata con la delibera di Giunta Provinciale n. 248 del 23.07.2013*" ("**DCC n. 27/2013**") (doc. 2 fasc.pr.gr.).

In particolare, il Consiglio Comunale, dato atto che la Giunta Provinciale aveva approvato con la DGP n. 248/2013 il Progetto e che il provvedimento positivo di VIA ha valore di titolo edilizio qualora il Comune si sia espresso positivamente, deliberava di "*ratificare l'assenso alla variante urbanistica come descritta negli elaborati a corredo della VIA approvata con delibera di Giunta Provinciale n. 248 del 23.07.2013*", considerato "*opportuno e necessario ratificare le varianti urbanistiche in oggetto in quanto si condividono le scelte operate*".

Per inciso, **la ratifica del Consiglio comunale interveniva nel primo Consiglio comunale utile successivo all'approvazione in conferenza di servizi**, ancorché oltre il termine di 30 giorni.

3. In seguito, con istanza del **28 dicembre 2015**, Herambiente domandava l'avvio di un procedimento di autorizzazione per la realizzazione di un progetto con caratteristiche dimensionali e tecniche in parte diverse da quello già autorizzato con DGP n. 248/2013. Il procedimento non si concludeva con esito favorevole in ragione delle diverse caratteristiche tecniche del progetto (*i.e.* rifiuti conferibili).

Nell'economia della presente trattazione, tuttavia, nell'ambito di questo procedimento, per il quale il Comune di Baricella esprimeva parere non favorevole in data **5 gennaio 2018** (doc. 3.a fasc.pr.gr.), si rappresentava che “(...) *a seguito dell'esito positivo della Valutazione di Impatto Ambientale per la realizzazione di un primo ampliamento per RSU della discarica esistente esaurita e lascio dell'AIA di cui alla Delibera di Giunta Provinciale n. 248 del 23/07/2013, la variante specifica agli strumenti urbanistici propria di quel procedimento è stata recepita e ratificata con Delibera del Consiglio Comunale n. 27 del 26/09/2013*”.

Già in quella sede, invero, il Comune di Baricella evidenziava che “**la ratifica da parte del Consiglio Comunale è avvenuta il 26/09/2013 quindi successivamente ai 30 giorni previsti dalla normativa vigente a causa della sospensione dei lavori del Consiglio nel mese di agosto e la ratifica è entrata nel primo Consiglio Comunale utile in tal senso avvenuto appunto il 26/09/2013**” e, quindi, “**si conferma(va) l'avvenuto recepimento della variante specifica conseguente all'approvazione del progetto definito di ampliamento per RSE di cui alla D.G.P. n. 248 del 23/07/2013**” (doc. 3.b fasc.pr.gr.).

4. Con nota del 16 luglio 2018, la Società domandava quindi una proroga di tre anni dei termini di validità della VIA per la realizzazione del Progetto di cui alla DGP n. 248/2013.

Con Delibera della Giunta Regionale del **10 agosto 2018**, n. 13238, la Regione – nelle more subentrata nella competenza alla Provincia ex L.R. Emilia-Romagna 30 luglio 2005, n. 13 – accoglieva la richiesta di proroga della validità della DGP n. 248/2013 (“**Proroga**”) di 21 mesi (fino a maggio 2020), precisando che “*per le autorizzazioni, concessioni, certificazioni che risultano nel frattempo decadute, la proroga della validità di VIA non interviene e spetterà pertanto al proponente ottenere i nuovi titoli autorizzativi presso le Amministrazioni competenti prima di avviare i lavori* (doc. 4 fasc.pr.gr.).

5. In data **5 settembre 2018**, l’Arpae comunicava l’avvio del procedimento di riesame dell’AIA (doc. 5 fasc.pr.gr.).

In data **4 marzo 2019**, Herambiente provvedeva a trasmettere la documentazione tramite portale (doc. 6 e 7 fasc.pr.gr.) e, in data **16 aprile 2019**, l’Arpae convocava la (prima) Conferenza dei Servizi per l’acquisizione dei pareri e determinazioni, ivi incluso per quanto di interesse il parere edilizio-urbanistico e ambientale del Comune di Baricella, comprensivo del permesso di costruire per le opere di progetto, evidenziando altresì che “*il permesso di costruire era stato rilasciato dal Comune di Baricella nell’ambito del procedimento di approvazione del progetto di ampliamento della discarica conclusosi positivamente con la DGP del 23/07/2013 ... successivamente decaduto in quanto il progetto non è stato realizzato nei 5 anni successivi la data di pubblicazione del provvedimento VIA-AIA*” (doc. 8 fasc.pr.gr.).

Nel corso della riunione in C.d.S. del 16 aprile 2019 veniva acquisito il parere negativo al rilascio del permesso di costruire del Comune di Baricella rilevando incongruenze rispetto al Piano Regionale di Gestione dei Rifiuti e al Piano di Gestione del Rischio Alluvioni (doc. 9 fasc.pr.gr.). Tuttavia, **nel parere negativo**

del 16 aprile 2019, il Comune non evidenziava alcuna criticità relativa alle legittimità del provvedimento di ratifica della DCC n. 27/2013.

6. Stante il parere negativo rilasciato dal Comune di Baricella, in data 18 luglio 2019, l'Arpae domandava alla Regione di rendere un parere sulle questioni evidenziate dal Comune.

In data **2 agosto 2019**, la Regione rilasciava il parere richiesto evidenziando che con riferimento specifico all'esercizio delle funzioni urbanistico edilizie del Comune *“il progetto non presenta profili di incompatibilità”* con il Piano Regionale di Gestione dei Rifiuti e mandava all'Autorità di Bacino per la valutazione sulla compatibilità del progetto con il Piano di Gestione del Rischio di Alluvioni (doc. 10 fasc.pr.gr.).

7. Ad integrazione del parere reso nella C.d.S. del 16 aprile 2019, il Comune di Baricella, con nota del **6 settembre 2019**, presentava una precisazione richiamando l'esistenza di un vincolo insistente sull'area di intervento (*i.e.* corridoi ecologici e relativo divieto di impermeabilizzazione) (doc. 11 fasc.pr.gr.), allegando altresì parere legale sulla compatibilità urbanistica ed edilizia dell'opera (doc. 12 fasc.pr.gr.).

Nelle more, in data **6 settembre 2019** e **9 settembre 2019**, l'Autorità di Bacino ed il Consorzio della Bonifica Renana rilasciavano parere favorevole al Progetto (doc. 13 e 14 fasc.pr.gr.).

8. In data **9 settembre 2019** si teneva la seduta conclusiva della Conferenza dei Servizi all'esito della quale, con nota del **12 settembre 2019**, n. 4201, l'Arpae approvava il riesame dell'AIA (doc. 15 fasc.pr.gr.).

Nel merito dei rilievi del Comune di Baricella, **l'Arpae in C.d.S. osservava che:** (i) *“essendo all'interno di un procedimento di riesame dell'AIA e, quindi, non di rilascio di una nuova autorizzazione, occorre tenere in considerazione il contesto in cui si determinò il rilascio dell'autorizzazione per la realizzazione dell'ampliamento della discarica, avvenuta con Delibera di Giunta Provinciale*

n. 248 del 23/07/2013 e dove l'amministrazione comunale esprime un proprio parere favorevole concretizzato nell'assunzione della specifica variante al proprio piano strutturale PSC per la realizzazione di un primo ampliamento della discarica esistente"; (ii) "tale variante specifica agli strumenti urbanistici è stata recepita e ratificata con delibera del Consiglio Comunale"; e (iii) "il Comune non ha mai assunto atti di autotutela diretti a rimuovere il provvedimento di Variante del 2013 che di fatto ancora oggi opera".

In estrema sintesi, assunte le posizioni prevalenti acquisite in C.d.S., l'Arpae considerava acquisito l'assenso delle Amministrazioni non assumendo rilievo ostativo il tema della conformità urbanistica stante la Variante intervenuta con la DGP n. 248/2013 e ratificata dal Comune di Baricella con DCC n. 27/2013.

9. In data **17 settembre 2019**, il Comune di Baricella trasmetteva ad Arpae la richiesta di annullamento in autotutela della D.D. n. 4201/2019 (doc. 16 allegato al ricorso introduttivo); riscontrata negativamente dall'Arpae in pari data (doc. 17 fasc.pr.gr.).

10. In data **20 settembre 2019**, il Comune domandava altresì alla Regione parere autentico in merito *"all'efficacia della Delibera di Consiglio Comunale n. 27 del 26/09/2013 di ratifica della variazione degli strumenti urbanistici comunali relativa al progetto di ampliamento della discarica"* (doc. 18 allegato al ricorso introduttivo).

Ancora, in data **21 settembre 2019**, il Comune presentava opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 14-*quinquies* della l. n. 241/1990 (doc. 19 fasc.pr.gr.).

11. In data **23 settembre 2019** la Regione rilasciava il proprio parere. Nel merito delle richieste del Comune, il Servizio giuridico della Regione, dopo aver richiamato l'indirizzo giurisprudenziale formatosi sul temine decadenziale previsto ex art. 34, co. 5, del d.lgs. n. 267/2000, rilevava che *"alla luce di tali indicazione della dottrina e giurisprudenza che, se pur non riferite all'istituto*

della ratifica dell'effetto di variante derivate dalla VIA positiva, hanno riguardato a previsioni legislative analoghe quali in particolare l'accordo di programma in variante, si deve ritenere che il provvedimento positivo di VIA, relativo al progetto di ampliamento della discarica di rifiuti non pericolosi di Baricella e alle opere connesse, non abbia prodotto l'effetto di variante agli strumenti di pianificazione del Comune di Baricella, in quanto alla comunicazione del medesimo provvedimento non è seguita – secondo quanto specificato dalla stessa Amministrazione comunale – la ratifica da parte del Consiglio comunale entro il termine perentorio di 30 giorni” (doc. 20 fasc.pr.gr.).

12. In pari data, con propria nota, l'Arpae convocava la conferenza dei servizi per il giorno **30 settembre 2019**, nell'ambito della quale precisava come non fosse possibile assumere una determinazione fino alla convocazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri e che, alla luce del parere giuridico espresso dal Servizio Giuridico del Territorio, l'annullamento della determinazione n. 13238/2018 avrebbe reso conseguente l'annullamento della determinazione n. 4201 del 9 settembre 2019 (doc. 21 fasc.pr.gr.).

13. In data **30 settembre 2019**, con determinazione dirigenziale n. 17621/2019, la Regione annullava d'ufficio la propria Determinazione di proroga della VIA n.13238 del 10/08/2018 (doc. 22 e 23 fasc.pr.gr.) sulla scorta delle considerazioni della predetta nota del Servizio Giuridico della regione del 23 settembre 2019, assumendo che:

- (i) *“il provvedimento positivo di VIA (...) non ha quindi prodotto l'effetto di variante agli strumenti di pianificazione del Comune di Baricella”;*
- (ii) *“la mancata ratifica ha determinato l'inefficacia della delibera n. 248/2013 (...)”;*
- (iii) *“(...) è da ritenersi che sia venuto meno un presupposto imprescindibile della propria determinazione dirigenziale ... con la quale si è prorogato*

di 21 mesi la validità della delibera della Giunta Provinciale n. 248 del 23 luglio 2013”;

- (iv) *“l’effetto di variante alla pianificazione urbanistica comunale ... si fonderebbe su una delibera comunale da considerare illegittima per violazione di legge”*).

14. Conseguentemente, in data **1 ottobre 2019**, l’Arpae annullava la precedente determinazione Det. n. 4201/2019 di approvazione del riesame di AIA in quanto atto meramente consequenziale alla determinazione n. 13232/2018 di proroga della VIA annullata dalla Regione in data 30 settembre 2019 (doc. 24 fasc.pr.gr.).

15. Le suddette determinazioni della Regione e dell’Arpae rispettivamente del 30 settembre 2019 e del 1 ottobre 2019, in uno con tutti gli atti e pareri presupposti erano impugnati da Herambiente con il ricorso introduttivo del presente giudizio, spedito per le notificazioni in data 28 novembre 2019 ed iscritto a ruolo il successivo 12 dicembre dinanzi a codesto ecc.mo TAR con R.G. n. 954/2019.

16. In data 6 dicembre 2019, Arpae trasmetteva a Herambiente copia della Determina Dirigenziale della Responsabile dell’Area Autorizzazioni e Concessioni Metropolitana dell’ente prot. n. DET-AMB-2019-5654, adottata in pari data, la quale operava un *“Aggiornamento dell’AIA P.G. n. 128409 del 28 marzo 2008 ss.mm.ii.”* (doc. 27-28 fasc.pr.gr.) (**“Determina”**).

17. La Herambiente provvedeva altresì ad impugnare con ricorso per motivi aggiunti la Determina del 6 dicembre 2019 precisando che il provvedimento era impugnato in quanto si pone in linea di continuità con i precedenti provvedimenti impugnati.

18. Successivamente all’udienza del 26 maggio 2021, il TAR Emilia-Romagna, Sez. I, con sentenza del 6 luglio 2021, n. 672, respingeva il ricorso ed il ricorso per motivi aggiunti (**“Sentenza”**). La motivazione della Sentenza è erronea per diverse e concorrenti ragioni di

DIRITTO

I.1 Error in iudicando – Erroneità della motivazione nella parte in cui è stato disatteso il vizio di illegittimità per “violazione e/o falsa applicazione dell’art. 208 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. – Eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica atteso che l’effetto di decadenza della variante urbanistica è incompatibile con la disciplina speciale per l’autorizzazione delle discariche di rifiuti”.

1. Come si è visto nella ricostruzione in fatto, con la **DGP n. 248/2013** la Provincia di Bologna ha rilasciato i titoli abilitativi (VIA e AIA) sull’assunto che *“la VIA positiva costituisce variante cartografica agli strumenti urbanistici comunali (PSC e RUE) relativamente all’ampliamento della discarica ed alla nuova linea MT di ENEL, a condizione che su tale variante sia acquisito l’assenso dal Consiglio Comunale di Baricella entro 30 giorni dalla presente deliberazione a pena di decadenza”*.

La Regione ha poi annullato in data 30 settembre 2019 il provvedimento di proroga della VIA del 10 agosto 2018 atteso che a causa della ratifica tardiva non si è mai prodotto l’effetto di variante (par. *sub (i)*).

2. Con il primo motivo del ricorso, la Società ha lamentato che la motivazione del provvedimento regionale sconta un’approssimazione di fondo alla luce delle previsioni che regolano i procedimenti di autorizzazione delle discariche di rifiuti *ex art. 208 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, posto che la variante urbanistica è già valida ed efficace per effetto del provvedimento VIA-AIA (*i.e.*, DGP n. 248/2013).

In relazione a tale doglianza, il Giudice di prime cure ritiene che le ragioni del (primo) motivo sarebbero infondate dal momento che *“la normativa che regge il procedimento di rilascio di VIA-AIA è quella e solo quella recata dall’art. 17 comma 5 della legge regionale n. 9/99 vigente ratione temporis, (...)”* e *“la Giunta provinciale aveva infatti applicato il sopra richiamato quinto comma dell’art. 17*

della legge regionale n° 9 del 1999 nel senso di ritenere necessaria la ratifica del consiglio comunale entro 30 giorni a pena di decadenza” (par. 4, pag. 14, Sent.).

In particolare, il TAR disattende la doglianza rilevando che “*non v’è motivo di fare riferimento ad una **disciplina diversa** da quella utilizzata, giacché la norma recata dal citato art. 208, è norma di carattere eccezionale e quindi di stretta interpretazione e poi perché essa tutt’al più si rende applicabile nei casi di nuovi impianti di smaltimento, non già nelle ipotesi come quella in esame di modifica (rectius ampliamento) di impianti già esistenti*” (ibidem).

La motivazione della Sentenza muove da una non corretta ricostruzione esegetica dell’art. 208 del Codice dell’Ambiente e, comunque, da una soluzione interpretativa della (apparente) antinomia con l’art. 17, co. 5, della L.R. contraria ai principi dell’ordinamento.

3. Si rammenta anzitutto che l’art. 208, co. 6, del d.lgs. n. 152/2006 disciplina il procedimento di autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti e stabilisce che “*l’approvazione (...) costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico e comporta la dichiarazione di pubblica utilità, urgenza ed indifferibilità dei lavori*”.

La disposizione normativa che regola il procedimento di autorizzazione unica per gli impianti di smaltimento dei rifiuti disciplinato dal d.lgs. n. 152/2006, dunque, non prevede alcuna “*condizione*” per la validità ed efficacia delle varianti urbanistiche assunte dalla Conferenza di Servizi.

La *ratio* delle disposizioni è quella di assicurare la speditezza del procedimento autorizzativo degli impianti di smaltimento dei rifiuti anche superando le fisiologiche attese insite nell’acquisizione di atti di assenso da parte dei molteplici livelli di governo territoriale, senza tuttavia alterare la gerarchia dei valori che si compongono nella gestione del territorio compendati dalla pianificazione urbanistica comunale.

L'art. 208 introduce una norma eccezionale che deroga, per superiori esigenze pubbliche, al normale quadro degli assetti procedurali e sostanziali in materia di costruzione e gestione di impianti di smaltimento di rifiuti (cfr. *ex multis* Cons. St., V, 11 dicembre 2015, n. 5659; 16 settembre 2011, n. 5193; 28 agosto 2018, n. 5065).

Si tratta di un *“punto di equilibrio fra i contrapposti interessi coniugando il massimo della semplificazione burocratica facente capo ai tre livelli di governo territoriale (regione, provincia e comune) relativamente agli atti e provvedimenti individuali, con la compromissione dei poteri pianificatori al minore livello possibile (che è quello urbanistico comunale)”* (così, Cons. St., V, 11 dicembre 2015, n. 5659; 16 settembre 2011, n. 5193).

Più recentemente, è stato ribadito che *“l'autorizzazione unica regionale disciplinata dall'art. 208 costituisce anche titolo abilitativo edilizio alla realizzazione dell'impianto di smaltimento o recupero di rifiuti, posto che le autonome e specifiche attribuzioni in materia spettanti all'amministrazione comunale rifluiscono nella prevista conferenza di servizi, in cui si vede coinvolta la stessa amministrazione comunale e che rappresenta il luogo procedimentale deputato alla complessiva valutazione del progetto presentato”*, confermando altresì che *“nel provvedimento autorizzatorio in esame sono state, cioè, riunite e concentrate dal legislatore tutte le competenze amministrative di verifica e controllo di compatibilità con le varie prescrizioni urbanistiche, di pianificazione settoriale, nonché l'accertamento dell'osservanza di ogni possibile vincolo afferente alla realizzazione dell'impianto in armonia col territorio di riferimento, dal momento che l'art. 208, comma 6, del d.lgs. n. 152/2006, assegna al provvedimento regionale conclusivo del procedimento una funzione sostitutiva di tutti gli atti e provvedimenti ordinariamente di competenza di altre autorità territoriali, ivi compresa l'eventuale variante urbanistica”* (TAR Lazio – Roma, 27 ottobre 2020, n. 10981).

Del resto, anche il consolidato orientamento di codesto ecc.mo Consiglio di Stato ha riconosciuto che a fronte di un progetto di ampliamento di una discarica esistente, non trova applicazione l'*iter* procedurale di cui alle previsioni regionali (che richiedeva la preventiva modifica degli strumenti urbanistici vigenti) trovando applicazione *“il disposto di cui all'articolo 208 del decreto legislativo n. 152/2006, trattandosi di norma speciale nazionale, sopravvenuta alla precedente legge regionale”* (Cons. St., V, 17 gennaio 2011, n. 220).

Le considerazioni che precedono confermano come per sua natura la disciplina prevista dal Codice dell'Ambiente non sia suscettibile di essere derogata da eventuali disposizioni regionali che prevedono termini più restrittivi per l'autorizzazione degli impianti come – nell'odierna fattispecie – l'introduzione di una condizione di efficacia a pena di decadenza.

In questa prospettiva, la ricostruzione esegetica proposta dall'Amministrazione regionale a cui ha aderito il Giudice di prime cure si rivela erronea dal momento finisce per attribuire valore derogatorio ad una disciplina regionale precedente alle disposizioni approvate dal Legislatore statale nell'ambito del Codice dell'Ambiente.

4. In ogni caso, poi, l'applicazione dell'art. 208 del Codice all'odierna fattispecie non può essere esclusa ritenendo che si tratti di una fattispecie *“diversa”* sul mero assunto che la norma troverebbe applicazione solo ai casi di *“nuova realizzazione”* (par. 4, pag. 14, Sent).

Ora, sul piano sostanziale l'ampliamento della discarica costituisce comunque una nuova realizzazione di una parte dello stabilimento che non esiste, ragione per cui vengono richiesti i nuovi titoli abilitativi.

L'interpretazione divisata dal Giudice di prime cure, dunque, diverge completamente dalle finalità dei meccanismi di semplificazione.

Per quanto non sia in contestazione che la disposizione costituisce norma eccezionale, l'interpretazione proposta dal Giudice di prime cure risulterebbe

eccessivamente “*restrittiva*” rispetto al perimetro che fattispecie intende regolare (ossia, l’autorizzazione degli impianti di smaltimento di rifiuti).

Ove la norma avesse effettivamente inteso riconoscere una distinzione tra la fattispecie relativa alla nuova realizzazione e quella dell’ampliamento lo avrebbe espressamente indicato (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*).

Con riferimento alla possibilità di riconoscere l’applicazione anche ai casi di ampliamento la disciplina prevista per l’approvazione di nuovi impianti, del resto, il Giudice Amministrativo ha rilevato che si tratta della medesima fattispecie (TAR Marche - Ancona, I, 13 gennaio 2012, n. 38; TAR Lazio - Roma, I-*quater*, 14 giugno 2021, n. 7041).

5. Alla luce delle considerazioni che precedono, è evidente che l’assunto del Giudice sia stato suggestionato dalle difese del Comune di Baricella. Tuttavia, come evidenziato in atti (doc. 29-30 fasc.pr.gr.), la prospettiva è alimentata dalla tipica sindrome c.d. *nimby* (“*Not In My Back Yard*”), mentre – da un lato – per l’anno 2020 il Gruppo Herambiente ha gestito circa 363.000 tonnellate di rifiuti speciali non pericolosi da produttori regionali di cui 286.500 tonnellate sono state avviate a trattamento in impianti regionali mentre le restanti 76.500 tonnellate sono state conferite in impianti *extra* regionali per mancanza di disponibilità interne; e – dall’altro – il fabbisogno di trattamento dei rifiuti speciali in 400.000 ton/anno è a tutt’oggi non soddisfatto.

La valutazione resa in seno alla Conferenza di Servizi nel 2013, dunque, avrebbe permesso una significativa ottimizzazione della gestione dei rifiuti prodotti in Regione in termini di riduzione degli impatti ambientali da traffico veicolare.

Peraltro, come pure osservato in atti, l’interesse pubblico alla realizzazione dell’ampliamento della discarica risponde a duplice obiettivo di autosufficienza e di gestione in impianti prossimi ai luoghi di produzione a cui, per norma, lo smaltimento dei rifiuti è soggetto in ossequio ai canoni *ex art. 97 Cost.* come

declinati anche alla luce del principio di autosufficienza e prossimità *ex art. 182-bis* del d.lgs. 152/06 e s.m.i.

6. Sotto altro profilo, nell'ambito della doglianza articolata con il primo motivo di ricorso, la Società ha contestato che la L.R. n. 9/1999 disciplina il procedimento di VIA mutuandolo dalla disciplina dell'accordo di programma *ex art. 34 TUEL*, mentre il Codice dell'Ambiente ha innovato la disciplina assegnando valore costitutivo e sostitutivo al solo provvedimento assunto in Conferenza di Servizi, al punto che il parere favorevole reso dall'Amministrazione comunale in sede di VIA-AIA ha valore di variante allo strumento urbanistico.

Sul punto, il TAR ha disatteso il profilo di contestazione relativo alla *“prevalenza al modulo procedimentale della conferenza dei servizi”*, in quanto *“siffatta “preferenza” non ha ragione di esistere (...)”* (par. 4, pag. 14, Sent.).

La motivazione della Sentenza, nella parte in cui apprezza ritiene la previsione regionale non *“recessiva”*, finisce per accordare valore derogatorio alla medesima disciplina, ancorché in contrasto con il modello definito dal Legislatore statale.

La prevalenza accordata al modulo procedimentale della conferenza di servizi è confermata anche dall'evoluzione della stessa normativa regionale. Ed infatti, l'effetto di decadenza della variante urbanistica (già previsto *ex art. 17, co. 5, L.R. n. 9/1999*) è venuto meno nella nuova disciplina regionale, dal momento che ai sensi dell'art. 21 della L.R. 20 aprile 2018, n. 4 il provvedimento autorizzatorio costituisce *“variante agli strumenti di pianificazione territoriale”* con l'assenso dell'Amministrazione interessata.

L'evoluzione del modulo procedimentale introdotto con il Codice dell'Ambiente verso modelli di concentrazione e semplificazione delle decisioni offre un ulteriore indice per evidenziare come l'effetto di decadenza previsto dall'art. 17, co. 5, L.R. n. 9/1999 non sia compatibile con la disciplina speciale prevista dal Codice dell'Ambiente per l'autorizzazione della discarica di rifiuti.

A tal riguardo, è stato osservato che l'autorizzazione unica costituisce variante allo strumento urbanistico ed introduce una *“norma speciale nazionale”* suscettibile di derogare le disposizioni regionali antinomiche, posto che l'approvazione del progetto di discarica mediante VIA-AIA da parte dell'Amministrazione procedente già riveste efficacia di variante allo strumento urbanistico *“senz'altro adempimento o partecipazione”* e, in particolare, *“senza necessità di attivare previamente la complessa procedura di variazione dello strumento urbanistico prevista dalla normativa di settore”* (LUCIANO RICCI, *Autorizzazione unica per impianti di rifiuti e effetto di variante*, in *Ambiente e sviluppo*, 2017, 1, 16).

Le considerazioni che precedono, peraltro, trovano conforto nel conferente indirizzo dalla giurisprudenza del Giudice Amministrativo, laddove termine di decadenza previsto dalla normativa regionale risulterebbe pertanto non applicabile proprio in ragione della disciplina della conferenza di servizi prevista dall'art. 208 d.lgs. n. 152 del 2006 (sul punto, cfr. TAR Toscana – Firenze, II, 5 febbraio 2010, n. 195, laddove si ritiene *“inderogabile applicazione quanto previsto dall'art. 208 d.lgs. n. 152/06, in quanto norma speciale nazionale, sopravvenuta alla precedente legge regionale di cui si contesta la mancata applicazione, disciplinante specificamente le autorizzazioni per gli impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti”*).

Quanto sopra illustrato evidenzia come per sua natura la disciplina prevista dal Codice dell'Ambiente non sia suscettibile di essere derogata da eventuali disposizioni regionali che prevedono termini più restrittivi per l'autorizzazione degli impianti come – nell'odierna fattispecie – l'introduzione di una condizione di efficacia a pena di decadenza.

Il provvedimento regionale, nella parte in cui ritiene che la VIA-AIA positiva *“non avrebbe prodotto l'effetto di variante in conseguenza della mancata [tempestiva] ratifica”*, non tiene conto degli effetti costitutivi previsti *ex lege*

dall'approvazione in C.d.S., con tutto ciò che ne consegue in ordine allo sviamento e carenza di motivazione della determinazione impugnata.

In quanto atto che si configura quale antecedente logico e giuridico della Determina in questa sede impugnata, deriva necessariamente come i profili di illegittimità che riguardano il provvedimento della Regione incidano irrimediabilmente sulla validità di quest'ultima.

7. In definitiva, la corretta ricostruzione esegetica delle previsioni del Codice dell'Ambiente in materia di autorizzazione degli impianti di smaltimento dei rifiuti, dunque, consente di affermare che la variante agli strumenti urbanistici, in quanto presupposto necessario per il rilascio della VIA-AIA all'allocatione dell'impianto da autorizzare, è già valida ed efficace per effetto dell'approvazione in Conferenza di Servizi con il parere favorevole dell'Amministrazione comunale e il rinvio alla decisione dell'organo consiliare deve interpretarsi come un mero rinvio recettizio.

Stante la disciplina prevista dall'art. 208 del d.lgs. n. 152/2006, l'art. 17, co. 5, della L.R. n. 9/1999 non può essere comunque interpretato nel senso di escludere la validità ed efficacia della variante agli strumenti urbanistici già assunta in C.d.S. con il parere favorevole dell'Amministrazione comunale.

In riforma della Sentenza del TAR, dunque, il provvedimento tutorio del 2019, nella parte in cui annulla la proroga alla VIA-AIA del 2013 ritenendo priva di efficacia la variante urbanistica approvata in seno alla C.d.S. in quanto ratificata tardivamente dall'Amministrazione.

I.2 *Error in iudicando* – Erroneità della motivazione nella parte in cui ha disatteso i profili di “Incompetenza della Regione ai fini dell'apprezzamento circa la validità ed efficacia della DCC n. 27 del 2013 di ratifica della Variante”.

1. Con un secondo ordine di rilievi articolati nel primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, la Società ha contestato altresì un vizio di incompetenza della Regione nella parte in cui ha inteso apprezzare

autonomamente i profili di legittimità della ratifica intervenuta con la DCC n. 27/2013.

Come si è visto, con la DCC n. 27 del 2013, il Consiglio Comunale ha ritenuto *“opportuno e necessario ratificare le varianti urbanistiche in oggetto in quanto si condividono le scelte operate”*, prendendo atto che *“nel corso dell’istruttoria relativa alla conferenza di servizi ... l’amministrazione comunale ha espresso, tramite i propri rappresentanti, il proprio assenso alla procedura e quindi alle varianti urbanistiche puntuali necessarie”*.

Nel provvedimento tutorio e negli atti del primo grado del giudizio la Regione ritiene che la variante urbanistica approvata in C.d.S. nel 2013 sarebbe decaduta a fronte della ratifica tardiva da parte dell’organo consiliare, ancorché la ratifica della variante urbanistica è effettivamente intervenuta nella prima seduta utile del Consiglio Comunale di Baricella (26 settembre 2013) e non è mai stata annullata.

In questa prospettiva, la Società ha censurato l’operato della Regione rilevando che a fronte della validità ed efficacia del provvedimento di ratifica della variante, non era possibile per l’Amministrazione regionale accertare autonomamente l’illegittimità del provvedimento di ratifica di cui alla DCC n. 27/2013.

L’unica Amministrazione che avrebbe potuto riconoscere la violazione di legge per decorrenza del termine previsto *ex art. 17, co. 5, della L.R. n. 9/1999* era la sola Amministrazione comunale. Così non è stato.

2. A tal riguardo, il Giudice di prime cure ha ritenuto solo che *“l’atto di autotutela non ha ad oggetto la rimozione di provvedimenti comunali, ma la rimozione di provvedimenti adottati rispettivamente dalla Regione Emilia Romagna e ARPAE sul presupposto di una variante urbanistica (la cui approvazione è di spettanza comunale) (...)”* (par. 4, pag. 14, Sent.).

Anche rispetto a questi profili la motivazione della Sentenza sconta un errore di giudizio.

È indubbio che la Regione sia l'Amministrazione titolare del procedimento di VIA-AIA – par. *sub 4.(a)* Sent. – e, in quanto tale, sia investita del potere di vigilare sulla regolarità del relativo *iter* procedimentale. Tuttavia, tale potestà non si estende fino alla possibilità di conoscere e apprezzare la validità e/o efficacia del provvedimento di ratifica del Consiglio comunale, ovvero la legittimità (o meno) dell'approvazione tardiva di una variante.

Benché l'intervento “*tutorio*” riguardi il provvedimento di proroga della VIA-AIA, il presupposto sul quale si fonda la determinazione dell'Amministrazione regionale è l'illegittimità del provvedimento di ratifica tardiva in violazione dell'art. 17 della L.R., sul quale tuttavia la Regione non ha un potere di annullamento né *ex art. 21-septies*, né *ex art. 21-nonies* della l. n. 241/1990.

Del resto, ove così fosse, si finirebbe per introdurre una forma di controllo della Regione sulla legittimità (o meno) degli atti e provvedimenti dell'Amministrazione comunale senza alcuna copertura normativa e senza che l'intervento tutorio sia assistito da un conferente interesse pubblico a fronte del fatto che l'Amministrazione comunale ha espresso – pur tardivamente – il proprio convincimento favorevole alla ratifica della variata approvata in seno al C.d.S.

3. La circostanza che – come rilevato dal Giudice di prime cure – par. *sub 4.(b)* Sent. – la Regione sia stata “*sollecitata ad esprimersi in ordine alla legittimità degli atti comunali proprio dal Comune*” dimostra solo come sia del tutto singolare che si sia provveduto ad accertare l'inefficacia della variante del 2013 senza rimuovere gli effetti della D.C.C. n. 27/2013 recante la ratifica tardiva della variante.

Il disposto annullamento, infatti, non poteva che provenire – prima – dall'Amministrazione comunale e – poi – dall'Amministrazione regionale proprio perché alla Regione spettano “*competenze di carattere generali in materia urbanistico- edilizia*” – par. *sub 4.(c)* Sent. – ma il governo del territorio proprio

in ossequio al principio di sussidiarietà resta una prerogativa dell'Amministrazione comunale.

4. In definitiva, la Sentenza del TAR merita di essere annullata e riformata atteso che la variante agli strumenti urbanistici del Comune di Baricella, in quanto presupposto per il rilascio della VIA-AIA (e della successiva proroga) è valida ed efficace in virtù della DGP n. 248/2013 ed il rinvio alla delibera consiliare deve interpretarsi a contenuto meramente recettizio, alla luce della disciplina speciale prevista *ex art.* 208 del d.lgs. n. 152/2006.

L'evoluzione del modulo procedimentale per l'autorizzazione delle discariche di rifiuti offre infatti elementi decisivi per escludere che l'effetto di decadenza della variante urbanistica agli strumenti comunale adottata tardivamente rispetto al termine previsto dalla norma regionale sia compatibile con la disciplina speciale prevista dal Codice dell'Ambiente. Ciò, invero, anche in considerazione del richiamato indirizzo giurisprudenziale (v. *supra* I.1).

In ogni caso, poi, stante il provvedimento di ratifica della variante DCC n. 27/2013 anche quando l'approvazione in C.d.S. non sia sufficiente a ritenere prodotto l'effetto di variante agli strumenti urbanistici, la Regione non ha competenza per valutare autonomamente l'illegittimità ed inefficacia del provvedimento di ratifica di cui alla DCC n. 27/2013 in virtù del quale la variante è stata adottata, ancorché in violazione del termine *ex art.* 17, co. 5, della L.R. n. 9/1999.

*

II. *Error in iudicando.* – Erroneità della motivazione e/o omessa pronuncia nella parte in cui sono stati disattesi i profili di illegittimità per “violazione e/o falsa applicazione dell’art. 17, co. 5, della L.R. Emilia-Romagna 18 maggio 1999, n. 9. – Eccesso di potere per sviamento stante la finalità del termine perentorio previsto ex art. 17 co. 5 della L.R. ed art. 34 TUEL. – Eccesso di potere per carenza della motivazione e falsità dei presupposti, atteso che la

decadenza non incide sul potere dell'Amministrazione di ratifica dei provvedimenti. – Violazione dell'artt. 1 e 21-octies dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 in considerazione del divieto di aggravio del procedimento e della natura formale del vizio contestato”.

1. Con il Secondo motivo del ricorso, la Società ha contestato altresì l'illegittimità del provvedimento tutorio della Regione rispetto alla medesima disciplina regionale.

Come accennato, la Regione ritiene che si sarebbe verificata la decadenza della variante urbanistica di cui alla D.G.P. n. 248 del 2013 in quanto la ratifica è intervenuta oltre il termine perentorio previsto *ex art.* 17 della L.R. n. 9/1999.

La Società ha lamentato che la motivazione del provvedimento sul punto è del tutto inconsistente, in quanto attribuisce valore decisivo ad un vizio puramente formale, senza tenere conto (i) delle finalità sottese al termine perentorio previsto *ex art.* 17 della L.R. (mutuato, come si è visto, dalla disciplina dell'accordo di programma *ex art.* 34 TUEL); e, in termini più generali, (ii) della natura e del regime di efficacia del provvedimento di ratifica (*i.e.*, DCC n. 27 del 2013).

Rispetto a questi profili il Giudice di prime cure ritiene anzitutto che “*la non tempestiva adozione della ratifica*” non sia ascrivibile a “*vizio puramente formale*” e, ancorché il Consiglio comunale abbia effettivamente provveduto alla ratifica (e, più nello specifico, nella prima seduta consiliare in calendario) avrebbe perso il potere di farlo, in quanto “*il dato normativo nel suo senso letterale, lì dove la disposizione legislativa regionale ancora la operatività del provvedimento positivo di VIA costitutivo di variante urbanistica all'assenso comunale da intervenire a pena di decadenza entro trenta giorni e la norma per il suo inequivoco contenuto, con la prevista comminatoria non lascia adito a dubbi sul fatto che una volta inutilmente decorso il termine assegnato per la ratifica, la relativa potestà è venuta irrimediabilmente meno*” (par. 4, pag. 15 Sent.). Il rilievo del Giudice è erroneo per diverse e concorrenti ragioni.

2. In merito al primo aspetto – *sub (i)* –, il Giudice di prime cure aderisce alla prospettazione della difesa dell'Amministrazione regionale.

L'interpretazione fornita dal TAR della previsione regionale, tuttavia, è in contrasto con i principi generali a cui si ispira l'esercizio dell'azione amministrativa, atteso che propone una lettura testuale della previsione senza considerare che l'effetto di decadenza della variante non incide sul potere dell'Amministrazione di provvedere.

In altri termini, la decadenza prevista dalla normativa regionale riguarda l'efficacia di una variante urbanistica approvata in sede di C.d.S. e non (anche) il potere di ratifica dell'Amministrazione comunale, senza che il decorso del termine previsto dalla normativa regionale sia suscettibile di consumare il potere dell'organo consiliare di aderire alla decisione già assunta in seno al C.d.S.

3. Ancora, il Giudice ritiene la prospettazione della Società infondata “*sia in relazione ad un'interpretazione letterale e sia in relazione ad un'interpretazione sistematica del quinto comma dell'art. 17 della legge regionale n° 9 del 1999*” (pag. 4-*bis* Sent.).

In relazione alla correttezza della lettura della norma regionale anche nella prospettiva c.d. sistematica, invero, la Sentenza ripropone quanto già evidenziato dal dato letterale, senza tuttavia indagare la fondatezza (o meno) dei diversi indici che consentono di confermare la correttezza della prospettazione del ricorso.

Come già accennato, la disciplina regionale in questione aderiva ad un modello procedimentale assimilabile alla fattispecie dell'accordo di programma e prevedeva che la variante urbanistica assunta in C.d.S. fosse ratificata dall'organo consiliare a pena di decadenza.

La disposizione ha trovato applicazione nell'odierna fattispecie ancorché il testo fosse risalente e precedente alla riforma del Codice dell'Ambiente e alle conseguenti armonizzazioni (anche) a livello regionale (*i.e.*, L.R. n. 3/2012 e L.R.

n. 4/2018) che hanno poi assecondato la scelta di favorire il modello della conferenza di servizi.

Senza tenere conto di tale – pur decisivo – rilievo, la Sentenza aderisce ad una interpretazione della previsione regionale che assegna valore dirimente all’effetto di decadenza per la mancata tempestiva ratifica. La previsione del termine di decadenza entro cui ratificare la decisione, tuttavia, può essere risolta solo in armonia con i principi generali sui rapporti tra organo collegiale titolare del potere (di disporre la variazione urbanistica) e l’organo monocratico delegato, sicché il termine entro cui deve essere ratificato il contenuto delle decisioni assunte dal rappresentante non può essere interpretato nel senso di privare l’organo collegiale del potere stesso.

Sul punto, è stato osservato che l’effetto di decadenza dovrà essere inteso nell’unica prospettiva di costituire un limite di efficacia del potere esercitato dall’organo monocratico qualora non intervenga entro i termini previsti *ex lege* la ratifica dall’organo effettivamente titolare del medesimo potere (v. TAR Lombardia – Milano, II, 14 gennaio 2009, n. 90).

Ne discende che la violazione del termine previsto *ex art.* 17, co. 5, L.R. n. 9/1999, pur suscettibile di determinare il venir meno degli effetti della variante urbanistica decorsi trenta giorni dall’approvazione della VIA-AIA, non è comunque in grado di incidere sulla legittimità dell’atto di ratifica del Consiglio Comunale (*i.e.* DCC n. 27 del 2013).

4. Rispetto al secondo profilo – *sub* (ii) – è stato osservato che la ratifica è un atto c.d. di convalida di un provvedimento viziato da incompetenza; si assume, cioè, che la ratifica consista nell’adozione da parte dell’organo competente di un atto volto ad eliminare il vizio di incompetenza.

Tuttavia, autorevole dottrina ha contribuito a formare il convincimento che la ratifica assuma un significato specifico con riferimento alle vicende nelle quali esiste la legittimazione straordinaria di un organo ad emanare un provvedimento,

ma le norme prevedono che l'organo competente debba far proprio (*recte* ratificare) quello stesso provvedimento (cfr., MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2001).

La ratifica in questi casi non sarebbe propriamente una convalida, in quanto non presuppone un vizio da eliminare (*e.g.* incompetenza), ma una legittimazione straordinaria che richiede l'adesione dell'organo avente la competenza a decidere.

Ciò trova conferma nel regime di efficacia delle determinazioni, atteso che gli effetti della ratifica si producono *ex tunc* e sono retroattivi, atteso che l'organo legittimato in via ordinaria aderisce agli effetti dell'atto assunto dall'organo legittimato in via straordinaria.

In questi casi, poiché il delegato è legittimato – ancorché in via straordinaria – all'adozione della determinazione della conferenza di servizi (*e.g.*, il Sindaco alla stipula dell'accordo di programma *ex art.* 34 TUEL) non ricorre neppure un vizio di incompetenza dell'organo all'adozione del provvedimento, bensì un tema di adesione da parte dell'organo consiliare legittimato in via ordinaria alla scelta.

Ne segue che l'atto non può dirsi viziato in origine e resta efficace ancorché in via provvisoria, mentre la ratifica rende definitiva l'efficacia del provvedimento anteriormente precaria andando a consolidare gli effetti della decisione del Sindaco.

Invero, il Consiglio comunale può decidere di non avallare la variante urbanistica non ratificando il provvedimento entro il termine previsto *ex lege* di efficacia provvisoria, ma una volta decorso il predetto termine non viene meno la possibilità per l'organo di ratificare la variante urbanistica.

5. Peraltro, nella Sentenza il TAR non ha neppure considerato gli ulteriori profili di contestazione relativi, in termini più generali, all'inesauribilità del potere amministrativo.

Sul punto, nel secondo motivo di doglianza è stato rilevato che l'Amministrazione comunale che non abbia tempestivamente adempiuto non perde comunque il potere di provvedere.

A tal riguardo, il più conferente indirizzo dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato ha confermato che la decadenza *ex se* non preclude l'approvazione tardiva del provvedimento, sicché l'approvazione della variante agli strumenti urbanistici ben può intervenire dopo il termine a condizione della perdurante eseguibilità degli interventi progettati (cfr. *ex multis* Cons. Stato, V, 1 luglio 2005, n. 3666; v. anche TAR Veneto – Venezia, II, 14 dicembre 2011, n. 1829).

In questa prospettiva, il Comune di Baricella ha effettivamente provveduto a ratificare la variante con la DCC n. 27 del 2013 che non è stata annullata dall'Amministrazione comunale né per violazione dell'art. 17, co. 5, L.R. n. 9/1999, né per altre ragioni.

Ora, poiché la ratifica della variante urbanistica è effettivamente intervenuta (ancorché tardivamente), il vizio che l'Amministrazione regionale intende far valere ai fini del dell'annullamento d'ufficio è meramente formale e, quindi, insufficiente a sostenere la motivazione del provvedimento regionale.

Sul punto, la motivazione della Sentenza non coglie il profilo di censura limitandosi a ritenere che il punto controverso non sia la legittimità del provvedimento del Consiglio comunale, bensì l'esistenza (o meno) dell'effetto di variante.

6. Senza dire, peraltro, che nel caso in esame risulta *per tabulas* che il provvedimento di variante urbanistica è stato adottato nel corso della prima seduta utile del consiglio comunale di Baricella.

La tardiva adozione del provvedimento di ratifica, dunque, ben può trovare giustificazione nella motivazione del ritardo e la scelta dell'Amministrazione risultare comunque perfettamente conforme ai canoni costituzionali *ex art. 97 Cost.*

Ove così non fosse, portando alle estreme conseguenze la valutazione della Regione, l'effetto di decadenza della variante urbanistica conseguente al decorso del termine previsto *ex art. 17, co. 5, della L.R. n. 9/1999* renderebbe di fatto necessario l'avvio di un nuovo procedimento pur a fronte di un provvedimento del Consiglio Comunale di Baricella che, ritenuto autonomamente *“opportuno e necessario ratificare le varianti urbanistiche”* di cui alla VIA-AIA del D.G.P. n. 248 del 2013 ne ha *“condiviso le scelte”*, in patente contrasto con le previsioni che ispirano e regolano l'esercizio della funzione amministrativa in quanto elemento di aggravio dell'attività procedimentale *ex art. 1 della l. n. 241/1990*.

7. Su tali aspetti, che riguardano anche la *ratio* del modulo procedimentale e del termine decadenziale delineato dalla norma regionale la motivazione della Sentenza non si sofferma, sicché la decisione si rivela affetta anche da un vizio di omessa pronuncia su elementi che risultano decisivi per affermare l'illegittimità dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

*

III.1 *Error in iudicando.* – Erroneità della motivazione e/o omessa pronuncia nella parte in cui sono stati disattesi i profili di illegittimità per “violazione e falsa applicazione dell’art. 1, (...) e 21-nonies l. 7 agosto 1990, n. 241, atteso che la Regione è intervenuta in autotutela oltre il termine di diciotto mesi previsto a tutela dell’affidamento sulla legittimità della variante urbanistica di cui alla DGP n. 248/2013 e ratificata con la DCC n. 27/2013. – Eccesso di potere per falsità dei presupposti atteso che la Regione ha negato l’esecutività della DCC n. 27/2013”.

1. Con il terzo motivo di doglianza, la Società ha contestato l'illegittimità del provvedimento tutorio per violazione dell'affidamento e, in ogni caso, delle garanzie procedurali.

In particolare, è stato osservato che il provvedimento della Regione si fonda sull'assunto che mancava il presupposto per la validità della proroga della VIA-AIA in quanto il provvedimento di ratifica del Consiglio comunale del 23 settembre 2013 è illegittimo.

Sul punto, il Giudice di prime cure ha disatteso il profilo di censura relativo al difetto dei presupposti *ex art. 21-nonies* l. n. 241/1990 osservando che “*non sono trascorsi diciotto mesi dalle determinazioni che sono state annullate d'ufficio con i provvedimenti impugnati*” (par. 6-bis Sent).

2. La motivazione della Sentenza, al di là della sinteticità, sconta un vizio di approssimazione rispetto alle censure del ricorso.

Il Giudice di prime cure, infatti, si limita a prendere atto dell'oggetto dell'intervento tutorio, senza considerare i presupposti da cui muove l'accertamento (e, quindi, la ragione) dell'annullamento d'ufficio. In altri termini, la motivazione della Sentenza finisce per escludere la fondatezza del rilievo assumendo che le ragioni da cui muove l'intervento in autotutela fossero note – e conoscibili – solo al momento della intervenuta proroga (2018).

A tal riguardo, è utile rammentare come la delibera del Consiglio Comunale n. 27/2013 non sia stata oggetto di alcun provvedimento di autotutela (e.g., annullamento d'ufficio *ex art. 21-nonies* l. n. 241/1990).

Se è vero che non è stato maturato il termine di 18 mesi dal provvedimento di proroga, è pacifico ed incontestato che il provvedimento di annullamento della proroga della VIA-AIA è stato comunicato il 30 ottobre 2019 a distanza di oltre 6 anni dall'approvazione del progetto VIA-AIA.

È altresì pacifico che dal giorno in cui la VIA-AIA è stata approvata siano trascorsi più di 5 anni e che dal giorno in cui l'Amministrazione ha avuto conoscenza della tardività del provvedimento di ratifica (*i.e.*, 5 gennaio 2018) siano trascorsi più di 18 mesi.

Il provvedimento tutorio, dunque, è fondato su ragioni attinenti il mero ripristino della legalità violata, stante il profilo evidentemente solo formale del vizio della DCC n. 27 del 2013.

3. Sulla scorta di tali considerazioni, è stato evidenziato nel giudizio di primo grado come i provvedimenti impugnati siano stati assunti in violazione dei più recenti principi normativi e giurisprudenziali che regolano l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Come osservato dall'Adunanza plenaria (17 ottobre 2017, n. 8) la tradizionale teoria dell'inesauribilità del potere amministrativo “... *debba essere almeno in parte rimeditata nell'attuale fase di evoluzione di sistema, che postula una sempre maggiore attenzione al valore della certezza delle situazioni giuridiche e alla tendenziale attenuazione dei privilegi riconosciuti all'Amministrazione, anche quando agisce con poteri squisitamente autoritativi e nel perseguimento di primarie finalità di interesse pubblico*”.

Logico corollario di tale ragionamento è il venir meno della figura del c.d. “*interesse pubblico in re ipsa*” e, dunque, di “*un assetto in tema di presupposti per l'esercizio dell'autotutela decisoria tale da espungere in via ermeneutica due elementi normativamente indefettibili quali la ragionevolezza del termina e la motivata valutazione dei diversi interessi in gioco*”.

Si osserva, infatti, che “*una volta affermata la sussistenza di un interesse pubblico in re ipsa al ripristino della legittimità violata, non residuerebbero in alcun caso effettivi spazi per l'Amministrazione per non esercitare il proprio ius penitendi attraverso l'annullamento d'ufficio*”.

Il percorso evolutivo tracciato dall'Adunanza plenaria è culminato con le modifiche apportate all'art. 21-*nonies*, co. 1, ultimo periodo, della legge generale sul procedimento amministrativo. La previsione di un termine non superiore a diciotto mesi (oggi 12 mesi) per annullare d'ufficio l'atto illegittimo, ove il privato

destinatario sia estraneo al prodursi del vizio, comporta il consumarsi del potere di intervenire in autotutela.

In altri termini, il nuovo regime normativo *“ha posto uno sbarramento temporale all’esercizio del potere di autotutela, rappresentato da «diciotto mesi dal momento dell’adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione dei vantaggi economici»*” (cfr. Cons. St., VI, 31 agosto 2016, n. 3762; VI, 10 dicembre 2015, n. 5625).

Per quanto attiene agli ulteriori presupposti per adottare un provvedimento di secondo grado, preme richiamare l’ormai consolidato orientamento secondo cui *“l’autotutela non può, infatti, essere finalizzata al mero ripristino della legalità violata, ma deve essere il risultato di un’attività istruttoria adeguata che dia conto della valutazione dell’interesse pubblico e di quello del privato che ha riposto affidamento nella conservazione dell’atto”* (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 28 giugno 2017, n. 3154).

La necessaria tutela della certezza dei rapporti giuridici, ormai consacrata nella nuova formulazione dell’art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 osta all’adozione di atti di autotutela decisoria assunti dopo un lasso (18 mesi) che lo stesso Legislatore considera congruo per consolidare l’affidamento del privato, superando il precedente orientamento che imponeva un’indagine sulla ragionevolezza del termine.

Sulla scorta di tali considerazioni la motivazione della Sentenza non può che ritenersi frutto di una erronea approssimazione rispetto alla vicenda fattuale che sottende l’adozione del provvedimento di annullamento d’ufficio.

4. Si è osservato poi che anche alla luce delle più recenti pronunce del Giudice Amministrativo nei casi di annullamento d’ufficio dei provvedimenti amministrativi il *“criterio della ragionevolezza”* è assolutamente dirimente (Cons. St., VI, 8 settembre 2020, n. 5410; 15 giugno 2020, n. 3787).

A tal riguardo, è stato peraltro evidenziato in atti che non c'è evidentemente alcun discrimine tra la conoscenza del (preteso) vizio del provvedimento di ratifica della variante urbanistica prima e dopo la richiesta di parere da parte del Comune di Baricella alla Regione (a che titolo, poi, non è dato sapere).

Peraltro, nel rilevare come la pregressa conoscenza della tardività del provvedimento di notifica sarebbe elemento di “*puro fatto*”, la Regione riferisce che “*in assenza della volontà che solo il Comune poteva esprimere trattandosi di propri atti a mettere in moto il meccanismo dell’art. 21-nonies*” (pag. 17 Memoria costituzione Regione).

Ebbene, anche in questo caso delle due, l'una: o si tratta di un atto che poteva esprimere solo il Comune, con tutto ciò che ne consegue in ordine ai già richiamati profili di incompetenza (cfr. *motivo I.4*) e/o difetto dei presupposti in assenza dell'annullamento d'ufficio del provvedimento di ratifica da parte del Comune (cfr. *motivo III.1-2*); ovvero, la tardività del provvedimento di ratifica – come “*elemento di puro fatto*” – avrebbe potuto e dovuto essere apprezzata già a partire da gennaio 2018 (nel parere non favorevole in data 5 gennaio 2018, [doc. 3.a], si rappresentava che “*(...) a seguito dell’esito positivo della Valutazione di Impatto Ambientale per la realizzazione di un primo ampliamento per RSU della discarica esistente esaurita e lascio dell’AIA di cui alla Delibera di Giunta Provinciale n. 248 del 23/07/2013, la variante specifica agli strumenti urbanistici propria di quel procedimento è stata recepita e ratificata con Delibera del Consiglio Comunale n. 27 del 26/09/2013*”).

5. Sotto altro profilo sono rimaste del tutto prive di considerazioni nella motivazione della Sentenza le doglianze articolate nel ricorso introduttivo del giudizio (cfr. *motivo III.3-4*) sul difetto dei presupposti per l'esercizio dell'autotutela in violazione dell'art. 21-nonies.

A tal riguardo, è stato osservato che il provvedimento impugnato avrebbe dovuto esplicitare le ragioni di interesse pubblico prevalenti sull'affidamento del

privato sulla legittimità della variante urbanistica di cui alla DGP n. 248/2013 e ratificata con la DCC n. 27/2013. Così non è stato.

Infine, nel ricorso introduttivo del giudizio la Società ha evidenziato che i provvedimenti amministrativi sono per loro natura imperativi ed esecutivi e producono effetti a prescindere dalla validità, sino al punto che l'efficacia del provvedimento illegittimo, per essere sospesa, necessita di un nuovo atto da parte dell'Amministrazione *ex art. 21-quater* della l. n. 241/1990, ovvero di un ordine del Giudice. Ne deriva che la motivazione del provvedimento della Regione, laddove ritiene che la ratifica tardiva della variante urbanistica non possa produrre effetti, è del tutto carente, non potendo evidentemente l'Amministrazione regionale negare l'efficacia della DCC n. 27/2013.

Rispetto a tali profili la Sentenza del TAR è viziata per omessa pronuncia.

III.2 *Error in iudicando*. Erroneità della motivazione nella parte in cui ha ritenuto non prospettati i vizi di illegittimità per “*III. Violazione e falsa applicazione dell’art. 1, 7, 10 (...) l. 7 agosto 1990, n. 241 – (...) Eccesso di potere per difetto d’istruttoria e carenza della motivazione avendo l’Amministrazione omesso il contributo procedimentale di HerAmbiente*”.

1. Con il terzo motivo di ricorso introduttivo del giudizio la Società ha lamentato altresì la violazione delle garanzie procedimentale nell'ambito dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

In particolare, stante la pacifica natura discrezionale dell'atto di annullamento d'ufficio, HerAmbiente ha contestato all'Amministrazione la violazione dell'art. 7 e 10 della l. n. 241/1990, atteso che la Società avrebbe potuto offrire – già in sede procedimentale – ogni utile apporto collaborativo al fine di superare le (pretese) ragioni di pubblico interesse poste a fondamento del provvedimento dell'Amministrazione regionale.

A tal riguardo, il Giudice di prime cure ha ritenuto che la censura sia infondata in quanto la mancanza della comunicazione di avvio del procedimento non

costituisce vizio invalidante, assumendo che i rilievi prodotti nel procedimento sarebbero stati gli stessi del Giudizio (*“se parte ricorrente avesse proposto le medesime censure nel procedimento partecipato, il contenuto dei provvedimenti non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”* - par. 7-bis pag. 19 Sent.).

2. Come si è avuto modo di osservare nel ricorso e nel corso dell'istruttoria, la Società ha dato piena evidenza di come il provvedimento impugnato non fosse assistito da ragioni di pubblico interesse e alla luce dei dati tecnico-contabili prodotti in atti l'interesse pubblico militasse anzi in senso diametralmente opposto a quello apparentemente sotteso alla determinazione della Regione.

In particolare, rispetto al parametro di ragionevolezza, sono stati evidenziati gli effetti conseguenti all'indisponibilità delle potenzialità della discarica di Baricella già autorizzate e venute meno per effetto dei provvedimenti impugnati.

A tal fine, è stata prodotta in atti la *Nota Tecnica sugli impatti dovuti alla mancata realizzazione della discarica di Baricella – aprile 2021* resa dall'Ing. Paolo Zopellari nella quale sono stati evidenziati - in dettaglio - *“gli impatti ambientali, gestionali ed economici associati alla non disponibilità della discarica di Baricella per la gestione dei rifiuti speciali non pericolosi, assumendo come riferimento i flussi gestiti da Herambiente nel corso dell'anno 2020”* (doc 30 fasc.pr.gr.).

Sul punto, in estrema sintesi e per offrire una misura di come l'illegittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati si sia riflessa nella realtà degli accadimenti, si è osservato che nel 2020 il Gruppo Herambiente ha gestito circa 363.000 tonnellate di rifiuti speciali non pericolosi da produttori regionali di cui 286.500 tonnellate sono state avviate a trattamento in impianti regionali mentre le restanti 76.500 tonnellate sono state conferite in impianti *extra* regionali per mancanza di disponibilità interne.

Nella relazione emerge con chiara evidenza come alla luce dei dati di monitoraggio resi disponibili dalla Regione di cui alla DGR n. 1625/2020 (doc. 29 fasc.pr.gr.) la non disponibilità della discarica di Baricella comporta una chiara inefficienza logistica che vede la percorrenza di circa 428.000 chilometri in più per lo smaltimento dei rifiuti prodotti nella regione Emilia-Romagna, con aggravio dell'impatto ambientale in termini di emissioni da traffico veicolare. Senza considerare che la mancata realizzazione comporta altresì un aumento del valore medio di prezzo di trasporto dei rifiuti.

Tali dati, invero, risultano confermati altresì da un **aggiornamento** della nota tecnica già prodotta in atti nel giudizio di primo grado al “*primo semestre del 2021*”, dalla quale risulta – con tutta evidenza – che dal confronto di scenari che prevedono ovvero escludono la possibilità di utilizzare l'ampliamento approvato: “*la non disponibilità della discarica di Baricella comporta una inefficienza logistica che vede la percorrenza di circa 693.000 chilometri in più per lo smaltimento dei rifiuti prodotti in regione Emilia-Romagna data la necessità di ricorrere anche ad impianti esteri; con “aggravio dell'impatto ambientale in termini di emissioni da traffico veicolare indotto stimabile in circa 128 kg di polveri, 2.142 kg di Ossidi di Azoto e circa 486 tonnellate di CO2*” (doc. all. appello).

In questa prospettiva è stato sottolineato chiaramente come l'unico interesse pubblico suscettibile di rilevare sia quello della realizzazione dell'ampliamento della discarica di Baricella già autorizzato che permetterebbe una significativa ottimizzazione della gestione dei rifiuti prodotti in Regione, sia in termini di riduzione degli impatti ambientali da traffico veicolare indotto, sia in termini economici, assicurando il duplice obiettivo di autosufficienza e di gestione in impianti prossimi ai luoghi di produzione cui lo smaltimento dei rifiuti è soggetto limitando il ricorso a discariche e/o impianti ubicati in territori extra regionali per soddisfare il fabbisogno della Regione Emilia Romagna.

In merito al principio di prossimità, pur riconoscendo la libera circolazione sul territorio nazionale, il Legislatore ha manifestato il *favor* per la c.d. autosufficienza dello smaltimento, funzionale alla riduzione degli impatti ambientali derivanti dalla movimentazione dei rifiuti in ossequio ai canoni di ragionevolezza (Cons. St. 12 maggio 2017, n. 2238)

È evidente come la valutazione già resa in seno alla Conferenza di Servizi con cui è stata approvata la realizzazione della discarica di Baricella permetterebbe di perseguire il duplice obiettivo di autosufficienza e di gestione in impianti prossimi ai luoghi di produzione (*principio di prossimità*) a cui, per norma, lo smaltimento dei rifiuti è soggetto.

Tali principi sono anche alla base della pianificazione regionale citando il documento sulle linee strategiche di Piano per il 2022-2027 approvato con DGR 643 del 03/05/202 e l'obiettivo regionale dell'autosufficienza nella gestione dei rifiuti speciali è da tempo disatteso, atteso che il fabbisogno di trattamento non soddisfatto ammonta a circa 400.000 t/a.

Si tratta all'evidenza di elementi che confermano come le determinazioni impugnate siano contrarie ai principi imparzialità e buona andamento *ex art. 97 Cost.* come declinati anche alla luce del principio di autosufficienza e prossimità *ex art. 182-bis* della Parte IV del d.lgs. 152/06 e s.m.i.

3. Sul merito delle osservazioni contenute nella nota tecnica il Giudice di prime cure non ne ha esaminato il contenuto ritenendo che la *“Nota Tecnica sugli impatti dovuti alla mancata realizzazione della discarica di Baricella – aprile 2021”* non possa essere acquisito al giudizio perché non presentato nella forma dei motivi aggiunti di ricorso, mentre *“l’analogo profilo di censure contenuto nel ricorso introduttivo fa esclusivo riferimento alla circostanza che il provvedimento di autotutela sia stato adottato oltre il termine di 18 mesi successivi all’adozione del provvedimento da annullare (pagina 27 del ricorso introduttivo)”* (par. 7-bis Sent).

L'assunto del Giudice di prime cure è erroneo per due concorrenti ragioni.

Anzitutto, come emerge dalla mera lettura (anche solo dalla rubrica) del terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, la Società ha contestato, sia il difetto dei presupposti per l'attivazione del potere di autotutela in violazione dell'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 (cfr. *motivo III.2*, relativamente al termine; e *motivo III.3-4*, relativamente all'interesse pubblico); sia la violazione delle garanzie procedurali *ex art. 7 e 10* della l. n. 241/1990 (cfr. *motivo III.5*).

I rilievi della nota tecnica, poi, non formano il contenuto di nuove domande o ragioni rispetto alle censure articolate con il ricorso introduttivo del giudizio, bensì si limita a riportare dati meramente tecnici che costituiscono un elemento di prova relativamente alla sussistenza del (solo) interesse pubblico alla realizzazione dell'ampliamento della discarica alla luce del c.d. principio di prossimità.

Ciò, invero, a conferma dell'insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere *ex art. 21-*nonies* l. n. 240/1990* già contestato nel ricorso introduttivo del giudizio (par. *motivo III.3-4 ricorso*).

4. Non solo. La nota tecnica prodotta in atti nella fase istruttoria, infine, è elemento di prova altresì della illegittimità dell'azione complessivamente spiegata dall'Amministrazione regionale rispetto alla violazione delle garanzie procedurali (par. *motivo III.5 ricorso*).

Nell'odierna fattispecie, infatti, la Società avrebbe potuto offrire già in sede procedimentale ogni utile apporto collaborativo – ivi inclusi i dati tecnici riportati nella nota – al fine di superare le ragioni poi poste a fondamento dei provvedimenti impugnati.

Su tali elementi la motivazione della Sentenza sconta quindi un errore di fondo, non tenendo conto, né del contenuto delle doglianze già prospettate nel (terzo) motivo del ricorso introduttivo del giudizio, né del contenuto della nota tecnica, la quale con tutta evidenza riporta solo elementi tecnici e fattuali che

possono certamente valere per le censure già introdotte senza costituire *ex se* elementi per fondare domande e/o ragioni nuove della domanda.

P.Q.M.

voglia l'ecc.mo Giudice adito, disattesa ogni domanda, istanza od eccezione contraria, nel merito, accogliere i motivi a sostegno del presente ricorso in appello e, per l'effetto, annullare e riformare la sentenza del TAR Emilia-Romagna Bologna, Sez. I, 6 luglio 2021, n. 672. Con ogni ulteriore conseguenza di legge, anche in ordine alle spese di giudizio. Ai sensi del D.P.R. n. 115/2002 sulle spese di giustizia, si dichiara che la presente controversia ha un valore indeterminato e, pertanto, è soggetta al pagamento del contributo unificato nella misura di Euro 975,00.

Roma, 15 novembre 2021

Prof. Avv. Aristide Police