

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 28 GIUGNO 2007, n. 3794: un'articolata pronuncia con la quale viene respinto il ricorso presentato da una società di telefonia contro l'ordinanza con la quale il Comune ha sospeso i lavori di installazione di una antenna radio mobile.



REPUBBLICA ITALIANA

N.3794/2007

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Reg.Dec.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

N. 8669 Reg.Ric.

ANNO 2006

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Alcatel Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Valter Cassola, ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio dell'avv. Gianmaria Camici, via Monte Zebio, n. 30,

contro

il Comune di Fasano, in persona del Sindaco p.t., non costituito,

e nei confronti

- di Egnathia Iniziative Turistiche s.r.l. e di Egnathia Golf Club s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avv. ti Giovanni Pellegrino e Ernesto Sticchi Damiani, e domiciliate presso lo studio del primo in Roma, Corso del Rinascimento, n. 11,
- di Wind telecomunicazioni s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita,

per l'annullamento

della sentenza n. 4005 del 2006 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sez. II di Lecce, resa *inter partes*.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle appellate avanti indicate e visto il loro appello incidentale;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 27 aprile 2007, relatore il Consigliere Giuseppe Romeo, uditi l'avv. l'avv. Camici per delega dell'avv. Cassola, l'avv. Sticchi Damiani e l'avv. Gianluigi Pellegrino per delega dell'avv. Giovanni Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con la sentenza di cui viene chiesta la riforma, il TAR Lecce ha dichiarato improcedibile il ricorso (e i motivi aggiunti) proposto dalla Alcatel Italia s.p.a. avverso l'ordinanza di sospensione dei lavori di installazione di un impianto di telefonia mobile in località Savelletri di Fasano, contrada Masciola, già autorizzato con atto n. 81 del 6.4.2005, e il successivo provvedimento

(impugnato con motivi aggiunti) di annullamento d'ufficio di detta autorizzazione n. 81 del 6.4.2005, rigettando conseguentemente la domanda risarcitoria. Con la stessa sentenza è stato rigettato il ricorso incidentale (definito condizionato) delle società Egnathia Iniziative Turistiche s.r.l. e Egnathia Golf Club s.r.l., previa dichiarazione della sua ammissibilità.

Il primo giudice ha dato atto dei vizi che il Comune di Fasano ha evidenziato nella comunicazione di avvio del procedimento del 4.7.2005, e che sono stati richiamati nel provvedimento di autotutela impugnato (il dirigente competente ha “confermato le premesse della nota comunale del 4.7.2005”), per cui tali premesse, facendo “parte integrante dell’atto di autotutela”, dovevano essere tutte contestate. Con le doglianze proposte con i motivi aggiunti (indubbiamente fondate) non è stato – secondo il primo giudice - censurato il profilo (anch’esso richiamato nell’atto di autotutela ed enunciato nella comunicazione di avvio di procedimento al paragrafo “considerato inoltre”), con il quale si evidenziava, “con una valutazione tipicamente discrezionale”, l’incompatibilità dell’intervento edilizio autorizzato con “la cornice di particolare pregio paesaggistico ed ambientale degno di tutela”. Il che rende inammissibili i motivi aggiunti. Il TAR ha, quindi, dato una qualificazione del ricorso incidentale delle “controinteressate”, definendolo “ricorso principale condizionato”, perché “non si vuole paralizzare l’azione del ricorrente principale, ma determinare l’annullamento dello stesso provvedimento impugnato dal ricorrente principale per un profilo diverso ed autonomo”, e una volta dichiaratane la tempestività (le società controinteressate hanno avuto formale conoscenza degli atti del procedimento in data 19.12.2005; l’interesse delle controinteressate ad impugnare *in parte qua* l’atto di autotutela è “risorto” nel momento in cui Alcatel ha impugnato l’atto di autotutela), lo ha rigettato, perché “il

Comune di Fasano ha effettuato la valutazione di compatibilità della SRB con le prescrizioni del P.U.T.T. (diversamente da quanto dedotto), anche se non ne ha dato conto *expressis verbis* nella nota n. 42570 (la valutazione di incompatibilità non è stata contestata – come detto - da Alcatel, con la conseguenza che i motivi aggiunti sono stati dichiarati inammissibili).

2.- Appella Alcatel Italia s.p.a., la quale chiede la riforma della sentenza impugnata, in quanto “non sussistono i presupposti che l’Amministrazione abbia fatto legittimamente uso della motivazione *per relationem* e che conseguentemente Alcatel avrebbe dovuto impugnare anche tale atto richiamato” (l’atto impugnato contiene già una diffusa motivazione), e in quanto il richiamo (contenuto nell’atto impugnato) alle “premesse” dell’atto del 4.7.2005 non può che riferirsi alle sole “premesse”, senza alcun rinvio ad altre argomentazioni, contenute in una parte distinta della comunicazione di avvio del procedimento. Si deduce inoltre che: la comunicazione di avvio del procedimento non è la sede propria nella quale esprimere le motivazioni dell’atto finale; la Amministrazione era, al momento della emissione di quest’ultimo, al corrente del rilascio dell’autorizzazione paesaggistica da parte della Soprintendenza di Lecce; le società controinteressate hanno lamentato, con il ricorso incidentale, il preteso contrasto con il vincolo ambientale che non sarebbe stato rilevato in sede di autotutela; la comunicazione di avvio del procedimento si limita alla mera constatazione che l’impianto ricade all’interno di un’area paesaggisticamente vincolata, la quale avrebbe potuto costituire motivo di annullamento; la società ricorrente ha dedotto con il primo motivo aggiunto avverso il provvedimento di autotutela il difetto di motivazione e la violazione dell’ordinanza n. 886/2005 del TAR Puglia, e tale difetto di

motivazione coinvolge anche ogni affermazione sulla presunta incompatibilità del progetto con il vincolo stesso.

La società appellante contesta anche la statuizione sulla ricevibilità e ammissibilità dell'appello incidentale delle c.d. controinteressate, e ripropone le censure non esaminate dal primo giudice, la cui fondatezza lo stesso primo giudice ha incidentalmente affermato.

3.- Si sono costituite le due società intimato, le quali contestano la fondatezza dell'appello, e propongono appello incidentale, in via tuzioristica, avverso il capo della sentenza che qualifica il loro originario ricorso incidentale quale appello incidentale condizionato, dovendo invece la loro impugnazione avverso l'atto di annullamento essere considerata quale ricorso incidentale, perché "mirava ad impedire quello che sarebbe stato l'effetto tipico dell'accoglimento del ricorso principale, vale a dire la reviviscenza della vecchia autorizzazione (n. 81/2005)".

4.- Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'udienza del 27 aprile 2007.

Prima di esaminare la questione principale sottoposta all'attenzione del Collegio, è bene rilevare la fondatezza dell'appello nella parte in cui viene ritenuto ammissibile il ricorso incidentale (la cui qualificazione di "condizionato" viene contestata in questa sede dalle appellanti incidentali), proposto da queste ultime avverso l'atto di autoannullamento, perché questo non avrebbe dato atto dell'ulteriore vizio di legittimità della autorizzazione n.81/2005 (annullata dal Comune di Fasano su sollecitazione delle stesse società), dovuto alla incompatibilità ambientale dell'intervento edilizio assentito.

Rispetto all'intervento edilizio realizzato da Alcatel, le appellanti incidentali sono semplicemente dei vicini, titolari di un diritto di proprietà su un'area interessata dall'impianto

turistico ricettivo, assentito dal Comune di Fasano, e, sebbene abbiano provocato l'annullamento di ufficio, non assumono la qualità di controinteressati in senso giuridico formale, non essendo contemplati nell'atto di autoannullamento impugnato.

Piuttosto esse avrebbero potuto impugnare la autorizzazione edilizia n. 81/2005, che è stata annullata in via di autotutela, ma hanno preferito rappresentare al Comune di Fasano le illegittimità della autorizzazione edilizia a suo tempo rilasciata ad Alcatel Italia, con ciò precludendosi la possibilità di impugnare la menzionata autorizzazione n. 81 del 2005 nella loro qualità di proprietari confinanti.

D'altra parte, l'impugnativa dell'atto di autoannullamento per quello che non contemplerebbe (cioè la valutazione sotto il profilo ambientale dell'intervento edilizio assentito) appare come un espediente per proporre una censura che investe direttamente la autorizzazione edilizia n. 81/2005, che sarebbe stata appunto rilasciata senza la verifica della compatibilità ambientale.

Che sia così, è dimostrato dalla mera considerazione degli effetti di una ipotetica caducazione dell'atto di autoannullamento in accoglimento della censura proposta. L'atto di autoannullamento verrebbe ad essere eliminato dall'esistente giuridico, con la conseguenza di una piena reviviscenza della autorizzazione n. 81/2005, che le appellanti vogliono che venga caducata non solo per i motivi espressi nell'atto di autoannullamento, ma anche per quello da loro dedotto.

Pare che a questo proposito vi sia stata (anche da parte del primo giudice) una sovrapposizione di due piani, quello amministrativo - procedimentale e quello processuale.

Le società appellanti incidentali non hanno (e non potevano) dedurre, in sede processuale, il vizio di omessa esternazione di un vizio dell'atto di autoannullamento, perché, tra i molti possibili vizi di un atto autoannullato, l'Amministrazione non è tenuta a menzionare tutti i possibili vizi, essendo sufficiente che quello elencato sia idoneo a giustificare l'intervento in via di autotutela.

Diversamente avviene in sede processuale, laddove (e di questa situazione ha fatto applicazione lo stesso primo giudice per dichiarare inammissibili i motivi aggiunti) il ricorso proposto avverso l'atto di autoannullamento deve riguardare tutti i vizi che l'Amministrazione ha elencato nell'atto impugnato, essendo la mancata contestazione di un solo vizio tra quelli elencati, sufficiente a impedire l'annullamento dell'atto impugnato.

Il tentativo, dunque, del primo giudice di distinguere il ricorso incidentale da quello condizionato, si rivela inutile, e questo a prescindere dalla considerazione che lo stesso primo giudice fa in ordine alla reviviscenza dell'interesse all'impugnativa da parte delle società appellanti incidentali, interesse che "può risorgere" a seguito della impugnativa dell'atto di autotutela da parte del soggetto beneficiario.

Non è dubbio l'interesse delle appellanti incidentali a contrastare l'iniziativa giurisdizionale di Alcatel Italia, ma un tale interesse può al più legittimare un intervento *ad opponendum*, e giammai la richiesta di annullamento dell'atto emanato in via di autotutela "per profili diversi ed autonomi".

D'altra parte, e conclusivamente sul punto, anche le appellanti incidentali hanno, con il ricorso incidentale proposto nel giudizio introdotto con ricorso n. 939/05 (da parte di Alcatel Italia s.p.a.), concluso dopo il "P.Q.M." che "il Tribunale voglia in via preliminare, previo diniego della

tutela cautelare invocata dalla Alcatel Italia s.p.a., rigettare l'impugnativa proposta con il ricorso introduttivo del giudizio e con gli atti di motivi aggiunti successivamente notificati" e, "in via subordinata, accogliere il gravame proposto in via incidentale e concedere la tutela cautelare invocata...".

Una richiesta esplicita di annullamento del provvedimento impugnato, perché "adottato in palese omissione della normativa e dei principi indicati in epigrafe", sarebbe stata contraddittoria con la palese volontà di rimuovere la autorizzazione edilizia n. 81/2005, nei cui confronti non era stata a suo tempo proposta alcuna iniziativa giurisdizionale.

5.- La appellante contesta anche la dichiarazione di inammissibilità dei motivi aggiunti dalla stessa proposti avverso l'atto di autoannullamento della autorizzazione paesaggistica n. 81/2005.

Secondo il primo giudice, Alcatel Italia non ha impugnato il profilo di illegittimità della menzionata autorizzazione che è stato esplicitato nella comunicazione di avvio del procedimento del 4.7.2005, e che è stato "confermato" nel contestato provvedimento di autotutela, vale a dire che "l'impianto radio base ricade in un'area soggetta a vincolo di cui alla legge 1497/1939, nonché in prossimità di un'area soggetta a vincolo archeologico che rappresentano in uno con la visuale panoramica della distesa di ulivi una cornice di particolare pregio paesaggistico ed ambientale degno di tutela".

Sul punto, Alcatel Italia pone una questione priva di spessore teorico, in quanto involge la corretta lettura da dare ai due atti nei quali si è sostanziato l'intervento del Comune di Fasano in via di autotutela: comunicazione di avvio del procedimento del 4.7.2005 e atto di annullamento d'ufficio del 5.12.2005.

Sulla stretta connessione dei sue atti dell'unico procedimento non vi sono dubbi, come non vi sono dubbi sul fatto che il Comune di Fasano ha fatto corretta applicazione del principio di affidamento nei confronti di Alcatel, titolare della situazione di vantaggio alla stessa assicurata dall'atto (autorizzazione edilizia n. 81/2005) che l'amministrazione comunale si accingeva ad annullare. Prima di emanare l'atto di annullamento di ufficio, il dirigente comunale ha, infatti, dato comunicazione di avvio del relativo procedimento, esplicitando (sotto diversi paragrafi: "Premesso", "Considerato", "Verificato", "Ritenuto", "Considerato Inoltre") le ragioni di avvio "del procedimento di annullamento in via di autotutela in virtù delle norme e motivazioni precedentemente esposte, dell'autorizzazione n. 81 rilasciata in data 6.4.2005 alla Società Alcatel Italia s.p.a."

"Le norme e motivazioni precedentemente esposte", quindi, fanno tutte parte integrante dell'unico atto di avvio di procedimento, che si è concluso appunto con l'annullamento della autorizzazione edilizia. Nell'atto conclusivo del procedimento, il dirigente comunale richiama (tra l'altro) la nota comunale di avvio del procedimento e la ordinanza di sospensione cautelare (non impugnata) dell'ordine di sospensione dei lavori di installazione di un impianto di telefonia mobile, emessa dal TAR Lecce il 13.7.2005, precisando le ragioni per le quali "i motivi adottati nel ricorso proposto al TAR dalla Società Alcatel Italia" non possono ritenersi fondati, nonostante la diversa statuizione del TAR. Dopo questa premessa, il dirigente comunale ribadisce che " sussist(ono)i motivi di cui all'ordinanza di sospensione" e "conferm(a) le premesse della nota comunale prot. 23530 del 4.7.2005, con la quale si comunica alla Società Alcatel Italia l'avvio del procedimento di annullamento dell'autorizzazione n. 81 del 6.4.2005 (I-703-04)".

L'appellante invoca la corretta applicazione dei principi in tema di motivazione *per relationem* ex art. 3, comma 3, della legge n. 241/1990 e comunicazione di avvio ex art. 7 della legge n. 241/90, sostenendo che: - l'utilizzo della motivazione *per relationem* può essere consentito a condizione che l'atto che contiene la motivazione venga "puntualmente ed espressamente richiamato" (peraltro l'atto impugnato aveva già una sua motivazione); - sono state richiamate solo "le premesse", e non la parte intitolata "considerato inoltre" nella quale vi è peraltro la mera constatazione di un fatto (l'impianto ricade all'interno di una zona paesaggisticamente vincolata); - la comunicazione di avvio del procedimento non è la sede propria per esprimere le motivazioni dell'atto finale (successivamente alla comunicazione di avvio del procedimento, l'Amministrazione ha avuto contezza del richiamo all'autorizzazione paesaggistica, contenuto nell'ordinanza di sospensione cautelare del TAR Lecce); - anche le società controinteressate hanno interpretato l'atto finale nel senso che lo stesso non contenesse alcun riferimento al preteso contrasto con il vincolo paesaggistico; - in ogni caso, non è vero che la società appellante non abbia censurato con i motivi aggiunti (il primo) il difetto di motivazione anche relativamente alla parte in cui si accenna nella comunicazione di avvio del procedimento al vincolo paesaggistico.

Le diffuse e articolate argomentazioni non convincono alla luce dei due atti che sono stati avanti ampiamente riportati.

Anzitutto non è possibile scindere la comunicazione di avvio del procedimento in più parti per significare che l'atto finale di annullamento abbia "confermato" quanto rubricato sotto il titolo "Premesso", escludendo quindi la parte del "Considerato inoltre", che chiaramente enuncia la incompatibilità dell'intervento assentito con il vincolo paesaggistico.

Non è necessario, nella specie, fare analogie con altri provvedimenti (decreti o altro) in punto di distinzione tra parte motiva e dispositivo (come pure ha fatto il primo giudice), perché il dirigente comunale ha “avviato il procedimento in virtù delle norme e motivazioni precedentemente esposte”, e quindi il successivo richiamo, contenuto nell’atto finale, alle “premesse della nota comunale” di avvio del procedimento non può che riguardare tutto quello che in questa nota è stato espresso, prima della enunciazione del dispositivo “Avvia il procedimento di annullamento in via di autotutela”.

Neppure coglie nel segno l’invocata corretta applicazione dell’art. 3 della legge n. 241/1990, perché l’atto finale menziona “puntualmente ed espressamente” la nota di avvio del procedimento già comunicata alla Alcatel, e aggiunge un significativo “inoltre” per indicare che si vogliono integrare le motivazioni esplicitamente enunciate in questo atto finale con quelle di cui alla comunicazione di avvio del procedimento.

Anche l’altra affermazione che l’Amministrazione abbia voluto rinunciare a sottolineare l’incompatibilità dell’intervento con la presenza del vincolo, una volta che nella citata ordinanza cautelare del TAR veniva fatta menzione dell’autorizzazione paesaggistica, non convince.

In effetti, si fa una illazione che non ha riscontro nella lettura degli atti, e si omette di considerare che l’Amministrazione era sicuramente a conoscenza della autorizzazione paesaggistica, dal momento che questa è richiamata nella premessa della autorizzazione edilizia n. 81/2005, per cui è irrilevante il “fatto nuovo”, che, secondo Alcatel, avrebbe indotto l’amministrazione a non motivare l’annullamento “con il richiamo a mere constatazioni, fatte prima dell’ordinanza cautelare, attestanti l’esistenza nell’area de qua di un vincolo paesaggistico”.

Da ultimo, Alcatel rileva che avrebbe errato il primo giudice a ritenere che l'amministrazione abbia richiamato oltre "le premesse" il "considerato inoltre", in quanto la comunicazione di avvio del procedimento non è la sede propria per esprimere le motivazioni dell'atto finale.

È certamente vero che le motivazioni di annullamento di un atto, espresse nel provvedimento finale, possono non coincidere con quelle enunciate nell'atto di avvio del procedimento, nel senso che l'Amministrazione, a seguito dell'apporto dei soggetti intervenuti nel procedimento, può ridurre (ovvero aumentare, sempre che abbia reso partecipi gli interessati) lo spettro dell'illegittimità, ma questo non esclude che possano essere (come nella specie) confermate tutte "le motivazioni esposte" nell'atto di avvio del procedimento. E tra queste motivazioni vi è anche la considerazione che l'impianto ricade all'interno di un'area paesaggisticamente vincolata, la quale considerazione non può essere ridotta ad una "mera constatazione di fatto", come pretende l'appellante, pena la sua inutilità ai fini della dichiarata volontà del dirigente comunale di procedere in via di autotutela nei confronti della autorizzazione n. 81/2005 "in virtù delle motivazioni precedentemente esposte", vale a dire anche per la ritenuta incompatibilità dell'intervento edilizio assentito con il vincolo paesaggistico.

Si può dubitare della sussistenza di questo vizio, a motivo della autorizzazione paesaggistica rilasciata dalla Soprintendenza di Brindisi in data 26.1.2005 (autorizzazione della quale non è fatto cenno né nella comunicazione di avvio di procedimento né nell'atto finale), ma il problema di cui si discute non è quello della legittimità del motivo di annullamento in via di autotutela, bensì quello di una valutazione di incompatibilità con i valori paesaggistici della zona, che non è stata contestata.

Detto questo, resta da esaminare l'ultimo profilo con il quale l'appellante sostiene di avere comunque contestato, con il primo dei motivi aggiunti, il vizio di legittimità di cui si discute.

È evidente il comprensibile tentativo di Alcatel Italia di ampliare la portata della censura di cui al primo (e anche secondo) motivo aggiunto, nel senso di ricomprendere nel dedotto “difetto assoluto di motivazione e carenza di istruttoria” anche la parte della comunicazione di avvio del procedimento (richiamata nell'atto conclusivo) ove si manifesta l'incompatibilità dell'intervento con i valori paesaggistici della zona.

La contestazione non riguardava la incompatibilità dell'antenna con il vincolo paesaggistico gravante sull'area. Essa aveva per oggetto “il parere ambientale reso da ARPA e..un rischio di danno ambientale prodotto dalle onde elettromagnetiche generate dall'impianto nei confronti degli utenti della struttura ricettiva di che trattasi”.

Alcatel Italia s.p.a. ripropone in questa sede un ultimo autonomo vizio (originario quinto motivo aggiunto), con il quale lamenta la falsa applicazione dell'art. 38 del D.P.R. n. 380/2001, in quanto, prima di annullare l'autorizzazione n. 81/2005, era necessario che l'amministrazione comunale procedesse all'acquisizione di ufficio di un nuovo parere ARPA, al fine di valutare la sussistenza del rischio di danno ambientale a carico degli utenti della vicina struttura ricettiva, e, solo in caso di parere ostativo alla realizzazione dell'impianto di telefonia mobile, era possibile rimuovere in via di autotutela l'autorizzazione n. 81/2005.

Il problema posto pare estraneo alla fattispecie in esame, in quanto non si discute di un parere, la cui mancanza è in grado di influire sulla legittimità dell'atto da annullare in via di autotutela, e neppure di una nuova verifica da parte dell'ARPA sul “superamento di esposizione

elettromagnetica per la popolazione residente”. L’intervento in via di autotutela è stato determinato da una incompatibilità dell’impianto assentito con il vincolo paesaggistico, il che esclude che, nella specie, potesse (e/o dovesse) essere espressa una valutazione, previa all’annullamento, su eventuali altri vizi di legittimità da rimuovere nell’atto che si andava ad annullare d’ufficio.

In conclusione, l’appello va respinto con diversa motivazione, e, per l’effetto, va dichiarato inammissibile l’originario ricorso (comprensivo dei motivi aggiunti) sia nella parte in cui si lamentava l’illegittimità dell’ordine di sospensione dei lavori, a motivo dell’intervenuto provvedimento di annullamento di ufficio, sia nella parte in cui si è impugnato quest’ultimo, in quanto lo stesso non è stato contestato nella sua interezza, mentre deve essere dichiarato inammissibile l’originario ricorso incidentale, proposto dalle c.d. controinteressate.

Le spese e gli onorari di giudizio possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in epigrafe con diversa motivazione, e dichiara inammissibile il ricorso incidentale delle società appellate. Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 27 aprile 2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) nella Camera di Consiglio con l’intervento dei Signori:

Claudio Varrone	Presidente
Giuseppe Romeo	Consigliere est.
Francesco Caringella	Consigliere

Bruno Rosario Polito

Consigliere

Roberto Giovagnoli

Consigliere

Presidente

CLAUDIO VARRONE

Consigliere

GIUSEPPE ROMEO

Segretario

MARIA RITA OLIVA

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....28/06/2007
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria