

N. 01291/2014 REG.PROV.COLL.
N. 01181/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1181 del 2014, proposto da:

Wind Telecomunicazioni S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv.
Giuseppe Sartorio, con domicilio eletto presso Elena Giantin in
Venezia, San Marco, 5134;

contro

Comune di Venezia, rappresentato e difeso per legge dagli avv. Antonio
Iannotta, Maurizio Ballarin, Nicoletta Ongaro, domiciliata in Venezia, S.
Marco, 4091;

Regione Veneto, rappresentato e difeso per legge dagli avv. Chiara
Drago, Cecilia Ligabue, Ezio Zanon, domiciliata in Venezia,
Cannaregio, 23;

per l'annullamento

a) della nota prot. gen. n. 2014/342710 del 14.8.2014 con la quale il Responsabile del procedimento del Comune di Venezia ha annullato in autotutela la formazione degli effetti del silenzio assenso, formatosi ai sensi del comma 9 dell'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003, all'istanza (permesso di costruire) 2013/287084 del 27.6.2013 presentata da Wind per il posizionamento di antenne per telecomunicazioni Wind su area, in zona agricola, in NCT al foglio 14 mapp. 2204 in via Indri località Favaro;

b) se e per quanto dovesse occorrere, la disposizione dell'art. 50 del Regolamento Edilizio Comunale, laddove pone il divieto di installare impianti anche nelle aree a verde attrezzato, indicate come sensibili;

c) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale ivi inclusa, se occorrente, la Circolare regionale Veneto 12.7.2014 n. 12, nella parte in cui, punto 2 lett. b), attribuisce, con solare vizio di incompetenza, la potestà alle Amministrazioni Comunali di "definire i siti sensibili (scuole, asili, ospedali, case di cura, parchi e aree per il gioco e lo sport)" e di escludere, in loro corrispondenza, l'installazione di impianti di telefonia mobile.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Venezia e di Regione Veneto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2014 il dott. Giovanni Ricchiuto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso parte ricorrente ha impugnato il provvedimento del 14/08/2014 del Comune di Venezia con il quale si è annullato, in autotutela, gli effetti del silenzio – assenso formatosi ai sensi dell'art. 87 comma del D.Lgs. n. 259/2003 e, ciò, con riferimento ad un'istanza diretta ad ottenere il titolo edilizio per l'installazione di un impianto di telefonia.

Si è, altresì, impugnato l'art. 50 del Regolamento edilizio Comunale, nella parte in sancisce il divieto di installare gli impianti di cui si tratta anche nelle aree a verde attrezzato - indicate come sensibili - sia, ancora la Circolare della Regione Veneto del 12/07/2001 n. 12, disposizione queste ultime entrambe a fondamento del provvedimento di autotutela sopra citato.

Nell'impugnazione così proposta si è sostenuto l'esistenza dei seguenti vizi:

1. la violazione degli artt. 7, 8 e 10 della L. n. 241/90 e la mancata applicazione dell'art. 83 del D. Lgs. 259/03, in quanto il provvedimento di autotutela conterrebbe motivazioni ulteriori rispetto a quelle evidenziate nella comunicazione di avvio;

2. la violazione dell'art. 11 della L. n. 47/1985; l'eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento della Pubblica Amministrazione, del giusto procedimento e della conservazione degli atti giuridici;
3. la violazione della L. n. 36/2001, del D.Lgs. 259/2003, del DM 381/98 e dell'art. 2 della L. n. 241/90;
4. la violazione dell'art. 89 del codice delle comunicazioni elettroniche, dell'art. 50 del Regolamento Edilizio, dell'art. 3 comma primo lett. a) del Dpr 380/2001; l'eccesso di potere; la violazione e mancata applicazione del D.Lgs. 259/2003;
5. la violazione dell'art. 89 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, dell'art. 50 del Regolamento Edilizio; dell'art. 3 comma primo lett.a) del Dpr 380/2001; l'eccesso di potere per difetto di motivazione e per erronea valutazione dei presupposti di fatto;
6. la violazione dell'art. 3 comma 1 lett.d) della L. n. 36/2001 e l' incompetenza assoluta della Regione.

Nel corso del giudizio si costituiva il Comune di Venezia contestando le censure dedotte e chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Si costituiva, altresì, la Regione Veneto sostenendo la legittimità della circolare regionale n. 12 del 2001 e chiedendo, anch'essa, una pronuncia di reiezione.

Alla Camera di Consiglio dell'08 Ottobre 2014, uditi i procuratori delle parti costituite, il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.

1. E' infondato, in particolare, il primo motivo mediante il quale si sostiene che l'Amministrazione comunale, nel provvedimento di autotutela, avrebbe inserito motivazioni ulteriori rispetto a quelle contenute nella comunicazione di avvio del procedimento.

1.1 Sul punto è sufficiente ricordare come la comunicazione di avvio del procedimento ha la funzione di consentire all'interessato di avere notizia dell'attivazione di un determinato procedimento ed è, in quanto tale, una comunicazione diretta a consentire la partecipazione al procedimento in corso, senza per questo costituire un'anticipazione del contenuto del provvedimento definitivo.

1.3 E' altresì, noto come la stessa comunicazione di avvio costituisca un "atto dovuto" nei procedimenti di *"autotutela decisoria, stante la pacifica natura discrezionale dell'atto di annullamento d'ufficio, occorre dar corso alla comunicazione d'avvio del procedimento di ritiro, ai sensi dell'art. 7 L. n. 241/1990, trattandosi di attività di secondo grado incidente su situazioni giuridiche medio tempore consolidate ed astretta pertanto a stringenti limiti applicativi (T.A.R. Campania Napoli Sez. IV, 20-03-2014, n. 1670)"*.

1.4 Al contrario, il preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della L. n. 241/90, costituisce atto endoprocedimentale da adottare nei procedimenti ad istanza di parte e, ciò, sulla base di un costante orientamento giurisprudenziale nella parte in cui ha sancito che *"l'art. 10 bis legge n. 241/1990è applicabile, per espressa previsione legislativa, solamente ai procedimenti che si aprono ad istanza di parte e non quelli a iniziativa di ufficio (T.A.R. Campania Napoli Sez. IV, 03-07-2014, n. 3626)*.

2. Con il secondo motivo si sostiene la violazione dell'art. 11 della L. n. 47/1985 in quanto nel provvedimento impugnato non sarebbe

evincibile l'interesse pubblico alla rimozione degli effetti del silenzio – assenso.

2.1 L'esame del provvedimento consente di smentire le affermazioni della ricorrente e, ciò, considerando che l'Amministrazione ha valutato gli effetti del provvedimento di autotutela sul segnale telefonico, avendo cura di evidenziare come quest'ultimo non sarebbe venuto meno.

2.2 Si consideri, ancora, che la rimozione degli effetti del silenzio – assenso è stata posta in essere in un periodo immediatamente successivo (circa tre mesi dopo) dall'emanazione del parere favorevole dell'Enac, circostanza quest'ultima che consente di ritenere rispettato il presupposto del “*termine ragionevole*” di cui all'art. 21 nonies.

La censura è, pertanto, da rigettare.

3. Non è possibile condividere nemmeno le argomentazioni contenute nei 3°, 4° e 5° motivi, laddove si evidenzia che la destinazione urbanistica dell'area non sarebbe stata attuata né, mediante un provvedimento di esproprio né, ancora, con una convenzione urbanistica.

3.1 In realtà dette censure non considerano come l'attuazione della destinazione potrebbe essere posta in essere in un periodo di tempo successivo, più o meno distante dalla realizzazione dell'impianto.

Va rilevato, inoltre, come costituisca un dato pressoché accertato quello relativo alla contrarietà dell'opera sia, con la circolare Regionale n. 12 Luglio 2001 - nella parte in cui fornisce ai Comuni indirizzi per individuare i siti sensibili nell'ambito dei quali escludere l'installazione degli impianti in questione sia -, ancora, dell'art. 50 Regolamento

edilizio che, a sua volta, recepisce nel territorio comunale le indicazioni contenute nella circolare sopra citata.

3.2 L'infondatezza dei motivi sopra citati è, peraltro, strettamente conseguente alla legittimità delle disposizioni contenute nell'art. 50 del Regolamento e della circolare regionale.

3.3 L'art. 50 si limita, infatti, ad individuare alcune aree sensibili (tra i quali rientrano i parchi e le aree per gioco e lo sport), vietando l'installazione degli impianti in questione in determinate zone e introducendo, così, un criterio diretto esclusivamente alla localizzazione degli impianti che, in quanto tale, non integra la fattispecie di un divieto generalizzato su tutto il territorio comunale.

3.4 Si è affermato che *“vanno considerati criteri localizzativi (legittimi, ancorché espressi "in negativo") i divieti di installazione su ospedali, case di cura e di riposo, scuole e asili nido, siccome riferiti a specifici edifici, mentre vanno ritenute limitazioni alla localizzazione (vietate) i criteri distanziali generici ed eterogenei, quali la prescrizione di distanze minime, da rispettare nell'installazione degli impianti, dal perimetro esterno di edifici destinati ad abitazioni, a luoghi di lavoro o ad attività diverse da quelle specificamente connesse all'esercizio degli impianti stessi, di ospedali, case di cura e di riposo, edifici adibiti al culto, scuole ed asili nido, nonché di immobili vincolati ai sensi della legislazione sui beni storico-artistici o individuati come edifici di pregio storico-architettonico, di parchi pubblici, parchi gioco, aree verdi attrezzate ed impianti sportivi degli impianti (T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I, 10-06-2011, n. 882)”*.

3.5 Ne consegue che l'individuazione dei siti sensibili prescinde dal fatto che la destinazione sia stata, o meno, attuata nel momento in cui si presenta un'istanza di cui all'art. 87 del D. Lgs. 259/2003, risultando

dirimente, al contrario, constatare l'esistenza – o meno - di un effettivo contrasto tra l'opera da realizzare e la destinazione dell'area impressa dalle previsioni dello strumento urbanistico generale e, ciò, in applicazione di un potere conformativo proprio dell'Amministrazione comunale.

3.6 E' del tutto evidente che condividere l'interpretazione di parte ricorrente, nella parte in cui assume a circostanza determinante l'accertamento che la destinazione di una determinata area non sia stata in concreto - e in quel momento – posta in essere, avrebbe l'effetto di incidere sull'effettività del potere pianificatorio del Comune, introducendo un elemento di incertezza circa l'eventuale legittimità dell'opera in un momento successivo, allorquando il parco venisse effettivamente realizzato.

Le censure sopra citate sono, pertanto, infondate e vanno respinte.

4. E' infondato, in ultimo, anche il sesto motivo mediante il quale si sostiene l'illegittimità della circolare Regionale n. 12 12/07/2001, in quanto la Regione avrebbe dovuto dettare ai Comuni i criteri di adozione dei Regolamenti solo con Legge Regionale, e non una Circolare, come poi è avvenuto in concreto.

4.1 Sul punto va rilevato che l'art. 8 della L. 36/2001 attribuisce alle Regioni *“l'esercizio delle funzioni relative all'individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti per telefonia mobile”*, disposto quest'ultimo che consente di ritenere come sia di competenza proprio delle Regioni l'esercizio dei poteri di indirizzo e di direttiva nella disciplina del territorio nella localizzazione degli impianti in questione.

5. In conclusione l'infondatezza di tutti i motivi proposti consente di respingere il ricorso.

6. La complessità della fattispecie esaminata consente di compensare le spese tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge così come precisato in parte motiva.

Compensa le spese di giudizio tra le parti costituite.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Alessandra Farina, Consigliere

Giovanni Ricchiuto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/10/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)