

N. 00410/2010 REG.SEN.
N. 00454/2006 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 la Lombardia
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 454 del 2006, proposto da:

V.T.E. s.r.l., con sede in Varese, in persona del legale rappresentante signor Salvatore Napoleone, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Celant, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, corso Monforte 39

contro

COMUNE di VARESE, in persona del Sindaco pro tempore, avv. Attilio Fontana, rappresentato e difeso dall'avv. Emanuele Boscolo, con domicilio eletto in Milano, via della Guastalla 5, presso l'avv. Michele Brescia

e con l'intervento di

DOMUS AUREA s.r.l., con sede in Milano, in persona dell'A.U. Stefano Toth, cui è subentrata la Finanziaria Immobiliare Monferini

s.pa., con sede in Varese, in persona del legale rappresentante Massimiliano Monferini, rappresentate e difese dall'avv. Gian Luigi Rota di Milano e dall'avv. Gabriele Carrà di Varese, elettivamente domiciliate presso la Segreteria del TAR in Milano, via Conservatorio 13

per l'annullamento

dei seguenti atti:

- [*ricorso*] provvedimento dirigenziale 30 novembre 2005 (prot. gen. n. 55932), notificato il 12.12.05, con cui la Sezione Sportello Unico per l'Edilizia ha negato l'accertamento di compatibilità paesaggistica di un traliccio metallico per infrastrutture di comunicazione elettronica e impianti radioelettrici sito in via del Santuario 15 (mappale 298), ed ha conseguentemente dichiarato improcedibile l'accertamento di conformità ex art. 36 d.p.r. 380/2001 e negato il rilascio in sanatoria del permesso di costruire;
- [*motivi aggiunti*] provvedimento dirigenziale 5 ottobre 2007 (prot. gen. n. 46367), notificato il 10.10.07, con cui lo stesso Ufficio ha ingiunto la demolizione del traliccio.

Visto il ricorso, notificato il 10 e depositato il 17 febbraio 2006;

Visti i motivi aggiunti, notificati il 6 e depositati il 28 dicembre 2007;

Visto il controricorso del Comune;

Visto l'intervento *ad opponendum* di Domus Aurea s.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti atti e documenti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza dell'11 febbraio 2010, relatore il dott. Carmine Spadavecchia, l'avv. Celant per la società ricorrente e l'avv. Boscolo per il Comune;

Considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. In data 26.9.1986 la Società ricorrente presentava domanda di sanatoria (condono edilizio ex art. 31 legge n. 47/1985) per la realizzazione - avvenuta nel 1981, in via del Santuario 15, a margine dell'itinerario del Sacro Monte di Varese, in fregio alla Prima Cappella - di un traliccio di supporto per antenne di radiotelecomunicazioni, utilizzate per fornire servizi radiotelevisivi a copertura del territorio dei comuni di Como e di Varese nonché di quelli circostanti [traliccio in ferro di 27 metri di altezza e superficie in pianta di mq 1,44].

2. A distanza di 16 anni, in data 16.10.1981, il Comune, rilevata l'incompletezza della documentazione essenziale prevista dall'art. 35 della legge n. 47/1985, chiedeva alla Società di presentare documentazione integrativa (elaborati grafici quotati, con individuazione delle antenne, del supporto e della recinzione protettiva; documentazione fotografica relativa alla base del traliccio e alla recinzione; computo metrico estimativo delle opere abusive). Con nota 28.11.2001 la Società trasmetteva la documentazione richiesta.

3. Con nota 26 agosto 2004 il Comune (Sportello Unico per

l'edilizia) comunicava l'avvio del procedimento per la definizione della domanda di condono, preannunciando la convocazione di una conferenza di servizi, stante l'ubicazione dell'impianto in area vincolata ai sensi del codice dei beni culturali [art. 142, primo comma, lett. f), decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 42] e prossima ad un immobile classificato come bene culturale (ex art. 2 d.lgs. citato).

4. Con istanza 1 febbraio 2005 la ricorrente chiedeva l'accertamento della compatibilità paesaggistica, ai sensi dell'art. 1 comma 39 della legge 15 dicembre 2004 n. 308, nonché l'accertamento di conformità ex art. 36 d.p.r. 380/2001, ai fini del rilascio di un permesso di costruire in sanatoria.

5. Con nota 16 maggio 2005 il Comune comunicava (ex art. 10-*bis* legge 241/90) i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. La Società presentava osservazioni, eccepiva la formazione del silenzio-assenso sull'istanza di condono e contestava i pareri espressi sotto il profilo paesaggistico in sede di conferenza di servizi.

6. Con provvedimento dirigenziale 30 novembre 2005 lo Sportello Unico per l'Edilizia, premesso che l'eventuale silenzio-assenso formatosi sulla domanda di condono doveva ritenersi ininfluente, avendo la Società rinunciato a tale effetto per "fatti concludenti" con la presentazione della nuova istanza del 1 febbraio 2005, negava la compatibilità paesaggistica, dichiarava improcedibile l'accertamento di conformità ex art. 36 d.p.r. 380/2001 e denegava

conseguentemente il rilascio del permesso di costruire in sanatoria.

7. La società ha impugnato il diniego col ricorso introduttivo. Con motivi aggiunti ha impugnato, deducendone l'illegittimità derivata, il provvedimento dirigenziale 5 ottobre 2007 con cui è stata ingiunta la demolizione del traliccio.

8. Questi in sintesi, i motivi di ricorso:

- sull'istanza di condono del 26.9.1986, completa di tutta la documentazione necessaria, deve ritenersi formato il silenzio assenso, ex art. 35 legge n. 47/1985, al decorso del biennio dalla sua presentazione (26.9.1988);
- la Società non ha mai rinunciato all'istanza di condono, sicché la premessa contraria da cui muove l'impugnato diniego deve ritenersi erronea; nessun intento abdicativo può desumersi dall'istanza 1.2.2005, presentata dalla ricorrente su indicazioni fuorvianti dell'Amministrazione, tanto più che lo stesso Comune riconosce che l'istanza 1.2.2005 fa riferimento e rinvio a quella presentata nel 1986;
- il Comune non può pretendere di applicare una normativa entrata in vigore in epoca posteriore sia alla realizzazione del traliccio, sia alla presentazione della domanda di condono, sia alla formazione del titolo abilitativo tacito; in ogni caso l'impianto, rientrando nel novero delle infrastrutture di telecomunicazioni strategiche (in quanto assicura la distribuzione del segnale radiotelevisivo nell'intero territorio di Varese), sarebbe meritevole di sanatoria ai sensi dell'art. 40 (*rectius*: art. 41) della legge regionale 9 aprile 1994 n. 13 (recante

approvazione del piano territoriale di coordinamento del Parco Campo dei Fiori), che consente di derogare alle disposizioni del piano territoriale per la realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico che non possono essere diversamente localizzate; sotto il profilo paesaggistico, infine, l'impianto sarebbe inserito nel contesto del Parco, essendo il traliccio (*in situ* da 20 anni) ormai coperto dalla vegetazione circostante al punto da rendere nullo l'impatto visivo.

9. Il Comune, costituito in giudizio, ha controdedotto. E' intervenuta in giudizio, *ad opponendum*, la Società proprietaria dell'area (Domus Aurea s.r.l.), cui è subentrata nel corso del processo, dopo l'acquisto dell'area, la sua avente causa (Finanziaria Immobiliare Monferini).

10. Con ordinanza 16 gennaio 2008 n. 52 la Sezione ha accolto la domanda cautelare sospendendo gli effetti del provvedimento demolitorio per ragioni attinenti al *periculum in mora*.

11. In corso di causa, la ricorrente ha proposto lo spostamento dell'impianto in altro sito (nota 21.8.08) ed ha chiesto un parere preventivo (note 19.10.07 e 12.11.08). La proposta ha ottenuto il parere favorevole della conferenza di servizi partecipata dagli Enti coinvolti. Di ciò la Società è stata informata con nota 23/29.12.2008 del dirigente Area XI Tutela Ambientale, che l'ha invitata a formulare istanza di autorizzazione ai sensi del d.lgs. 1.8.2003 n. 259 (codice delle comunicazioni elettroniche) e della legge regionale 11.5.2001 n. 11 (sugli impianti fissi per le telecomunicazioni e per la

radiotelevisione).

13. Con ordinanza istruttoria 23 dicembre 2009 n. 259 il Tribunale ha chiesto al Comune di chiarire: (a) se e quali vincoli gravassero sull'area interessata dall'opera abusiva prima della sua realizzazione; (b) se sia pendente, o in via di definizione, o definita una istanza di autorizzazione per lo spostamento dell'impianto in altro sito.

14. Il Comune ha fornito chiarimenti con nota dirigenziale 15 gennaio 2010 (prot. n. 1626, Area 1^ Servizi Amministrativi e Istituzionali). Sul punto a), ha confermato l'esistenza di un vincolo gravante, tra l'altro, sul viale delle Cappelle della Via Crucis e sulle adiacenti aree: vincolo apposto, ai sensi della legge 20 giugno 1909 n. 364, con provvedimento del Ministero della pubblica istruzione in data 30 maggio 1912. Sul punto b), ha riferito che dopo la nota 23/29.12.1998 del competente Settore nessuna formale istanza risulta depositata dalla ricorrente ai sensi del d.lgs. n. 259/2003 e della legge regionale n. 11 del 2001, sicché nessun procedimento ulteriore è stato attivato.

15. Ciò premesso, il Collegio osserva quanto segue.

Le eccezioni di inammissibilità e di tardività dei motivi aggiunti - sollevate dalla difesa comunale nel controricorso e ribadite nella memoria conclusiva - vanno disattese per le ragioni già esposte dalla Sezione in sede cautelare (ord.za 16 gennaio 2008 n. 52), e cioè: (a) i motivi aggiunti sono stati validamente notificati al Comune nella sua sede (cfr. Cons. Stato IV 13.3.08 n. 1090), il che consente di

prescindere dall'eccezione di nullità delle ulteriori notifiche fatte, l'una, ad altro difensore, l'altra, al difensore del Comune nel suo studio di Angera anziché nel domicilio eletto per il giudizio; (b) ai fini della tempestività del gravame rileva la data di spedizione e non quella di ricevimento dell'atto da notificare (cfr. Corte cost. 26.11.02 n. 477; Cass. 1[^], 30.7.03 n. 11686; Cons. Stato VI, 20.5.05 n. 2534); e nel caso in esame i motivi aggiunti, notificati al Comune a mezzo posta, e spediti il 6 dicembre 2007 (come attestato dalla ricevuta della raccomandata postale), risultano tempestivi rispetto alla data di notifica (10 ottobre 2007) del provvedimento demolitorio.

16. Va anche disattesa la prospettazione di inammissibilità del ricorso adombrata dal Comune nella memoria finale sulla premessa che l'atto impugnato avrebbe "natura di mera diffida, come tale improduttiva di una incisione sulla posizione soggettiva della ricorrente": non si vede infatti come possa disconoscersi, all'opposto, la piena capacità lesiva di entrambi gli atti impugnati in questa sede, compresa l'ingiunzione di demolizione e riduzione in pristino, che preannuncia l'esecuzione d'ufficio in caso di inadempimento nel termine assegnato.

17. Alla luce dei chiarimenti forniti dal Comune sul punto b) dell'ordinanza istruttoria, non risultano sviluppi che possano comportare la cessazione della materia del contendere ovvero la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del presente ricorso.

18. Alla luce dei chiarimenti forniti sul punto a), il ricorso appare

privo di fondamento. In primo luogo la presenza sull'area di un vincolo paesaggistico (antecedente la commissione dell'abuso e diverso da quello derivante dall'istituzione del Parco regionale Campo dei fiori e dall'adozione del relativo piano territoriale di coordinamento) esclude la fondatezza del primo motivo di ricorso.

19. In base al combinato disposto degli artt. 32, primo comma, e 35 della legge 28 febbraio 1985 n. 47, non può ritenersi formato il silenzio assenso sulla domanda di condono in assenza del parere favorevole dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo (Cons. Stato VI 26.1.01 n. 249 ; TAR Milano 2[^], 28.9.99 n. 3104).

20. Non mette conto qui indagare se quel parere sia stato chiesto e se nel silenzio dell'Amministrazione si sia formato, ex art. 32 primo comma cit., un silenzio rifiuto che l'interessato avrebbe potuto superare con le appropriate iniziative in sede giurisdizionale.

21. Ciò che conta è che la mancanza di un parere favorevole preclude il conseguimento del condono "tacito", che ha come indefettibile presupposto un parere espresso di segno positivo (cfr. Cons. Stato VI, 26.1.01 n. 249).

22. Di ciò doveva essere ben consapevole la ricorrente, tant'è che essa ha presentato (febbraio 2005) una nuova istanza di accertamento di conformità edilizia e di compatibilità paesaggistica, evidentemente incompatibile con l'asserita titolarità di un condono edilizio formatosi nel 1988.

23. Non irragionevolmente il Comune ha dedotto da tale circostanza

L'abbandono dell'originaria domanda di condono e l'intendimento della ricorrente di regolarizzare per altra via il manufatto abusivo. Di qui l'infondatezza del secondo motivo di ricorso.

24. Anche il terzo, peraltro, è privo di fondamento per le ragioni che seguono: a) l'ente parco è titolato ad esprimere un parere di compatibilità rispetto ad un manufatto che ricade nell'ambito territoriale affidato alla sua tutela; b) in sede di conferenza di servizi (cfr. verbale 4 aprile 2005, doc. 14 fasc. Comune) tutti i soggetti competenti ad interloquire (Soprintendenza per i beni architettonici e il paesaggio di Milano; Area XI Tutela Ambientale del Comune di Varese; Parco Campo dei Fiori) hanno espresso parere contrario in merito alla compatibilità paesaggistica della struttura in questione; c) il parere di incompatibilità con i valori ambientali, non sindacabile nel merito, attiene al rapporto tra opera abusiva e contesto ambientale, e non muta a seconda del procedimento in cui si innesta (in altri termini, il parere che fosse stato espresso nell'ambito del procedimento di condono *ex lege* n. 47/1985 non avrebbe potuto essere diverso, quanto a contenuto sostanziale, da quello reso nel procedimento di compatibilità paesaggistica ex art. 1, comma 39, legge n. 308/04, con riferimento al vincolo - immutato - posto nel 1912); d) se il vincolo istituito col parco regionale è posteriore al compimento dell'opera abusiva, il vincolo paesaggistico preesisteva (sin dal 1912), il che rende irrilevante la sopravvenienza di un altro vincolo; e) l'art. 40 (*rectius*: art. 41), primo comma, della legge

regionale 9 aprile 1994 n. 13 (approvazione del piano territoriale di coordinamento del Parco Campo dei Fiori) consente di derogare alle disposizioni del piano territoriale per la realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico “che non possono essere diversamente localizzate”; condizione che non sussiste laddove, come nella specie (vedi sopra, punto 11), sia stato individuato dalla stessa società ricorrente un sito alternativo, che ha ottenuto in sede di conferenza di servizi l’assenso di massima delle Amministrazioni coinvolte.

25. Per le considerazioni esposte il ricorso va respinto. Sussistono tuttavia ragioni sufficienti per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia respinge il ricorso. Spese compensate.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio dell’11 febbraio 2010, con l’intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carminè Maria Spadavecchia, Consigliere, Estensore

Giovanni Zucchini, Primo Referendario

L’ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO