Pubblicato il 15/02/2017

N. 00682/2017REG.PROV.COLL.

N. 01451/2010 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello nr. 1451 del 2010, proposto da WIND TELECOMUNICAZIONI S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Sartorio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via della Consulta, 50,

contro

AGRICOLA FORESTALE CERASINA S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via Bocca di Leone, 78,

nei confronti di

- COMUNE DI FASANO, in persona del Sindaco *pro tempore,* non costituito;
- ALCATEL ITALIA S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore,* non costituita;
- MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITÀ CULTURALI, in persona del Ministro *pro tempore,* e SOPRINTENDENZA AI BENI ARCHITETTONICI, AL

PAESAGGIO E AL PATRIMONIO STORICO, ARTISTICO ED ETNOANTROPOLOGICO DELLE PROVINCE DI LECCE, BRINDISI E TARANTO, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliati presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento e la riforma,

previa sospensione dell'efficacia,

della sentenza della Sezione Prima del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, Sezione staccata di Lecce, nr. 109 del 3 dicembre 2009, depositata il 12 gennaio 2010, notificata in data 20 gennaio 2010, resa nel giudizio nr. 1106/08 proposto da Agricola Forestale Cerasina S.r.l.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agricola Forestale Cerasina S.r.l., del Ministero per i Beni e le Attività Culturali e della Soprintendenza ai beni Architettonici, al Paesaggio e al Patrimonio Storico, Artistico ed Etnoantropologico delle Province di Lecce, Brindisi e Taranto;

Viste le memorie prodotte dalla appellante (in data 19 dicembre 2016) e da Agricola Forestale Cerasina S.r.l. (in data 29 dicembre 2016) a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza di questa Sezione nr. 2760 del 16 giugno 2010, con la quale è stata respinta la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2017, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Sartorio per l'appellante, l'avv. Ugo De Luca, su delega dell'avv. Sticchi Damiani per Agricola Forestale Cerasina S.r.l. e l'avv. dello Stato Wally Ferrante per l'Amministrazione statale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Wind Telecomunicazioni S.p.a. ha impugnato, chiedendone la riforma previa sospensione dell'esecuzione, la sentenza con la quale il T.A.R. della Puglia, in accoglimento del ricorso proposto dalla società Agricola Forestale Cerasina S.r.l., ha annullato l'autorizzazione in sanatoria rilasciata in suo favore dal Comune di Fasano per la realizzazione di una stazione radio base per telefonia cellulare e gli atti presupposti, ivi compresa l'autorizzazione paesaggistica rilasciata dalla competente Soprintendenza.

A sostegno dell'appello, ha dedotto:

1) erronea e/o omessa pronuncia sull'eccezione di irricevibilità per tardività della notificazione del ricorso in prime cure; violazione dell'art. 21, comma 1, della legge 6 dicembre 1971, nr. 1034, anche nel testo sostituito dalla legge 21 luglio 2000, nr. 205; violazione del principio dell'autorità di cosa giudicata; omessa pronuncia (in relazione alla tardività dell'impugnazione dell'autorizzazione paesaggistica, avverso la quale erano di fatto appuntate tutte le censure articolate nel ricorso di primo grado);

2) erroneità; violazione e falsa applicazione dell'art. 2909 cod. civ.; violazione del giudicato; *error in judicando*; violazione del principio *ne bis in idem*; violazione del principio dell'autorità di cosa giudicata; omessa pronuncia (stante il mancato esame dell'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo, per essere la legittimità dell'autorizzazione paesaggistica già definitivamente accertata dalla sentenza del Consiglio di Stato nr. 3795 del 28 giugno 2007, destinata a far stato nei

confronti della ricorrente siccome resa a seguito di impugnazione di altra società dante causa della ricorrente medesima);

3) erronea interpretazione e applicazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, nr. 241, circa l'insufficiente motivazione dell'atto presupposto; conformità/compatibilità con i valori del paesaggio; conformità con l'art. 5.01 delle N.T.A. del P.U.T.T./P. della Puglia (in relazione all'adeguatezza e sufficienza della motivazione a sostegno dell'autorizzazione paesaggistica annullata dal giudice di prime cure);

4) erronea interpretazione e applicazione dell'art. 3 della legge nr. 241 del 1990 circa l'insufficiente motivazione dell'atto presupposto; conformità/compatibilità con i valori del paesaggio; conformità con l'art. 5.01 delle N.T.A. del P.U.T.T./P. della Puglia (in relazione alla sostanziale compatibilità dell'intervento con i valori paesaggistici dell'area);

5) erroneità della sentenza appellata (ancora in relazione al merito delle statuizioni di prime cure);

6) erroneità della sentenza appellata; ingiusta condanna alle spese.

Si è costituita l'appellata ricorrente in prime cure, Agricola Forestale Cerasina S.r.l., la quale si è argomentatamente opposta all'accoglimento del gravame, instando per la conferma della sentenza impugnata.

Si sono altresì costituite, con atto di stile, le appellate Amministrazioni statali.

All'esito della camera di consiglio del 15 giugno 2010, questa Sezione ha respinto la domanda incidentale di sospensiva.

Di poi, le parti hanno depositato documentazione e sviluppato con memorie le rispettive tesi: in particolare, è stata data notizia dell'accordo intervenuto fra l'appellante e l'Amministrazione comunale per lo spostamento in altro luogo dell'impianto per cui è causa, dal che parte appellata ha tratto spunto per eccepire l'improcedibilità dell'appello.

All'udienza del 19 gennaio 2017, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il presente giudizio ha a oggetto una stazione radio base per telefonia cellulare installata nel territorio del Comune di Fasano da Wind Comunicazioni S.p.a., per tramite della delegata Alcatel Italia S.p.a., giusta autorizzazione del 6 aprile 2005, rilasciata ai sensi dell'art. 87 del decreto legislativo 1 agosto 2003, nr. 259, previa autorizzazione paesaggistica (prot. 274/A del 26 gennaio 2005) della competente Soprintendenza.

2. La predetta autorizzazione paesaggistica, già impugnata dalla società Egnathia Iniziative Turistiche E.i.t. S.a.s. di Antonio De Luca, è stata annullata dal T.A.R. della Puglia con sentenza (nr. 4004 del 2006) poi riformata dalla Sezione Sesta di questo Consiglio di Stato, la quale riteneva fondata e assorbente l'eccezione di tardività dell'impugnativa (dec. nr. 3795 del 28 giugno 2007).

3. Nelle more del giudizio d'appello suindicato, dopo che la prima autorizzazione comunale era stata rimossa in autotutela, era stato peraltro avviato l'*iter* per il conseguimento dell'autorizzazione in sanatoria, poi di fatto rilasciata dal Comune e impugnata dalla società Agricola Forestale Cerasina S.r.l. col ricorso instaurativo del presente giudizio.

4. Con la sentenza in epigrafe indicata, la Sezione di Lecce del T.A.R. della Puglia ha accolto il ricorso e annullato gli atti impugnati, ivi compresa la retrostante autorizzazione paesaggistica, ritenendo fondata e assorbente la doglianza di carente motivazione di quest'ultima; prima di addivenire a tale statuizione, il primo giudice ha respinto alcune eccezioni di inammissibilità sollevate dalle parti intimate.

5. La ricostruzione in fatto che precede, corrispondente a quella ricavabile dagli atti e da quella operata dal giudice di prime cure, non risulta contestata dalle parti costituite per cui, vigendo la preclusione di cui all'art. 64, comma 2, cod. proc. amm., deve considerarsi idonea alla prova dei fatti oggetto di giudizio.

6. Tutto ciò premesso, la Sezione deve preliminarmente farsi carico dell'eccezione di improcedibilità dell'appello sollevata dalla società appellata sulla scorta dei più recenti accadimenti che hanno connotato la vicenda amministrativa di che trattasi.
È avvenuto, in particolare, che l'appellante è addivenuta a un accordo col Comune di Fasano per lo spostamento della stazione radio base in altra località, rinunciando quindi all'ulteriore corso dell'*iter* oggetto di contestazione giudiziale.
L'eccezione è però infondata, non potendo escludersi il residuare di un possibile interesse dell'istante alla decisione a fini risarcitori, ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., tale da imporre comunque una verifica incidentale della legittimità (o meno) dell'operato dell'Amministrazione.
7. Nel merito, l'appello è infondato e va conseguentemente respinto.
8. Col primo mezzo, è reiterata l'eccezione di irricevibilità per tardività dell'impugnativa di primo grado: si assume, in sintesi, che essendo le censure articolate nel ricorso rivolte esclusivamente contro l'autorizzazione paesaggistica del 26 gennaio 2005 (mentre l'autorizzazione comunale ne era travolta solo in via derivata), e poiché risulterebbe dagli atti la conoscenza – o conoscibilità – di tale atto da parte dell'originaria ricorrente quanto meno fin dal 2006, ne seguirebbe l'irrimediabile tardività dell'impugnazione.
8.1. Il motivo è privo di pregio, anche se per ragioni in parte diverse da quelle rappresentate dal primo giudice, il quale ha affermato che l'autorizzazione paesaggistica avrebbe rivestito un carattere meramente endoprocedimentale, e quindi sarebbe stata priva di lesività, fino all'adozione dell'autorizzazione in sanatoria da parte del Comune (avvenuta nel 2008).
Siffatta argomentazione non può essere condivisa nei termini esposti, scontrandosi frontalmente con i pacifici principi normativi e giurisprudenziali circa l'autonomia dell'autorizzazione paesaggistica rispetto al titolo edilizio, da cui discende

l'autonoma lesività e quindi l'impugnabilità di tale atto (oggi peraltro espressamente sancita dall'art. 146, comma 12, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, nr. 42).

8.2. Ai fini che qui rilevano, invece, il dato dirimente è costituito dal fatto che – come già evidenziato – l'autorizzazione paesaggistica *de qua* è stata annullata in sede giurisdizionale, per rivivere solo a seguito della già richiamata decisione di questo Consiglio di Stato nr. 3795 del 2007: fino al sopravvenire di quest'ultima, è evidente che sarebbe stato impossibile impugnare alcunché, non essendo più l'autorizzazione in questione giuridicamente esistente.

In seguito, per effetto della rimozione in autotutela dell'originaria autorizzazione comunale e dell'avvio di un nuovo *iter* autorizzatorio in sanatoria, nulla era dato sapere circa se e quali nuove verifiche di compatibilità paesaggistica dell'intervento sarebbero state compiute: è stato solo col sopravvenire della nuova autorizzazione nr. 6 del 2008, che è stato possibile percepire che l'Amministrazione comunale aveva ritenuto di poter "recuperare" la precedente autorizzazione soprintendentizia (che nel frattempo aveva riacquisito efficacia a seguito della ricordata decisione nr. 3795 del 2007).

Ne discende:

a) che nel caso che occupa solo per effetto della definitiva autorizzazione comunale in sanatoria la ricorrente in primo grado ha potuto avere contezza e percezione della piena efficacia, e quindi della lesività, dell'autorizzazione paesaggistica *de qua*;

b) che un'ipotetica impugnazione di tale provvedimento proposta in data anteriore al sopravvenire dell'autorizzazione comunale sarebbe stata verosimilmente dichiarata inammissibile, potendo addirittura dubitarsi della perdurante efficacia dell'atto del 2005.

9. Col secondo motivo di appello è reiterata un'eccezione, asseritamente pretermessa dal primo giudice, di violazione del principio del *ne bis in idem,* in relazione alla più volte citata decisione nr. 3795 del 2007, la quale farebbe stato anche nei confronti

dell'odierna appellata nel sancire la piena legittimità dell'autorizzazione paesaggistica *de qua*.

Il motivo è infondato, emergendo da una piana lettura della decisione in questione che la stessa, pur riformando la precedente sentenza di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica, lo ha fatto per ragioni di mero rito, e cioè per la ritenuta tardività dell'impugnazione di primo grado; pertanto, detta decisione non è ontologicamente in grado di far stato in ordine ad alcuna circostanza di fatto.

Ed invero, è *jus receptum* in giurisprudenza, in relazione alle sentenze di mero rito del giudice amministrativo, che solo quando la statuizione del giudice riguarda profili di legittimazione o d'interesse a ricorrere e viene pronunciata a seguito di un accertamento rigoroso e motivato relativo alla sussistenza dei fattori sostanziali legittimanti all'azione in giudizio, allora tale sentenza ha attitudine a spiegare i propri effetti in un diverso processo e sempre che non siano mutate le circostanze di fatto e vi sia identità di soggetti e di oggetto dell'azione; la giurisprudenza è invece orientata in senso contrario, ove vi sia giudicato meramente processuale, che attenga, cioè, solo all'accertamento della permanenza del potere-dovere del giudice di pronunciarsi sul ricorso (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2013, nr. 1744; id., 1 marzo 2010, nr. 1167; id., 30 luglio 2003, nr. 4396).

Nel caso che qui occupa, è evidente che gli unici fatti su cui ci si è pronunciati nella decisione nr. 3795 del 2007 sono quelli relativi al momento in cui si era inverata in capo alla ricorrente la conoscenza del provvedimento impugnato, in modo da legittimare il decorso del termine di impugnazione, mentre null'altro se ne ricava sulla *res controversa* (e, in particolare, sulla legittimità o meno dell'autorizzazione soprintendentizia del 26 gennaio 2005); il che è sufficiente a escludere l'operatività del principio *ne bis in idem*, senza alcuna necessità di indagare l'ulteriore profilo dell'identità soggettiva delle parti (ciò che involge la questione, su cui si sofferma a lungo parte odierna appellante, del rapporto fra la società Egnathia Iniziative

Turistiche S.a.s., ricorrente nel precedente giudizio, e l'odierna appellata e ricorrente in primo grado, società Agricola Forestale Cerasina S.r.l.).

10. Alla stregua dei rilievi fin qui svolti, emerge con evidenza anche l'infondatezza di un ulteriore profilo di supposta inammissibilità dell'impugnativa di prime cure sollevato dall'appellante, laddove assume che l'autorizzazione soprintendentizia non avrebbe avuto natura di atto presupposto rispetto all'autorizzazione in sanatoria nr. 6 del 2008.

Al riguardo, è sufficiente sottolineare che, ove così fosse, dovrebbe concludersi che il titolo in sanatoria sarebbe stato reso in assoluta carenza di ogni verifica di compatibilità paesaggistica (ciò che la ricorrente in primo grado non avrebbe mancato di rilevare con specifico motivo di impugnazione): al contrario, da una piana lettura del provvedimento autorizzatorio comunale si evince, anche al di là dell'assenza di uno specifico richiamo all'autorizzazione paesaggistica del 2005, che essa presupponeva il recupero di tutto l'*iter* istruttorio pregresso, ivi compresi i pareri di compatibilità paesaggistica.

11. Infondato è anche il terzo motivo d'appello, col quale si censura nel merito la statuizione del primo giudice laddove ha condiviso le censure di carente o insufficiente motivazione dell'autorizzazione paesaggistica.

Al riguardo, non è fuori luogo richiamare la giurisprudenza per cui il parere di compatibilità paesaggistica di cui all'art. 146 del d.lgs. nr. 42 del 2004, affinché possa considerarsi adeguatamente motivato, deve contenere, all'esito di una completa istruttoria, la descrizione puntuale:

i) dell'intervento, mediante indicazione, tra l'altro, delle modalità della sua concreta esecuzione;

ii) del contesto storico-architettonico e morfologico nel quale l'intervento si colloca;

iii) del rapporto tra intervento e contesto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, nr. 2140; nello stesso senso, Cons. Stato, sez. VI, 8 novembre 2005, nr. 6219; id., 17 febbraio 2003, nr. 841).

Aggiungendosi poi che ciò vale anche per l'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 luglio 2016, nr. 3179).

Nulla di tutto ciò si rinviene nel caso che qui occupa, laddove la motivazione addotta dalla Soprintendenza, oltre a richiamare una "*istruttoria*" di cui non v'è traccia documentale, appare – come condivisibilmente ritenuto dal primo giudice - del tutto generica, risolvendosi nella mera apodittica affermazione della compatibilità della stazione radio con i valori paesaggistici della zona.

Né sul punto può essere dirimente il richiamo operato dalla difesa di parte appellante alla relazione tecnica allegata dalla società proponente il progetto: quest'ultima, per vero, avrebbe dovuto costituire l'oggetto dell'accertamento istruttorio dell'autorità preposta al giudizio di compatibilità, e non poteva certo essere *sic et simpliciter* recepita senza alcun commento.

In definitiva, ogni argomentazione svolta dalle parti intimate nel giudizio di primo grado si è risolta in una non consentita integrazione *ex post* di una motivazione palesemente carente.

12. I rilievi fin qui svolti esonerano il Collegio dall'esame degli ulteriori motivi di appello con i quali si assume *in concreto* l'insussistenza di profili di contrasto fra l'intervento per cui è causa e i valori paesaggistici del contesto, nonché con la disciplina di tutela riveniente dal P.U.T.T./P. della Puglia.

Infatti è evidente che, una volta accertato nei sensi visti il vizio di carente istruttoria e motivazione nell'operato dell'Amministrazione preposta al giudizio di compatibilità paesaggistica, non è certo in sede giudiziale che deve procedersi alla rinnovazione di tale giudizio (ostandovi, a tacer d'altro, il generale divieto per il

giudice di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati, di cui al comma 2 dell'art. 30 cod. proc. amm.).

13. Infine, da quanto fin qui detto discende la reiezione dell'ultimo mezzo, articolato avverso il capo di sentenza relativo alle spese, risultando che il primo giudice abbia fatto non censurabile applicazione del criterio della soccombenza.

14. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 cod. proc. civ., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: cfr. *ex plurimis,* per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, nr. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, nr. 7663).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

15. Le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate equitativamente in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna la società appellante al pagamento, *pro quota* in favore dell'appellata Agricola Forestale Cerasina S.r.l. e dell'Amministrazione statale, di spese e onorari del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila) oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Luca Lamberti, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaele Greco

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO