



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 Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3232 del 2010, proposto da:
Luigi Miralli, Mario Belli, Domenico Bigioni, Mario Goletti, Gian Paolo Migliaccio,
Marco Ricci, Alfredo Moscaroli, Michele Mastronicola, Paolo Chiricozzi, Mario
Mochi, Francesco Faccenda, Sara Zaniratti, tutti rappresentati e difesi dall'avv.
Giuseppe Casaccia, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Roma,
viale Tiziano n. 80;

contro

Comune di Viterbo, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv.
Gioia Maria Scipio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Daniela Spinaci,
in Roma, via Anastasio II n. 79;

nei confronti di

società H3g s.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., rappresentato e difeso dagli
avv. Nicola Irti, Lorenzo Ginammi Albanese, Donato Salomone, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avv. Alfredo Irti, in Roma, via Andrea Vesalio n. 22;
società Ericsson Telecomunicazioni s.p.a., in persona del legale rapp.te p.t.,

rappresentato e difeso dall'avv. Massimiliano De Luca, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Massimiliano De Luca, in Roma, via Lorenzo il Magnifico n. 50;

per l'annullamento

a) del silenzio rifiuto sulla richiesta di revoca dell'autorizzazione all'installazione di un impianto di telefonia mobile concessa alla società Ericsson telecomunicazioni s.p.a.;

b) degli atti presupposti, connessi e consequenziali e, in particolare, della deliberazione della Giunta Municipale n. 35 del 16.7.2008 e del regolamento comunale per l'installazione e l'esercizio degli impianti radioelettrici di cui alla deliberazione del Consiglio comunale n. 109 del 2004, nella parte in cui non individua tra i siti sensibili anche gli impianti sportivi; nonché per il risarcimento dei danni conseguenti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Viterbo e delle società H3g s.p.a. e Ericsson Telecomunicazioni s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2011 il cons. Maria Cristina Quiligotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in trattazione, notificato e depositato nei termini, i ricorrenti hanno chiesto l'annullamento dell'inerzia serbata da parte dell'amministrazione comunale sull'istanza inoltrata in data 5.3.2009, reiterata in data 8.7.2009, con la quale è stata richiesta la revoca in autotutela dell'autorizzazione alla installazione di un impianto di telefonia mobile o comunque una diversa collocazione dello stesso, nonché

degli atti presupposti, ossia della deliberazione della Giunta Municipale n. 35 del 16.7.2008 e del regolamento comunale per l'installazione e l'esercizio degli impianti radioelettrici di cui alla deliberazione del Consiglio comunale n. 109 del 2004, nella parte in cui non individua tra i siti sensibili anche gli impianti sportivi.

Ne hanno dedotto l'illegittimità per i seguenti motivi di censura:

1. Violazione e falsa applicazione degli articoli 2, 3, 7 e 8 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ed eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto dei presupposti, difetto di motivazione, travisamento dei fatti ed arbitrarietà.
2. Violazione e falsa applicazione degli articoli 2 e 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e dell'articolo 97 della Costituzione ed eccesso di potere per violazione dei principi generali in tema di obbligo di conclusione del procedimento amministrativo.
3. Risarcimento dei danni conseguenti al ritardo ai sensi dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.
4. Risarcimento dei danni ai sensi dell'articolo 35 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, e dell'articolo 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, quantificati nella misura di euro 40.000,00 per i danni conseguenti agli effetti del fulmine abbattutosi nelle immediate vicinanze dell'antenna nel corso del mese di giugno 2009.

In via istruttoria hanno insistito affinché venisse disposta apposita consulenza tecnica d'ufficio finalizzata a verificare la corretta installazione dell'antenna e del dispositivo di scarico a terra.

La società H3G s.p.a. si è costituita in giudizio in data 21.5.2010 depositando memoria difensiva con la quale ha dedotto, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso per la mancata formazione del silenzio rifiuto, osservando che i ricorrenti, per il tramite del giudizio in corso, cercherebbero di ovviare all'intervenuta decadenza dell'impugnazione del provvedimento autorizzatorio di cui trattasi; nel merito, ha sostenuto l'infondatezza del ricorso, chiedendone, pertanto, il rigetto.

Il Comune di Viterbo si è costituito in giudizio in data 20.5.2010, depositando a sua volta memoria difensiva con la quale ha analogamente dedotto l'inammissibilità e l'improcedibilità del ricorso, in quanto avente, tra l'altro, ad oggetto l'impugnazione di provvedimenti (anche le deliberazioni comunali che rappresentano i presupposti dell'impugnata inerzia) oramai divenuti definitivi per la mancata impugnazione nei termini di decadenza di legge.

La società Ericsson Telecomunicazioni s.p.a. si è costituita in giudizio con memoria del 21.5.2010 con la quale a sua volta ha diffusamente argomentato l'inammissibilità nonché l'infondatezza nel merito del ricorso in trattazione.

Con la memoria conclusiva dell'11.2.2011 la società H3G s.p.a. ha insistito nelle eccezioni preliminari già articolate.

Infine i ricorrenti, con la memoria conclusiva del 5.3.2011, hanno ribadito l'ammissibilità di un giudizio avente ad oggetto contemporaneamente sia il silenzio serbato da parte dell'amministrazione su di una istanza del privato, sia l'annullamento degli atti presupposti ed anche il risarcimento dei danni conseguenti richiesti a qualsiasi titolo.

Alla pubblica udienza del 16 marzo 2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da separato verbale di causa agli atti.

DIRITTO

L'articolo 21 *bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'articolo 14 della legge 21 luglio 2000, n. 205, ha dettato una nuova disciplina processuale, di natura speciale, per la tutela giurisdizionale avverso il silenzio della pubblica amministrazione, mediante un rito accelerato, in forza del quale i ricorsi avverso il silenzio dell'amministrazione sono decisi in camera di consiglio, con sentenza succintamente motivata, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il loro deposito, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta; l'articolo 3 della

legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, ha poi semplificato la disciplina dei ricorsi avverso il silenzio amministrativo, disponendo che, salvi i casi di silenzio-assenso, decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio può essere proposto anche senza previa diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perduri l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui sopra.

Dopo le modifiche processuali introdotte dalla legge n. 205 del 2000 non è, pertanto, ammissibile la conversione del ricorso dal rito speciale del silenzio-rifiuto a quello ordinario; infatti, con tale legge si è innovato profondamente nell'ordinamento processuale amministrativo, individuando una procedura speciale ed accelerata che ha lo scopo di far sì che l'amministrazione non resti inerte di fronte all'istanza ritualmente presentata. Tale procedura, volta a dichiarare l'inerzia dell'amministrazione, ha propri meccanismi particolari ed è individuata come collegata a detta specifica peculiarità contenziosa, con finalità acceleratorie e di semplificazione per la definizione delle controversie nella suddetta materia in ragione della relativa semplicità degli inerenti accertamenti di fatto e di diritto; tali caratteristiche la distinguono nettamente dal contenzioso ordinario tendente alla soluzione nel merito della controversia (Consiglio di Stato, sez. IV, 27 dicembre 2006, n. 7939).

Il giudizio speciale sul silenzio non è, pertanto, compatibile con le controversie che hanno un oggetto ulteriore rispetto alla statuizione di inerzia, quale l'impugnativa di un provvedimento o il risarcimento del danno; di conseguenza non può consentirsi la sua conversione in rito ordinario, in considerazione della *ratio* sottostante alla scelta legislativa, volta ad accelerare e semplificare la definizione delle controversie nella suddetta materia in ragione della relativa semplicità degli inerenti accertamenti di fatto e di diritto (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 23 novembre 2010, n. 33847).

Sotto altro profilo, si ritiene non sussistere, nel sistema processuale amministrativo, un potere officioso di separazione delle cause connesse, con la conseguenza che deve continuare ad attribuirsi prevalenza al principio dispositivo che assegna alla parte il dominio dell'azione; ne consegue che, azionato in via prioritaria il rito del silenzio, il collegio non può procedere all'esame di ulteriori e diverse domande, ovvero a riqualificare l'unica domanda proposta, ma deve limitarsi ad esaminare quest'ultima così come formulata.

L'articolo 31 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, rubricato "Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità", dispone testualmente che "1. *Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere.*

2. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

3. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

Il successivo articolo 117, rubricato "Ricorsi avverso il silenzio", dispone a sua volta che: "1. *Il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato nel termine di cui all'articolo 31, comma 2.*

2. Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni.

3. Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata.

4. *Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.*

5. *Se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito.*

6. *Se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30, comma 4, e' proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria.”.*

Il meccanismo del silenzio - nel rito speciale introdotto dall'articolo 21 *bis* della legge n. 1034 del 1971 ed ora disciplinato dall'articolo 117 del d.lgs. n. 104 del 2010, con cui è stato approvato il codice del processo amministrativo (c.p.a.) - è diretto, pertanto, ad accertare se l'inerzia serbata da una pubblica amministrazione in ordine all'istanza del privato violi o meno l'obbligo di concludere il procedimento avviato ad iniziativa di parte attraverso l'adozione di un provvedimento esplicito.

La nuova disciplina ha tuttavia accolto il principio della convertibilità del rito camerale in ordinario, con contestuale fissazione dell'udienza pubblica per la discussione del ricorso (comma 5), consentendo, quindi, che il successivo provvedimento espresso o un atto connesso con l'oggetto della controversia - emanati dall'amministrazione nelle more del giudizio sul silenzio - possano essere impugnati anche con motivi aggiunti, "*nei termini e con il rito previsto per il provvedimento espresso*"; in tal caso, l'intero giudizio prosegue con il rito ordinario (comma 6).

Viene, altresì, disciplinata anche la proposizione – contestuale a quella avverso il silenzio - dell'azione di risarcimento del danno per inosservanza dolosa o colposa del termine per provvedere, stabilendosi che, in tal caso, il giudice possa definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e fissare l'udienza pubblica per la trattazione della domanda risarcitoria (comma 7).

L'articolo 32 del codice del processo amministrativo, rubricato "Pluralità delle domande e conversione delle azioni.", dispone testualmente che "1. *E' sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale. Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dai Capi I e II del Titolo V del Libro IV.*

2. Il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali. Sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni."

L'articolo 32 del c.p.a. ha stabilito, pertanto, che è sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale, superando ogni dubbio circa la relativa ammissibilità e prevedendo che il cumulo di più domande assoggettate a riti diversi comporta solo l'applicazione del rito ordinario, ad eccezione delle controversie cui si applica il rito abbreviato, che prevalgono in ogni caso sugli altri riti.

E' stata, pertanto, codificata la cumulabilità di domande diverse nonché la convertibilità del rito speciale in ordinario.

Il principio del cumulo delle domande ha, poi, trovato nello stesso codice una concreta e speciale attuazione proprio con riferimento ai casi controversi, venuti in passato all'esame della giurisprudenza; in particolare, l'articolo 117, comma 6, ha previsto che, se l'azione di risarcimento del danno è proposta congiuntamente a quella avverso il silenzio, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria.

La disposizione in primo luogo ammette la proponibilità contestuale delle due domande, e, a differenza di quanto previsto per l'impugnazione del provvedimento sopravvenuto, non stabilisce una conversione del rito, ma lascia al giudice il potere di decidere con rito camerale l'azione avverso il silenzio, rinviando al rito ordinario la trattazione della domanda risarcitoria.

Con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739, è stato affermato che *“Alla luce dell'articolo 117, comma 6, del c.p.a., deve ritenersi ammissibile la domanda di risarcimento proposta unitamente al ricorso avverso il silenzio. È certamente ammissibile la domanda con cui il privato invoca la tutela risarcitoria per i danni conseguenti al ritardo con cui l'amministrazione ha adottato un provvedimento a lui favorevole, ma emanato appunto con ritardo rispetto al termine previsto per quel determinato procedimento.”*

E' stata, quindi, ritenuta applicabile la disciplina prevista dal richiamato articolo 117, comma 6, anche ad un giudizio pendente al momento dell'entrata in vigore della novella normativa.

Secondo i giudici della sezione quinta del Consiglio di Stato tale norma, parzialmente innovativa nella parte in cui non stabilisce una conversione obbligatoria del rito, assume per il resto natura interpretativa in quanto si limiterebbe a codificare un orientamento favorevole all'ammissibilità del cumulo di domande già presente prima dell'entrata in vigore del codice; va, tuttavia, detto (ma lo fanno gli stessi giudici con la citata sentenza) che un orientamento restrittivo (in precedenza richiamato con riferimento alla originaria disciplina sul silenzio) tradizionalmente negava l'ammissibilità del cumulo di domande, specie se assoggettate a diversi riti (come nel caso di azione avverso il silenzio e domanda di risarcimento del danno); si tratta, pertanto, di un'applicazione concreta di un principio più generale affermato dallo stesso codice con l'articolo 32 laddove, facendo ormai cadere ogni dubbio sull'ammissibilità del cumulo, dispone che è sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale, con l'ulteriore precisazione secondo la quale, qualora il cumulo riguardi azioni soggette a riti diversi, si applica il rito ordinario (salvo i casi in cui debba applicarsi il rito abbreviato).

Nel caso di specie, con il ricorso introduttivo del presente giudizio è stato chiesto, in primo luogo, l'annullamento del silenzio serbato dall'amministrazione – oltre il

termine stabilito per la conclusione del relativo procedimento - sull'istanza di annullamento in autotutela dell'autorizzazione rilasciata alle società controinteressate; è stato, altresì, contestualmente richiesto, in via subordinata, l'annullamento delle deliberazioni comunali presupposte all'adozione della contestata autorizzazione; è stato, infine, richiesto il risarcimento dei danni conseguenti al ritardo nel provvedere da parte dell'amministrazione nonché dei danni patrimoniali conseguenti agli effetti del fulmine abbattutosi nelle immediate vicinanze del ripetitore di cui trattasi.

Si premette che, atteso che l'impugnativa del silenzio aveva ad oggetto una istanza di revoca in autotutela di un'autorizzazione rilasciata a terzi, per giurisprudenza consolidata sul punto, non sussiste alcun obbligo per l'amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta ad ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile *ab extra* l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto, in quanto il potere di autotutela si esercita d'ufficio e non su istanza di parte e, pertanto, sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non c'è alcun obbligo giuridico di provvedere e non costituisce inadempimento la risposta espressa in relazione all'istanza del privato (cfr. fra tutte da ultimo, nei termini, Consiglio di Stato, sez. VI, 6 luglio 2010, n. 4308 e sez. IV, 24 maggio 2010, n. 3270).

Il ricorso all'esame è quindi inammissibile nella parte in cui impugna il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di revoca presentata dai ricorrenti.

Quanto all'azione di annullamento delle indicate deliberazioni comunali presupposte, alla luce delle considerazioni di cui in precedenza e ai sensi del più volte richiamato articolo 32 c.p.a., deve essere disposta la conversione del rito speciale del silenzio in rito ordinario; quanto, invece, all'azione risarcitoria, può

procedersi, senza bisogno della conversione, alla trattazione della stessa in prosecuzione con il rito ordinario.

Tuttavia deve, altresì, rilevarsi in concreto che, essendo stato il presente giudizio instaurato in epoca antecedente all'entrata in vigore del c.p.a., atteso il cumulo delle domande avanzate, il presente ricorso è stato sempre trattato secondo le regole procedurali del rito ordinario, essendo stato portato alla camera di consiglio del 24.5.2010 ai fini dell'esame della istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati ed essendo poi stato fissato per la pubblica udienza del 16.3.2011; ne consegue che non si ritiene, nella sostanza, di dovere effettuare, in questa fase, alcun ulteriore adempimento procedurale ai fini della trattazione nel merito della domanda di annullamento con il rito ordinario.

Ed al riguardo non può se non rilevarsi l'improcedibilità del ricorso per tardività dello stesso.

Ed infatti dall'esame della documentazione versata in atti è emerso che le impuginate deliberazioni della Giunta Municipale n. 35 del 16.7.2008 (di autorizzazione all'installazione dell'impianto di cui trattasi) e del Consiglio comunale n. 109 del 2004 (concernente l'approvazione del regolamento comunale per l'installazione e l'esercizio degli impianti radioelettrici) sono state acquisite da parte dei ricorrenti nel mese di giugno 2009, mentre il presente ricorso è stato proposto soltanto nel mese di aprile 2010.

In particolare i ricorrenti hanno chiesto in data 5.3.2009 al comune lo svolgimento di un'istruttoria sulla corretta collocazione dell'impianto nonché lo spostamento in altro sito alternativo e, dopo avere esercitato il diritto di accesso in data 5.6.2009, in data 7.7.2009, gli stessi hanno inoltrato al comune la richiesta di revoca dell'autorizzazione sulla base delle medesime considerazioni svolte in questa sede, chiedendo, comunque, il trasferimento della collocazione dell'impianto.

Quanto, poi, alla domanda di risarcimento dei danni da ritardo, da ritenersi ammissibile nei termini di cui in precedenza, non vi è luogo a procedere tenuto conto della accertata inammissibilità del ricorso nella parte concernente l'impugnazione del silenzio, in relazione alla rilevata mancanza di un obbligo gravante sull'amministrazione di dare riscontro all'istanza di revoca, nei termini di legge, con l'adozione di un provvedimento esplicito conclusivo del relativo procedimento.

Altrettanto vale con riguardo alla ulteriore istanza risarcitoria formulata, ai sensi dell'articolo 35 del D.Lgs. n. 80 del 2005, in relazione ai danni causati dalla deliberazione della G.M. del 2008 di rilascio dell'autorizzazione all'installazione di cui trattasi: la accertata tardività del ricorso, nella parte in cui impugna tale deliberazione, non consente di esaminare nemmeno questa seconda istanza di risarcimento.

Attesa la complessità delle questioni in rito e nel merito sottese alla trattazione del presente giudizio, si ritiene di dovere disporre la compensazione tra le parti costituite delle spese relative.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda *Ter*), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile ed in parte improcedibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere, Estensore

Giuseppe Chine', Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/05/2011

IL SEGRETARIO

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