

per l'annullamento

del diniego di autorizzazione per la realizzazione di una nuova infrastruttura di comunicazione elettronica

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Tiriolo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella udienza smaltimento del giorno 29 novembre 2017 la dott.ssa Germana Lo Sapia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.E' stato impugnato il diniego all'autorizzazione alla realizzazione di una nuova infrastruttura di comunicazione elettronica (postazione televisiva) in località Monte del Comune di Tiriolo. La localizzazione presso tale sede di impianti di trasmissione era stata prevista dal piano nazionale di assegnazione delle frequenze, adottato con delibera dell'Autorità Garante delle Comunicazioni con deliberazione n. 68 del 30 ottobre 1998. L'istanza formulata in data 21 giugno 2007 derivava dalla impossibilità di continuare a garantire le condizioni tecnico operative per le tecnologie digitali televisive sulla base del precedente impianto.

2.Il Comune, qualificando previamente l'istanza come una richiesta di "permesso di costruire", ha adottato il diniego impugnato, sul presupposto della violazione della normativa urbanistica (art. 26 delle NTA allegato al programma di fabbricazione) e della incidenza dell'opera in area soggetta a vincoli ambientali, paesaggistici, forestali.

Nel contempo ha però anche comunicato di aver avviato la convocazione di una conferenza di servizi, *“poiché l’opera in progetto riveste comunque carattere di interesse di pubblica utilità per come previsto dall’art. 90 del D.Lgs. 259/2003”*.

A fondamento della domanda di annullamento, parte ricorrente deduce:

- violazione dell’art. 10 bis della L. 241/90 per mancata comunicazione dei motivi ostativi;
- violazione dell’art. 87 del D.Lgs. 259/2003 ed eccesso di potere per travisamento dei fatti, per erronea qualificazione dell’istanza come una richiesta di permesso di costruire di natura edilizia, mentre il procedimento autorizzatorio delineato dalla norma settoriale attiene alla installazione di impianti di comunicazione elettronica, connotato da semplificazione e unitarietà, con assorbimento anche delle valutazioni urbanistico-edilizie;
- violazione dell’art. 3 della L. 241/90 e difetto di motivazione, non potendo le prescrizioni urbanistiche allegate al programma di fabbricazione costituire motivo ostativo al rilascio dell’autorizzazione, essendo tali impianti qualificati dal legislatore come opere di urbanizzazione primaria e come tali compatibili con ogni zonizzazione; né la sussistenza del vincolo paesaggistico è di per sé legittimo motivo di diniego, essendo stata la localizzazione in tale area prevista dal piano nazionale di assegnazione delle frequenze,
- violazione degli artt. 86 e ss. del D.Lgs. 259/2003, dell’art. 1 della L. R. 3/1995, dell’art. 142 del D.Lgs. 42/2004, della deliberazione della Giunta Regionale n. 309 del 23 aprile 2004, dell’art. 10 della legge 352/2000 ed eccesso di potere per difetto di motivazione e travisamento dei fatti: il parere dell’organo regionale preposto alla

valutazione della compatibilità ambientale (ARPA) non è presupposto per il rilascio della autorizzazione ma solo requisito per l'attivazione concreta dell'impianto; il Comune peraltro, responsabile del procedimento unitario, non si è attivato per l'ottenimento dei pareri concernenti i vincoli paesaggistico ed archeologico, ma ha opposto il diniego, anche in tali materie, sottratte alla sua competenza;

- violazione dell'art. 87 del D.Lgs. 359/2003, non avendo il Comune convocato entro il termine di trenta giorni la conferenza di servizi, luogo in cui le amministrazioni competenti alle valutazioni di compatibilità con i vincoli sopra indicati avrebbero dovuto esprimere contestualmente le rispettive determinazioni; né tale convocazione, comunque tardiva, si è effettivamente concretizzata.

- in via subordinata, nell'ipotesi in cui l'art. 26 NTA sia ritenuto applicabile in senso ostativo, parte ricorrente ha anche impugnato tale prescrizione urbanistica allegata al programma di fabbricazione, sul presupposto della violazione con l'art. 86 del D.Lgs. 259/2003.

3. Il ricorso è fondato.

4. Il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi dagli orientamenti giurisprudenziali consolidati, pienamente condivisi anche da questo Tribunale (cfr. da ultimo, TAR Catanzaro, II sez., 11 luglio 2017, n. 1151, anche per i precedenti richiamati) secondo cui:

-gli art. 86 e 90 d.lgs. n. 259 del 2003, nello stabilire che le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria e che gli impianti in questione e le opere accessorie occorrenti per la loro funzionalità hanno "*carattere di pubblica utilità*", postulano la possibilità che gli stessi siano ubicati in qualsiasi parte del territorio comunale, essendo compatibili con tutte le destinazioni urbanistiche (residenziale, verde,

agricola, ecc.), onde le discipline locali di individuazione di specifiche aree ritenute idonee per l'insediamento delle strutture in argomento devono essere coerenti con le finalità e con gli obiettivi della legge statale, e non devono essere tali da ostacolare l'insediamento e il funzionamento delle infrastrutture stesse;

- il Comune non può, mediante il formale utilizzo degli strumenti di natura edilizia-urbanistica, adottare misure che comportino il divieto generalizzato di installare stazioni radio-base per telefonia cellulare in intere zone territoriali omogenee, ovvero la introduzione di distanze fisse da osservare rispetto alle abitazioni e ai luoghi destinati alla permanenza prolungata delle persone o al centro cittadino, poiché tali disposizioni sono funzionali non al governo del territorio, ma alla tutela della salute dai rischi dell'elettromagnetismo e si trasformano in una misura surrettizia di tutela della popolazione da immissioni radioelettriche, che l'art. 4, l. n. 36 del 2000 riserva allo Stato (in termini, T.A.R. Sicilia sez. I di Catania, 27/06/2013 n. 1855).

- in ogni caso, anche la Corte costituzionale, nell'esaminare la legittimità costituzionale di disposizioni dettate (con legge) dalla Regione Lombardia che prevedevano distanze minime da una serie di siti sensibili, ha affermato, con le sentenze n. 331 del 7 novembre 2003 e n. 307 del 2003, il principio che tali disposizioni sono illegittime se pongono limiti generali che, in particolari condizioni di concentrazione urbanistica di luoghi specialmente protetti, potrebbero addirittura rendere impossibile la realizzazione di una rete completa di infrastrutture per le telecomunicazioni, con la conseguenza che i «criteri di localizzazione» si trasformerebbero in «limitazioni alla localizzazione»; mentre le disposizioni poste a tutela di siti sensibili sono legittime se comunque consentono «una sempre possibile

localizzazione alternativa» e non «l'impossibilità della localizzazione».

4. Nel caso di specie, assumono profilo assorbente sia il vizio di violazione dell'art. 10 bis L. 241/90 che la censura di violazione degli artt. 86 e 90 D.Lgs. 259/2003.

Sotto il primo profilo, il principio generale del preavviso di diniego, volto a consentire al privato di formulare osservazioni anche in funzione deflattiva del contenzioso, non subisce deroghe nell'ipotesi in cui il procedimento autorizzatorio è disciplinato da una normativa di settore, ispirata peraltro ad esigenze di concentrazione e semplificazione (cfr. TAR Lombardia Milano, 1568/2014 proprio con riferimento al procedimento delineato dall'art. 87 D.Lgs. 259/2003); né tale provvedimento autorizzatorio, anche in considerazione dei vincoli insistenti sull'area cui si riferisce lo stesso provvedimento di diniego, è qualificabile come atto vincolato, cui è riferibile il meccanismo della sanatoria delle "irregolarità" di cui all'art. 21 octies;

Sotto il secondo, escluso che nello specifico possa essersi formato l'atto tacito per *silentium* non essendo stata sentita l'autorità preposta al vincolo paesaggistico/archeologico, va peraltro accolta la censura di violazione degli artt. 86 e 87 D.Lgs. 259/2003 nella parte in cui è precluso al Comune, titolare delle competenze in materia urbanistico-edilizia, il potere di negare l'autorizzazione solo sulla base delle limitazioni di "aree" derivanti dalle prescrizioni dei piani urbanistici, nelle quali sarebbe in generale preclusa l'installazione delle infrastrutture in controversia (cfr. la giurisprudenza sopra richiamata al punto 3).

5. In conclusione il ricorso va pertanto accolto, con condanna alle spese dell'amministrazione resistente, secondo il principio di soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento prot. 12812 del 28 dicembre 2007.

Condanna il Comune di Tiriolo al pagamento delle spese di lite in favore della società ricorrente, che liquida in complessivi euro 1.500,00 oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Francesco Tallaro, Referendario

Germana Lo Sapio, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Germana Lo Sapio

IL PRESIDENTE
Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO