

AR Abruzzo (PE) Sez. I sent. 729 del 10 novembre 2009

Elettrosmog. Regolamentazione degli obiettivi di qualità degli impianti di telefonia mobile,

Ai sensi dell'art. 4 della legge n.36/2001, infatti, esula dal potere comunale la regolamentazione degli obiettivi di qualità degli impianti di telefonia mobile, essendo questa competenza riservata alla normativa statale "in considerazione del preminente interesse nazionale alla definizione di criteri unitari e di normative omogenee in relazione alle finalità di cui all'art. 1", cui si deve, peraltro adeguare, anche la normativa regionale.

N. 00729/2009 REG.SEN.

N. 00192/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 192 del 2009 proposto da VODAFONE OMNITEL N.V., con sede amministrativa in Ivrea, in persona del suo procuratore , Saverio Tridico, rappresentato e difeso dall'avv. Gianluca Perone e dall'avv. David Giuseppe Apolloni ed elettivamente domiciliati in Pescara, piazza da denominare 19 n.18;

contro

il COMUNE di ORTONA, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Cirulli ed elettivamente domiciliato in Pescara, Via Firenze n.206, presso lo studio dell'avv. Francesco Barbara;

per l'annullamento

- della nota 29.1.2009 con cui il Dirigente del III Settore del Comune di Ortona ha negato il nulla osta ambientale per la stazione radio base in Lido Riccio;

- de regolamento approvato dal Consiglio comunale di Ortona con deliberazione 23 febbraio 2004 n.8;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e connesso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive ragioni;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 22 ottobre 2009, il Cons. Luigi Ranalli ed uditi i difensori delle parti, come da relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

## FATTO e DIRITTO

I- Il 2.9.2009 le società Vodafone e la Telecom hanno congiuntamente chiesto al Comune di Ortona l'autorizzazione ex artt. 86 e segg. del D.Lgs. n.259/2003 per le opere relative alla stazione radio base Lido Riccio sull'area distinta in catasto al foglio 11, particella 204.

Il Comune ha chiesto l'invio di documentazione integrativa, tra cui la relazione paesaggistica ai fini del nulla osta ambientale di cui agli artt. 146 e 159 del D.Lgs. 22 gennaio 2004 n.42, inviata dalle società il 9.12.2008, mentre l'A.U.S.L. di Chieti e l'ARTA, con rispettive note del 9.12.2008 hanno espresso parere favorevole.

Con nota del 29.1.2009, il Dirigente del III Settore del Comune, rilevato che:

- nella relazione di conformità era stata dichiarata la "non" conformità delle opere all'art. 8 del regolamento comunale per le installazioni di stazioni radio di telefonia mobile, mentre nella relazione paesaggistica ne era stata dichiarata la conformità;

- la particella 204 non risultava dalla planimetria catastale;

- l'art.8 del menzionato regolamento vietava la concentrazione sul medesimo sito di antenne con potenza 20 Watt superiore a n.3, mentre il progetto prevedeva sul palo porta antenne esistente, su cui incidono già 6 antenne direzionali, ulteriori installazioni di 3 antenne e 2 parabole, non conformi, quindi, all'art. 8 del regolamento;

ha comunicato alle società "ai sensi della legge n.241/1990, che le suddette motivazioni costituivano motivi ostativi al rilascio del provvedimento richiesto con procedimento diretto".

Il progettista della società, con nota del 31.3.2009 ha chiarito che effettivamente l'intervento non era conforme all'art. 8 del regolamento, essendo la rilevata dichiarazione di conformità dovuta ad un refuso di stampa.

La società Vodafone Omnitel tuttavia, dichiarando di aver avuto conoscenza il 4.2.2009 della nota comunale del 29.1.2009, con il ricorso in esame - spedito per la notificazione, ai sensi dell'art. 3 della legge n.53/1994, con raccomandata a.r. del 6.4.2009, pervenuta al Comune l'8 successivo - l'ha impugnata, unitamente al regolamento comunale adottato con deliberazione consigliere 23.2.2004 n.8, deducendo la violazione degli artt. 146 e segg. del D.Lgs. n.42/2004 e dell'art. 86 del

D.Lgs. n.259/2003, dell'art. 11 della L.R. Abruzzo n.45/2004 ed eccesso di potere per vari profili, atteso che:

1) ai sensi dell'art. 149 del D.Lgs. n.42/2004, il nulla osta ambientale non è richiesto per le opere di manutenzione ordinaria, straordinaria e di risanamento conservativo che non alterino lo stato dei luoghi e, comunque, nel caso in questione, il diniego non si fonda affatto su ragioni di natura paesistica o ambientale, ma solo sulla difformità delle opere rispetto a quanto previsto nell'art. 8 regolamento comunale, la cui finalità è, però, del tutto diversa dalla tutela del paesaggio.

2) il nulla osta neppure poteva essere negato per motivi di natura ambientale o paesaggistica, sia perché le opere insistono su una struttura già esistente, sia perché l'intervento si colloca in zona C2 "di trasformazione condizionata", quindi di basso valore rispetto all'ambiente naturale, come si desume dall'art. 4 delle N.T.A., ove non solo è consentita una generale attività edificatoria, ma è anche possibile l'utilizzazione del territorio per fini tecnologici e infrastrutturali e per impianti di telecomunicazioni, (artt. 5 e 61 delle N.T.A.) ;

3) a parte l'erroneo rilievo che la particella n.204 non trovi riscontro nella planimetria catastale, la documentazione progettuale inviata consentiva ugualmente l'identificazione dell'area, trattandosi, peraltro di interventi su struttura esistente e, comunque, anche in questo caso, il rilievo non ha alcuna attinenza con l'aspetto paesaggistico o ambientale;

4) il Comune, nel negare il nulla osta, ha esercitato la sub-delega regionale di cui all'art. 1 della L.R. Abruzzo n.2/2003, ma ciò è consentito dall'art. 146 del D.Lgs. n.42/2004 solo se l'Ente locale è in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecniche e scientifiche e di garantire la separazione tra le funzioni di tutela paesaggistica e le funzioni amministrative in materia urbanistica ed edilizia: questi presupposti non sono ravvisabili presso il Comune di Ortona, tant'è che sia le funzioni di tutela del paesaggio che le funzioni in materia urbanistica ed edilizia risultano concentrate nello stesso Sportello unico per l'edilizia;

5) illegittimo è anche l'art. 8 del regolamento comunale approvato con deliberazione consiliare 23.2.2004 n.8 (peraltro, disapplicabile, essendo in contrasto con le fonti normative di rango superiore) perché l'individuazione delle cc.dd. aree sensibili e delle distanze dagli impianti di telefonia mobile, nonché il previsto limite di concentrazione sul medesimo sito per quelli con antenna di potenza di 20 watt, costituiscono una indebita sostituzione del Comune alle scelte tecniche dei gestori delle reti di telefonia ed esulano delle competenze attribuite ai Comuni dalla legge n.36/2001, per di più introdotte tramite un emendamento del tutto immotivato ed affatto preceduto da verifiche: del resto, sotto l'apparente disciplina di misure urbanistiche, l'art. 8 del regolamento comunale di Vasto introduce, di fatto, una propria disciplina in materia di protezione sanitaria dalle emissioni elettromagnetiche, riservata, però, alla esclusiva competenza statale.

A conclusione del ricorso è stata chiesta anche la Condanna del Comune di Vasto al risarcimento dei danni causato dalla perdita del traffico telefonico, quantificabile in Euro 500,00 al giorno, dalla perdita degli investimenti effettuati e dalla lesione all'immagine presso gli utenti per la scarsa qualità del servizio che la società Vodafone è stata costretta, medio tempore, ad assicurare.

La difesa del Comune di Vasto, con l'atto di costituzione in giudizio e successiva memoria depositata il 14.8.2009, ha chiesto che il ricorso sia respinto in quanto infondato, formulando alcune considerazioni in fatto e diritto a sostegno della legittimità dell'ordinanza impugnata, preliminarmente eccepandone:

- la tardività perché la notificazione, quando effettuata direttamente dal difensore con raccomandata

a.r., si perfeziona, a differenza di quella effettuata tramite ufficiale giudiziario, al momento dell'effettiva consegna del ricorso all'Amministrazione intimata;

- l'inammissibilità, in quanto l'atto impugnato è solo la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda, quindi un atto endoprocedimentale, non il definitivo provvedimento di diniego.

La difesa della società Vodafone, con memoria depositata il 6.5.2009, ha insistito per l'accoglimento, replicando alla suddetta eccezione di inammissibilità e depositando il successivo 1.10.2009:

- la nota 20.7.2009 inviata al Comune con cui il progettista dichiara che per mero refuso di stampa è stata indicata la particella 204, mentre, da verifica effettuata presso il Comune, la particella catastale oggetto dell'intervento è identificata in modo univoco con il n. 804;

- la nota 3.6.2009 con cui la società Vodafone ha chiesto al SUAP il rilascio della documentazione per chiedere alla Soprintendenza l'autorizzazione in surrogatoria ai sensi della D.Lgs. n.42/2004;

- la nota 4.6.2009 con cui il Comune ha comunicato alla società che, in merito a quest'ultima richiesta, non era ancora trascorso il termine di 60 giorni ex art. 159 del D.Lgs. n.42/2004 e la permanenza delle ragioni ostative già comunicate il 29.1.2009.

Con memoria depositata il 9.10.2009, la difesa della società Vodafone ha replicato, poi, anche all'eccezione di tardività, ribadendo tesi e richieste.

II- Così riassunti i termini della controversia, il Collegio considera infondata l'eccezione di tardività sollevata dalla difesa del Comune resistente, perché anche per le notifiche effettuate direttamente dall'avvocato mediante raccomandata a.r. ai sensi della legge 21 gennaio 1994 n. 53, in applicazione del principio stabilito dalla Corte costituzionale con sentenza 20 novembre 2002 n. 477, non può che rilevare, ai fini del perfezionamento per chi effettua la notifica, il giorno della spedizione e non quello dell'effettivo recapito del plico, non potendosi, anche in questo caso, imputare al ricorrente la successiva attività svolta dal servizio postale (v.si, in senso conforme, TAR Pescara 23 luglio 2009 n.520): del resto, l'art. 3, u.c., della legge n. 53/1994 rinvia, ai fini del perfezionamento della notifica da parte del richiedente, proprio alla legge n. 20 novembre 1982 n.890 relativa alla disciplina della notifica a mezzo posta da parte dell'ufficiale giudiziario, cioè proprio a quella legge oggetto della suindicata pronuncia di incostituzionalità, la cui applicazione non può, quindi, che essere effettuata in modo conforme a quanto ritenuto dalla Corte stessa.

Infondata, ad avviso del Collegio, è anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso perché l'atto impugnato sarebbe solo la comunicazione di preavviso di rigetto della domanda di nulla osta di compatibilità ambientale: a parte che, nel frattempo, non è intervenuto alcun atto definitivo a conferma della sua eventuale natura endoprocedimentale, alla sua interpretazione come preavviso di rigetto osta la mancata indicazione dell'art. 10 bis della legge n.241/1990, la mancata indicazione del termine e della possibilità di proporre le eventuali controdeduzioni e, soprattutto, il suo effetto interruttivo sul procedimento cui accede, cioè l'autorizzazione edilizia ex art. 86 e segg. del D.Lgs. n.259/.

Il ricorso va, dunque, esaminato nel merito ed, al riguardo, va chiarito che il diniego impugnato si riferisce chiaramente al solo nulla osta ambientale ai sensi degli artt. 146 e 159 del D.Lgs. n.42/2004: di conseguenza, le ragioni del diniego dovevano essere tutte strettamente attinenti, appunto, all'aspetto ambientale e/o paesaggistico e non di altra natura.

Gli elementi ostativi al rilascio sono stati, però, indicati nel mancato riscontro della particella 204 nella planimetria catastale inviata, nelle contrastanti dichiarazioni del progettista sulla conformità all'art. 8 del regolamento comunale approvato con deliberazione consiliare 23.2.2004 n.8 e nella difformità delle opere da realizzare con l'art.8 di questo regolamento, nel punto in cui non consente la concentrazione sul medesimo sito di antenne con potenza 20 watt superiore a tre: questo divieto è stato aggiunto da un comma, non espressamente riportato nella copia in atti del regolamento, conseguente all'approvazione dell'emendamento allegato A, il cui testo risulta, invece, unito alla deliberazione.

Si tratta chiaramente di elementi ostativi del tutto avulsi dalla compatibilità ambientale e/o paesistica, anche per quanto riguarda la violazione dell'art.8 del regolamento comunale, essendo la limitazione ivi prevista un evidente "obiettivo di qualità" di natura sanitaria.

Fondata, ad avviso del Collegio, è anche la violazione dell'art. 8 del suindicato regolamento nel punto in cui, con il comma aggiunto dall'emendamento allegato A, non consente la concentrazione di più di tre antenne con potenza 20 watt sul medesimo sito: ai sensi dell'art. 4 della legge n.36/2001, infatti, esula dal potere comunale la regolamentazione degli obiettivi di qualità degli impianti di telefonia mobile, essendo questa competenza riservata alla normativa statale "in considerazione del preminente interesse nazionale alla definizione di criteri unitari e di normative omogenee in relazione alle finalità di cui all'art. 1", cui si deve, peraltro adeguare, anche la normativa regionale.

Il ricorso va accolto, restando assorbito l'esame degli altri gravami.

La domanda di risarcimento danni va, invece, respinta in quanto nessun principio di prova è stato documentalmente fornito in merito alla sua effettività ed entità.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nell'importo in dispositivo indicato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, accoglie il ricorso in epigrafe indicato e, per l'effetto, annulla il provvedimento 29.1.2009 del Dirigente del III Settore del Comune di Ortona, nonché il comma aggiunto dall'allegato A all'art. 8 del regolamento approvato dal Consiglio comunale di Ortona con deliberazione 23.2.2004 n. 8 ("non è consentita una concentrazione sul medesimo sito (di) antenna con potenza watt superiore a n. di 3).

Condanna il Comune di Ortona al pagamento della somma di Euro 3000,00 (tremila/00) a favore della ricorrente società Vodafone Omnitel N.V., per spese di giudizio.

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

Così deciso in Pescara, nella camera di consiglio del 22 ottobre 2009, con l'intervento di:

Umberto Zuballi, Presidente

Dino Nazzaro, Consigliere

Luigi Ranalli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/11/2009