

N 01691/2011REG.PROV.COLL.
N. 00053/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 53 del 2008, proposto da:

Radio Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Marzia Amiconi, Mauro Amiconi, con domicilio eletto presso Francesco Cantobelli in Lecce, via Zanardelli N. 60;

contro

Comune di Porto Cesareo, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Greco, con domicilio eletto presso Adriano Tolomeo in Lecce, via Braccio Martello, 19;

e con l'intervento di

adopponendum:

Antonio Falli, Claudia Giannaccari, Carmela Caione, rappresentati e difesi dagli avv. Riccardo Giannuzzi, Alberto Maria Durante, con domicilio eletto presso Alberto Maria Durante in Lecce, via Garibaldi,43; Cosimo Migali, Cosima Rizzello, Emilia Conte, Catullo Pino, rappresentati e difesi dagli avv. Alberto Maria Durante, Riccardo Giannuzzi, con domicilio eletto presso Alberto Maria Durante in Lecce, via Garibaldi,43; Katia Pino, rappresentata e difesa dall'avv., Rodolfo Petrucci, con domicilio eletto presso Rodolfo Petrucci in Lecce, via Augusto Imperatore, 16;

per l'annullamento

della comunicazione di diniego 19.10.07 prot. 22131 ricevuta in data 26.10.07 con la quale il Comune, ha respinto l'istanza di rilascio di autorizzazione - ex punto H, Regolamento Regionale 14/06, inviata in data 18.12.06 - per un impianto radiofonico già preesistente, sito nel territorio comunale di Porto Cesareo nonché di ogni altro atto antecedente, conseguente, connesso o non conosciuto alla ricorrente ed in particolare del "Regolamento comunale in materia di campi elettromagnetici e sistemi di telecomunicazione" approvato con Delibera Comunale n.52 del 30.6.2004.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Porto Cesareo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2011 il dott. Claudia Lattanzi e uditi l'avv. Cantobelli, in sostituzione degli avv.ti Amiconi Marzia e Amiconi Mauro, per la ricorrente, l'avv. Greco, per il Comune, l'avv. Marasco, in sostituzione degli avv.ti. Giannuzzi e Durante Alberto Maria, e l'avv. Petrucci, per gli intervenienti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente, titolare della concessione ministeriale n. 900081 per la radiodiffusione sonora in ambito nazionale per l'emittente Radio Italia solo Musica Italiana rilasciata con d.m. 28 febbraio 1994, ha impugnato, con il presente ricorso, il provvedimento del comune di Porto Cesareo con cui è stata respinta l'istanza di rilascio di autorizzazione per un impianto radiofonico ex regolamento regionale n. 14/2006 punto H.

La ricorrente ha dedotto i seguenti motivi: 1. Incompetenza del Comune a emettere il provvedimento impugnato: violazione e falsa applicazione di legge. 2. Violazione di legge 36/2001; eccesso di potere per difetto di motivazione. 3. Eccesso di potere, arbitrarietà, illogicità, manifesta ingiustizia; carenza di istruttoria; violazione e falsa applicazione dell'art. 87 d.lgs. 259/2003 (codice delle comunicazioni elettroniche); violazione e falsa applicazione del regolamento regionale 14/06. 4. Eccesso di potere, arbitrarietà, illogicità, manifesta ingiustizia sotto altro profilo; violazione e falsa applicazione dell'art. 86 e 90 d.lgs. 259/2003. 5. Eccesso di potere per sviamento. 6. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e indeterminatezza; illegittimità per violazione di legge e falsa applicazione della l. 241/1990. 7. Violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, del d.m. 381/1998; irragionevolezza, irrazionalità, genericità e illogicità delle prescrizioni. 8. Irragionevolezza manifesta; mancata valutazione dell'interesse pubblico, del diritto di manifestazione del pensiero, del diritto d'impresa e del principio di imparzialità dell'attività della p.a.; violazione dell'art. 97 Cost., segnatamente del principio del buon andamento della p.a. e del derivato principio dell'affidamento.

Deduce la ricorrente: che il Comune non ha alcuna competenza in materia di controllo e vigilanza dei campi elettromagnetici; che l'impianto in questione non può essere alterato, in quanto collocazione e caratteristiche sono predeterminate dall'atto di concessione; che i regolamenti comunali non possono essere più restrittivi o prevedere adempimenti diversi dalla disciplina nazionale di settore; che l'ARPA e il Comune non hanno motivato il proprio dissenso o comunicato il proprio diniego nei termini prescritti e quindi che l'autorizzazione deve intendersi accolta perchè formato il silenzio-assenso; che il regolamento regionale si applica solo ai nuovi impianti; che le uniche norme che si applicano agli impianti preesistenti riguardano l'obbligo di mettersi in regola con i limiti di esposizioni alle emissioni elettromagnetiche e che l'impianto della ricorrente è perfettamente compatibile con le prescrizioni di legge; che gli impianti in questione hanno carattere di pubblica utilità, con possibilità di essere ubicati in qualsiasi parte del territorio comunale e che quindi non necessitano di autorizzazione paesaggistica; che non è stata data la comunicazione di avvio del procedimento; che l'impianto non produce irradiazioni nocive; che il provvedimento impugnato contrasta con le concessioni assentite dal Ministero delle Poste e Telecomunicazioni; che la ricorrente ha maturato un affidamento circa la regolarità dell'attività dell'impianto.

Il Comune si è costituito con atto del 6 giugno 2008.

Con atto di intervento ad opponendum si sono costituiti, il 10 dicembre 2010, i sigg.ri Falli, Giannacari, Migali, Caione, Rizzello, Conte, e Pino, rilevando come, nel corso dell'anno 2002, il traliccio su cui era posizionata l'antenna è stato innalzato sino a raggiungere l'altezza di circa 20 mt sul livello del mare e che l'impianto in questione necessita di un'autorizzazione paesaggistica così come rilevato nel provvedimento impugnato.

La sig.ra Pino, con atto del 21 febbraio 2011, ha comunicato la nomina di un nuovo difensore, e con memoria del 23 marzo 2011 ha ribadito la necessità dell'autorizzazione paesaggistica.

La ricorrente, con memoria del 14 marzo 2011, ha ribadito le proprie argomentazioni rilevando che il diniego di autorizzazione è stato disposto a causa del mancato rideposito della documentazione amministrativa, non richiesta dalla vigente normativa.

Il Comune, con memoria del 14 marzo 2011, ha rilevato che anche per l'installazione di stazioni radio è necessaria l'autorizzazione paesaggistica.

La ricorrente, con memoria del 24 marzo 2011, ha dedotto che gli impianti radio non possono essere assimilati alle normali costruzioni edilizie e sono per legge compatibili con qualsiasi destinazione di zona e, con successiva memoria del 22 giugno 2011, ha ribadito il perfezionamento del silenzio assenso di cui all'art. 87, comma 9, d.lgs. 259/2003.

Nella pubblica udienza del 14 luglio il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in esame la ricorrente ha impugnato il provvedimento del comune di Porto Cesareo con cui è stata negata l'autorizzazione di cui al punto H del regolamento Regionale n. 14/2006 riguardante le antenne radio.

Risulta incontestato in giudizio che l'antenna in questione è stata installata nel 1989, sul lastrico solare di una civile abitazione, e che successivamente, intorno al 2002, l'antenna originaria è stata sostituita da un altro traliccio più alto.

2. Nel merito, è necessario esaminare preliminarmente i motivi con cui si deduce che il provvedimento sarebbe tardivo perché non è intervenuto nei novanta giorni successivi all'istanza in violazione dell'art. 87, comma 9, d.lgs. 259/2003, per il quale "le istanze di autorizzazione e le denunce di attività di cui al presente articolo si intendono... accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda ... non sia stato comunicato un provvedimento di diniego".

Pertanto, sempre secondo la ricorrente, allo scadere del novantesimo giorno successivo alla proposizione dell'istanza di autorizzazione, deve ritenersi formato il provvedimento di accoglimento in virtù dell'istituto del silenzio assenso, residuando solo la possibilità di intervenire in sede di autotutela, adottando un nuovo specifico atto diretto a revocare o ad annullare d'ufficio il provvedimento già formatosi.

Al riguardo, il Collegio ritiene di non poter condividere la tesi della ricorrente sulla formazione del un silenzio assenso.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, in una fattispecie analoga a quella in esame, ha ritenuto che "Il silenzio-assenso di cui all'art. 87 d.lg. n. 259 del 2003 non è applicabile (come, in verità, "in radice", l'intera procedura ex art. 87 cit.) al caso di manufatti già realizzati, nel caso fin dal 1990, e non dunque di futura edificazione, come è desumibile dallo stesso comma 10 dell'art. 87, il quale, sebbene fonda la conclusione dell'assorbimento della concessione edilizia nell'ambito dell'autorizzazione disciplinata da tale norma, rende del pari evidente che la fattispecie autorizzativa (anche) silenziosa è riferibile esclusivamente ad opere che "devono essere realizzate" (entro il termine perentorio di dodici mesi dalla formazione del silenzio-assenso) e quindi, appunto, non già edificate" (Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6276).

In particolare, è stato chiarito che "anche per i suoi più volte chiariti fini acceleratori della realizzazione degli impianti radioelettrici e di telecomunicazione, la norma riguarda, proprio alla luce della sua ratio, future realizzazioni impiantistiche" (Cons. St., n. 6276 del 2008 cit.)

Nel caso in esame, è indiscusso che l'antenna era già preesistente, essendo stata installata nel 1989, e quindi, in applicazione del principio sopra riportato, non può ritenersi

che il mancato diniego nel termine di novanta giorni possa aver comportato l'accoglimento dell'istanza.

È da evidenziare poi che il silenzio non può ritenersi formato neanche applicando al caso in esame la disciplina prevista dall'art. 20 l. 241/1990.

In primo luogo, il comma 4 dell'articolo in esame, prevede espressamente che "Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico".

In secondo luogo, la giurisprudenza prevalente ritiene che, ai fini della formazione del silenzio assenso, non è sufficiente la sola presentazione della domanda e il decorso del tempo indicato dalla norma che lo prevede, ma è necessario altresì che essa sia corredata dalla indispensabile documentazione prevista dalla normativa, non implicando il meccanismo del silenzio assenso alcuna deroga al potere-dovere dell'Amministrazione pubblica di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'art. 97, Cost. e presupponendo quindi che l'Amministrazione sia posta nella condizione di verificare la sussistenza di tutti i presupposti legali per il rilascio dell'autorizzazione (Cons. St., sez. V, 1° aprile 2011, n. 2019; Cons. St., sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8831; Cons. St., sez. V, 19 giugno 2009, n. 4053).

Nel caso in esame, l'amministrazione comunale ha rilevato la mancanza di una serie di documenti necessari ai fini della valutazione dell'istanza e comunque, come verrà specificato nel prosieguo, si ritiene che l'autorizzazione in questione necessitava di una preventiva autorizzazione paesaggistica; da qui la conseguenza che la documentazione inviata dalla ricorrente al Comune non poteva ritenersi completa.

3. Devono esaminarsi, a questo punto i motivi di ricorso che hanno dedotto la non necessità di un'autorizzazione paesaggistica.

La ricorrente ritiene che le strutture di telecomunicazioni non sono soggette alle prescrizioni urbanistico-edilizie e quindi neanche alla preventiva autorizzazione paesaggistica, in quanto deve ritenersi prevalente l'interesse alla diffusione del servizio radio rispetto alla tutela del vincolo paesaggistico.

È da rilevare in proposito che la stessa disciplina del d.lgs. 259/2003, con l'art. 86, comma 4, nel prevedere espressamente che "restano ferme le disposizioni a tutela dei beni ambientali e culturali contenute nel decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490", fa salve le disposizioni a tutela dei beni culturali con la logica conseguenza che qualora, come nel caso in esame, l'impianto viene allocato in zona sottoposta a vincolo paesaggistico, è necessario richiedere una preventiva autorizzazione paesaggistica.

D'altronde, non si può ritenere, come invece dedotto dalla ricorrente, che il Comune non ha alcuna competenza in ordine alla localizzazione delle strutture di telecomunicazioni.

La giurisprudenza ha affrontato la questione del riparto di attribuzioni tra Stato ed enti locali per la disciplina delle installazioni produttive di inquinamento elettromagnetico e per la regolamentazione dei relativi impianti sotto il profilo urbanistico sulla scia della sentenza della Corte Costituzionale n. 303/2003, che ha dichiarato l'incostituzionalità del decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198 per la parte in cui (art. 3, comma 2) sanciva la compatibilità "con qualsiasi destinazione urbanistica" e la realizzabilità "in ogni parte del territorio comunale" delle infrastrutture in questione, anche in deroga agli strumenti urbanistici e ad ogni altra disposizione di legge o di regolamento, ledendo in tal modo la potestà pianificatoria della Regione riconosciuta dall'art. 117, comma 3, della Costituzione, il quale cita espressamente, tra le altre, le materie del governo del territorio, della tutela della salute e dell'ordinamento della comunicazione.

La Corte costituzionale, in particolare, ha ritenuto che è rimessa alle Regioni e agli enti territoriali minori la localizzazione degli impianti, come questione attinente alla disciplina dell'uso del territorio, purché la pianificazione adottata non sia tale da impedire o da ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli impianti stessi (Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303).

La giurisprudenza ha quindi chiarito che “la disciplina degli impianti di telecomunicazione e radiotelevisivi coinvolge profili sia di tutela dell'ambiente che di governo del territorio, in quanto impone standards di protezione dalle onde elettromagnetiche uniformi su tutto il territorio nazionale a garanzia del diritto alla salute, ma anche modalità di localizzazione degli impianti stessi, tali da consentire il rispetto sia dei parametri urbanistici che di corrette regole di ottimale diffusione delle reti di comunicazione, secondo un ben preciso riparto di competenze” (Tar Lazio, sez. II bis, 16 marzo 2009, n. 2690).

Pertanto, in base ai principi individuati dalla giurisprudenza citata, “non si può oggi seriamente sostenere che gli artt. 86 ed 87 del D.Lgs.1-8-2003, n. 259, lascino al Comune esclusivamente un mero coordinamento formale della procedura autorizzatoria, privandolo di ogni competenza propria, solo perché riservano la verifica iniziale del rispetto dei limiti di esposizione ai campi elettrici ed elettromagnetici fissati dallo Stato all'ARPA, ente tecnico istituzionalmente preposto ad effettuare verifiche istruttorie del tipo in esame. La normativa specifica in materia di antenne e l'ordinaria normativa edilizia soccorrono a dirimere ogni dubbio al riguardo. In particolare, l'art.86, comma 3, del citato D.Lgs n. 259/2003 assimila le stazioni radio base alle opere di urbanizzazione primaria. Ad esse si applica, pertanto, la normativa vigente in materia (DPR n. 380 del 2001). Il comma 4 prevede che restano ferme anche le disposizioni in materia di tutela ambientale (DLgs. n. 490 del 1999) e di servitù militari.”. (Tar Lazio, n. 2690/2009 cit).

4. In conclusione, il ricorso deve essere respinto perché, da un lato, nel caso in esame non può ritenersi formato il silenzio assenso (accoglimento) e dall'altro è comunque necessaria una preventiva autorizzazione paesaggistica, poiché l'antenna è ubicata all'interno di un territorio sottoposto a vincolo.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Massimo Santini, Referendario

Claudia Lattanzi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 29/09/2011