

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 04557/2010 REG.DEC.
N. 02552/2005 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 2552 del 2005, proposto da:
comune di Arpaia, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Supino, con domicilio eletto presso l'avv. Ilaria Pelletier Papanti in Roma, via Napoleone III n.89;

contro

Siemens Mobile Communications s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Gennaro Belvini, con domicilio eletto presso l'avv. prof. Filippo Satta in Roma, via Pierluigi. da Palestrina 47;

per la riforma,

previa sospensione dell'esecuzione, della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 00117/2005, resa tra le parti, concernente INSTALLAZIONE STAZIONE RADIO BASE PER TELEFONIA CELLULARE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e vista la memoria della società appellata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2010 il consigliere Domenico Cafini, nessuno comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso n.7299 del 2004 la s.p.a. Siemens Mobile Communications adiva il T.a.r. della Campania, Napoli, impugnando la nota del responsabile del comune di Arpaia 4.3,2004 n.818, con la quale era stato comunicato il parere sfavorevole reso dalla commissione edilizia comunale nella seduta del 2.3.2004 in ordine alla installazione, da parte della ricorrente, di una stazione radio base per telefonia cellulare, atteso che, in particolare, il progetto presentato non era compatibile con la destinazione di zona di cui all'art.23 delle Norme di attuazione del vigente P.R.G., in quanto

prevista in zona "T" (turistica).

La stessa società, con successivi motivi aggiunti impugnava anche la nota 14.6.2004 n.2270, con cui lo stesso responsabile comunale aveva comunicato un nuovo parere negativo reso dalla commissione edilizia comunale relativamente alla menzionata installazione, precisando gli ulteriori motivi alla base del pronunciato rigetto.

A sostegno del gravame la Siemens Mobile Communications s.p.a deduceva i seguenti motivi:

- a) violazione del D.Lgs. n.259/2003 e della L. n.36/2001, in quanto la installazione in questione, in mancanza di prescrizioni specifiche, era compatibile con la destinazione di zona;
- b) violazione dell'artt.6 L.241/1990 e 51 L. n.142/1990, atteso che il parere non era vincolante e che il dirigente comunale avrebbe dovuto concludere il procedimento con apposita istruttoria;
- c) violazione dell'art.7 L. n.241/1990 a causa dell'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento e dell'omessa indicazione del responsabile del procedimento;

Nei motivi aggiunti la società predetta formulava i seguenti ulteriori rilievi:

- d) violazione del D.Lgs. n.259/2003 e della legge n.36/2001 nonché della L.n.10/1977, difetto di motivazione e di istruttoria, eccesso di potere, sviamento, giacché la concessione edilizia poteva essere richiesta anche da persona diversa dal proprietario, purché avesse titolo a disporre del suolo; che le installazioni, in mancanza di specifiche prescrizioni erano compatibili con le destinazioni di zona; che il D.Lgs. n.259/2003 non richiedeva affatto il permesso di costruire; che l'eventuale incompletezza documentale non legittimava il rigetto, ma solo la richiesta di integrazione documentale; che era falso il presupposto in forza del quale la realizzazione e la manutenzione della stazione radio base avrebbe creato problemi alla condotta idrica del Serino, poiché che in quella zona (classificata C, residenziale) le abitazioni private avrebbero creato problemi assai maggiori;
- e) violazione dell'art.87, comma 2, D.Lgs. n.259/ 2003 e degli artt. 7 e 8 e 10 L. n.241/1990, eccesso di potere, carenza di istruttoria, attesa la mancata comunicazione al richiedente del nome del responsabile del procedimento e l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento.

Nel giudizio si costituiva il Comune di Arpaia che si opponeva all'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti, eccependone l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza.

2. Con la sentenza 14.1.2005, n.117, resa in forma semplificata, l'adito T.a.r. accoglieva il proposto gravame, annullando conseguentemente il provvedimento con il quale il Comune di Arpaia aveva negato alla società ricorrente, sulla base del parere della commissione edilizia che aveva rilevato il contrasto dell'impianto con la disciplina vigente, l'autorizzazione ad installare l'impianto di stazione radio base sopra menzionato.

3. Avverso tale sentenza ha interposto l'odierno appello il comune di Arpaia, quale ha dedotto, in sintesi, le seguenti censure, secondo le quali la gravata pronuncia sarebbe erronea:

A) perché incorrendo in "error in procedendo; illogicità; carenza di motivazione; violazione art.112 c.p.c.", non avrebbe valutato le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado, secondo le quali la società istante avrebbe omesso di estendere la impugnativa, da una parte, alla relazione tecnica del 27.2.2004 (di accompagnamento alla pratica trasmessa per il relativo parere alla commissione edilizia comunale) e, dall'altra, alla nota negativa del comune di Arpaia n.2270/2004, impugnata poi con motivi aggiunti;

B) perché non avrebbe valutato la ulteriore inammissibilità del ricorso avverso la nota n.2270/2004, nella parte in cui la società originaria aveva omissis l'impugnazione del punto 2 della stessa nota concernente la motivazione del diniego per contrasto dell'opera in questione rispetto alle previsioni di cui all'art. 23 delle N.T.A del vigente P.R.G;

C) perché non avrebbe accolto la eccezione dedotta in primo grado dalla difesa del Comune in ordine alla carenza di legittimazione della Siemens Mobile Communications s.p.a a chiedere l'autorizzazione alla installazione della stazione radio base di cui trattasi;

D) perché avrebbe ritenuto il T.U. n.380/2001 inapplicabile alla materia della telefonia mobile;

E) perché avrebbe vanificato il diniego comunale basato sul prospettato rischio idraulico ex art. 13, capo 2, delle Norme di attuazione del Piano stralcio per l'assetto idrogeologico dell'Autorità di bacino nord occidentale, ritenendo, non correttamente, che sussistesse l'obbligo del Comune di Arpaia di convocare la conferenza di servizi, previo interpello anche dell'Autorità predetta;

F) perché non avrebbe considerato che l'intervento richiesto era realizzabile, sussistendone i presupposti, unicamente con il rilascio di un permesso di costruzione nel rispetto della compatibilità urbanistica.

Nelle conclusioni l'ente appellante ha chiesto, quindi, che, in accoglimento del proposto gravame, la decisione impugnata fosse annullata, con conseguente reiezione del ricorso di primo grado.

Ricostituitosi il contraddittorio nell'attuale fase di giudizio, la Siemens Mobile Communications s.p.a ha replicato, con un'articolata memoria, alle doglianze ex adverso prospettate dal Comune di Arpaia, concludendo per la reiezione dell'appello.

Alla camera di consiglio fissata per l'esame della istanza incidentale di sospensione, l'istanza stessa è stata respinta, ritenendosi l'appello cautelare proposto non assistito dal necessario fumus boni iuris.

4. La causa è stata infine assunta in decisione nella pubblica udienza del 13 aprile 2010.

DIRITTO

1. Costituisce l'oggetto dell'odierno appello la sentenza, resa in forma abbreviata, del Tribunale amministrativo regionale della Campania, Napoli, Sezione I, n.117/2005 in data 14 gennaio 2005, con la quale è stato accolto il ricorso della Siemens Mobile Communications s.p.a avverso il provvedimento del comune di Arpaia che aveva respinto l'istanza della detta società volta ad ottenere l'autorizzazione per la realizzazione di una stazione radio base per telefonia cellulare.

Con tale sentenza il giudice di primo grado ha ritenuto fondate, con assorbimento dei restanti rilievi, le censure dedotte nel ricorso, ritenendo, in sintesi, che: l'impianto di telefonia mobile in questione, in mancanza di una diversa destinazione urbanistica, non era affatto incompatibile con la destinazione dell'area; l'art.3 D.Lgs. n.198/2002 consentiva la realizzabilità del detto impianto anche nel caso in cui le prescrizioni urbanistiche espressamente vietassero gli impianti in questione; era comunque consentita, dopo la declaratoria di incostituzionalità del citato D.Lgs., l'installazione di impianti di telefonia mobile se il piano urbanistico non avesse previsto alcuna specifica preclusione, atteso che la destinazione dell'area non determina un'incompatibilità con l'installazione dell'impianto; il D.Lgs. n.259/2003 non esigeva il permesso di costruire per la

realizzazione dell'impianto anzidetto, ma titoli abilitativi diversi (DIA e autorizzazione ottenibile mediante la procedura del silenzio assenso); la giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva sempre escluso l'assimilabilità dell'impianto di telefonia mobile alle normali costruzioni; le norme di cui agli artt. 87 e 88 D.Lgs. n.259/2003 dovevano prevalere, per il principio della specialità, sull'art. 3 del D.P.R. n.380/2001; il richiamo alla carenza di legittimazione a chiedere la concessione edilizia era incongruo, non potendosi condividere l'assunto del comune di Arpaia secondo cui solo la Wind s.p.a. (titolare dell'autorizzazione ex art.25 D.Lgs. n.259/2003) sarebbe stata legittimata a presentare le istanze concessorie, non potendosi negare tale legittimazione alla società fornitrice degli impianti, in mancanza di norme di segno contrario; il Comune, ove vi fosse stato un rischio di carattere idrogeologico, non poteva respingere, per ciò solo, l'istanza, ma doveva interpellare l'Amministrazione competente (nella specie, autorità di bacino nord occidentale) e, in caso di dissenso di quest'ultima, convocare la conferenza di servizi.

2. La sentenza predetta, come dianzi motivata, viene ora contestata dal Comune appellante, mediante le censure sopra specificate al punto 3) dell'esposizione in fatto (alle lettere da A) ad F)), censure che di seguito vengono ora singolarmente esaminate.

2.1. Con la prima di esse il Comune appellante contesta in rito la gravata decisione, prospettando l'eccezione d'inammissibilità del ricorso originario, già dedotta nel giudizio di primo grado, eccezione che, a suo avviso non sarebbe stata valutata dai primi giudici e che sarebbe invece fondata, giacché la società Siemens Mobile Communications, da un lato, avrebbe omesso di estendere la impugnativa alla relazione tecnica del 27.2.2004 (di accompagnamento della pratica trasmessa alla commissione edilizia comunale per il relativo parere) e, dall'altro, avrebbe omesso di impugnare la nota negativa comunale n.2270/2004 nella parte in cui si denegava la richiesta autorizzazione per il mancato rispetto dell'istanza al modello A dell'allegato 13 del D.Lgs. n.259/2003, oltre che nella parte in cui si denegava l'autorizzazione stessa, disconoscendosi in capo alla società predetta il potere di avanzare l'istanza per l'installazione dell'impianto in parola.

Tali rilievi non possono essere condivisi.

2.1.1. Quanto al primo profilo di censura riferito alla dedotta inammissibilità del ricorso originario, deve rilevare il Collegio che alla ricorrente in primo grado non era stata comunicata la relazione tecnica del 27.2.2004, depositata soltanto in occasione della costituzione in giudizio e solo in quella sede conosciuta, relazione peraltro non autonomamente impugnabile, in quanto atto endoprocedimentale, da gravarsi in via autonoma soltanto ove avesse determinato un arresto definitivo del procedimento, ipotesi questa non verificatasi invero nel caso di specie.

Non incombeva sulla odierna società appellata, dunque, l'obbligo di impugnare la suddetta relazione tecnica, non potendo essere intesa né quale atto idoneo ad arrestare il procedimento in via definitiva, né quale atto direttamente lesivo della posizione della ricorrente; come, del resto, dimostrato dalla circostanza che lo stesso dirigente comunale, dopo la comunicazione del parere negativo della commissione edilizia, aveva provveduto a notificare l'ulteriore diniego a conclusione dell'iter procedimentale svolto, con ciò confermando che nessun arresto era derivato dalla menzionata relazione alla conclusione del procedimento.

2.1.2. Quanto all'ulteriore profilo di inammissibilità del ricorso originario avanzato dalla difesa dell'ente locale appellante - riferito alla mancata impugnativa dell'atto di diniego comunale

n.2270/2004, contestato con motivi aggiunti, sia con riguardo alla parte in cui veniva negata la richiesta autorizzazione per il mancato rispetto dell'istanza al modello A dell'allegato 13 del

D.Lgs 259/2003, sia con riguardo alla parte in cui la stessa autorizzazione veniva negata perché era

da disconoscersi, in capo alla ricorrente, il potere di avanzare domanda per la installazione della stazione radio base - il Collegio deve osservare che in proposito che è sufficiente, per contrastare quanto asserito dall'appellante, prendere in considerazione le argomentazioni svolte in primo grado dalla società appellata.

Con esse, infatti, sono state contestate puntualmente le ragioni poste alla base del disposto diniego; e ciò fermo restando in ogni caso che la stessa s.p.a. Siemens Mobile Communications aveva avanzato richiesta di autorizzazione in conformità alla disciplina del modello A dell'allegato 13 dell'art. 87 del D.lgs 259/2003 e aveva più volte dedotto che la non conformità o la mancanza di documenti e di grafici non avrebbe potuto indurre l'ente locale a negare la richiesta autorizzazione, ma semmai a chiedere la eventuale rettifica o integrazione documentale (come espressamente prevista dall' art. 87 cit., al comma 5, in cui è precisato, per l'appunto, che il responsabile del procedimento "può richiedere, per una sola volta, entro quindici giorni dalla data di ricezione dell'istanza, il rilascio di dichiarazioni e l'integrazione della documentazione prodotta").

2.1.3. Circa la eccepita inammissibilità del ricorso originario per la mancata legittimazione alla richiesta autorizzazione, deve rilevarsi poi che nel giudizio di primo grado la società ricorrente ha depositato i documenti relativi al contratto di locazione della area messa a disposizione per la sistemazione della stazione radio base per la quale era stata chiesta l'autorizzazione e all'accordo quadro, intercorso nel luglio 1998 tra la società Wind e la odierna appellata, accordo con il quale le parti contraenti avevano inteso disciplinare varie attività di loro competenza, tra cui quella, attribuita alla sfera di attribuzioni della s.p.a. Siemens Mobile Communications, concernente appunto la possibilità di richiedere tutte le autorizzazioni previste dalla legge, per conto della società Wind (v. art.7 dell'accordo predetto, riguardante la ricerca dei siti e la localizzazione e acquisizione, in cui viene precisato che quanto ivi stabilito disciplina le attività che il fornitore dovrà svolgere relativamente "alla ricerca, selezione, acquisizione in suo possesso di un determinato numero di siti, preparazione della relativa documentazione per ottenere i permessi necessari per la installazione degli apparati presso i siti acquisiti" e che l'intero procedimento è strutturato in varie fasi, ossia quelle relative a: ricerca, localizzazione e selezione dei siti; trattative per l'acquisizione dei siti; studio, progetto e pianta/planimetria; conclusione e firma del contratto di locazione in base al modello di contratto di locazione fornito dal committente; richiesta ed ottenimento dei permessi edilizi e delle altre autorizzazioni previste dalla legge.

Dal che consegue l'infondatezza della eccezione di inammissibilità prospettata dalla difesa dell'ente locale appellante, essendo abilitata certamente la odierna appellata, sulla base del menzionato accordo, ad avanzare richiesta presso gli enti pubblici competenti ad esprimere i pareri e a rilasciare le autorizzazioni necessarie.

2.1.4. Nell'appello in esame si contesta la sentenza gravata anche perché i giudici di prime cure non avrebbero valutato, erroneamente, la ulteriore inammissibilità del ricorso avverso la nota n. 2270/2004, nella parte in cui la odierna appellata avrebbe ommesso di impugnare il punto 2 della nota stessa, che dava ragione del diniego per contrasto, dell' impianto da realizzarsi, rispetto alle previsioni di cui all'art. 23 del N.T.A. del vigente P.R.G..

Anche tale rilievo è privo di pregio.

Nel ricorso di primo grado era stato dedotto infatti, con riguardo alla violazione della disposizione anzidetta (per essere l'altezza della stazione radio base superiore a quella consentita in relazione alla specifica destinazione di zona T - turistica) che la giurisprudenza amministrativa in ordine alla materia in questione aveva ritenuto illegittimo il diniego formulato su preesistenti norme urbanistiche, richiamandosi, in particolare la decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI,

n 7725 del 24.11.2003.

Sulla base della richiamata giurisprudenza, che il Collegio ritiene condivisibile, deve ribadirsi, invero, anche con riguardo al caso in esame, che, in assenza di specifiche prescrizioni, la realizzazione delle stazioni radio base per la telefonia mobile non sia soggetta a prescrizioni urbanistiche-edilizie preesistenti, dettate con riferimento ad altre tipologie di opere (quali le costruzioni), elaborate quindi con riferimento a possibilità di diversa utilizzazione del territorio, nell'inconsapevolezza del fenomeno della telefonia e dell'inquinamento elettromagnetico in generale, e che, inoltre, il titolo concessorio non possa essere negato se non con riguardo ad una specifica disciplina conformativa che prenda in considerazione le reti infrastrutturali tecnologiche necessarie per il funzionamento del servizio pubblico, dovendosi rilevare, peraltro che gli impianti tecnologici non sviluppino di norma volumetria o cubatura se non limitatamente ai basamenti o alle cabine accessorie.

2.1.5. Risulta infondata, infine, anche, la ulteriore censura avverso la impugnata decisione, per avere rilevato il T.a.r. la illegittimità del provvedimento di diniego anche per le parti non espressamente gravate, sicché, alla stregua delle dedotte inammissibilità, tale organo giurisdizionale sarebbe incorso anche nella violazione dell'art.112 c.p.c. (principio di ultra petizione).

Ed invero, tale assunto della parte appellante deve ritenersi erroneo, atteso che - sulla base anche di quanto osservato dalla difesa della parte appellata e del consolidato orientamento giurisprudenziale richiamato - il vizio denunciato di ultrapetizione si configura soltanto quando il giudice, esorbitando dalle proprie funzioni, pronuncia sentenza oltre i limiti delle pretese e delle eccezioni fatte valere dalle parti, attribuendo quindi, una utilità o un bene della vita non richiesto, rientrando invece nella sua "potestas iudicandi" non soltanto il potere di qualificare giuridicamente l'azione proposta, ma anche quello di procedere ad un'autonoma ricerca delle norme su cui fondare la decisione.

Tali principi valgono certamente anche con riguardo al processo amministrativo, anche se in esso la potestà di giudicare è delimitata dai motivi del ricorso, il che tuttavia, pur impedendo al giudice di rilevare fatti non prospettati dalla parti e di esprimere statuizioni che non trovino corrispondenza nelle prospettate domande, non gli preclude comunque, nell'ambito della situazione di fatto indicata dal ricorrente, una valutazione giuridica autonoma e difforme rispetto a quella prospettata dall'interessato, potendo procedere all'individuazione dei motivi di gravame alla stregua non solamente dei rilievi espressamente formulati, ma anche di quelli che, anche se non esposti formalmente, possono desumersi dal contesto del ricorso; dal che la conseguenza dell'insussistenza del vizio di ultrapetizione, come denunciato in relazione al caso in esame, allorché venga accolta una domanda che, pur se formulata in modo espresso, sia contenuta in ogni caso nell'atto introduttivo del giudizio.

3. L'appellante Comune di Arpaia contesta, quindi, le valutazioni di merito effettuate dal T.a.r. della Campania in ordine alla dedotta carenza di legittimazione della società Siemens Mobile Communications a chiedere la autorizzazione alla installazione della stazione radio base di cui si discute, avendo ritenuto al riguardo, il giudice adito, incongrue le motivazioni dell'Amministrazione comunale per essere il decreto legislativo n. 259/2003 norma speciale rispetto al T.U. n. 380 del 2001

In proposito deve osservare il Collegio che nei sensi ora accennati è l'orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato e che, circa il dedotto rilievo secondo cui la parte ricorrente non aveva provato nella specie di essere proprietaria del bene o di averne la disponibilità, va evidenziato che la società appellata aveva versato in atti il relativo contratto di locazione, sicché appare evidente che nel caso in esame sia stata fornita prova adeguata del possesso dell'area, avendo dimostrato la ricorrente originaria di avere stipulato appunto apposito contratto con il proprietario

dell'area interessata alla realizzazione dell'opera in questione.

D'altra parte, la costante giurisprudenza amministrativa in ordine alla violazione della legge n.10/1977, ha più volte chiarito che, ai sensi dell'art.4 L.28.1.1977 n.10, la domanda volta al rilascio della concessione edilizia può essere presentata anche da persona diversa dal proprietario, purché il richiedente abbia titolo a disporre del suolo e che la materiale disponibilità dell'area da parte dell'istante, anche se persona diversa dal proprietario, costituisce titolo idoneo al rilascio della concessione edilizia, per cui può ritenersi che, in definitiva, sono legittimati a richiedere la concessione edilizia, non solo il proprietario, ma anche i soggetti che si trovano rispetto al bene immobile da edificare in relazione qualificata, come appunto i titolari di un diritto reale, ovvero i titolari di un diritto personale, quali, ad esempio, il conduttore, come appunto avvenuto nel caso in esame.

4. Con altra doglianza, la gravata pronuncia viene criticata poi per aver ritenuto inapplicabile alla materia della telefonia mobile il T.U dell'edilizia n.380 del 2001.

Anche tale censura è priva di fondamento.

Ed invero, in proposito, la giurisprudenza è attestata nel senso che per la installazione degli impianti in questione non è affatto necessario il permesso di costruire, essendo subordinata soltanto all'autorizzazione prevista dall'art.87 del T.U. 1.10. 2003, n.259 (c.d. codice delle comunicazioni) e non occorrendo al riguardo il permesso di costruire ai sensi dell'art. 3 lett e) del T.U. 6.6.2001 n.380 (cfr., tra le tante Cons. St, Sez. VI 21.1.2005 n.100).

La disciplina dettata dal D.Lgs 259/2003 costituisce, in definitiva, normativa speciale e compiuta, per cui prevale sulla disciplina generale dettata dal T.u. dell'edilizia approvato nel 2001, che, per gli interventi in questione, richiedeva il permesso di costruire.

La completezza della disciplina di cui al D.Lgs n.259/2003, fa ritenere, dunque, che i titoli abilitativi da esso previsti (autorizzazione e denuncia di inizio attività) malgrado la identità del nomen con gli istituti previsti dal T.U dell'edilizia sono provvedimenti del tutto autonomi che assolvono integralmente le esigenze proprie delle telecomunicazioni e le esigenze territoriali alla cura degli enti locali; il che è desumibile, d'altronde, dalla singolarità del procedimento, dalla qualificazione di opere di urbanizzazione primaria, nonché dalla necessità cui è finalizzata la disciplina del D.Lgs 259/2003, di semplificare l'attività edilizia relativa alle infrastrutture di comunicazione elettronica.

5. La parte appellante contesta, inoltre, la sentenza in epigrafe indicata in quanto il T.a.r. avrebbe vanificato il diniego comunale fondato sul dedotto rischio idraulico, ritenendo, erroneamente, in capo all'ente locale l'obbligo di convocare la conferenza di servizi, previo interpello anche dell'autorità del bacino nord occidentale.

Anche tale rilievo non può essere favorevolmente apprezzato.

Al riguardo deve ritenersi, infatti, che, così come rilevato dalla parte appellata, sia "alquanto pretestuoso" il dedotto rischio idraulico molto elevato (indicato come "R4") con la possibilità di installazione di una stazione radio base (occupante 56 mq.), a fronte di una destinazione urbanistica dell'area, dove realizzare la stazione radio base, classificata "T" (turistica), in cui sono ammessi interventi turistici e sportivi ivi compreso le residenze strettamente connesse allo scopo turistico sportivo e a fronte anche del fatto che il Comune di Arpaia, su particelle confinanti, ha già approvato un piano di lottizzazione di grossa intensità abitativa, senza tener conto, in questo caso, del rischio idraulico anzidetto.

Sono, dunque, condivisibili i rilievi mossi dalla società originaria ricorrente contro l'assunto del Comune di Arpaia (punto 6 del provvedimento impugnato in prime cure), con cui, mentre da un lato si sostiene la totale impossibilità dell'intervento nell'area prevista per la realizzazione della stazione radio base in questione, in zona ad alto rischio idraulico, dall'altro, si ritiene non necessario, per l'intervento in questione, il rilascio del parere dell'autorità del bacino nord occidentale, e quindi l'espletamento di un'attività istruttoria al fine di determinare la compatibilità dell'intervento, di individuare l'esatta ubicazione della stazione radio base e di valutare anche se la opera stessa possa realizzarsi proprio in un area ad alto rischio idraulico.

Attività istruttoria, effettivamente mancante nel caso in esame e che ha chiaramente influito sulla adozione del provvedimento impugnato, il quale non ha indicato in modo chiaro, quindi, i motivi precisi dell'inammissibilità dell'intervento (in disparte l'accento all'art. 13, capo 2 delle norme di attuazione del piano stralcio per l'assetto idrogeologico dell'autorità del bacino nord occidentale), non consentendo così alla originaria ricorrente la possibile riforma del progetto ai fini di una maggiore compatibilità alle norme di attuazione di cui al piano stralcio predetto.

Appare immune, pertanto, dai rilievi mossi la statuizione del T.a.r. che ha ritenuto illegittimo nel caso in questione il punto 6 della motivazione del provvedimento comunale di rigetto impugnato in prime cure.

6 . Così come appare illegittimo, condividendosi al riguardo le argomentazioni della società Siemens Mobile Communications, anche il motivo di cui al n. 7 dell'anzidetto provvedimento comunale, dalla cui lettura non risulta chiaro se il funzionario del Comune, abbia ritenuto che la futura realizzazione di immobili residenziali rende incompatibile la collocazione della stazione radio base per motivi sanitari o per la destinazione di zona, dovendosi ritenere che, se con il motivo predetto del contestato rigetto si è inteso tutelare la salute pubblica dei cittadini futuri residenti nella zona, esso è illegittimo, per essere in possesso la società ricorrente originaria del parere favorevole rilasciato dalla competente ARPA (depositato agli atti del giudizio), e che esso è egualmente illegittimo, qualora, si è inteso ritenere, viceversa, con il menzionato motivo, che la installazione della stazione radio base era incompatibile per la destinazione urbanistica della zona.

E ciò in quanto l'art. 86 comma 3, del D.Lgs. 259/2003, dispone espressamente che le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazioni di cui agli articoli 87 e 88 "sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria cui all'articolo 16, comma 7, del d.p.r. 6 giugno 2001 n.380, pur restando di proprietà dei rispettivi operatori, e ad esse si applica la normativa vigente in materia ".

Già la sola assimilazione fatta per legge delle stazioni radio base ad opere di urbanizzazione primaria, dunque, rendono per l'effetto la compatibilità delle stesse a qualsiasi destinazione urbanistica di tutte le zone dei territori comunali.

D'altra parte, la Corte Costituzionale con la sentenza 307/2003 in proposito, ha statuito, tra l'altro, che i criteri localizzativi e gli standards urbanistici stabiliti dagli enti locali non debbono essere tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli impianti per la telefonia mobile e considerato, quindi, che in assenza di specifiche previsioni urbanistiche, la collocazione degli impianti predetti, stante il preminente interesse pubblico che essi rivestono, deve ritenersi consentita sull'intero territorio comunale, non assumendo carattere ostativo le singole destinazioni di zona. Pertanto devono ritenersi illegittime le limitazioni poste alle installazioni di stazioni radio base per la telefonia mobile, non assumendo carattere ostativo le specifiche destinazioni di zona, rispetto a impianti di interesse generale, che presuppongono la realizzazione di una rete che dia uniforme copertura su tutto il territorio (Consiglio di Stato, VI sezione, 673/2003; 4841/2003; 4096/2002, 3098/2002 3098/2002).

Giustamente, quindi, i giudici di prime cure, alla luce di quanto sopra esposto, hanno ritenuto nel caso in esame che, poiché l'ente locale ha individuato l'ufficio competente nell' autorità del bacino nord occidentale, soggetto tenuto alla vigilanza del rischio idraulico, doveva, quale soggetto tenuto alla gestione del territorio e nella pienezza della competenza del rilascio di un titolo abilitativo, interpellare la autorità competente e, in caso di dissenso, convocare ai sensi dell'art. 87 comma 6 del D.Lvo 259/2003 una conferenza di servizi.

Deve ritenersi dunque infondato anche il motivo ora esaminato.

7. La difesa dell'appellante propone, infine, quale motivo di censura della sentenza gravata, la mancata considerazione dei giudici di prime cure che l'intervento richiesto fosse realizzabile, essendocene i presupposti, unicamente con il rilascio di permesso di costruire.

Anche tale censura, che ripropone lo stesso motivo esaminato precedentemente, deve essere disattesa, valendo al riguardo l'argomentazione già svolta supra al punto 4) che precede, con richiamo in particolare alla decisione del Consiglio di Stato n. 100 del 21.1.2005.

8. In conclusione, la decisione di primo grado, come dianzi motivata, deve ritenersi meritevole di conferma anche sulla base della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato che - muovendo dalla nozione di rete di telecomunicazione che, per definizione, richiede una distribuzione capillare nei diversi punti del territorio, e dall' assimilazione in via normativa delle infrastrutture di reti pubbliche di telecomunicazione alle opere di urbanizzazione primaria, poste al servizio dell' insediamento abitativo di cui devono seguire lo sviluppo (art. 86, comma 3, del D.lgs. n. 259/2003) - ha riconosciuto illegittime, con indirizzo costante, le prescrizioni di piano e di regolamento che si traducono in limiti alla localizzazione e allo sviluppo della rete per intere zone, per di più con scelta generale ed astratta ed in assenza di giustificazioni afferenti alla specifica tipologia dei luoghi o alla presenza di siti che per destinazioni d' uso possano essere qualificati come sensibili. (in tal senso cfr., tra le più recenti, n.1567/2007 cit.).

Nella materia in questione il Consiglio di Stato ha affermato invero i condivisibili principi che vanno di seguito ricordati:

- il formale utilizzo degli strumenti di natura edilizia – urbanistica (con la necessaria osservanza delle relative procedure di approvazione) e il dichiarato intento di esercitare le proprie competenze in materia di governo del territorio, non possono giustificare l'adozione di misure che nella sostanza costituiscono indirettamente una deroga ai limiti di esposizione fissati dallo Stato; quali, ad esempio, il generalizzato divieto di installazione delle stazioni radio base per la telefonia cellulare in tutte le zone territoriali omogenee a destinazione residenziale, che ha lo stesso effetto di sovrapporre una determinazione cautelativa, ispirata al principio di precauzione, alla normativa statale che ha fissato i limiti di radiofrequenza, di fatto eludendo tale normativa;

- l'introduzione di misure tipicamente di governo del territorio (distanze, altezze, localizzazioni, ecc.), tramite un regolamento edilizio comunale, trova giustificazione solo se sia conforme al principio di ragionevolezza e alla natura delle competenze urbanistico-edilizie esercitate, e sia sorretta da una sufficiente motivazione sulla base di risultanze acquisite attraverso un'istruttoria idonea a dimostrare la ragionevolezza della misura e la sua idoneità rispetto al fine perseguito (decisioni 6.8.2002, n. 4096 e n. 3.6. 2002 n.3098);

- le precedenti considerazioni valgono anche alla luce del vigente quadro normativo, in cui alle competenze dei Comuni, dirette ad assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti, si aggiunge quella di "minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi

elettromagnetici" (art. 8, comma 6, della legge n. 36/2001); anche le misure di minimizzazione (distinte dalla citata norma da quelle urbanistico-edilizie) non possono quindi in alcun modo prevedere limiti generalizzati di esposizione diversi da quelli previsti dallo Stato, né possono di fatto costituire una deroga generalizzata, o quasi, a tali limiti, essendo invece consentita l'individuazione di specifiche e diverse misure, la cui idoneità al fine della "minimizzazione" emerge dallo svolgimento di compiuti e approfonditi rilievi istruttori sulla base di risultanze di carattere scientifico (decisione n. 3098/2002 3098/2002);

- i "criteri di localizzazione" degli impianti non possono trasformarsi in "limitazioni alla localizzazione", così da configurarsi incompatibili con la possibilità di realizzare una rete completa di infrastrutture per la telecomunicazione (Corte Costituzionale, sentenza 15.10/7.11.2003 n.331 e sentenza 7.10.2003 n 307);

- non può tradursi la determinazione a regime di limiti di localizzazione degli impianti – atteso il suo carattere generalizzato e il riferimento al dato oggettivo dell'esistenza di insediamenti abitativi - in una misura surrettizia di tutela della popolazione da immissioni radioelettriche, che l'art. 4 della legge n. 36/2000 riserva allo Stato attraverso l'individuazione di puntuali limiti di esposizione, valori di attenzione ed obiettivi di qualità, da introdursi con D.P.C.M., su proposta del Ministro dell'Ambiente di concerto con il Ministro della Salute (cfr., n. 7274 /2002; n. 4159/2005);

- la scelta dei criteri di insediamento degli impianti deve tenere conto della nozione di "rete di telecomunicazione, che richiede una diffusione capillare sul territorio, in particolare per i casi di telefonia UMTS (c.d. "cellulare");

- deve tenersi conto, infine, anche del fatto che l'assimilazione in via normativa delle infrastrutture di reti pubbliche di telecomunicazione alle opere di urbanizzazione primaria, implica che le medesime non siano avulse dall'insediamento abitativo, ma debbano porsi al servizio dello stesso.

9. Alla stregua di quanto ora considerato, la scelta operata nella specie dal Comune appellante non sfugge dunque, come già evidenziato nella gravata pronuncia, alle doglianze di violazione dell'art. 87 comma 2, del D.lgs. n. 259/2003 e della legge n. 36/2001 dedotte nel ricorso di primo grado, né si configura conforme a criteri di ragionevolezza, di adeguatezza e di proporzionalità delle misure stabilite negli atti impugnati, giacché, da una parte, la potestà attribuita all'ente locale dall'art. 8, comma 6, della L. n. 36/2001 di disciplinare "il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione a campi elettromagnetici" deve tradursi in regole ragionevoli, motivate e certe, poste a presidio dei cennati interessi di rilievo pubblico (in relazione, ad esempio, al particolare valore paesaggistico/ambientale o storico/artistico di individuate porzioni del territorio, ovvero alla presenza di siti che per la loro destinazione d'uso possano essere qualificati particolarmente sensibili alle immissioni elettromagnetiche), ma non può introdurre, come avvenuto nel caso di specie, un generalizzato divieto di installazione in zone urbanistiche identificate; mentre, dall'altra, tale previsione viene a costituire una misura di carattere generale, sostanzialmente cautelativa rispetto alle emissioni derivanti dagli impianti di telefonia mobile, riservando, tuttavia, l'art. 4 della L.n. 36/2001, alla competenza dello Stato, la determinazione, con criteri unitari, dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, in base a parametri da applicarsi uniformemente su tutto il territorio dello Stato.

10. Il ricorso in appello, pertanto, deve essere respinto.

Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio conseguono alla soccombenza e vengono liquidate secondo quanto precisato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe specificato, lo respinge.

Condanna il Comune di Arpaia al pagamento delle spese di giudiziose nei confronti della società appellata, spese che vengono complessivamente liquidate nella somma di euro 3000 (tremila/00) oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo, Presidente
Paolo Buonvino, Consigliere
Domenico Cafini, Consigliere, Estensore
Roberto Giovagnoli, Consigliere
Manfredo Atzeni, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/07/2010