

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7789 del 2008, proposto da: Vodafone Omnitel N.V., rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Manzi e Giuseppe Sartorio, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Comune di Avellino, rappresentato e difeso dall'avv. Alfredo Maggi, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaele Porpora in Roma, via della Giuliana, 74;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI - SEZIONE VII n. 06472/2007, resa tra le parti, concernente rimozione stazione radio base per telefonia cellulare

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione e l'appello incidentale del Comune di Avellino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2014 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Sartorio e Santucci de Magistris su delega dell'avv. Maggi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania – Napoli – VII Sezione, con sentenza n. 6472 dell'11 aprile 2007 depositata il 4 luglio 2007, ha dichiarato improcedibili, con compensazione delle spese, il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalla Vodafone Omnitel N.V. (già Omnitel Pronto Italia s.p.a.), con sede legale in Amsterdam e sede gestionale in Ivrea, avverso:

- la nota n. 5986/4335/26791 dell'11 gennaio 2002, con cui il Comune di Avellino "ribadisce" la incompatibilità dell'impianto Omnitel, già assentito nella configurazione G.S.M. con autorizzazione n. 8202 dell'11 novembre 1996, con il Regolamento approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 125 dell'8 settembre 2000 per l'installazione di dispositivi di telecomunicazione mobile, che viene contestualmente impugnato;

- la nota allegata n. 5986/1747/3414 del 4 marzo 2002, con la quale il Comune ha invitato la Omnitel, pena la decadenza dell'atto autorizzatorio, alla delocalizzazione dell'impianto, nei termini previsti dall'art. 3 del regolamento;

- l'ordinanza n. 512 del 24 novembre 2005, con la quale il Comune ha dichiarato la decadenza della predetta autorizzazione n. 8202/1996 e contestualmente ha ordinato la rimozione di ogni opera ad oggi realizzata, in quanto non conforme alla normativa vigente, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento;

- la nota n. 12077 del 2 marzo 2006, con la quale il Comune ha rigettato l'istanza di sanatoria della Vodafone in data 24 gennaio, volta a chiedere, dopo l'annullamento della autorizzazione n. 8202/1996, il titolo abilitativo in sanatoria per l'impianto realizzato alla via Termino n. 10 e configurato in UMTS per le antenne, nonché la nota n. 29802/27079 int. n. 3218 del 27 luglio 2006, con la quale il Comune ha rigettato ancora detta istanza.

Il giudice di prime cure, dopo aver ricostruito l'articolata vicenda risalente nel tempo, ha preso atto della presentazione in data 29 marzo 2007, quindi dopo la proposizione del ricorso e dei motivi aggiunti, da parte della Vodafone di una D.I.A., ai sensi dell'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003, per la rimozione delle modifiche apportate alla stazione in questione e per il suo ripristino così come originariamente autorizzato e configurato in GSM, e ha quindi dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso e i vari motivi aggiunti, in quanto la presentazione della suddetta istanza veniva a produrre l'effetto di "sterilizzare" le conseguenze degli atti impugnati, impedendo l'esecuzione della misura demolitoria di rimozione dell'impianto stesso, trasferendo l'interesse della società ricorrente alla eventuale fase successiva di pronuncia da parte dell'Amministrazione adottata a seguito del riavvio del procedimento.

Né residuerebbe l'interesse all'annullamento degli atti impugnati con il ricorso introduttivo e con i primi motivi aggiunti (ordinanza n. 512 del 24 novembre 2005) atteso che, anche per esigenze di economia processuale, anche in caso di accoglimento degli stessi sopravviverebbe il provvedimento riavviato con la nuova D.I.A. presentata dalla società ai fini della modifica e ripristino dell'impianto in questione.

2. La Vodafone Omnitel N.V., con atto notificato il 2 ottobre 2008 e depositato il 10 ottobre 2008, ha interposto appello, con domanda di sospensiva, avverso il capo della sentenza che ha dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, anche quella parte del gravame rivolto sia contro la disposizione del Regolamento comunale del 2000 (art. 3), che ha stabilito l'applicazione retroattiva delle restrizioni distanziali (50 mt dai siti sensibili) introdotte anche agli impianti autorizzati e preesistenti alla entrata in vigore del regolamento stesso (nel caso di specie dal 1996), sia, conseguentemente, quella con cui è stata censurata la declaratoria di decadenza dell'autorizzazione del 1996 con contestuale ordine di demolizione dell'impianto.

Viene censurata in particolare la retroattività della norma regolamentare del 2000, richiamando al riguardo le sentenze di questo Consesso – IV Sezione n. 3453/2006 – che ha annullato una analoga previsione regolamentare del Comune di Napoli, in quanto "in chiara violazione del principio, di derivazione comunitaria, di tutela dell'affidamento e di stabilità dei rapporti giuridici" – e n. 3177/2000, in materia di revoca di concessione edilizia a seguito di successive modifiche degli strumenti urbanistici.

Per di più la sentenza della IV Sezione n. 1017/2007 ha sì riconosciuto la legittimità della norma di cui trattasi ma non si è pronunciata sulla sua retroattività agli impianti preesistenti e già assentiti dopo la prescritta istruttoria, e che, nell'impianto de quo, nel 2006 ha riportato, nella configurazione GSM/UMTS, l'accertamento dell'ARPAC circa un valore elettrico inferiore a 1 V/W (rispetto a 6 V ex D.P.C.M. 8 luglio 2003).

Si soggiunge l'incompetenza del Comune all'adozione del ridetto regolamento prima dell'entrata in vigore della legge n. 36 del 22 febbraio 2001, che per l'appunto ha introdotto tale potere regolamentare in tema di esposizione ai campi elettrici sotto il profilo sanitario in capo ai Comuni prima di spettanza dello Stato; nonché la violazione dell'art. 7 legge n. 241/1990 per la mancata partecipazione al procedimento con contestuale difetto di istruttoria e di motivazione.

3. La VI Sezione, con ordinanza n. 4833 del 16 settembre 2008, ha respinto l'appello cautelare della Vodafone avverso l'ordinanza del T.A.R. n. 1954/2008 di rigetto dell'istanza sospensiva della ridetta ordinanza n. 512/2005.

Sempre la VI, con ordinanza n. 5747 del 28 ottobre 2008, ha accolto la domanda di sospensione della efficacia della sentenza ora appellata, sussistendo l'interesse a esaminare tutti gli atti impugnati e quindi elementi di fumus circa l'applicazione retroattiva del regolamento, e poi, di conseguenza, con ordinanza n. 492 del 27 gennaio 2009, ha revocato la precedente ordinanza n. 4833/2008 e ha accolto l'istanza sospensiva dell'ordinanza del T.A.R. n. 1954/2008, così consentendo il ripristino e l'utilizzo dell'originario impianto assentito e il riallaccio della fornitura di energia elettrica.

4. Con memoria depositata il 19 maggio 2014 la Vodafone ha ribadito, richiamando anche sentenze asseritamente favorevoli, i motivi dell'appello, confermando l'interesse all'annullamento della ridetta norma regolamentare anche a seguito del diniego della D.I.A. "ripristinatoria", di cui alle note n. 20344 del 21 maggio 2007, con il riconfermato contrasto dell'impianto con quella norma, e n. 32244 del 9 maggio 2008, con cui il Comune ha invitato l'ENEL a sospendere la fornitura di energia elettrica, intervenute dopo il deposito della sentenza appellata.

Dette note sono state poi gravate con autonoma impugnativa, con la proposizione anche di appello cautelare incidentale da parte del Comune fino alla citata ordinanza della VI Sezione n. 492/2009, che ha sospeso quelle note stesse.

5. Il Comune di Avellino si è costituito con memoria depositata il 21 ottobre 2008 e con appello incidentale depositato il 13 novembre 2008 ha riproposto le eccezioni già prodotte in primo grado, e in primis, circa l'irricevibilità del ricorso introduttivo, posto che la norma regolamentare adottata nel 2000 ritenuta lesiva non è stata impugnata ed è divenuta definitiva.

Ribadisce la vigenza del citato regolamento rispetto alle antenne del 1996 smantellate e sostituite ora con altre da smantellare a seguito della D.I.A., la validità del regolamento nell'ambito della potestà in tema regolamentare riconosciuta dall'ordinamento e comunque poi riadottato dopo la legge n. 36/2011, dopo un'apposita conferenza di servizi e più incontri disertati dall'appellante.

6. La Vodafone Omnitel N.V. con istanza depositata il 14 aprile 2014 ha dichiarato l'interesse alla definizione del presente appello, e la causa, all'udienza pubblica del 19 giugno 2014, è stata trattenuta in decisione.

7.1. L'appello è fondato e la sentenza va riformata con il conseguente accoglimento del ricorso di primo grado.

In effetti la vicenda è stata riportata egregiamente dal T.A.R. nella sua articolazione, per cui occorre esaminare gradatamente le singole questioni prospettate dalle parti in causa.

7.2. In via preliminare si ritiene di disattendere l'eccezione di irricevibilità del gravame introduttivo, sollevata dal Comune di Avellino e riproposta con l'appello incidentale, posto che se è vero che il citato regolamento approvato nel 2000 prevedeva l'imposizione di limiti più restrittivi per gli impianti di telecomunicazioni per telefonia cellulare e quindi anche una norma transitoria per quelli già esistenti, è altresì oggettivo che solo con i provvedimenti impugnati (delocalizzazione dell'impianto, decadenza della autorizzazione rilasciata nel 1996, rimozione dell'impianto, rigetto dell'istanza di sanatoria) si è venuto a realizzare il pregiudizio concreto, immediato e diretto della posizione e degli interessi della Vodafone, che ha impugnato contestualmente già dinanzi al T.A.R. quelle previsioni regolamentari in relazione proprio alla loro retroattività e conseguente applicazione nella fattispecie (cfr. da ultimo Cons. St. – III n. 418/2014; ord. VI n. 1816/2002; VI sent. n. 3453/2006).

7.3. La Sezione è poi dell'avviso che la presentazione di una nuova D.I.A. in data 29 marzo 2007 dopo il diniego di sanatoria e la proposizione del ricorso in primo grado non renda improcedibile il ricorso stesso posto che, come sottolineato dall'appellante principale, il gravame era diretto all'annullamento non solo della norma regolamentare in quanto retroattiva ma anche dei successivi conseguenti provvedimenti adottati dal Comune, e cioè la decadenza dall'autorizzazione già assentita nel 1996 e la conseguente demolizione e delocalizzazione dell'impianto esistente.

Orbene la sopravvenuta carenza di interesse, dedotta per di più dalla Vodafone circa il diniego della sanatoria e il successivo provvedimento in tema di diniego di efficacia della D.I.A., non fanno venir meno in effetti l'interesse all'accertamento della legittimità di quei precedenti provvedimenti in quanto atti presupposti ai quali è condizionata la legittimità di quelli successivamente adottati.

7.4. Occorre quindi delimitare il thema decidendum alla pretesa originariamente dedotta dalla Vodafone e riprodotta in appello, salvi gli effetti sugli atti connessi.

Ebbene è indubbio che al Comune di Avellino, come a tutti i Comuni, poteva consentirsi l'utilizzo di un potere regolamentare di carattere generale ed anche incidente in subiecta materia, ma solo con la legge n. 36 del 22 febbraio 2001 i Comuni sono stati abilitati specificatamente a emanare norme regolamentari sotto il profilo sanitario in tema di esposizione ai campi elettromagnetici (cfr. Cons. St., VI ord. n. 865/2001; nn. 277 e 1816/2002; VI – sent. n. 3092/2002).

Non rilevano in proposito le considerazioni del Comune secondo cui il regolamento è stato riadottato nel marzo 2001 dopo l'entrata in vigore della predetta legge, e comunque la successiva legge n. 198/2002 (artt. 3 e 12 in particolare), che ha innovato il precedente quadro normativo sottraendo poteri alle Regioni e ai Comuni riguardo agli impianti di radiocomunicazione, sarebbe inficiata da dubbi di costituzionalità.

Riguardo alla fattispecie occorre prendere atto che il regolamento di cui trattasi è stato emanato in vigenza della precedente legge, e sul punto il T.A.R. non ha avuto modo di esprimersi.

7.5. Il Comune rammenta la sentenza n. 1017/2007 che ha riconosciuto la legittimità della norma regolamentare in questione, ma va considerato che in effetti il Collegio non si è espresso sulla retroattività o meno della sua applicazione circa il limite di 50 m. imposto, anche perché la fattispecie riguardava un impianto successivo al regolamento.

Orbene, nel caso di specie, a prescindere dalla legittimità della retroattività, i provvedimenti del Comune sono stati fondati essenzialmente sulla constatazione della non conformità dell'impianto, già assentito nel 1996, con il nuovo limite dei 50 mt dai siti sensibili contenuto nel predetto regolamento del 2000.

Certo è che quella previsione avrebbe dovuto indurre semmai a un esame specifico della situazione dell'impianto della Vodafone che per di più ha manifestato l'intendimento di mantenere nella originaria configurazione GSM, non potendosi applicare in automatico quel limite, bensì, in un chiaro e completo contraddittorio, valutare le circostanze e le argomentazioni addotte dalla Vodafone in virtù anche del principio di buona fede e dell'affidamento nonché della certezza nel tempo dei rapporti giuridici e degli oneri connessi.

Il Comune, quindi, a seguito di puntuale istruttoria tecnico-amministrativa, avrebbe dovuto sottoporre la situazione dell'impianto di cui trattasi, alla luce delle istanze nel tempo prodotte, a un approfondito procedimento ad hoc e alla conclusiva valutazione delle ragioni pro e contro la permanenza dell'impianto, anche con eventuali modifiche di "minimalizzazione" fino alla dimostrazione dell'indispensabilità o meno dell'impianto ai fini della copertura del servizio, ovvero la più conveniente ed opportuna delocalizzazione, ovvero la rimozione alla luce delle nuove disposizioni ma "attualizzate" non con l'asettica applicazione di un limite/divieto generalizzato di distanza minima da taluni siti, bensì a seguito di una motivata e complessiva determinazione pro tempore giustificata, anche alla luce del D.Lgs. n. 259/2003 che qualifica tali impianti e opere di interesse generale.

8.1. In sintesi la Sezione intende conformarsi alle argomentazioni esposte da ultimo, nella fase cautelare, dapprima con la citata ordinanza della VI Sezione n. 5748/2008, recante la sospensione dell'efficacia della sentenza qui appellata e che ha ritenuto sussistente l'interesse a coltivare il gravame avverso tutti gli atti della procedura e il fumus sulla contestata applicazione retroattiva del regolamento comunale, e poi, a conferma, con la successiva ordinanza cautelare n. 492/2009, che ha consentito il ripristino dell'impianto originario e la fornitura dell'ENEL.

8.2. L'appello principale va quindi accolto nei sensi di cui sopra e la sentenza impugnata va di conseguenza riformata con l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti proposti in primo grado e l'annullamento dei provvedimenti impugnati e strettamente connessi.

Di conseguenza va rigettato l'appello incidentale proposto dal Comune di Avellino, facendo salvi gli eventuali ulteriori provvedimenti di sua spettanza alla luce della presente sentenza..

Tenuto conto della complessità della fattispecie e del tempo trascorso si ritiene di disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla i provvedimenti impugnati.

Respinge l'appello incidentale del Comune di Avellino.

Spese di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/07/2014

IL SEGRETARIO

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