

Pubblicato il 24/12/2020

N. 03561/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00789/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 789 del 2020, proposto da Wind Tre S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Sartorio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonino Mirone in Catania, via Vecchia Ognina n. 143/B;

contro

Comune di Ispica, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi, Francesco Vagnucci, Jacopo D'Auria, Massimo Nunziata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- dell'ordinanza n.15 del 8.05.2020 (trasmessa alla Wind Tre s.p.a. via pec in pari data) con la quale il responsabile del V Settore del Comune di Ispica ha ordinato “a tutti i titolari di pratiche e/o titoli autorizzativi per l'installazione di stazioni radio base da ubicare nell'intero territorio del Comune di Ispica, per quanto in contrasto con la delibera sopracitata” (delibera del Consiglio Comunale n.60 del 25.10.2018, di approvazione del regolamento per l'installazione di impianti di radiocomunicazioni) “l'immediata sospensione dei lavori in via cautelativa, esclusivamente nelle more della definizione del predetto Piano di localizzazione, di cui alla Delibera del Consiglio Comunale n.60 del 25.10.2018, la procedura di autorizzazione e di tutte le pratiche in itinere, dei lavori in corso sul territorio comunale, di tutti gli impianti in grado di generare campi elettromagnetici non ionizzanti a RF e MW, compresa la nuova tecnologia cosiddetta 5G”;

- di tutti gli atti connessi, presupposti e/o consequenziali, ivi inclusa:

- la Deliberazione di Giunta Comunale n.59 del 6.5.2020 avente ad oggetto: “Sospensione in via cautelativa delle procedure di autorizzazione e dei lavori in corso degli impianti in grado di generare campi elettromagnetici”;

- la nota comunale prot.15200/c.c 366 del 26.05.2020, resa in riferimento a:

1) SCIA, ex art. 87 bis D.Lgs. n.259/03, presentata in data 22.5.2020 (pratica Suap 2020/027) per adeguamento tecnologico del preesistente impianto (codice sito RG057) ubicato in via Borghi n.3; 2) istanza di autorizzazione, ex art. 87 D. Lgs. N° 259/2003, presentata in data 20.3.2020 (pratica Suap 2020/13), per la realizzazione di un nuovo impianto di telefonia mobile (codice sito RG010) in via Michelini n.5, con cui Responsabile del V Settore ha comunicato la sospensione delle predette pratiche per effetto dell'ordinanza n.15/2020;

- ove possa occorrere, della nota prot.12391/C_e366 del 27.4.2020, recante l'invito a sospendere i lavori di installazione dell'impianto di telefonia

(codice sito RG038);

- del Regolamento per l'installazione d'impianti di radiocomunicazione, approvato con Deliberazione del Consiglio Comunale n. 60 del 25/10/2018, con particolare riferimento agli artt. 3, 4, 5 e 6;

nonché per l'accertamento e la declaratoria

- del silenzio assenso formatosi, ai sensi dell'art. 87 del d.lgs. n. 259/2003 su: a) istanza di autorizzazione presentata in data 26.6.2019, e integrazione del 13.9.2019, per l'installazione dell'impianto di telefonia (codice sito RG038) in località Cucca Pantano Secco, Strada Provinciale 50; b) istanza di autorizzazione presentata in data 12.7.2019 per l'installazione dell'impianto di telefonia (codice sito RG039) in SP67 Pozzallo – Marza; c) istanza di autorizzazione presentata in data 12.7.2019 per l'installazione dell'impianto di telefonia (codice sito RG036) in Viale Kennedy, Fraz. Santa Maria del Focallo, e del conseguente diritto della Wind Tre di procedere alla realizzazione dei relativi impianti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2020, svoltasi da remoto ai sensi degli artt. 25 del d.l. n. 137/2020 e 4 del d.l. n. 28/2020, la dott.ssa Giuseppina Alessandra Sidoti;

Nessuno è comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente, titolare di licenza individuale per il servizio radiomobile pubblico di comunicazione sul territorio italiano per le tecnologie GSM (2G), UMT (G3) e LTE (G4), ha esposto che, a seguito di procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze per il 5G, è risultata aggiudicataria di un lotto in banda 26 GHz e

di un lotto generico di 20 MHz. Ha rappresentato che:

- al fine di completare la copertura del servizio fonia e del servizio dati alla collettività del Comune di Ispica, secondo le nuove tecnologie per le telecomunicazioni (LTE), nel corso dell'ultimo anno ha presentato cinque pratiche per la realizzazione di altrettanti interventi;
- con una prima nota del 27 aprile 2020, il Comune invitava Wind a sospendere i lavori di realizzazione dell'impianto identificato con il codice RG038, in attesa dell'individuazione delle aree pubbliche sulle quali allocare gli impianti di telefonia mobile, eventualmente anche in regime di co-siting;
- qualche giorno più tardi, la Wind Tre diveniva destinataria dell'ordinanza n. 15 del 8 maggio 2020, con cui il responsabile del V Settore del Comune di Ispica ordinava a tutti i titolari di pratiche e/o titoli autorizzativi per l'installazione di stazioni radio base da ubicare nell'intero territorio del Comune l'immediata sospensione dei lavori in via cautelativa, nelle more della definizione del piano di localizzazione di cui alla delibera del consiglio comunale n. 60 del 2018, della procedura di autorizzazione e di tutte le pratiche in itinere, dei lavori in corso sul territorio comunale, di tutti gli impianti in grado di generare campi elettromagnetici non ionizzanti a RF e MW, compresa la nuova tecnologia cosiddetta 5G.

La società ricorrente ha, quindi, impugnato gli atti meglio indicati in epigrafe, chiedendone, previa sospensione, l'annullamento; ha chiesto, inoltre, l'accertamento e la declaratoria del silenzio assenso formatosi, ai sensi dell'art. 87 del d.lgs. n. 259/2003, sulle istanze di autorizzazione indicate.

Avverso gli atti impugnati ha dedotto i seguenti motivi:

I) Violazione di legge – Violazione dell'art.87 c.c.e – Violazione dell'art. 8, co.6, l.36/01 – Difetto di potere in ordine alla sospensione dei procedimenti in subiecta materia in attesa dell'azione degli atti pianificatori di competenza comunale.

Sostiene parte ricorrente che i provvedimenti gravati, con cui il Comune di

Ispica ha deciso di sospendere in via cautelativa i lavori d'installazione di tutti gli impianti di telecomunicazioni e le procedure di autorizzazione in itinere, in attesa della definizione del Piano di Localizzazione previsto dall'art.6 del Regolamento, verrebbero a frustrare del tutto la ratio sottesa agli artt. 86 e 87 del citato Codice delle Comunicazioni, ispirata a finalità acceleratorie di favore per la pronta e spedita realizzazione della rete di telefonia mobile, nella sua incontrovertibile funzione di infrastruttura strategica per lo sviluppo del Paese.

II) *Violazione di legge - Violazione e falsa applicazione della legge 3.11.1952 n.1902, modificata con l'art.4 della l.21.12.95 n.1357 - Violazione dell'art.31 della legge 17.8.42 n.1150 - Violazione dell'art.4 legge 28.1.77 n.10 - Eccesso di potere – Sviamento di potere - Violazione del giusto procedimento – Sviamento di potere*

Nel caso di specie mancherebbero del tutto i presupposti richiesti dalla normativa vigente per poter applicare lo strumento cautelare della sospensione.

III) *Violazione e falsa applicazione dell'art.27 del d.p.r. 380/2001 – Violazione dell'art. 21 quater l.241/1990.*

Adduce parte ricorrente che il provvedimento di sospensione gravato non sarebbe conforme al predetto dettato normativo, in quanto: non sarebbero indicate le norme urbanistiche e le prescrizioni degli strumenti urbanistici rispetto alle quali l'impianto si porrebbe in contrasto; non sarebbe neppure indicato un termine finale certo di efficacia della sospensione.

IV) *Violazione di legge – Violazione e mancata applicazione dell'art.87 e 88 del d.lgs. 1.8.2003 n.259 - Mancata applicazione degli artt.7, 8 e 10 della legge 7.8.1990 n.241 - Mancata comunicazione dell'inizio del procedimento.*

I provvedimenti gravati violerebbero il diritto di Wind Tre di procedere all'installazione degli impianti in forza dei titoli autorizzativi conseguiti per silenzio assenso del Comune sulle seguenti istanze:

a) istanza ex art.87 d.lgs 259/03, consegnata in data 26 giugno 2019 e

integrata il 13 settembre 2019, per la realizzazione dell'impianto identificato con il codice RG038 e il nome SP50, sulla quale si sarebbe formato e consolidato, in data 12 dicembre 2019, il titolo autorizzativo per silenzio assenso, in forza del quale risultano pure avviate le opere;

b) istanza ex art.87 d.lgs 259/03, consegnata in data 12 luglio 2019 per la realizzazione dell'impianto di telefonia identificato con il codice "RG039" e il nome "SP22", sulla quale si sarebbe formato e consolidato, in data 10 ottobre 2019, il titolo autorizzativo per silenzio assenso, in forza del quale risultano pure avviate le opere;

c) istanza ex art.87 d.lgs 259/03, consegnata in data 12 luglio 2019 per la realizzazione dell'impianto di telefonia identificato con il codice "RG036" e il nome "Contrada Marza", sulla quale si sarebbe formato e consolidato, in data 10 ottobre 2019, il titolo autorizzativo per silenzio assenso.

A fronte della formazione dei detti silenzio assenso, sarebbero, al più, residuati in capo all'amministrazione comunale i poteri di intervento in autotutela, nel rispetto dei limiti, delle condizioni e delle garanzie di cui agli artt. 21-quinquies e 21-nonies della legge n. 241/1990 (cfr., da ultimo, T.A.R. Napoli, VII, sent. n. 2441/2019).

V) Violazione degli artt. 1, 8 e 4, della legge 22.2.2001, n.36 – Violazione dell'art.42 del d. lgs. 18.8.2000, n.267 - Violazione dell'art.107, comma 3, lett. g, del d. lgs. 18.8.2000, n.267.

Gli atti gravati, inibendo indiscriminatamente la realizzazione degli impianti di telefonia sul territorio comunale, ivi inclusi di quelli in tecnologia 5G, sarebbero illegittimi perché in violazione delle disposizioni poste a tutela della salute dalla esposizione di campi elettromagnetici introdotte dalla L. 36/2001 e dal D.P.C.M. 8 luglio 2003, le quali hanno introdotto valori di esposizione e obiettivi di qualità che non prevedono affatto divieti assoluti di installazione, ma il rispetto dei suddetti valori, il cui controllo spetta all'ARPA.

VI) *Illegittimità, degli art.3, 4, 5 e 6 del regolamento approvato con delibera di c.c. n.60/2018 per violazione dell'art. 8, co.6, l.36/01 – Eccesso di potere regolamentare.*

Illegittime sarebbero quelle disposizioni del Regolamento comunale approvato con delibera di C.C. n. 60/2018 (art.3, 4, 5 e 6) con cui il Comune ha previsto limitazioni alla localizzazione degli impianti per intere ed estese porzioni del territorio comunale.

2. In data 10 luglio 2020 è intervenuta in giudizio la società Telecom, dichiarando di essere titolare di una posizione accessoria e dipendente rispetto a quella della ricorrente Wind3.

3. Con ordinanza n.551 del 22 luglio 2020, il TAR ha accolto la tutela cautelare, sospendendo gli effetti degli atti impugnati.

4. Con successiva memoria parte ricorrente ha comunicato al Collegio che, in forza di tale favorevole pronunciamento, l'odierna ricorrente ha potuto riprendere i lavori di realizzazione degli impianti già muniti di tutte le prescritte autorizzazioni, in particolare di quelli identificati con i codici sito RG038 e RG039. Ha quindi insistito per l'accoglimento del ricorso.

5. Alla pubblica udienza del 3 dicembre 2020 il ricorso è stato posto in decisione.

6. Va preliminarmente dichiarato inammissibile l'intervento ad adiuvandum della Telecom (cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, n. 237/2016); non viene provato, infatti, che detto operatore abbia in itinere pratiche per l'installazione di stazioni di radio base da ubicare nel territorio del Comune di Ispica e comunque, ove così fosse, lo stesso sarebbe titolare di un interesse giuridicamente rilevante che lo abiliterebbe a proporre ricorso in via principale e non già di un interesse riflesso, connesso o dipendente rispetto a quello azionato.

7. La domanda di annullamento è fondata per i seguenti motivi.

7.1. E' fondato il primo motivo di ricorso.

Infatti *“ferma la potestà regolamentare dei Comuni ... nelle more dell'adozione dei*

regolamenti, non può ritenersi sussistere un potere, generale ed assoluto, di sospensione della realizzabilità degli interventi di che trattasi (in questo senso, Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9414). Non può frapporsi, quindi, al rilascio dell'autorizzazione, l'assenza di una regolamentazione ad hoc a livello comunale della materia specifica, posto che le norme di legge di riferimento, ovvero gli artt. 86 ed 87 del D. lgs. n. 259/2003, sono inequivocabilmente ispirate a finalità acceleratorie di favore per la pronta e spedita realizzazione della rete di telefonia mobile. Come rilevato da costante giurisprudenza ..., le suddette norme non prevedono alcuna sospensione della funzione amministrativa autorizzatoria; sospensione peraltro non contemplata nemmeno dalle norme in materia edilizia e palesemente contrastante con i fondamentali principi di indefettibilità e di continuità della funzione pubblica. Del resto, se è vero che la pianificazione del territorio spetta agli Enti locali, la giurisprudenza già da tempo ha escluso che la realizzazione degli impianti in questione possa restare subordinata ad un espresso intervento pianificatorio del Comune, in quanto ciò costituirebbe un serio ostacolo alla realizzazione della rete" (Tar Campania, Napoli, Sez. VII, n. 2441/2019; cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, n. 1767/2008).

Da ciò deriva l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, nella parte in cui subordinano la realizzazione degli impianti sul territorio comunale a un espresso intervento pianificatorio del Comune, per contrasto con le esigenze di massima speditezza e semplificazione che informano l'intera disciplina di cui al C.C.E..

7.2. Fondato è anche il quarto motivo di ricorso.

I provvedimenti gravati, con i quali l'Amministrazione comunale ha deliberato e poi ordinato la sospensione dei procedimenti di autorizzazione e la sospensione dei lavori in corso relativi agli impianti di telefonia Wind Tre, sono illegittimi, atteso che essi vanno a incidere sul diritto della ricorrente alla realizzazione degli interventi progettati, in forza di titoli conseguiti per effetto del silenzio assenso serbato dal Comune di Ispica sulle istanze di autorizzazione presentate ai sensi dell'art.87 del D.

Lgs.1.8.2003 n.259.

Orbene, questa Sezione, condivisibilmente (cfr. T.A.R. Catania, sez. I, 22 maggio 2020, 1127; 17 luglio 2018, n.1520), dopo aver rammentato che il termine per la formazione del silenzio assenso, ex art. 87, comma 9, d.lgs. 259/2003, è di novanta giorni, ha chiarito che *<"alcun rilievo, assumono al riguardo le argomentazioni del Comune (...) circa la non decorrenza del termine in questione in relazione alla mancata produzione del nulla osta A.R.P.A., del Genio Civile e dell'A.S.P. nonché del titolo di proprietà dell'area interessata dall'intervento, attesa la loro irrilevanza ai fini della formazione tacita del titolo in questione"*.

<"La giurisprudenza amministrativa è, infatti, al riguardo consolidata nel ritenere come ai fini del rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 87 non sia necessario che l'istante produca né il preteso parere igienico sanitario "non esistendo equivalenza in termini edilizi tra il concetto di costruzione e quello d'impianto tecnologico, che non richiede di essere sottoposto alle stesse valutazioni igieniche che si richiedono per le costruzioni fruibili in termini di abitazione delle persone" (in tal senso, C.G.A.R.S., n. 220/2015), né - tanto meno - il parere A.R.P.A. richiesto, ai sensi del comma 4 del citato art. 87, solo ed esclusivamente ai fini della concreta attivazione dell'impianto e non per la formazione del titolo edilizio e per l'inizio dei lavori (ex multis, questa Sezione interna, n. 1740/2015), né, ancora, il titolo di proprietà, non essendo esso prescritto né dalla norma né dal modello di domanda di cui all'allegato 13, del d.lgs. n. 259/2003 (in tal senso, T.A.R. Sicilia, Palermo, n. 1007/2007) né, infine, la denuncia della verifica sismica al competente Ufficio del Genio Civile che, sebbene debba essere effettuata prima dell'inizio dei lavori, non risulta di fatto contemplata fra i documenti che devono essere tassativamente allegati all'istanza/comunicazione di cui all'art. 87 (in tal senso, Consiglio di Stato, sezione VI, n. 7128/2010)">.

Più specificamente, il comma 9, dell'art 87 stabilisce che *"le istanze di autorizzazione e le denunce di attività di cui al presente articolo, nonché quelle relative alla modifica delle caratteristiche di emissione degli impianti già esistenti, si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa*

domanda, fatta eccezione per il dissenso di cui al comma 8, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego o un parere negativo da parte dell'organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36. Gli Enti locali possono prevedere termini più brevi per la conclusione dei relativi procedimenti ovvero ulteriori forme di semplificazione amministrativa, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente comma'.

L'effetto del silenzio assenso consegue alla presentazione di una domanda secondo lo schema predisposto ex lege, cui parte ricorrente nel caso di specie non risulta essersi sottratta.

Detto atto di assenso è rimuovibile solo in sede di autotutela, nel rispetto dei requisiti formali e sostanziali previsti per l'esercizio del suddetto potere, con conseguente illegittimità dell'eventuale provvedimento di rigetto e/o inibitorio emanato dopo il decorso dei novanta giorni (cfr. da ultimo T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 30 ottobre 2020, n. 2847).

Nel caso in esame, i provvedimenti gravati impediscono illegittimamente alla ricorrente di procedere all'installazione degli impianti in forza dei titoli autorizzativi conseguiti per silenzio assenso sulle istanze specificamente indicate (istanze ex art. 87 d. lgs. n. 259/2003 per la realizzazione degli impianti con il codice RG038, RG039, RG036, di cui al ricorso).

7.3. E ancora a sostegno della tesi di parte ricorrente nel caso di specie va sottolineato che:

- la valutazione sui rischi connessi all'esposizione derivante dagli impianti di telecomunicazioni è di esclusiva pertinenza dell'A.R.P.A., organo deputato al rilascio del parere prima dell'attivazione della struttura (cfr. TAR Sicilia, Catania, I, 26 novembre 2019, n. 2858 e ord. 30 marzo 2020, n. 236) e al monitoraggio del rispetto dei limiti prestabiliti normativamente dallo Stato;
- gli atti impugnati sono stati emessi, "in via cautelativa", in difetto di un accertato effettivo pericolo grave e attuale per l'incolumità pubblica e senza peraltro prevedere alcuna delimitazione temporale di efficacia.

Quanto alla regolamentazione e ai limiti con essa posti all'installazione delle strutture in questione, la giurisprudenza (cfr. C.G.A. ord. n. 82/2020; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 marzo 2019, n. 2010) ha da tempo *“stigmatizzato l'ingiustificata compressione del “pubblico interesse” a disporre di un'efficiente distribuzione dei servizi di telecomunicazioni che copra l'intero territorio nazionale”* (C.G.A. ord. n. 82/2020; T.A.R. Lazio, Roma sez. II quater, n. 6568/2018).

Tale orientamento giurisprudenziale è stato, per altro, ormai “certificato” dal sopravvenuto d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in L. 11 settembre 2020, n. 120, che, al comma 6 dell'art. 38, espressamente stabilisce:

“6. All'articolo 8, della legge 22 febbraio 2001, n. 36, il comma 6 è sostituito dal seguente: “6. I comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici con riferimento a siti sensibili individuati in modo specifico, con esclusione della possibilità di introdurre limitazioni alla localizzazione in aree generalizzate del territorio di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche di qualsiasi tipologia e, in ogni caso, di incidere, anche in via indiretta o mediante provvedimenti contingibili e urgenti, sui limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sui valori di attenzione e sugli obiettivi di qualità, riservati allo Stato ai sensi dell'articolo 4”.

La disposizione, recependo evidentemente la giurisprudenza consolidata, sancisce, per un verso, l'illegittimità di un divieto generalizzato alla installazione degli impianti del genere in esame, per altro verso, per quel che qui interessa, l'impossibilità di adottare ordinanze contingibili e urgenti o comunque provvedimenti (come quelli in esame) in una materia (dei limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità) la cui competenza è riservata allo Stato.

8. Da quanto sopra consegue la fondatezza del ricorso, con assorbimento

delle questioni sin qui non esaminate e, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati per quanto di interesse e secondo quanto specificato in motivazione.

9. Le spese possono essere compensate tra tutte le parti in ragione della peculiarità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, previa estromissione dell'interveniente:

- accoglie il ricorso nei sensi di cui in parte motiva.
- compensa le spese di giudizio nei confronti di tutte le parti.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2020, svoltasi da remoto ai sensi degli artt. 25 del d.l. n. 137/2020 e 4 del d.l. n. 28/2020, con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Giuseppina Alessandra Sidoti, Primo Referendario, Estensore

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario

L'ESTENSORE

Giuseppina Alessandra Sidoti

IL PRESIDENTE

Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO