



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

N.3193/04

Reg.Dec.

N. 570 Reg.Ric.

ANNO 2003

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Vodafone Omnitel (già Omnitel Pronto Italia), rappresentata e difesa dagli avv. ti Marco Sica, Giuseppe Sartorio e Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Confalonieri n. 5;

contro

il Comune di Bagnolo del Salento, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Caggia, ed elettivamente domiciliato presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, Piazza Capo di Ferro, n. 13;

e nei confronti della

A.S.L. LE/2 di Maglie, n. c.;

per l'annullamento

della sentenza n. 1779 del 10 maggio 2002 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sez. I di Lecce, resa *inter partes*.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

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

Visti gli atti tutti della causa;

FF

Alla pubblica udienza del 30 marzo 2004, relatore il Consigliere Giuseppe Romeo, uditi l'avv. Luigi Manzi, l'avv. Sartorio e l'avv. Mazzocco per delega dell'avv. Caggia;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La appellante ha chiesto al Comune di Bagnolo il rilascio della autorizzazione a costruire nell'area di sedime della stazione ferroviaria delle Ferrovie Sud – Est (Fg. 6, part. 57) un impianto di telefonia cellulare composto da tre antenne montate su palo metallico alto 24 mt., e una struttura per l'apparato di commutazione del segnale di circa mc. 30. Con provvedimento prot. n. 3225 del 3.7.2000, il Comune di Bagnolo ha respinto l'istanza di concessione edilizia, in conformità al parere contrario della C.E.C. del 27.6.2000 (“contrasto con il vincolo di rispetto ferroviario che prevede l'inedificabilità per l'area prescelta”) e alla nota della A.U.S.L. LE/2 di Maglie, che ha condizionato il parere favorevole al rispetto della “distanza di 150 metri dai recettori sensibili”.

Tali atti sono stati impugnati dalla appellante innanzi al TAR Lecce, il quale, pronunciandosi negativamente in sede cautelare (ordinanza n. 305 del 2001), aveva statuito che, tra l'altro, “non risulta conclusa con esito positivo la propedeutica procedura di valutazione di impatto ambientale da parte dell'Autorità regionale competente”.

A seguito di diffida della istante, il Comune di Bagnolo (dopo che si era conclusa positivamente la procedura di valutazione di impatto ambientale) reiterava il diniego di autorizzazione (nota dirigenziale n. 3175 del 17.7.2001), richiamando le ragioni precedentemente espresse e il

(sopravvenuto) “contrasto dell’intervento proposto con le previsioni del Regolamento Comunale approvato con delibera del Consiglio Comunale n. 11 del 9.4.2001 ed in particolare con gli artt. 3 e 6 dello stesso in punto di localizzazione degli impianti in questione soltanto nella zona E del territorio comunale ed a distanza non inferiore a m. 300 dai fabbricati e a m. 600 dalle zone territoriali omogenee A, B e C”.

Anche questo secondo diniego, unitamente al predetto Regolamento comunale, è stato contestato innanzi al TAR Lecce con motivi aggiunti.

2.- Con la sentenza impugnata, il TAR ha respinto il ricorso, riconoscendo l’applicabilità del regolamento alle istanze presentate dalla interessata in virtù del principio *tempus regit actum*, e, *seguendo un ordine di pregiudizialità logica nelle questioni da trattare*, ha, quindi, statuito la legittimità del regolamento medesimo e del conseguente diniego di concessione a costruire a motivo del rilevato contrasto con gli articoli 3 e 6 di quest’ultimo.

3.- Appella la Vodafone Omnitel s.p.a, la quale lamenta che il primo giudice abbia ommesso di pronunciarsi sulle censure avverso le motivazioni del diniego, fondate sul parere della C.E.C. (violazione dell’altezza massima ammissibile secondo il P.d.F. vigente; violazione della distanza di 20 mt dalle abitazioni più vicine e di 100 mt dal parco pubblico attrezzato; violazione della fascia di rispetto ferroviario); sostiene l’illegittimità di tali motivazioni in quanto, alla stregua di numerose pronunce giurisprudenziali, “l’impianto di stazione radio base per telefonia mobile non risulta assimilabile alle costruzioni per cui rileva il limite di altezza”, e lo stesso vincolo di inedificabilità non è applicabile nella specie, trattandosi di “opera

di urbanizzazione primaria” e/o di “impianto tecnologico” (l’area è stata, peraltro, individuata all’interno della stazione ferroviaria, perché l’impianto deve fornire il segnale telefonico alla rete ferroviaria, e, per questo, le Ferrovie hanno dato il loro nulla osta); ribadisce la carenza di potere del Comune ad adottare il contestato “Regolamento Comunale in materia di campi elettromagnetici prodotti da sistemi di telecomunicazione radiotelevisivi operanti nell’intervallo di frequenza tra 100 Khz e 300 Ghz”.

4.- Resiste il Comune di Bagnolo, il quale, pur sottolineando il potere dello stesso di emanare il Regolamento in materia di installazione di stazioni radio base per la telefonia, si sofferma sulle ragioni urbanistiche che hanno precluso il rilascio della concessione edilizia, e conclude per la reiezione dell’appello in esame.

5.- All’udienza del 30 marzo 2004, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6.- Il Collegio è chiamato a valutare la legittimità del diniego a realizzare “la costruzione di una stazione RBS con installazione di n. 3 antenne su palo metallico dell’altezza di m. 24,00, nonché allocazione di apparati di commutazione del segnale in manufatto metallico (shelter) avente dimensioni 2,50 x 4,00 x 3,00 (h) ml in area censita al foglio 6 particella 57”, emesso dal Comune di Bagnolo, una prima volta, con atto del 3 luglio 2000, e, una seconda volta, con successivo atto del 17.7.2001, con il quale le ragioni di ordine urbanistico – edilizio (precedentemente espresse) sono state integrate dal richiamo al Regolamento Comunale in materia di installazione di impianti di telefonia mobile (deliberazione n. 11

del 19.4.2001), le cui previsioni (articoli 3 e 6) non consentono la costruzione dell'impianto stesso.

7.- Il Comune ha respinto la domanda della istante per tre ordini di ragioni:

- l'altezza fuori terra prevista per l'antenna (ml 24,00 + 1,93) supera di gran lunga la massima ammissibile sul territorio comunale, secondo il Programma di fabbricazione (PdF) vigente, persino nella zona artigianale;
- le apparecchiature sono previste a distanza di circa 20 metri dalle abitazioni più vicine e di circa 100 metri dal parco pubblico attrezzato (ex fondazione Papaleo), destinato alla fruizione continua di bambini, anziani e cittadini in generale;
- l'installazione ricade nella fascia di rispetto ferroviario, mentre il programma di fabbricazione (PdF) vigente nel Comune di Bagnolo consentirebbe di ubicare altrove i relativi impianti e precisamente nelle zone E (come attività di tipo B) nelle quali, secondo il P.d.F., "potranno essere ubicati fabbricati ed attrezzature relativi a particolari servizi di interesse pubblico".

Oltre queste ragioni di ordine urbanistico – edilizio, il Comune di Bagnolo, con il secondo diniego, ha opposto all'istante una ulteriore ragione preclusiva alla realizzazione dell'impianto in questione: quest'ultimo non è consentito dal Regolamento Comunale in materia di installazione degli impianti di telefonia mobile (articoli 3 e 6), che limita tale installazione alle sole zone E, nel rispetto della distanza non inferiore a mt 300 dai fabbricati e a mt 600 dalle zone territoriali omogenee A, B e C.

8.- Diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, il primo giudice non ha ommesso di pronunciarsi sulla legittimità delle prime tre ragioni opposte dal Comune di Bagnolo, ma ha seguito “un ordine di pregiudizialità logica delle questioni da trattare” che lo ha (del tutto ragionevolmente) indotto ad esaminare, prioritariamente, la legittimità del menzionato Regolamento Comunale (deliberazione n. 11 del 2001), e il conseguente profilo di legittimità dell'impugnato diniego di esecuzione della stazione radio base riguardante il rilevato contrasto con il Regolamento stesso.

La reiezione delle censure avverso il menzionato Regolamento ha, infatti, comportato anche la reiezione della censura nei confronti dell'ultima (autonoma) ragione giustificativa del contestato diniego, con conseguente irrilevanza dei motivi con i quali era stata lamentata l'illegittimità delle ulteriori ragioni di quest'ultimo.

9.- L'istante afferma di avere ottenuto il nulla osta da parte delle Ferrovie Sud – Est, e, sulla base di diverse pronunce giurisprudenziali (cautelari e di merito), sostiene che la concessione edilizia per l'installazione di un impianto di telecomunicazioni è “un atto dovuto”, che non può essere denegato per il contrasto con norme urbanistiche del PdF, le quali sono state dettate per altra tipologia di costruzioni, a cui non può essere assimilato l'impianto in questione. Viene anche ribadito che la costruzione in esame deve essere assimilata ad (anzi è una) un'opera di urbanizzazione primaria ex art. 16, comma 7, del D.P.R. n. 380 del 6.6.2001, per la cui realizzazione sono state introdotte procedure semplificate dal D. Lgs 1.8.2003 n. 259 (cd. Codice delle Comunicazioni), e

che, come tale, non può essere ostacolata per ragioni afferenti al rispetto delle prescrizioni urbanistiche ed edilizie (cfr anche le recenti sentenze della Corte Costituzionale n. 307 e 308 del 2003).

Le argomentazioni della appellante devono essere valutate con esclusivo riferimento alla normativa in vigore alla data di emanazione dei contestati dinieghi (3.7.200 e 17.7.2001), senza che possano valere le *novità* introdotte dal c.d. Codice delle Comunicazioni (D lgs 1.8.2003 n. 259), il quale assimila le opere in esame alle “opere di urbanizzazione primaria di cui all’art. 16, comma 7, del D.P.R. 6.6.2001”.

È opportuno anche precisare che i dedotti profili di illegittimità riguardanti le autonome ragioni giustificative del contestato diniego che non si fondano sul contrasto con menzionato Regolamento Comunale, devono essere esaminati alla luce della normativa urbanistica in vigore nel Comune di Bagnolo al momento della adozione del diniego stesso.

Non è, infatti, in discussione il potere di pianificazione urbanistica del Comune di localizzare le infrastrutture di telecomunicazione (art. 8, comma 6, della legge n. 36 del 2001), ovvero la questione *astratta* se, in assenza di specifiche previsioni urbanistiche (che pure sono presenti nella specie, ma rilevano in relazione all’ultima ragione giustificativa del contestato diniego, laddove è stato rilevato il contrasto con la disposta localizzazione degli impianti nella sola zona E), possa essere consentita la realizzazione dell’impianto di telefonia su tutto il territorio comunale, e neppure l’ulteriore questione se le ragioni di ordine urbanistico ed edilizio, adottate dal Comune per denegare la concessione edilizia all’installazione dell’impianto in questione, abbiano compromesso “le esigenze della

pianificazione nazionale degli impianti e non siano, nel merito, tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli stessi".

Si è già detto che il Comune di Bagnolo ha opposto al rilascio della richiesta concessione edilizia diverse autonome ragioni, tra le quali l'altezza massima ammissibile e l'inedificabilità assoluta nella zona indicata (fg 6, part. 57), specificando che la stazione radio base potrebbe essere costruita "altrove e precisamente nelle zone E (come attività di tipo B) nelle quali, secondo il PdF, potranno essere ubicati fabbricati ed attrezzature relativi a particolari servizi di interesse pubblico".

La questione deve essere, quindi, riguardata alla luce delle menzionate ragioni giustificative del diniego, la cui verifica sul piano della loro legittimità impone che vengano prima esaminate altre questioni, cioè se la *costruzione* che si vuole realizzare possa essere assimilata a un'opera di urbanizzazione primaria, se la stessa necessita di un titolo concessorio, e se, ancora, tale titolo debba essere rilasciato in conformità con la normativa urbanistica esistente.

Al primo interrogativo deve essere data una risposta negativa, giacché solo con il d. lgs 198/2002, dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega (sentenza della Corte Costituzionale n. 303/2003), e segnatamente con l'art. 3, comma 2 (assunto dalla Corte Costituzionale a segno inequivocabile di "vulnerazione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni") le infrastrutture di telecomunicazione sono state considerate compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica e realizzabili in ogni parte del territorio comunale anche in deroga agli strumenti urbanistici e a ogni altra disposizione di legge o regolamento. Questa disposizione non è stata

riprodotta nel c.d. Codice delle Comunicazioni (decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259), il quale, all'art. 86, assimila le infrastrutture di telecomunicazione "alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'art. 16, comma 7, del Decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001 n. 380, pur restando di proprietà dei rispettivi operatori"

Ai fini che interessano, è perciò da escludere che, alla data della adozione del contestato diniego, l'impianto in esame potesse essere annoverato tra le opere di urbanizzazione primaria, come indicate dal menzionato art. 16 del T. U. n. 380 del 2001 (in questo senso, da ultimo, C.S., sez. VI, dec. n. 5502 del 26.9.2003).

In ogni caso, la successiva evoluzione normativa sul tema non ha messo in discussione il potere del Comune di disciplinare la localizzazione delle infrastrutture di telecomunicazione nell'ambito del proprio territorio, purché ovviamente tale disciplina non si risolva in un impedimento che rende impossibile in concreto, o comunque estremamente difficile, la realizzazione di una rete completa di infrastrutture di telecomunicazioni (si vedano in proposito, le sentenze Corte Cost. n. 307 del 2003, e n. 324 del 2003). Il che vuol dire che il regime giuridico di tali infrastrutture non è completamente identico a quello delle opere di urbanizzazione primaria, la cui localizzazione deve rispondere alla soddisfazione di esigenze proprie dell'insediamento abitativo. Viceversa, il criterio di localizzazione delle infrastrutture di telecomunicazione deve essere finalizzato a consentire la realizzazione della rete in modo tale che questa assicuri la copertura del servizio pubblico nell'intero territorio comunale, nel rispetto delle esigenze della pianificazione nazionale degli impianti.

La seconda questione deve essere risolta nel senso che è necessario il titolo concessorio. A tale proposito deve essere richiamato il costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'installazione di una antenna, visibile dai luoghi circostanti, comporta alterazione del territorio avente rilievo ambientale ed estetico, sicché, ai sensi dell'art. 1 della legge 28 gennaio 1977 n.10, essa è soggetta al rilascio di concessione edilizia (per tutte, C.S., sez.V, 6 aprile 1998, n. 415). Tale principio giurisprudenziale è stato recepito dal T. U. n. 380 del 6 giugno 2001, il quale, all'art. 3, assoggetta a permesso di costruire (è questa la nuova denominazione della concessione edilizia) "l'installazione di torri e tralicci per impianti radio-ricetrasmittenti e di ripetitori per i servizi di telecomunicazione", in quanto "interventi di nuova costruzione". Anche il nuovo Codice delle Comunicazioni ha previsto specifici procedimenti di autorizzazione per le infrastrutture di comunicazione (artt. 87 e 88 del D. Lgs 1.8.2003 n. 259).

Sulla terza questione, il Collegio richiama la menzionata decisione di questa Sezione n. 5502 del 2003, la quale sottolinea come dagli artt. 1, 4, 7 e 11 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, nonché dall'art. 869 del codice civile si evince la regola per cui le prescrizioni di zona si applicano a tutte le costruzioni, "proprio perché lo strumento urbanistico determina ciò che è consentito e ciò che è vietato nell'ambito del territorio comunale".

Una diversa interpretazione, come pretende l'appellante con l'ausilio di un ben preciso orientamento giurisprudenziale, secondo cui le prescrizioni di zona non sarebbero applicabili nella specie, perché dettate per ipotesi costruttive diverse da quella in esame (realizzazione di un impianto di telecomunicazione), finirebbe per considerare quest'ultimo

un'opera di urbanizzazione primaria destinata all'insediamento abitativo, piuttosto che finalizzata alla realizzazione della rete, e soprattutto rimanderebbe al menzionato art. 3, comma 2, del D. Lgs n. 198 del 2002 (ormai espunto dall'ordinamento dalla menzionata sentenza della Corte Cost. n. 303 del 2003, e non riprodotto nel Codice delle Comunicazioni), il quale disponeva appunto che tale infrastruttura fosse compatibile con qualsiasi destinazione urbanistica e fosse realizzabile in ogni parte del territorio comunale anche in deroga agli strumenti urbanistici e a ogni altra disposizione di legge o di regolamento.

Detto questo, appare chiaro che il Comune di Bagnolo aveva il potere-dovere di valutare la conformità della stazione radio base alla normativa urbanistica vigente, e che, una volta riscontrata la incompatibilità a motivo dell'altezza massima prevista di 24 metri e del fatto che "il terreno in mappa individuato al Foglio 6 particella 57 di are 12.31 ricade per intero nella fascia di rispetto ferroviario nella quale è vietata qualsiasi costruzione o ricostruzione di edifici o manufatti esistenti" (ved. certificato del Responsabile del Servizio Ufficio Tecnico del 6.2.2001), non poteva che denegare il rilascio della richiesta concessione edilizia.

A nulla rileva, quindi, che l'appellante abbia ottenuto dalle Ferrovie Sud Est il nulla osta alla realizzazione dell'impianto, in quanto – come precisato dalla Amministrazione comunale – tale nulla osta non può valere a rendere inefficace la diversa prescrizione vincolistica contenuta nel Pdf ed enunciata dal Comune di Bagnolo.

9.- La legittimità delle due menzionate autonome ragioni giustificative dell'impugnato diniego rende superfluo l'esame delle ulteriori censure con le quali si contesta la legittimità della seconda ragione su cui si fonda il contestato diniego (vicinanza alle abitazioni e al parco pubblico attrezzato), e soprattutto la legittimità del Regolamento Comunale in materia di campi elettromagnetici (posto a base del secondo diniego), la cui legittimità è stata riconosciuta dal giudice di primo grado.

10. L'appello va, pertanto, respinto, e la sentenza impugnata deve essere confermata con diversa motivazione.

Le spese e gli onorari di giudizio possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello in epigrafe, e conferma con diversa motivazione la sentenza impugnata. Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma, il 30 marzo 2004 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) nella Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Claudio VARRONE	Presidente
Giuseppe ROMEO	Consigliere Est.
Francesco D'OTTAVI	Consigliere
Rosanna DE NICTOLIS	Consigliere
Domenico CAFINI	Consigliere

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria