

TAR BASILICATA, Sez. I - 13 febbraio 2010, n. 53

BENI CULTURALI E AMBIENTALI - INQUINAMENTO ELETTROMAGNETICO -

Installazione di un traliccio per un impianto di telefonia mobile - Creazione di superfici utili - Autorizzazione paesaggistica in sanatoria - Esclusione - Art. 167, c. 4 d.lgs. n. 42/2004.

Ai sensi dell'art. 167, comma 4, lett. a), D.Lg.vo n. 42/2004 l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria non può essere rilasciata (e ciò a prescindere dalla durata del tempo intercorso), nel caso in cui l'intervento realizzato abbia determinato la creazione di superficie utile: tale fattispecie ricorre anche nel caso dell'installazione di un traliccio per un impianto di telefonia mobile, in quanto tale impianto poggia su una base di cemento e perciò occupa in modo stabile e permanente una superficie utile. Pres. Camozzi, Est. Mastrantuono - T. s.p.a. (avv. Zucchi) c. Ministero per i Beni e le Attività Culturali (Avv. Stato) e altri (n.c.) - **TAR**

BASILICATA, Sez. I - 13 febbraio 2010, n. 53

N. 00053/2010 REG.SEN.

N. 00030/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 30 del 2009, proposto dalla Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Giovanni Zucchi, come da mandato a margine del ricorso, con domicilio eletto in Potenza Via Rosica n. 18 presso lo studio legale dell'Avv. Gerardo Donnoli;

contro

Regione Basilicata, in persona del Presidente della Giunta Regionale p.t., non costituita in giudizio;

Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Potenza e domiciliato ope legis presso gli Uffici dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Potenza;

Comune di Tito, in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della Determinazione n. 1595 del 21.10.2008, con la quale il Dirigente dell'Ufficio Urbanistica e Tutela del Paesaggio della Regione Basilicata ha respinto l'istanza, presentata dalla società ricorrente il 22.11.2007, finalizzata all'ottenimento dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria, ed ha intimato la demolizione dell'impianto di telefonia mobile, realizzato sul terreno foglio di mappa n. 45, particella n. 551, sito nella località Torretta del Comune di Tito;

del presupposto parere negativo prot. n. 4603 del 21.4.2008, espresso dal Soprintendente per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Potenza;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero per i Beni e le Attività Culturali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2010 il dott. Pasquale Mastrantuono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

-In data 26.10.2006 la società ricorrente presentava al Comune di Tito una Denuncia di Inizio di Attività ex art. 87 D.Lg.vo n. 259/2003 (inviata anche all'ARPAB di Potenza) per la realizzazione di un impianto di telefonia mobile sul terreno foglio di map-pa n. 45, particella n. 551, sito nella località Torretta del Comune di Tito in una zona vincolata dal punto di vista paesaggistico ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. c), D.Lg.vo n. 42/2004, per essere distante meno di 150 metri da un corso d'acqua;

-l'ARPAB di Potenza con atto del 7.3.2007 esprimeva il parere radioprotezionistico favorevole;

-essendo decorso il termine di 90 giorni, previsto dall'art. 87, comma 9, D.Lg.vo n. 259/2003, ed avendo ottenuto il parere radioprotezionistico favorevole, la società ricorrente installava il predetto impianto di telefonia cellulare, senza anche chiedere l'autorizzazione paesaggistica;

-solo successivamente con istanza del 22.11.2007 la società ricorrente ai sensi dell'art. 167 D.Lg.vo n. 42/2004 chiedeva alla regione Basilicata l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria;

-su tale istanza: il Soprintendente per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Potenza esprimeva parere negativo prot. n. 4603 del 21.4.2008 (notificato anche alla ricorrente), in quanto l'intervento realizzato aveva determinato la creazione di una superficie utile, fattispecie per la quale l'art. 167 D.Lg.vo n. 42/2004 vietava il ri-lascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria;

-con Determinazione n. 1595 del 21.10.2008 il Dirigente dell'Ufficio Urbanistica e Tutela del Paesaggio della Regione Basilicata, dopo aver richiamato il predetto parere negativo del Soprintendente per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Potenza, respingeva formalmente la predetta istanza di autorizzazione paesaggistica in sanatoria e, pertanto, intimava alla ricorrente la demolizione del suddetto impianto di telefonia mobile, realizzato sul terreno foglio di mappa n. 45, particella n. 551, sito nella località Torretta del Comune di Tito, e la rimessione in pristino dello stato dei luoghi, da eseguire entro 30 giorni (tale Determinazione veniva notificata alla ricorrente con nota Dirigente Ufficio Urbanistica e Tutela del Paesaggio prot. n. 219626 del 10.11.2008, ricevuta dalla ricorrente il 20.11.2008);

-sia la predetta Determinazione Dirigente Ufficio Urbanistica e Tutela del Paesaggio Regione Basilicata n. 1595 del 21.10.2008 che il citato parere negativo Soprintendente Beni Architettonici e Paesaggistici di Potenza prot. n. 4603 del 21.4.2008 sono stati impugnati con il presente ricorso (notificato il 13.1.2009), deducendo la violazione dell'art. 167, commi 4, lett. a), e 5, D.Lg.vo n. 42/2004, degli artt. 3 e 10 bis L. n. 241/1990, l'eccesso di potere per arbitrarietà, mancanza del giusto procedimento, difetto dei presupposti, difetto di istruttoria, travisamento, illogicità e manifesta ingiustizia (con tale ricorso la ricorrente, facendo riferimento all'orientamento giurisprudenziale secondo cui il parere vincolante non va impugnato immediatamente, ha chiesto il beneficio dell'errore scusabile, nel caso in cui questo Tribunale non avesse condiviso il predetto orientamento giurisprudenziale);

-si è costituito in giudizio il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, il quale, oltre a sostenere l'infondatezza, ha anche eccepito l'irricevibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione del parere negativo Soprintendente Beni Architettonici e Paesaggistici di Potenza prot. n. 4603 del 21.4.2008;

-con Ordinanza n. 50 del 28.1.2009 questo Tribunale respingeva l'istanza di provvedimento cautelare; tale Ordinanza è stata riformata dalla VI^a Sezione del Consiglio di Stato con Ordinanza n. 3294 del 26.6.2009.

All'Udienza Pubblica del 28.1.2010 il ricorso in epigrafe passava in decisione.

DIRITTO

In via preliminare va affermata la ricevibilità del ricorso, nella parte relativa all'impugnazione del

parere negativo Soprintendente Beni Architettonici e Paesaggistici di Potenza prot. n. 4603 del 21.4.2008, in quanto, sebbene tale parere sia di tipo vincolante, va rilevato che la lesione dell'interesse della ricorrente diviene attuale e concreta soltanto nel momento in cui tale parere viene recepito nel provvedimento conclusivo del procedimento. Comunque, tenuto conto del contrasto giurisprudenziale in relazione all'impugnabilità immediata del negativo parere vincolante, alla ricorrente sarebbe spettata la concessione del beneficio dell'errore scusabile, in applicazione del principio generale di cui all'art. 34, comma 1, R.D. n. 1054/1924.

Nel merito il presente ricorso risulta infondato e pertanto va respinto, atteso che: 1) il mero decorso dei termini perentori di 90 e 180 giorni, stabiliti dall'art. 167, comma 5, D.Lg.vo n. 42/2004 rispettivamente per l'emanazione del parere vincolante da parte della Soprintendenza e del provvedimento finale da parte dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo, non consuma il potere amministrativo di tali Autorità amministrative, tenuto conto che la norma in commento non fa conseguire da tale inerzia la formazione di un silenzio assenso e che comunque ai sensi dell'art. 20 L. n. 241/1990 (nel testo novellato dall'art. 3, comma 6 ter, D.L. n. 35/2005 conv. nella L. n. 80/2005) il silenzio assenso non può formarsi con riferimento ai provvedimenti amministrativi riguardanti il patrimonio paesaggistico e l'ambiente; 2) la violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/1990 non risulta rilevante, in quanto, tenuto conto della natura vincolata del provvedimento impugnato, ai sensi dell'art. 21 octies, comma 2, L. n. 241/1990 "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere da quello in concreto adottato" e tale norma, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale (cfr. TAR Pescara Sent. n. 437 dell'11.4.2007; TAR Lecce Sez. II Sent. n. 4412 del 12.9.2006; TAR L'Aquila Sent. n. 621 del 27.7.2006; TAR Lazio Sez. I Sent. n. 2553 del 10.4.2006; TAR Veneto Sez. II Sent. n. 3421 del 13.9.2005), va interpretata estensivamente anche con riferimento all'art. 10 bis L. n. 241/1990; 3) ai sensi dell'art. 167, comma 4, lett. a), D.Lg.vo n. 42/2004 l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria non può essere rilasciata (e ciò a prescindere dalla durata del tempo intercorso), nel caso in cui l'intervento realizzato abbia determinato la creazione di superficie utile: tale fattispecie ricorre anche nel caso, come nella specie, dell'installazione di un traliccio per un impianto di telefonia mobile, in quanto tale impianto poggia su una base di cemento e perciò occupa in modo stabile e permanente una superficie utile.

A quanto sopra consegue la reiezione del ricorso in esame.

Ai sensi degli artt. 91 e 92, comma 2, C.P.C. le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Basilicata respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la società ricorrente al pagamento in favore dell'Amministrazione Statale resistente delle spese di giudizio, che vengono liquidate in complessivi 1.500,00 €.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Camozzi, Presidente
Giancarlo Pennetti, Consigliere
Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 13/02/2010
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO