

TAR Campania (NA) Sez. VII n. 3083 del 7 maggio 2010
Elettrosmog. Titolo abilitativo impianti telefonia mobile

Il titolo abilitativo per la realizzazione degli impianti di telefonia mobile si costituisce in forza di una d.i.a. ovvero di un silenzio-assenso, atteso che istanze e denunce di inizio di attività si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla relativa domanda, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego. Si tratta di una previsione coerente con la ratio sottesa all'intero codice delle Comunicazioni Elettroniche, desumibile dai criteri di delega contenuti nell'art. 41, l. n. 166 del 2002 e prima ancora nelle direttive comunitarie da recepire: previsione di procedure tempestive, non discriminatorie e trasparenti per la concessione del diritto di installazione di infrastrutture e ricorso alla condivisione delle strutture; riduzione dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi, nonché regolazione uniforme dei medesimi procedimenti anche con riguardo a quelli relativi al rilascio di autorizzazioni per l'installazione delle infrastrutture di reti mobili, in conformità ai principi di cui alla l. 7 agosto 1990 n. 241

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. __03083/2010 REG.SEN.

N. __01044/2009 REG.RIC.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1044 del 2009, proposto da:
ERICSSON TELECOMUNICAZIONI S.p.A., in persona del legale rapp.te p.t., rappresentata e difesa, giusta mandato a margine del ricorso, dall'Avv.to Giuseppe Sartorio, presso il quale ha eletto domicilio in Napoli, alla via dei Mille, 16

contro

COMUNE DI BAIJA E LATINA, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso, giusta mandato a margine della memoria di costituzione e in virtù di delibera di G.C. n. 8 del 5.2.2009, dall'Avv.to Pasquale Di Fruscio, col quale ha eletto domicilio in Napoli, alla via F. Lomonaco, 3, presso l'Avv.to Mario Girardi

per l'annullamento

dell'atto prot. n. 5269 del 24 novembre 2008, pervenuto il successivo 27 novembre, con il quale il Responsabile del Settore Edilizia privata ed urbanistica del Comune di Baia e Latina, all'indomani dell'annullamento, disposto in autotutela, con provvedimento prot. n. 5182 del 17.11.2008, del precedente atto di diniego prot. n. 2971 del 19.6.2008, già impugnato con ricorso n. 5317/2008 Reg. Gen., ha nuovamente espresso diniego rispetto alla d.i.a. protocollata dalla Ericsson

Telecomunicazioni s.p.a. in data 13.6.2008, per la realizzazione di un impianto di telefonia mobile, in modalità raw land, sulla p.lla n. 5019, ex p.lla n. 27/a, in tenimento di quel Comune; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, comunque adottato ed ancorché non cognito;

nonché per l'accertamento e la declaratoria della formazione, per silentium, in seguito all'annullamento in autotutela disposto dal Comune di Baia e Latina con atto prot. n. 5182 del 17.11.2008, del titolo abilitativo alla realizzazione dell'impianto tecnologico di telecomunicazioni sulla medesima area riportata in Catasto terreni con p.lla n. 5019 ex p.lla 27/a e del conseguente diritto della Ericsson a realizzare immediatamente la suddetta s.r.b. secondo il progetto presentato;

nonché ancora per la condanna al risarcimento del danno ingiusto subito dalla Ericsson s.p.a. a causa della condotta del Comune di Baia e Latina e del Dirigente del IV Settore Edilizia privata ed urbanistica, a seguito e per l'effetto dei provvedimenti ostativi che l'amministrazione comunale ha adottato illegittimamente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Baia e Latina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22/04/2010 il dott. Alfredo Storto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Col ricorso in esame la Ericsson Telecomunicazioni S.p.a. preme:

- di aver impugnato innanzi a questo Tar un primo diniego reso il 19.6.2008 dal Comune di Baia e Latina sulla d.i.a. ex art. 87 del codice delle comunicazioni, inoltrata il 13.6.2008 per la realizzazione di un impianto di telefonia mobile, in modalità row land, in via delle bonifiche, sulla particella n. 5019 ex p.lla 27/a ricadente in zona "agricola" del P.R.G.;

- che, a seguito dell'azione giudiziaria, il Comune aveva annullato in autotutela il predetto provvedimento con atto del 17.11.2008 il quale, prodotto in giudizio, ne aveva determinato la chiusura per cessazione della materia del contendere;

- che, tuttavia, il medesimo Comune aveva emesso, il 24.11.2008, un nuovo provvedimento di diniego comunicato il successivo 27.11.2008 e contenente il contestuale ordine di non dare inizio ai lavori,

ha impugnato quest'ultimo atto reiettivo per i seguenti motivi:

1) violazione e mancata applicazione dell'art. 87 d.lgs. n. 259/2003, degli artt. 7, 8 e 10 l. n. 241/1990, tenuto conto che, all'epoca del secondo diniego, si era già consolidato per silentium il titolo richiesto per effetto dell'intervenuto annullamento ex tunc del primo rigetto;

2) violazione e mancata applicazione degli artt. 7, 8 e 10 l. n. 241/1990, del d.lgs. n. 259/2003, dell'art. 41 Cost., incompetenza, mancanza dei presupposti, difetto assoluto di motivazione, essendo

mancato un previo atto in autotutela di rimozione del provvedimento già tacitamente formatosi; ancora, per mancata comunicazione di avvio del procedimento;

3) violazione degli artt. 7, 8 e 10 l. n. 241/1990, violazione e mancata applicazione dell'art. 10-bis l. n. 241/1990, difetto di motivazione, violazione e mancata applicazione dell'art. 93 del d.lgs. n. 259/2003, erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, difetto assoluto di istruttoria, in quanto, ove anche il diniego fosse tempestivo, sarebbe mancata la comunicazione dei motivi ostativi;

4) violazione dell'art. 86, comma 3, d.lgs. n. 259/2003, degli artt. 5 e 9 del regolamento, difetto assoluto di motivazione e di istruttoria, dei presupposti di fatto e di diritto, eccesso di potere, violazione del giusto procedimento, in quanto non sussiste l'allegato contrasto dell'impianto con la vocazione agricola dell'area e, quindi, col vigente strumento urbanistico;

5) stesse censure di cui al n. 4), in quanto non esiste alcuna incompatibilità dell'impianto con le iniziative di tutela agricola adottate dal Comune sull'area e richiamate nel provvedimento gravato;

6) violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990, del d.lgs. n. 42/2004, incompetenza assoluta, difetto di motivazione ed illogicità grave e manifesta, erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, travisamento dei fatti, violazione del giusto procedimento, sviamento di potere, tenuto conto che nessun vincolo grava sull'area e che l'amministrazione non ha neppure menzionato la fonte da cui deriverebbe il suo potere di denegare l'autorizzazione per ragioni paesaggistiche;

7) violazione della legge 22.2.2001, n. 6 e del d.lgs. 1.8.2003, n. 259, dell'art. 3 l. n. 241/1990, degli artt. 6, 7 e 8 stessa legge, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento, contraddittorietà, incompetenza, violazione dei principi di logicità, ragionevolezza e buon andamento dell'azione amministrativa, travisamento, non essendo stato evocato alcun parametro normativo che preveda l'impossibilità di realizzare il predetto impianto di telefonia «a meno di 40 metri lineari dalla linea dell'impianto di distribuzione del metano a servizio della Rete nella Regione Campania».

La ricorrente ha altresì chiesto il risarcimento dei danni subiti in conseguenza del diniego.

Si è difeso il Comune di Baia e Latina, in via pregiudiziale, eccependo la tardività dell'impugnativa e, nel merito, deducendone l'infondatezza.

All'odierna udienza la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Va pregiudizialmente respinta l'eccezione di tardività formulata dal Comune di Baia e Latina, tenuto conto che, come rilevato anche dal resistente, a fronte della comunicazione del provvedimento oggi gravato avvenuta il 27.11.2008, il ricorso è stato consegnato per la notifica il 26.1.2009 e, cioè, fatta applicazione della regola generale per cui "dies a quo non computatur in termino, dies ad quem computatur", il 60° ed ultimo giorno utile ai sensi dell'art. 21 della l. n. 1034 del 1971.

2. Nel merito il ricorso è fondato e va pertanto accolto per l'assorbente motivo di seguito esaminato.

La Ericsson Telecomunicazione S.p.a. ha presentato al Comune di Baia e Latina, il 13.6.2008, denuncia di inizio attività, ex art. 87 d.lgs. n. 259/2003, per l'installazione dell'impianto di telefonia oggi in discussione, ricevendo tuttavia il diniego del Comune reso con atto del 19.6.2008 prot. 2973

(ancorché datato in calce 25.6.2008), prontamente impugnato innanzi a questo Tar.

A seguito dell'iniziativa processuale così intrapresa, il Comune procedeva, con atto del 17.11.2008, prot. 5182, all'annullamento in autotutela del provvedimento di diniego «con effetti ex tunc», «ritenuto doversi condividere la censura mossa con il citato ricorso in ordine alla carenza di motivazione dell'impugnato diniego».

Ora, è evidente che l'effetto risolutivo "ex tunc", realizzatosi per legge in seguito all'annullamento d'ufficio del primo diniego (art. 21-nonies, l. n. 241 del 1990), ha determinato il perfezionamento della fattispecie provvedimentale silenziosa prevista dall'art. 87, comma 9, del Codice delle comunicazioni (d.lgs. n. 259/2003) fin dal 13.9.2008, essendo stato rimosso "ab origine" l'ostacolo al pieno decorso del termine ivi previsto e a nulla valendo la riserva, pure inserita nell'atto di annullamento, di «salvezza degli ulteriori provvedimenti da adottarsi in relazione alla DIA presentata dalla Ericsson» .

Dispone infatti quest'ultima norma 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».

Secondo l'interpretazione costante della giurisprudenza, ai sensi della norma richiamata il titolo abilitativo per la realizzazione degli impianti di telefonia mobile si costituisce in forza di una d.i.a. ovvero di un silenzio-assenso, atteso che istanze e denunce di inizio di attività si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla relativa domanda, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego. Si tratta di una previsione coerente con la ratio sottesa all'intero codice delle Comunicazioni Elettroniche, desumibile dai criteri di delega contenuti nell'art. 41, l. n. 166 del 2002 e prima ancora nelle direttive comunitarie da recepire: previsione di procedure tempestive, non discriminatorie e trasparenti per la concessione del diritto di installazione di infrastrutture e ricorso alla condivisione delle strutture; riduzione dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi, nonché regolazione uniforme dei medesimi procedimenti anche con riguardo a quelli relativi al rilascio di autorizzazioni per l'installazione delle infrastrutture di reti mobili, in conformità ai principi di cui alla l. 7 agosto 1990 n. 241 (art. 41 comma 2, n. 3 e 4, l. n. 166 del 2002) (così, ex multis, Tar Campania, Napoli, Sez. VII, 5 agosto 2009, n. 4712).

L'avvenuta formazione del titolo abilitativo, per il decorso del termine di legge, determina dunque l'illegittimità, per violazione dell'art. 87 evocato, del successivo atto di diniego e contestuale inibitoria dell'avvio dei lavori del 24.11.2008 (prot. 5269), in quanto tardivamente reso, dopo quasi due mesi dallo spirare del termine di legge, secondo forme procedurali e sostanziali in alcun modo assimilabili al modulo amministrativo del procedimento di secondo grado.

L'atto impugnato va dunque annullato.

3. Rimane, poi, da esaminare la distinta domanda, contestualmente proposta, volta a conseguire l'accertamento della formazione "per silentium" del titolo abilitativo necessario per la realizzazione dell'impianto tecnologico in questione, nonché la declaratoria del conseguente diritto della Wind Telecomunicazioni s.p.a. a realizzarlo secondo il progetto presentato.

In proposito, occorre premettere che detta domanda, implicante un petitum di mero accertamento, risulta ammissibile stante la giurisdizione esclusiva attribuita al G.A. in materia urbanistica ed edilizia, ai sensi dell'art. 34, d.lgs. n. 80/1998, così come sostituito dall'art. 7, comma 3, lett. b), legge n. 205/2000 (cfr. T.A.R. Toscana n. 2686 del 19.9.2007); nonché in materia di dichiarazione

di inizio attività ai sensi dell'art. 19, comma 5 legge n. 241/1990.

La domanda è, inoltre, nel merito fondata per le considerazioni in precedenza svolte e relative all'avvenuta formazione "per silentium" del titolo abilitativo alla realizzazione dell'impianto.

Quanto così accertato si riferisce, ovviamente, alla situazione attuale, in relazione alla quale rimane, comunque, salvo il potere dell'Amministrazione di intervenire in autotutela, sussistendone i presupposti.

4. Deve invece essere respinta la domanda risarcitoria, pure avanzata dalla ricorrente, non avendo questa puntualmente allegato e, quindi, asseverato l'esistenza e l'entità dell'eventuale danno patrimoniale subito.

5. La soccombenza reciproca autorizza la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Napoli, Sez. VII, definitivamente pronunciando sul ricorso di cui al R.G. n. 1044/2009, lo accoglie in parte qua e, per l'effetto, annulla il provvedimento con esso gravato.

Dichiara avvenuta per silentium la formazione del titolo abilitativo alla realizzazione dell'impianto indicato in parte motiva.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22/04/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Primo Referendario

Alfredo Storto, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/05/2010