



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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 347 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Giuseppe Paparella, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandra Mari, con
domicilio eletto presso T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3;

contro

- Comune di Orvieto, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso
dall'avv. Patrizia Marzola, con domicilio eletto presso T.A.R. Umbria in Perugia,
via Baglioni, 3;

- Soprintendenza Beni Architettonici e Paesaggistici dell' Umbria- Mi.B.A.C., in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Perugia, presso i cui uffici è legalmente
domiciliata, alla via degli Uffici, 14;

- Arpa Umbria - Agenzia Regionale Protezione Ambientale dell'Umbria, in persona
del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

- Comunita' Montana "Orvietano Narnese Amerino Tuderte", in persona del
legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

- Regione Umbria, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paola Manuali e Casimiro Iannotti, con i quali è elettivamente domiciliata in Perugia, Corso Vannucci, 30 (Palazzo Ajò);

nei confronti di

- Telit S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Sabrina Castellini, con domicilio eletto presso T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3;

- RDS Radio Dimensione Suono, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

- Hit Radio S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) del permesso a costruire n. 124 del 12 maggio 2009 (pratica n. 0733/2008) rilasciato dal Comune di Orvieto - Settore Urbanistica - alla Telit S.r.l., per lavori di realizzazione di una nuova postazione per telecomunicazioni in Località Colonna di Prodo sull'area censita al Nuovo Catasto Terreni di Orvieto al Foglio 75 Particella 115;

b) dell'autorizzazione alle suddette opere rilasciata dal Comune di Orvieto, Ripartizione Urbanistica e LL.PP., prot. n.24690 del 22.6.2009, ai sensi dell'art. 87 del d.lgs n. 259/2003;

c) di tutti gli atti connessi precedenti conseguenti, ivi compresi espressamente:

- il parere della Commissione Edilizia del Comune di Orvieto del 14.10.2008 (verbale n. 34);

- l'autorizzazione paesaggistica del Comune di Orvieto, Settore Urbanistica, n.7/0734 del 17.10.2008, rilasciata ai sensi dell'art. 159 del d.lgs. n.42/2004;

- il provvedimento di controllo positivo dell'autorizzazione paesaggistica di cui alla nota della Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici dell'Umbria prot n. 397 del 13.1.2009;
- l'autorizzazione per vincolo idrogeologico della Comunità Montana "Orvietano-Narnese-Amerino-Tuderte", Servizio Progetti, Parchi, Foreste e Territorio prot. n. 4975 del 28.4.2009;
- il parere positivo ex art. 87 d.lgs n. 259/2003 dell'ARPA Umbria, Dipartimento Provinciale di Terni, prot. n.26352 del 24.12.2008;
- tutti gli atti istruttori comunque posti in essere dalle succitate Autorità ai fini del rilascio del permesso a costruire e dei provvedimenti di cui sopra, anche quelli non ancora conosciuti.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Orvieto, della Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici dell' Umbria, della Telit S.r.l., nonché della Regione Umbria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2010 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il ricorrente, comproprietario, unitamente alla propria consorte, di un immobile sito nel Comune di Orvieto, Località La Castellana, frazione Colonna di Prodo, composto da fabbricato e da terreni per lo più boscati, per una superficie di mq. 880.470, ha impugnato, tra l'altro, il permesso di costruire n. 124 del 12 maggio 2009 rilasciato dal medesimo Comune alla Telit S.r.l. per la realizzazione di una

nuova postazione per telecomunicazioni in area confinante con la sua proprietà, l'autorizzazione rilasciata dal medesimo Comune ai sensi dell'art. 87 del d.lgs. n. 259 del 2003, l'autorizzazione paesaggistica in data 17 ottobre 2008 emessa sempre dal Comune ai sensi dell'art. 159 del d.lgs. n. 42 del 2004, nonché l'atto di controllo positivo della Soprintendenza di cui alla nota prot. n. 397 del 13 gennaio 2009.

Esponde che la proprietà è attraversata da una strada interpoderale che contorna anche la particella 115 censita al N.C.T. di Orvieto al foglio 75, ove è stato già realizzato un manufatto con sovrastante palo di grandi dimensioni; su tale strada, che è l'unica esistente, grava una servitù di passaggio in favore dei proprietari contermini.

Avverso i predetti provvedimenti deduce i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione delle N.T.A. del P.R.G. di Orvieto, della l.r. Umbria n. 28 del 2001, dell'art. 142 del d.lgs. n. 42 del 2004, della l.r. Umbria n. 27 del 2000, delle N.T.A. del P.T.C.P. della Provincia di Terni approvato con d.P.C. n. 150 del 14 settembre 2000; eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento ed errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, mancanza di motivazione.

I provvedimenti impugnati sono inficiati da una descrizione dei luoghi, contenuta negli atti progettuali, non conforme alla realtà, e che ha indotto in errore le varie Autorità amministrative che si sono pronunciate; anzitutto, la Telit ha rappresentato che l'area oggetto dell'intervento sarebbe non boscata e già dotata di una viabilità di accesso.

Al contrario, l'area è boscata (bosco governato a ceduo) a norma dell'art. 5 della l.r. n. 28 del 2001 e dell'art. 2 del d.lgs. n. 227 del 2001, e tale condizione permane anche se tutto il bosco del Monte La Castellana è stato di recente oggetto di un intervento di taglio; sono comunque presenti numerosissime ceppaie in attesa di rinnovazione, che, per l'esecuzione dell'opera, dovrebbero essere sradicate, in violazione di quanto prescritto dall'art. 7 della già citata l.r. n. 28 del 2001.

Quanto all'esistenza di una strada di accesso al sito di installazione, è agevole osservare che la strada interpodereale giunge solo a contatto con lo spigolo tra la particella 115 e la 111; tra l'area di sedime ed il punto di contatto esiste una scarpata di altezza media di circa 3-4 metri, ed un tratto di bosco, con andamento sub-pianeggiante privo di piste, sì che per realizzare la rampa di accesso occorrerebbe procedere ad uno scavo di sbancamento con estirpazione delle ceppaie, nonché ad interventi di riempimento del vuoto.

Occorre altresì aggiungere che dal certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal Comune di Orvieto in data 25 giugno 2009 risulta che l'area ove dovrebbe essere realizzato l'intervento assentito con i provvedimenti impugnati è governato dalle seguenti prescrizioni urbanistiche : aree boscate (art. 101 N.T.A. del P.R.G. Parte Strutturale), comportanti il divieto di realizzazione di nuove strade e di nuove costruzioni (salvo quelle necessarie a servizio della tutela ambientale, della silvicoltura e delle aziende faunistico-venatorie); aree di interesse naturalistico (art. 49 delle N.T.A. del P.R.G. Parte Strutturale), che preclude l'eliminazione o riduzione di formazioni agroforestali, di alberi isolati, filari, siepi e macchie di campo; aree Ea4 - aree forestali ed agroforestali a prevalente indirizzo di valorizzazione di caratteri naturalistici (art. 114 delle N.T.A. del P.R.G. Parte Strutturale), che consente solamente gli interventi di tutela e valorizzazione del paesaggio attraverso la conservazione degli elementi di pregio paesistico ed incremento delle potenzialità ecologiche ed ambientali delle risorse.

Appare dunque evidente che, sulla base delle predette N.T.A., nell'area in questione non è possibile realizzare né nuove costruzioni del genere di quella assentita, né nuove strade, con conseguente illegittimità dei provvedimenti gravati.

Si aggiunga che, ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 42 del 2004, sono considerati di interesse paesaggistico e sottoposti alle disposizioni di tutela paesaggistica "i territori coperte da foreste e da boschi".

2) Violazione delle N.T.A. del P.R.G. di Orvieto, dell'art. 9 della l.r. Umbria n. 1 del 2004, del d.P.R. n. 357 del 1997, della d.G.R. Umbria 1 luglio 1998, n. 3621, della d.G.R. Umbria n. 1274 del 2008; eccesso di potere per carenza di istruttoria e mancanza di motivazione.

I provvedimenti impugnati sono peraltro illegittimi anche perché adottati senza previa valutazione di incidenza, di pertinenza regionale, in violazione di quanto prescritto dall'art. 9 della l.r. Umbria n. 1 del 2004, alla cui stregua «i procedimenti in materia di valutazione di impatto ambientale o di valutazione di incidenza previsti dalle relative normative devono essere definiti preliminarmente alla presentazione della domanda di rilascio del permesso di costruire».

Si aggiunga che i provvedimenti sono privi di qualsivoglia motivazione in ordine a tale profilo, il che costituisce ulteriore profilo di illegittimità.

3) Violazione delle N.T.A. del P.R.G. del Comune di Orvieto sotto altro profilo, dell'art. 52 del regolamento edilizio del Comune di Orvieto approvato con delibera del Consiglio Comunale n. 87 del 24 settembre 2001; eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento ed erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, mancanza di motivazione, sviamento.

Nella vicenda oggetto di controversia non esistevano i presupposti per l'applicabilità di qualsivoglia norma derogatoria del divieto di realizzazione di interventi come quello in questione in area boscata e di interesse naturalistico, nonché dell'obbligo del preventivo esperimento della valutazione di incidenza.

In particolare, risulta inapplicabile l'art. 72 delle N.T.A. del P.R.G., che riguarda le zone F - Attrezzature territoriali, mentre l'area interessata dai provvedimenti, come già esposto, è zonizzata come area boscata, di interesse naturalistico, ed area E4aA. D'altro canto, la Telit S.r.l. non può essere considerata ente erogatore di pubblici servizi, come è invece erroneamente stato ritenuto dai provvedimenti impugnati; in ogni caso, il predetto art. 72, pur permettendo la realizzabilità di strutture ed

attrezzature per impianti, macchinari, sistemi tecnologici di distribuzione, di enti erogatori di pubblici servizi, fa salvo il rispetto delle norme e disposizioni relative ai vincoli in materia ambientale, paesaggistica, idrogeologica.

Ciò significa che nell'area interessata dai provvedimenti non sono realizzabili, proprio per finalità di tutela ambientale, paesaggistica ed idrogeologica, nuove costruzioni e nuove strade.

Né l'intervento opposto avrebbe potuto essere assentito a norma dell'art. 52, comma 3, del regolamento edilizio del Comune di Orvieto, norma peraltro non richiamata negli atti impugnati, e per la quale valgono comunque le considerazioni già fatte a proposito dell'art. 72 delle N.T.A. del P.R.G.

4) Violazione degli artt. 6 e 7 della l.r. n. 28 del 2001, 61 e 65 del regolamento regionale 17 dicembre 2002, n. 7; eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, perplessità, mancanza di motivazione.

La, pure impugnata, autorizzazione del 28 aprile 2009 è stata concessa dalla Comunità Montana ai sensi dell'art. 6 della l.r. n. 28 del 2001 “nei soli riguardi del vincolo idrogeologico”, e con espressa salvezza dell'osservanza delle “norme e regolamenti vigenti in materia paesaggistica, urbanistica, di difesa del suolo e dell'ambiente”; al contempo tale provvedimento è però ambiguo ed illegittimo in quanto, facendo applicazione anche dell'art. 61 del regolamento regionale n. 7 del 2002, ha riconosciuto che l'intervento comporta un “cambiamento permanente di destinazione d'uso dei terreni” (cioè dell'area boscata), ponendosi in contrasto con i criteri e gli indirizzi della gestione forestale sostenibile.

5) Violazione delle norme di tutela delle aree boscate sotto altro profilo, degli artt. 86 e 87 e dell'allegato 13 del d.lgs. n. 259 del 2003, della legge n. 36 del 2001, del d.P.C.M. 8 luglio 2003, dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per

carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, mancanza di motivazione.

L'autorizzazione in data 16 giugno 2009, rilasciata dal Comune intimato ai sensi dell'art. 87 del d.lgs. n. 259 del 2003, è intervenuta previo parere positivo dell'ARPA Umbria in merito alla compatibilità del campo elettromagnetico con i limiti prescritti dal d.P.C.M. 8 luglio 2003.

Peraltro entrambi questi atti sono illegittimi, anzitutto in quanto ai sensi dell'art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 259 del 2003 restano ferme le disposizioni a tutela dei beni ambientali e culturali contenute nel codice del paesaggio.

In secondo luogo, la Telit S.r.l. non può considerarsi soggetto avente titolo a richiedere l'autorizzazione ex art. 87 del d.lgs. n. 259 del 2003, atteso che non è operatore autorizzato a fornire reti di comunicazione, secondo quanto richiesto dal precedente art. 86 del codice delle comunicazioni elettroniche.

Inoltre i provvedimenti impugnati sono illegittimi, perché adottati all'esito di un procedimento del quale al ricorrente non era stato comunicato l'avvio.

6) Violazione dell'art. 159 del d.lgs. n. 42 del 2004; eccesso di potere per carenza di istruttoria, mancanza di motivazione.

L'area su cui deve essere realizzata la postazione per telecomunicazioni è sottoposta a vincolo paesaggistico specifico, imposto con dd.mm. del 26 novembre 1957, 26 marzo 1975 e 6 giugno 1992, nonché, in quanto area boscata, al vincolo paesaggistico ex lege (art. 142, lett. g, del d.lgs. n. 42 del 2004).

Di conseguenza, occorre in ogni caso l'autorizzazione paesaggistica, che però, nel caso di specie, è illegittima per tutti i motivi già dedotti; lo stesso dicasi del parere positivo espresso dalla Soprintendenza in data 13 gennaio 2009, che si è limitato ad imporre prescrizioni del tutto inadeguate a salvaguardare le caratteristiche dei luoghi.

Si sono costituiti in giudizio il Mi.B.A.C., il Comune di Orvieto e la controinteressata Telit S.r.l. eccependo l'inammissibilità per carenza di interesse, e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso.

Con i primi motivi aggiunti è poi stata impugnata la nota del Comune di Orvieto prot. n. 0037168 del 14 settembre 2009, avente per oggetto "richiesta integrazione pratica edilizia n. 0733/2008 del 6 settembre 2008 per realizzazione di una nuova postazione per telecomunicazioni in località Colonna di Proto", con cui viene comunicato alla Telit che prima dell'inizio dei lavori dovrà essere prodotta la valutazione di incidenza.

Vengono, in particolare, allegati i seguenti ulteriori motivi di diritto :

7) Violazione delle N.T.A. del P.R.G. di Orvieto, dell'art. 9 della l.r. Umbria n. 1 del 2004, del d.P.R. n. 357 del 1997, della d.G.R. Umbria 1 luglio 1998, n. 3621, della d.G.R. Umbria n. 1274 del 2008; eccesso di potere per carenza di istruttoria e mancanza di motivazione.

La nota gravata con i motivi aggiunti conferma la fondatezza del secondo motivo del ricorso principale, in quanto richiede alla Telit di produrre, prima dell'inizio dei lavori, la valutazione di incidenza, di cui agli artt. 48 e 49 delle N.T.A. del P.R.G. Parte Strutturale.

Ma v'è di più : la direttiva c.d. "Habitat" 92/43/CEE, recepita con il d.P.R. n. 357 del 1997, prevede che l'Autorità competente al rilascio dell'approvazione definitiva del piano o dell'intervento acquisisce preventivamente la valutazione di incidenza; l'art. 9 della l.r. Umbria n. 1 del 2004 dispone che i procedimenti in materia di valutazione di impatto ambientale o di valutazione di incidenza previsti dalle relative normative devono essere definiti preliminarmente alla presentazione della domanda di rilascio del permesso di costruire.

Tali dati normativi, come pure il principio inferibile dall'art. 29 del d.lgs. n. 152 del 2006 in tema di valutazione di impatto ambientale, stanno a dimostrare che la

valutazione di incidenza, di competenza regionale, è sempre necessaria e preventiva rispetto alla presentazione della domanda di permesso di costruire; il che esclude la possibilità stessa di una valutazione di incidenza “a sanatoria”.

8) Violazione delle N.T.A. del P.R.G. di Orvieto, della l.r. Umbria n. 28 del 2001, dell'art. 142 del d.lgs. n. 42 del 2004, della l.r. Umbria 24 marzo 2000, n. 27, delle N.T.A. del P.T.C.P. della Provincia di Terni approvato con d.P.C. n. 150 del 14 settembre 2000; eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento ed errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto; mancanza di motivazione.

La nota del 14 settembre 2009 conferma che i provvedimenti impugnati con il ricorso principale sono illegittimi per essere stati adottati sulla base di presupposti di fatto e di diritto diversi da quelli reali, avendo il Comune di Orvieto disapplicato le N.T.A. del P.R.G.; al riguardo si fa integrale rinvio al primo motivo di ricorso.

Con i secondi motivi aggiunti il ricorrente impugna la determinazione dirigenziale regionale n. 11034 del 3 dicembre 2009, con cui è stata espressa, ai sensi della direttiva 92/43/CEE, del d.P.R. n. 357 del 1997 e della l.r. Umbria n. 27 del 2000, una valutazione di incidenza favorevole del progetto di Telit S.r.l. per la realizzazione di una postazione per telecomunicazioni in località Colonna di Prodo, nel Comune di Orvieto.

Sono stati dedotti i seguenti, ulteriori motivi :

9) Violazione dell'art. 5 della direttiva 92/43/CEE, dell'art. 5 del d.P.R. n. 357 del 1997, della d.G.R. Umbria 1 luglio 1998, n. 3621, della d.G.R. Umbria n. 1274 del 2008; eccesso di potere per carenza dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di istruttoria e mancanza di motivazione.

La determinazione con cui è stato espresso parere favorevole alla valutazione di incidenza è illegittima, in violazione delle norme indicate in rubrica, per essere stata adottata successivamente, e non preventivamente, al rilascio del permesso di costruire, dell'autorizzazione ex art. 87 del d.lgs. n. 259 del 2003, nonché degli altri

pareri ed autorizzazioni necessari. Tutti i procedimenti di valutazione di impatto dei progetti incidenti sull'ambiente devono essere necessariamente preventivi rispetto agli atti autorizzati (ponendosi come misure di tutela dell'ambiente), e non ne è consentita l'adozione in sanatoria, che equivarrebbe ad una valutazione postuma all'approvazione del progetto.

Nella specie si è dunque avuta un'inammissibile inversione procedimentale, che comporta la caducazione di tutti i provvedimenti adottati ed una nuova valutazione dell'intero progetto.

10) Violazione dell'art. 5 della direttiva 92/43/CEE, dell'art. 5 del d.P.R. n. 357 del 1997, della d.G.R. Umbria 1 luglio 1998, n. 3621, della d.G.R. Umbria n. 1274 del 2008; eccesso di potere per carenza dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di istruttoria, perplessità e contraddittorietà, mancanza di motivazione.

La conferma di quanto esposto si rinviene nel fatto che la relazione di valutazione di incidenza presentata dalla Telit contrasta apertamente con quanto era stato dalla stessa dichiarato nei precedenti procedimenti, con conseguente contraddittorietà rispetto agli atti già acquisiti.

E dunque, in particolare, ci si trova in presenza di un'area boscata, mai interessata da attività antropiche, né esiste una strada che conduca direttamente al sito, occorrendo comunque realizzare una rampa di grandi dimensioni.

11) Violazione dell'art. 5 della direttiva 92/43/CEE, dell'art. 5 del d.P.R. n. 357 del 1997, della d.G.R. Umbria 1 luglio 1998, n. 3621, della d.G.R. Umbria n. 1274 del 2008; eccesso di potere per carenza dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di istruttoria, perplessità e contraddittorietà, mancanza di motivazione.

Il provvedimento favorevole di valutazione si fonda su di un presupposto non corrispondente al vero, e cioè che la postazione per telecomunicazioni di cui si tratta debba sostituire un'altra postazione già esistente.

In realtà, la postazione di telecomunicazione esistente nell'abitato di Colonna di Prodo non risulta essere di proprietà della Telit, e non è dunque suscettibile di essere sostituita dalla nuova per la quale sono stati attivati i procedimenti autorizzatori.

E' palese dunque la carenza di istruttoria e di motivazione che inficiano il provvedimento regionale, che si è basato unicamente sulla relazione della Telit, senza indagare sulla sua fondatezza e senza neppure preoccuparsi di sentire il parere del Comune.

12) Violazione del diritto del ricorrente di partecipare al procedimento derivante dagli artt. 87 del d.lgs. n. 259 del 2003, 7 della legge n. 241 del 1990 e 6 della direttiva 92/43/CEE; eccesso di potere per carenza di istruttoria, e mancanza di motivazione.

Anche il procedimento di valutazione favorevole di incidenza è stato effettuato in violazione del diritto di partecipazione del ricorrente, benché, oltre alle norme generali sul procedimento, anche l'art. 6 della direttiva 92/43/CEE preveda che detta valutazione deve essere adottata "previo parere dell'opinione pubblica", e cioè, in primis, dei soggetti direttamente interessati, come il ricorrente.

Si è costituita in giudizio anche la Regione dell'Umbria chiedendo la reiezione del ricorso.

All'udienza del 26 maggio 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Per economia di giudizio devono essere esaminate preliminarmente, attesa la loro efficacia assorbente, le censure (seconda del ricorso principale, e poi oggetto dei due atti di motivi aggiunti) con cui si deduce l'illegittima inversione procedimentale in cui è incorsa l'Amministrazione comunale, rilasciando alla società controinteressata i provvedimenti autorizzatori impugnati senza la

preventiva valutazione di incidenza, intervenuta in via postuma, con determina dirigenziale regionale n. 11034 del 3 dicembre 2009.

Ad avviso di parte ricorrente, le norme applicabili alla fattispecie dedotta in giudizio, ed in particolare le N.T.A. del P.R.G. (parte strutturale) di Orvieto, l'art. 9 della l.r. Umbria 18 febbraio 2004, n. 1, ed, ancora, l'art. 5, comma 8, del d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357 (regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche), imponevano che la valutazione di incidenza, procedimento di competenza regionale, precedesse la presentazione della domanda di rilascio del permesso di costruire, precludendone altresì l'adozione in sanatoria, con conseguente illegittimità di tutti i provvedimenti in questa sede impugnati.

Tale assunto è fondato, e meritevole pertanto di positiva valutazione.

Giova, nel dettaglio, precisare che l'art. 5, comma 8, del d.P.R. n. 357 del 1997 dispone, con norma di portata generale, che «l'Autorità competente al rilascio dell'approvazione definitiva del piano o dell'intervento acquisisce preventivamente la valutazione di incidenza, eventualmente individuando modalità di consultazione del pubblico interessato dalla realizzazione degli stessi»; ciò significa che devono essere sottoposti a previa valutazione di incidenza i piani o progetti che possono avere incidenza significativa sul sito di importanza comunitaria.

Con più specifico riguardo all'attività edilizia, l'art. 9 della l.r. n. 1 del 2004 stabilisce che «i procedimenti in materia di valutazione di impatto ambientale o di valutazione di incidenza previsti dalle relative normative devono essere definiti preliminarmente alla presentazione della domanda di rilascio del permesso di costruire e della denuncia di inizio attività ..., nonché dell'avvio del procedimento relativo alla adozione del piano attuativo e alla realizzazione delle opere di cui all'articolo 8».

Anche la fonte regionale chiarisce dunque il carattere preventivo, o, per meglio dire, di procedimento presupposto della valutazione di incidenza, come pure di quella di valutazione di impatto ambientale.

La ratio di tali disposizioni è piuttosto chiara; in particolare, per quanto rileva in questa sede, la procedura di valutazione di incidenza è, per sua natura, finalizzata alla verifica e valutazione degli effetti di attività ed interventi su siti di importanza comunitaria ed all'individuazione delle idonee misure di mitigazione, volte a prevenire il deterioramento dei medesimi. Ne consegue che la valutazione di incidenza si configura come un mezzo preventivo di tutela dell'ambiente, che si deve svolgere prima dell'approvazione del progetto, il quale deve poter essere modificato secondo le prescrizioni volte ad eliminare o ridurre l'incidenza negativa dell'opera progettata.

Si potrà poi discutere se debba precedere l'approvazione del progetto preliminare, o possa intervenire anche nella fase della progettazione definitiva (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III ter, 22 luglio 2004, n. 7231), ma si tratta di profili che non rilevano in questa sede.

Il carattere della necessaria previetà della procedura di valutazione di incidenza è dunque funzionale al rispetto dei precetti comunitari e nazionali improntati ai principi di precauzione e prevenzione dell'azione ambientale, secondo quanto emerge anche dall'esegesi della c.d. "direttiva habitat" (n. 92/43/CEE) seguita dalla giurisprudenza comunitaria (in termini Corte Giustizia CE, 7 settembre 2004, in causa C-127/02; tale principio è stato più volte riaffermato in ambito comunitario con riferimento alla V.I.A. : Corte Giustizia CE, 3 luglio 2008, in causa C-215/06; Corte Giustizia CE, 5 luglio 2007, in causa C-255/05).

Il necessario corollario di tale postulato è quello per cui la valutazione di incidenza postuma alle autorizzazioni (ed in particolare al permesso di costruire) presupponenti un progetto definitivo dell'opera deve considerarsi illegittima,

proprio perchè in violazione dei principi di precauzione e prevenzione ambientale (in termini, con riferimento al contiguo tema della V.I.A., T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 20 gennaio 2010, n. 583).

E' significativo rilevare come i rari casi in cui è stata, in giurisprudenza, ammessa una valutazione postuma riguardano condizioni particolari, come ad esempio una situazione emergenziale che ha richiesto l'esercizio di un potere extra ordinem (ancora T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 20 gennaio 2010, n. 583).

Tale situazione non ricorre, evidentemente, nel caso di specie, ma si potrebbe obiettare che è comunque stata adottata, con la determinazione regionale n. 11034 del 3 dicembre 2009, una valutazione di incidenza favorevole, e ciò, oltre a dimostrare che l'Autorità regionale ha comunque ritenuto di essere tenuta ad esprimere, ex post, il proprio giudizio, potrebbe ritenersi determinare un effetto di sanatoria (ricorrente allorché un "atto preparatorio" interviene dopo la conclusione del procedimento, nel quale avrebbe dovuto ex ante prodursi), tanto più alla luce del principio antiformalistico inferibile dall'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, a mente del quale le parti resistenti hanno anche eccepito la carenza di interesse al ricorso.

A questo riguardo, occorre peraltro sottolineare come la valutazione di incidenza, secondo quanto si evince dal quadro normativo delineato, si caratterizza come "atto a funzione prodromica" rispetto al provvedimento autorizzatorio, che deve dunque precedere, per potere così utilmente concorrere alla valutazione ponderata degli interessi.

Viene naturale, a questo proposito, evocare la giurisprudenza formatasi in materia di pareri; ed infatti, a fronte di impostazioni dottrinali controverse, la giurisprudenza ha prevalentemente ritenuto inammissibile l'esercizio ex post della funzione consultiva, a sanatoria, dovendo il parere necessariamente precedere la

decisione dell'organo deliberante (tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 1998, n. 941; T.A.R. Liguria, Sez. I, 22 luglio 2005, n. 1080).

Peraltro nella materia in esame, che coinvolge l'interesse ambientale, e dunque un interesse altior nella gerarchia dei valori in gioco, ad escludere la possibilità di una valutazione di incidenza postuma concorre, sul piano dell'interpretazione analogica, anche la disposizione dell'art. 29 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), il cui primo comma, con riferimento alla V.I.A., dopo avere premesso che detta valutazione è atto presupposto, o parte integrante del procedimento di autorizzazione od approvazione del progetto, sancisce che «i provvedimenti di autorizzazione o approvazione adottati senza la previa valutazione di impatto ambientale, ove prescritta, sono annullabili per violazione di legge», sembrando così escludere ogni possibilità di sanatoria.

Tale ordine di argomenti è stato seguito, seppure in una chiave di lettura integralmente comunitaria, anche dal T.A.R. Lombardia, Brescia, nella sentenza 11 agosto 2007, n. 726, che ha affermato come la V.I.A. intervenuta in una fase successiva all'autorizzazione dell'impianto ed all'inizio dell'attività non ha effetto sanante, nella considerazione che in base all'art. 174 del trattato CE le scelte ambientali devono essere guidate in via prioritaria dai principi di precauzione dell'azione preventiva, onde le conseguenze negative devono essere previste in anticipo ed evitate, non semplicemente mitigate.

Anche l'Ad. Gen. del Consiglio di Stato, con parere del 25 gennaio 1996, ha stabilito che, essendo il controllo sull'impatto ambientale solamente preventivo, deve ritenersi escluso che un regolamento possa prevedere che siano soggetti a procedimento di compatibilità ambientale i progetti (di opere stradali) che risultino già approvati, ovvero opere già eseguite; tuttavia ha fatto salvo, ricorrendone i presupposti, il potere di annullamento d'ufficio dell'approvazione di progetti non eseguiti.

Anche con specifico riferimento ai titoli edilizi è stato affermato in giurisprudenza che il parere regionale sulla compatibilità ambientale non può intervenire successivamente al loro rilascio, la sua funzione consistendo nel valutare ex ante le specifiche caratteristiche del progetto e del sito individuato dal richiedente (Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2004, n. 6255).

In definitiva, la valutazione regionale, senza possibilità di inversioni procedurali, non previste dalla norma, deve essere effettuata prima del rilascio del titolo edilizio, quale suo presupposto di legittimità, proprio perché essa deve avere ad oggetto l'incidenza del manufatto sul circostante contesto ambientale.

2. - Le argomentazioni che precedono impongono l'annullamento di tutti i provvedimenti autorizzatori, oggetto del gravame principale, adottati in assenza della preventiva valutazione di incidenza, ed in particolare del permesso di costruire e dell'autorizzazione di cui all'art. 87 del d.lgs n. 259 del 2003; ciò esime il Collegio dalla disamina delle restanti censure, che possono dunque essere dichiarate assorbite.

Ne consegue che l'intero progetto dovrà essere oggetto di una rinnovata rivalutazione.

Appare peraltro illegittima anche la valutazione di incidenza (favorevole) di cui alla determina dirigenziale della Regione Umbria n. 11034 del 3 dicembre 2009 non solo in ragione della già stigmatizzata inversione procedimentale, ma anche per la carenza di istruttoria e di motivazione che ne è conseguente e che comunque la caratterizza, e (che è stata) censurata con i secondi motivi aggiunti.

Basti, a questo riguardo, a titolo esemplificativo, evidenziare che la valutazione di incidenza favorevole muove dal presupposto, rappresentato nella relazione predisposta dalla Telit, che il progetto per la realizzazione di una postazione per telecomunicazioni sia finalizzato a realizzare un impianto destinato a sostituirne un altro già esistente in località Colonna di Prodo.

A bene considerare, però, dalla documentazione in atti si evince che il Comune di Orvieto ha ordinato, in data 5 marzo 2009, ai signori Pelliccia e Focarelli solamente l'interruzione delle emissioni fino alla "riduzione a conformità"; vi è, dunque, un salto logico che non consente di ritenere dimostrato che le autorizzazioni rilasciate alla Telit, soggetto peraltro ben distinto dai destinatari della predetta ordinanza di interruzione delle emissioni, siano effettivamente destinate a sostituire una postazione già esistente nell'abitato; mentre è evidente il rilievo di tale circostanza ai fini della valutazione di incidenza favorevole, che è espressamente condizionata alla dismissione dell'impianto esistente ed alla bonifica dell'area.

Circostanza la cui realizzazione costituisce un impegno impossibile da garantire per la Telit, non essendo, come già detto, proprietaria di detta postazione.

Resta anche il dato, problematico, che l'Amministrazione regionale ha adottato la valutazione di incidenza senza considerare soluzioni alternative, come era invece tenuta a fare secondo quanto previsto dalle "linee guida regionali".

3. - In conclusione, il ricorso ed i motivi aggiunti devono essere accolti, con conseguente annullamento, nei limiti dell'interesse, e nei sensi di cui alla motivazione, dei provvedimenti impugnati.

Sussistono comunque giusti motivi per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria accoglie il ricorso, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, nei limiti dell'interesse.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Carlo Luigi Cardoni, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/08/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO