



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

N. 3425/06

Reg.Dec.

N. 7242 Reg.Ric.

ANNO 2005

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7242/2005, proposto dal:

- Comune di SOVICO, rappresentato e difeso dagli avv.ti Umberto Grella e Guido Francesco Romanelli ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo, in via Cosseria n. 5, Roma;

c o n t r o

- H3G Sp.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Marcello Clarich ed elettivamente domiciliata presso lo studio del medesimo, in piazza di Monte Citorio n. 115, Roma;

- Regione LOMBARDIA, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lombardia, Milano, sezione I, n. 71/2005, resa *inter partes* e concernente *la demolizione di un impianto radio base per telefonia cellulare*.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Vista la memoria illustrativa del Comune appellante;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 31 gennaio 2006, il Consigliere
Aldo SCOLA;

Uditi, per le parti, l'avv. Guido Francesco Romanelli e l'avv.
Marcello Clarich;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

F A T T O

La S.p.a. H3G impugnava l'ordinanza comunale fondata sulla sentenza n. 303/2003 e recante ingiunzione di demolizione di un'antenna radio-base (alta oltre trenta metri), da essa costruita previo parere favorevole della competente A.R.P.A., nonché (con identici *motivi aggiunti*) l'ordinanza rettificante da 30 a 90 giorni il termine per demolire.

Dinanzi al T.a.r. Lombardia essa deduceva:

1) violazione dell'art. 31, d.P.R. n. 380/2001; dell'art. 7, legge n. 47/1985; dell'art. 32, legge reg. Lombardia n. 52/1999; dell'art. 103, Cost.: il tutto, per mancato rispetto dei termini previsti per le demolizioni,

2) eccesso di potere per difetto di presupposti, travisamento, contraddittorietà, difetto istruttorio e motivazionale; violazione dell'art. 24, n.t.a., p.r.g., e dell'art. 38.5, n.t.a., variante p.r.g., non applicandosi agli impianti tecnologici i limiti di altezza previsti per i fabbricati;

3) ancora eccesso di potere per irragionevolezza, sviamento, difetto istruttorio e di presupposti; violazione della delib. G.r. VII/7351, dell'art. 86, d.lgs. n. 259/2003, dell'art. 41, Cost., degli artt. 4 ed 8, comma 6, legge n. 36/2001; contraddittorietà con la licenza individuale rilasciata dal garante delle Comunicazioni (delib. n. 2/01/CONS.), poiché si metterebbe a repentaglio un efficiente servizio pubblico di telefonia cellulare UMTS;

4) *violazione dell'art. 136, Cost., e dell'art. 30, legge n. 87/1953; eccesso di potere per difetto di presupposti, travisamento e sviamento, non potendo derivare dalla dichiarata incostituzionalità (con sent. n. 303/2003 della Consulta) del d.lgs. n. 198/2002 un'automatica caducazione del titolo abilitativo legittimante le opere precedute da d.i.a. e consolidatosi per decorso del termine previsto.*

Il Comune intimato si costituiva in giudizio ed eccepiva la tardività e l'irricevibilità di alcune censure, oltre all'infondatezza dell'intero ricorso, che peraltro veniva accolto dai primi giudici con sentenza poi impugnata dal Comune soccombente, che ribadiva *la tardività del gravame introduttivo, l'erroneità dell'appellata pronuncia in rapporto agli effetti della incostituzionalità di cui sopra e la non equiparabilità tra edifici ed antenne radio-base*, chiedendo (in presenza di precedenti decisioni tra loro contrastanti, pur nell'ambito di questa stessa Sezione: cfr. n. 5502 e n. 7725 del 2003) rimettersi la vertenza all'attenzione dell'Adunanza plenaria.

La società appellata si costituiva in giudizio e resisteva al gravame sostenendo la correttezza dell'impugnata pronuncia, mentre il Comune di Sovico, con memoria illustrativa, argomentava ancora circa le dedotte censure.

All'esito della pubblica udienza la vertenza passava in decisione.

DIRITTO

L'appello è *infondato* e va *respinto*, ritenendo il Collegio di dover aderire all'orientamento già seguito da questa stessa Sezione nella decisione n. 7725/2003: il che permette di prescindere dall'esame dell'eccezione di tardività preliminarmente dedotta dal Comune appellante.

La questione centrale della controversia è quella proposta con i motivi sostanziali del presente appello (già oggetto delle censure prospettate nel ricorso di primo grado e nei relativi motivi aggiunti, questi pure correttamente condivisi dai primi giudici, anche in rapporto agli errati e perciò reiterati termini fissati per la demolizione con singolare ed anomala procedura) e relativa all'applicabilità del limite delle altezze, dettato per le costruzioni, ad impianti tecnologici come le stazioni radio base.

Ritiene il collegio che non sia ammissibile l'applicazione analogica di limiti in materia di altezza dettati con riferimento a diverse strutture e manufatti di rilievo urbanistico ed edilizio.

In assenza di specifiche prescrizioni deve ritenersi che la realizzazione degli impianti predetti non sia soggetta a prescrizioni urbanistico-edilizie preesistenti, dettate con riferimento ad altre tipologie di opere, elaborate quindi con riferimento a possibilità di diversa utilizzazione del territorio, nell'inconsapevolezza del fenomeno della telefonia mobile e dell'inquinamento elettromagnetico in generale.

Il titolo concessorio non può essere negato se non con riguardo ad una specifica disciplina conformativa che prenda in considerazione le reti infrastrutturali tecnologiche necessarie per il funzionamento del servizio pubblico.

L'applicazione analogica non può basarsi sull'assunto di una supposta equivalenza in termini edilizi fra il concetto di costruzione e quello di impianto tecnologico, nella specie un'antenna dotata di caratteristiche del tutto diverse da quelle delle costruzioni in senso proprio.

Infatti, gli impianti tecnologici normalmente non sviluppano volumetria o cubatura, se non limitatamente ai basamenti o alle cabine accessorie, non determinano ingombro visivo paragonabile a quello delle costruzioni, non hanno l'impatto sul territorio degli edifici in cemento armato o muratura.

Inoltre, le stazioni radio base, per esigenze di irradiazione del segnale, si sviluppano normalmente in altezza, tramite strutture metalliche, pali o tralicci, talora collocate su strutture preesistenti, su lastrici solari, su tetti, a ridosso di pali.

Queste caratteristiche peculiari devono essere oggetto di una valutazione separata e distinta del fenomeno, che il Comune può ben compiere nell'esercizio della sua potestà regolamentare, in astratto, in via generale, ma con riguardo allo specifico fenomeno delle infrastrutture telefoniche, non potendosi applicare in via analogica una normativa edilizia concepita per altri scopi e diretta a regolamentare altre forme di utilizzazione del territorio.

Il giudice di primo grado recupera l'applicabilità della normativa edilizia, in via analogica, dalla circostanza della sottoposizione a concessione e dalla rilevanza del contesto nel quale l'impianto deve inserirsi, ritenendo la limitazione esistente in funzione della tutela di beni e valori presenti nel contesto di riferimento.

Ma quest'opera di interpretazione integrativa ed analogica, pur ispirata a finalità costituzionalmente orientate, non è consentita, in difetto di sufficienti tratti di analogia dei fenomeni da regolare (non potendosi equiparare costruzioni ed impianti tecnologici), né può legittimarsi solo per

L'assistenza di un'esigenza conservativa di nuclei ambientali e contesti (che trovano in altre normative i loro presidi), finendo per risolversi in una valutazione discrezionale (fatta caso per caso, in relazione al contesto urbanistico e paesaggistico nel quale l'impianto va ad inserirsi) della esistenza degli estremi per applicare i limiti di piano.

L'applicazione analogica di una normativa dettata per gli edifici agli impianti tecnologici, se consentita, non può non valere in rapporto a tutti gli impianti, indipendentemente dal contesto urbanistico nel quale essi sono inseriti, dovendo altrimenti concludersi nel senso di una diversa considerazione del medesimo manufatto in dipendenza di esigenze di forte protezione conservativa di alcune aree, con inammissibile sovrapposizione dell'apprezzamento dell'interprete (orientato nel senso di perseguire alcune finalità di protezione) all'operatività dei canoni esegetici.

Vanno poi valutati i rimanenti motivi di appello (e quelli del ricorso di primo grado riproposti mediante l'impugnazione della sentenza), che possono trattarsi unitariamente per la loro stretta connessione logica e rispetto ai quali la società appellante ha immediato interesse all'impugnazione, essendo soggetto che, quale operatore economico tenuto ad assicurare un determinato servizio in ambito comunale, vede il proprio interesse imprenditoriale direttamente inciso dai provvedimenti adottati.

Sul punto è intervenuta la (qui non invocabile) sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale che, com'è noto, dichiarando incostituzionale una certa disciplina (come quella di cui si discute: il c.d. *decreto Gasparri*, d.lgs. n. 198/2002) attributiva di un determinato potere all'autorità amministrativa, non ha reso automaticamente nulli i provvedimenti emessi in attuazione di

essa (cfr. C.D.S., Ad.pl., dec. 8 aprile 1963 n. 8): conseguentemente, non ne risultano intaccati gli effetti abilitativi ricollegabili alla d.i.a. ed, anzi, consolidatisi con l'emissione dell'ordinanza di demolizione e l'adozione della variante al p.r.g., per cui il manufatto del quale si discute non poteva considerarsi abusivo, secondo il canone *tempus regit actum*.

Conclusivamente, l'appello dev'essere *respinto*, mentre le spese del giudizio di secondo grado possono integralmente compensarsi per giusti motivi tra le parti in causa, tenuto anche conto delle intervenute oscillazioni giurisprudenziali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione sesta,

- respinge l'appello;

- compensa tutte le spese del giudizio di secondo grado.

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

Così deciso in Roma, il 31 gennaio 2006, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione VI, in camera di consiglio, con l'intervento dei signori:

Giorgio GIOVANNINI	Presidente
Luigi MARUOTTI	Consigliere
Carmine VOLPE	Consigliere
Giuseppe ROMEO	Consigliere
Aldo SCOLA	Consigliere rel. est.

Presidente**f.to Giorgio Giovannini****Consigliere estensore**

f.to Aldo Scola

Segretario

f.to Vittorio Zoffoli

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....07/06/2006.....

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

Il Direttore della Sezione

f.to Maria Rita Oliva

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