

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

Sezione Seconda bis

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 3929/2004 proposto dalla Soc. VODAFONE OMNITEL N.V.,
in persona del suo procuratore sig.ra Bianca Maria Martinelli, rappresentata
e difesa dall'avv. Maurizio Brizzolari ed elettivamente domiciliata presso il
suo studio in Roma, Via della Conciliazione n. 44.

CONTRO

il COMUNE di TIVOLI (Roma), in persona del Sindaco pro tempore,
costitutosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Marci e
domiciliato ex lege (art. 35, secondo comma R.D. 26.6.1924 n. 1054) presso
la Segreteria di questo T.A.R..

E NEI CONFRONTI

della REGIONE LAZIO, in persona del legale rappresentante pro tempore,
non costituitasi in giudizio.

PER L'ANNULLAMENTO

previa sospensiva:

- della nota del 18.12.2003 prot. n. 43466/02, prot. 55675/03, con cui
il Responsabile U.O. Edilizia del Comune di Tivoli, in conformità al
parere negativo espresso dalla Commissione Edilizia con verbale n.

890 del 15.12.2003, ha respinto la richiesta di concessione-
autorizzazione edilizia presentata dalla ricorrente;

- delle Norme Tecniche di Attuazione del Piano Regolatore del Comune di Tivoli, ed in particolare degli artt. 35 e 36, se ed in quanto ritenute ostative all'installazione degli impianti per radio telefonia cellulare;
- nonché di tutti gli atti presupposti, conseguenti o comunque connessi, compreso, per quanto possa occorrere, il verbale n. 890 del 15.12.2003 della Commissione Edilizia: nonché

attraverso i motivi aggiunti:

- dell'ordinanza prot. n. 829/46552 del 27.9.2004, con cui il medesimo Responsabile U.O. Edilizia del Comune di Tivoli ha ordinato l'immediata sospensione di ogni ulteriore lavoro, con l'ingiunzione alla demolizione e rimessa in pristino di quanto abusivamente realizzato sul terreno di proprietà del sig. Lolli Lusignano Emanuele in Tivoli, Via Iginio Giordani s.n.c. (fg. 74, p.lla 107);
- di tutti gli atti presupposti, conseguenti o comunque connessi; nonché

PER LA DECLARATORIA

di efficacia e di validità dell'autorizzazione all'installazione di una stazione radio base per telefonia cellulare nel Comune di Tivoli, Via Iginio Giordani (fg. 74, p.lla 107), conseguita mediante silenzio-assenso sulla relativa

istanza presentata dalla società ricorrente il 13-14.11.2003 prot. n. 55675;
con riserva di richiesta di risarcimento di danni in separata sede.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 9 febbraio 2006 il consigliere Renzo
CONTI;

Udit, altresì, .

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in trattazione, notificato l'8 aprile 2004 e depositato il
successivo 21 aprile, la società Vodafone Omnitel N.V. ricorrente espone:

- di essere licenziataria del diritto di installazione ed esercizio di una rete di impianti per l'espletamento del servizio pubblico radiomobile di comunicazioni;
- che, al fine di garantire detto servizio di telefonia cellulare nel Comune di Tivoli, individuava, come sito idoneo per l'installazione di una stazione radio base (SRB), il terreno in località Ripoli, catastalmente censito al foglio 74, particella 107, con destinazione F1;
- che, in data 13.11.2003 inoltrava al Comune di Tivoli istanza di rilascio di autorizzazione ai sensi degli artt. 86, 87 e 88 del D.Lgs. n. 259/2003, corredata dei relativi documenti;

- che, con nota del 18.12.2003 prot. n. 43466/02, prot. 55675/03, il Responsabile U.O. Edilizia del Comune di Tivoli, in conformità al parere negativo espresso dalla Commissione Edilizia con verbale n. 890 del 15.12.2003, respingeva detta istanza *“in quanto l’intervento contrasta con gli art. 35 e 36 delle N.T.A. di P.R.G”*.

Ciò esposto, ha chiesto l’annullamento, previa sospensione, del predetto diniego, nonché, ove occorra, delle richiamate Norme Tecniche di Attuazione e del parere della Commissione Edilizia, deducendo al riguardo i seguenti motivi di gravame, così paragrafati dalla stessa ricorrente:

- 1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e segg. del codice delle comunicazioni elettroniche (D.Lgs. n. 259/2003) e del T.U. dell’edilizia (in particolare art.12); violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 delle preleggi e dell’art. 7 D.Lgs. n. 267/2000; violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 36 delle NTA del PRG del Comune di Tivoli; eccesso di potere per difetto dei presupposti; sviamento.
- 2) Segue...violazione di legge e eccesso di potere sotto altro profilo.
- 3) Eccesso di potere per difetto di motivazione; violazione e falsa applicazione dell’art. 3 L. n. 241/1990; violazione e falsa applicazione dell’art. 86 del codice delle comunicazioni elettroniche;
- 4) Illegittimità derivata per illegittimità delle NTA del PRG (in particolare articoli 35 e 36); violazione e falsa applicazione degli artt 86 e segg. del D.Lgs n. 259/2003; eccesso di potere per difetto di

istruttoria; irragionevolezza; mancata considerazione dell'interesse pubblico al servizio di radio telefonia;

- 5) Violazione e falsa applicazione della L.241/1990 (in particolare degli artt. 4,7,8,9 e 10); violazione e falsa applicazione dell'art 87, comma 2, del D.Lgs n. 259/2003; violazione del principio del contraddittorio; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.
- 6) violazione e falsa applicazione degli artt 86 e segg. del D.Lgs. n. 259/2003 (in particolare degli artt. 86 e 87); Violazione e falsa applicazione della L.241/1990 (art. 1, comma 2,); aggravamento del procedimento; eccesso di potere per difetto dei presupposti e sviamento.

Si è costituito per resistere il Comune di Tivoli.

Con ordinanza collegiale n. 2564 del 6.5.2004 la richiesta di sospensione dell'impugnato diniego è stata accolta ai fini del riesame della questione dedotta in lite.

Con successivi motivi aggiunti, notificati il 23 novembre 2004 e depositati il successivo 8 dicembre, la stessa società espone ulteriormente:

- che notificava al Comune la predetta ordinanza in data 19.5.2005, la quale diveniva inoppugnabile il 19.7.2004;
- che i trenta giorni fissati nella stessa ordinanza per il riesame decorrevano senza l'adozione di provvedimenti da parte dell'Amministrazione;

- che, ritenendo maturato il silenzio assenso di cui all'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003, previa comunicazione al Comune, dava inizio ai lavori;
- che, inopinatamente, il Comune le notificava la impugnata l'ordinanza prot. n. 829/46552 del 27.9.2004, con cui il medesimo Responsabile U.O. Edilizia del Comune di Tivoli le ordinava l'immediata sospensione di ogni ulteriore lavoro con l'ingiunzione della demolizione e rimessa in pristino di quanto abusivamente realizzato.

Ciò esposto, ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, della predetta ordinanza, deducendo i seguenti motivi di gravame, così dalla medesima ricorrente paragrafati:

- 1) Violazione e falsa applicazione della L.241/1990 (in particolare degli artt. 4,7,8,9 e 10); violazione del principio del contraddittorio. eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria; sviamento; violazione dei principi di correttezza. efficienza e imparzialità dell'attività della p.a..
- 2) violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 259/2003 (in particolare degli artt. 86 e segg.) e del D.P.R. 380/2001 (in particolare degli artt. 3, 10, 27 e 31); eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; sviamento; violazione dei principi di efficienza e imparzialità dell'attività della p.a. sotto altro profilo; inosservanza del provvedimento del G.A.

- 3) violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 259/2003 (in particolare degli artt. 86 e segg.), del D.P.R. 380/2001 (in particolare degli artt. 3, 10, 27 e 31) e dell'art. 3 L. 241/1990; eccesso di potere per difetto di motivazione; difetto dei presupposti e sviamento.
- 4) violazione e falsa applicazione del D.Lgs n. 259/2003 (in particolare degli artt. 4, 86, 87 e 90), delle direttive europee nn. 19, 20, 21 e 22/2002; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; sviamento e perplessità della causa; mancata valutazione dell'interesse pubblico al servizio di radiotelefonìa; violazione dei principi di efficienza e imparzialità della p.a.; mancata osservanza delle statuizioni del G.A.; violazione del diritto di impresa.

Con ordinanza collegiale n. 207 del 13.1.2005 anche l'istanza cautelare presentata con i motivi aggiunti è stata accolta.

Con memoria del 20.1.2006 il Comune resistente ha opposto l'infondatezza del ricorso e dei successivi motivi aggiunti, ribadendo la legittimità degli atti impugnati.

Con memoria del 27.1.2006 la società ricorrente ha contrastato le tesi di parte resistente ed ha ribadito le proprie.

La causa è stata quindi chiamata e posta in decisione all'udienza pubblica del 9 febbraio 2006.

DIRITTO

Il ricorso principale ha per oggetto il provvedimento del 18.12.2003, con il quale - in conformità al parere espresso dalla Commissione edilizia con verbale n. 890 del 15.12.2003 - è stata respinta la richiesta di

autorizzazione per la installazione di una stazione radio base per telefonia cellulare, richiesta dalla ricorrente il 14.11.2003 (prot. 55675) ai sensi degli artt. 86, 87 e 88 del codice delle comunicazioni elettroniche emanato con D.Lgs. 1.8.2003 n. 259. Il diniego è stato adottato sull'unico presupposto che *“l'intervento contrasta con gli artt. 35 e 36 delle N.T.A. di P.R.G.”*, anche esse tuzioristicamente impugnate.

I successivi motivi aggiunti hanno per oggetto la successiva ordinanza comunale del 27.9.2004, con la quale, sul presupposto che erano stati realizzati lavori di sbancamento in *“assenza di permessi di costruire e/o D.I.A.”*, è stata disposta la sospensione, la demolizione e la rimessa in pristino *“di quanto abusivamente realizzato”*.

Il ricorso principale è fondato in accoglimento del primo e secondo motivo di gravame, nella parte in cui viene dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 36 delle Norme Tecniche di Attuazione (N.T.A.) del Piano Regolatore Generale (P.R.G.) del Comune di Tivoli, sul duplice assunto che il provvedimento sarebbe stato adottato sull'erroneo presupposto dell'applicabilità, al caso degli impianti di cui trattasi, del regime del permesso di costruire e che le richiamate disposizioni non sarebbero applicabili in quanto non disciplinerebbero espressamente gli impianti di cui trattasi.

Entrambi gli assunti, infatti, sono condivisi dal collegio.

Il primo assunto pone il problema se, in materia di *“infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici”*, il procedimento autorizzatorio disciplinato dal D.Lgs. n. 259/2003 debba intendersi come

sostitutivo ovvero aggiuntivo rispetto a quello dettato in materia edilizia dal D.P.R. 6.6.2001 n. 380, contenente il nuovo Testo Unico dell'edilizia. In altri termini la questione che deve risolvere il collegio è se la realizzazione delle infrastrutture di cui trattasi è soggetta al previo rilascio dell'autorizzazione o D.I.A. (a seconda della potenza dell'impianto) di cui all'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003, ovvero al permesso di costruire o alla D.I.A. disciplinati dal D.P.R. n. 380/2001 in materia edilizia.

A tale quesito il collegio ritiene di aderire all'orientamento recentemente espresso dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St., VI, 9.6.2005 n. 3040; id., 21.1.2005 n. 100), anche di questa sezione (sentenza 20.4.2005 n. 2902), secondo il quale gli impianti di cui sopra sono soggetti unicamente al procedimento autorizzatorio di cui agli artt. 86 e 87 del codice delle comunicazioni elettroniche.

E' sufficiente al riguardo evidenziare la ratio sottesa al codice delle comunicazioni - chiaramente desumibile dallo stesso art. 41 della legge delega 1.8.2002 n. 166 e posta in evidenza dalla Corte Costituzionale (v. sentenza 27.7.2005 n. 336) - che è quella di prevedere procedure tempestive, non discriminatorie, trasparenti, uniformi e soprattutto celeri; ratio che ovviamente sarebbe vanificata qualora si dovesse ritenere il nuovo procedimento autorizzatorio dettato dal codice delle comunicazioni elettroniche come aggiuntivo di quello disciplinato dal T.U. dell'edilizia.

A tale stregua si palesa illegittimo il provvedimento di diniego impugnato che, invece, ha ritenuto la realizzazione delle opere di cui trattasi soggetta al

previo rilascio del permesso di costruire ovvero della D.I.A. disciplinati dal citato T.U. dell'edilizia.

Il secondo assunto pone la questione se le disposizioni contenute negli strumenti urbanistici, che disciplinano l'utilizzazione del territorio in relazione alle specifiche destinazione di zona, possano o meno ritenersi preclusive all'installazione delle strutture di cui trattasi, nell'ipotesi, di specie, di assenza di uno specifico riferimento a dette infrastrutture.

A tale quesito il collegio ritiene di dare risposta negativa.

Come si è espressa la giurisprudenza (cfr. Cons. St., VI, 10.2.2003 n. 673), infatti, condivisa dal collegio, non è ammessa l'applicazione analogica di disposizioni dettate dagli strumenti urbanistici per altre strutture o manufatti di rilievo urbanistico-edilizio *“nell'inconsapevolezza del fenomeno della telefonia mobile e dell'inquinamento elettromagnetico generale”* (cfr. Cons. St., VI, 24.11.2003 n. 7725).

Nella specie gli artt. 35 e 36 delle N.T.A., richiamate dall'Amministrazione a sostegno dell'impugnato diniego, non contengono il minimo cenno alle infrastrutture di comunicazione elettronica e, pertanto, in base alle argomentazioni sopra richiamate, l'impugnato diniego si palesa illegittimo per errata applicazione di disposizioni non applicabili alle infrastrutture di cui trattasi.

Né, al riguardo, sono rilevanti le deliberazioni consiliari n. 58 del 14.10.2004 e n. 20 del 13.10.2005 richiamate dalla difesa comunale, con le quali sono stati approvati due ordini del giorno che prevedono l'esclusione della localizzazione di detti impianti all'interno dei centri abitati.

Ciò nella considerazione che, come correttamente replicato dalla difesa della ricorrente, le predette deliberazioni non hanno un contenuto provvedimentale e, comunque, il loro richiamo costituisce integrazione della motivazione dell'impugnato provvedimento di diniego nel corso del giudizio e come tale, per giurisprudenza consolidata, inammissibile (cfr. Cons.St., IV, 24.5.2005 n. 2630; id., VI, 19.8.2003 n. 4672). Non può poi non rilevarsi che dette deliberazioni sono di data successiva a quella del provvedimento di diniego e, quindi, irrilevanti ai fini della sostenuta sua legittimità.

Per quanto sopra argomentato il ricorso principale va accolto e, per l'effetto, l'impugnato diniego ed il presupposto parere della Commissione edilizia vanno annullati.

L'accoglimento del ricorso principale per le ragioni di cui sopra dispensa il collegio dall'esaminare le ulteriori censure dedotte e la domanda di annullamento degli artt. 35 e 36, che pertanto possono dichiararsi assorbite.

Può passarsi alla trattazione dell'atto di motivi aggiunti avverso il provvedimento sanzionatorio del 27.9.2004.

Fondato ed assorbente risulta il secondo dei motivi aggiunti, nella parte in cui la società ricorrente deduce che alla data di adozione dell'impugnato provvedimento sanzionatorio (27.9.2004) - per effetto dell'ordinanza collegiale n. 2564 del 6.5.2004 - si sarebbe già formato il silenzio assenso in ordine alla domanda della ricorrente, del 14.11.2003 prot. 55675, di rilascio dell'autorizzazione alla installazione della stazione radio base di cui è causa,

con la conseguenza che l'Amministrazione illegittimamente avrebbe ritenuto abusive le opere eseguite.

Al riguardo il collegio rileva che, come evidenziato in narrativa, questa sezione con la richiamata ordinanza collegiale n. 2564/2004 aveva disposto il riesame della richiesta di autorizzazione per la installazione della stazione radio base per telefonia cellulare, del cui diniego si è sopra trattato.

Tale riesame non soltanto non è stato eseguito nel termine di trenta giorni fissato dalla predetta ordinanza, ma nemmeno nel termine ordinario di novanta giorni fissato dall'art. 88, comma 7, del D.Lgs. n. 259/2003, scaduto il quale la stessa disposizione prevede che la domanda "*si intende in ogni caso accolta*".

A tale stregua, poiché la predetta ordinanza collegiale, nel disporre il riesame della domanda presentata dall'odierna ricorrente il 14.11.2003, ha sostanzialmente riaperto il procedimento relativo alla predetta domanda (già conclusosi con il provvedimento di diniego del 18.12.2003, annullato nella prima parte della presente sentenza), il termine di novanta giorni di cui al richiamato art. 88, comma 7, iniziava nuovamente a decorrere, quanto meno, dalla data del 7.5.2004 di notificazione della stessa ordinanza collegiale al Comune da parte dell'odierna ricorrente.

Ne consegue che, alla data del 5.8.2004, sulla richiamata domanda si era formato il silenzio-assenso, con l'ulteriore conseguenza che l'impugnato provvedimento sanzionatorio del 27.9.2004 è stato adottato, in violazione del citato art. 88, comma 7, sull'erroneo presupposto della abusività delle opere realizzate.

Né può condividersi la tesi della difesa dell'Amministrazione, secondo la quale il provvedimento autorizzatorio non potrebbe formarsi per silenzio, in quanto l'intervento di cui trattasi sarebbe soggetto al procedimento dettato dal T.U. dell'edilizia ed in particolare all'art. 3, comma 1, lett. e.4), che ricomprirebbe, tra gli interventi di nuova costruzione subordinati al permesso di costruire, anche l'installazione di torri e tralicci per impianti radio-trasmittenti e di ripetitori per servizi di telecomunicazione.

Si sono in precedenza già evidenziate, infatti, in sede di esame del ricorso principale, le ragioni per le quali il procedimento autorizzatorio disciplinato dal D.Lgs. n. 259/2003 deve ritenersi come sostitutivo, e non aggiuntivo, rispetto a quello dettato in materia edilizia dal D.P.R. 6.6.2001 n. 380 contenente il nuovo Testo Unico dell'edilizia.

Il richiamato motivo aggiunto va pertanto accolto e, per l'effetto, va annullato l'impugnato provvedimento sanzionatorio del 27.9.2004.

L'accoglimento del predetto motivo aggiunto, dispensa il collegio dall'esaminare gli ulteriori profili di censura dedotti con l'atto di motivi aggiunti in esame che, pertanto, possono dichiararsi assorbiti.

Sussistono, tuttavia, stante il non agevole coordinamento della disciplina normativa esaminata, giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio, ivi compresi diritti ed onorari.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sez. II bis, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 3929/2004 e sull'atto di motivi aggiunti indicati in epigrafe, li accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per

l'effetto, annulla il diniego ed il presupposto parere della Commissione edilizia, impugnati con il ricorso principale, nonché il successivo provvedimento sanzionatorio, impugnato con l'atto di motivi aggiunti, Spese, diritti e onorari, compensati.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, il 9 febbraio 2006, in Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori magistrati:

Patrizio GIULIA	- Presidente
Francesco GIORDANO	- Consigliere
Renzo CONTI	- Consigliere, estensore
IL PRESIDENTE	IL CONSIGLIERE ESTENSORE