

**T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 14 gennaio 2009, n. 49**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 640 del 2005, proposto da: ....OMISSIS...  
rappresentato e difeso dagli avv. ....OMISSIS.....;

contro

OMISSIS

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della ordinanza n. 14 dell'08/02/2005, con la quale il Sindaco del Comune di ..OMISSIS.. ha ordinato "nelle more di adozione del Piano e/o Regolamento comunale la sospensione del rilascio delle autorizzazioni alla installazione di nuovi impianti di telefonia mobile nonché la sospensione dell'attivazione di impianti già realizzati;

di ogni altro atto ad essa preordinato, connesso o consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Margherita di Savoia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22/10/2008 il dott. Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 06/04/2005 e depositato il successivo 21/04/2005, la ricorrente H3G s.p.a. ha impugnato, chiedendone la sospensione, il provvedimento indicato in epigrafe, con il quale il Sindaco del Comune di Margherita di Savoia ha sospeso, ai sensi dell'art. 50 TUEL, il rilascio di qualsiasi autorizzazione alla installazione di nuovi impianti di telefonia mobile nonché la sospensione della attivazione degli impianti già realizzati.

Ha allegato la ricorrente di aver necessità di installare, nel Comune di Margherita di Savoia, due impianti necessari al completamento delle rete UMTS, l'uno da ubicarsi in via Ronzino, oggetto di denuncia di inizio attività presentata in data 10/08/2004 e già ultimato all'epoca di adozione del provvedimento impugnato; l'altro da ubicarsi in via Di Vittorio, oggetto di

istanza presentata in data 26/01/2005; di aver corredato entrambe le pratiche delle perizie tecniche richieste dalla normativa vigente, attestanti il rispetto dei limiti di esposizione prescritti; di aver quindi ricevuto notevole pregiudizio dal provvedimento impugnato, il quale sortisce l'effetto di impedire l'attivazione dell'impianto di via Ronzino, già ultimato, e di impedire il rilascio della autorizzazione richiesta per l'impianto di via Di Vittorio.

Il ricorso viene affidato ai seguenti motivi:

I) violazione della L. 36/01, del D. L.vo 259/2003, violazione e falsa applicazione del d.p.c.m. 08/07/2003, violazione dell'art. 2 L. 241/090.

Con il provvedimento impugnato il Sindaco del Comune di ...OMISSIS... ha perseguito, a mezzo di una ordinanza contigibile ed urgente, l'intento di paralizzare sine die l'installazione di nuovi impianti necessari per realizzare la copertura della rete UMTS nel periodo di tempo necessario al Comune per adottare il Piano e/o Regolamento comunale per la installazione di nuovi impianti di telefonia mobile: trattasi dunque di provvedimento illegittimo in quanto concretizzante una violazione del principio di doverosità della azione amministrativa nonché del principio per cui il procedimento va concluso con un provvedimento espresso, e comunque una violazione della normativa di riferimento, che non prevede il potere del Comune di sospendere il rilascio di nuove autorizzazioni in attesa della adozione del Piano Comunale di cui all'art. 8 u.c. L. 36/2001.

II) violazione e falsa applicazione della L. 1902/1952, come modificata dalla L. 1357 del 1995, violazione della L. 1150/42, violazione del giusto procedimento, sviamento di potere.

L'unica ipotesi prevista dall'ordinamento in cui il rilascio di un titolo edilizio può essere sospeso è quella prevista dalla L. 1902/57, concernente le misure di salvaguardia da adottare dopo la adozione di un nuovo strumento urbanistico e prima della sua definitiva approvazione: tale ipotesi, all'evidenza, non ricorre nel caso di specie.

III) Incompetenza assoluta, violazione e falsa applicazione dell'art. 51 L. 142/90, come modificato dalla L. 127/97, violazione dell'art. 38 L. 142/90 e degli artt. 50 e 54 D. L.vo 267/2000, eccesso di potere, difetto assoluto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, sviamento di potere, illogicità e contraddittorietà manifesta.

In quanto atto afferente ad un procedimento edilizio, il provvedimento impugnato avrebbe semmai dovuto essere adottato dal Dirigente del Settore, e non dal Sindaco.

In quanto ordinanza contigibile ed urgente il provvedimento impugnato è assolutamente carente di motivazione in ordine alle circostanze che ne avrebbero giustificato l'adozione, e cioè in ordine alla effettiva ricorrenza di una situazione contigibile, urgente e tale da creare un grave pericolo per l'incolumità dei cittadini. In effetti tale motivazione è carente anche perché non risulta essere stato espletato alcun preliminare accertamento tecnico. Le ordinanze extra ordinem, comunque, sono ammissibili solo laddove l'ordinamento non contempli alcun tipo di tutela della situazione, e quindi in presenza di una lacuna nell'ordinamento giuridico, lacuna che nel caso di specie non sussiste posto che con la legge 36/2001 e con D.P.C.M. 08/07/2003 sono stati fissati i limiti massimi di esposizione alle onde elettromagnetiche, di talché ove tali limiti non vengano superati non si può ritenere sussistente un pericolo per l'incolumità pubblica.

IV) Incompetenza assoluta, violazione e falsa applicazione del D. L.vo 167/2000, violazione e falsa applicazione dell'art. 51 L. 142/90 come modificato dalla L. 127/97, difetto assoluto di motivazione, omessa istruttoria, eccesso di potere, violazione del giusto procedimento, violazione del principio del contrarius actus.

Il Sindaco, nella qualità di Ufficiale di Governo, palesata dalla ordinanza impugnata, é assolutamente sprovvisto del potere di sospendere un procedimento in materia edilizia. L'incompetenza del Sindaco a sospendere i procedimenti finalizzati al ritiro di un titolo edilizio si ricava anche dal principio del contrarius actus, in base al quale il ritiro dell'atto deve seguire lo stesso procedimento che ha portato alla adozione dell'atto medesimo: é pertanto evidente che in materia edilizia il ritiro del titolo edilizio deve essere deciso dal Dirigente.

V) Violazione di legge, violazione e mancata applicazione degli artt. 7, 8 e 10 L. 241/90, mancata comunicazione di avvio del procedimento, violazione del giusto procedimento.

L'atto impugnato, in quanto prodromico alla rimozione del titolo edilizio, avrebbe dovuto essere assistito dalle garanzie partecipative, che nella specie non sono state rispettate.

Si é costituito in giudizio il Comune di ....OMISSIS...., chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla Camera di Consiglio del 12/05/2005 il Collegio accoglieva la domanda incidentale di sospensione.

Il ricorso veniva introitato a decisione definitiva alla udienza pubblica del 22/10/2008.

#### DIRITTO

Il ricorso é meritevole di accoglimento.

Occorre rilevare preliminarmente che l'art. 8 ultimo comma l. 36/2001 conferisce ai comuni la possibilità di adottare un regolamento "per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici".

La legge regionale 32/2002, che ha dettato disposizioni per la tutela dall'inquinamento elettromagnetico prodotto da sistemi di telecomunicazioni e radiotelevisivi operanti nell'intervallo di frequenza fra 0 Hz e 300 GHz, nel confermare (all'art. 6) la competenza dei comuni alla adozione dei regolamenti di cui sopra, ha previsto, all'art. 8, quanto segue:

"1. Il gestore che intende installare o modificare in ambito regionale impianti di cui all'art. 2 con potenza massima irradiata in antenna superiore a 5 watt deve chiedere apposita autorizzazione al Comune competente per territorio. Qualora il sito e la configurazione strutturale e architettonica dell'impianto risultano già previsti nel piano e/o regolamento comunale di cui all'art. 6 ovvero nel piano di installazione di cui all'art. 7, approvati, il gestore può procedere, in luogo della autorizzazione, con la presentazione al Comune della dichiarazione di inizio attività. 2. Nel caso in cui l'impianto presenta, a giudizio del Sindaco, notevole impatto paesistico e/o ambientale, il Comune può sottoporre l'installazione dell'impianto a concessione edilizia. In tale

eventualità viene dato avviso al gestore entro cinque giorni dalla richiesta di autorizzazione o dalla data di presentazione della DIA. 3. L'autorizzazione comunale o la concessione edilizia ovvero la DIA sono subordinati al parere preventivo favorevole dell'ARPA o, in assenza, dal PMP territorialmente competente...".

Segue la indicazione dei documenti da allegare alla istanze e la disciplina del procedimento.

Come giustamente rilevato da parte ricorrente, la testè citata normativa di riferimento in alcuna sua parte prevede la possibilità che il rilascio delle autorizzazioni per gli impianti di cui all'art. 2 L.R. 32/2002 (e cioè tutti i sistemi fissi per telecomunicazioni e radiotelevisivi di potenza compresa tra 0 Hz e 300 GHz) possa essere sospeso nel tempo necessario al Comune per adottare il piano e/o regolamento di insediamento degli impianti medesimi: è anzi chiaramente evincibile, dalle proposizioni contenute nell'art. 8 comma 1 L.R. 32/2003, che la assenza di detto piano non costituisce affatto un ostacolo al rilascio di autorizzazione alla collocazione di nuovi impianti. Infatti il citato art. 8 comma 1 esordisce affermando l'obbligo generale, per il gestore che intenda installare un impianto di potenza superiore a 5 watt, di chiedere al Comune una preventiva autorizzazione, per poi precisare che da tale autorizzazione il gestore può essere esonerato solo ove l'impianto risulti già essere stato previsto dal piano. E' dunque evidente che il procedimento pensato dall'art. 8 L.R. 32/2002, finalizzato al rilascio delle autorizzazioni alla installazione di impianti radiotelevisivi e per le telecomunicazioni, non presuppone affatto la vigenza nel Comune interessato del piano di insediamento.

Del resto si deve rammentare che a norma degli artt. 8 L. 36/2001 e 6 L.R. 32/2002, il piano e/o il regolamento di insediamento deve "assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici", ed é quindi chiamato a svolgere una funzione precipuamente "urbanistica", consistente nella individuazione, tra i siti che comportano la minor esposizione della popolazione ai campi magnetici, di quelli che garantiscono il miglior inserimento di un nuovo impianto nel contesto urbanistico. La competenza dei Comuni ad adottare tali piani e/o regolamenti si aggiunge a quella urbanistica, tradizionalmente loro propria; ma essa va esercitata "adottando misure che non possono in alcun modo prevedere limiti generalizzati di esposizione diversi da quelli previsti dallo Stato, né possono di fatto costituire una deroga generalizzata (o quasi) a tali limiti, essendo invece consentita la individuazione di specifiche e diverse misure, la cui idoneità al fine della minimizzazione emerge dallo svolgimento di compiuti ed approfonditi rilievi istruttori, sulla base di risultanze di carattere scientifico " (CdS, sez. VI, n. 3098/2002).

Da quanto sopra si trae ulteriore conferma che la mancata adozione, da parte di un Comune, del piano o del regolamento di insediamento degli impianti radiotelevisivi o di telecomunicazione non può essere ostativa al rilascio di autorizzazioni per impianti che comunque rispettino i limiti di esposizione stabiliti dallo Stato, tanto più che i Comuni hanno solo la facoltà, e non anche l'obbligo, di adottare siffatti regolamenti.

Il provvedimento impugnato, laddove giustifica la sospensione del rilascio di nuove autorizzazioni nonché la sospensione della attivazione degli impianti già ultimati con la mancata adozione del piano comunale di insediamento, risulta dunque illegittimo per le ragioni sovra esposte, riconducibili al primo motivo di censura.

Coglie nel segno anche il terzo dei motivi di censura.

Effettivamente l'ordinanza impugnata, che dichiaratamente si qualifica come ordinanza contigibile ed urgente, risulta motivata in modo assolutamente generico con riferimento all'esigenza di salvaguardare la salute dei cittadini, che viene implicitamente ritenuta suscettibile di compromissione a seguito della attivazione di nuovi impianti, ancorché rispettosi dei limiti di esposizione fissati dallo Stato. Giustamente la ricorrente lamenta che, prima di affermare la sussistenza di un pericolo per la salute pubblica, il Comune avrebbe dovuto effettuare degli studi specifici, menzionandone i risultati nella ordinanza impugnata: nulla di ciò essendo stato fatto, la affermazione implicitamente contenuta nel provvedimento impugnato, secondo la quale la attivazione di nuovi impianti nuocerebbe alla salute dei cittadini, rimane assolutamente indimostrata ed immotivata, rendendo priva di giustificazione l'impugnata ordinanza, adottata ex art. 50 D. L.vo 267/2000.

Il ricorso va conclusivamente accolto in relazione al primo ed al terzo motivo, con assorbimento di ogni ulteriore censura.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia-Bari, sezione III, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla l'ordinanza del Sindaco del Comune di ....OMISSIS... n. ....dell'......

Condanna il Comune di .....OMISSIS... alla rifusione delle spese processuali a favore della ricorrente, che si liquidano in E. 2.500,00 (euro duemilacinquecento), oltre contributo unificato, CAP ed IVA di legge, se non ripetibile.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22/10/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Amedeo Urbano, Presidente

Vito Mangialardi, Consigliere

Roberta Ravasio, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2009

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

IL SEGRETARIO