



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 la Sicilia

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1570 del 2023, proposto da

Wind Tre S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Sartorio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;*contro*Comune di Favara, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Consoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catania, viale XX Settembre n. 45;*per l'annullamento*

1) del provvedimento del 03.08.2023 (doc. n.1), con il quale il competente ufficio del Comune di Favara ha denegato l'istanza ex art. 44 D.Lgs. n.259/03, preordinata a conseguire l'autorizzazione alla realizzazione di una nuova infrastruttura per telecomunicazioni su fondo di proprietà privata, catastalmente censito al foglio n.30, p.lla 2174 sub 1 (sito AG117 Favara Nord);

2) se del caso, di tutti gli atti direttamente e indirettamente richiamati nel provvedimento sub.l - in parte ad oggi non conosciuti - anche aventi natura regolamentare o generale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'ordinanza n. 591/2023 sulla domanda cautelare;

Vista la memoria di parte ricorrente del 19/01/2024;

Visto l'atto di mera costituzione in giudizio del Comune di Favara del 09/02/2024;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2024 il dott. Roberto Valentini e udito l'avvocato del Comune resistente, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente insorge avverso il provvedimento del 3/8/2023 con cui il Comune di Favara ha denegato l'istanza ex art. 44 D.Lgs. n. 259/2003 presentata per la realizzazione di una nuova infrastruttura per telecomunicazioni da realizzare in proprietà privata, identificata in catasto al foglio n. 30, p.la 2174 sub. 1.

Il provvedimento è motivato in ragione del ritenuto contrasto con il "regolamento antenne" dello stesso Comune, approvato con delibera del Consiglio Comunale n. 41/2005, posto che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 7 e 4, risulterebbe vietata la realizzazione di nuovi impianti nelle vicinanze dei luoghi classificati come recettori sensibili, tenuto conto del fatto che... *in prossimità dell'area interessata (circa ml.140) risulta ubicato un centro sportivo ad alta frequenza di utenza, ossia lo stadio comunale G.Bruccoleri.*

Parte ricorrente osserva che nella nota endoprocedimentale non conosciuta, prot. rep_prov_ag/ag-SUPRO 0012354 del 30.06.2023, e dall'elaborato Tavola P9 del PRG si evince che l'area... ricade in zona territoriale omogenea C3... ed all'interno della "fascia di rispetto pozzi all'interno del raggio di 200 mt ricadono degli insediamenti abitativi ed un piano di lottizzazione convenzionato... all'interno del quale sono previste, oltre ai complessi residenziali, aree destinate a servizi".

Si impugnano altresì tutti i provvedimenti richiamati nella nota di rigetto.

In relazione al progetto realizzando, parte ricorrente evidenzia che in data 29/05/2023 veniva conseguito da ARPA Sicilia il prescritto parere radioprotezionistico favorevole all'attivazione del segnale, attestante il rispetto dei "valori soglia" di cui al DPCM 08.07.2003 e, quindi, l'assenza di ipotetici rischi per la salute collettiva in conseguenza dell'esposizione ai campi elettromagnetici.

Osserva che in data 12/07/2023 veniva comunicato il preavviso di diniego, con particolare riguardo:

-alla violazione del combinato disposto degli artt. 4 e 7 del "regolamento antenne" ex art. 8, co.6 L.36/01, posto che l'impianto sarebbe stato realizzato a soli 140 ml da un centro sportivo densamente frequentato (stadio comunale Bruccoleri);

-alla incompatibilità dell'intervento con la destinazione di zona impressa dal PRG (zona omogenea C3) e con generico riferimento alla "fascia di rispetto pozzi" e al piano convenzionato n. 46/2008;

-alla difformità con manufatti edilizi già presenti all'interno del fondo e la concessione edilizia in sanatoria n. 267/2005.

Il provvedimento conclusivo di rigetto conferma i motivi ostativi affermando che le osservazioni di parte non erano state prese in considerazione in quanto presentata con protocollo 2/8/2023, ossia oltre il termine di 10 giorni decorrente dalla notifica in data 12/07/2023 del preavviso di diniego.

Nel ricorso si articolano le seguenti censure:

1-VIOLAZIONE DELL'ART. 10 BIS L.241/90 – PRETERMISSIONE DELLE GARANZIE PARTECIPATIVE – L'OBLIGO DELLA PA DI ESAMINARE, IN SEGUITO A PREAVVISO DI DINIEGO, LE OSSERVAZIONI TARIVAMENTE PRESENTATE DALL'ISTANTE PRIMA DELLA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO – DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE;

2-VIOLAZIONE DEL REGOLAMENTO ANTENNE, O COMUNQUE ILLEGITTIMITA' DERIVATA – VIOLAZIONE DELL'ART. 8, CO.6, L.36/01 – IL DIVIETO PER I COMUNI DI INTRODURRE, CON STRUMENTO REGOLAMENTARE, LIMITAZIONI DI CARATTERE DISTANZIALE RIFERITE A SITI SENSIBILI.

3-VIOLAZIONE DI LEGGE – DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA – LA COMPATIBILITA' DEGLI IMPIANTI DI TLC CON QUALSIASI DESTINAZIONE DI ZONA IMPRESSA DAL PRG – VIOLAZIONE DELL'ART. 94 TU AMBIENTE, CON RIGUARDO ALLA "FASCIA DI RISPETTO POZZI" – IMPOSSIBILITA' DI VIETARE L'INTERVENTO IN BASE AL MERO RINVIO AD UN PIANO DI LOTTIZZAZIONE – IMPOSSIBILITA' DI ASSIMILARE LE INFRASTRUTTURE DI RETE ALLE ORDINARIE COSTRUZIONI.

4-ECESSO DI POTERE – DIFETTO DI ISTRUTTORIA – IMPOSSIBILITA' DI DENEGARE L'INTERVENTO IN BASE AL RISCONTRO DI ABUSI EDILIZI NON INTERFERENTI CON L'INFRASTRUTTURA OGGETTO DI ISTANZA.

La domanda cautelare è stata accolta ai fini del riesame, giusta ordinanza n. 591/2023.

Con memoria conclusiva del 19/01/2024 parte ricorrente ha insistito per l'accoglimento rimarcando il mancato riesame da parte del Comune disposto con l'ordinanza cautelare sopra indicata.

In data 09/02/2024 si è costituito, con atto di mera forma, il Comune di Favara.

Alla pubblica udienza del 21 febbraio 2024, presente l'avvocato del Comune resistente, che ha eccepito profili in rito, la causa è stata posta in decisione.

In primo luogo vanno scrutinati i profili in rito sollevato dall'Amministrazione all'odierna udienza di discussione.

Va disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata intimazione dei soggetti interessati dal Piano di Lottizzazione indicato dall'Amministrazione quale ulteriore motivo di rigetto dell'istanza della società ricorrente.

Invero, attesa la natura delle opere di che trattasi, da qualificare ai sensi di legge come opere di urbanizzazione primaria compatibili, per come di seguito meglio precisato, con qualsiasi destinazione prevista dal Piano Regolatore Generale, non è riscontrabile in specie alcuna posizione di controinteressato in capo ai potenziali destinatari del piano di lottizzazione invocato dal Comune di Favara.

In relazione all'ulteriore eccezione, con cui il Comune chiede l'inammissibilità del ricorso per difetto del titolo legittimante, il Collegio osserva che il rigetto dell'istanza, per *tabulas* presentata dalla società Wind Tre S.p.A., non è motivato in relazione a tale profilo; né può ritenersi che Wind Tre S.p.a. non abbia oggi interesse ad impugnare oggi il rigetto della propria domanda relativa alla installazione di una propria antenna per telefonia mobile.

Nel merito, il ricorso è fondato e va accolto nei sensi e limiti di seguito illustrati.

La prima censura risulta fondata.

Come dedotto dalla parte ricorrente, che a sostegno della censura richiama copiosa giurisprudenza amministrativa condivisa dal Collegio, "L'Amministrazione è tenuta a valutare le osservazioni comunque pervenute dal destinatario del provvedimento conclusivo del procedimento, ancorché in ritardo e senza rispettare, dunque, l'assegnato termine, ma prima comunque dell'adozione dell'atto finale del relativo procedimento, secondo un orientamento che appare coerente sia col principio di cui all'art. 97 cost., sia con quello di trasparenza, al quale l'azione amministrativa deve ispirarsi" (Cons. St., sent. n.1201/2010).

Nel caso in esame è punto non contestato che, seppur dopo lo spirare del termine assegnato dal Comune di Favara, le osservazioni presentate siano giunte all'Ente prima della determinazione assunta nel senso del rigetto.

Come evidenziato anche dalla recente giurisprudenza amministrativa, "Non sussistono ragioni impeditive all'applicazione dell'art. 10- bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 con riferimento al procedimento per l'esame delle domande di autorizzazione alla installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica, sebbene si sia in presenza di una disciplina speciale tesa a consentire una decisione in tempi certi e rapidi" (TAR Catania, sent. n.1512/2022; cfr. anche TAR Napoli, sent. n.5886/2014; TAR Venezia, sent. n.1968/2022).

Anche la seconda censura è da accogliere.

Ad avviso dell'amministrazione di Favara, l'intervento non sarebbe assentibile in primo luogo in ragione del combinato disposto degli artt. 4 e 7 del "regolamento antenne" di cui alla deliberazione di C.C. n.41/2005, tenuto conto che l'impianto proposto da Wind Tre S.p.A. verrebbe a trovarsi a circa 140 ml da un luogo qualificabile come "ricettore sensibile", ovvero dallo Stadio comunale

"Bruccoleri".

Tuttavia, come dedotto dalla società ricorrente, l'art. 7 del regolamento comunale, rubricato "ubicazioni vietate", al primo comma recita testualmente "È vietata la previsione e l'installazione di impianti fissi per la telefonia mobile sui ricettori sensibili di cui al presente art. 4, c.1 lett i) e relative aree di pertinenza, potendo, per i ricettori di cui alle lett. i4) e i5), tale divieto essere esteso, in conformità a quanto previsto dal successivo art. 9 c.5, anche alle relative zone adiacenti, o loro parti, come definite all'art. 4 c.1 lett k)".

Ebbene, come dedotto dalla parte ricorrente: a) il divieto è previsto per le installazioni "sui" così detti "ricettori sensibili"; b) lo Stadio Comunale "Bruccoleri" non è da ricomprendere tra i ricettori sensibili di cui alle lett. i4) e i5) del comma 1 dell'art. 4 del regolamento.

Vero è che la lett k) del comma 1 dell'art. 4 prevede che "Per zona di prossimità – o adiacenza – di ricettori sensibili, si intende una fascia territoriale esterna al ricettore sensibile e alla relativa area di pertinenza di spessore pari a m. 200, che può essere aumentato relativamente a specifici ricettori di cui alle lett. i4) e i5) su motivata proposta del competente settore di Pianificazione Territoriale, per fattori di intrusione visiva". Tuttavia opina il Collegio che ogni possibile antinomia nel combinato disposto tra le due previsioni non possa che essere risolto alla stregua sia del dato letterale che, in ogni caso, della più ampia e favorevole diffusione degli impianti in parola.

In ogni caso, come dedotto dalla parte ricorrente che richiama sul punto copiosa giurisprudenza amministrativa, da cui il Collegio non trae oggi motivo di discostarsi, la giurisprudenza amministrativa ha da tempo preso posizione in relazione a quelle previsioni dei regolamenti comunali adottati ai sensi dell'art. 8, comma 6, della L. n. 36/2001, che si basano essenzialmente su mere "logiche distanziali" rispetto a siti ritenuti sensibili. Ciò in quanto, ove previste dal relativo regolamento, talo disposizioni si presentano come un divieto generalizzato potenzialmente in grado di impedire la concreta diffusione della rete sull'intero territorio comunale (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2021, n. 374; si veda anche TAR Catanzaro, sent. breve n.57/2021).

Secondo la giurisprudenza amministrativa, pure invocata dalla società ricorrente, "...La disposizione regolamentare, nella misura in cui introduce i limiti distanziali o "fasce di rispetto" che gli impianti di nuova edificazione devono osservare rispetto a determinati siti è, però, illegittima sotto molteplici profili, come già ripetutamente sottolineato dalla giurisprudenza di settore. Il quadro normativo di riferimento non può che muovere dall'art. 8, comma 6, della legge n. 36 del 2001, come recentemente riformulato dal D.L. n. 76 del 2020 Tale formulazione della norma si ricollega a quanto statuito dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Cost. n. 331 del 2003), che ha escluso la competenza della Regione (e, dunque, a maggior ragione dell'ente locale) di individuare limiti alla localizzazione degli impianti di telecomunicazione, alternativi rispetto a quelli prescelti dal legislatore statale". (TAR Reggio Calabria, sent. n.942/2021). Ancora più dettagliatamente, il T.A.R. per il Lazio (Roma, sez. II Quater, 03/03/2021, n. 2591) ha affermato che "Tali previsioni, infatti, sono consentite nella misura in cui si rendano proiezione degli apprezzamenti comunali che coinvolgono i profili di governo del territorio, ed urbanistici in particolare, intestati all'ente di base, e non già quando trasmodano in una vera e propria politica alternativa di tutela della salute, rispetto alle scelte compiute a tale scopo dal legislatore statale".

Anche il terzo motivo è fondato.

Con tale doglianza parte ricorrente censura l'atto impugnato nella parte in cui il Comune di Favara ha motivato il diniego in ragione della generica incompatibilità dell'intervento con il PRG vigente, con particolare riguardo alla destinazione impressa all'area di intervento (zona C3), all'asserita violazione della "fascia di rispetto pozzi" e al fatto che un piano di lottizzazione convenzionato, approvato con delibera di C.C. n.46/2008, prevedrebbe aree a servizi e complessi residenziali.

Quanto al primo profilo, il Collegio evidenzia come la giurisprudenza amministrativa abbia da tempo chiarito che la normativa vigente attribuisce carattere prioritario all'esigenza di assicurare la realizzazione di infrastrutture di telefonia mobile, tanto che, ai sensi del d.lgs. n. 259 del 2003, le stesse sono considerate opere di "pubblica utilità" e "sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria" (artt. 86, comma 3, e 90, comma 1), potendo essere collocate in qualsivoglia zona del territorio comunale e a prescindere dalla sua destinazione funzionale, in modo che sia realizzato un servizio capillare (cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. II, 08/02/2023, n. 318).

In quanto assimilati, ai sensi di legge, ad opere di urbanizzazione primaria, anche secondo il Consiglio di Stato (cfr. Sez. VI, 06/07/2022, n. 5639) detti impianti risultano compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica e ovunque realizzabili, proprio in quanto essenziali per le fondamentali esigenze della collettività, in conformità con il principio della necessaria capillarità della distribuzione di detti impianti, capillarità che, a sua volta, è connessa all'esigenza di assicurare la diffusione del servizio sull'intero territorio nazionale; in altri termini. Secondo il giudice di appello, la potestà regolamentare attribuita ai Comuni dall'art. 8, comma 6, l. n. 36/2001, non può svolgersi nel senso di introdurre un divieto generalizzato di installazione di impianti di telecomunicazione in aree urbanistiche predefinite, al di là della loro ubicazione o connotazione o di concrete (e, come tali, differenziate) esigenze di armonioso governo del territorio.

Per altro, la giurisprudenza amministrativa granitica ritiene che detti impianti, non sviluppando volumetria o cubatura, sviluppandosi essenzialmente in altezza tramite strutture metalliche, pali o tralicci, non possono essere equiparati alle normali costruzioni edilizie (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 02/11/2022, n. 1055).

Ne discende che la mera previsione di una zonizzazione dell'area come C3 e l'avvenuta approvazione di un piano di lottizzazione non costituiscono ostacolo alla realizzazione dell'opera di che trattasi: ed invero in detti casi la realizzazione dell'impianto potrebbe essere negata solo ove ricorra una condizione di effettiva ed assoluta incompatibilità con le previsioni del medesimo piano di lottizzazione (cfr. TAR Venezia, sentenza breve n.294/2016), ipotesi in specie non debitamente motivata dall'amministrazione.

In relazione alla "fascia di rispetto pozzi", correttamente parte ricorrente deduce, senza essere sum punto smentito, che "l'unico pozzo riscontrato si colloca, rispetto all'area di intervento, ad una distanza superiore a 10 metri lineari, dunque oltre la "zona di tutela assoluta" di cui all'art. 94 D.Lgs. n.152/2006 (cfr. terzo paragrafo della relazione tecnica in atti, doc. n.9)".

In ogni caso, come evidenziato dalla giurisprudenza invocata da parte ricorrente (T.A.R. Sicilia, Catania, sent. 2819/2023), questo non potrebbe comunque rappresentare ragione ostativa all'installazione dell'infrastruttura tecnologica, dal momento che in base la norma di cui all'art. 94 del T.U. ambientale "nella zona di rispetto, risultano solo inibite alcune attività materialmente inquinanti, analiticamente elencate nel comma 4 (quali, ad esempio, dispersione di fanghi e acque reflue; accumulo o spandimento di concimi chimici, fertilizzanti o pesticidi; apertura di cave che possono essere in connessione con la falda; stoccaggio di prodotti ovvero, sostanze chimiche pericolose e sostanze radioattive; centri di raccolta, demolizione e rottamazione di autoveicoli; pozzi perdenti; ecc.)" e non anche espressamente quelle relative all'installazione dell'opera di urbanizzazione primaria in questione.

Anche il quarto profilo di doglianza è fondato.

Il richiamo a presunte irregolarità del manufatto insistente sulla particella, per la realizzazione di opere in difformità al titolo in sanatoria rilasciato, non presentano alcuna interferenza oggettiva con la realizzanda infrastruttura, la quale, essendo di tipo raw-land (cioè da collocare "a terra" e non sulla sommità di preesistenti manufatti), non sarebbe minimamente pregiudicata dall'eventuale, successiva, attività amministrativa di carattere repressivo e sanzionatorio, né l'opera di urbanizzazione primaria in cui si sostanzia l'impianto presentato dalla ricorrente costituirebbe un ostacolo alla stessa eventuale attività repressiva del Comune.

In conclusione, il ricorso è fondato e va accolto con annullamento del provvedimento di diniego impugnato.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune di Favara al pagamento delle spese di lite che liquida in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre IVA, CPA e refusione delle spese, come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Tenca, Presidente

Roberto Valentini, Consigliere, Estensore

Viola Montanari, Referendario

L'ESTENSORE
Roberto Valentini**IL PRESIDENTE**
Stefano Tenca

IL SEGRETARIO