

sentenza
7 settembre 2007
n. 5772

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
Sezione 2[^]

ha pronunciato la seguente
S E N T E N Z A

sul ricorso n. 158 del 2006 proposto da
VODAFONE OMNITEL N.V., in persona del procuratore speciale dott.
Saverio Tridico, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Sica e Paolo Bor-
ghi, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliata in Milano, corso
di Porta Vittoria 16

c o n t r o

COMUNE di DESIO, non costituito in giudizio
per l'annullamento

- dell'ordinanza del Sindaco 10 novembre 2005 n. 415 (prot. n. 47212), no-
tificata il 23.11.05, avente ad oggetto la demolizione - con ripristino dello
stato dei luoghi - di una stazione radio base di telefonia mobile realizzata
sull'area distinta in catasto col mappale 415 del foglio 49, avente accessi da
via Milano 87 e via Treviso s.n.;

- per quanto occorrer possa, della nota 26 agosto 2005 (prot. n. 35587), re-
cante invito a sospendere i lavori.

Visti il ricorso, notificato il 12 e depositato il 19 gennaio 2006;

Visti atti, memorie e documenti di causa;

Udito, nella camera di consiglio del 5 luglio 2007, relatore il dott. Carmine
Spadavecchia, l'avv. Matteo Barbera per delega dell'avv. Borghi;

Considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. La Società ricorrente (già Vodafone Omnitel s.p.a.) ha chiesto al Comune
di Desio l'autorizzazione, ex art. 87 d.lgs. n. 259/03, per l'installazione di
una stazione radio base di telefonia cellulare in via Desio 87 (istanza
14.4.05). Ottenuto il parere favorevole dell'ARPA (6.5.05) e formatosi al
decorso di 90 giorni (13.7.05) il silenzio assenso previsto dalla disposizione
citata, ha comunicato l'inizio dei lavori (9.8.05).

Previa richiesta informale di sospensione dei lavori (nota 26 agosto 2005)
con ordinanza 10 novembre 2005 n. 415 il Sindaco ha disposto la demoli-
zione dell'opera e il ripristino dello stato dei luoghi sul duplice rilievo che
"per la domanda di autorizzazione è stata utilizzata la procedura prevista dal
D.Lgs n. 259 del 2003 e non, invece, quella prevista dal T.U. approvato con
d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380" e che "la domanda non è stata corredata dalla
valutazione di impatto paesistico del progetto prescritta dagli artt. 25 e segg.
delle norme di attuazione del Piano Territoriale Paesistico Regionale"; ra-
gion per cui l'opera realizzata non sarebbe conforme alla normativa vigente
e dovrebbe considerarsi priva di titolo abilitativo.

La Società ha impugnato l'ordinanza - e, in via tuzioristica, l'invito a so-
spendere i lavori - per i seguenti motivi:

a) la formazione del silenzio assenso conferisce all'opera realizzata un titolo

Sezione 2[^]

n.
reg. sent.

n. 158/06
reg. ric.

che non può essere rimosso se non in via di autotutela; il titolo in questione è previsto dalla disciplina speciale di cui al decreto legislativo n. 259/03, applicabile in via esclusiva, non essendovi spazio per l'applicazione del T.U. n. 380/2001 in materia edilizia (primo e secondo motivo);

b) l'ordinanza impugnata non ha le caratteristiche di un provvedimento di autotutela (sia esso di revoca o di annullamento del titolo edilizio già formato), del quale mancherebbero peraltro i presupposti (terzo motivo);

c) l'ordinanza non è stata preceduta dalla doverosa comunicazione di avvio del procedimento (quarto motivo) ed è viziata da incompetenza (quinto motivo) spettando la sua emanazione al dirigente o al responsabile del competente ufficio comunale;

d) l'autorizzazione di cui al d.lgs. n. 259 del 2003 (artt. 86 e seguenti) è esaustiva e non richiede il concorso di altri titoli ai fini della realizzazione dell'opera (sesto motivo);

e) la procedura autorizzatoria, ispirata a principi di snellimento e semplificazione, non prevede la valutazione di impatto paesistico e l'acquisizione del relativo parere; detto parere non può ritenersi prescritto dal Piano territoriale paesistico, sia perché quest'ultimo non sarebbe applicabile alle stazioni radio base, sia perché - secondo la valutazione rimessa al progettista e non contestata dall'Amministrazione - il progetto non raggiunge la soglia di rilevanza che rende obbligatoria la presentazione di una relazione paesistica; in ogni caso, qualsiasi provvedimento ripristinatorio, tanto più se emanato in via di autotutela, richiederebbe una preventiva valutazione paesistica, che nella specie è stata del tutto omessa.

Il Comune non si è costituito in giudizio.

2. Il ricorso è fondato per le ragioni già succintamente ma esaustivamente esplicitate nell'ordinanza 3 febbraio 2006 n. 281 con la quale il TAR ha accolto la domanda cautelare.

La realizzazione dell'impianto è subordinata soltanto all'autorizzazione prevista dall'art. 87 t.u. 1.8.2003 n. 259 (codice delle comunicazioni elettroniche), non occorrendo all'uopo il permesso di costruire di cui all'art. 3, lett. e), t.u. 6.6.2001 n. 380 [cfr. Cons. Stato VI 27.10.06 n. 6439, 28.2.06 n. 889, 5.8.05 n. 4159, 21.1.05 n. 100; TAR Milano 2^a 13.1.06 n. 103 (ord.za); Corte costituzionale 6.7.06 n. 265 e 28.3.06 n. 129; sulla legittimità del procedimento autorizzatorio (d.i.a. e silenzio-assenso) previsto dagli artt. 87 e 88 d.lgs. n. 259/2003 per l'installazione di infrastrutture di comunicazioni elettroniche e l'esecuzione di opere civili e scavi, cfr. Corte cost. 18.5.06 n. 203].

L'art. 87, comma nono, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259 stabilisce che le istanze di autorizzazione e le denunce di attività per la realizzazione di infrastrutture di comunicazione elettronica "si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, fatta eccezione per il dissenso di cui al comma 8, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego".

Ne consegue che l'ordinanza di demolizione, emessa il 10 novembre 2005, e dunque a distanza di mesi dalla formazione del silenzio assenso (maturato il 13 luglio 2005, stante la presentazione della domanda in data 14 aprile 2005), è illegittima in quanto basata sull'erroneo (dichiarato) presupposto che l'impianto sia privo di titolo abilitativo, laddove il titolo deve ritenersi ritualmente acquisito.

E' pacifico in giurisprudenza che in siffatte circostanza la demolizione può essere ingiunta solo in esito ad un procedimento di autotutela, che nella specie non è stato instaurato e del quale è arduo del resto ravvisare i presupposti formali e sostanziali, tenuto conto, tra l'altro, che non risulta sia stata data alla Società la comunicazione di avvio del procedimento.

3. Per le considerazioni esposte, che assorbono ogni altra ragione di censura, il ricorso va accolto con conseguente annullamento dell'ordinanza sindacale 10 novembre 2005. Nessun interesse residua all'annullamento dell'invito informale a sospendere i lavori in data 26 agosto 2005 (impugnato "in quanto occorrer possa"), trattandosi di atto non provvedimentale privo *ex se* di effetti lesivi. Le spese, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia accoglie il ricorso e per l'effetto annulla l'impugnata ordinanza di demolizione.

Condanna il Comune di Desio alla rifusione delle spese di causa, che si liquidano a favore della ricorrente nella complessiva somma di € 2.000,00 (Euro duemila), oltre IVA e CPA.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 5 luglio 2007, con l'intervento dei magistrati:

Mario	Arosio	presidente
Carmine	Spadavecchia	consigliere, estensore
Daniele	Dongiovanni	referendario
L'estensore		Il presidente