

sentenza  
11 novembre 2008  
n. 5305

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia  
Sezione 2<sup>^</sup>

ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sul ricorso n. 2052 del 2005 proposto da  
H3G s.p.a.

con sede legale in Trezzano sul Naviglio, in persona del dott. Vincenzo Novari, rappresentante legale *pro tempore*, e del dott. Giorgio Moroni, procuratore speciale della Società, rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele Mammone e Mario Savini Nicci (studio legale Irti) di Roma e dall'avv. Jacopo Recla di Milano, presso quest'ultimo elettivamente domiciliata in Milano, via Visconti di Modrone 12

c o n t r o

COMUNE di GALLARATE, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Federica Centenaro, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Busto Arsizio, via Crespi 1 bis

REGIONE LOMBARDIA, non costituita in giudizio  
per l'annullamento

dei seguenti atti:

- (a) ordinanza 2 maggio 2005 (n. 191/Progr.Terr.) con cui il direttore del settore programmazione territoriale ha ingiunto la sospensione dei lavori previsti dalla denuncia di inizio attività presentata dalla ricorrente, ai sensi del d.lgs. 259/03, per l'installazione di un impianto di telefonia cellulare; (b) dell'art. 36 - 7.4.3. del Regolamento edilizio comunale nella parte in cui prescrive che gli impianti di telefonia cellulare siano installati alla distanza minima di metri 25 dalle abitazioni e loro pertinenze; (c) avviso di avvio del procedimento per la demolizione dell'impianto in data 20 maggio 2005 [ricorso, notificato il 1/5 luglio, depositato il 13 luglio 2005];

- (d) ordinanza 14 giugno 2005 (n. prot. 279/Programm.) con cui il direttore del settore programmazione territoriale ha ingiunto di demolire le opere realizzate in base alla predetta d.i.a. [motivi aggiunti, notificati il 14/18 luglio, depositati il 27 luglio 2005].

Visti il ricorso ed i motivi aggiunti;

Vista la memoria di costituzione del Comune;

Viste le memorie delle parti;

Uditi, alla pubblica udienza del 6 novembre 2008, relatore il dott. Carmine Spadavecchia, l'avv. Recla e (per delega dell'avv. Centenaro) l'avv. Christian Crociani;

Considerato quanto segue in

**FATTO e DIRITTO**

1. Il 19.11.2004 la Società ricorrente presentava denuncia di inizio attività (d.i.a.), ai sensi degli artt. 86-87 del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259 (codice delle comunicazioni elettroniche), per la realizzazione di un impianto di telefonia cellulare UMTS su area (mapp. 7935) sita in via Monte Rosso

Sezione 2<sup>^</sup>

n.  
reg. sent.

n. 2052/05  
reg. ric.

75.

Il responsabile di settore, rilevata la violazione della distanza minima dalle abitazioni prevista dal Regolamento edilizio comunale per tale genere di installazioni, con ordinanza 2 maggio 2005 disponeva la sospensione dei lavori; con avviso 20 maggio 2005 comunicava l'avvio del procedimento di demolizione; e con successiva ordinanza 14 giugno 2005 disponeva la demolizione dell'opera.

2. Col ricorso in esame, e con motivi aggiunti, la Società ricorrente ha impugnato gli atti indicati, incluso l'articolo 36 - 7.4.3. del Regolamento edilizio nella parte in cui prescrive che gli impianti di telefonia cellulare siano installati alla distanza minima di metri 25 dalle abitazioni e loro pertinenze.

Le ordinanze impuginate sarebbero illegittime in quanto:

- adottate dopo il decorso del termine di 90 giorni dalla presentazione della d.i.a., da ritenersi accolta non essendo idonea ad interrompere detto termine la richiesta del Comune in data 24.1.2005, sia perché generica, sia perché a sua volta fuori termine (primo motivo);
- viziate da sviamento, avendo il Comune disposto la sospensione dei lavori dopo il completamento dell'opera, e dunque per fini non corrispondenti alla funzione tipica dell'atto (secondo motivo);
- emesse in violazione del contraddittorio procedimentale, stante l'assenza di preavviso di rigetto ex art. 10-bis legge n. 241/90 (terzo motivo);
- contraddittorie rispetto al comportamento tenuto dal Comune relativamente ad un altro impianto, per il quale non sarebbe stato adottato alcun provvedimento né sospensivo né repressivo (quarto motivo);
- viziate in via derivata dall'illegittimità della norma regolamentare contestata (ottavo motivo).

Il Regolamento edilizio sarebbe illegittimo, nella parte in cui prescrive una distanza minima degli impianti dalle abitazioni e loro pertinenze, in quanto:

- emanato prima, e in assenza, dei criteri regionali previsti dall'art. 4 della legge regionale n. 11 del 2001, e comunque superato dalla stessa legge, che in via generalizzata ammette l'installazione di impianti con potenza inferiore a 300 W (quinto motivo);
- persegue finalità di carattere sanitario sottratte alla competenza dei comuni, cui spetta la tutela del territorio sotto il profilo edilizio e urbanistico, e non anche la tutela della salute, rimessa alla legislazione nazionale; con l'ulteriore conseguenza che, fermo il divieto stabilito in relazione ai c.d. siti sensibili, il divieto assoluto di installare in prossimità delle abitazioni impianti definiti per legge "opere di urbanizzazione primaria" ostacola la diffusione capillare della telefonia mobile e impedisce al gestore di svolgere il servizio secondo gli obblighi e gli standard di fornitura imposti dalla relativa licenza (sesto motivo);
- discrimina, in violazione delle regole della concorrenza, i nuovi operatori di telefonia cellulare rispetto agli operatori già attivi, in quanto, vietando l'installazione di nuovi impianti senza incidere su quelli preesistenti, preclude ai primi di dotarsi di una rete di cui i secondi già dispongono (settimo motivo).

Censure sostanzialmente identiche sono riproposte, dai motivi aggiunti, avverso l'ordine di demolizione, che la ricorrente assume adottato in mancanza dei presupposti di legge, data la conformità delle opere al titolo abilitativo formatosi al decorso di 90 giorni dalla presentazione della d.i.a..

Il Comune ha controdedotto, mentre la Regione non si è costituita.

### 3. Il Collegio osserva quanto segue.

Al di là delle questioni dedotte con i primi quattro motivi - che censurano le ordinanze impugnate per avere obliterato il titolo edilizio (che la ricorrente assume) formatosi sulla d.i.a., nonché per violazione del contraddittorio, sviamento e contraddittorietà - appaiono assorbenti le censure dedotte col quinto e col sesto motivo, che investono la norma regolamentare sulla cui base il Comune ha dapprima sospeso i lavori, quindi disposto la demolizione dell'opera.

L'art. 36, punto 7.4.3, del Regolamento edilizio dispone che "la scelta dei siti per la localizzazione delle nuove stazioni radio base deve avvenire in maniera da evitare la collocazione in prossimità di asili, edifici scolastici e strutture sanitarie di ricovero e cura con una distanza di 50 mt. e dalle abitazioni e loro pertinenze con distanza minima di ml. 25 misurati a terra dalla base dell'impianto".

Secondo la giurisprudenza ordinaria e costituzionale in materia, la tutela sanitaria della popolazione dalle emissioni elettromagnetiche - che è la finalità cui la norma in questione appare preordinata - esula dalle competenze dei comuni (cfr. Cons. Stato VI, 20.12.02 n. 7274), essendo affidata dalla legge quadro (n. 36/2001) al legislatore statale, il quale ha prescelto un criterio basato esclusivamente sui limiti di immissione delle irradiazioni nei luoghi particolarmente protetti.

Si discostano da tale criterio sia i divieti di localizzazione e di installazione connessi alla mera destinazione urbanistica delle aree, sia le prescrizioni di distanze minime fisse, tra impianti e abitazioni, diverse dalle distanze ordinarie previste per gli edifici (cfr. Cons. Stato VI, ord.za 15.1.02 n. 277; TAR Veneto 2<sup>^</sup>, 2.2.02 n. 347; TAR Lazio 2<sup>^</sup> 6.10.01 n. 8170).

Vero è che in base all'art. 8, comma 6, della legge 22 febbraio 2001 n. 36 (legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici) "i comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici".

Per consolidata giurisprudenza, tuttavia, tale potestà regolamentare può tradursi nell'introduzione, sotto il profilo urbanistico, di regole a tutela di zone e beni di particolare pregio paesaggistico-ambientale o storico-artistico, ovvero, per quanto riguarda la minimizzazione dell'esposizione ai campi elettromagnetici, nell'individuazione di siti che per destinazione d'uso e qualità degli utenti possano essere considerati sensibili alle immissioni radioelettriche (Cons. Stato VI 3.3.07 n. 1017); ma non consente ai comuni di introdurre limitazioni e divieti generalizzati riferiti alle zone territoriali omogenee, né consente l'introduzione di distanze fisse, da osservare rispetto alle abitazioni e ai luoghi destinati alla permanenza prolungata delle persone o al centro cittadino, quando tale potere sia rivolto a disciplinare la compatibilità dei detti impianti con la tutela della salute umana al fine di prevenire i rischi derivanti dall'esposizione della popolazione a campi elettromagnetici, anziché a controllare soltanto il rispetto dei limiti delle radiofrequenze fissati dalla normativa statale e a disciplinare profili tipicamente urbanistici (cfr. Cons. Stato V, 14.2.05 n. 450, in tema di stazioni radio-base di telefonia cellulare).

La riconosciuta illegittimità di una norma legislativa che stabilisca una di-

stanza minima di 75 metri dai siti sensibili [cfr. legge regionale lombarda 6.3.2002 n. 4, art. 3, comma 12, lett. a), dichiarata incostituzionale con sentenza n. 331/03] comporta d'altronde, a maggior ragione, l'illegittimità di una norma regolamentare, come quella impugnata in questa sede, che in via generalizzata e indiscriminata preveda per gli impianti in questione una distanza minima rispetto a qualsiasi edificio.

4. A prescindere dalla sua illegittimità originaria, la norma *de qua* appare comunque superata dalla normativa regionale, la quale prevale, come fonte di rango primario, sulle norme locali.

In base all'art. 8, primo comma, lett. a), della legge-quadro 22 febbraio 2001 n. 36 è di competenza delle regioni l'esercizio delle funzioni relative all'individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti per telefonia mobile; compete cioè alle regioni stabilire i criteri di localizzazione degli impianti e affidare ai comuni il compito di definire, nel p.r.g. o nelle sue varianti, i siti dove localizzare o delocalizzare le antenne per la telefonia mobile, nel rispetto dei criteri di funzionamento della rete e dei servizi (cfr. Corte cost. 17.3.06 n. 103).

Ora, il regolamento comunale è stato approvato con delibera consiliare 5 marzo 2001 n. 24 (e pubblicato sul bollettino regionale n. 16 del 18.4.2001), ed è pertanto anteriore sia alla legge regionale lombarda 11 maggio 2001 n. 11 (sulla protezione ambientale dall'esposizione a campi elettromagnetici indotti da impianti fissi per le telecomunicazioni e per la radiotelevisione), sia alla delibera di Giunta regionale 11 dicembre 2001 n. VII/7351 che ai sensi dell'art. 4 comma 2 della legge citata ha approvato i criteri per l'individuazione delle aree in cui è consentita l'installazione di detti impianti e per l'installazione dei medesimi.

L'art. 4, comma 7, della (sopravvenuta) legge regionale stabilisce che "viste le caratteristiche tecniche delle reti per la telefonia mobile e la natura di pubblico servizio dell'attività svolta, che motivano una diffusione capillare delle stazioni impiegate a tale scopo, gli impianti radiobase per la telefonia mobile di potenza totale ai connettori di antenna non superiore a 300 W non richiedono una specifica regolamentazione urbanistica"

L'impianto in questione ha ottenuto il parere favorevole dell'ARPA (parere 24.12.2004 del Dipartimento di Varese) ed è pacifico che ha potenza totale inferiore a 300 W, per cui ricade nella previsione della disposizione regionale anzidetta.

Poiché inoltre non risulta posto "in corrispondenza" di edifici sensibili, non incorre neppure nel divieto assoluto di cui al comma 8 del citato articolo 4, che (nel testo ripristinato per effetto della sentenza 7.11.03 n. 331 della Corte costituzionale) interdice l'installazione di impianti per le telecomunicazioni e per la radiotelevisione "in corrispondenza di asili, edifici scolastici nonché strutture di accoglienza socio-assistenziali, ospedali, carceri, oratori, parco giochi, orfanotrofi e strutture similari, e relative pertinenze, che ospitano soggetti minorenni".

5. In definitiva, la norma regolamentare presupposta deve ritenersi illegittima, e tale illegittimità si trasmette agli atti applicativi (ordinanze di sospensione lavori e di demolizione).

Per le ragioni esposte, che assorbono ogni altro motivo di censura, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento delle impuginate ordinanze e dell'art. 36 - 7.4.3. del Regolamento edilizio nella parte in cui prescrive,

nella localizzazione di stazioni radio base di potenza totale non superiore a 300 W, il rispetto di una distanza minima di 25 metri lineari dalle abitazioni e loro pertinenze.

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 gli atti di cui al punto 5 della motivazione.

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

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 6 novembre 2008, con l'intervento dei magistrati:

Mario	Arosio	presidente
Carmine	Spadavecchia	consigliere, estensore
Fabrizio	D'Alessandri	referendario
L'estensore		Il presidente