**N. 07591/2010 REG.SEN.**

**N. 02654/2006 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2654 del 2006, proposto da:
Parolini Tiziana, Jobizzi Domenico, rappresentati e difesi dagli avv. Gino Ambrosini, Graziano Dal Molin, con domicilio eletto presso Francesca Luisa Revelli in Roma, piazza del Paradiso, 55; Savina Mariana, Polla Cinzia, Rocca Maurizio;

***contro***

Comune di Morbegno, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Ambrosio, Francesco Venosta, con domicilio eletto presso Giuseppe Ambrosio in Roma, viale Belle Arti 7;

***nei confronti di***

Towertel S.p.a. gia T.B.A. S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Carini, Guido Cecinelli, con domicilio eletto presso Guido Cecinelli in Roma, piazza Mancini 4 Sc.F;

***per la riforma della sentenza del***

T.A.R. LOMBARDIA – Sede di MILANO- SEZIONE I n. 00344/2005, resa tra le parti, concernente PERMESSO DI COSTRUIRE UNA POSTAZIONE RADIO BASE IN ZONA CON VINCOLO AMBIENTALE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2010 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli avvocati Revelli per delega di Ambrosini, Ambrosio, e Cecinelli.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sede di Milano, con la decisione in epigrafe appellata ha integralmente respinto il ricorso (ed il ricorso per motivi aggiunti) proposto dall’odierna parte appellante (privati cittadini residenti nel Comune di Morbegno, in zona prossima a quella nella quale si è prevista l’installazione di una stazione-radio per telefonia cellulare) avverso i provvedimenti abilitativi alla realizzazione del suddetto impianto.

Il ricorso di primo grado deduceva cinque distinte doglianze prospettanti i vizi di violazione di legge ed eccesso di potere, ed il ricorso per motivi aggiunti lamentava la violazione del disposto di cui all’art. 7 della legge n. 241 del 1990 a cagione della omessa comunicazione dell’avvio del procedimento concessorio in sanatoria.

Il primo giudice, premesso un excursus della legislazione in materia, ha respinto integralmente il gravame prendendo partitamente in esame i motivi di censura prospettati.

In particolare, quanto al primo motivo di censura (relativo alla asserita violazione deliberazione della Giunta Regionale n.6645 del 29.10.2001 per la redazione, da parte dei Comuni dello studio geologico, nonché dello stesso studio geologico approvato dal Consiglio Comunale di Morbegno) il Tribunale amministrativo ha sul punto rammentato che la compatibilità geologica dell’opera era stata accertata mercè relazione tecnica del novembre 2003 e con deliberazione giuntale comunale del 28 agosto 2003 era stata dichiarata l’idoneità dell’area alla allocazione dell’impianto in oggetto.

Peraltro sull’area era già rinvenibile un impianto tecnologico di pertinenza comunale e l’opera erigenda insisteva su una area già asfaltata: ne conseguiva che non veniva in alcun modo incrementato il rischio geologico.

Infine: la c.d. “zona rossa” (altamente critica sotto il profilo del rischio idrogeologico) ex art. 3.4 delle norme tecniche approvate dal Consiglio Comunale di Morbegno nel 2003 era contraddistinta qual zona soggetta a gravi limitazioni - quanto alla modifica della destinazione d’uso delle particelle inserite in detta classe – ma non contraddistinta da vincolo di assoluta inedificabilità, quanto alla realizzazione di infrastrutture pubbliche o di interesse pubblico.

Né diversamente poteva argomentarsi dalla asserita massiccia presenza di individui nell’area, atteso che detta presenza era “giustificata” dalla installazione del manufatto per cui è causa. Terminati i lavori non era prevista l’allocazione di uffici od insediamenti tali da incrementare la stabile presenza di individui sul sito.

Il secondo motivo di censura, invece, era infondato in fatto: il sito in oggetto era ubicato in area destinata a “servizi ed impianti tecnologici” (art. 47 delle NTA del PRG) e non a “verde pubblico” siccome affermato dalla odierna parte appellante: l’impianto era pertanto perfettamente compatibile con la destinazione dell’area.

Secondo il Tribunale amministrativo, poi, meritava reiezione anche la terza censura (fondata sull’asserita omessa valutazione della compatibilità ambientale dell’area) ed il quarto motivo di ricorso (incentrato sull’asserita violazione delle prescrizioni di cui agli artt. 87-89 del d. lgs. n. 259 del 2003).

Quanto al primo aspetto, la Commissione edilizia, integrata da esperti ambientali, aveva valutato il profilo di compatibilità del manufatto con l’ambiente.

Sotto altro profilo, le regole di cui agli artt. 87-89 del d.lgs. n. 259 del 2003 non costituivano ambito valutativo demandato all’esame del comune in sede di rilascio del titolo abilitativo (all’amministrazione comunale, infatti, perteneva unicamente la valutazione degli aspetti di natura edilizia ed ambientale).

Esse semmai integravano precetti condizionanti la concreta utilizzazione dell’impianto la cui cura era rimessa all’utilizzatore di quest’ultimo.

La giurisprudenza amministrativa costante, infine, aveva sconfessato la tesi per cui la omessa pianificazione della localizzazione dei siti ove ubicare gli impianti di telefonia viziasse il rilascio dei singoli titoli abilitativi (quindi motivo del ricorso principale).

Quanto alla censura di cui al ricorso per motivi aggiunti, essa era priva di fondatezza in considerazione della mancata deduzione da parte degli originari ricorrenti (neppure successivamente,in sede giurisdizionale) di elementi atti a fare presumere la possibilità che essi avrebbero potuto fornire in sede procedimentale un apporto valutativo di rilievo.

Ciò era comprovato dalla circostanza che l’originaria parte ricorrente non aveva avanzato, mercè i motivi aggiunti, censure sostanziali nuove e diverse da quelle veicolate mediante il ricorso principale (pag. 11 dell’impugnata sentenza).

Parte appellante ha proposto un articolato appello sottoponendo a rivisitazione critica l’intero impianto della sentenza di primo grado.

Quanto al primo motivo di censura proposto in primo grado, era stata omessa la valutazione della documentazione prodotta dall’appellante mercè i motivi aggiunti al ricorso di primo grado.

In ossequio alla previsione di cui all’art 3 della l.r n. Lombardia n. 41 del 1997, la Giunta Regionale aveva adottato la delibera n. 7/6645 del 29 ottobre 2001 stabilendo che ogni comune dovesse dotarsi della “Carta di fattibilità” (quanto al rischio idrogeologico).

Le aree incluse nella classe 4 (c.d. “zona rossa”) subivano fortissime limitazioni alla edificazione: unicamente le infrastrutture pubbliche potevano essere allocate nelle predette aree, e peraltro soltanto laddove non altrimenti ubicabili.

La stessa perizia tecnica del 2003 richiamata dal Tribunale amministrativo a suffragio della statuizione reiettiva non dava contezza del profilo relativo alla non localizzabilità in altra area dell’impianto predetto; tale elaborato tecnico, comunque (pag. 16) evidenziava elementi di criticità non presi in considerazione dal giudice.

La circostanza secondo cui nell’area esisteva già una strada alfaltata non poteva essere sintomatica dell’assenza di rischi e pericoli: la presenza di persone, poi, anche in via temporanea, doveva deporre vieppiù in senso negativo della possibilità di realizzare l’opera.

Anche il secondo motivo del ricorso di primo grado era fondato: l’area in oggetto ricadeva nella previsione di cui all’art. 44 delle NTA; era destinata a verde pubblico; il richiamo al segno grafico corrispondente ai servizi tecnologici faceva riferimento ad un piccolo manufatto accessorio all’acquedotto comunale, e non poteva certo comportare che sull’area potessero ex novo allocarsi servizi tecnologici.

Quanto alla omessa valutazione della compatibilità ambientale dell’area (terzo motivo del ricorso di primo grado), il parere della Commissione edilizia integrata non aveva tenuto conto di due fondamentali indicazioni rese dagli esperti ambientali (quello del recepimento delle indicazioni da parte della TBA, mercè presentazione di grafici, e quello volto ad ottenere un impegno da parte del Comune e della TBA ad invitare Tim e Telecom a dismettere l’antenna già esistente nel territorio di Morbegno).

La decisione di primo grado era viziata da una rilevante omissione, poi, perché non aveva preso in esame la censura di cui al quarto motivo del mezzo di primo grado: le regole di cui agli artt. 87-89 del d.lgs n. 259 del 2003 costituivano ambito valutativo devoluto all’esame del comune nell’ambito del procedimento unico di rilascio del titolo abilitativo.

Dalla circostanza che il Comune di Morbegno appellato, ex art. 8 u.c. della legge n. 36 del 2001 si fosse dotato di regolamento per l’autorizzazione all’esercizio di impianti di telefonia mobile, senza tuttavia localizzare i siti idonei, discendeva la fondatezza della tesi di cui al quinto motivo del gravame di primo grado: nessun permesso di costruire poteva essere rilasciato, in carenza di programmazione localizzativa.

Sussisteva infine il malgoverno dell’art. 7 della legge n. 241 del 1990: la appellante, ove resa edotta dell’avvio del procedimento di rilascio del permesso a costruire in sanatoria del 22 giugno 2004, avrebbe potuto evidenziare la impossibilità di allocare il manufatto nel sito prescelto, in quanto zona a rilevantissimo rischio idrogeologico (rappresentando, di converso, la necessità di prendere in esame zone alternative a quella originariamente prescelta).

L’appellata amministrazione comunale di Morbegno ha depositato una articolata memoria chiedendo la reiezione del gravame perché infondato: proprio in ossequio alla previsione di cui all’art. 3 della legge regionale n. 41 del 1997 e della delibera della Giunta Regionale della Lombardia 7/6645 del 29 ottobre 2001, il Comune si era dotato della “Carta di fattibilità”; l’area 4 era stata distinta in cinque sottoclassi e rientrava nella sottoclasse 4a che non prevedeva – quanto alle infrastrutture di pubblico interesse- la dimostrazione che le medesime non potessero essere allocate in siti diversi del territorio comunale.

L’area era destinata a servizi ed impianti tecnologici (ne era già presente uno) e non già a verde pubblico come erroneamente ribadito da parte appellante.

La circostanza, poi, che l’area in questione fosse collocata all’interno di una più vasta area destinata ad “attrezzature collettive” non escludeva che questa fosse autonomamente riquadrata cartograficamente (la retinatura cartografica cui faceva riferimento parte appellante era comune sia alle aree destinate a verde pubblico, che ai “servizi tecnologici”: la differenza non riposava nella retinatura, ma nei simboli nella medesima iscritti).

La doglianza secondo cui il parere della Commissione edilizia integrata non aveva tenuto conto di due fondamentali indicazioni rese dagli esperti ambientali era inammissibile ex art. 345 Cod.proc. civ., in quanto nuova; tale dato, comunque, costituendo un post-factum, non poteva viziare il rilascio dell’opera.

La asserita “unicità del procedimento” postulata da parte appellante, in realtà, non sussisteva; ben si sarebbero potute chiedere le autorizzazioni ai sensi del d.lgs. n. 259 del 2003 dopo avere realizzato il manufatto; il procedimento era stato curato dalla Vodafone ed aveva seguito un iter del tutto diverso.

L’art. 8 della legge n. 36 del 2001, facultizzava - ma non obbligava - i comuni a dotarsi del regolamento: la censura era priva di fondamento.

I motivi aggiunti costituivano mera riproposizione del ricorso principale: nessun vizio ex art. 7 della legge n. 241 del 1990 attingeva l’azione amministrativa: comunque parte appellante aveva aliunde conosciuto della esistenza del procedimento, di guisa che nessun vulnus era stato arrecato al diritto di difesa delle parti appellanti.

L’appellata Towerel Spa ha depositato una articolata memoria chiedendo la reiezione del gravame perché inammissibile (parte appellante giammai aveva provato la propria legittimazione attiva) e comunque infondato nel merito alla stregua di argomentazioni analoghe a quelle rassegnate dall’appellato Comune di Morbegno.

Ha poi specificato che il primo motivo di gravame doveva essere dichiarato inammissibile ex art. 345 Cod. proc. civ. laddove inteso a criticare le conclusioni cui era giunta la perizia geologica (trattavasi infatti di censura non proposta in primo grado, ed analogo vizio attingeva il terzo motivo di gravame); quanto al secondo motivo, la censura era inaccoglibile posto che il manufatto era comunque classificabile quale opera di urbanizzazione primaria e, pertanto, realizzabile sull’intero territorio comunale.

DIRITTO

L’appello è fondato e deve essere accolto, nei termini della motivazione che segue, con conseguente riforma dell’appellata sentenza, accoglimento del ricorso di primo grado e per l’effetto, annullamento degli atti impugnati .

Ciò anticipato, al fine di perimetrare l’oggetto del giudizio e preliminarmente alla disamina delle censure di merito, appare opportuno affrontare talune questioni di natura procedimentale ed in quanto tali necessitano di trattazione pregiudiziale.

In ossequio al principio di cui all’art. 345 Cod. proc. civ., pacificamente applicabile al processo amministrativo (ex multis, Cons. Stato , sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626 “Il motivo di doglianza articolato per la prima volta in grado di appello è inammissibile ai sensi dell'art. 345 Cod. proc. civ.”) deve essere dichiarata inammissibile, in quanto non proposta in primo grado, la doglianza relativa alla omessa valutazione della compatibilità ambientale dell’opera laddove si fa riferimento alla circostanza che il parere della Commissione edilizia integrata non aveva tenuto conto di due fondamentali indicazioni rese dagli esperti ambientali.

Deve viceversa essere respinta analoga eccezione, investente la articolazione del primo motivo del ricorso in appello (del quale si anticipa il giudizio di fondatezza) atteso che il ricorso di primo grado (si vedano in particolare le pagg. 6-8 del predetto mezzo) prospettava chiaramente la doglianza relativa alla omessa valutazione del profilo della localizzabilità alternativa del manufatto.

Ciò premesso, e preliminarmente all’esame del merito delle questioni prospettate, la prima questione da esaminare (rilevabile anche ex officio, e comunque evidenziata nella memoria - pag.10 - depositata dalla controinteressata) concerne la legittimazione ad agire della odierna parte appellante.

Per chiarire meglio i termini della questione, il punto dal quale prendere le mosse riposa nel costante principio evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa secondo il quale nel processo amministrativo, “la nozione di "legitimatio ad causam" (o legittimazione ad agire intesa in senso stretto) e quella di legittimazione a ricorrere sono distinte, poiché la prima, ricavata dal processo civile, è la questione relativa alla astratta riferibilità del rapporto giuridico processuale al soggetto che agisce (ossia la corrispondenza fra chi agisce ed il destinatario della sentenza), mentre la seconda è la questione relativa alla dimostrazione della titolarità da parte del soggetto che agisce di una posizione giuridica differenziata rispetto all'atto impugnato” (Cons: Stato , sez. VI, 12 marzo 2002, n. 1452).

L’appellata sostiene che tale qualitànon è stata mai documentata da parte appellante.

Per risolvere la questione pare opportuno muovere dalla elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi in punto di impugnazione della concessione edilizia rilasciata a terzi.

Sul punto la Sezione condivide l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale “l'art. 31 comma 9 l. 17 agosto 1942, n. 1150, come modificato dall'art. 10 l. 6 agosto 1967, n. 765, non ha introdotto un'azione popolare che consentirebbe a qualsiasi cittadino di impugnare il provvedimento che prevede la realizzazione di un'opera per far valere comunque l'osservanza delle prescrizioni che regolano l'edificazione, ma ha riconosciuto una posizione qualificata e differenziata solo in favore dei proprietari di immobili siti nella zona in cui la costruzione è permessa e a coloro che si trovano in una situazione di "stabile collegamento" con la stessa. La legittimazione deve essere per lo meno specificata nell'impugnativa, con riferimento alla situazione concreta e fattuale, indicando la ragione, il come e la misura con cui il provvedimento impugnato si rifletta sulla propria posizione sostanziale determinandone una lesione concreta, immediata e attuale -nella specie, gli interessati si sono limitati ad indicare nel ricorso originario di essere "tutti abitanti del quartiere" oggetto del programma di intervento senza precisare alcunché con riferimento alla specifica vicinanza e alla concreta lesione subita-“.(Cons.Stato, sez. V, 7 luglio 2005, n. 3757).

Ne consegue che il presupposto processuale in questione ricorre allorché si “giustifichi” il petitum indicando la natura del collegamento ed il danno asseritamente subìto.

Corollario di tale orientamento, però, è quello della preventiva definizione di taluni “indici di interesse” che legittimano, in quanto tale, a proporre l’impugnazione.

Così, ancora di recente, ha condivisibilmente affermato la giurisprudenza: “La legittimazione a impugnare una concessione edilizia deve essere riconosciuta al proprietario di un immobile sito nella zona interessata alla costruzione, o comunque a chi si trovi in una situazione di stabile collegamento con la zona stessa, la quale non postula necessariamente l'adiacenza fra gli immobili, essendo sufficiente la semplice prossimità, senza che sia necessario dimostrare ulteriormente la sussistenza di un interesse qualificato alla tutela giurisdizionale.”(Cons. Stato , sez. IV, 16 marzo 2010 , n. 1535);

“Alla concessione edilizia in sanatoria di cui all'art. 31, l. 28 febbraio 1985, n. 47 sono applicabili i principi in materia di legittimazione all'impugnazione da parte dei proprietari dei fondi confinanti incisi dalla sanatoria dell'illecito, se non conforme a legge; tale legittimazione sussiste per il fatto stesso che il terzo si trovi in una situazione di stabile collegamento con la zona interessata dalla costruzione oggetto di sanatoria, a prescindere da ogni indagine sulla sussistenza di un ulteriore specifico interesse.”(Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2009 , n. 7491).

Peraltro la giurisprudenza recente in talune pronunce si è spinta a postulare identità dei concetti di vicinitas e legitimatio ad causam, (superando così il più restrittivo orientamento secondo il quale “ai fini dell'impugnazione di una concessione edilizia, la condizione della vicinitas, ossia dello stabile collegamento tra il ricorrente e la zona interessata dall'intervento assentito, va valutata alla stregua di un giudizio che tenga conto della natura e delle dimensioni dell'opera realizzata, della sua destinazione, delle sue implicazioni urbanistiche ed anche delle conseguenze prodotte dal nuovo insediamento sulla qualità della vita di coloro che per residenza, attività lavorativa e simili, sono in durevole rapporto con la zona in cui sorge la nuova opera.” (Cons. Stato , sez. IV, 31 maggio 2007 , n. 2849) affermando che “il possesso del titolo di legittimazione alla proposizione del ricorso per l'annullamento di una concessione edilizia, che discende dalla c.d. vicinitas, cioè da una situazione di stabile collegamento giuridico con il terreno oggetto dell'intervento costruttivo autorizzato, esime da qualsiasi indagine al fine di accertare, in concreto, se i lavori assentiti dall'atto impugnato comportino o meno un effettivo pregiudizio per il soggetto che propone l'impugnazione atteso che l'esistenza della suddetta posizione legittimante abilita il soggetto ad agire per il rispetto delle norme urbanistiche, che assuma violate, a prescindere da qualsiasi esame sul tipo di lesione, che i lavori in concreto gli potrebbero arrecare” (Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2009 , n. 2908)

In tema di denuncia di condotte implicanti compromissione dell’ambiente, ovvero, addirittura, pericoli rilevanti per la pubblica incolumità, la giurisprudenza non ha enucleato indici restrittivi.

In punto di fatto, contrariamente a quanto adombratosi nella memoria di parte appellata, gli originari ricorrenti di primo grado avevano asserito di risiedere (ed essere titolari di abitazione) in area limitrofa a quella ove dovevano eseguirsi i lavori.

Tale ultima circostanza è rimasta invero incontestata anche da parte dell’amministrazione comunale: non sussiste alcuna fattispecie di inammissibilità per carenza di legittimazione essendo rimasto incontestato che per gli originari ricorrenti di primo grado sussisteva il requisito della vicinitas

Ciò perché, rimasta processualmente accertata la sussistenza del requisito legittimante della vicinitas, ed affermata da parte del titolare della posizione giuridica asseritamente lesa la sussistenza di un danno, risultano pienamente riscontrabili le condizioni legittimanti la proposizione della domanda, costituendo invece accertamento di merito quello volto a verificare la sussistenza della illegittimità denunciata.

Si osserva peraltro che in passato forme di interesse “minor” rispetto a quello adombrato nell’odierno processo (quale ad esempio la lesione all’interesse a godere della veduta) sono state esattamente classificate dalla giurisprudenza amministrativa posizioni giuridica suscettibili di pregiudizio e restaurabili sin da tempo risalente (“l'art. 10 l. n. 765 del 1967, pur non introducendo una azione popolare, ha tuttavia preso in considerazione interessi qualificati al mantenimento delle caratteristiche urbanistiche assegnate ad una determinata zona, cosicché l'interesse ad impugnare il diniego di alienare abusi edilizi -provvedimento omissivo del sindaco o illegittimità comminatoria di sanzione pecuniaria anziché demolitoria - sussiste in capo al proprietario limitrofo a prescindere dalla circostanza che abbia a ricevere uno specifico danno in tema di sottrazione di visuale, luce o aria.”: Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 1981, n. 113) di guisa che neppure sotto tale profilo è possibile convenire con i dubbi di parte appellata.

Detti principi, peraltro, sono costantemente predicati dalla giurisprudenza civile, che semmai ha talvolta spostato il fulcro della attenzione sulla prova del danno arrecato (“il carattere amministrativamente illegittimo di un'opera edilizia -nella specie, sopraelevazione di un preesistente corpo di fabbrica, in assenza di provvedimento concessorio- la quale non contrasti tuttavia con le prescrizioni comunali in materia di distanze, non determina automaticamente pregiudizio a carico del fondo confinante, il cui proprietario ove agisca per il risarcimento del danno provocatogli dall'opera abusiva deve dare la prova che essa incide negativamente sul proprio fondo sotto il profilo dell'amenità, del soleggiamento e della visuale, deprimendone conseguentemente il valore. A tal fine non rileva, di per sé, l'esistenza del detto fondo di un'abitazione quando il mancato accertamento della posizione di questa sia rispetto al corpo di fabbrica abusivo renda impossibile stabilire se ed in quale misura essa risulti privata di aria, luce e vista, restando inoltre escluso che a tale carenza possa supplirsi mediante valutazione equitativa del danno, poiché il potere attribuito al giudice dall'art. 1226 c.c. non esonera l'interessato dall'onere di offrire gli elementi probatori in ordine alla sua esistenza.” (Cass., sez. II, 24 dicembre 1994, n. 11163).

Nessun dubbio può ricorrere però, come nel caso in esame, ci si dolga di un paventato pericolo per l’ambiente o di un danno derivante dallo stato idrogeologico dell’area (e non si prospettino interessi “patrimoniali ed egoistici”).

La eccezione deve essere pertanto disattesa.

Quanto ai motivi del ricorso in appello, la prima doglianza prospettata ha natura logicamente pregiudiziale, investendo, a monte, il passaggio iniziale dell’intera procedura (id est: la localizzazione dell’opera).

La dianzi anticipata fondatezza della censura riveste pertanto carattere assorbente.

In proposito ritiene la Sezione che la stessa sia accoglibile alla stregua delle seguenti considerazioni.

E’ in primis un dato che l’ art.3 della ormai abrogata legge regionale della Lombardia n. 41 del 1997 così disponesse “La Giunta regionale, sentita la competente Commissione consiliare, provvede ad adottare, con propria deliberazione da assumere entro sessanta giorni dall' entrata in vigore della presente legge, apposite direttive per la redazione dello studio geologico che dovranno definire, in particolare, i criteri di impostazione, gli elaborati tecnici, i contenuti necessari in relazione alle caratteristiche delle diverse parti del territorio regionale, i casi in cui varianti parziali dello strumento urbanistico debbano o meno essere corredate dallo studio geologico, nonchè le modalità e le procedure di coordinamento dell' attività istruttoria dei Servizi regionali interessati. La Giunta regionale, nell' emanare le direttive di cui al comma 1, deve tener conto di quanto previsto dall' art. 2.”

In ossequio a tale previsione, la Regione approvò, con la delibera n. 7/6645 del 29 ottobre 2001 (pubblicata nel bollettino ufficiale della Regione Lombardia, 30 novembre 2001, 3°supplemento straordinario al n. 48) l’individuazione dello stato dei siti riconducibili alla “classe 4” (rossa), stabilendo che “eventuali infrastrutture pubbliche, che comunque dovevano essere attentamente valutate, potessero allocarsi in dette aree soltanto laddove “non altrimenti localizzabili”.

Sulla cogenza della prescrizione, per i comuni destinatari dell’obbligo di predisporre lo studio geologico, non può dubitarsi (né, per il vero, argomenti in proposito sono stati spesi dalle appellate).

E d’altro canto la predetta delibera è rimasta inimpugnata, né l’amministrazione appellata ha riferito di averla mai contestata.

Al contrario, il Comune appellato si è conformato – quanto all’an - alle superiori indicazioni relative all’obbligo di predisposizione dello studio geologico ( che avrebbe dovuto recepire le indicazioni della citata delibera) ed ha poi suddiviso in ulteriori sottoclassi la zona 4.

Secondo le difese dell’amministrazione comunale, con riguardo alle sottoclassi 4a e 4b (sempre insistenti nella c.d. “zona rossa”, non è superfluo rammentarlo) quanto alle infrastrutture pubbliche (ed il manufatto in ordine al quale si controverte lo è certamente anche ai sensi del d.lvo n. 259/2003: ex multis, Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2007, n. 1431 laddove si afferma la qualità di opere di urbanizzazione delle stazioni radio base ed alla natura di interesse pubblico del servizio attraverso di esse garantito) il vincolo della non localizzabilità altrove non era stato previsto.

Sennonché, in ossequio ad un elementare principio di coordinamento dei testi normativi eteroprovenienti ed al principio di gerarchia delle fonti, la eccezione non ha pregio.

Invero, delle due l’una: o la previsione (rectius: la omessa previsione) comunale collide con la deliberazione regionale, ed è pertanto illegittima, e dalla illegittimità della medesima discende il vizio attingente l’atto applicativo; ovvero (come pare fondato ritenere) si è in presenza di un fenomeno eterointegrativo, di guisa che il requisito legittimante della “non altrimenti localizzabilità dell’opera”, discendendo direttamente dalla prescrizione superior, doveva trovare comunque ingresso nel procedimento autorizzativo.

In entrambi i casi, cioè, l’amministrazione comunale avrebbe dovuto affrontare tale profilo preliminare condizionante l’allocazione di una nuova opera di pubblico interesse (non rileva la circostanza che in passato altra opera pubblica di modesta ampiezza fosse stata allocata sull’area medesima), svolgere i congrui e necessari accertamenti, con i risultati oggettivi che ne derivavano confrontarsi, e fornire risposta in ordine alla sussistenza di tale imprescindibile circostanza legittimante.

Viceversa della valutazione, sia pur sintetica, di tale condizione non v’è traccia alcuna nell’azione amministrativa sviluppata in concreto (e, lealmente, le difese delle appellate neppure adombrano che ciò sia avvenuto): essa infatti non si è soffermata, eppure in via embrionale, in ordine alla circostanza che la infrastruttura non fosse altrimenti localizzabile, né dà conto di avere svolto sul tema adeguate indagini.

Ne discende che la sussistenza di tale vizio, impingente su un requisito che condizionava negativamente l’allocazione del manufatto nel sito (omissione che l’appellata decisione erroneamente non ha rilevato) attinge irrimediabilmente e vizia l’azione amministrativa come sviluppata e che pertanto, in riforma dell’appellata decisione, assorbiti gli altri motivi del ricorso in appello, deve essere accolto il ricorso di primo grado e vanno annullati gli atti impugnati.

Devono essere compensate le spese processuali sostenute dalle parti ricorrendone le condizioni di legge riposanti nella natura della controversia e nella complessità in fatto della questione.

P.Q.M.

**Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui alla motivazione e, per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla gli atti impugnati.

Spese processuali compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Domenico Cafini, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/10/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

|  |
| --- |
| Addi'\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a: |
| \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ |
| \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ |
| \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ |
| IL FUNZIONARIO  |