

Pubblicato il 14/02/2024

N. 01504/2024REG.PROV.COLL.

N. 07476/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 7476 del 2022, proposto da Comune di Tremezzina, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ruggero Tumbiolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Cellnex Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Bellante e Luigi Ammirati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Wind Tre S.p.A., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) n. 01010/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della soc. Cellnex Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2023 il Cons. Ulrike Lobis e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in esame, il Comune di Tremezzina ha impugnato la sentenza del TAR Lombardia, Sez. II, n. 1010/2022 con la quale è stato accolto il ricorso della soc. Cellnex Italia Spa con il quale tale società aveva chiesto l'annullamento:

- del provvedimento del Comune di Tremezzina Prot. n. 7552 del 25/5/2021, di *«Diniego richiesta di autorizzazione paesaggistica per: Installazione di nuovo impianto di telefonia mobile denominato CO137-TREMEZZO INTIGNANO»*;
- dei pareri espressi dalla Commissione del Paesaggio nella seduta del 12.01.2021 - verbale n.5 e nella seduta del 18.05.2021 - verbale n. 65;
- del preavviso di diniego comunicato con nota Prot. n. 5001 del 08.04.2021.

1.1. In particolare, come emerge dalla parte in fatto della sentenza impugnata, *“Cellnex Italia Spa – operatore di infrastrutture di telecomunicazioni titolare di autorizzazione ex art. 25 d.lgs. n. 259/2003 per svolgere attività di fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica e realizzare le relative opere – presentava, congiuntamente a Wind Tre Spa, in data 24 novembre 2020, al Comune di Tremezzina un’istanza ai sensi dell’art. 87 d.lgs. n. 259/2003, al fine di ottenere l’autorizzazione ad installare un nuovo impianto di telecomunicazioni (cd. Stazione Radio Base) in un’area sita in via Fossili snc, censito al NCT al foglio 904, particelle nn. 878 - 881.*

In pari data Cellnex Italia Spa presentava istanza di autorizzazione paesaggistica, corredata dalla relativa relazione ex art. 146, comma 2, d.lgs. n. 42/2004, volta ad evidenziare l'assenza di alcuna alterazione del paesaggio circostante.

ARPA, per quanto di propria competenza, esprimeva parere favorevole all'intervento.

Invece, con nota prot. n. 5001/2021 dell'8 aprile 2021, il Comune di Tremezina, dato atto della mancata espressione del parere richiesto alla Soprintendenza entro i termini di legge, comunicava ai sensi dell'art. 10-bis l. n. 241/1990 il preavviso di diniego dell'autorizzazione paesaggistica, rilevando "che l'intervento non sia armonizzabile con il contesto storico/ambientale.

L'intervento è intrusivo rispetto ai valori del contesto". In particolare, segnalava l'esistenza di un vincolo paesaggistico ai sensi dell'art. 136, comma 1, lett. c d.lgs. n. 42/2004 sull'area in questione, rilevando che in base al D.M. 22 luglio 1968 impositivo del vincolo "l'intero territorio di Mezzegra fa parte dell'imponente scenario del centro lago di Como della zona, cioè, più suggestiva del lago stesso, godibile sia dai punti di accesso pubblico come strade e piazze, sia dai natanti del servizio pubblico di navigazione del lago; sia, infine, dai punti di vista della sponda di fronte. Inoltre è caratterizzata da una splendida vegetazione e dal dolce andamento della parte sud che poi si eleva in una successione di boschi e di pascoli a formare un imponente scenario: è caratterizzato anche da misurati insediamenti che compongono un insieme avente valore estetico e tradizionale".

La società presentava in data 5.5.2021 le proprie osservazioni, allegando una relazione paesaggistica "con contestuale proposta di soluzioni di mitigazione al fine di consentire alla Commissione Locale per il Paesaggio di esprimere il parere di competenza e rilasciare il nulla osta paesaggistico richiesto eventualmente indicando eventuali prescrizioni finalizzate al miglior inserimento paesaggistico dell'impianto di pubblica utilità progettato".

Le osservazioni non venivano condivise dal Comune, il quale con nota prot. 7552 del 25 maggio 2021, comunicava il diniego definitivo, riconfermando le valutazioni già espresse con il preavviso e suggerendo di "valutare un riposizionamento del manufatto in oggetto, in prossimità del sedime della futura 'variante della strada regina', in un contesto quindi già interessato da opere infrastrutturali, riducendone al contempo la sua altezza finale".

1.2. Assumendo l'illegittimità del diniego, la società Cellnex Italia Spa lo ha impugnato con ricorso notificato in data 24 luglio 2021, chiedendo l'annullamento del provvedimento predetto basato sui seguenti motivi:

A. *“Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 87 D.lvo. 259/2003 – Violazione dell’art. 3 L. 241/1990 – Sviamento – Difetto di motivazione e istruttoria – Mancata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto – Manifesta illogicità”.*

B. *“Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 10 bis L. 241/1990 e dell’art. 87 D.lvo. 259/2003 – Difetto di motivazione e istruttoria – Mancata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto – Illogicità manifesta – Disparità di trattamento”: il vizio di illegittimità censurato con il primo motivo si riverbera, altresì, nella violazione dell’art. 10 bis L. 241/1990”.*

C. *“Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 86 e 87 D.lvo. 259/2003 – Sviamento – Eccesso di potere”.*

1.3. Il TAR, previo accoglimento dell'istanza di sospensione, ha accolto il ricorso della soc. Cellnex in quanto ha ritenuto che:

- è illegittimo il diniego comunale nella parte in cui ha assunto – quale unico criterio di limitazione all'installazione degli impianti di telefonia – la presenza di un vincolo paesaggistico sull'intero territorio di Mezzegra (frazione del Comune di Tremezzina), senza operare alcuna valutazione concreta sulla compatibilità dell'opera con il territorio e sulla possibilità di raggiungere diversamente la copertura di rete;

- il provvedimento comunale si sostanzia in un generalizzato divieto di installazione, che si pone in contrasto con l'orientamento di consolidata giurisprudenza, secondo la quale alle Regioni ed ai Comuni *"è consentito individuare criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile (anche espressi sotto forma di divieto) quali ad esempio il divieto di collocare antenne su specifici edifici (ospedali, case di cura ecc.) mentre non è loro consentito introdurre limitazioni alla localizzazione, consistenti in criteri distanziali generici ed eterogenei;*

- 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;
- nel caso di specie, il diniego del Comune è inammissibilmente volto a introdurre un divieto generalizzato di installazione delle antenne in tutta l'ampia porzione di territorio comunale paesaggisticamente vincolata, e ciò solo in ragione dell'esistenza del vincolo senza che venga effettuata alcuna valutazione concreta sulla compatibilità dell'opera col territorio, né senza alcuna considerazione delle esigenze di realizzazione di un servizio capillare sul territorio e dell'esistenza (allegata dalla ricorrente) di strutture analoghe a quella oggetto di richiesta nella zona in questione e senza l'individuazione di specifici divieti localizzativi da un punto di vista regolamentare;
- l'esistenza di un vincolo paesaggistico non preclude per ciò solo l'installazione di un impianto, bensì impone una valutazione più rigorosa (che deve tradursi in una motivazione effettiva e non tautologica) degli aspetti di compatibilità paesaggistica; sotto tale profilo le censure in esame sono dunque fondate;
- la motivazione del provvedimento impugnato non soddisfa l'onere di una puntuale giustificazione dell'incompatibilità dell'opera con il contesto paesaggistico.

2. Avverso la decisione del TAR il Comune di Tremezzina ha proposto appello con il quale ha sostenuto, formulando un unico motivo complessivo, l'erroneità della sentenza impugnata sotto diversi aspetti.

2.1. La soc. Cellnex Italia Spa si è costituita in giudizio con atto depositato il 7.10.2022 chiedendo il rigetto dell'appello.

2.2. In vista dell'udienza di discussione del merito entrambe le parti hanno depositato documenti; il Comune appellante ha depositato memoria difensiva e l'appellata Cellnex Italia Spa ha depositato memoria di replica.

2.3. Il Comune appellante nella memoria difensiva depositata il 3.4.2023 ha eccepito l'improcedibilità del ricorso ex art. 35, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 104/2010 per sopravvenuta carenza di interesse ex art. 100 C.P.C., sostenendo che l'area sulla quale Cellnex vorrebbe installare il traliccio sarebbe soggetta ad esproprio per la realizzazione di una strada da parte di ANAS.

2.4. All'udienza del 04.05.2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. È infondata l'eccezione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse ex art. 100 cpc, come proposta dal Comune appellante il quale a sostegno di tale eccezione argomenta che l'area sulla quale Cellnex vorrebbe installare il traliccio sarebbe soggetta ad esproprio per la realizzazione di una strada da parte di ANAS.

Dalla nota dell'ANAS dd. 10.10.2022 (alleg. 3, doc. 15 del Comune di Tremezzina depositato il 24.3.2023) emerge che sul territorio del Comune di Tremezzina sarebbero soggette a dichiarazione di pubblica utilità, tra l'altro le aree di proprietà del sig. Piazzoli Erio Angelo Sez. B, Fg. 904, mappale 881, 884, 885, 886, 949, 950. Oggetto della domanda di Cellnex è un'area di ca. 70 mq di proprietà del sig. Piazzoli che si trova in C. C. TREMEZZINA FG. 904, MAPP. 881-878.

La commissione per il paesaggio ha indicato nei propri provvedimenti, i quali sono stati posti alla base della decisione comunale, solamente il mappale 878 (cfr. verbale n. 5 del 12.01.2021, alleg. 6, doc. 5 del Comune depositato il 3.9.2021 e verbale n. 65 del 18.5.2021, alleg. 12, doc. 11 del 3.9.2021).

Pertanto, non rientrando l'area del mappale 878 tra le aree oggetto di dichiarazione di pubblica utilità, l'eccezione va respinta in quanto infondata in relazione al mappale 878. Per quanto riguarda il mappale 881, non è stato nemmeno provato da parte del

Comune di Tremezzina che l'area situata al lato sud del mappale 881 rientra tra le aree effettivamente colpite dal progetto esecutivo, come rilevato in maniera convincente dalla difesa della parte appellata con l'immagine riprodotta nella memoria di replica.

3.1. Nel merito l'appello è infondato.

Con esso il Comune censura la sentenza impugnata sotto diversi profili, sostenendo che:

- il Giudice di prime cure avrebbe omesso di considerare i fatti e, comunque, avrebbe travisato che l'infrastruttura tecnologica proposta dalla ricorrente consisterebbe in una stazione radio base con palo porta antenna di ventiquattro metri di altezza, sormontato da un pennone sommitale di altri tre metri, per un'altezza complessiva di ben ventisette metri e che le ragioni che hanno determinato la scelta del Comune resistente non sarebbero di natura urbanistico/edilizia, ma squisitamente paesaggistiche e riferite alle caratteristiche proprie dell'intervento proposto; la priorità delle infrastrutture di telefonia mobile non oblitererebbe l'interesse (preminente) alla tutela del paesaggio che il Comune appellante ha inteso perseguire;
- la motivazione del parere negativo dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico può essere sinteticamente indicata con riferimento alla descrizione delle opere e alle concrete circostanze nelle quali le stesse sono collocate, in ragione del fatto che la difesa del paesaggio è valore costituzionale primario;
- sarebbe arbitraria ogni indagine sull'idoneità dell'opera ad incidere in concreto sull'assetto paesaggistico, essendo sufficiente l'esistenza di un pregiudizio anche soltanto meramente potenziale
- il diniego oggetto di causa non può essere interpretato come un «*divieto generalizzato di localizzazione dell'antenna*» nel territorio del Comune appellante, pur soggetto al vincolo paesaggistico puntuale per la sua unicità;

- la Commissione non si sarebbe limitata a esprimere parere negativo, ma avrebbe offerto alla ricorrente precise indicazioni per superare le criticità che affliggono il progetto di cui si tratta, in quanto la commissione nel verbale n. 65 del 18.5.2021 avrebbe suggerito all'appellata *“dopo aver analizzato la voluminosa documentazione presentata, di valutare un riposizionamento del manufatto in oggetto, in prossimità del sedime della futura “Variante della strada Regina”, in un contesto quindi già interessato da opere infrastrutturali, riducendo nel contempo la sua altezza finale”*;
- Cellnex non avrebbe mai sostenuto e tantomeno documentato che la localizzazione proposta per la propria infrastruttura sarebbe l'unica tecnicamente adatta per realizzare una rete di telecomunicazione efficiente;
- l'Amministrazione comunale avrebbe considerato le esigenze di un servizio di telecomunicazioni capillare sul proprio territorio e, in funzione delle stesse, avrebbe proposto all'operatore una collocazione alternativa dell'infrastruttura, la cui idoneità non sarebbe mai stata contestata da *Cellnex*;
- la circostanza che nella zona siano presenti dei tralicci o altre antenne per la telefonia mobile *«non costituisce un elemento che possa fare ritenere l'automatico rispetto delle prescrizioni paesaggistiche da parte dell'impianto oggi controverso»*.

3.2. Vagliando le doglianze della parte appellante punto per punto, il Collegio osserva che da un attento esame del provvedimento impugnato, e del parere della commissione del paesaggio, si ricava l'infondatezza delle censure dedotte.

Infatti, sia il provvedimento di diniego del 25.05.2021 (ed il relativo preavviso di diniego del 8.4.2021), sia i pareri della commissione del paesaggio non contengono alcuna valutazione descrittiva del progetto presentato dalla quale l'odierna parte appellante avrebbe potuto dedurre la motivazione tecnico professionale sul contenuto del progetto, rispettivamente avrebbe potuto ricavare delucidazioni sulle cause dell'impatto negativo del progetto sul contesto tutelato.

Sia la commissione del paesaggio che il Comune tacciono sulla questione se sia stata effettuata o meno una valutazione approfondita sul contenuto del progetto, ossia sulle opere ivi previste, sulla precisa collocazione proposta per l'antenna, sulle misure della stessa, soffermandosi invece su generali affermazioni in merito all'esistenza del vicolo in base al D.M. 22.7.1968 e alla descrizione del vincolo, nonché sulla generica osservazione che l'intervento non sarebbe armonizzabile con il contesto storico/ambientale e che l'intervento sarebbe intrusivo rispetto ai valori del contesto (verbale della commissione n. 5 del 12.1.2021); nulla si ricava dagli atti impugnati sul contenuto del progetto esaminato e sulle concrete criticità dello stesso rilevate in relazione alla zona in cui dovrebbe essere integrato.

3.3. Pertanto, sulla base delle considerazioni svolte il Collegio non condivide l'assunto del Comune appellante secondo il quale, nel caso concreto, la motivazione del parere negativo dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico sarebbe stata sinteticamente resa con riferimento alla descrizione delle opere e alle concrete circostanze nelle quali le stesse sono collocate, in quanto, negli atti impugnati, come rilevato, manca invece ogni minima descrizione dell'opera realizzanda.

Infatti, dal contesto del verbale n. 5 della commissione del paesaggio del 12.1.2021 si ricava solamente che oggetto della richiesta è *"l'installazione di un nuovo impianto di telefonia mobile denominato CO137 Tremezzo-Intignano"* (idem nel verbale n. 65 del 18.5.2021 e nel provvedimento di diniego del 25.5.2021).

Il provvedimento di diniego del 25.05.2021, dopo aver riportato l'esito del parere della commissione del 12.01.2021, verbale n. 5 (*"Si ritiene che l'intervento non sia armonizzabile con il contesto storico/ambientale. l'intervento e' intrusivo rispetto ai valori del contesto"*), dopo aver considerato che le osservazioni presentate sono state esaminate dalla Commissione del Paesaggio nella seduta del 18.05.2021, verbale n. 65 e dopo aver riportato l'esito della stessa (*"Valutate le osservazioni depositate in data 05/05/2021"*

registrate al prot. n° 6444, per quanto di competenza, si riconferma il precedente parere .La commissione suggerisce, dopo aver analizzato la voluminosa documentazione presentata, di valutare un riposizionamento del manufatto in oggetto, in prossimità del sedime della futura "variante della strada regina", in un contesto quindi già interessato da opere infrastrutturali, riducendo nel contempo la sua altezza finale”), si limita a considerare che “l’ulteriore sviluppo dell’istruttoria, realizzato sulla base delle osservazioni presentate, ha evidenziato la sussistenza degli elementi ostativi all’accoglimento dell’istanza” e comunica che “la domanda di autorizzazione paesaggistica NON PUÒ ESSERE ACCOLTA in considerazioni delle motivazioni sopra elencate”.

3.4. Dal contenuto appena riportato si ricava che i predetti atti non contengono alcuna descrizione della struttura e delle relative opere e tantomeno alcuna indicazione sulle concrete condizioni nelle quali le stesse sono collocate, né risultano gli atti aver adeguatamente spiegato le ragioni sottese al diniego, anche a fronte degli elementi tecnici forniti dalla parte istante.

3.5. L’esistenza di un vincolo paesaggistico non sancisce in modo automatico l’incompatibilità di un qualunque intervento sul territorio con i valori oggetto di tutela, ma richiede comunque un controllo dell’amministrazione preposta alla sua tutela. Pertanto, non è sufficiente, come avvenuto nel caso concreto, la motivazione del diniego fondata su una generica incompatibilità, in quanto l’Amministrazione non può limitare la sua valutazione al mero riferimento ad un pregiudizio ambientale, utilizzando espressioni vaghe e formule stereotipate (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2021, n. 2858; 4 febbraio 2019, n. 853; 30 ottobre 2017, n. 5016), per cui viene pienamente confermata la conclusione raggiunta dal Giudice di prime cure che la motivazione del provvedimento impugnato non soddisfa l’onere di una puntuale giustificazione quanto all’incompatibilità dell’opera con il contesto paesaggistico.

3.6. In linea di diritto va ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo cui in tema di determinazioni paesaggistiche l'amministrazione è tenuta ad esternare adeguatamente l'avvenuto apprezzamento comparativo, da un lato, del contenuto del vincolo e, dall'altro, di tutte le rilevanti circostanze di fatto relative al manufatto ed al suo inserimento nel contesto protetto.

Conseguentemente, il diniego di autorizzazione paesaggistica non può limitarsi ad esprimere valutazioni apodittiche e stereotipate, dovendo specificare le ragioni del rigetto dell'istanza con riferimento concreto alla fattispecie coinvolta (sia in relazione al vincolo che ai caratteri del manufatto), ovvero - previo l'esame delle sue caratteristiche concrete e l'analitica individuazione degli elementi di contrasto con il vincolo da tutelare - esplicitare i motivi del contrasto tra le opere da realizzarsi (che nel caso concreto, secondo le argomentazioni contenute nell'atto di appello del Comune, sembrerebbe essere soprattutto la questione dell'altezza dell'antenna realizzanda) e le ragioni di tutela dell'area interessata dall'apposizione del vincolo mediante l'esternazione delle specifiche ragioni per le quali si ritiene che un'opera non sia idonea a inserirsi nell'ambiente circostante.

Per queste ragioni è priva di fondamento l'affermazione della parte appellante che *"sarebbe arbitraria ogni indagine sull'idoneità dell'opera ad incidere in concreto sull'assetto paesaggistico, essendo sufficiente l'esistenza di un pregiudizio anche soltanto meramente potenziale"*; il Collegio ritiene, inoltre, di poco rilievo l'affermazione del Comune che l'Amministrazione comunale avrebbe considerato le esigenze di un servizio di telecomunicazioni capillare sul proprio territorio e, in funzione delle stesse, avrebbe proposto all'operatore una collocazione alternativa dell'infrastruttura, in quanto entrambe le affermazioni non sono state meglio provate dal Comune.

Infine, il comportamento dimostrato nel caso di specie da parte del Comune di Tremezzina - laddove nega l'autorizzazione paesaggistica unicamente in ragione dell'esistenza del vincolo su tutta l'ampia porzione di territorio comunale

paesaggisticamente vincolata, senza ulteriormente assoggettare la domanda ad una valutazione più approfondita, sia con riferimento alle esigenze di realizzare sul territorio un servizio capillare, sia sull'esistenza nella zona richiesta di strutture analoghe - è stato fondatamente inquadrato come un atteggiamento inteso a introdurre un divieto generalizzato nella località ove Cellnex intendeva collocare la struttura, per cui il Collegio non può che confermare le relative conclusioni raggiunte dal primo Giudice.

3.7. Alla luce di quanto esposto, contrariamente a quanto ritenuto dal Comune appellante, nemmeno la relazione della commissione del paesaggio del 18.5.2021, laddove suggerisce alla richiedente *“di valutare un riposizionamento del manufatto in prossimità della futura “variante della strada Regina”, in un contesto già interessato da opere infrastrutturali, riducendo nel contempo la sua altezza finale”*, contiene le indicazioni necessarie ai fini di una motivazione che possa dirsi sufficiente per il diniego dell'autorizzazione paesaggistica, in quanto un generico accenno all'altezza finale dell'antenna, senza ulteriore indicazione delle ragioni sul contrasto rilevato in relazione al contesto protetto, non viene considerato un modo idoneo per esprimere in maniera logicamente percorribile le specifiche ragioni del diniego.

Pertanto, il Collegio non può che confermare le relative conclusioni raggiunte dal Giudice di primo grado, ossia le conclusioni in ordine al deficit motivazionale dei provvedimenti gravati.

3.8. Per quanto esposto e ritenendo assorbiti tutti gli ulteriori argomenti di doglianza non espressamente esaminati, che il Collegio ha ritenuto irrilevanti ai fini della decisione o comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso da quella assunta, dalla reiezione dei motivi di impugnazione deriva la conferma della fondatezza degli originari motivi dedotti con il ricorso di primo grado.

4. Sussistono giustificati motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Ulrike Lobis, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Ulrike Lobis

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO