

**AMBIENTE: Autorizzazione paesaggistica - Stazione radio-base per telefonia cellulare - Realizzazione abusiva di un ripetitore “shelter” - Parere negativo di compatibilità paesaggistica del Soprintendente – La costruzione costituisce nuovo volume e crea superficie utile – Legittimità - Art. 167, co. 4, d.l.vo 42/04.**

**Tar Campania - Salerno, Sez. II, 12 aprile 2022, n. 966**

*“[...] Richiamato, in particolare, quanto riferito in narrativa, circa le concrete caratteristiche dimensionali del manufatto de quo, si rileva (quanto alle motivazioni, opposte dalla Soprintendenza di Salerno, nel parere negativo impugnato), che l’organo tutorio statale s’è appellato, sostanzialmente, al disposto dell’art. 167, comma 4, d. l.vo 42/04, che non prevede la sanabilità di costruzioni, che abbiano comunque determinato la creazione di superficie e volume, considerando, quindi, l’edificazione del manufatto de quo incompatibile, in assoluto, con la disciplina legislativa di riferimento (“Considerato che l’opera abusiva, tra l’altro, consiste in un manufatto prefabbricato (shelter) con dimensioni pari a circa ml. 2,30 x mt. 2,85 ed altezza pari a circa mt. 3,50; che tale manufatto costituisce un volume, anche in base alla giurisprudenza consolidata (cfr. sentenza del Consiglio di Stato, Sezione sesta, n. 5066/2012), oltre aver determinato creazione di superficie utile. Considerato, quindi, che l’intervento abusivo non rientra, palesemente, nei casi di cui al comma 4 del D. Lgs. 42/04, art. 167, in quanto l’intervento realizzato abusivamente ha determinato creazione di volume e di superficie utile”) [...].”*

#### FATTO

La Vodafone Omnitel B.V., già Vodafone Omnitel N.V., concessionaria del pubblico servizio per la realizzazione e la gestione della seconda rete nazionale di telefonia mobile, denominata GSM; premesso che:

- secondo gli artt. 4 e ss. della Convenzione, doveva progettare e costruire una propria rete radio mobile GSM – comunicando al Ministero PP. TT. i piani esecutivi degli impianti necessari – al fine di garantire la progressiva copertura del territorio nazionale, con il proprio segnale radio telefonico;
- le era stata rilasciata, con delibera n. 4/01/CONS del 10.01.2001, licenza per la prestazione del servizio pubblico di comunicazioni mobili di terza generazione, secondo lo standard UMTS;
- in ottemperanza alle disposizioni di cui all’art. 8 (Copertura ed ulteriori obblighi del licenziatario) della licenza, era tenuta ad assicurare, con la propria rete radio mobile, la copertura minima, prevista dall’art. 3, comma 6, della delibera n. 410/99 dell’Autorità per la Garanzie delle Comunicazioni;
- il T.U. 259 dell’1.08.2003, “Codice delle comunicazioni elettroniche”, all’art. 3 precisava: “1. Il Codice garantisce i diritti inderogabili di libertà delle persone nell’uso dei mezzi di comunicazione

elettronica, nonché il diritto di iniziativa economica ed il suo esercizio in regime di concorrenza, nel settore delle comunicazioni elettroniche. 2. La fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica, che è di preminente interesse generale, è libera e ad essa si applicano le disposizioni del Codice (...); e, all'art. 86, n. 3: "Le infrastrutture di reti (...) sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria (...);"

– al fine di potenziare la ricezione del segnale della telefonia mobile, la dante causa dell'odierna ricorrente, nel mese di giugno del 2001, a seguito di comunicazione all'ente locale e di parere favorevole della competente ARPAC, posizionava apparati tecnologici per la s. r. b. in località Catarozze, presso una vicina struttura turistica;

– a seguito di campagna di verifica di conformità dei propri impianti alla normativa vigente, la ricorrente, certa della piena conformità alla normativa vigente della s. r. b. in questione, in data 20.03.2014 formulava istanza d'accertamento di conformità e d'autorizzazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 87 d. lgs. 259/2003 e 36 d. P. R. 380/2001, allegando alla stessa tutta la documentazione necessaria;

– la stessa istanza era inoltrata alla competente ARPAC, che rilasciava parere sanitario favorevole;

– il Comune di Castellabate, in data 28.05.2014, trasmetteva la richiesta alla Soprintendenza, corredata da relazione tecnica illustrativa, nonché da proposta di provvedimento;

– in data 3.9.2014 la Soprintendenza comunicava, ex art. 10/bis l. 241/90, i motivi ostativi al rilascio del parere favorevole, riscontrati dalla ricorrente con propria memoria, della quale tuttavia la Soprintendenza non teneva conto, tanto che, in data 8.10.2014, comunicava, con il provvedimento impugnato, l'adozione del parere contrario;

tanto premesso, avverso detto parere contrario articolava le seguenti censure in diritto:

**I) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D. LGS. 42/04 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA L. 431/85 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D. LGS. 259/03 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA L. 36/01 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA L. 241/90 – ECCESSO DI POTERE – DIFETTO D'ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO:**

Il Soprintendente aveva reso il parere negativo impugnato, nei seguenti termini: "Considerato che l'opera abusiva, tra l'altro, consiste in un manufatto prefabbricato (shelter) con dimensioni pari a circa mt. 2,30 x m. 2,85 ed altezza pari a mt. 3,50; che tale manufatto costituisce un volume, anche in base alla giurisprudenza consolidata (...), oltre ad aver determinato creazione di superficie utile. Considerato, quindi, che l'intervento abusivo non rientra, palesemente, nei casi di cui al co. 4 del D. Lgs. 42/04, art. 167, in quanto l'intervento realizzato abusivamente ha determinato creazione di

volume e di superficie utile, questa Soprintendenza esprime parere contrario (...); la stessa Soprintendenza, con la comunicazione dei motivi ostativi, resi ai sensi dell'art. 10/bis della l. 241/90, aveva precisato che: “(...) L'opera abusiva, ubicata in prossimità dell'area di Licosa, di alta valenza paesaggistica, risulta visibile da diversi punti di vista e, considerato anche i materiali di cui è costituita, non appare compatibile con il contesto, comportando una modificazione delle caratteristiche peculiari del paesaggio”; in pratica, il Soprintendente, nel parere contrario, considerava il manufatto prefabbricato (shelter) contenente gli apparati tecnologici a supporto della s. r. b., quale volume e/o superficie, non rispondente ai canoni, ex art. 167, co. 4, D. Lgs. 42/04, “non valutando però che lo stesso shelter, seppur costituente volume, è un volume tecnico per apparati tecnologici della s. r. b., che può essere tranquillamente assentito in sanatoria”; tra l'altro non visibile, perché mimetizzato nell'ambiente circostante, come da rilievi fotografici; la ricorrente richiamava giurisprudenza dei Tribunali Amministrativi, onde evidenziare “la non riconducibilità degli impianti di telecomunicazione alla materia dell'edilizia e dell'urbanistica stricto sensu, attesa la diversità sostanziale tra detti impianti e le altre tradizionali costruzioni, sicché ad essi non può essere applicata in via analogica la normativa dettata per le altre costruzioni” e che lo stesso shelter era “un volume tecnico, a corredo della s. r. b., non utilizzabile singolarmente”, e, pertanto, pienamente compatibile con la disciplina, ex art. 167, co. 4, D. Lgs. 42/04 (citando, a sostegno, ulteriore giurisprudenza, anche di questo TAR); quanto, poi, alla motivazione, espressa nella comunicazione dei motivi ostativi, e sopra riferita, opinava che la stessa, “a parte la sua genericità, non effettua alcuna valutazione di compatibilità dei detti volumi tecnici con l'area dove sono allocati, non prendendo in considerazione il fenomeno della telefonia ed il suo interesse nazionale, per volontà legislativa, né la circostanza che la s. r. b. è esistente già dal 2001”, con ciò violando, a suo avviso, l'art. 3 della l. 241/90 e l'ivi sancito obbligo di motivazione di ogni atto amministrativo (nella specie non assolto, anche perché mancava, nel provvedimento impugnato, “qualsiasi motivazione tecnica, relativa all'asserita incompatibilità della struttura, il che dimostrava che non era stata eseguita alcuna istruttoria che evidenziasse analiticamente gli elementi d'incompatibilità con il paesaggio dell'intervento realizzato”); in definitiva, “il parere negativo reso finisce con l'essere una mera formulazione di stile, che non esplicita le ragioni per le quali l'opera non si inserirebbe correttamente nel contesto dei luoghi”, tanto più “in considerazione del fatto che l'area dov'è allocata la s. r. b. dista pochi metri da una grossa struttura turistica recettiva (...) e che la stessa infrastruttura è ben camuffata nell'ambiente circostante”;

II) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D. LGS. 42/04 –VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA L. 431/85 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D. LGS.

259/03 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA L. 36/01 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA L. 241/90 – ECCESSO DI POTERE – DIFETTO D’ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO:

Il legislatore, in forza delle licenze, imponeva, al fine d’assicurare un adeguato livello di qualità del servizio, di garantire la progressiva copertura del territorio nazionale con il proprio segnale radioelettrico, attraverso la realizzazione di una propria rete di stazioni radio base ed apparati accessori; l’obbligo di copertura era ribadito dal quadro nazionale e comunitario vigente, che qualificava come attività d’interesse pubblico la realizzazione e l’esercizio di reti pubbliche di telecomunicazioni; a tal fine, l’art. 6 d. P. R. 2/12/1994 prevedeva che “i servizi che sono oggetto della concessione dovranno essere assicurati ininterrottamente 24 ore al giorno in tutti i giorni dell’anno con l’eccezione di un periodo di interruzione per manutenzione, non superiore a tre ore la settimana, da allocare nelle ore di più limitato disturbo dell’utenza”; l’obbligo era poi ribadito, in ordine all’esigenza di copertura globale del territorio nazionale, per finalità di protezione civile (art. 7/bis, d. l. 243/2001, convertito con l. 401/2001); e gli impianti e le infrastrutture pertinenti con i quali viene assicurata la copertura avevano, secondo il nuovo Codice delle Comunicazioni elettroniche (D. Lgs. 259/03), carattere d’utilità pubblica, ex artt. 12 e ss. d. P. R. 327/01, assimilati “ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria, di cui all’art. 16, co. 7 del d. P. R. 380/01”. Anche il legislatore comunitario, con le direttive 2002/129/CE (diritto di accesso), 2002/20/CE (direttiva autorizzazioni), 2002/21/CE (direttiva quadro) e 2002/22/CE (direttiva servizio universale) aveva riconosciuto che “l’equipollenza delle varie reti e dei vari servizi di comunicazione elettronica, nonché delle relative tecnologie, rende necessario un regime di autorizzazione che disciplina in modo analogo tutti i servizi comparabili indipendentemente dalle tecnologie impiegate”, ed aveva fornito un sistema di regole, idonee ad assicurare il principio della neutralità tecnologica, favorendo la capillare diffusione di questo tipo di reti, onde garantire, all’utente, finale la massima fruibilità dei servizi di comunicazione. Tali principi erano stati integralmente recepiti dal legislatore nazionale, con il D. Lgs. 259/03, con cui era stato riconosciuto che la disciplina delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica ha, tra le sue finalità, oltre a quella primaria di assicurare i diritti inderogabili di libertà delle persone, nell’uso dei mezzi di comunicazione, quella di garantire la convergenza tra reti e servizi di comunicazione elettronica, nonché il rispetto del principio di neutralità tecnologica (art. 4 lett. d), e), f), g) e h) del d. lgs. 259/03). Anche in considerazione del predetto quadro normativo di settore, in sostanza, risaltava, ad avviso della ricorrente, l’illegittimità del parere negativo espresso dal Soprintendente.

Si costituiva in giudizio il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, con memoria di stile, quindi depositando scritto difensivo, in cui replicava alle censure, espresse in ricorso.

Seguiva, nell'imminenza della discussione, il deposito di memorie conclusiva e di replica, nell'interesse della ricorrente.

Alla pubblica udienza di smaltimento del 7.04.2022, tenuta da remoto in modalità TEAMS, il ricorso era trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Rileva il Collegio che, nella specie, è impugnato un parere negativo di compatibilità paesaggistica, circa l'istanza d'accertamento di conformità, presentata dalla società ricorrente, espresso dalla Soprintendenza B. A. P. di Salerno e concernente un manufatto prefabbricato, consistente in uno "shelter", contenente gli apparati tecnologici a supporto di una s. r. b. per telefonia cellulare, posizionata nel territorio del Comune di Castellabate, frazione San Marco.

Quanto alla natura dello "shelter", soccorre la seguente massima: "I c.d. shelter (sono) ripetitori di telefonia mobile costituiti da un palo metallico su cui insistono le antenne, fissato con bulloni su un basamento di cemento costruito sul terreno e da un prefabbricato metallico adibito a deposito degli apparati elettronici di trasmissione, parimenti fissato su un basamento di cemento (...)" (Comm. trib. prov.le Reggio Emilia, Sez. II, 9/11/2015, n. 425).

Non si tratta quindi, semplicemente di un'antenna, bensì di un manufatto, di non irrilevanti dimensioni, avente una ben precisa connotazione sotto il profilo urbanistico – edilizio, il che appare essenziale, al Tribunale, al fine dell'inquadramento della fattispecie in esame.

Richiamato, in particolare, quanto riferito in narrativa, circa le concrete caratteristiche dimensionali del manufatto de quo, si rileva (quanto alle motivazioni, opposte dalla Soprintendenza di Salerno, nel parere negativo impugnato), che l'organo tutorio statale s'è appellato, sostanzialmente, al disposto dell'art. 167, comma 4, d. l.vo 42/04, che non prevede la sanabilità di costruzioni, che abbiano comunque determinato la creazione di superficie e volume, considerando, quindi, l'edificazione del manufatto de quo incompatibile, in assoluto, con la disciplina legislativa di riferimento ("Considerato che l'opera abusiva, tra l'altro, consiste in un manufatto prefabbricato (shelter) con dimensioni pari a circa ml. 2,30 x mt. 2,85 ed altezza pari a circa mt. 3,50; che tale manufatto costituisce un volume, anche in base alla giurisprudenza consolidata (cfr. sentenza del Consiglio di Stato, Sezione sesta, n. 5066/2012), oltre aver determinato creazione di superficie utile. Considerato, quindi, che l'intervento abusivo non rientra, palesemente, nei casi di cui al comma 4 del D. Lgs. 42/04, art. 167, in quanto l'intervento realizzato abusivamente ha determinato creazione di volume e di superficie utile"); laddove parte ricorrente, segnatamente nel primo motivo di

gravame, ha citato precedenti giurisprudenziali, tendenti all'affermazione dell'assentibilità postuma di manufatti, costituenti volumi tecnici, e tanto anche in considerazione della necessità, per la stessa società ricorrente, quale gestore di rete mobile di telecomunicazioni, considerata quale attività di pubblica utilità, di garantire la copertura continua del segnale; la ricorrente ha, inoltre, sempre nel primo motivo, lamentato il presunto difetto di motivazione del provvedimento gravato, il quale non avrebbe affatto giustificato i profili di effettivo contrasto dello stesso manufatto con l'ambiente naturalistico circostante.

In giurisprudenza, cfr. tuttavia Consiglio di Stato, sez. VI, 6/11/2020, n. 6840: *“Il favor assicurato alla diffusione dell'infrastruttura a rete della comunicazione elettronica, espresso anche dal decreto legislativo n. 259 del 2003, pur comportando una compressione dei poteri urbanistici conformativi ordinariamente spettanti ai Comuni, non consente di derogare alle discipline poste a tutela degli interessi differenziati, come quello naturalistico – ambientale, in quanto espressione dei principi fondamentali della Costituzione né tantomeno consente la compressione di interessi paesaggistici presidiati da idonei vincoli. Il bilanciamento degli interessi tutelati, inoltre, non può che essere svolto in concreto, considerando la possibile utilizzazione di alternative che consentano una soluzione di ragionevole contemperamento degli stessi interessi”*.

Oltre a ciò, si consideri che la giurisprudenza prevalente, in tema di accertamento di conformità riguardante i cd. volumi tecnici, è decisamente orientata, nel senso di negarne l'ammissibilità; cfr. T.A.R. Campania – Napoli, sez. III, 1/07/2021, n. 4561: *“L'intervento edilizio che ha prodotto aumento di superficie e di volume non può essere qualificato abuso minore ai fini dell'applicazione dell'art. 167, comma 4, d.lgs. n. 42/2004, non rientrando nella casistica ivi prevista. In ogni caso, nella prospettiva della tutela del paesaggio non è rilevante la classificazione dei volumi edilizi che si suole fare al fine di evidenziarne la neutralità, sul piano del carico urbanistico, dei cosiddetti volumi tecnici”*; negli stessi sensi, T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, 9/01/2020, n. 110: *“L'art. 167, comma 4, d. lgs. n. 42/2004 preclude il rilascio di autorizzazioni in sanatoria, quando siano stati realizzati volumi di qualsiasi natura, anche interrati. Il divieto di incremento di volumi esistenti, imposto ai fini di tutela del paesaggio, si riferisce a qualsiasi nuova edificazione comportante creazione di volume, senza che sia possibile distinguere tra volume tecnico ed altro tipo di volume, sia esso interrato o meno. Rispetto al dato letterale della disposizione di cui all'art. 167, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 42/2004 citato, non è consentito all'interprete ampliare la portata di tale norma, che costituisce eccezione al principio generale della necessità del previo assenso codificato dal precedente art. 146, per ammettere fattispecie letteralmente, e senza distinzione alcuna, escluse”*; conformi: T.A.R. Lombardia – Milano, sez. III, 5/08/2019, n. 1821; Consiglio di Stato, Sez. VI,

5/12/2018, n. 6904; si consideri ancora, T. A. R. Puglia – Lecce, Sez. I , 11/06/2018, n. 955: *“Le valutazioni che l’Amministrazione è chiamata ad esprimere nell’ambito dell’autorizzazione in sanatoria ex art. 167, co. 4 del D. Lgs 42/2004 attengono al profilo paesaggistico dell’opera, in relazione alla quale il volume tecnico, irrilevante a fini urbanistici, può invece risultare fondamentale per escludere la sanabilità dell’intervento”*.

Quanto al presunto difetto di motivazione, che caratterizzerebbe, secondo la ricorrente, il provvedimento impugnato, si consideri che è la stessa parte ricorrente a richiamare, in senso ostativo all’assentibilità postuma dell’opera, quanto espresso, a tale riguardo, dalla Soprintendenza B. A. P. di Salerno, nel preavviso di diniego, che aveva preceduto l’emanazione del gravato parere contrario, nei sensi seguenti: *“Il manufatto dello shelter prefabbricato realizzato abusivamente non rientra nei limiti previsti dall’art. 167 comma 4 lett. a, in quanto ha determinato creazione di volume e superficie utile; inoltre, l’opera abusiva, ubicata in prossimità dell’area di Licosa, di alta valenza paesaggistica, risulta visibile da diversi punti di vista e, considerati anche i materiali di cui è costituita, non appare compatibile con il contesto, comportando una modificazione delle caratteristiche peculiari del paesaggio”*.

Tale motivazione appare al Collegio (di là dallo stesso valore dirimente, assegnato dalla Soprintendenza al contrasto dell’opera realizzata con l’art. 167, co. 4, d. l.vo 42/04), idonea, in ogni caso, a supportare l’avviso sfavorevole impugnato: ciò tenuto conto, precipuamente, della circostanza che la valutazione di compatibilità di un intervento edilizio con i vincoli paesaggistici, può essere sindacata, solo se fondata su apprezzamenti palesemente irragionevoli o sulla fallace rappresentazione della realtà fattuale (cfr. C. di S., Sez. III, n. 1315/2016), presupposti che senz’altro non ricorrono, nel caso di specie, soprattutto in considerazione della *“alta valenza paesaggistica”*, puntualmente posta in risalto dall’Amministrazione, dell’area, entro la quale la s. r. b. in questione è stata realizzata.

Nella seconda doglianza dell’atto introduttivo del giudizio, poi, parte ricorrente ha nuovamente invocato, a dimostrazione della dedotta illegittimità del parere contrario, oggetto d’impugnativa, l’obbligo di copertura integrale e continua del segnale radio, delineato dalla legislazione nazionale e comunitaria vigente, che qualificava, come attività d’interesse pubblico, la realizzazione e l’esercizio di reti pubbliche di telecomunicazioni: sostanzialmente, quindi, ribadendo quanto sostenuto nel primo motivo, specificamente alla luce del quadro normativo di settore.

In proposito, non può che rilevarsi come, nella parte motiva della sentenza del C. di S., sez. VI, del 6.11.2020, n. 6840, la cui massima è stata riferita in precedenza, resa su appello della stessa società

ricorrente, avverso una decisione del T. A. R. Campania – Napoli (sez. VI, n. 3301/2019), significativamente s’affermava, riguardo ad analoghe doglianze, quanto segue:

“(…) Al paragrafo 1d l’appellante rileva l’illegittimità del provvedimento adottato dalla Soprintendenza alla luce di quanto disposto dalla disciplina legislativa vigente sulla funzione svolta dalle stazioni radio base, considerate opere di interesse nazionale equiparate alle opere di urbanizzazione primaria. Il Tar sul punto si sarebbe limitato a segnalare la rilevanza del valore costituzionalmente tutelato del paesaggio, senza considerare la finalità perseguita anche dalla normativa europea in relazione alla garanzia dei diritti inderogabili, e parimenti costituzionalmente tutelati, di libertà delle persone nell’uso dei mezzi di comunicazione elettronica e di iniziativa economica in regime di concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche. Risulterebbe evidente quindi la mancata istruttoria e la carenza di motivazione nell’adozione del diniego al rilascio dell’autorizzazione paesaggistica a causa della omissione della valutazione e del bilanciamento tra i diversi interessi in gioco.

Anche tale motivo non è accoglibile. Confermando la giurisprudenza di questa Sezione si deve ribadire che il favor assicurato alla diffusione dell’infrastruttura a rete della comunicazione elettronica, espresso anche dal decreto legislativo n. 259 del 2003, pur comportando una compressione dei poteri urbanistici conformativi ordinariamente spettanti ai Comuni, non consente di derogare alle discipline poste a tutela degli interessi differenziati, come quello naturalistico – ambientale, in quanto espressione dei principi fondamentali della Costituzione (Cons. St. sez. VI, n. 8242/2019) né tantomeno consente la compressione di interessi paesaggistici presidiati da idonei vincoli (legittimi ed efficaci arg. ex CdS VI n. 7944 del 2009) (…)

Conformemente alle prefate argomentazioni, in definitiva, il ricorso dev’essere respinto.

Le spese di lite, per la peculiarità e la risalenza temporale della specie, possono essere, peraltro, eccezionalmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso, in Salerno, nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2022, tenuta da remoto in modalità TEAMS, con l’intervento dei magistrati:

Paolo Severini, Presidente, Estensore

Roberta Mazzulla, Referendario

Silvio Giancaspro, Referendario

IL SEGRETARIO