



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 671 del 2018, proposto da Linkem S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Merusi, Graziella Pulvirenti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Merusi in Roma, corso V. Emanuele II n. 18;

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angela Raimondo, Antonio Ciavarella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angela Raimondo in Roma, via del Tempio di Giove 21; Dipartimento Programmaz. Attuazione Urbanistica-Dir.Edilizia U.O.Permessi di Costruire Uff.Staz.Radio Base Roma Capitale non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 10354/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento

- della nota del 12 aprile 2016 prot. 65378, a firma del responsabile dell'Ufficio Stazioni Radio Base e del Dirigente del Dipartimento Programmazione ed attuazione Urbanistica-Direzione edilizia - U.O. Permessi di Costruire - Ufficio Stazioni Radio Base di Roma Capitale, inerente la segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'art. 87-bis [registrata al protocollo del Dipartimento con il n. 51789 in data 21 marzo 2016] per l'installazione di un impianto radioelettrico per comunicazioni elettroniche di LINKEM in Roma, via Casal de' Pazzi, 76 – Municipio IV;
- per quanto occorrer possa, della nota di riscontro del 29 aprile 2016 prot. 34707 del Direttore del Municipio IV di Roma, Direzione Tecnica – Servizio III Edilizia Privata;
- della Comunicazione di Archiviazione del 27 giugno 2016 prot. 119662, adottata dal medesimo Ufficio, inerente la segnalazione certificata di inizio attività di cui sopra;

- dell'art. 4 del "Regolamento per la localizzazione, l'installazione e la modifica degli impianti di telefonia mobile, ai sensi dell'art. 8, comma 6, della legge n. 36 del 22 febbraio 2001 e per la redazione del Piano, ex art. 105, comma 4 delle NTA del PRG vigente, nonché per l'adozione di un sistema di monitoraggio delle sorgenti di campo elettrico, magnetico ed elettromagnetico" approvato con deliberazione dell'Assemblea Capitolina del 14 maggio 2015 n. 26 e, per quanto occorrer possa, della deliberazione medesima in parte qua, nonché di ogni corrispondente disposizione del vigente PRG (ivi comprese le NTA, con particolare riguardo all'art.103, comma 3) che dovesse prevedere o essere interpretata quale presupposto della disciplina posta dall'art. 4 del Regolamento impugnato;

- di ogni atto presupposto e/o connesso e/o conseguente al provvedimento come sopra impugnato, ancorché non conosciuto, e

il risarcimento

- dei danni subiti e subendi per il mancato esercizio dell'impianto in esame,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2019 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Fabio Merusi, Graziella Pulvirenti e Angela Raimondo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'appello in esame l'odierna parte appellante impugnava la sentenza n. 10305 del 2017 con cui il Tar Lazio aveva respinto l'originario gravame; quest'ultimo era stato proposto dalla medesima appellante, nella qualità di impresa che aveva presentato una segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'art. 87 bis del d.lgs. n. 259 del 2013 per la installazione di un proprio impianto di comunicazioni elettroniche su una infrastruttura di comunicazione già esistente di altro operatore.

In particolare, con il ricorso venivano impugnati sia gli atti recanti il diniego a procedere alla installazione (stante la posizione dell'antenna nei limiti di cento metri da un sito sensibile), sia la previsione applicata, di cui all'art. 4 del "Regolamento per la localizzazione, l'installazione e la modifica degli impianti di telefonia mobile, ai sensi dell'art. 8 comma 6 della legge n. 36 del 2001 e per la redazione del piano ex art. 105 comma 4 delle N.T.A. del P.R.G. vigente, nonché per l'adozione di un sistema di monitoraggio delle sorgenti di campo elettrico, magnetico ed elettromagnetico" approvato dal Consiglio comunale con delibera n. 26 del 14 maggio 2015.

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, parte appellante formulava, avverso la sentenza di rigetto, i seguenti motivi di appello:

- violazione dell'art. 12 prel cc e dei principi in tema di interpretazione, stante l'inapplicabilità del regolamento e della normativa di piano invocata non trattandosi nel caso di specie di impianti di telefonia mobile;

- omessa pronuncia sul motivo di impugnazione recante deduzione di carenza di motivazione, violazione dell'art. 8 commi 1 e 4 legge 36\2001, per mancanza della disciplina regionale di riferimento;

- illegittimità dell'art. 4 del regolamento nella parte in cui prescrive la distanza di 100 m. dai siti sensibili, per violazione del riparto di competenze, degli artt. 3, 4 e 8 l. 36 cit., del dPCM 8\7\2003, degli artt. 87 d.lgs. 259\2003 e 64 cod proc amm, nonché per diversi profili di eccesso di potere.

Veniva altresì formulata domanda di risarcimento danni derivanti dalla mancata attivazione dell'impianto.

La parte appellata si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla pubblica udienza del 14\3\2019, in vista della quale le parti depositavano memorie, la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è fondato in ordine al primo ordine di motivi, avente effetto assorbente in quanto dall'accoglimento dello stesso deriva l'inapplicabilità, al caso di specie, della disciplina regolamentare contestata con le restanti censure.

2.1 La disciplina regolamentare oggetto di contestata applicazione, intitolata "Regolamento per la localizzazione, l'installazione e la modifica degli impianti di telefonia mobile, ai sensi dell'art. 8, co. 6, della legge n. 36 del 22.02.2001 e per la redazione del Piano, ex art. 105, co. 4 delle NTA del PRG vigente, nonché per l'adozione di un sistema di monitoraggio delle sorgenti di campo elettrico, magnetico ed elettromagnetico", all'art. 1 (intitolato "ambito di applicazione") prevede espressamente quanto segue: "il presente regolamento si applica agli impianti per la telefonia mobile, per i quali è richiesta specifica autorizzazione da parte del Comune di Roma. Sono esclusi dall'applicazione del presente Regolamento gli apparati di telefonia mobile afferenti alla difesa nazionale, ai servizi di emergenza tecnica e sanitaria e alla pubblica sicurezza".

Anche il successivo art. 2, concernente l'individuazione di finalità ed obiettivi, conferma che il regolamento fornisce gli indirizzi, i criteri e la disciplina di riferimento per assicurare il corretto insediamento urbanistico, territoriale ed ambientale degli impianti di telefonia mobile.

2.2 La norma di regolazione oggetto di specifica applicazione è quella dettata dall'art. 4, rubricato "divieto di installazione degli impianti": "Fermo restando il rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità stabiliti per legge, nel rispetto del principio di precauzione, qualsiasi localizzazione deve tendere alla minimizzazione dell'esposizione umana alle onde elettromagnetiche nei siti sensibili; in particolare è fatto divieto di installare impianti su siti sensibili quali ospedali, case di cura e di riposo, scuole ed asili nido, oratori, orfanotrofi, parchi gioco, ivi comprese le relative pertinenze, ad una distanza non inferiore a 100 m., calcolati dal bordo del sistema radiante al perimetro esterno.

Gli impianti di telefonia mobile esistenti, installati sugli immobili di cui al comma precedente, sono oggetto di delocalizzazione in conformità con le finalità stabilite nel presente Regolamento, previa

individuazione, autorizzazione e attivazione contestuale di altro sito compatibile ai fini di una efficiente erogazione del servizio.

Il divieto di installazione di cui sopra può essere derogato sui singoli beni classificati come siti sensibili che, per attività in essi svolta, richiedano una puntuale copertura radioelettrica.

Non è consentita l'installazione degli impianti su edifici costruiti abusivamente, che non abbiano ottenuto il titolo abilitativo edilizio in sanatoria”.

2.3 Sempre in termini di delimitazione della disciplina di riferimento, il regolamento costituisce esercizio del potere conferito ai sensi dell'art. 8 comma 6 legge 36\2001, secondo cui, come noto, “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”.

Peraltro, la stessa norma di riferimento, al primo comma detta il riparto delle competenze ed individua le diverse tipologie di impianto oggetto di possibile regolamentazione anche ai fini predetti.

Il primo comma prevede infatti: “1. Sono di competenza delle regioni, nel rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità nonché dei criteri e delle modalità fissati dallo Stato, fatte salve le competenze dello Stato e delle autorità indipendenti:

a) l'esercizio delle funzioni relative all'individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti per telefonia mobile, degli impianti radioelettrici e degli impianti per radiodiffusione, ai sensi della legge 31 luglio 1997, n. 249, e nel rispetto del decreto di cui all'articolo 4, comma 2, lettera a), e dei principi stabiliti dal regolamento di cui all'articolo 5;

b) la definizione dei tracciati degli elettrodotti con tensione non superiore a 150 kV, con la previsione di fasce di rispetto secondo i parametri fissati ai sensi dell'articolo 4 e dell'obbligo di segnalarle;

c) le modalità per il rilascio delle autorizzazioni alla installazione degli impianti di cui al presente articolo, in conformità a criteri di semplificazione amministrativa, tenendo conto dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici preesistenti;...”.

2.4 Il regolamento in questione, rispetto all'astratto potere, conferito dalla norma, di disciplinare gli impianti - cioè tutti quelli espressamente e distintamente elencati dalla stessa norma -, ha ad espresso oggetto solo una delle tipologie indicate dalla legge come possibile oggetto di disciplina, quelli di telefonia mobile.

In disparte della coerenza e legittimità di tale regolamentazione rispetto al servizio di telefonia mobile, non appare possibile estendere in via interpretativa una disciplina speciale e limitativa al di fuori del proprio specifico e predeterminato campo di applicazione. Ciò, come si vedrà, in coerenza sia con i criteri generali di interpretazione sia con i principi vigenti in materia.

2.5 Dall'analisi della normativa di settore e delle distinzioni di carattere tecnologico, risulta che le stazioni radio base in questione sono gli impianti della telefonia mobile che ricevono e ritrasmettono i segnali dei telefoni cellulari, consentendone il funzionamento. La propagazione di questi segnali avviene in bande di frequenza diverse, tra i 900 e i 2100 MHz, a seconda del sistema tecnologico utilizzato.

Diversamente, gli impianti dell'odierna appellante prevedono l'erogazione del servizio dati, per l'accesso ad internet, non in relazione a dispositivi mobili, come appunto i cc.dd. telefonini, ma ad un punto stabile, abitazione ed azienda.

Pertanto, se in generale trattasi di impianti radioelettrici di diffusione di segnali di comunicazione, in linea di dettaglio trattasi di impianti diversi e distinti da quelli espressamente destinati alla telefonia mobile. Ciò, oltre ad essere coerente al dato tecnico, appare soprattutto coerente col dato normativo che distingue diverse tipologia di impianti, uno solo dei quali è definito come impianto di telefonia mobile.

2.6 In questo contesto, l'espressa delimitazione del regolamento in discussione a tale specifica tipologia di impianti, appare decisiva, in termini giuridici, in quanto le relative disposizioni, comprese le norme di carattere limitativo, non possono che intendersi applicabili unicamente a tale specifica tipologia.

Sul punto rileva in via primaria la disciplina del codice delle comunicazioni elettroniche in ordine alla nozione generale di impianto radioelettrico; in proposito, l'impianto di telefonia mobile è una delle tipologie specifiche, per l'esercizio della quale è infatti prevista una autonoma e distinta licenza.

In tale contesto, quindi, una regolamentazione specifica e limitata a tale tipologia non può automaticamente estendersi alle altre tipologie di impianti radioelettrici.

Tale conclusione trova conferma sia in base all'interpretazione logica e letterale (in claris non fit interpretatio), sia in base all'opzione ermeneutica di ordine funzionale, svolta in termini applicativi dei principi vigenti in materia, tesi a favorire lo sviluppo di tali infrastrutture. A quest'ultimo riguardo, come già evidenziato in giurisprudenza, la normativa applicabile alla materia in esame esprime un particolare favor per la realizzazione di reti e servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico (cfr. ad es. Consiglio di Stato sez. VI 3 agosto 2017 n. 3891).

La relativa opzione ermeneutica assume rilievo preminente anche alla luce dei principi e delle indicazioni derivanti dalle direttive quadro in materia (22\2002\CE).

2.7 A fronte della inapplicabilità della norma regolamentare invocata alla tipologia di impianti predisposti dall'odierna appellante, è illegittima la determinazione negativa all'installazione progettata.

3. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello è fondato in ordine al preliminare ed assorbente profilo indicato e va pertanto accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado.

4. L'accoglimento del gravame impone di esaminare la domanda di risarcimento danni.

Al riguardo, a fronte della peculiarità della disciplina di settore e del relativo iter procedimentale, sussistono i presupposti di relativa fondatezza; l'illegittimità delle statuizioni impugnate e l'assenza di elementi tali da reputare sussistente la scusabilità della p.a.; il danno derivante dalla mancata attivazione dell'impianto; il nesso di causalità fra tale danno e la determinazione illegittima della p.a..

4.1 Invero, i fatti così come documentati in causa dimostrano inequivocabilmente il danno ingiusto patito dalla società ricorrente in conseguenza della determinazione illegittima, attuativa di una disposizione regolamentare ostativa non applicabile all'impianto in questione.

4.2 Parimenti sussistente appare l'elemento soggettivo. In proposito, va ribadito con la prevalente giurisprudenza il principio per cui, in sede di accertamento della colpevolezza dell'Amministrazione nell'esercizio della funzione pubblica l'acclarata illegittimità del provvedimento amministrativo integra, ai sensi degli artt. 2727 e 2729 comma 1, c.c., il fatto costitutivo di una presunzione semplice in ordine alla sussistenza della colpa in capo all'Amministrazione; viceversa, in materia di risarcimento da mancato affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni, non è necessario provare la colpa dell'Amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria; le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti fanno sì che una qualsiasi violazione degli obblighi di matrice sovranazionale consente all'impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e, dunque, dell'imputabilità soggettiva della lamentata violazione (cfr. ad es. Consiglio di Stato sez V 31 dicembre 2014 n. 6450).

Nel caso di specie, in tema di impianti per la comunicazione e la diffusione della rete internet e non di appalti (seppur il diverso trattamento potrebbe ipotizzare seri dubbi di compatibilità della distinzione con i principi di cui agli artt. 3 e 24 Cost.), a fronte della evidente illegittimità dell'atto, sotto i diversi profili indicati, sussistono i presupposti per applicare il prevalente orientamento a tenore del quale, in sede di giudizio per il risarcimento del danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa, restando a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile (cfr. ad es. Consiglio di Stato sez III 10 luglio 2014 n. 3526 e sez. IV, 12 aprile 2018, n. 2197).

In linea generale, in caso di acclarata illegittimità di un atto amministrativo asseritamente foriero di danno, al privato non è richiesto un particolare sforzo probatorio per ciò che attiene al profilo dell'elemento soggettivo della fattispecie; egli può, infatti, limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto, dovendosi fare rinvio, al fine della prova dell'elemento soggettivo della responsabilità, alle regole della comune esperienza e della presunzione semplice di cui all' art. 2727 c.c. , mentre spetta alla Pubblica amministrazione dimostrare di essere incorsa in un errore scusabile; la presunzione di colpa dell'amministrazione può essere riconosciuta solo nelle ipotesi di violazioni commesse in un contesto di circostanze di fatto ed in un quadro di riferimento normativo, giuridico e fattuale tale da palesarne la negligenza e l'imperizia, cioè l'aver agito intenzionalmente o in spregio alle regole di correttezza, imparzialità e buona fede nell'assunzione del provvedimento viziato, mentre deve essere negata la responsabilità quando l'indagine conduce al riconoscimento di un errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per la incertezza del quadro normativo di riferimento, per la complessità della situazione di fatto.

Nella specie nessun elemento in tali termini è stato paventato o dimostrato da parte resistente; al contrario, in linea di diritto è già stato evidenziato il favor che l'ordinamento per la realizzazione di reti e servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico; nessun contrasto giudiziario né incertezza

del quadro normativo, come sopra ricostruito, né una particolare complessità della situazione di fatto, regolata ex novo dallo stesso Comune con una disciplina limitata ad una diversa tipologia di impianti. Peraltro, a diverse conclusioni non si giungerebbe facendo riferimento all'orientamento secondo cui l'illegittimità del provvedimento amministrativo, ove acclarata, costituisce solo uno degli indici presuntivi della colpevolezza, da considerare unitamente ad altri, quali il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità degli elementi di fatto, il carattere vincolato della statuizione amministrativa, l'ambito più o meno ampio della discrezionalità dell'Amministrazione (cfr. 4318\2014). Nel caso di specie assumono carattere dirimente gli elementi di chiarezza normativa e di assenza di contrasti giurisprudenziali, oltre alla diversità sia tecnica che giuridica degli impianti in questione.

Ciò assume particolare rilievo in una materia in cui il favor legislativo si è estrinsecato altresì nell'introduzione di meccanismi di semplificazione procedimentale, ai sensi dell'art. 87 d.lgs. 259\2003 (cfr. in termini ad es. Consiglio di Stato sez. III, 19 marzo 2014, n.1361).

In materia di semplificazione, anche la Corte costituzionale ha ancora di recente (cfr. sentenza 13 marzo 2019 n. 45) ricordato come, a fronte della scelta di fondo del legislatore nel senso della liberalizzazione dell'attività oggetto di segnalazione e della semplificazione procedimentale, la fase amministrativa che ad essa accede costituisce una – sia pur importante – parentesi puntualmente delimitata nei modi e nei tempi. Una dilatazione temporale dei poteri di verifica, per di più con modalità indeterminate, comporterebbe, invece, quel recupero dell'istituto all'area amministrativa tradizionale, che il legislatore ha inteso inequivocabilmente escludere.

4.3 Nel caso di specie sussiste altresì il nesso causale tra l'illegittimità degli atti di inibizione e di regolazione presupposta ed il pregiudizio, consistente nella mancata attivazione dell'impianto oggetto della s.c.i.a. entro i termini previsti in ragione del comportamento tenuto dall'amministrazione, complessivamente considerato e in relazione ai provvedimenti illegittimi adottati, da cui è conseguito il mancato introito dei relativi utili per circa tre anni.

4.4 Per ciò che concerne la quantificazione, a fronte di un principio di prova fornito dalla parte appellante (cfr. documentazione allegata sub ii e s. dell'originario ricorso in ordine agli introiti attesi da impianti analoghi, neppure oggetto di specifica contestazione di controparte), sussistono i presupposti per una determinazione quantitativa che, in via equitativa, appare determinabile nell'importo pari ad euro 500,00 per ogni mese di mancata operatività dell'impianto; ciò tenendo in peculiare conto, a fini di equa riduzione del quantum richiesto, dell'aleatorietà e della concorrenza che caratterizzano il mercato in questione.

5. Le spese di lite del doppio grado, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il corso di primo grado.

Accoglie la domanda di risarcimento danni nei limiti di cui in motivazione.

Condanna la parte appellata al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio in favore di parte appellante, liquidate in complessivi euro 3.000,00 (tremila\00), oltre accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Davide Ponte

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO