



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2239 del 2008, proposto da: ^{alfa spa}
in persona del procuratore speciale della ^{alfa spa} dr. ^{tizio}
giusta procura per notaio dott.ssa ^{caia} n. 70175 raccolta n.
5899 del 22/02/2006, rappresentata e difeso dall'avv. ^{mevio},

contro

Comune

nei confronti di

s.m.

, rappresentata e difesa dall'avv. ^{a.i.}

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento dirigenziale prot. n.1664 del 12.2.2008 con cui è stata nuovamente respinta la D.I.A. presentata dalla società ricorrente per la

realizzazione di un impianto di telefonia mobile sull'edificio sito in _____, in via ^{omissis} _____; per quanto possa occorrere delle relazioni tecniche elaborate su incarico del Comune "GD - consulting" di Salerno, in data 19/12/2007 e 11/02/2008 (recepte nel provvedimento di diniego impugnato), tese ad evidenziare pretese irregolarità in ordine ai livelli di emissione elettromagnetica ed acustica dell'impianto della società ricorrente; di ogni altro atto connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Mariglianella e di Sorrentino Maddalena;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2013 la dott.ssa Diana Caminiti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 8 aprile 2008 e depositato il successivo 18 aprile 2008 al Comune _____ e a ^{s.m.} _____, residente nel medesimo Comune, _____, la società ^{alfa} _____ s.p.a. ha impugnato il provvedimento dirigenziale prot. n.1664 del 12.2.2008 con cui veniva nuovamente respinta la d.i.a. presentata dalla medesima società per la realizzazione di un impianto di telefonia mobile sull'edificio sito in _____

nonché per quanto possa occorrere, le relazioni tecniche elaborate su incarico del Comune "GD - consulting" di Salerno, in data 19/12/2007 e 11/02/2008 (recepte nel provvedimento di diniego impugnato), tese ad evidenziare pretese irregolarità in ordine ai livelli di emissione elettromagnetica ed acustica dell'impianto della società ricorrente.

2. A sostegno del ricorso deduce in fatto di avere presentato d.i.a. in data 4 luglio 2006, ai sensi dell'art. 87 comma 3 del Dlgs. 259/2003, per la realizzazione del citato impianto, oggetto di diniego con il provvedimento n. 3120 del 21/03/2007, impugnato dalla società ricorrente innanzi questo T.A.R., il quale, con sentenza n. 6453 del 4 luglio 2007, accoglieva il ricorso sulla base del rilievo che il provvedimento di diniego era tardivo in quanto intervenuto quando la d.i.a. doveva intendersi già perfezionata per silenzio assenso, atteso che il termine di legge non poteva intendersi interrotto dalla seconda richiesta di integrazione documentale, insuscettibile di essere formulata, stante il divieto di cui all'art. 87 comma 5 Dlgs. 259/03.

2.1. Pertanto, essendo la ricorrente in possesso del necessario titolo abilitativo, come acclarato dalla citata sentenza, intraprendeva i lavori di realizzazione dell'impianto, *inopinatamente* sospesi con il provvedimento prot. n. 11848 del 19/11/2007, la cui efficacia era venuta meno decorso il termine di legge di 45 giorni.

2.3. Infine il responsabile dei Servizi Tecnici del Comune emetteva il provvedimento oggetto di impugnativa, di diniego definitivo della d.i.a., motivato sulla base del rilievo che l'impianto da realizzare, per come risulterebbe dalla relazione progettuale, determinerebbe emissioni elettromagnetiche ed acustiche non conformi agli standards normativamente stabiliti, alla stregua di quanto evidenziato nelle relazioni tecniche del 19/12/2007 e del 11/02/2008, elaborate dalla GDN – consulting di Salerno su incarico del Comune, del pari oggetto di impugnativa, sia pure in via meramente subordinata – da parte della ricorrente.

3. Ciò posto, parte ricorrente ha articolato, in quattro motivi di ricorso, le seguenti censure avverso gli atti gravati:

1) Violazione della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, sez. VII n. 6453 del 4/07/2007; Violazione dell'art. 87 , comma 9, del Dlgs. 259/2003; Eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria.

La ricorrente deduce che il provvedimento di diniego definitivo oggetto di impugnativa deve intendersi tardivo, in quanto emesso oltre il termine di legge per la formazione del silenzio assenso, come del resto già rilevato da questa Sezione con la sentenza n. 6453 del 4/07/2007, con cui si era ritenuto tardivo anche il primo provvedimento di diniego, sulla base del rilievo che non poteva tenersi conto, in quanto *tanquam non esset*, della seconda richiesta di integrazione documentale, adottata in contrasto con la previsione del disposto dell'art. 87 comma 5 Dlgs. 259/2003, che prevede la possibilità di richiedere integrazione documentale per una sola volta ed in via tempestiva, nel termine di quindici giorni dalla presentazione dell'istanza.

Pertanto, nella prospettazione attorea, il provvedimento impugnato, oltre ad essere violativo del disposto dell'art. 87 Dlgs.- 259/2003 è altresì violativo del *dictum* giurisdizionale, avendo il Comune reiterato un diniego già oggetto di annullamento da parte del T.A.R. con l'indicata sentenza.

2) Incompetenza; Eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria, illogicità ed arbitrarietà.

La società ricorrente assume l'illegittimità del provvedimento di diniego in quanto fondato su mere motivazione di carattere sanitario, esorbitanti dalla sfera di competenza del Comune, atteso che la competenza ad attestare la regolarità delle emissioni elettromagnetiche spetta in via esclusiva all'A.R.P.A., che nell'ipotesi di specie si era espressa favorevolmente con parere del 5/10/2006.

3) Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, illogicità ed arbitrarietà; invalidità derivata.

Parte ricorrente assume l'illegittimità delle relazioni tecniche del 19/12/2007 e del 11/02/2008, elaborate dalla GDN – consulting di Salerno, su incarico del Comune, in quanto fondate su dati erronei, come palesato dalla perizia di parte depositata in atti.

Da ciò l'invalidità in via derivata del provvedimento di diniego, che avrebbe recepito le risultanze di tali relazioni.

4) Eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria, illogicità ed arbitrarietà.

Assume infine parte ricorrente che pure nell'ipotesi in cui il provvedimento di diniego dovesse intendersi motivato anche con riferimento al contrasto con il regolamento comunale concernente il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti di telefonia mobile (richiamato nel provvedimento medesimo), ugualmente lo stesso dovrebbe intendersi illegittimo, non potendo il richiamato regolamento, in quanto approvato dopo il perfezionamento del silenzio assenso sulla d.i.a. presentata da parte ricorrente, avere alcuna efficacia rispetto al titolo abilitativo vantato dalla società ricorrente.

4. Si sono costituiti in giudizio sia il Comune che l'asserita controinteressata s.m. , la quale, con memoria difensiva depositata in data 30 aprile 2008 ha eccepito preliminarmente il proprio difetto di legittimazione passiva, nonché l'inammissibilità del ricorso per difetto di procura stante illeggibilità della firma e la mancata indicazione del sottoscrittore quale titolare dell'organo rappresentativo.

4.1. Con memoria difensiva depositata in data 24 giugno 2008 il Comune resistente ha replicato in ordine a tutti i motivi di ricorso.

5. Con ordinanza cautelare n. 1813 del 25 giugno 2008 la Sezione ha accolto l'istanza di sospensiva avverso il gravato atto di diniego, sulla base del suo contrasto con quanto statuito con la sentenza della Sezione n. 6453/2007



(notificata al Comune _____ in data 4/07/2007) e segnatamente con l'intervenuto accertamento dell'accogliamento della d.i.a. ai sensi dell'art. 87 comma 9 Dlgs. 259/2003, per cui una volta concluso il procedimento il Comune avrebbe potuto intervenire sull'implicito provvedimento di assenso soltanto con un intervento di secondo grado adottato in via di autotutela.

6. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 19 dicembre 2013.

7. In via preliminare vanno deliberate le eccezioni sollevate dall'asserita controinteressata, ¹s.m.

7.1. Va senza dubbio esaminata per prima, in quanto relativa all'ammissibilità dell'odierno ricorso, la questione relativa al difetto di procura, basata sul rilievo dell'illegittimità della firma e della mancata indicazione della legittimazione del conferente la procura.

7.2. La stessa è infondata atteso che secondo la giurisprudenza (ex multis Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4199 del 16/03/2012) *"illeggibilità della firma del conferente la*

procura alla lite, apposta in calce od a margine dell'atto con il quale sta in giudizio una società, che sia stata esattamente indicata con la sua denominazione, è irrilevante e ciò non soltanto quando il nome del sottoscrittore risulti dal testo della procura stessa, dalla certificazione d'autografia resa dal difensore o dal testo dell'atto, ma anche quando detto nome sia con certezza desumibile dall'indicazione di una specifica funzione o carica, che ne renda identificabile il titolare per il tramite dei documenti di causa o delle risultanze del registro delle imprese. In assenza di tali condizioni, ed inoltre nei casi in cui non si menzioni alcuna funzione o carica specifica, allegandosi genericamente la qualità di "legale rappresentante", si determina nullità relativa, che la controparte può opporre con la prima difesa, a norma dell'art. 157 cod. proc. civ., facendo così carico alla parte istante d'integrare con la prima replica la lacunosità dell'atto iniziale, mediante chiara e non più rettificabile notizia del nome dell'autore della firma illeggibile; ove difetti, sia inadeguata o sia tardiva detta integrazione, si verifica invalidità della procura ed inammissibilità

dell'atto cui accede". In termini analoghi si è espressa recente la Cass. Sez. U, Sentenza n. 25036 del 07/11/2013 affermando che "La procura speciale alle liti rilasciata, per conto di una società esattamente indicata con la sua denominazione, con sottoscrizione affatto illeggibile, senza che il nome del conferente, di cui si alleggi genericamente la qualità di legale rappresentante, risulti dal testo della stessa, né dall'intestazione dell'atto a margine od in calce al quale sia apposta, ed altresì priva, nell'uno o nell'altra, dell'indicazione di una specifica funzione o carica del soggetto medesimo che lo renda identificabile attraverso i documenti di causa o le risultanze del registro delle imprese, è affetta da nullità relativa, che la controparte può tempestivamente opporre ex art. 157, secondo comma, cod. proc. civ., onerando, così, l'istante d'integrare con la prima replica la lacunosità dell'atto iniziale, mediante chiara e non più rettificabile notizia del nome dell'autore della suddetta sottoscrizione, difettando la quale, così come in ipotesi di inadeguatezza o tardività di tale integrazione, si verifica invalidità della procura ed inammissibilità dell'atto cui essa accede".

7.3. Ciò posto, nell'ipotesi di specie non è ravvisabile alcuna nullità della procura *ad litem*, atteso che nonostante la firma sia illeggibile è esattamente indicato il nome

del firmatario e la sua qualità quale procuratore speciale della società ricorrente in forza di atto notarile, non solo esattamente indicato e quindi facilmente conoscibile, in quanto atto pubblico, ma altresì allegato al ricorso; da tale atto notarile si evince altresì che la procura speciale investe anche la capacità di stare in giudizio; da ciò piena legittimazione del conferente il mandato *ad litem*.

7.4. Fondata è invece la questione relativa al difetto di legittimazione passiva di s.m. , per non rivestire la stessa qualità di "controinteressata", non bastando a conferire siffatta qualità la circostanza che la stessa sia residente in luogo vicino alla realizzazione dell'impianto di cui è causa, dovendo ritenersi nell'ipotesi *de qua*, similmente a quanto ritenuto dalla costante giurisprudenza in materia edilizia, che il vicino non assume la veste di controinteressato (cfr in tal senso *ex multis* Consiglio di Stato sez. IV, 15/12/2011, n. 6606, secondo cui "il vicino

anche se ha provocato interventi repressivi o in via di autotutela, non assume la veste di controinteressato nei ricorsi che il titolare della concessione edilizia promuove avverso provvedimenti di revoca e/o di annullamento di ufficio; di conseguenza non esiste alcun obbligo nei suoi confronti di comunicazione di avvio del procedimento, che comporterebbe solo un aggravio procedimentale in contrasto con i principi di economicità e di efficienza dell'attività amministrativa”).

Pertanto il “vicino”, anche se legittimato all'intervento *ad opponendum* e all'impugnativa di atti lesivi della sua posizione giuridica, in simile fattispecie non può intendersi senza dubbio quale controinteressato in senso tecnico, per assenza del requisito formale, non potendo detta qualità desumersi dal contesto dell'atto oggetto di impugnativa.

8. Prima di procedere all'esame del merito del ricorso, è opportuno rilevare che il provvedimento gravato, ad onta del suo riferimento al disposto degli artt. 7 e 10 l. 241/90, non possa essere in alcun modo configurato come atto endoprocedimentale di comunicazione di avvio del procedimento, come è dato

evincere dal tenore testuale del medesimo, avente ad oggetto “comunicazione del provvedimento definitivo e conclusivo di diniego”, e dal riferimento alla sua impugnabilità mediante ricorso al T.A.R., laddove come noto, gli atti di comunicazione di avvio del procedimento, in quanto di carattere endoprocedimentale e quindi non lesivi, non sono immediatamente impugnabili innanzi al T.A.R..

8.1 Da ciò la piena ammissibilità del presente ricorso.

9. Nel merito il ricorso è da accogliersi per la fondatezza del primo motivo di ricorso, avente senza dubbio carattere assorbente rispetto alle censure formulate in via gradata nei successivi motivi.

9.1 Ed invero, come già evidenziato in sede cautelare, il provvedimento di diniego oggetto di impugnativa si pone in contrasto con quanto statuito con la sentenza della Sezione n. 6453/2007 (notificata al comune _____ in data _____)

4/07/2007) e segnatamente con l'intervenuto accertamento dell'accoglimento della d.i.a. ai sensi dell'art. 87 comma 9 Dlgs. 259/2003, per cui una volta concluso il procedimento il Comune avrebbe potuto intervenire sull'implicito provvedimento di assenso soltanto con un intervento di secondo grado adottato in via di autotutela. Da ciò l'illegittimità del diniego, adottato contro la statuizione del *decisum* giurisdizionale.

Pertanto l'Amministrazione non poteva reiterare un diniego sulla d.i.a. presentata dalla società ricorrente, avendo il T.A.R. con l'indicata pronuncia già ritenuto tardivo il primo atto di diniego.

9.2 Peraltro *ad abundantiam* vi è da evidenziare che sulla sentenza *de qua* - all'epoca di adozione dell'atto impugnato - in forza dell'intervenuta notifica, doveva già intendersi formato il giudicato per decorso del termine di impugnativa previsto per l'appello, per cui l'atto adottato dell'Amministrazione, oltre ad essere violativo di un *decisum* giurisdizionale dotato di carattere esecutivo e destinato per ciò solo ad essere osservato, si pone in contrasto altresì con la previsione dell'art. 21 *septies* L.

241/90, che determina la nullità del provvedimento medesimo (sebbene la stessa non sia stata dedotta da parte della ricorrente).

9.3 Né assume alcuna valenza, anche ai fini dell'ammissibilità dell'odierno ricorso, la mancata impugnativa, dedotta dal Comune resistente, dell'ordinanza di sospensione dei lavori, avente carattere necessariamente provvisorio, la cui efficacia deve intendersi cessata con lo spirare del termine di legge di quarantacinque giorni di cui all'art. 27 comma 3 D.P.R. 380/01.

9.4 Peraltro, a prescindere da tali rilievi, come già acclarato dal T.A.R. nell'indicata pronuncia, la società ricorrente alla data di adozione del primo diniego - e pertanto a maggior ragione alla data di adozione dell'odierno diniego - già vantava un titolo formatosi *persilentiūm* con il decorso del termine di novanta giorni dalla data di presentazione della d.i.a., ex art. 87 comma 9 Dlgs. 259/2003 (si vedano, tra le

tante, TAR Campania, Napoli, VII, sent. 4074 del 11/10/2012; n. 7 maggio 2010 n. 3083; n. 3307/2006 e n. 1121/2006, ma in tal senso si esprime anche la giurisprudenza degli altri Tribunali; cfr., ad es., TAR Puglia, Lecce, sez. II, n. 4279/2006 e TAR Sicilia, Catania, n. 1478/2005); ciò in quanto non poteva determinare la sospensione del procedimento la seconda richiesta di integrazione documentale, in quanto *“ai sensi del comma 5 dell’art. 87 D.L.vo n. 259/03, la richiesta di integrazione documentale può essere chiesta una sola volta, poiché una seconda richiesta non è idonea a determinare l’interruzione del termine di novanta giorni di cui al comma 9: la disposizione di cui alla seconda parte del comma 5 secondo la quale “Il termine di cui al comma 9 inizia nuovamente a decorrere dal momento dell’avvenuta integrazione documentale” deve riferirsi, dunque, soltanto alla prima (e tempestiva) richiesta di integrazione documentale”*.

9.5 Pertanto, il Comune, lungi dal denegare il titolo, poteva intervenire solo con atto di autotutela sul titolo formatosi *per silentium* (ex multis T.A.R. Campania, sez. VII, sent. 4074 del 11/10/2012). Da ciò l’illegittimità del provvedimento per contrasto con la previsione dell’art. 87 comma 9 Dlgs. 259/2003.

9.6. Né l’atto di diniego impugnato nell’odierna sede può in alcun modo essere assimilato, in mancanza di qualunque indicazione in tal senso, ad un atto di autotutela.

9.7. Pertanto, potendo il Comune intervenire sul titolo formatosi *per silentium* solo con atto di autotutela di secondo grado, alcuna rilevanza assumono le motivazioni poste a base dell’atto impugnato e l’eventuale contrasto della d.i.a. con quanto prescritto dal regolamento comunale per il corretto insediamento degli impianti di telefonia mobile.

9.8. Peraltro, a prescindere da tali rilievi, come evidenziato dalla società ricorrente nell’ultimo motivo di ricorso, alcuna valenza potrebbe avere il regolamento *de quo*, approvato con delibera di CC n. 2 del 30/01/2007, in quanto entrato in vigore dopo il perfezionamento del titolo *per silentium*, con la conseguenza che detto titolo,

formatosi nel vigore della previgente disciplina, non può venire intaccato dalla disciplina sopravvenuta, in applicazione del principio *"tempus regit actum"* (in tal senso *ex multis* T.A.R. Campania, sez. VII, sent. 4074 del 11/10/2012 cit.).

10. Il ricorso va dunque accolto con conseguente assorbimento degli ulteriori motivi, ivi compreso il terzo motivo di ricorso, riferito all'impugnativa delle relazioni tecniche elaborate su incarico del Comune "GD - consulting" di Salerno, in data 19/12/2007 e 11/02/2008" (recepite nel provvedimento di diniego impugnato), trattandosi di impugnativa proposta per quanto di ragione, ovvero in via gradata, rispetto al primo motivo di ricorso di carattere assorbente.

11. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, nei rapporti fra la società ricorrente ed il Comune, tenuto conto del valore e della natura e complessità della controversia, del numero e dell'importanza e complessità delle questioni trattate.

11.1 Sussistono giusti motivi, in considerazione delle ragioni di diritto sottese alla decisione di difetto di legittimazione passiva di s.m. per la compensazione delle spese di lite nei suoi confronti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima) pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara preliminarmente il difetto di legittimazione passiva di s.m. ;

ACCOGLIE il ricorso e per l'effetto annulla provvedimento dirigenziale del Comune prot. n.1664 del 12.2.2008.

Condanna il Comune resistente alla refusione delle spese di lite nei confronti di parte ricorrente, liquidate in complessivi euro 2.000.00 (duemila/00), oltre ad oneri accessori, se dovuti, come per legge.

Compensa le spese di lite fra la società ricorrente e s.m.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 19 dicembre 2013, 23 gennaio 2014, con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pagano, Presidente

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere

Diana Caminiti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2014

IL SEGRETARIO

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

 **Ex Parte Creditoris**
Rivista di Informazione Giuridica

 **Ex Parte Creditoris**
Rivista di Informazione Giuridica