

AMBIENTE: Inquinamento elettromagnetico – Telecomunicazioni – Stazioni radio base per telefonia mobile – Autorizzazione e localizzazione – Puntuale istruttoria da parte della P.A. – Svolgimento – Obbligo – Sussiste anche in ipotesi di formazione di un provvedimento implicito di assenso – Ragioni.

Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2023, n. 8436

“[...] la formazione di un provvedimento implicito di assenso in ragione del mero decorrere del tempo dalla data di presentazione dell’istanza, come quello previsto nel caso di specie dall’art. 87, comma 9, d.lgs. n. 253 del 2009, non comporta alcuna deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione competente, che deve ugualmente svolgere, proprio come nell’ipotesi in cui fosse obbligata all’adozione di un provvedimento espresso, una puntuale ed esaustiva istruttoria al fine di verificare se sussistono i presupposti ed i requisiti previsti dalla legge per l’attribuzione del bene richiesto.

Peraltro, l’amministrazione pubblica competente, effettuati i dovuti e necessari accertamenti, può decidere, in luogo dell’adozione di un provvedimento espresso, di far formare un provvedimento tacito.

Tale è la fisiologia del procedimento amministrativo ove sia presentata un’istanza a carattere pretensivo per la quale, decorso il termine normativamente previsto, si forma il silenzio assenso.

Viceversa, l’omesso o l’incompleto svolgimento dell’istruttoria da parte dell’amministrazione competente – fermo restando che il decorso del tempo comporta comunque, a tutela dell’affidamento del richiedente, la formazione dell’atto tacito – costituisce una situazione patologica [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune di San Cipriano d’Aversa;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-, in proprio e nella qualità di esercenti la responsabilità genitoriale sui minori -OMISSIS-, nonché di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell’udienza pubblica del giorno 6 luglio 2023, il Cons. Roberto Caponigro e uditi, per la parte appellante, l’avvocato Filippo Pacciani e, per la parte appellata, l’avvocato Valerio Di Giorgio per delega dell’avvocato Gerardo Laurino;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Settima Sezione, con la sentenza 23 novembre 2022, n. -OMISSIS-, ha accolto, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione il ricorso proposto dai signori -OMISSIS-, in proprio e nella qualità di esercenti la responsabilità genitoriale sui minori -OMISSIS-, nonché dai signori -OMISSIS- (di seguito anche solo signori -OMISSIS-) e, per l'effetto, ha annullato l'autorizzazione formatasi per silentium ex art. 87 d.lgs. n. 259 del 2003 sull'istanza proposta da Iliad, ai sensi degli artt. 87 e 88 del d.lgs. n. 259 del 2003, per la installazione di un nuovo impianto di radio-trasmissione per rete di telefonia mobile sito nel Comune di San Cipriano d'Aversa in Via E. Fieramosca n.. 15 (Foglio n. 5 p.lla 5187),

2. Di talché, Iliad Italia s.p.a. ha proposto il presente appello, articolando i seguenti motivi di impugnativa:

Sull'irricevibilità del ricorso di primo grado per tardività della notifica.

Il ricorso sarebbe stato proposto tardivamente nell'ipotesi, cautelativa per i ricorrenti, in cui si volesse identificare come dies a quo per la decorrenza del termine di notifica il momento in cui sarebbe stato concretamente possibile rendersi conto dell'avvio dei lavori per l'installazione dell'impianto. La stessa documentazione depositata dalla controparte sarebbe confessionaria sulla piena conoscibilità dei lavori di installazione in corso già prima della data del 24 novembre 2021; alla data del 24 novembre 2021, i lavori sarebbero stati già in una fase particolarmente avanzata, essendo giunti all'installazione delle antenne sui supporti metallici già presenti.

La riconoscibilità dell'opera, peraltro, costituirebbe già un criterio molto cautelativo per la verifica del dies a quo per la proposizione del ricorso, dal momento che, secondo la consolidata giurisprudenza, la possibilità di presentare un ricorso per contestare la presenza stessa di una determinata opera sarebbe rappresentata dall'avvio dei lavori.

Sulla correttezza della pubblicazione dell'istanza di Iliad da parte del Comune.

Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, dell'art. 87 d.lgs. n. 259 del 2003. Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità e disparità di trattamento. Violazione dei principi di proporzionalità, non discriminazione e concorrenza. Incompetenza.

La sentenza impugnata riconosce espressamente che la pubblicazione dell'istanza di Iliad è stata effettuata dal Comune sul portale "impresainungiorno.gov.it", giungendo, tuttavia, all'erronea conclusione che tale pubblicazione non fosse coerente con quanto prescritto dall'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 259 del 2003.

Non vi sarebbe alcun dubbio che lo “sportello locale” indicato dalla norma richiamata sia rappresentato dal portale impresainungiorno.gov.it e ciò sarebbe confermato anche dal fatto che tale portale è espressamente indicato come “Sportello Unico delle Attività produttive – SUAP di SAN CIPRIANO D’AVERSA”.

Pertanto, l’erroneità della sentenza emergerebbe con chiarezza dal fatto che: è incontestata la pubblicazione dell’istanza di Iliad sul portale “impresainungiorno.gov.it”; tale portale corrisponde allo “sportello locale” di cui all’art. 87, comma 4, d.lgs. n. 259 del 2003.

Sul ricorso incidentale di Iliad: Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e ss. d.lgs. n. 259 del 2003 e degli artt. 4, 18 e 14 legge n. 36 del 2001. Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, per irragionevolezza, illogicità e disparità di trattamento. Violazione dei principi di proporzionalità, non discriminazione e concorrenza. Difetto di istruttoria e motivazione. Incompetenza.

Iliad ha riproposto il ricorso incidentale proposto in primo grado avverso l’art. 6 del Regolamento Impianti del Comune, nella parte in cui prescriverebbe un limite di 350 metri tra le stazioni radio base ed alcuni siti sensibili; il ricorso incidentale è stato proposto qualora sia vietata l’installazione dell’impianto in ragione della sua presunta (e non creduta) ubicazione ad una distanza inferiore di 350 metri da un sito sensibile.

L’intervento del Comune violerebbe l’art. 8, comma 6, della legge n. 326 del 2001, che impedisce ai Comuni di introdurre limitazioni generalizzate alla localizzazione di stazioni radio base.

Il limite distanziale sarebbe ingiustificato e sproporzionato.

Gli enti locali non sarebbero titolari di alcuna potestà normativa in ordine alla determinazione di criteri, maggiormente limitativi o rigidi, di valutazione della soglia di inquinamento elettromagnetico.

3. I signori -OMISSIS-, in proprio e nella qualità di esercenti la responsabilità genitoriale sui minori -OMISSIS-, nonché i signori -OMISSIS-, in via preliminare, hanno eccepito l’inammissibilità dell’appello, in quanto quest’ultimo non contesterebbe la sentenza o il ragionamento seguito dal primo giudice, ma si limiterebbe a riproporre le difese e le eccezioni già spiegate nel giudizio di primo grado.

Nel merito, hanno contestato la fondatezza delle censure proposte dalla Iliad ed hanno riproposto i motivi di primo grado assorbiti e, quindi, non esaminati dal Tar.

In particolare, hanno dedotto che:

Sul secondo motivo di ricorso. Errore del progetto e terrazzo.

Iliad, nell'analisi di impatto elettromagnetico, avrebbe individuato il terrazzo che si trova al terzo piano dell'edificio di proprietà di parte ricorrente come area non calpestabile, ossia non adibita alla permanenza umana superiore alle 4 ore, mentre tale terrazzo costituirebbe pertinenza dell'abitazione dei signori -OMISSIS-.

Il terrazzo, di proprietà dei signori -OMISSIS-, costituirebbe una pertinenza calpestabile rispetto ai loro appartamenti, cui è collegato con una scala a chiocciola in ferro battuto ben visibile; i proprietari se ne servirebbero abitualmente nei periodi estivi.

La natura dell'area sarebbe confermata dal titolo edilizio rilasciato in sanatoria dal Comune e, nell'elaborato planimetrico, nella rappresentazione grafica del terzo piano, in cui si leggerebbe espressamente la dicitura "Terrazzo".

L'errore contestato si rinverrebbe nell'analisi di impatto elettromagnetico, inviata come autocertificazione dal privato, per cui il parere ARPAC si baserebbe su un presupposto di fatto errato, ossia la qualificazione dell'immobile come lastrico, che sarebbe un dato asseverato dal progettista di Iliad.

Sul terzo e quarto motivo di ricorso. Violazione del regolamento comunale.

Il regolamento comunale vigente prescriverebbe una distanza minima di 350 metri dalle scuole, mentre vi sarebbero almeno 3 scuole ed un presidio ospedaliero nel raggio di 350 metri dall'antenna.

Il gestore avrebbe del tutto omesso tale informazione nella propria domanda e l'Amministrazione avrebbe omesso ogni verifica in sede istruttoria.

Sul quinto motivo di ricorso. Pericolo per la salute.

Una grande parte della letteratura scientifica avrebbe confermato che un'esposizione prolungata e costante alle onde EM potrebbe essere pericolosa per la salute.

Sul ricorso incidentale di Iliad.

Il ricorso incidentale sarebbe inammissibile, sia per la carenza del presupposto della strumentalità dell'interesse ai sensi dell'art. 42 c.p.a., sia per la tardività dell'impugnativa.

Iliad avrebbe abusato dello strumento del ricorso incidentale, travalicando i suoi presupposti di accessorietà e dipendenza, poiché il suo interesse all'annullamento del regolamento non dipenderebbe dalla proposizione del ricorso, ma deriverebbe dal Regolamento comunale stesso, che poneva una limitazione all'installazione ad una certa distanza dai luoghi sensibili.

La tardività del ricorso incidentale, nonché l'interesse all'impugnazione del regolamento, sarebbero sorti per Iliad, se non al momento dell'adozione del regolamento stesso, quantomeno nel momento in cui la società ha deciso di costruire l'impianto ed ha presentato apposita domanda.

Iliad, inoltre, con il proprio ricorso, avrebbe impugnato il mero limite distanziale imposto dal regolamento comunale e non anche la parte dello stesso in cui si autorizza la costruzione di impianti esclusivamente con posizionamento a terra, ovvero di impianti aventi natura diversa rispetto a quello oggetto del presente giudizio.

Ad ogni buon conto, le censure mosse da Iliad sarebbero inconferenti, in quanto il regolamento non avrebbe posto un divieto generalizzato e assoluto; l'art. 6 del regolamento, infatti, indicherebbe i siti sensibili in modo specifico, sicché l'individuazione degli stessi non sarebbe affatto generica.

4. Iliad ha controdedotto in merito.

5. Il Comune di San Cipriano d'Aversa ha proposto argomentazioni a sostegno della fondatezza dei motivi di appello e contrarie al ricorso incidentale proposto in primo grado dalla stessa Iliad, concludendo, quindi, per l'accoglimento dell'appello e per la reiezione del ricorso incidentale.

6. Gli appellati hanno depositato memoria di replica.

7. All'udienza pubblica del 6 luglio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. L'eccezione di inammissibilità dell'appello, che si sarebbe limitato a riproporre le difese e le eccezioni già spiegate nel giudizio di primo grado, non può essere condivisa, in quanto dall'articolazione del ricorso sono desumibili le contestazioni avanzate nei confronti delle statuizioni contenute nella sentenza impugnata.

9. Nel merito, l'appello proposto dalla Iliad è infondato e va di conseguenza respinto

9.1. In primo luogo, deve essere disattesa la censura secondo cui il ricorso di primo grado sarebbe stato proposto tardivamente.

L'unico dato certo è che gli interessati fossero a conoscenza dell'installazione dell'antenna in data 24 novembre 2021 e, rispetto a tale data, il ricorso al Tar è stato tempestivamente proposto.

Di contro, Iliad ed il Comune di San Cipriano d'Aversa non forniscono alcuna prova, né alcun principio di prova, del fatto che l'erezione del manufatto fosse iniziata e fosse visibile in data antecedente e che, quindi, la piena conoscenza della installazione della stazione radio base si fosse realizzata precedentemente al 24 novembre 2021.

Va da sé che, per una stazione radio base installata sul lastrico solare di un edificio privato, la conoscibilità dell'opera da parte del terzo si ha solo con l'erezione dell'antenna, non certo con l'eventuale installazione di infrastrutture non visibili dall'esterno, ed è del tutto indimostrato che la concreta installazione dell'antenna debba avvenire in più giorni e non possa avvenire piuttosto in poche ore e, quindi, in un'unica giornata.

Pertanto, in assenza di prove che attestino il contrario, il dies a quo per l'impugnazione del provvedimento tacito deve farsi risalire alla data del 24 luglio 2021, con conseguente tempestività dell'impugnazione.

9.2. Il Tar per la Campania, Sezione Settima, con la sentenza n. -OMISSIS- del 23 novembre 2022, ha accolto il ricorso per un profilo ritenuto assorbente, vale a dire:

“Nel merito, il ricorso è fondato sotto il profilo assorbente di seguito illustrato.

L'istanza di autorizzazione presentata dalla controinteressata il 28 luglio 2021 è stata pubblicata – secondo quanto riportato dalla stessa difesa comunale – sul portale governativo “impresainungiorno”, ai sensi dell'articolo 3 del D.P.R. n. 160 del 2010. Per vero, tale norma indica le funzioni del portale (i.e. fornire servizi ai SUAP, divulgare le tipologie di autorizzazione per le quali è sufficiente l'attestazione dei soggetti privati accreditati, apprestare un sistema di pagamento per i procedimenti gestiti dai SUAP, costituire un punto di contatto a livello nazionale per le attività di cui al decreto legislativo n. 59 del 2010), nessuna delle quali riconducibile alla divulgazione delle informazioni relative all'esistenza e al contenuto delle domande di autorizzazione a beneficio dei privati interessati dall'intervento proposto.

Deve concludersi che l'istanza non è stata, nella fattispecie in esame, sottoposta alla pubblicità prescritta dall'articolo 87, comma 4, del decreto legislativo n. 259 del 2003 (applicabile ratione temporis), secondo il quale “lo sportello locale competente provvede a pubblicizzare l'istanza, pur senza diffondere i dati caratteristici dell'impianto”.

Come già affermato da questa Sezione in fattispecie analoghe, “la giurisprudenza si è più volte pronunciata sulla necessità di rispettare il precetto contenuto nella norma suddetta, al fine di mettere in condizione i soggetti interessati di partecipare al procedimento volto al rilascio del titolo abilitativo, precisando che, in assenza di specifiche prescrizioni in ordine alle modalità delle forme pubblicitarie da adottare, l'Amministrazione è comunque tenuta a prediligere quella che si riveli più idonea, nel caso concreto, a rendere nota la pendenza del procedimento ai cittadini che ne vogliano prendere parte.

È previsto che le istanze aventi ad oggetto l'installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici debbano essere preventivamente pubblicizzate a cura dello “sportello locale”, all'evidente scopo di sensibilizzare la popolazione coinvolta e di consentire la partecipazione degli interessati al processo decisionale relativo alla localizzazione della nuova infrastruttura.

La giurisprudenza amministrativa ha escluso addirittura l'idoneità della sola pubblicazione all'albo pretorio a soddisfare il requisito della pubblicizzazione dell'istanza previsto dall'art. 87, comma 4, citato, poiché non ne garantisce la conoscibilità all'esterno degli uffici comunali, non

agevola l'individuazione del procedimento pendente e la consultazione degli atti (T.A.R. Liguria sent. n. 198/2016 del 24.2.2016; Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2005, n. 1773; T.A.R. Liguria, sez. I, 29 gennaio 2014, n. 165). (...) Ciò premesso, sussiste il denunciato vizio procedimentale, poiché l'Amministrazione resistente non ha informato la popolazione locale circa la proposizione dell'istanza relativa all'impianto per cui è causa, neppure mediante semplice pubblicazione all'albo pretorio (modalità che, comunque, aderendo al menzionato orientamento giurisprudenziale, non sarebbe stata sufficiente a garantirne un'idonea pubblicizzazione)" (Tar Campania, Napoli, Sez. VII, n. 7430/2018).

Né può sostenersi, che la violazione in questione sarebbe sanabile ai sensi dell'art. 21 octies comma 2 l. n. 241/1990. L'applicabilità dell'art. 21 octies alla fattispecie in parola è stata esclusa, da questa Sezione, nel medesimo precedente già citato, relativo ad un caso analogo: "16.3. – L'omissione in parola non può essere superata facendo applicazione del regime della cosiddetta sanatoria giurisprudenziale ex art. 21 octies della legge n. 241/1990, dovendosi escludere l'applicabilità di tale regime (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 29 dicembre 2008, n. 3758).

Nell'economia del procedimento di autorizzazione all'installazione delle infrastrutture per impianti radioelettrici, la pubblicizzazione dell'istanza non costituisce, infatti, un adempimento meramente formale, ma è funzionale all'attuazione di un principio di democraticità del processo decisionale che non consente deroghe di sorta.

... Né risulta possibile addurre, per escludere la rilevanza viziante dell'omissione, la pretesa ineluttabilità dell'esito del procedimento, poiché non è possibile formulare una sorta di prognosi postuma in ordine ai contenuti e alla valenza degli apporti partecipativi eventualmente garantiti da adeguate forme di pubblicità.

... L'art. 87, comma 4, citato, ha prescritto una formalità di carattere procedimentale che deve comunque precedere il provvedimento abilitativo alla realizzazione dell'impianto, con conseguente obbligo dell'amministrazione di emendare il procedimento relativo all'istanza dal rilevato vizio.

... In conclusione, l'impugnato atto di assenso implicito alla realizzazione del nuovo impianto è viziato e, pertanto, deve essere annullato, a causa del mancato adempimento da parte dell'amministrazione dell'onere di pubblicità, previsto dalla legge ed essenziale nell'ambito del procedimento." (Tar Campania, Napoli, Sez. VII, n. 7430/2018; in senso analogo Tar Campania Napoli, Sez. VII, n. 3523/2020).

Del resto, anche le recenti modifiche apportate alla L. 241/1990 dal D.L. 16.7.2020 n. 76 (convertito con L. 11.9.2020 n. 120) sono nel senso di limitare la portata dell'art. 21 octies in caso di violazione del contraddittorio procedimentale imposto dal precedente art. 10 bis, volto, così come

appunto gli obblighi di pubblicità in discorso, a consentire la partecipazione al procedimento dei soggetti interessati” (sentenza n. 3278 del 2021)”.

L'appellante sostiene che l'erroneità della sentenza emergerebbe con chiarezza dal fatto che è incontestata la pubblicazione dell'istanza di Iliad sul portale “impresainungiorno.gov.it” e che tale portale corrisponde allo “sportello locale” di cui all'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 259 del 2003.

L'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 259 del 2003 dispone che lo sportello locale competente provvede a “pubblicizzare” l'istanza di autorizzazione alla installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici, pur senza diffondere i dati caratteristici dell'impianto.

La ratio di tale obbligo di pubblicità, in una materia così “sensibile” e “delicata” come l'installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici è stata ben illustrata nella sentenza impugnata, vale a dire l'esigenza di sensibilizzare la popolazione coinvolta e di consentire la partecipazione degli interessati al processo decisionale.

Insomma, la ratio dell'obbligo di pubblicità è in funzione dei cittadini potenzialmente interessati dall'installazione.

Di contro, il portale governativo “impresainungiorno.gov” traduce un'offerta di servizi alle imprese per tutte le attività economiche sull'intero territorio nazionale.

Infatti, l'introduzione del detto portale governativo è avvenuta con l'art. 38 del decreto legge n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 133 del 2008, espressamente preordinato a garantire il diritto di iniziativa economica privata di cui all'articolo 41 della Costituzione, per cui l'avvio di attività imprenditoriale, per il soggetto in possesso dei requisiti di legge, è tutelato sin dalla presentazione della dichiarazione di inizio attività o dalla richiesta di titolo autorizzatorio.

Il portale, in definitiva, prevedendo la pubblicazione solo degli estremi della pratica, è indirizzato alle imprese che hanno presentato l'istanza in un determinato Comune e che, conoscendo il relativo protocollo di deposito, possono seguire l'evoluzione del procedimento di proprio interesse.

Va da sé, quindi, che il portale “impresainungiorno.gov.it” non è destinato a consentire l'eventuale partecipazione procedimentale ai cittadini interessati.

In sostanza, mentre la ratio dell'obbligo di pubblicazione di cui all'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 259 del 2003 è volta a garantire la conoscenza del procedimento e la possibile partecipazione allo stesso da parte della popolazione coinvolta, la ratio della introduzione del portale governativo in discorso è quella di semplificare la possibilità per le imprese di seguire lo stato di avanzamento dei procedimenti dalle stesse avviati.

Ne consegue che la pubblicazione sul portale “impresainungiorno.gov” non è di per sé idonea ad assolvere l'obbligo di cui all'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 259 del 2003, laddove il Comune

avrebbe dovuto provvedere a pubblicizzare l'istanza di autorizzazione, ed il relativo avvio del procedimento, attraverso canali che effettivamente avrebbero potuto essere consultati, senza particolari difficoltà, come la pubblicazione su quotidiani locali o su altri siti dell'Amministrazione liberamente consultabili ed evidenziati, dai cittadini della zona, dello stesso Comune o di Comuni limitrofi.

Pertanto, trattandosi dell'adempimento di un obbligo di legge sostanziale, e non meramente formale, preordinato alla conoscibilità del procedimento ed alla possibile partecipazione di cittadini interessati, la doglianza di Iliad non può essere accolta, essendo insufficiente ai fini indicati la mera pubblicazione sul portale governativo, funzionale alle esigenze dell'attività imprenditoriale, "impresainungiorno.gov.it".

9.3. Il ricorso incidentale proposto da Iliad è stato dichiarato improcedibile in primo grado *"dovendosi l'Amministrazione rideterminare sulla questione all'esito di una rinnovata istruttoria, una volta emendato il vizio partecipativo di cui sopra, con conseguente improcedibilità anche del ricorso incidentale, che è stato proposto dalla Iliad Italia s.p.a., in via cautelativa e subordinata, nel caso in cui si fosse ritenuto di aderire all'interpretazione dell'articolo 6 del regolamento comunale per l'installazione e per l'esercizio degli impianti di radio-telecomunicazioni e degli elettrodotti propugnata dai ricorrenti con il quarto motivo di ricorso"*.

Il Collegio, nel condividere quanto statuito dal giudice di primo grado, rileva anche che il ricorso incidentale proposto da Iliad si presenta prima ancora inammissibile e, comunque, tardivo, in quanto la lesività della norma regolamentare nei confronti dell'operatore è sorta quantomeno dal momento in cui Iliad ha proposto la domanda per l'installazione di un sito a distanza inferiore a 350 metri da siti sensibili; va da sé, si contro, che se tali siti sensibili non fossero presenti, il ricorso incidentale si sarebbe rivelato parimenti inammissibile per carenza di interesse.

9.4. Di qui, l'infondatezza dell'appello proposto da Iliad e la sua conseguente reiezione.

10. Tuttavia, a fini conformativi della successiva attività amministrativa che l'Amministrazione dovrà porre in essere in esito all'istanza a suo tempo presentata da Iliad, il Collegio ritiene necessario dare conto anche delle successive doglianze, riproposte dai signori -OMISSIS-.

10.1. I signori -OMISSIS- hanno sostenuto che Iliad, nell'analisi di impatto elettromagnetico, avrebbe individuato il terrazzo che si trova al terzo piano dell'edificio di loro proprietà come area non calpestabile, ossia non adibita alla permanenza umana superiore alle 4 ore, mentre tale terrazzo costituirebbe pertinenza dell'abitazione dei signori -OMISSIS-, sicché l'errore contestato si rinverrebbe nell'analisi di impatto elettromagnetico, inviata come autocertificazione dal privato e,

conseguentemente, il parere ARPAC si baserebbe su un presupposto di fatto errato, ossia la qualificazione dell'immobile come lastrico, che sarebbe un dato asseverato dal progettista di Iliad. Il rilievo è fondamentale, in quanto, ai sensi del D.P.C.M. 8 luglio 2003 se l'ambiente fosse qualificato come terrazzo, con permanenza di popolazione non inferiore a 4 ore giornaliere, il limite massimo di esposizione sarebbe di 6 V/m, laddove se fosse qualificato come lastrico solare, con permanenza della popolazione inferiore a 4 ore, il limite sarebbe ben maggiore (20 V/m, 40 V/m o 60 V/m in ragione dei limiti di esposizione).

Infatti, l'art. 3, comma 2, del D.P.C.M. 8 luglio 2003, prevede che: "A titolo di misura di cautela per la protezione da possibili effetti a lungo termine eventualmente connessi con le esposizioni ai campi generati alle suddette frequenze all'interno di edifici adibiti a permanenze non inferiori a quattro ore giornaliere, e loro pertinenze esterne, che siano fruibili come ambienti abitativi quali balconi, terrazzi e cortili esclusi i lastrici solari, si assumono i valori di attenzione indicati nella tabella 2 dell'allegato B".

Pertanto, la qualificazione dell'ambiente come terrazzo o come lastrico solare è dirimente ai fini della corretta applicazione dei limiti di esposizione ai campi elettromagnetici.

L'ARPA Campania, a seguito dell'istanza di autorizzazione proposta da Iliad, ha rilasciato un parere tecnico favorevole, per quanto di competenza, ai sensi del d.lgs. n. 259 del 2003, ossia la verifica di compatibilità del progetto con i limiti di esposizione, i limiti di attenzione e gli obiettivi di qualità, stabiliti a livello nazionale in relazione a quanto affermato dalla legge n. 36 del 2001 per i campi elettromagnetici.

L'ARPAC ha fatto riferimento agli allegati alla domanda, vale a dire la relazione di conformità elettromagnetica e la dichiarazione di assunzione di responsabilità del progettista sulla conformità del predetto progetto rispetto alla normativa vigente, e ha dettato talune prescrizioni al gestore, senza alcuna indicazioni di controlli da svolgere su quanto dichiarato o sulle attività disposte.

Il Collegio, prescindere dalla qualificazione dell'ambiente in discorso come terrazzo o lastrico solare, che dovrà essere oggetto dell'attività amministrativa da svolgere in esecuzione della presente sentenza, ritiene che l'ARPA non possa limitarsi a prendere atto di quanto evidenziato dalla parte interessata ed a dettare prescrizioni che restano nella sfera dell'operatore autorizzato, ma debba svolgere una puntuale attività di verifica e di controllo sulla effettività di quanto dichiarato dal richiedente e di quanto contenuto nei relativi allegati (nonché, successivamente, sul rispetto del prescrizioni date).

Un parere tecnico che si limiti a prendere atto dei dati dichiarati dall'impresa si rivela un atto formale, privo delle caratteristiche sostanziali che dovrebbero essere imposte, in generale

dall'esercizio dell'attività amministrativa e, in particolare, dalla delicatezza e dalla sensibilità della materia in trattazione.

In questo senso, le doglianze dei signori -OMISSIS- si presentano meritevoli di attenzione.

10.2. Un sicuro profilo di fondatezza ha l'ulteriore motivo riproposto dagli appellati, secondo cui il regolamento comunale vigente prescriverebbe una distanza minima di 350 metri dalle scuole, mentre vi sarebbero almeno 3 scuole ed un presidio ospedaliero nel raggio di 350 metri dall'antenna; il gestore avrebbe del tutto omesso tale informazione nella propria domanda e l'Amministrazione avrebbe omesso ogni verifica in sede istruttoria.

Il Collegio, premesso che anche tale profilo dovrà essere scrutinato dall'Amministrazione nel riesercizio della propria attività, pone in rilievo come la formazione di un provvedimento implicito di assenso in ragione del mero decorrere del tempo dalla data di presentazione dell'istanza, come quello previsto nel caso di specie dall'art. 87, comma 9, d.lgs. n. 253 del 2009, non comporta alcuna deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione competente, che deve ugualmente svolgere, proprio come nell'ipotesi in cui fosse obbligata all'adozione di un provvedimento espresso, una puntuale ed esaustiva istruttoria al fine di verificare se sussistono i presupposti ed i requisiti previsti dalla legge per l'attribuzione del bene richiesto.

Peraltro, l'amministrazione pubblica competente, effettuati i dovuti e necessari accertamenti, può decidere, in luogo dell'adozione di un provvedimento espresso, di far formare un provvedimento tacito.

Tale è la fisiologia del procedimento amministrativo ove sia presentata un'istanza a carattere pretensivo per la quale, decorso il termine normativamente previsto, si forma il silenzio assenso.

Viceversa, l'omesso o l'incompleto svolgimento dell'istruttoria da parte dell'amministrazione competente – fermo restando che il decorso del tempo comporta comunque, a tutela dell'affidamento del richiedente, la formazione dell'atto tacito – costituisce una situazione patologica.

Nella propria memoria il Comune di San Cipriano d'Aversa non si è espresso sulla effettiva presenza di siti sensibili a distanza inferiore a trecentocinquanta metri dal posizionamento dell'antenna, né l'Amministrazione ha prodotto in giudizio alcun documento da cui risulti lo svolgimento di un'attività istruttoria, per cui è verosimile ritenere che l'Amministrazione non abbia espletato alcuna specifica istruttoria a seguito della presentazione dell'istanza, con conseguente inosservanza delle disposizioni di legge in materia che, si ribadisce, laddove prevedono l'istituto del silenzio assenso, istituto di semplificazione e non di liberalizzazione, non esonerano affatto l'Amministrazione dallo svolgimento dei propri compiti istituzionali.

10.3. Con riferimento al motivo riproposto, relativo alla pericolosità per la salute della esposizione prolungata e costante alle onde elettromagnetiche, è sufficiente rilevare che la possibilità di installazione degli impianti in discorso è prevista dalla legge.

11. In conclusione, l'appello è infondato e deve essere di conseguente respinto, con conferma della sentenza di primo grado ed obbligo dell'Amministrazione comunale di San Cipriano d'Aversa di provvedere nuovamente sull'istanza proposta da Iliad in data 26 luglio 2021.

12. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 6.000,00 (seimila/00), oltre accessori di legge, sono poste a favore degli appellati signori -OMISSIS- ed a carico, quanto ad € 3.000,00, di Iliad Italia s.p.a. e, quanto ad € 3.000,00, del Comune di San Cipriano d'Aversa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe (R.G. n. 518 del 2023).

Condanna Iliad, per € 3.000,00, ed il Comune di San Cipriano d'Aversa, per € 3.000,00, al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in € 6.000,00 (seimila/00), oltre accessori di legge, in favore degli appellati.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1, 2 e 5, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 e dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di riproduzione e diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità del minore, dei soggetti esercenti la responsabilità genitoriale o la tutela e di ogni altro dato idoneo ad identificare i medesimi interessati ivi citati.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Lorenzo Cordi', Consigliere

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.

