

8 SETTEMBRE 2021

Poteri del Comune e localizzazione
degli impianti di comunicazione
elettronica. Equilibrio tra interessi,
discrezionalità del potere, funzione
organizzativa del procedimento

di **Jacopo Bercelli**

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Verona



Poteri del Comune e localizzazione degli impianti di comunicazione elettronica. Equilibrio tra interessi, discrezionalità del potere, funzione organizzativa del procedimento*

di Jacopo Bercelli

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Verona

Abstract [It]: L'elaborato affronta il tema delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica dall'angolo visuale della potestà regolamentare e provvedimentale dei Comuni per l'installazione dei relativi impianti. Il lavoro ricostruisce i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa, con riferimento sia alla potestà regolamentare sia alla potestà autorizzatoria comunale, nonché alle ordinanze sindacali contingibili e urgenti. Il saggio si conclude evidenziando come tali questioni intercettino alcuni tratti caratterizzanti dell'evoluzione del nostro ordinamento amministrativo, con particolare riferimento alla centralità del potere discrezionale del livello comunale, all'istituto della partecipazione procedimentale e ai principi di correttezza dell'azione amministrativa.

Abstract [En]: The paper deals with the issue of electronic communication networks and services, paying particular attention to the regulatory power of municipalities in the installation of communication facilities. The work has reconstructed the principles developed by the administrative case law, with reference both to the regulatory and the municipal authorisation power, by focusing in particular on the ordinances of necessity and urgency adopted by the Mayor. The essay ends by highlighting how the issue intercepts some characteristic features of the evolution of our administrative system, such as the centrality of discretionary power and municipalities, procedural participation and the principles of fairness of administrative action.

Parole chiave: impianti di comunicazione elettronica; governo multilivello; potestà regolamentare comunale; pianificazione urbanistica; procedimento amministrativo; ordinanze di necessità e urgenza

Key words: communication facilities; multilevel governance; regulatory power; urban planning; administrative procedure; ordinance of necessity and urgency

Sommario: **1.** Lo sviluppo della rete tra interesse statale e livello comunale. **2.** La potestà regolamentare e provvedimentale dei Comuni nell'installazione delle reti di telecomunicazioni. **3.** La potestà regolamentare comunale: i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa e l'intervento del d.l. n. 76 del 2020. **4.** La potestà autorizzatoria comunale e principi elaborati dalla giurisprudenza. **5.** Le ordinanze di necessità ed urgenza adottate dai Sindaci: l'intervento della giurisprudenza e del d.l. n. 76 del 2020. **6.** Conclusioni. La centralità del potere discrezionale e del livello comunale, della partecipazione procedimentale e dei principi di correttezza dell'azione amministrativa complessivamente intesa.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Lo sviluppo della rete tra interesse statale e livello comunale

Lo sviluppo e l'efficienza delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica rappresentano certamente un interesse pubblico statale di rilevanza strategica. La pandemia Covid-19 ha ancor più evidenziato l'importanza di veder sviluppati tali impianti e tali servizi in modo adeguato su tutto il territorio nazionale. E così vi sono stati di recente diversi interventi legislativi volti a promuovere e tutelare tale interesse pubblico (e la corrispondente attività delle imprese private che operano nel settore).

Allo stesso tempo, l'installazione e il potenziamento di tali reti sono un fenomeno che – altrettanto sicuramente – impatta sul territorio e sulla collettività ivi insediata, e dunque naturalmente coinvolge il livello locale e, anzitutto comunale, della nostra amministrazione pubblica.

In particolare, il nostro ordinamento prevede che Comuni siano titolari di una potestà regolamentare e di una potestà autorizzatoria in relazione a tali installazioni. Inoltre, si deve segnalare che molti Sindaci, nel più recente periodo, hanno adottato in merito a tali impianti ordinanze di necessità ed urgenza volte a sospendere o vietare l'installazione di nuovi impianti.

Dunque, in questi ultimi anni, la sussistenza e i limiti dei poteri di cui i Comuni (e i Sindaci) sono titolari in relazione all'installazione da parte delle imprese di reti di telecomunicazione, anche con riferimento alla protezione della popolazione dai campi elettromagnetici, sono stati oggetto di un'intensa elaborazione giurisprudenziale e, da ultimo, di un intervento di decretazione d'urgenza con il d.l. semplificazione n. 76 del 2020.

Molte sono le sentenze del Giudice amministrativo che si sono pronunciate sulla legittimità di regolamenti comunali, di provvedimenti di diniego di autorizzazione e di ordinanze sindacali di sospensione e divieto di installazione di impianti di telecomunicazione.

Ciò dimostra la grande importanza e attualità che tale tematica riveste per i Comuni. E corrispettivamente dimostra l'importanza del tema per le imprese del settore, che assai spesso ritengono di venire lese nei propri interessi legittimi da regolamenti comunali, da dinieghi di autorizzazione e da ordinanze sindacali. L'intervento del giudice amministrativo ha senz'altro consentito l'elaborazione giurisprudenziale di principi generali atti a regolare e limitare i poteri dei Comuni e dei Sindaci in questa materia.

Ma, a fronte del rilievo nazionale e strategico dell'interesse allo sviluppo della rete e del servizio, la fissazione di principi giurisprudenziali non è stata ritenuta elemento sufficiente e tranquillizzante, motivo per cui Governo e Parlamento hanno ritenuto di dover intervenire in via legislativa.

Come già accennato, infatti, il Governo, nell'ambito del decreto legge n. 76 del 2020 c.d. semplificazione, poi convertito in legge dal Parlamento, ha inserito una norma diretta, da una parte, a limitare il potere regolamentare dei Comuni in relazione all'insediamento territoriale degli impianti di telecomunicazione

e, dall'altra, a vietare in modo espresso l'adozione di ordinanze sindacali contingibili e urgenti in tale materia.

Questa vicenda amministrativa, giurisprudenziale e legislativa appare caratterizzata – dal punto di vista giuridico e nel suo insieme – da tre elementi essenziali.

Anzitutto essa è il frutto della necessità di trovare un equilibrio tra una pluralità di interessi pubblici in gioco, tutti di sicuro rilievo costituzionale, in tensione tra loro. Da una parte, l'interesse nazionale alla copertura del territorio e all'efficiente distribuzione del servizio, la tutela della concorrenza e i diritti di comunicazione attivi e passivi; dall'altra, l'interesse all'ordinato e razionale assetto del territorio nonché alla tutela dell'ambiente, del paesaggio e della salute.

In secondo luogo, appare evidente come la tensione tra questi interessi pubblici (e privati) in gioco, che riguarda la necessità di installare sul territorio infrastrutture impattanti, necessariamente si scarica sul territorio e sulla popolazione locale, con il conseguente necessario coinvolgimento dell'ente comunale, quale primo e più immediato rappresentante degli interessi del territorio e della collettività interessati.

In terzo luogo, si evidenzia come la tensione tra i diversi interessi pubblici di rilievo costituzionale si sia tradotta in concreto in una tensione tra livelli istituzionali, e in particolare tra il livello statale e quello comunale. Detta tensione è dimostrata anzitutto dall'intervento del Governo con il d.l. n. 76 del 2020 ma anche dagli interventi dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, con una segnalazione del 6 agosto del 2020, e del Ministero dell'Interno, con una circolare ai Prefetti del 13 ottobre 2020.

Sulla base di tali premesse, si ritiene che la vicenda amministrativa, giurisprudenziale e legislativa sviluppatasi su questo tema, meriti di essere approfondita perché intercetta, nella loro concretezza, alcuni caratteri di fondo dell'evoluzione del nostro ordinamento amministrativo.

Il presente contributo, dopo aver ricostruito la vicenda nei suoi passaggi normativi e giurisprudenziali fondamentali, nelle conclusioni si concentrerà nell'evidenziare i suoi collegamenti con l'evoluzione del nostro ordinamento amministrativo.

2. La potestà regolamentare e provvedimentale dei Comuni nell'installazione delle reti di telecomunicazioni

Per l'installazione delle reti di telecomunicazione l'ordinamento vigente attribuisce al Comune sia una potestà normativa regolamentare sia una potestà provvedimentale autorizzatoria.

La disciplina che individua il ruolo dei Comuni rispetto all'installazione di nuove infrastrutture di comunicazione è la risultante di due importanti leggi statali: il codice delle comunicazioni elettroniche, che prevede la potestà autorizzatoria, e la legge quadro sulla protezione dalle esposizioni elettromagnetiche che invece attribuisce al Comune la potestà regolamentare.

L'installazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica è disciplinata dal d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 ("Codice delle comunicazioni elettroniche"), in particolare negli articoli da 86 a 87-ter.

L'art. 86, comma 3°, prevede che «Le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione ... sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria ..., pur restando di proprietà dei rispettivi operatori, e ad esse si applica la normativa vigente in materia».

L'installazione di tali impianti è comunque soggetta a regime autorizzatorio: i Comuni devono autorizzare l'installazione di queste infrastrutture e la modifica delle relative caratteristiche di emissione (art. 87, comma 1°).

L'autorizzazione viene rilasciata (o negata) dai Comuni previo accertamento, da parte delle ARPA, della compatibilità del progetto con i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità fissati a livello statale e regionale (art. 87, comma 1°).

In relazione a tale autorizzazione è previsto un meccanismo di silenzio-assenso, in quanto le istanze di autorizzazione si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego o un parere negativo (art. 87, comma 9°).

La circostanza che la competenza ad autorizzare l'installazione di tali infrastrutture che impattano sul territorio sia attribuita ai Comuni trova la propria coerenza sistematica nell'art. 13 del d.lgs. n. 267 del 2000, secondo cui «Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione e il territorio comunale, precipuamente nei settori organici ... dell'assetto e utilizzazione del territorio».

Come già anticipato, la potestà regolamentare in questa materia viene attribuita al Comune dalla legge quadro sulla protezione dalle esposizioni elettromagnetiche.

La legge quadro n. 36 del 2001, infatti, nel perseguire la finalità primaria di «assicurare la tutela della salute (...) della popolazione dagli effetti dell'esposizione a determinati livelli di campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici ai sensi e nel rispetto dell'articolo 32 della Costituzione» affida funzioni e compiti allo Stato, alle Regioni e ai Comuni.

Allo Stato la legge attribuisce la funzione di determinare, in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità (art. 4).

Le Regioni sono coinvolte con specifico riferimento agli obiettivi di qualità, e in particolare sono chiamate ad esercitare la propria potestà legislativa nel fissare «i criteri localizzativi, gli standard urbanistici, le prescrizioni e le incentivazioni per l'utilizzo delle migliori tecnologie disponibili» (cfr. il combinato disposto dell'art. 4, comma 5° e dell'art. 3, comma 1° lett. d), della legge n. 36 del 2001, nonché conseguentemente ad individuare gli strumenti e le azioni per il raggiungimento degli obiettivi di qualità da essa fissati.

Le Regioni hanno altresì il compito di adottare, su proposta dei soggetti gestori e sentiti i comuni interessati, un piano di risanamento al fine di adeguare, in modo graduale, gli impianti radioelettrici già esistenti ai limiti di esposizione, ai valori di attenzione e agli obiettivi di qualità stabiliti. Le Regioni, poi, sono chiamate ad individuare le competenze che spettano alle Province e ai Comuni, nel rispetto della legislazione statale vigente.

Diverse Regioni hanno esercitato tale potestà legislativa, dettando non solo criteri di localizzazione ma anche limiti alla localizzazione, stabilendo che per installare impianti sul territorio regionale debbano essere rispettate distanze minime da siti individuali quali siti sensibili.

Su tali norme legislative regionali è intervenuta nel 2003 la Corte costituzionale, con le sentenze n. 307 e 331.

La Consulta, nel pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di disposizioni legislative regionali che prevedevano distanze minime da siti sensibili, ha affermato il principio che l'imposizione di distanze minime poste in via generale rischia di rendere impossibile la realizzazione di una rete completa di infrastrutture per le telecomunicazioni, in quanto quelli che vengono posti come «criteri di localizzazione» in realtà costituiscono veri e propri «limiti alla localizzazione».

Dunque, per la Corte costituzionale, le disposizioni legislative regionali sono legittime solo se consentano comunque «una sempre possibile localizzazione alternativa», ma non se invece determinano «l'impossibilità della localizzazione» di tali impianti.

Questo principio di base, affermato dalla Corte costituzionale con riferimento alle leggi regionali, deve ovviamente valere anche per i regolamenti comunali; e infatti l'elaborazione del Consiglio di Stato sulla legittimità dei regolamenti comunali si è sviluppata proprio a partire da tali affermazioni della Corte costituzionale.

Quanto ai Comuni, a prescindere dalle ulteriori funzioni che vengano ad essi attribuite dalle Regioni, la Legge quadro n. 36 del 2001 prevedeva e tuttora prevede che essi abbiano il potere di adottare in materia un proprio regolamento. L'art. 8, comma 6 di tale legge, infatti, nella versione precedente alla modifica apportata con il d.l. n. 76 del 2020, prevedeva che «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».

Di tale norma vanno sottolineati due elementi.

Il primo è rappresentato dal fatto che essa attribuisce ai Comuni il potere di dettare in tale materia norme regolamentari, che – nell'attuale contesto costituzionale del sistema delle fonti – si collocano rispetto alla legislazione in un rapporto non solo di gerarchia, ma anche di competenza.

Il secondo è che tale potere normativo, per espressa e chiara indicazione della lettera della legge, è attribuito ai Comuni per perseguire la cura sia dell'interesse urbanistico (assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti) sia dell'interesse ambientale e sanitario (minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici).

In sintesi, alla luce dell'impianto normativo complessivo delle due leggi statali indicate, si può affermare che al Comune è stato assegnato in questa materia un ruolo centrale, sia in relazione alla qualità degli interessi da tutelare (urbanistico, ambientale e della salute) sia con riferimento ai poteri (normativo e provvedimentale) attribuiti per il loro perseguimento.

Ebbene, alla luce di tali previsioni normative, molti comuni italiani hanno esercitato dal 2001 ad oggi, tale potestà regolamentare, anche introducendo previsioni assai significative.

Ad esempio, vi sono regolamenti che hanno previsto: zonizzazioni del proprio territorio; una programmazione triennale delle installazioni; l'istituzione di una Commissione tecnica comunale avente una competenza istruttoria specifica sul tema; l'istituzione di un catasto degli impianti; un'attività di monitoraggio e mappatura del fondo elettromagnetico; un'attività di controllo almeno annuale di tutti gli impianti.

È evidente come si tratti di interventi assai importanti ed incisivi, che consentono ai Comuni di rendere effettivo ed efficace anche in questo settore l'esercizio del ruolo che in via generale l'art. 13 del TUEL ad essi attribuisce.

Con molti di questi regolamenti, nell'ambito della zonizzazione del territorio comunale, i Comuni hanno introdotto e disciplinato limitazioni alla localizzazione di impianti di comunicazioni elettroniche per aree, com'è proprio e naturale nel concetto di zonizzazione.

Su questi contenuti dei regolamenti comunali, e specificamente nella parte in cui si vieta l'installazione di impianti in determinate aree, si è pronunciata più volte negli ultimi anni la giurisprudenza amministrativa, e poi è intervenuto il d.l. c.d. semplificazione n. 76 del 2020.

3. La potestà regolamentare comunale: i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa e l'intervento del d.l. n. 76 del 2020

La norma che ha fondato il potere regolamentare del Comune in questa materia aveva nella versione antecedente alla modifica del 2020 una formulazione assai sintetica e generica, tale da lasciare aperte diverse soluzioni interpretative.

Per questo motivo, tale norma è stata oggetto di un'intensa elaborazione giurisprudenziale da parte del Consiglio di Stato, che ha preso spunto dalle due pronunce della Corte costituzionale n. 307 e 331 già

cite, ma ha realizzato una compiuta elaborazione di principi di vera e propria integrazione normativa della norma statale e del contenuto dei regolamenti comunali approvati.

Il punto di partenza del ragionamento condotto dal Giudice amministrativo è rappresentato dalla norma contenuta nell'art. 86 del d.lgs. n. 259 del 2003 secondo cui «Le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione ... sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria ...».

Per il Consiglio di Stato è evidente, infatti, come questa norma esprima un particolare favor per la realizzazione di reti e servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico. Il legislatore, nel momento in cui ha inserito le relative infrastrutture fra le opere di urbanizzazione primaria, ha espresso un principio fondamentale della normativa urbanistica, in quanto le opere di urbanizzazione primaria, proprio in quanto tali, risultano in generale compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica e con ogni zona del territorio comunale.

È da tale qualificazione dunque che discende, nel ragionamento svolto dal Consiglio di Stato, la considerazione secondo cui la potestà regolamentare attribuita ai Comuni non può svolgersi nel senso di un divieto generalizzato di installazione in aree urbanistiche predefinite.

La seconda constatazione da cui parte il Consiglio di Stato attiene alla circostanza che la funzione di tutelare la salute della popolazione dalle immissioni elettromagnetiche è di competenza statale: non può essere il Comune a prevedere limiti di carattere generale volti a tutelare la popolazione dalle immissioni elettromagnetiche, dal momento che a tale funzione provvede lo Stato attraverso la fissazione di determinati parametri inderogabili, il rispetto dei quali è verificato dai competenti organi tecnici (ossia le ARPA).

Pertanto il regolamento comunale, sempre secondo il Consiglio di Stato, nel disciplinare il corretto insediamento degli impianti nel territorio, può contenere regole a tutela di particolari zone e beni di pregio paesaggistico o ambientale o storico-artistico, o anche per la protezione dall'esposizione a campi elettromagnetici di zone sensibili quali scuole e ospedali, ma non può imporre limiti generalizzati all'installazione degli impianti se tali limiti sono incompatibili con l'interesse pubblico alla copertura di rete nel territorio nazionale .

Dunque possono ritenersi legittime anche disposizioni che non consentono, in generale, la localizzazione degli impianti nell'area del centro storico o in determinate aree del centro storico, o nell'adiacenza di siti sensibili come scuole o ospedali, a condizione però che sia garantita la copertura di rete anche in quelle porzioni di territorio attraverso impianti collocati in altre zone.

In altre parole, la pianificazione comunale di settore può interdire l'installazione di impianti anche in ampie aree, a due condizioni: che tale divieto sia riconducibile ad uno degli interessi previsti dalla norma; che le localizzazioni alternative non determinino difficoltà di funzionamento del servizio, circostanze che

devono essere verificate in concreto attraverso il confronto con gli operatori sulla base di condizioni tecnicamente ed economicamente sostenibili ().

Ciò che risulta necessario, per il Consiglio di Stato, è dunque che la possibile interdizione di allocazione di impianti in specifiche aree del territorio comunale risponda a particolari esigenze di interesse pubblico e che comunque i criteri allocativi non finiscano per impedire la capillare distribuzione del servizio sull'intero territorio.

Deve pertanto esservi un equo contemperamento tra l'interesse urbanistico, ambientale e paesaggistico perseguito dal Comune e l'interesse alla piena ed efficiente operatività della rete sull'intero territorio nazionale perseguito dallo Stato.

Da tale principio discende altresì che il Comune non può neppure, mediante una sequenza di provvedimenti negativi, ragionevolmente esaurire tutte le possibilità di installazione in una determinata area, perché ciò corrisponde ad una inibitoria generalizzata, che contrasta con il principio della capillarità della localizzazione degli impianti.

A livello di sintesi e di applicazione concreta, da tali principi deriva che le limitazioni contenute nei regolamenti risultano legittime se non hanno carattere di divieto assoluto, ma sono derogabili quando ciò risulti comunque necessario per garantire l'efficiente servizio di telecomunicazione sull'intero territorio comunale.

Dalle pronunce esaminate emerge dunque che il criterio fondamentale di legittimità della potestà regolamentare in esame è rappresentata dalla ragionevolezza del contemperamento degli interessi in gioco, nessuno dei quali deve essere annullato a vantaggio degli altri.

Tale evoluzione giurisprudenziale ha trovato un passaggio importante, di recente, nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 7 gennaio 2021, n. 212, avente ad oggetto il regolamento adottato da Roma Capitale, la quale ha accertato, sulla base di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, che le disposizioni europee non impediscono che sia adottata una normativa nazionale che preveda la potestà regolamentare dei Comuni in materia di insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e di minimizzazione dell'esposizione ai campi elettromagnetici.

Alla luce dei sopra indicati principi elaborati dalla giurisprudenza, il legislatore con il d.l. n. 76 del 2020 è intervenuto a modificare la disciplina della potestà regolamentare comunale prevista dall'art. 8, comma 6 della legge n. 36 del 2001.

Per inquadrare il tema, appare utile richiamare che nel corso dell'anno 2020, anche sulla spinta della volontà di indurre le imprese di telecomunicazione a potenziare la rete e i servizi di telecomunicazione, divenuti improvvisamente essenziali per lo svolgimento delle attività educative e lavorative in tutto il Paese, il Governo ha adottato con decreto legge due norme idonee ad incidere sulla tematica qui in esame.

In primo luogo, con l'art. 85, comma 5° del d.l. n. 18/2020 il Governo ha definito – per la prima volta nel nostro ordinamento - le imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica come “imprese di pubblica utilità”.

Ma è soprattutto con il decreto legge c.d. semplificazione n. 76 del 16 luglio 2020 che il Governo, nell'evidente intento di favorire l'impianto e il potenziamento delle infrastrutture di comunicazione da parte delle imprese ora definite “imprese di pubblica utilità”, è intervenuto nei confronti della potestà regolamentare dei Comuni (oltre che, come vedremo più avanti, del potere di ordinanza contingibile e urgente dei Sindaci).

A fronte delle numerose controversie insorte tra le imprese di telecomunicazione e i Comuni italiani in relazione ai regolamenti sulla localizzazione degli impianti, e dell'elaborazione da parte del Consiglio di Stato di principi integrativi della norma legislativa, il Governo con il decreto legge c.d. semplificazione n. 76/2020, all'art. 38, ha stabilito che all'articolo 8, della legge 22 febbraio 2001, n. 36, il comma 6 è sostituito dal seguente: «6. 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 con riferimento a siti sensibili individuati in modo specifico, con esclusione della possibilità di introdurre limitazioni alla localizzazione in aree generalizzate del territorio di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche di qualsiasi tipologia».

Alcune recenti pronunce del giudice amministrativo, al pari della circolare del Ministero dell'Interno del 13 ottobre 2020, hanno sostenuto che la nuova disposizione normativa «recepisce gli approdi giurisprudenziali formati in materia», e dunque rappresenta la positivizzazione di principi elaborati dalla giurisprudenza.

Tale posizione in realtà non convince del tutto.

Se effettivamente – come vedremo nel successivo par. 5 – la norma introdotta dal d.l. 76 del 2020 pare aver recepito la giurisprudenza formata sulle ordinanze sindacali contingibili e urgenti che erano state unanimemente considerate illegittime dal giudice amministrativo, lo stesso non può dirsi per la parte relativa alla potestà regolamentare comunale e ai suoi limiti.

Infatti, come già evidenziato, diverse recenti sentenze del Consiglio di Stato hanno affermato la legittimità anche di «limitazioni alla localizzazione in aree generalizzate», a condizione che i divieti non siano assoluti e consentano le deroghe necessarie per garantire la copertura del servizio. La nuova norma introdotta dal d.l. n. 76 del 2020 invece esclude in assoluto la legittimità di «limitazioni alla localizzazione in aree generalizzate del territorio».

Quindi si può affermare che il Governo con la norma del decreto legge n. 76 del 2020, abbia voluto innovare, in senso limitativo, rispetto all'interpretazione normativa sin qui offerta dal Consiglio di Stato.

Ma l'interpretazione del Consiglio di Stato era il frutto di un'elaborazione diretta a garantire un bilanciamento tra tutti gli interessi pubblici in gioco, nel rispetto del ruolo attribuito al Comune con riferimento al proprio territorio e alla propria collettività.

Dunque, non appare così agevole che il Consiglio di Stato modifichi la propria interpretazione. Potrebbe anche succedere che il Giudice amministrativo si limiti ad affermare, come d'altra parte alcuni giudici amministrativi hanno già fatto, che la nuova disciplina non ha fatto altro che positivizzare i principi elaborati in materia dalla giurisprudenza. In questo modo la modifica legislativa verrà sterilizzata, e l'assetto normativo effettivamente vigente rimarrà quello già risultante dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

4. La potestà autorizzatoria comunale e principi elaborati dalla giurisprudenza

Per completare l'analisi, si devono ora considerare i principi elaborati dalla giurisprudenza con riferimento al corretto dispiegarsi complessivo del ruolo del Comune, attraverso l'esercizio della potestà regolamentare e autorizzatoria unitariamente considerate.

Il Consiglio di Stato, nella già citata sentenza 7 gennaio 2021, n. 212, ha legato la legittimità della previsione regolamentare di criteri e limitazioni per zone alla necessaria valorizzazione della partecipazione dell'impresa privata al procedimento amministrativo di localizzazione.

In altre parole, il Comune con proprio regolamento può operare le zonizzazioni e prevedere in via generale che sia preclusa l'installazione di impianti in aree, anche ampie, del territorio comunale, a condizione che, a valle nello svolgimento del procedimento, venga valorizzata una effettiva partecipazione e un effettivo dialogo paritario tra impresa e Comune.

Solo la previsione di un effettivo confronto procedimentale può consentire in concreto che il Comune possa legittimamente porre, a monte, non solo criteri ma anche limiti o divieti, sia pure relativi e non assoluti, con riferimento alla localizzazione degli impianti.

L'ampiezza delle misure che possono essere imposte dal Comune attraverso l'esercizio della potestà regolamentare è stata così legata alle modalità di successivo svolgimento del procedimento.

Così facendo il Consiglio di Stato ha valorizzato in modo molto netto il ruolo del procedimento amministrativo e del confronto tra l'impresa e il Comune che esso deve consentire, quale elemento essenziale della fattispecie autorizzativa.

I limiti e i criteri di localizzazione fissati nel regolamento, per essere legittimi, devono essere rispettivamente relativi e preferenziali, e dunque hanno legittimamente valore nella misura in cui dal confronto tra le due parti possa scaturire una localizzazione che allo stesso tempo – in concreto –, da una

parte, minimizzi l'impatto urbanistico e ambientale (e sanitario) e, dall'altra, non pregiudichi il funzionamento e la copertura della rete.

Dunque, la legittimità dell'agire complessivo, regolamentare e provvedimentale, dei Comuni passa necessariamente attraverso la previsione e l'attuazione di un confronto con gli operatori.

E così, come affermato con chiarezza dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 212 del 2021, «è compito dell'amministrazione, nel confronto con gli operatori, garantire la corretta interpretazione, nei casi concreti, dei criteri» stabiliti, perché «solo il confronto tra le parti ... può assicurare nel bilanciamento dei diversi interessi la pianificazione degli interventi e il corretto svolgimento dei procedimenti».

Il confronto con l'impresa è talmente centrale nella ricerca del corretto bilanciamento degli interessi che il Consiglio di Stato arriva ad affermare espressamente che, a fronte di istanze di collocazione in siti considerati non adatti sulla base del Regolamento comunale, il Comune non può limitarsi a respingere la domanda di autorizzazione sulla base di tale motivazione, ma ha il preciso dovere di concorrere alla collocazione dell'impianto più adeguata, nel senso che, entro i termini procedurali previsti dalla legge, o riesce a proporre una diversa collocazione dello stesso o deve rilasciare l'autorizzazione per quella proposta dal privato .

5. Le ordinanze di necessità ed urgenza adottate dai Sindaci: l'intervento della giurisprudenza e del d.l. n. 76 del 2020

Come anticipato, sostanzialmente univoco è stato l'indirizzo giurisprudenziale diretto a giudicare illegittime le ordinanze contingibili e urgenti con le quali in questi anni i Sindaci hanno tentato di vietare e comunque sospendere le installazioni di nuovi impianti di comunicazione elettronica, con particolare riferimento alla tecnologia 5G, sul proprio territorio.

Per questa parte, come già accennato, si può affermare che il d.l. n. 76 del 2020, nel modificare il contenuto dell'art. 8, comma 6 della legge n. 36 del 2001, ha recepito principi giurisprudenziali consolidati. In ogni caso, non appare inutile interrogarsi sulle ragioni per le quali in così tanti Comuni i Sindaci abbiano ritenuto di dover adottare ordinanze di divieto e/o di sospensione.

La prima causa di tale fenomeno può essere probabilmente considerata la circostanza che, nonostante la previsione della potestà regolamentare dei Comuni fosse stata prevista sin dall'approvazione della legge quadro del 2001, nei Comuni la tematica non fosse ancora stata avvertita nella sua importanza, e dunque, molti Comuni fossero ancora sprovvisti di un proprio regolamento, nonché di strumenti di pianificazione e programmazione.

Negli anni 2019-2020, al momento dell'affermazione della tecnologia 5G e a seguito della conclusione della gara per l'assegnazione delle relative concessioni ai gestori, sono pervenute ai Comuni molte

domande di installazione di nuove infrastrutture di trasmissione 5G o di modifica e adeguamento alla tecnologia 5G delle caratteristiche di emissione di infrastrutture esistenti.

A tale momento molti Comuni, non avendo appunto ancora predisposto e approvato un proprio regolamento ex art. 8, comma 6 della legge n. 36 del 2001, né alcuna mappatura degli impianti e alcuna una zonizzazione del territorio comunale, si sono trovati nella difficile situazione di dover rispondere, nei termini molto brevi previsti dalla normativa, a molte nuove istanze di installazione e modifica di infrastrutture senza avere appunto alcuna possibilità di valutarle in una logica complessiva e razionale, con riferimento alle diverse zone dell'abitato e alle localizzazioni considerate sensibili.

Si può dunque ragionevolmente ritenere che sia stato anche per fronteggiare tale oggettiva difficoltà che in molti Comuni il Sindaco ha ritenuto di adottare ordinanze, di contenuto assai simile, recanti il «Divieto di installazione e diffusione sul territorio comunale di nuovi impianti di telecomunicazione e telefonia mobile di cui all'art. 37 bis del d.lgs. 259/2003 – Codice delle comunicazioni elettroniche – con tecnologia 5G e sue varianti, quali 4G+, 4GPLUS, 4G EVOLUTO».

Si tratta di ordinanze con le quali il Sindaco ordina: 1) il divieto di installazione e attivazione sul territorio comunale di nuovi impianti 5G fino all'adozione della nuova classificazione della cancerogenesi annunciata da parte dell'International Agency for Research on Cancer e della emanazione della metodologia per le valutazioni preventive definite da ISPRA/ARPA; 2) la conseguente sospensione dei procedimenti amministrativi per l'installazione e l'attivazione sul territorio comunale di tali impianti, sino all'emanazione degli atti sopra indicati.

Nella maggioranza dei Comuni non si trattava dunque di un divieto definitivo e incondizionato, ma di un divieto provvisorio, di una sospensione temporanea dei procedimenti in corso, in attesa di risultanze scientifiche certe ovvero in attesa di nuovi pareri richiesti al Ministero della Salute.

A fondamento del contenuto delle misure disposte è stato pertanto invocato e individuato, oltre agli interessi propriamente urbanistici relativi all'ordinato e razionale assetto del territorio, soprattutto il principio di precauzione quale principio di tutela dell'ambiente e della salute umana.

Quanto invece alla forma dell'ordinanza, gli atti adottati dai Sindaci dichiarano di fondarsi sull'art. 50, comma 5, del d.lgs. n. 267 del 2000, ove si prevede che «in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal Sindaco, quale rappresentante della comunità locale» (prima del dispositivo, nelle ordinanze di regola si legge il seguente passaggio: «visto l'art. 50 comma 5 del d.lgs. n. 267/2000, attesa l'urgenza di provvedere nelle more di diverse iniziative istituzionali»).

Nelle ordinanze in esame, dunque, a ben vedere, il presupposto dell'urgenza viene individuato nella necessità di dare il tempo alle altre istituzioni della Repubblica di intervenire.

In una certa misura, dunque, queste ordinanze dei Sindaci, o almeno alcune di esse, avrebbero potuto anche essere lette e interpretate, anziché in una logica meramente “sovversiva”, in una logica di “collaborazione” con le altre istituzioni della Repubblica, in quanto diretta a sollecitare nuovi approfondimenti e nuovi interventi a livello statale. Ma non pare che le istituzioni statali, ed in particolare il Ministero della Salute ovvero quello dell’Ambiente, si siano preoccupate di venire incontro in alcun modo alle sollecitazioni dei Sindaci.

Un segno di attenzione e “collaborazione” istituzionale nel senso indicato si trova solo nella circolare del Ministero dell’Interno del 13 ottobre 2020 nella parte in cui il Ministero, nell’indicare ai Prefetti la possibilità di annullare in via amministrativa tali ordinanze quando adottate anche ai sensi dell’art. 54 del TUEL e dunque dal Sindaco quale Ufficiale del Governo, si preoccupa di evidenziare come «In attuazione del principio di leale collaborazione, si segnala, altresì, l’esigenza che, in tali fattispecie, il sindaco venga previamente invitato a revocare il provvedimento, rendendolo partecipe dei profili di illegittimità riscontrati».

Per il resto, a livello statale, l’unica effettiva reazione è stata quella di intervenire con un decreto legge, per vietare – sempre e comunque – la possibilità di adottare ordinanze siffatte.

Tali considerazioni forse attengono più allo “stile” nei rapporti tra livelli istituzionali che non a doveri giuridici, ma esse comunque appaiono importanti in una Repubblica fondata sul principio autonomista. Sulle ordinanze sindacali in esame si è sviluppata l’elaborazione giurisprudenziale, e successivamente è intervenuto il d.l. n. 76 del 2020, c.d. semplificazione, che ha sostanzialmente positivizzato quanto statuito nei singoli casi dalla giurisprudenza amministrativa.

L’intervento del Giudice amministrativo ha portato costantemente all’annullamento di tali ordinanze sulla base di una pluralità di considerazioni.

Nelle diverse pronunce si ricorda anzitutto come sia *jus receptum* che l’emanazione delle ordinanze ex art. 50 del TUEL è consentita solo per fronteggiare esigenze straordinarie ed imprevedibili, e solo per il tempo strettamente necessario affinché si possa intervenire in via ordinaria.

In secondo luogo nelle pronunce si evidenzia altresì che in materia di emissioni elettromagnetiche, la tutela della salute è affidata alle cure di organi dello Stato, che la esercitano nel rispetto di norme di rango primario (ossia, la l. 22 febbraio 2001 n. 36 e relativi decreti attuativi), per cui tale competenza non può essere derogata in forza di provvedimenti *extra ordinem* da parte del Sindaco.

Ma, soprattutto e in via conclusiva, la giurisprudenza rimarca come il potere di ordinanza sindacale contingibile e urgente presuppone comunque situazioni di pericolo effettivo non tipizzate dalla legge, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione, perché solo in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la

possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia di provvedimenti .

Dunque, la giurisprudenza amministrativa ha costantemente sancito l'illegittimità delle ordinanze contingibili e urgenti dirette a sospendere l'attività di installazione ed esercizio di infrastrutture di telecomunicazioni, in quanto l'ordinamento italiano prevede già in via ordinaria gli strumenti necessari per tutelare la popolazione dalle fonti elettromagnetiche, a partire dai limiti alle emissioni previste dal D.P.C.M. 8 luglio 2003 e dall'attività di autorizzazione e controllo affidata alle ARPA.

Poiché alcuni Sindaci, nonostante le chiare indicazioni giurisprudenziali, continuavano ad assumere ordinanze con un simile tenore, il Governo ha sentito la necessità, con il d.l. n. 76 del 2020, di inserire nel nuovo testo dell'art. 8, comma 6 della legge n. 36 del 2001 l'espresso divieto per i Comuni «in ogni caso, di incidere anche in via indiretta o mediante provvedimenti contingibili e urgenti, sui limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sui valori di attenzione e sugli obiettivi di qualità, riservati allo Stato ai sensi dell'articolo 4».

L'intenzione del Governo di contrastare con questa norma le ordinanze dei Sindaci già sopra descritte, è evidente. Tuttavia, in realtà, questa norma non incide in modo innovativo sulla situazione, in quanto già la giurisprudenza consolidata aveva chiarito l'illegittimità di siffatte ordinanze.

D'altra parte, non possono che continuare a valere anche in questo settore le regole generali sul potere di ordinanza: se non vi sono reali e dimostrate ragioni di necessità e urgenza, le ordinanze sono illegittime; mentre in caso di effettiva necessità ed urgenza, il Sindaco può esercitare il potere previsto dall'art. 50.

La circostanza che siffatte ordinanze sindacali fossero comunque illegittime anche prima del d.l. n. 76 del 2020, e dunque a prescindere da esso, era stata rimarcata anche da una circolare adottata con la già citata nota del Ministero dell'Interno 13 ottobre 2020, n. 13775, ove si evidenziava come tali ordinanze non presentassero i requisiti richiesti dagli artt. 50 e 54 del TUEL.

6. Conclusioni. La centralità del potere discrezionale e del livello comunale, della partecipazione procedimentale e dei principi di correttezza dell'azione amministrativa complessivamente intesa

La vicenda descritta nei paragrafi precedenti assume un interesse generale, che va al di là dello specifico settore degli impianti di comunicazione elettronica, perché intercetta alcuni tratti caratterizzanti dell'evoluzione del nostro ordinamento amministrativo.

Il primo è rappresentato dalla perdurante necessità del potere amministrativo discrezionale ogniqualvolta vi sia la necessità di attuare un equilibrio tra una pluralità di interessi pubblici e privati a protezione necessaria e costituzionalmente tutelati.

Le imprese di comunicazione avevano tentato di rivendicare davanti al Giudice amministrativo la sussistenza del loro diritto di procedere alla progettazione della localizzazione dei nuovi impianti “liberamente”, secondo regole di razionalità tecnica ed efficienza economica, contestando la legittimità di un potere regolamentare comunale generale che potesse incidere sulla scelta dei siti destinati alle installazioni, e comunque pretendendo di avere parametri certi nei tempi e nei presupposti di individuazione delle localizzazioni degli impianti.

Queste pretese dei gestori sono state respinte dal Giudice amministrativo, sulla base della duplice considerazione che la legge statale quadro n. 36 del 2001 prevede espressamente un potere regolamentare comunale, e che il regolamento può introdurre e disciplinare, con riferimento all’esercizio del potere autorizzatorio comunale, elementi di discrezionalità amministrativa ulteriori rispetto alle indicazioni emergenti dalla legislazione statale.

Dunque, la localizzazione degli impianti non è né libera né necessariamente soggetta a presupposti vincolati, ma è assoggetta, o comunque può essere assoggetta dai regolamenti comunali, a valutazioni discrezionali dirette a contemperare gli interessi pubblici e privati in gioco.

Questa impostazione accolta dalla giurisprudenza appare coerente con l’assetto sostanziale degli interessi in gioco.

La presenza nella fattispecie da regolare di una pluralità di interessi pubblici e privati, tra i quali si deve trovare un equilibrio in concreto, rende fisiologica la sussistenza di discrezionalità amministrativa.

Il secondo elemento che emerge dalla vicenda in esame è che, quando si sia in presenza di impianti da realizzare sul territorio, non sia facilmente superabile - nell’equilibrio tra i diversi livelli istituzionali della Repubblica – la centralità del Comune, quale ente locale che «rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo», cui spettano in principio «tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale» ex artt. 3 e 13 del TUEL.

Con riferimento agli impianti di telecomunicazione, risultano con chiarezza le ragioni per le quali il Comune è l’ente che necessariamente deve essere coinvolto nella ricerca del punto di equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in gioco.

L’installazione di impianti di comunicazione, infatti, incide direttamente sulla collettività insediata nel territorio interessato, in particolare incide sull’assetto urbanistico e sull’esposizione ai campi elettromagnetici di tale comunità. Dunque, il potere regolamentare e quello autorizzatorio del Comune vanno considerati espressione dell’autonomia che il nostro ordinamento attribuisce a tale ente nella disciplina dell’uso del territorio.

In terzo luogo, la vicenda in esame rivela in modo molto immediato e concreto l'indispensabilità del procedimento amministrativo e della partecipazione procedimentale per definire un equilibrio nell'assetto degli interessi pubblici e privati in gioco.

La definitiva localizzazione degli impianti, anche mediante l'individuazione di siti alternativi e la valutazione della loro idoneità tecnica, non può che scaturire dal confronto procedimentale tra l'impresa di gestione e il Comune.

I gestori infatti sono gli unici soggetti che posseggono la piena conoscenza delle esigenze del servizio e dell'elasticità di organizzazione della relativa rete infrastrutturale.

Di conseguenza l'interpretazione ed applicazione dei criteri e limiti di localizzazione posti dai regolamenti comunali, per essere effettuata correttamente, dovrà essere condotta dal Comune «nel confronto con gli operatori».

E l'atteggiamento del Comune di confronto con gli operatori deve spingersi al punto che, fronte di una istanza di collocazione non coerente con gli interessi pubblici tutelati dal regolamento, il Comune ha il dovere di proporre all'impresa nell'ambito del procedimento una diversa collocazione dell'impianto.

Pertanto, in tale quadro, l'azione amministrativa si realizza strutturalmente e necessariamente attraverso il dialogo e la ricerca di una soluzione condivisa tra l'amministrazione procedente e il privato interessato. Ancora una volta trova conferma, in un importante settore del nostro ordinamento, la prospettiva di Benvenuti secondo la quale il procedimento non è solo mezzo di garanzia «della puntuale aderenza dell'azione dei pubblici poteri ad uno schema normativo predeterminato», ma è anche e soprattutto strumento di «acquisizione, composizione, graduazione» degli interessi meritevoli di essere tutelati e, di conseguenza, «struttura di collegamento dei vari centri di riferimento» dei predetti interessi : con la conclusione che il «valore primario del procedimento» è «un valore organizzativo» .

Da quanto sopra deriva una quarta considerazione. Nell'ambito dell'azione amministrativa, acquista sempre più importanza il comportamento complessivo dell'Amministrazione procedente, e di conseguenza il rispetto dei principi di correttezza e buona fede quali principi propri dell'azione amministrativa autoritativa considerata nella sua interezza, a prescindere dai provvedimenti puntuali che la compongono.

Il Consiglio di Stato, nel momento in cui, nella sentenza n. 212 del 2021, afferma che è compito dell'Amministrazione svolgere il procedimento amministrativo di localizzazione degli impianti in modo da garantire in concreto il confronto tra le parti, perché solo il confronto tra le parti può assicurare in questo settore il necessario bilanciamento tra i diversi interessi, sta prospettando un rapporto e un confronto paritario tra il Comune e l'impresa, un rapporto che si gioca anzitutto sul piano del



comportamento complessivo dell'amministrazione, nel quadro di una dimensione relazionale tra l'amministrazione ed il privato.

Da tale impostazione deriva che nell'ambito di procedimenti amministrativi così caratterizzati, verranno sempre più considerate rilevanti dal giudice amministrativo, accanto alle regole di diritto pubblico che hanno ad oggetto il provvedimento (la cui violazione determina l'invalidità del provvedimento adottato), i principi di correttezza e buona fede riferiti al comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione nel corso dello svolgimento dell'intera vicenda autorizzatoria, la cui violazione non dà luogo ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità civile .

In altre parole, anche con riferimento al settore in esame, pare espandersi la prospettiva secondo cui nel rapporto tra Amministrazione e privati operatori, l'Amministrazione è sottoposta a regole di correttezza e buona fede, quali regole di responsabilità relative al comportamento complessivamente tenuto (che si sommano alle regole pubblicistiche di validità del provvedimento finale).

Infine, tutto quanto sopra conferma ancora una volta il ruolo che continua ad essere svolto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato nell'elaborare principi che segnano l'evoluzione del nostro ordinamento amministrativo.