

LUIGI RANALLI

*IL QUADRO NORMATIVO NAZIONALE E REGIONALE  
DEGLI IMPIANTI DI TELECOMUNICAZIONE*

**1. La legislazione anteriore alla legge n. 36/2001**

La legge 22 febbraio 2001 n. 36 sulla disciplina degli impianti di telecomunicazione e, soprattutto, della tutela dai relativi campi elettromagnetici è intervenuta quando già alcune Regioni (Piemonte, Veneto, Lazio, Abruzzo, Puglia) avevano percepito la rilevanza del problema e legiferato in materia: l'Italia, tuttavia, è stata nell'ambito europeo una delle nazioni più sollecite, anche se in materia ambientale la nostra legislazione è in prevalenza costituita proprio da adeguamenti alla disciplina comunitaria.

Le fonti normative più remote in materia sono da individuare nell'art. 4 della legge n. 833/1978, attributiva allo Stato del compito di determinare i limiti massimi di esposizione agli agenti inquinanti di natura chimica, fisica e biologica, nel cui ambito tradizionalmente si riconducono le emissioni elettromagnetiche, nonché nell'art. 2, XIV comma, della legge n. 349/1986, che individua i Ministeri competenti per le relative proposte a seconda che si tratti di ambienti abitativi o lavorativi, interni o esterni.

Da queste iniziali previsioni si sono sviluppate due distinte discipline, cioè quella dei campi elettromagnetici a basse frequenze (50-60 Hz), proprie degli elettrodotti, e quelle ad alta frequenza, tra i 100 Hz e i 300 Ghz, propri dei ripetitori radiotelevisivi e dei sistemi di telefonia cellulare.

Tuttavia, come del resto era anche ovvio, la legislazione nazionale ha affrontato prima il problema degli elettrodotti, ma per disciplinarne la sicurezza e l'incolumità pubblica (v.si la legge 28 giugno 1986 n. 339) e la loro compatibilità ambientale (v.si art. 2, III comma, della legge 21 settembre 1991 n. 9 ed il d.P.R. 27 aprile 1992): è con il D.P.C.M. 23.4.1992, emanato in attuazione dell'art. 2, IV comma, della legge 8 luglio 1986 n. 349, che è stato finalmente affrontato il problema, sempre però, delle basse frequenze (fino a 50 Hz), dei limiti massimi di esposizione negli ambienti abitativi ed esterni, all'epoca in-

dividuati nelle aree o ambienti in cui gli individui trascorrono una parte significativa della giornata.

Per le alte frequenze, la normativa statale, quindi, è pressoché assente sino al 1997, sebbene la rilevanza del fenomeno già si ponesse all'attenzione pubblica: del resto, anche in occasione della riforma del sistema radiotelevisivo pubblico e privato, l'art. 18, I comma, della legge 6 agosto 1990, n. 223, ancora si limita alla generica raccomandazione nei confronti del Ministero delle poste e telecomunicazioni di tener conto delle esigenze di carattere urbanistico, ambientale e sanitario.

L'importanza del problema è ammessa, ma non affrontata in concreto, dall'art. 1, VI comma, n. 15, della legge n. 249/1997, istitutiva dell'Autorità di vigilanza per le telecomunicazioni, allorché attribuisce ad un suo organismo, cioè la Commissione per le infrastrutture e le reti, il compito di vigilare *“sui tetti di radiofrequenza compatibili con la salute umana”* e di verificare che *“tali tetti, anche per effetto congiunto di più emissioni elettromagnetiche, non vengano superati”*.

A distanza di un anno da questa disposizione, interviene il D.M. 10.9.1998 n. 381 – emanato, appunto, ai sensi del menzionato art. 1 della legge n. 249/1997 – decreto che, come noto, stabilisce i limiti d'intensità di campo elettrico e magnetico, distintamente relativi all'esposizione occasionale e prolungata, questa volta *“indipendentemente dalla frequenza”* (art. 4, II comma) in corrispondenza di edifici adibiti a permanenze non inferiori a quattro ore, cioè abitazioni, scuole, uffici, ospedali e loro pertinenze esterne: i valori di campo sono stati fissati in 6 V/m per il campo elettrico e in 0,016 A/m per il campo magnetico per frequenze comprese tra 3 MHz e 300GHz.

Ma ciò che più rileva in relazione all'oggetto della presente relazione, e che le competenze locali in materia sono state, sia pure generalmente e sinteticamente stabilite per la prima volta dall'art. 4, III comma, del D.M. n. 381/1997 ed in modo in parte diverso dalla citata legge n. 249/1997: la vigilanza sui limiti di esposizione non è più di competenza esclusiva dell'Autorità per le garanzie delle comunicazioni, ma estesa alle Regioni ed alle Province autonome, espressamente abilitate a disciplinare, appunto:

– l'installazione e la modifica degli impianti per garantire il rispetto dei limiti e dei valori prefissati, questa volta, in modo unitario sul territorio nazionale;

– il controllo e la vigilanza anche sul rispetto dei suindicati limiti e reprimerne gli abusi.

A questi compiti si deve aggiungere, come ovvia esigenza di uniforme applicazione, la disciplina dell'attività di risanamento degli impianti difformi.

Per completezza di esame va ricordato, quale ulteriore disposizione anteriore alla legge n. 36/2001, l'art. 2/*bis*, II comma, del D.L. 1 maggio 1997 n. 115, convertito con modificazioni dalla legge 1 luglio 1997 n. 189, che aveva sottoposto gli impianti di telecomunicazioni anche alla valutazione di impatto ambientale.

Nel frattempo, sempre a causa del crescente allarme della popolazione per i rischi alla salute causati dall'inquinamento elettromagnetico, numerose iniziative regolamentari, di natura prevalentemente restrittiva, sono state assunte direttamente dai Comuni, avvalendosi, in prevalenza, dei poteri loro attribuiti in materia urbanistica ed edilizia e, a volte, anche di quelli in materia di igiene e sanità locale: il contenzioso insorto è stato notevole e la giurisprudenza, allorché ha esaminato questi regolamenti comunali, ha evidenziato quello che poi sarà costantemente ribadito come limite della competenza comunale in materia, cioè l'impossibilità di interferire anche indirettamente con i limiti di esposizioni stabiliti dal D.M. n. 381/1998: così, ad esempio, sono stati ritenuti illegittimi regolamenti che imponevano la collocazione degli impianti a distanze da altre costruzioni di gran lunga superiori rispetto a quelle generalmente stabiliti dalle norme urbanistiche, o che ne vietavano l'installazione su intere aree del territorio o provvedimenti che, in attesa di una nuova regolamentazione urbanistica o di altra natura applicavano, di fatto, le misure di salvaguardia.

## **2. Le linee fondamentali della legge n. 36/2001 ed il riparto delle competenze**

Passando, ora, all'esame della legge n. 36/2001, la prima cosa da rilevare è che essa ha, come criterio informatore, il "*principio di precauzione*", in adesione a quanto stabilito in materia ambientale dall'art. 174, paragrafo 2, del Trattato istitutivo dell'Unione Europea: infatti, si pone espressamente l'obiettivo di stabilire "*misure di cautela*" atte a ridurre esposizioni "*potenzialmente*" nocive per la salute umana e ciò si giustifica chiaramente dalle incerte conclusioni scientifiche in merito all'effettiva rilevanza del nesso causale tra esposizioni a radiazioni non ionizzanti e danni alla salute umana.

Si tratta, inoltre, di una legge *quadro*: in sostanza, la disciplina ge-

nerale relativa ai campi elettromagnetici da regolamentare diventa legislativa all'evidente scopo di imporre uniformità di comportamento sul territorio nazionale e non a caso si tratta anche di normativa di carattere generale.

Un'importante novità è costituita dalle "definizioni" elencate nell'art. 3 che costituiscono, poi, i presupposti per la futura azione regolamentare riservata allo Stato e, sia pure in parte, della ripartizione delle competenze attribuite alle Regioni.

Oltre alle definizioni di elettrodotto, stazioni e sistemi o impianti radioelettrici ed impianti per telefonia mobile, vengono introdotti nuovi concetti, quali il *valore di attenzione*, cioè i valori di campo che non devono essere superati negli ambienti abitativi, scolastici o adibiti a permanenze prolungate, gli *obiettivi di qualità* a loro volta distinti in criteri localizzativi e standard urbanistici, prescrizioni ed incentivazioni per l'utilizzo delle migliori tecnologie ed in *valori di campo* ai fini della minimizzazione nel tempo della loro esposizione.

Tra i compiti riservati allo Stato si conferma, innanzi tutto, quello di stabilire, appunto, i limiti di "esposizione" ed i valori di "attenzione", cui si aggiungono la determinazione dell'obiettivo di "qualità" teso alla progressiva minimizzazione nel tempo dall'esposizione, l'istituzione del catasto nazionale delle sorgenti elettromagnetiche fisse e mobili, la determinazione dei criteri di elaborazione dei piani di risanamento, la conclusione degli accordi di programma con i gestori al fine di promuovere tecnologie dirette a ridurre nel tempo emissioni ed impatto ambientale, e l'individuazione delle tecniche di misurazione e di rilevamento: è evidente che la riserva allo Stato di questo ultimo compito ha la finalità di impedire che nell'ambito del territorio nazionale coesistano diverse metodologie che, di fatto, ben avrebbero potuto incidere proprio sui limiti di effettiva esposizione generalmente stabiliti dallo Stato.

Per la concreta attuazione di questi compiti sono previsti due decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, uno relativo alla popolazione e l'altro ai lavoratori, poi entrambi emanati l'8.7.2003.

In materia di compiti riservati allo Stato la legge è, quindi, sostanzialmente in linea con il precedente decreto n. 381/1998.

Nei confronti delle Regioni, l'art. 4, V comma, della legge n. 36/2001 impone, innanzi tutto di adeguare la propria legislazione ai limiti di esposizione, di attenzione e di progressiva minimizzazione stabiliti dalla normativa statale.

Di fatto, questa disposizione ha lo scopo di rendere immediata-

mente obbligatorio, prima ancora dell'emanazione dei decreti attuativi (poi intervenuti l'8.7.2003), l'adeguamento ai limiti di esposizione stabiliti dal già vigente D.M. n. 381/1998 nei confronti delle Regioni che avevano diversamente legiferato in materia, dal momento che il successivo art. 8, I comma, questa volta senza alcun riferimento alla legislazione regionale, nell'elencare i compiti delle Regioni ancora ribadisce che vanno espletati *“nel rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, nonché dei criteri e delle modalità fissate dallo Stato”*.

Ciò che risulta evidente da questa impostazione iniziale è la preoccupazione di salvaguardare comunque la riserva allo Stato sulla determinazione dei limiti di esposizione, di attenzione e degli obiettivi di qualità, escludendo chiaramente la possibilità che le Regioni possano in qualche modo interferirvi modo indiretto, modificando o stabilendo, appunto, criteri e modalità diversi da quelli stabiliti dalla normativa nazionale, sia pure regolamentare.

Le competenze regionali oggetto di disciplina nell'art. 8 sono, comunque, in gran parte di natura urbanistica. Infatti, sono ad esse attribuite:

- le *“funzioni relative all'individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti di telefonia mobile, degli impianti radioelettrici e degli impianti di radiodiffusione”*, ribadendosi ancora una volta che ciò deve avvenire nel rispetto dei previsti d.P.C.M. (lett. a);

- l'individuazione dei *“criteri localizzativi, standard urbanistici, prescrizioni ed incentivazioni alle migliori tecnologie disponibili”* (lett. e);

- le modalità per il rilascio delle autorizzazioni all'installazione, precisandosi, però, che tanto deve avvenire in conformità a criteri di semplificazione amministrativa e tenendo conto dei campi elettromagnetici generati;

- alla formazione di un proprio catasto delle sorgenti di campo, in coordinamento con quello nazionale: il previsto *“coordinamento”* esclude, quindi, che il catasto regionale possa essere istituito come mera duplicazione parziale di quello nazionale.

È stato, poi, previsto che in caso di inadempienza regionale si applica l'art. 5 del D.Lgs n. 112/1998, con ciò riferendosi alla possibilità dello Stato di intervenire in sostituzione del Regioni con il procedimento delineato, appunto, dall'art. 5 del D.Lgs. n. 112/1998, anche se l'effettivo ambito di applicazione del potere sostitutivo resta indefinito, mentre con disposizione altrettanto generica nel IV comma l'art. 8 sta-

bilisce che le Regioni possono stabilire anche le competenze, ovviamente in materia, delle Province e dei Comuni.

La novità introdotta dall'art. 8, VI comma, della legge n. 36/2001 è, tuttavia, la diretta facoltà, cioè non per delega regionale, concessa ai Comuni di “*adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici*”.

Sebbene si riconosca, così, la necessità di coinvolgere anche i Comuni nella disciplina di che trattasi, si tratta, però, di una norma apparentemente avulsa dal contesto dell'art. 8 e, soprattutto, priva di ulteriori indicazioni sui limiti di questa riconosciuta potestà regolamentare comunale: è evidente, tuttavia, che questa potestà non può essere affatto intesa come attribuzione di un autonomo e concorrente potere in materia, ma subordinata al rispetto di quanto stabilito nell'emanato d.P.C.M. n. 381/1998 (come, poi, negli emanati decreti dell'8.7.2003), nonché nelle emanate o emanande determinazioni regionali, essendo, altrimenti, illogica la stessa attribuzione dei compiti come sopra riservati allo Stato ed alle Regioni.

Infatti, anche la prevalente giurisprudenza amministrativa ha ribadito che, ai sensi della sopravvenuta legge quadro, il regolamento comunale non può determinare distanze minime o esclusioni di interesse omogenee senza che siano assicurate soluzioni alternative, perché ciò contrasta con l'interesse pubblico alla realizzazione delle reti (*TAR Lazio, Sez. II, 3 giugno 2004 n. 5186; TAR Marche 20 gennaio 2003 n. 8*), né tanto meno può fissare limiti di esposizione diversi da quelli stabiliti con il D.M. n. 381/1998, trattandosi di materia riservata allo Stato (*v.si, tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2003, 20 dicembre 2002 n. 7274*).

Di particolare interesse è, però, la decisione 14 febbraio 2005 n. 2005 n. 450 del Consiglio di Stato, Sez. IV, che, pur ribadendo che l'art. 8 della legge n. 36/2001 non consente ai Comuni stabilire divieti generalizzati in tutte le zone territoriali omogenee a destinazione residenziale o nel centro abitato o fissare distanze ed altezze perché affatto funzionali al governo del territorio, ha anche rilevato come questi regolamenti ben possono essere impugnati unitamente al provvedimento applicativo di diniego, perché non si tratta di regolamenti cc.dd. di *volizioni-azioni*, cioè contenenti almeno in parte, previsioni destinate alla immediata applicazione, ma di regolamenti cc.dd. di *volizioni-preliminari*, cioè caratterizzati da requisiti di generalità e astrattezza

ed, in quanto tali, non immediatamente lesivi della sfera giuridica dei soggetti interessati, a nulla rilevando che ciò possa accadere in futuro.

Per completezza di esame è opportuno evidenziare anche l'interpretazione giurisprudenziale, sia pure minoritaria, che ammette, invece, la possibilità per i Comuni di fissare distanze minime per l'installazione degli impianti di gran lunga superiori a quelle stabilite dalle norme urbanistiche: si sostiene, infatti, che i regolamenti adottati ai sensi dell'art. 8 della legge n. 36/2001 siano espressione della nuova e più generale potestà regolamentare "per funzioni" ora attribuita ai Comuni dalla legge n. 142/1990 e quindi le prescrizioni in esso contenute, comprese le distanze, non hanno valenza urbanistica, ma di "precauzione" così che ben possono contenere prescrizioni di minimizzazione del rischio, purché non attribuita all'esclusiva competenza statale e non ostative all'effettiva funzionalità del servizio (*TAR Puglia, Lecce, 6 marzo 2002 n. 1021*).

### **3. La legislazione successiva e le pronunce della Corte costituzionale**

A seguito della legge quadro n. 36/2001, numerose Regioni hanno, quindi, emanato proprie leggi di attuazione, alcune legiferando ex novo ed altre modificando quelle già emanate, peraltro anche in attuazione del trasferimento delle funzioni nel frattempo disposto dal D.Lgs. n. 122/1998.

Orbene è noto che sono state sottoposte all'esame alla Corte costituzionale alcune specifiche questioni di legittimità costituzionale di alcune di queste leggi regionali: ci si riferisce, in particolare, alla L.R. Marche 13 novembre 2001 n. 25, alla L.R. Campania 24 novembre 2001 n. 13, alla L.R. Puglia 8 marzo 2002 n. 5 ed alla L.R. Umbria 14 giugno 2002 n. 9, definite con sentenza 7 ottobre 2003 n. 303, alla L.R. Lombardia 6 marzo 2002 n. 4, definita con sentenza 7 novembre 2003 n. 331.

Una prima annotazione da fare è la conferma, da parte della Corte costituzionale, della tutela ambientale come "*valore costituzionale*", di cui lo Stato conserva il potere di stabilire standard di protezione uniformi sul territorio nazionale non derogabili dalle Regioni, ma che, nello stesso tempo, la tutela dalle emissioni elettromagnetiche costituisce una "*materia trasversale*" perché coinvolge anche il governo del territorio, la tutela della salute, l'ordinamento delle comunicazioni, della produzione e dell'energia e ciò giustifica il concorrente intervento

sia dello Stato, cui è affidato il compito di determinare i principi fondamentali, sia delle Regioni cui è affidato il compito di emanare la normativa di attuazione.

Da questa impostazione iniziale dei problemi di costituzionalità sottoposti al suo esame, la Corte ha poi tratto alcune importanti conclusioni che si possono così riassumere:

a) ha innanzi tutto affermato che costituisce un principio fondamentale riservato allo Stato, come già previsto dalla legge n. 36/2001, la determinazione dei limiti di esposizione o i valori di soglia delle emissioni, con ciò confermando la giurisprudenza già intervenuta, ma non perché ciò riguardi solo un'esigenza di tutela della salute (ben potendo, altrimenti, le Regioni fissare limiti più rigorosi, come ammesso dalla stessa Corte nella sentenza n. 331/2003) ma perché la finalità dei valori di soglia è quella di consentire in concreto l'effettiva realizzazione degli impianti e delle reti sull'intero territorio nazionale, certamente pregiudicata se ogni Regione potesse autonomamente fissare limiti diversi.

Per questo motivo è stata ritenuta incostituzionale la legge regionale Veneto nella parte in cui aveva fissato valori di soglia di 3 V/m, inferiore al valore di 6 V/m stabilito dal D.M. n. 381/1998, nonché l'art. 6, VI comma, della L.R. Marche n. 25/2001, che aveva stabilito, sia pure in via transitoria, lo stesso limite inferiore di 3 V/m in corrispondenza di edifici adibiti a permanenze non inferiori a quattro ore, non potendo questa previsione essere ricondotta agli obiettivi di qualità in termini localizzativi e di standard urbanisti, ma nell'ambito dei limiti e dei valori di esposizione e di attenzione, riservati allo Stato dall'art. 4, I comma, della legge n. 36/2001;

b) ha, poi, rilevato che i compiti attribuiti alle Regioni per definire i criteri localizzativi degli impianti e gli standard urbanistici da rispettare, devono essere esercitati in modo generale e tale da consentire l'effettivo funzionamento della rete di telecomunicazioni: se per un verso è stato confermato quanto già affermato nella precedente sentenza n. 303/2003 sulla competenza regionale in materia urbanistica, è stato però ulteriormente precisata l'impossibilità di indicare in modo "specifico" i singoli luoghi perché ciò ostacolerebbe, appunto, "le esigenze di pianificazione della rete nazionale".

In applicazione di questo principio, la Corte ha, quindi, ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 10, II comma, della L.R. Puglia 8 marzo 2002 n. 5 che prevedeva un generale divieto di installazione in aree vincolate ai sensi delle leggi sui beni culturali ed ambientali, sulle

aree classificate di interesse storico ed architettonico, sulle aree di pregio storico, culturale e testimoniale, nonché l'art. 7, III comma, della L.R. Marche n. 25/2001, che demandava alla Giunta la determinazione delle distanze minime da rispettare nell'installazione degli impianti dal perimetro esterno degli edifici destinati ad abitazioni, a luoghi di lavoro o ad attività diverse da quelle specificatamente connesse all'esercizio degli impianti stessi, in quanto l'ampiezza e l'eterogeneità di queste aree, l'indeterminatezza delle definizioni e l'assoluta discrezionalità attribuita alla Giunta regionale Marche nel delimitare le fasce di rispetto, costituivano *non* un complesso di prescrizioni in materia di standard urbanistici, ma *“un potere amministrativo in contrasto con il principio di legalità sostanziale e tale da poter pregiudicare l'interesse, protetto dalla legislazione nazionale, alla realizzazione delle reti di telecomunicazioni”*.

Sul problema delle distanze, la Corte ha, però, meglio chiarito il proprio orientamento con la sentenza n. 331/2003, allorché ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, XII comma lett. a), della L.R. Lombardia n. 4/2002, che stabiliva la distanza minima di 75 metri dal perimetro dei cc.dd. siti sensibili (asili nido, scuole, ospedali, residenze per anziani, ecc.), precisando che il criterio della distanza dai luoghi sensibili non può ritenersi di per sé vietato, ma deve essere tale da non risolversi, in relazione alle eventuali e particolari condizioni di concentrazione urbanistica di questi luoghi, nell'impossibilità di realizzare una completa rete di infrastrutture per le telecomunicazioni: in sostanza, è sempre attribuita prevalenza all'effettività del servizio.

Questo ulteriore chiarimento della Corte, è particolarmente importante non solo ai fini dell'individuazione dei limiti imposti dalla legge quadro n. 36/2001 alla legislazione regionale, ma soprattutto per valutare – se ovviamente impugnati in sede di legittimità – i provvedimenti sulle distanze minime che i Comuni, anche autonomamente ed in assenza di analoghe norme regionali, hanno espressamente adottato per disciplinare la localizzazione degli impianti di che trattasi, avvalendosi del loro potere regolamentare in materia urbanistica ed edilizia, oppure di quello loro attribuito dall'art. 8, VI comma, della citata legge quadro.

Di contro, in merito al divieto di installazione sulle aree cc.dd. *sensibili* (asili, scuole, ospedali ecc.) individuate dalle Regioni, la Corte costituzionale sia con la sentenza n. 307 sia con la sentenza n. 331 del 2003, ha ritenuto, invece, la possibilità di vietare l'installazione degli impianti su queste aree, perché ciò rientra nell'obiettivo di qualità re-

lativo alla definizione dei criteri di localizzazione e di determinazione degli standard urbanistici, ribadendo però la condizione che sia sempre possibile una localizzazione alternativa che non comprometta l'effettiva realizzazione delle reti di telecomunicazioni: per questi motivi è stata ritenuta non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, I comma, della L.R. Puglia n. 5/2002 e della L.R. Lombardia n. 12/2002.

c) ha, infine, ribadito che le sanzioni per le violazioni in materia, come espressamente previsto dall'art. 15 della legge n. 36/2001, possono essere prestabilite unicamente dallo Stato e che quindi nessuna norma regionale può autonomamente determinarle in difformità per l'eventuale superamento dei limiti di emissione o per la mancata presentazione dei piani di risanamento: per questo motivo, nella sentenza n. 307/2003 ha ritenuto incostituzionale l'art. 7 della L.R. Campania n. 13/2001.

Tenuto conto che siano nel territorio della Regione Marche, sembra opportuno anche una breve disamina della L.R. n. 25/2001, così come risulta a seguito delle suindicate decisioni della Corte costituzionale.

Essa innanzi tutto riguarda le alte frequenze, cioè quelle comprese tra i 100 KHz e i 300 GHz, rinvia per i limiti di esposizione agli artt. 3 e 4 del D.M. n. 381/1998, ribadendo che tanto resta in vigore sino all'emanazione dei decreti e dei regolamenti attuativi previsti dall'art. 4 della legge n. 36/2001, così che per questi decreti non si pone il problema della possibile interferenza con la legislazione regionale, richiede la concessione edilizia, con l'eccezione degli impianti provvisori, per i quali è sufficiente la comunicazione al Comune 45 giorni prima della loro collocazione, riconferma la necessità della valutazione dell'impatto ambientale ai sensi dell'art. 2/*bis* della legge n. 189/1997, subordina il rilascio della concessione sia al parere dell'ARPAM, di cui determina le specifiche funzioni in materia, sia dell'ASL competente per territorio, ai quali il Comune deve inviare la domanda entro trenta giorni, stabilisce che il parere negativo dell'ARPAM è vincolante, istituisce il catasto regionale delle sorgenti fisse e mobili, determina distintamente i termini e le modalità per la verifica degli impianti di telefonia mobile e di radiodiffusione nonché per le azioni di risanamento degli impianti esistenti che superano i limiti di esposizione e demanda ai Comuni i poteri di controllo e vigilanza sanitaria ed ambientale per l'attuazione della legge stessa.

La L.R. Marche n. 25/2001 demanda, inoltre ai Comuni il compi-

to di adottare entro sei mesi un proprio regolamento per assicurare un corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti onde minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici, modificando, se necessario, anche gli strumenti di programmazione urbanistica, nonché il compito di individuare, entro un anno, i siti più idonei per la localizzazione degli impianti di telefonia mobile e per la delocalizzazione di quelli esistenti, anche in questo caso modificando, se necessario i propri strumenti urbanistici, previa, però apposita conferenza di servizi alla quale debbono partecipare l'A.R.P.A.M., l'A.S.L., i gestori di telefonia mobile, le associazioni ambientaliste e le associazioni o i comitati di cui all'art. 9 della legge n. 241/1990: con questo preventivo e concordato procedimento, si auspica che dovrebbero essere superati i problemi di localizzazione degli impianti, le cui scelte hanno provocato, come sopra accennato, rilevanti contestazioni da parte delle popolazioni locali.

La L.R. Marche n. 25/2001 stabilisce, infine, nell'art. 7, il divieto di installare gli impianti per telefonia mobile sugli immobili vincolati ai sensi del titolo I del D.Lgs. n. 490/199, su ospedali, case di cura e riposo, edifici adibiti a culto, scuole ed asili nido, parchi pubblici, parchi gioco, aree verdi attrezzate e impianti sportivi.

Il divieto di installazione degli impianti su i siti sensibili, come in precedenza evidenziato, è stato riconosciuto costituzionalmente legittimo: di conseguenza, nella Regione Marche il problema si sposta a livello comunale, cioè sarà compito dei Comuni, tramite l'istituto della conferenza dei servizi, individuare, anche con la partecipazione dei gestori delle reti, siti che ne garantiscano l'effettiva realizzazione, sempre, però, tenendo conto degli edifici e delle aree come sopra espressamente vietate.

#### **4. Il procedimento per la realizzazione degli impianti di telecomunicazione ai sensi del D.Lgs. n. 198/2002 e del D.Lgs. n. 259/2003**

Le difficoltà fraposte a livello locale alla concreta realizzazione degli impianti di telecomunicazioni hanno indotto il legislatore nazionale ad intervenire anche sui criteri di localizzazione e sul procedimento da seguire per il rilascio del titolo necessario alla loro realizzazione.

Per il primo aspetto l'art. 3, II comma, del D.Lgs. n. 198/2002 aveva innanzitutto equiparato le infrastrutture degli impianti di teleco-

municazioni alle opere di urbanizzazione primaria ed aveva, altresì, stabilito la possibilità che fossero realizzate in qualsiasi parte del territorio comunale anche in deroga agli strumenti urbanistici e ad ogni altra disposizione di legge o di regolamento, malgrado la legge quadro n. 36/2001, emanata appena un anno prima, riservasse alle Regioni il compito di stabilirne i criteri di localizzazione.

Nella sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato, per eccesso di delega, l'illegittimità costituzionale del D.Lgs. n. 198/2002, aveva, però, incidentalmente rilevato come la deroga a qualsiasi destinazione urbanistica interferisse con le attribuzioni delle Regioni.

Nella rinnovata disciplina del D.Lgs. n. 259/2003 (art. 86) è stato innanzi tutto ribadito quanto già disposto dal caducato D.Lgs. n. 198/2002, cioè che le infrastrutture pubbliche di comunicazione sono assimilate a tutti gli effetti alle opere di urbanizzazione primaria, pur restando di proprietà dei rispettivi operatori e che, quindi ad esse si applica la relativa normativa vigente, con l'ulteriore possibilità di essere realizzate sia su proprietà pubbliche che private e, nello stesso tempo, con la possibilità da parte delle competenti Autorità di favorire la co-ubicazione o la condivisione con le altre infrastrutture, condivisione, però, obbligatoria in mancanza di valide alternative dovute a ragioni di tutela ambientale, di salute pubblica, di pianificazione urbana o rurale o di pubblica sicurezza.

A differenza di quanto stabilito nell'art. 3, II comma, del D.Lgs. n. 198/2002, non è più prevista la possibilità di realizzare le infrastrutture di che trattasi in ogni parte del territorio comunale, anche in deroga agli strumenti urbanistici e ad ogni altra disposizione di legge o di regolamento, con ciò prendendosi atto di quanto, sia pure incidentalmente, rilevato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 303/2003 sull'incompatibilità con le attribuzioni regionali del disposto di cui all'art. 3, II comma, del caducato D.Lgs. n. 198/2002.

In linea di principio la mancata riproposizione della norma testé indicata non sarebbe, però, rilevante, in quanto, le opere di urbanizzazione primaria – cui sono, appunto, ancora equiparati gli impianti di telecomunicazione – sono notoriamente realizzabili in ogni parte del territorio, a prescindere dalle rispettive destinazioni di zona.

Si impone, quindi, una interpretazione coerente con la pronuncia della Corte costituzionale ed una soluzione in tal senso può essere così formulata: le Regioni, nel fissare i propri criteri localizzativi, non hanno preclusioni territoriali prestabilite proprio in conseguenza di questa equiparazione, ma gli impianti debbono essere realizzati solo in

quelle parti del territorio individuati in applicazione di questi criteri e senza possibilità di eventuali deroghe agli strumenti urbanistici ad essi adeguati.

Una indiretta conferma di questa subordinazione si ha nell'art. 16, comma 7/*bis*, del d.P.R. n. 380/2001, come introdotto dall'art. 40, VII comma, della legge n. 166/2002, cioè della stessa legge delega a fondamento del D.Lgs. n. 259/2003, allorché equipara i “*cavidotti per il passaggio delle reti per telecomunicazioni*” alle opere di urbanizzazione primaria, se ubicate “*nelle aree individuate dai Comuni sulla base dei criteri definiti dalle Regioni*”.

Naturali conseguenze dell'equiparazione alle opere di urbanizzazione primaria sono, poi, la pubblica utilità *ex lege* delle reti ad uso pubblico e delle opere accessorie funzionali (per quelle ad uso privato tanto è possibile solo a seguito di apposito decreto del Ministro per le telecomunicazioni), la possibilità di imporre le necessarie limitazioni legali sulle proprietà interessate, nonché di esperire la procedura di esproprio come prevista dal d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

Infatti, la possibilità per i Comuni di espropriare le aree necessarie per la localizzazione degli impianti di telefonia mobile è stata già espressamente confermata dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con la decisione 26 agosto 2003 n. 4887, chiarendo che si tratta di opere private di pubblica utilità e che l'espropriazione è strumentale alla loro corretta pianificazione ed inserimento nel tessuto urbano.

Il secondo aspetto oggetto del recente intervento legislativo statale, riguarda la disciplina del procedimento per il rilascio del provvedimento abilitativo da parte dei Comuni.

La materia non era, infatti, oggetto di specifica disciplina da parte della legge n. 36/2001 e, quindi, doveva intendersi regolata dalle norme urbanistiche vigenti nel tempo e, da ultimo, anche dal testo unico per l'edilizia approvato con coevo d.P.R. n. 380/2001.

Orbene, il D.Lgs. n. 259/2003, come il precedente D.Lgs. n. 198/2002, ha previsto, in generale, la necessità “*dell'autorizzazione*” a seguito della domanda di installazione, con ciò indicandosi un tipico provvedimento abilitativo non più menzionato dal nuovo testo unico dell'edilizia, nonché l'istituto della denuncia di attività, c.d. DIA, invece inserito nel testo unico, qualora si tratti di impianti con tecnologia UTMS o con potenza in singola antenna uguale o inferiore a 20 Watt.

Il IX comma dell'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003 ha, però, stabilito che sia le istanze di autorizzazione che le denunce di inizio attività “*si*

*intendono accolte*” qualora entro novanta giorni non sia comunicato un provvedimento di diniego, ulteriormente chiarendo che le opere debbono essere iniziate, a pena di decadenza, entro 12 mesi dal ricevimento del provvedimento di autorizzazione “*ovvero dalla formazione del silenzio assenso*”, cioè di quel tipico provvedimento amministrativo implicito che tradizionalmente è equiparato, quanto agli effetti, al provvedimento previsto per la concreta possibilità di espletare l’attività oggetto di domanda.

Considerata la possibilità di realizzare con DIA gli impianti di telecomunicazioni con tecnologia UTMS o di potenza in singola antenna uguale o inferiore a 20 Watt, va però, rilevato che nel frattempo sono state introdotte rilevanti modifiche alla legge n. 241/1990 e, in particolare, proprio al procedimento per “*denuncia di inizio attività*”: si pone, pertanto, il problema della compatibilità della DIA prevista dall’art 87 del D.Lgs. n. 259/2003 con la disciplina di questo sopravvenuto e generalizzato procedimento per “*denuncia di inizio attività*”, che, teoricamente, potrebbe riguardare anche l’autorizzazione necessaria per gli impianti indicati nel I comma del menzionato art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003.

Infatti, l’art. 19 della legge n. 241/1990, come sostituito, da ultimo, dal D.L. 14 marzo 2005 n. 35, convertito con modificazioni dalla legge 14 maggio 2005 n. 80, in sintesi, ha così disposto: “*ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato (...) il cui rilascio dipenda esclusivamente dall’accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingentamento (...) è sostituito da una dichiarazione dell’interessato corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste*” e “*l’attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni*” dalla sua presentazione, con possibilità, per l’Amministrazione di adottare “*motivati provvedimenti di divieto*” entro lo stesso termine – però sospeso se sono necessari dei pareri, ma per un periodo ancora non superiore a trenta giorni – fatta salva la possibilità per l’Amministrazione stessa di assumere determinazioni in sede di autotutela ai sensi dell’art. 21/*quinquies* (revoca) e 21/*nonies* (annullamento d’ufficio), ovviamente, anche se non espressamente indicato, dopo che siano decorsi i termini per l’emanazione dell’eventuale provvedimento di divieto espresso.

A mio avviso, l’art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003 deve considerarsi ancora vigente sia perché l’art. 19 della legge n. 241/1990 è una di-

sposizione di legge di carattere generale che, ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni preliminari al cod. civ., non può ritenersi abrogativa di una disposizione di legge speciale in mancanza di espressa indicazione in tal senso, sia perché il procedimento dell'art. 87 del D. Lgs. n. 259/2003, proprio perché si può concludere con un "silenzio assenso", non può essere ricondotto al procedimento DIA del citato art. 19 della legge n. 241/1990, ma, più correttamente al successivo art. 20, relativo, appunto, ai procedimenti da concludersi per "silenzio assenso", così come integralmente sostituito dalla citata legge di n. 80/2005, la cui disciplina è, però, sostanzialmente conforme a quella, appunto, dell'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003.

In presenza di questa disciplina specifica, si pone, però, il problema dell'ammissibilità sia di una legge delega per introdurre una normativa statale di dettaglio in materia di legislazione concorrente, quale quella in esame, sia della stessa disciplina di dettaglio.

Questo problema riguarda, in particolare, l'art. 3, I comma, della L.R. n. 25/2001 che richiede, appunto, la concessione edilizia per gli impianti di telecomunicazione.

Infatti, all'epoca dell'emanazione di questa legge regionale, ancora vigeva l'art. 8, I comma, lett. c) della legge n. 36/2001 che demandava alle Regioni "le modalità per il rilascio delle autorizzazioni alla installazione degli impianti di cui al presente articolo", cioè, come indicato nella precedente lett. a), anche gli impianti per telefonia mobile e per radiodiffusione.

A parte la norma della Regione Marche testé citata, anche il prevalente orientamento giurisprudenziale riteneva l'installazione delle infrastrutture necessarie per le telecomunicazioni sostanziali trasformazioni del territorio e quindi subordinate al rilascio della concessione edilizia o del permesso di costruire.

Del resto, ai sensi dell'art. 3, I comma, lett. e) del testo unico sull'edilizia approvato con il d.P.R. n. 380/2001, sono compresi tra gli interventi di "nuova costruzione" sottoposti, quindi, a permesso di costruire (cioè la ex concessione edilizia) sia le "torri ed i tralicci per impianti radio-ricetrasmittenti" sia i "ripetitori dei servizi di telecomunicazione" e questa seconda indicazione esclude, quindi, anche la possibilità di esentare dal permesso di costruire i ripetitori da collocare su edifici già esistenti, anche quando non comportino alcuna realizzazione di volumi o modifica apprezzabile del territorio, neppure sotto il profilo dell'impatto visivo.

Per inciso, va rilevato che in coerenza con queste disposizioni:

– la Regione Veneto, con propria legge 25 febbraio 2005 n. 8, ha ridisciplinato il procedimento di autorizzazione all'installazione, alla modifica ed all'adeguamento degli impianti di telefonia mobile prevedendo nell'art. 14 che sia necessario, oltre alla DIA ex art. 87 del codice delle comunicazioni elettroniche, anche il rilascio del *permesso di costruire* ai sensi dell'art. 10 e 3 del d.P.R. n. 380/2001;

– la necessità del permesso di costruire è stata prevista anche dalla L.R. Lombardia 11 marzo 2005 n. 12 (artt. 27 e 33).

Tuttavia, sia la disposizione regionale veneta che quelle della legge regionale lombarda sono state nel frattempo impugnate dal Presidente del Consiglio dei Ministri (v.si G.U. 25.5.2005 n. 21 e G.U. 15.6.2005 n. 24) perché il previsto permesso di costruire si porrebbe in contrasto con i principi fondamentali in materia, quale deve considerarsi il già citato art. 41 della legge delega n. 166/2002 e l'art. 4 del D.Lgs. n. 259/2003, che, a loro volta, tendono alla semplificazione ed alla tempestività dei procedimenti di che trattasi così che la vigente disciplina statale avrebbe assorbito a tutti gli effetti la precedente disciplina edilizia interferente sulla materia, cioè l'art. 3, lett. e) punto 1, del d.P.R. n. 380/2001, con l'ulteriore conseguenza che la semplificazione disposta dall'art. 87 del codice delle comunicazioni dovrebbe costituire, attualmente, un principio fondamentale vincolante per la potestà legislativa regionale.

Per completezza d'esame, va, però, evidenziato, che nel frattempo il TAR Veneto ha già espresso l'avviso che l'autorizzazione rilasciata ai sensi dell'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003, dato il carattere speciale della normativa del codice delle comunicazioni elettroniche, ha valenza edilizia con assorbimento del permesso di costruire (*Sez. I, 16.9.2004 n. 3383; Sez. II, 8 ottobre 2004 n. 3621*).

A mio avviso, tuttavia, un problema di costituzionalità del procedimento per autorizzazione o DIA, con eventuale e successivo silenzio assenso, come ora delineato dall'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003, non dovrebbe ravvisarsi se la Corte conferma:

– che la lesione della potestà legislativa regionale non deriva di per sé dall'uso della legge delega ma se il legislatore delegante formula principi e direttive che tali non sono o quando il legislatore delegato ecceda dall'oggetto della delega (v.si sentenze n. 259/1993, n. 303/2003 e, di recente n. 205/2005): orbene, il profilo dell'eccesso di delega, presupposto della dichiarata incostituzionalità del precedente D.Lgs. n. 198/2002, sembra superato dall'art. 41 della legge n. 166/2002 allorché la delega, anche in aderenza alle direttive europee, è stata conferi-

ta al fine di stabilire procedure tempestive, non discriminatorie e trasparenti per la concessione del diritto di installazione, per la riduzione dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi e la loro regolamentazione uniforme, anche in conformità ai principi della legge n. 241/1990;

– e se la Corte conferma, altresì, quanto evidenziato nella sentenza n. 303/2003 sulla prevalente necessità di non frapporre ostacoli ingiustificati alla realizzazione degli impianti di che trattasi e, nel contempo, sulla riconosciuta validità dei procedimenti per silenzio assenso in materia urbanistica, tenuto conto, per di più, che anche la legge “quadro” n. 36/2001, nell’art. 8, I comma, lett. c) demanda alle Regioni, come sopra evidenziato, il compito di disciplinare il rilascio delle autorizzazioni “*in conformità a criteri di semplificazione amministrativa*”.

Deve concludersi, quindi, che allo stato attuale, il procedimento edilizio per la realizzazione degli impianti di che trattasi non può che avvenire così come stabilito dagli artt. 87 e segg. del D.Lgs. n. 259/1993: si tratta, infatti, di norme speciali sopravvenute ed in quanto tali prevalenti sulla normativa precedente, ivi compreso l’art. 3 della L.R. Marche n. 25/2001, con l’eccezione, ovviamente, delle diverse disposizioni regionali eventualmente ancora successive al menzionato decreto legislativo, come nel caso della Regione Veneto e della Regione Lombardia, a parte la ritenuta validità dell’interpretazione come sopra espressa dal TAR Veneto.

Analizzando, ora, in particolare il procedimento, va rilevato che la domanda per ottenere l’autorizzazione o la denuncia di inizio attività, da compilarli in modo conforme ai rispettivi allegati A e B ai fini dell’acquisizione dei dati su supporti informatici per la formazione del catasto nazionale, deve esse corredata della documentazione atta a comprovare il rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità previsti dalla legge n. 36/2001 e deve essere inoltrata “*contestualmente*” all’Organismo competente all’effettuazione dei controlli di cui all’art. 14 della legge n. 14/2001, cioè all’Agenzia regionale per la protezione dell’ambiente (c.d. ARPA) che deve pronunciarsi entro 30 giorni, mentre l’Ente locale o lo sportello unico competente deve, nel frattempo, provvedere a pubblicizzare la domanda, senza indicazione, però, dei dati caratteristici dell’impianto.

Il responsabile del procedimento può, inoltre, chiedere dichiarazioni e documentati integrativi entro 15 giorni e per una sola volta: in questo caso, il termine per la formazione del silenzio assenso inizia nuovamente a decorrere dal momento dell’avvenuta integrazione docu-

mentale e l'espressione *inizia nuovamente*, espressamente utilizzata dall'art. 87, IV comma, del D.Lgs. n. 259/2003, lascia intendere che per la formazione del silenzio assenso non possono considerarsi validi i giorni già trascorsi prima dell'integrazione.

L'art. 87 considera, poi, l'ipotesi di motivato dissenso espresso da un'amministrazione interessata e coinvolta nel procedimento.

In tal caso il responsabile del procedimento, a differenza di quanto previsto dall'art. 14, II comma, della legge n. 241/1990, *deve* convocare, entro trenta giorni *"dalla ricezione della domanda"* la conferenza dei servizi e tanto comporta che il motivato dissenso in linea di principio non può che intervenire prima di questo termine, ma nulla stabilisce la norma se interviene in epoca successiva, purché, ovviamente, prima del termine per la formazione del silenzio assenso: a mio avviso un dissenso manifestato oltre i trenta giorni non può considerarsi inefficace in mancanza di una espressa disposizione in tal senso così che la conferenza dei servizi ben può essere ugualmente convocata, fermo restando, in questo caso, la validità del periodo di tempo già trascorso per la formazione del silenzio assenso.

La conferenza dei servizi deve, poi, pronunciarsi entro 30 giorni dalla prima convocazione: anche in questo caso, se la pronuncia, ovviamente negativa, interviene dopo e prima della formazione del silenzio assenso per il motivo sopra indicato non può considerarsi inefficace.

Il comma VII dell'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003 stabilisce, poi, come del resto previsto dalla legge n. 241/1990, che *"l'approvazione"* da parte della conferenza dei servizi è *"adottata a maggioranza dei presenti"* e *"sostituisce ad ogni effetto gli atti di competenza delle singole amministrazioni e vale altresì come dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori"*, mentre l'approvazione non si verifica e si interrompe il periodo previsto per la formazione del silenzio assenso solo nel caso, espressamente considerato, del motivato dissenso, a fronte di una decisione positiva, espresso da un'Amministrazione preposta alla tutela ambientale, alla tutela della salute o alla tutela del patrimonio storico ed artistico, nel qual caso la decisione è demandata al Consiglio dei Ministri.

Per inciso, non posso, a questo punto, non evidenziare un aspetto di costituzionalità non solo di questa disposizione, ma anche dell'analogia disposizione della legge n. 241/1990, cioè come sia possibile, ai sensi del noto principio di legalità dell'azione amministrativa, superare

con una votazione *a maggioranza* un dissenso eventualmente manifestato per rilevanti motivi di illegittimità.

Chiuso l'inciso, tenuto conto che nel caso specifico la conferenza dei servizi, ai sensi del precedente VI comma, deve essere composta dai rappresentanti delle Amministrazioni locali interessate nonché da un rappresentante dell'ARPA e da un rappresentante dell'Amministrazione dissenziente, è evidente che l'Amministrazione dissenziente non può che essere diversa sia dal Comune che dall'ARPA, in quanto si tratta di soggetti competenti a decidere in modo diretto ed autonomo la possibilità o meno di realizzare l'impianto: ciò comporta che il parere negativo del Comune o dell'ARPA impone di respingere la domanda o la denuncia di inizio attività senza necessità di indire la conferenza dei servizi anche in presenza di un dissenso espresso da altra Amministrazione coinvolta nel procedimento.

Analogo procedimento per il rilascio dell'autorizzazione e formazione di silenzio assenso, con esclusione, però, dell'ipotesi di DIA, è stabilito dall'art. 88 del D.Lgs. n. 259/2003 qualora l'installazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica presupponga la realizzazione di opere civili, scavi o occupazioni di suolo pubblico: anche in questo caso, il previsto silenzio assenso costituisce una deroga al procedimento stabilito dal testo unico approvato con il d.P.R. n. 380/2001.

Gli art. 86 e segg. del D.Lgs. n. 259/2003 non si occupano del problema della valutazione dell'impatto ambientale, anzi il precedente e caducato D.Lgs. n. 198/2002 aveva abrogato l'art. 2/*bis*, II comma, del D.L. 1 maggio 1997 n. 115, convertito con modificazioni dalla legge 1 luglio 1997 n. 189, che così disponeva "*la installazione di infrastrutture dovrà essere sottoposta ad opportune procedure di valutazione di impatto ambientale*".

Secondo la giurisprudenza prevalente, questa prescrizione sulla VIA era di immediata ed inderogabile applicazione anche in assenza di specifica normativa regionale e di rischi sanitari per la popolazione e, quindi, neppure sostituibile con una positiva valutazione effettuata dall'organo regionale competente ai sensi del D.M. 10 settembre 1998 n. 381. (*Cons. Stato Sez. VI, 28 marzo 2003 n. 1619 e 4 giugno 2002 n. 2329; TAR Emilia Romagna, Parma, 21 maggio 2003 n. 279; TAR Lazio, Latina, 22 marzo 2002 n. 341; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 5 dicembre 2001 n. 5232*).

La conclusione era da ritenere senz'altro accettabile, anche se, a mio avviso, non poteva essere intesa come obbligo di sottoporre co-

munque a VIA gli impianti di che trattasi, ben potendo l'eventuale normativa regionale esistente o sopravvenuta stabilire in concreto ed a quali condizioni, cioè in presenza di quali caratteristiche costruttive specifiche l'impianto da realizzare vada sottoposto a VIA e quando ne sia esente: se è vero che tralicci, pali o antenne di notevoli dimensioni hanno un impatto visivo considerevole, non ogni stazione radio per telefonia cellulare deve essere necessariamente così realizzato.

Orbene l'art. 3, III comma, della L.R. Marche n. 25/2001 ha espressamente confermato l'art. 2/*bis* della legge n. 198/1997.

Si pone, quindi, il problema nell'ambito della Regione Marche della permanente necessità o meno della suindicata VIA per gli impianti di che trattasi anche a seguito del D.Lgs. n. 259/2003.

Nella sua stesura originaria le modalità di attuazione di questa disposizione regionale era demandata dal successivo IV comma alla Giunta regionale, ma il IV comma è stato caducato dalla Corte cost. con la sentenza n. 307/2007 per l'assoluta indeterminatezza del potere demandato alla Giunta regionale, mentre è stata ritenuta non fondata la questione di costituzionalità del precedente III comma, in quanto afferente alla disciplina dell'uso del territorio senza che, nel contempo, fosse disatteso alcun principio fondamentale della legislazione nazionale: di conseguenza, in aderenza a questo principio di diritto stabilito dalla Corte costituzionale, a mio avviso deve ritenersi ancora vigente il suindicato art. 3, III comma, della L.R. n. 25/2001.

Se si prescinde, come dovuto, dal IV comma, la disposizione del III comma dell'art. 3 della L.R. Marche n. 25/2001 diventa, però, assoluta e, quindi, sembra richiedere la VIA per l'installazione di qualsiasi impianto, anche se oggettivamente irrilevante sotto il profilo dell'impatto ambientale: per i motivi in precedenza accennati, questa conclusione non mi sembra corretta, dovendosi, invece, esaminare la necessità o meno della VIA in base ad altre specifiche disposizioni vigenti, come del resto era nell'intento del legislatore regionale ed è noto che nel frattempo la Regione Marche con la L.R. 14 aprile 2004 n. 7 ha disciplinato proprio la procedura di valutazione di impatto ambientale.

È, quindi, in base a questa legge che deve essere esaminata la necessità o meno della VIA: orbene, le antenne per le teleradiocomunicazioni con frequenze tra i 100 Hz e 300 Hz sono espressamente considerati nell'allegato B2, lett. *r*), della citata legge regionale, mentre, più in generale, nella precedente lett. *q*) sono considerati i silos, i serbatoi e le torri piezometriche di altezza superiore a m. 12 e, a mio

avviso, questa seconda indicazione, anche se non specificatamente riferita agli impianti di che trattasi, li comprende ugualmente qualora per le modalità costruttive concretamente necessarie siano di altezza, appunto, superiore a m. 12.

Se si accede a questa interpretazione, nell'ambito della Regione Marche, la necessità della VIA è quindi necessaria, ai sensi dell'art. 3 della L.R. n. 7/2004, quando gli impianti ricadono anche parzialmente all'interno di aree naturali protette ai sensi della legge 6 dicembre 1991 n. 394, mentre, se sono ubicati all'esterno di queste aree, il procedimento VIA va attuato solo se risulta necessario a seguito dello specifico procedimento istruttorio indicato nel successivo art. 6.

Inoltre, in mancanza di diversa indicazione da parte dell'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003, se l'impianto da realizzare va sottoposto a VIA, attesa la complessità del relativo procedimento, non si può, sotto il profilo logico, ritenere che esso debba necessariamente concludersi prima della formazione del silenzio assenso, ma più correttamente che esso inizia a decorrere solo dopo la positiva ultimazione del procedimento VIA o, in alternativa, dopo la formazione del silenzio assenso di cui all'art. 6, IX comma, della citata L.R. n. 7/2004.

Ulteriore problema da esaminare è quello degli impianti realizzati o autorizzati ai sensi del D.Lgs. n. 198/2002, dichiarato incostituzionale, quando il termine per la formazione del silenzio assenso si sia concluso prima della decisione della Corte costituzionale: in linea di massima, dovrebbero applicarsi, al riguardo, i consolidati principi giurisprudenziali sull'efficacia delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale, cioè la loro efficacia retroattiva non si estende alle situazioni consolidate per essersi il rapporto già esaurito, indicandosi quali esempi di rapporto esaurito l'intervenuta formazione del giudicato, il decorso del termine di prescrizione o di decadenza.

In realtà, a parte l'ipotesi del giudicato, in questa materia non sono teoricamente ipotizzabili casi di prescrizione e, in linea di principio, neppure di decadenza, ma l'intervenuta formazione del silenzio assenso ed ancor di più l'avvenuta realizzazione degli impianti prima della decisione della Corte cost., costituisce senz'altro, a mio avviso, un'ulteriore ipotesi di rapporto esaurito: in questi casi, un riesame della situazione così consolidata da parte delle Amministrazioni comunali potrà avvenire solo in sede di autotutela, se, ovviamente ne sussistono i presupposti, come ad esempio, in caso di impianti realizzati in deroga agli strumenti urbanistici o ad altre disposizione di legge o di regolamento ai sensi dell'art. 3 del caducato D.Lgs. n. 198/2002 (*v. si*,

*in tal senso, TAR Abruzzo, l'Aquila 3 febbraio 2005 n. 45; TAR Marche 28 giugno 2004 n. 782).*

Per completezza di esame deve però essere evidenziato come alcuni Comuni non aderiscono a questa conclusione interpretativa, ma considerano le DIA inoltrate ai sensi del D.Lgs. n. 198/2002 inefficaci a seguito della pronuncia n. 303/2003 della Corte costituzionale, di fatto disapplicando anche il sopravvenuto art. 4 del D.Lgs. n. 315/2003.

Diverso è il caso di autorizzazione o di DIA per le quali, alla data di pronuncia della Corte, il silenzio assenso non si sia ancora formato, perché l'ipotesi è espressamente considerata dall'art. 4 del D.L. 14 novembre 2003 n. 315, convertito dalla legge 16 gennaio 2004 n. 5, in questo modo: *“i procedimenti di rilascio dell'autorizzazione all'installazione (..) iniziati ai sensi del D.Lgs. n. 198/2002 ed in corso alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 1.10.2003, sono disciplinati dal D.Lgs. 1 agosto 2003 n. 259. I termini procedurali, ferma restando la loro decorrenza dalla data di presentazione della domanda o della denuncia di attività, sono computati ai sensi degli artt. 87 e 88 del medesimo decreto legislativo n. 259/2003”.*

Orbene, poiché la norma fa riferimento ai procedimenti *in corso* alla data della sentenza della Corte cost. e menziona espressamente sia le autorizzazioni che le DIA entrambe devono intendersi disciplinate dalla norma stessa e la sua applicabilità può essere esclusa solo per i procedimenti effettivamente *non* “in corso” a quella data, cioè quelli iniziati prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 315/2003 ma per i quali sia intervenuta prima di questo decreto legislativo una decisione dell'Autorità comunale negativamente conclusivo del procedimento di autorizzazione o ostantivo alla realizzazione dei lavori e ciò indipendentemente dal motivo specifico addotto a loro giustificazione.

Considerato che è stato menzionato il potere di autotutela del Comune, è opportuno esaminare anche in che modo l'Amministrazione comunale lo può, ora, concretamente esercitare e, di contro, in che modo i soggetti terzi lesi possono tutelarsi per l'eventuale illegittimità sia delle DIA già intervenute sia di quelle che dovessero intervenire dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 259/2003.

È noto che per la DIA prevista dal testo unico dell'edilizia approvato con il d.P.R. n. 380/2001 la giurisprudenza amministrativa è divisa sulla possibilità o meno di disporre l'annullamento in sede di autotutela o di impugnarla direttamente da parte del soggetto terzo che ne subisca illegittimamente una lesione, trattandosi, appunto, di un atto

di iniziativa del privato: questo problema giurisprudenziale nella fattispecie non dovrebbe, però, ravvisarsi perché a differenza della DIA prevista nel testo unico dell'edilizia, per quella relativa agli impianti di telecomunicazione è espressamente stabilito che il relativo procedimento, quando ovviamente non interviene in tempo utile un provvedimento di diniego, si conclude con il "silenzio assenso", tradizionalmente equiparato ad un effettivo provvedimento amministrativo tacito e sostitutivo del formale provvedimento abilitativo.

In presenza, pertanto, di impianti o infrastrutture di telecomunicazioni da realizzare o realizzato in piena conformità al progetto allegato alla domanda di autorizzazione o a quello indicato nella DIA, ma irrealizzabile perché, ad esempio, in contrasto con specifiche disposizioni urbanistiche o di altra natura, non può direttamente disporsi la sospensione delle opere in atto, il divieto di completarle e la demolizione di quelle già realizzate, ma prima, o quanto meno contestualmente, deve essere annullata o l'autorizzazione espressa o l'intervenuto silenzio assenso e tanto, a sua volta, è possibile se sussistono ragioni di pubblico interesse contrarie alla loro realizzazione o al loro mantenimento, la loro rimozione sia comunque possibile e le illegittimità riscontrate, in analogia a quanto previsto dall'art. 38 del D.P.R. n. 380/2001, non dipendano da vizi procedurali sanabili: del resto, che questa debba essere il procedimento da seguire in caso di procedimento che si conclude, eventualmente, con un silenzio assenso, si deduce anche dal menzionato art. 20, II comma, del testo vigente della legge n. 241/1990, che ora così espressamente dispone *"nei casi in cui il silenzio dell'Amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli art. 21/quinquies e 21/nonies"*.

Di conseguenza, anche i terzi eventualmente lesi dal provvedimento di autorizzazione espressa o dall'intervenuto silenzio assenso hanno l'obbligo di impugnarlo tempestivamente nel termine di decadenza stabilito dall'art. 21 della legge n. 1034/1971.

Ovviamente, i terzi ben possono diffidare, anche in caso di omessa impugnazione, che l'Amministrazione comunale provveda all'esercizio del potere di autotutela, impugnando, se ritenuto lesivo ed illegittimo, il provvedimento adottato, mentre, qualora l'Amministrazione non provveda in alcun modo, la tutela giudiziaria dei loro interessi lesi dovrà essere esperita con la procedura del silenzio così come ora prevista dall'art. 21/bis della legge n. 1034/1971: per questo aspetto è, però, necessario un ulteriore chiarimento a seguito della modifica intro-

dotta all'art. 2 della legge n. 241/1990 dall'art. 6/*bis*, V comma, della legge n. 80/2005.

Infatti, prima dell'entrata in vigore della modifica di che trattasi, era senz'altro applicabile la conclusione interpretativa espressa dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con la decisione n. 2061/2002, allorché aveva affermato, in modo conforme alla sua pregressa giurisprudenza e proprio in merito ad un ricorso proposto avverso il silenzio rifiuto opposto dal Comune sulla domanda di un'associazione per la rimozione di un impianto di telecomunicazione ritenuto illegittimamente eseguito a seguito di DIA, che tramite il giudizio disciplinato dall'art. 21/*bis* della legge n. 1034/1971, si può solo accertare se l'Amministrazione abbia l'obbligo o meno di adottare un provvedimento, ma non la legittimità o meno della DIA.

Orbene, la modifica introdotta dalla legge n. 80/2005 sul ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione previsto dall'art. 21/*bis* della legge n. 1034/1971 – oltre che proponibile, ora, senza necessità di preventiva diffida – è che “*il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza*”: si tratta di stabilire, ed ovviamente sul punto non è ancora intervenuta giurisprudenza, se questa previsione sia o meno innovativa ed, in caso affermativo, cioè se ora consenta al Giudice amministrativo di esaminare e decidere direttamente, in luogo dell'amministrazione inadempiente, proprio l'oggetto della domanda del privato anche quando si tratta di tutelare posizioni di interesse legittimo, oppure se debba ancora limitarsi ad accertare l'obbligo o meno dell'amministrazione di evadere la domanda, senza esaminarne la eventuale fondatezza.

A mio avviso, sia pure limitatamente all'omesso annullamento d'ufficio, sembra ancora preferibile la seconda soluzione, perché il procedimento pur sempre “speciale” e semplificato dell'art. 21/*bis* della legge n. 1034/1971 non può sostituirsi al rito ordinario, dal momento che di fatto consentirebbe:

– ai terzi di eludere la perentorietà del termine di impugnazione del provvedimento esplicito o del silenzio assenso, anche quando ne fossero ampiamente a conoscenza, con evidente limitazione dell'affidamento e stabilità dei rapporti divenuti inoppugnabili;

– al Giudice amministrativo di dover assumere anche decisioni che attengono al merito amministrativo (come, ad esempio, la presenza o meno di uno specifico interesse pubblico contrario alla realizzazione dell'impianto), notoriamente precluso nelle ipotesi non tassativamente ammesse dalla legge, tenuto conto, peraltro, che neppure si

versa in ipotesi di ottemperanza ad un giudicato, trattandosi pur sempre di decidere la fondatezza o meno di una domanda del privato.

Per completezza d'esame è, però, opportuno evidenziare che la necessità del preventivo annullamento del silenzio assenso è esclusa da quella giurisprudenza che ravvisa nella fattispecie non l'esercizio di un potere di autotutela, ma l'esercizio di quel generale potere di vigilanza che l'art. 27 del d.P.R. n. 380/2001 attribuisce ai responsabili degli uffici comunali sull'attività urbanistica ed edilizia *“per assicurare la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi”*: a mio avviso, questa disposizione è più correttamente applicabile quando sono state eseguite opere in assenza di qualsiasi titolo abilitativo o in loro difformità totale o parziale, ma non per le opere conformi, tranne che non si tratti di titoli abilitativi “nulli”, categoria di atti ora espressamente disciplinata a seguito delle modifiche e delle integrazioni apportate alla legge n. 241/1990, essendo altrimenti inspiegabile sia l'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001 sia lo stesso art. 20, II comma, della legge n. 241/1990, a parte la necessaria tutela che deve essere assicurata al soggetto che abbia fatto incolpevole affidamento su un titolo pur sempre previsto dalla legge.

In merito alle modalità ed alle condizioni con cui il suindicato potere di autotutela può essere esercitato si impone un chiarimento: come sopra accennato esso è ora disciplinato dall'art. 21/*quinquies*, relativo alla revoca, e dall'art. 21/*nonies*, relativo all'annullamento d'ufficio, della legge n. 241/1990, come introdotti dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15.

Preliminarmente è senz'altro da escludere la possibilità di esercitare il potere di revoca in materia di titoli abilitativi per l'esecuzione di opere edilizie, sia perché tanto era espressamente escluso dall'art. 6, VI comma, della legge n. 10/1977 sia perché la revoca, chiaramente ora fondata su ragioni di “opportunità”, non può notoriamente essere adottata in presenza di diritti acquisiti con l'atto che dovrebbe essere revocato.

Il potere di autotutela può, quindi, esercitarsi con l'annullamento d'ufficio come ora previsto dall'art. 21/*nonies* della legge n. 241/1990, sebbene, anche in questo caso, vi sia stata una sovrapposizione di disposizioni nell'arco di un breve periodo di tempo: infatti, già l'art. 1, comma 136, della legge 30 dicembre 2004 n. 311 (la c.d. legge finanziaria 2005) aveva stabilito che *“al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le Amministrazioni pubbliche, può sempre essere di-*

sposto l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso", ma la particolarità di questa norma era la previsione di un indennizzo quando l'annullamento riguardasse "provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con i privati", indennizzo, però, ora previsto solo nell'ambito della revoca dall'art. 21 *quinquies*.

L'art. 21/*nonies* recepisce, sostanzialmente, la giurisprudenza formatasi al riguardo, è richiede, innanzi tutto, che l'atto da annullare sia valutato come illegittimo dalla pubblica Amministrazione: ma la novità consiste nel fatto che l'illegittimità deve essere desunta ai sensi del precedente art. 21/*octies*, il quale, a sua volta, se per un verso conferma i tre noti vizi di legittimità (cioè violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza), esclude la possibilità di annullare un provvedimento amministrativo se adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora per la natura vincolata del provvedimento stesso, sia evidente che il suo contenuto dispositivo non possa essere diverso: se si applica questa previsione al silenzio assenso intervenuto su DIA relativa ad impianti di telecomunicazione lo stesso non potrà, quindi, essere annullato per vizi meramente formali relativi alla dichiarazione o ai documenti allegati, come, ad esempio, perché non redatta sugli appositi moduli.

Ciò che più rileva è, però, la ribadita necessità di un interesse pubblico contrario al mantenimento dell'autorizzazione rilasciata o del silenzio assenso formatosi.

La presenza dell'interesse pubblico, secondo la formulazione dell'art. 21/*nonies*, è però sempre necessaria così che la norma si discosta, sul punto, da quella giurisprudenza che, in precedenza, tanto non riteneva essenziale quando la posizione del destinatario non si fosse ancora consolidata, come, ad esempio, per il breve periodo di tempo trascorso dall'adozione dell'atto annullato, oppure quando il soggetto beneficiario del provvedimento fosse consapevole delle illegittimità che lo inficiavano: di conseguenza, la circostanza che i lavori per l'installazione degli impianti di che trattasi non siano ancora completati o la conoscenza da parte del richiedente della loro non conformità alle norme edilizie ed urbanistiche vigenti, non esime il Comune dall'obbligo di indicare quale sia lo specifico interesse pubblico contrario alla loro realizzazione o al loro completamento e ciò, sempre in relazione agli impianti di che trattasi, assume particolare rilevanza qualora essi siano ormai concretamente indispensabili per l'effettivo adempimento del servizio di telecomunicazioni in atto perché, in tal caso, lo specifi-

co interesse contrario ravvisato dal Comune deve essere veramente prevalente.

Infine, l'annullamento d'ufficio, sempre ai sensi dell'art. 21/*nonies* della legge n. 241/1990 ha un altro limite, quello di dover essere adottato entro un "*ragionevole*" lasso di tempo, in aderenza al principio comunitario sulla tutela dell'affidamento dei destinatari dell'azione amministrativa, ed, ovviamente, la motivazione a sostegno dell'annullamento deve essere integrata anche con questa dimostrazione.