

Territorio, Stato e mercato: il caso della localizzazione degli impianti di telefonia mobile*

Daniele D'Alessandro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina della localizzazione degli impianti per la telefonia mobile. Le attribuzioni normative. – 3. Il procedimento autorizzatorio. Il problema della dimensione multipolare degli interessi e le connesse questioni della pubblicità e della partecipazione. – 4. La dinamica degli interessi fra regolamento, procedimento e provvedimento alla luce della giurisprudenza. Un obbligo di “motivazione rafforzata” o “forte”? – 5. Opere complementari *extra standards*, silenzio assenso, equilibri centro/periferia in eccezione al principio di leale collaborazione: profili di tensione nelle soluzioni adottate nei rapporti fra Stato e mercato, con spostamento verso il privato della potestà di scelte sull'utilizzo del territorio. – 6. La destrutturazione della funzione di pianificazione e dei vincoli urbanistici derivante dalle opzioni del Legislatore e dalla lettura della giurisprudenza, ma favorita in molti casi decisi dal problema del non adeguato utilizzo delle proprie competenze da parte dei comuni. – 7. Prospettive. Possibili scenari perequativi e spunti minimi per miglioramenti dell'assetto della materia in ordine alla partecipazione, al recupero di una motivazione *quam suis* nel possibile rapporto con i regolamenti comunali, alla valorizzazione del rapporto fra sviluppo delle reti e dimensione nazionale dell'interesse, alla possibile implementazione di certezza e tempestività attraverso un uso adeguato delle norme proibitive.

1. *Premessa*

Il tema prescelto si inserisce nel complesso rapporto «fra istituzioni, economia e territorio»¹ che fa dell'urbanistica una materia al cui interno si manifestano

* Lo scritto rappresenta una rielaborazione ampliata di un lavoro destinato a volume collettaneo in onore di un caro ed autorevole Studioso.

¹ Per usare l'indicazione di P. Urbani, *Il ruolo delle istituzioni nel governo dei processi metropolitani: le grandi città come problema nazionale e non locale*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2007, 3, II, 63.

le tensioni proprie dei rapporti fra Stato, mercato e diritti fondamentali², rendendola uno spazio di sperimentazione e ricerca di soluzioni che poi, come tutti sappiamo, sono sovente fatte proprie dal diritto amministrativo³.

Ponendomi in questa prospettiva, tratterò di alcune tensioni che si manifestano nella disciplina della localizzazione degli impianti per la telefonia mobile.

L'evidenza delle problematiche sottese al tema prescelto emerge anche dall'evoluzione normativa che le ha qualificate come opere di urbanizzazione primaria⁴, con conseguente predicata compatibilità con qualsiasi destinazione d'uso del territorio e con il carattere pubblico o privato degli immobili di destinazione⁵; si tratta di opere, per quanto private, di pubblica utilità⁶ e sottoposte ad un regime speciale di silenzio in ragione del loro rilievo per lo sviluppo infrastrutturale del paese⁷.

È stato sin da subito e condivisibilmente notato come si tratti di una disciplina eccezionale rispetto al contesto delle norme in materia di tutela dell'ambiente⁸.

I limiti di spazio concessi al presente lavoro, peraltro, non permettono di affrontare anche i temi del silenzio e delle recenti evoluzioni del relativo contesto normativo, che hanno inciso significativamente sulla stessa concezione del pubblico potere e sulla sua (ormai non più tale o, quanto meno, non più generale) inesauribilità. Tuttavia non posso omettere il riferimento ad un interessante riassetto dell'istituto del silenzio in ordine al rapporto fra annullamento del provvedimento espresso negativo e riedizione del potere, che emerge dall'evoluzione giurisprudenziale a conferma della dimensione sperimentale e pionieristica propria dell'urbanistica e della *vis* espansiva che accompagna le sue elaborazioni.

² Intendendo il territorio come quello spazio presupposto non solo dell'esistenza dello Stato, ma anche dell'esercizio dei diritti fondamentali, come intuito già da F. Benvenuti, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Jus*, 1987, 2, 135 ss. e sottolineato ancora di recente, in ulteriore ed originale prospettiva, da M.A. Cabiddu, *Territorio (governo del)*, in *Amministrare*, 2008, 3, 309 ss.; P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014. Per una nuova dimensione degli interessi legati al territorio, nella prospettiva dell'emergente diritto alla bellezza, cfr. M.A. Cabiddu *Patrimonio culturale e paesaggio: il bello dell'Italia*, in *Rivista di Diritto delle Arti e dello Spettacolo*, 2020, 1, 57 ss.

³ Tale considerazione è diffusa e risalente, cfr. C.P. Santacroce, *PNRR, «riforma orizzontale» della pubblica amministrazione e disciplina del procedimento amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 335 ss.; G. Morbidelli, *Introduzione*, in *I 50 anni della Rivista giuridica dell'edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 1 ss.; P. Stella Richter, *L'evoluzione della dottrina in materia urbanistica ed edilizia*, *Ib.*, 25 ss.; S. Amoroso, *Massimo Severo Giannini e la fondazione del diritto urbanistico*, in *Id.*, *Il governo dei sistemi territoriali. Il nuovo diritto urbanistico*, Padova, 2008, 137 ss.; L. Mazzaroli, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962.

⁴ Art. 86, comma 3, d.lgs. n. 259/2003.

⁵ *Ex multis*, TAR Calabria, Catanzaro, 10 giugno 2011 n. 882 e 30 maggio 2018, n. 1122; TAR Campania, Napoli, 11 ottobre 2012, n. 4074; TAR Sicilia, Catania 22 luglio 2020, n. 551; TAR Campania, Napoli, 24 luglio 2020 n. 3324.

⁶ Art. 90, comma 1, d.lgs. 259/2003.

⁷ Art. 87 e 87-bis, d.lgs. 259/2003. In materia, il c.d. decreto semplificazioni ha modificato il precedente decreto c.d. Cura Italia.

⁸ F. Mattasoglio, *Inquinamento elettromagnetico*, in *Aa.Vv.*, *Discipline ambientali di settore, Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di P. Dell'Anno, E. Picozza, vol. II, Padova, 2013, 375 ss.

Tali problematiche verranno testate, sotto il profilo metodologico⁹, con impostazione di tipo biologico, induttivo¹⁰ e gradualista¹¹ partendo dal particola-

⁹ Senza poter in questa sede ricostruire il fecondo dibattito sul metodo, e quindi limitando i riferimenti a quanto essenziale per l'esplicitazione dell'impostazione del lavoro, per una ricostruzione della riflessione sul metodo, sull'interdisciplinarietà, sull'autonomia della scienza amministrativistica (questione già centrale nel dibattito in AA. VV., *La scienza della amministrazione. Atti del I Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 26-29 settembre 1955)*, Milano, 1957), cfr. R. Scarciglia, *Brevi riflessioni su interdisciplinarietà, scienza giuridica e metodo comparativo*, in *Queste istituzioni*, 2022, 1, 90 ss.; M. Stipo, *Osservazioni sul metodo giuridico con particolare riferimento al diritto amministrativo*, in *Giustamm*, 30 settembre 2021; M. D'Alberti, *Metodo e metodi di studi dell'amministrazione pubblica*, in *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2016, 31 e ss.; A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009; Aa.Vv., *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, a cura di L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, S. Sandulli, Napoli, 2008, e relative indicazioni bibliografiche. Tanto, in ogni caso, avendo ben presente che la prospettiva di nuovi paradigmi deve essere analizzata con la necessaria prudenza ad evitare inutili proliferazioni di categorie solo apparentemente innovative, cfr. F. Fracchia, *The Science of administrative law, juridical method and epistemology: the roles of paradigms in the era of the crisis of modernity*, in *IJPL*, 2013.

¹⁰ Pare potersi ipotizzare che la contaminazione dei metodi risponda all'esigenza, di tipo teoretico, di disporre di strumenti adeguati rispetto alla realtà caleidoscopica propria dell'attuale ordinamento pluricentrico e pluralista. Ciò consente di superare la dequotazione degli strumenti teorici a volte ritenuti inadeguati all'approccio della realtà, facendo loro recuperare un'attitudine alla rappresentazione ed analisi che non esclude, ma integra il riconoscimento del valore della libertà di indagine. In tal modo è consentito anche l'espandersi della possibilità di individuazione casistica della soluzione basata sulla capacità individuale e sulla conoscenza del concreto e del fattuale quale essenza della ricerca (elementi, questi ultimi, che, assolutizzati, si pongono come alternativi al metodo ed alla dogmatica, cfr. P.K. Feyerabend, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Milano, 2013 (ed. originale 1975, trad. it. di L. Sosio). Del resto, un invito al pluralismo metodologico, per quanto con profili anche diversi da quelli prospettati, è autorevolmente proposto da S. Cassese, *Verso un nuovo diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2016, 16 ss. L'approccio di tipo biologico, suggerito da E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2009, 39 (prima edizione *Governing the Commons*, New York, 1990), consiste nell'analizzare componenti puntuali della realtà (nel metodo biologico, due) isolandole dalle rimanenti, per poi passare a comprenderne relazioni ed implicazioni sistemiche. Naturalmente, isolare gli oggetti della ricerca non esclude l'esistenza e quindi il riferimento a nozioni essenziali o paradigmi propri della singola scienza (ovvero elementi fondanti e caratterizzanti il singolo ambito al quale appartiene la ricerca scientifica), sicché sotto, tale profilo, ciò assume piuttosto significato di identificazione degli stessi oggetti di indagine, per risalire ogni volta ad una verifica di quanto essi possano ritenersi rientrare propriamente nelle categorie note, in termini di contaminazione piuttosto che di separazione ed appartenenza univoca. Un'indicazione di metodo circolare che apre alla possibilità, propria del criterio induttivo, di verificare se l'evolversi della normativa e dei rapporti giuridici comporta, di volta in volta anche possibili cambiamenti negli assiomi della teoria del diritto, in una dimensione che poi diventa deduttiva tornando dal generale al particolare. Ciò consente anche di salvaguardare la tipicità dell'oggetto e della stessa scienza del diritto, come avvertito da F. Francario nelle sue conclusioni al dibattito contenuto in Aa.Vv., *Il confronto nel metodo giuridico*, a cura di F. Aperia Bella, A. Carbone, E. Zampetti, Napoli, 2023; il rapporto con gli altri saperi, in altri termini, come nota F. Cortese, *Diritto amministrativo e altri saperi: nuove opportunità per la scienza dell'amministrazione?*, in *Milan law review*, 2022, 2, 21 ss., deve spingere a riflettere sul "bagaglio formativo" di cui il giurista, anche amministrativista, «può appropriarsi anche al di là del diritto e del diritto amministrativo in particolare» (pp. 22-23). Il risalire dal particolare all'universale è proprio, come noto, del metodo induttivo, spesso opposto al metodo deduttivo, mentre in realtà si tratta di due strumenti complementari (sul tema, cfr. già la classica lettura di J. Stuart Mill, *Sistema di logica deduttiva e induttiva*, trad. it. a cura di M. Trincherò, Torino, 1988, op. originale *A system of logic ratiocinative and inductive. being a connected view of the principles of evidence, and the methods of scientific investigation*, London, 1846), nella circolarità della contaminazione metodologica di cui si discorre che propone, evidentemente, un continuo dialogo fra particolare e generale.

¹¹ L'approccio gradualista è proprio di diverse scienze ed è stato applicato ampiamente in ambito politico ed economico; in ambito giuridico, nella declinazione propria di un ordinamento composto da gradi

re per comprenderne le relazioni sistemiche, senza trascurare i dovuti accenni agli elementi provenienti dalla dimensione sovranazionale¹².

L'opzione è motivata dal fatto che la disciplina richiamata è, fra l'altro, normativa speciale ed al contempo fondata su chiari intenti acceleratori, tanto da essere stata rivista con abbreviazione del termine procedimentale all'interno delle disposizioni rientranti nelle politiche PNRR¹³. In altri termini, si tratta dell'osservazione di un elemento di specialità dell'ordinamento, dunque un elemento particolare che, per essere inserito in un insieme di interazioni legate alla presenza di molteplici interessi, si mostra potenzialmente idoneo a creare quella circolarità

normativi gerarchicamente organizzati, continua ad avere ampia risonanza l'impostazione di H. Kelsen, (a partire da *Reine Rechtslehre*, Vienna 1934, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino 1951), per quanto l'idea di una dottrina "pura", nel senso di autonoma rispetto alle altre scienze (in specie, economica, sociologica, politologica) sia posta in dubbio dai sostenitori della necessaria consapevolezza, in termini interdisciplinari, degli influssi reciproci dovuti al fatto che il diritto si rivolge ai medesimi interessi umani (con visioni fra loro molto diverse, cfr. pure S. Cassese, *L'educazione del giurista*, in *Nuova antologia*, 1, 2013, 41 e ss.; G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Diritto pubblico*, 2004, 1, 1-18). In modo più vicino al modo di intendere, nelle altre discipline non giuridiche, la gradualità nel senso di progressività degli sviluppi dei fenomeni, piuttosto che progressività della giustificazione del fondamento e delle relazioni fra norme (la nomodinamica kelseniana), è stata proposta una lettura incentrata sulla possibilità che le singole fattispecie possano essere collocate piuttosto che in chiave di appartenenza, in termini di posizioni intermedie fra diverse categorie dogmatiche, che per tale via vengono rivalizzate nella loro capacità euristica attraverso l'identificazione dei concetti essenziali, da G. Rossi, op. ult. cit., *passim*). La circolarità proposta ed il dialogo con la fattispecie concreta dovrebbe valere anche ad evitare il rischio di una deformazione della funzione del diritto pur di mantenere fede alle premesse dogmatiche, avvertita come esito inaccettabile da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 55. Sulla necessaria consapevolezza della dimensione sovranazionale e sulle relative implicazioni di metodo cfr. la nota che segue.

¹² Anche nella prospettiva del diritto globale e di un diritto amministrativo che si autonomizza dalla stessa sfera della statalità, cfr. G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, 2019; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma, 2013; Id., *Il diritto amministrativo, storia e prospettive*, Milano, 2010; Id., *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008; Aa.Vv., *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di A. D'Alberty, Bologna, 2010; S. Battini, G. D'auria, G. Della Cananea, C. Franchini, A. Massera, B.G. Mattarella, G. Napolitano, A. Sandulli, L. Torchia, G. Vesperini, *Il diritto amministrativo oltre i confini: omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, 2008. Osserva F. Cortese, *Diritto amministrativo ...*, cit., 45, che il risultato dell'accreditamento della comparazione quale metodo scientifico sembra essere quello di spingere i « giuristi – e anche i non comparatisti – ad assumere alcune conclusioni sul piano della trasformazione del diritto vigente e delle sue istituzioni». Per una diversa ricostruzione del rapporto fra dato comparato, globalizzazione e scienza del diritto amministrativo, cfr. l'editoriale di F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *Federalismi.it*, 12 settembre 2018; Id., *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 2, 247 ss., con ampie indicazioni di metodo.

¹³ Le modifiche all'art. 44 sono state introdotte con l'art. 32, co. 1-bis d.l. 36/2022, 30-bis, co. 1 lett. a, d.l. n. 50/2022 dall'art. 7-septies, co. 1, d.l. n. 21/2022, e, per quanto concerne in particolare l'art. 44 co. 10 in ordine all'accoglimento delle istanze di autorizzazione, dall'art. 30-bis, co. 1, lett. a, d.l. n. 50/2022 e dall'art. 18, co. 5, d.l. n. 13/2023. La riduzione a 60 giorni dei termini per la formazione del silenzio, ove intesa come modifica a norma procedurale, ne importa l'applicazione anche ai procedimenti in essere. Sull'impatto del PNRR e sul suo rilievo per l'innovazione del modo di essere dell'amministrazione, nella più ampia letteratura, un riferimento sotto il profilo del possibile impatto per un diverso modo di essere dell'amministrazione è offerto dalle riflessioni di G. Piperata, F. Cortese, A. Romeo, B. Ponti, M. Roversi Monaco, I. Alberti, nel numero *Il PNRR come motore del cambiamento dell'amministrazione, Istituzioni del federalismo*, 2, 2022, 311 ss.

dell'indagine che è propria del metodo prescelto ed a stimolare interrogativi sul piano generale rispetto alle tecniche normative rivolte a coinvolgere i privati nelle attività amministrative in ambiti connotati anche dalla presenza di attribuzioni proprie di diversi livelli di governo.

2. *La disciplina della localizzazione degli impianti per la telefonia mobile. Le attribuzioni normative*

Passando all'analisi dei profili di interesse delle procedure di autorizzazione per la realizzazione di strutture per gli impianti radioelettrici¹⁴, la normativa statale di riferimento è contenuta nel codice delle comunicazioni elettroniche¹⁵. Pur essendo previste ulteriori norme di semplificazione ed accelerazione per attività sul territorio strumentali o conseguenti alla realizzazione delle reti e degli impianti di radiotrasmissione¹⁶, mi limiterò a trattare del procedimento di autorizzazione alla «realizzazione e localizzazione di apparati radio-trasmittenti, ripetitori di servizi di comunicazione elettronica, stazioni radio base per reti di comunicazioni

¹⁴ Cfr. sul tema R. Marino, *Tutela precauzionale dall'inquinamento elettromagnetico e nuova tecnologia 5G*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2022, 1 ss.; F. Dalla Balla, *Il diritto di accesso al suolo nei servizi di comunicazione elettronica*, in *Munus*, 2022, 3, 571 ss.; L. Murgolo, *L'arduo assenso tacito alle infrastrutture di telefonia mobile*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 3, 364 ss.; M. Fazzari, *Le reti di comunicazioni elettroniche ad uso pubblico*, in *Salvis iuribus*, 30.11.2020; S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, Romatre-Press, 2019 (e-book), in particolare 26 ss.; G. Milo, *Localizzazione di infrastrutture per impianti di comunicazione elettronica e procedure autorizzatorie*, in *Giustamm*, 1.1.2018, che sottolinea il riscato spazio lasciato ai poteri locali dalla disciplina di settore; G.C. Figuera, *La localizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica*, Acireale, 2018; E. Giardino, *La realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica tra poteri statali e veti locali*, in *GiustAmm.it*, 2017, 11, 47 ss.; S. Del Gatto, E. Giardino, G. Sciascia, S. Screpanti, F.V. Virzi, *Comunicare è difficile se non c'è la rete. Il caso «Telecom-Comune di Aggius»*, in *I nodi della pubblica amministrazione*, a cura di L. Torchia, Napoli, 2016, 127 ss.; L. Marotta, *L'installazione di reti di comunicazione elettronica e la condivisione di infrastrutture*, in *Munus*, 2012, 3, 569 ss.; R. Chieppa, *Inquinamento elettromagnetico ed installazione di infrastrutture per comunicazioni: è finita l'incertezza dopo le sentenze della Corte costituzionale?*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2003; A. Simonati, *La tutela delle attribuzioni regionali, tra principi dell'edilizia e coordinamento della finanza pubblica (ma nel rispetto della sussidiarietà)*, in *Le Regioni*, 2016, 1, 150-157; M. Barbara Cavallo, *Rapporto tra stato e regioni nella disciplina edilizia: la casistica trattata dalla corte costituzionale*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2003.

¹⁵ In particolare negli artt. 43 co. 4 e 44 (già artt. 86 co. 3 e 87) d.lgs. n. 259/2003, da ultimo modificato dal d.lgs. n. 207/2021 (che tiene conto, fra l'altro, dell'evoluzione, anche eurounitaria, della disciplina delle telecomunicazioni, della cybersicurezza, della privacy), e dal d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41 (disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune. Disposizioni concernenti l'esercizio di deleghe legislative).

¹⁶ La relativa disciplina è contenuta nel d.lgs. n. 259/2003 e riguarda i diritti di passaggio (art. 43, ex 86), le procedure semplificate per determinate tipologie di impianti (art. 45, ex 87 bis), la disciplina delle variazioni non sostanziali degli impianti (art. 46 ex 87-ter), gli impianti temporanei di telefonia mobile (art. 47, ex 87 quater), la realizzazione di nuove stazioni radio base e le modifiche delle medesime che non comportino variazioni plano-altimetriche per dimensioni o ingombro su infrastrutture dell'autorità aeronautica (novità introdotta all'art. 48), le opere civili, gli scavi e l'occupazione di suolo pubblico (art. 49, ex 88).

elettroniche mobili in qualunque tecnologia»¹⁷, ed in particolare delle infrastrutture e stazioni radio base per la telefonia mobile, in quanto tale particolare ambito di applicazione è stato interessato da numerosi interventi normativi secondari comunali (c.d. regolamenti antenne) ed ha generato un debordante contenzioso, da sottoporre ad analisi per verificare se sia possibile individuarne la dipendenza da ragioni quantitative e qualitative classificabili.

La disciplina della localizzazione degli impianti di telefonia mobile (e più in generale quella della realizzazione degli impianti radio elettrici e delle reti dati) esprime i caratteri propri della complessità che connota attualmente l'urbanistica, dovuta alla presenza di interessi che trascendono la dimensione territoriale comunale o del singolo ente deputato all'approvazione della pianificazione e, al contempo, sono rappresentativi di valori non coincidenti con lo stretto e tradizionale ambito della mera trasformazione del territorio attraverso l'attività edilizia. Si è parlato, in proposito, di interessi differenziati e connesse tutele parallele ovvero di interessi e tutele differenziate¹⁸ per descrivere un'interazione dovuta al fatto che il territorio rappresenta lo spazio necessario all'esistenza della vita ed è ad un tempo elemento costitutivo dello Stato, luogo dell'esercizio della sovranità, dimensione fisica e giuridica che consente lo sviluppo della personalità e l'esercizio dei diritti fondamentali, in sintesi è "elemento costitutivo" della comunità politica e "spazio di libertà"¹⁹.

Peraltro, se oggi esiste una diffusa consapevolezza del fatto che le relative tensioni coinvolgono in maniera significativa la concorrenza e lo sviluppo economico, deve evidenziarsi che ciò è stato avvertito da lungo tempo in materia urbanistica, anche se l'auspicata ed ipotizzata capacità di governo dell'economia in questo settore si dimostra sempre più difficile da realizzare²⁰.

¹⁷ Art. 44, d.lgs. n. 259/2003.

¹⁸ Secondo la dizione proposta da F. Salvia, F. Teresi, *Diritto Urbanistico*, Padova, 1992, in particolare 226. Se la presenza di quelli differenziati tendenzialmente spinge, nel bilanciamento, verso soluzioni nelle quali gli interessi edilizi ed urbanistici sono recessivi, la reciproca relazione non può più ritenersi aprioristicamente basata su di una gerarchia statica e prestabilita, come mostra il caso studio. Sul tema, in generale, Aa.Vv., *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi*, a cura di R. Di Pace, A. Rallo, A. Scognamiglio, Napoli, 2018. Per una simile variabilità in materia contigua cfr. F. Cusano, *Il trilemma ambientale, paesaggistico-culturale ed energetico dal Consiglio di Stato*, in *Pausania*, 2022.

¹⁹ Per il "bene territoriale" come bene pubblico cfr. M.A. Cabiddu, *Territorio ...*, cit.; sempre nella prospettiva della relazione fra territorio e diritti, P. Maddalena, *Il territorio bene comune ...*, cit. Cfr. pure, con diversità di prospettive e di ragioni ricostruttive, F. Benvenuti, *Pianificazione del territorio ...*, cit.; Id., *Gli elementi giuridici della pianificazione*, in *Scritti giuridici*, Vol. II, 1948-1959, 1455 ss.; M. Nigro, *Gli enti pubblici con dimensione territorialmente definita: problemi vecchi ed esperienze nuove*, in *RTDP*, 1976, 541 ss. D'altra parte, che l'urbanistica come strumento di governo del territorio diventi luogo di bilanciamento degli interessi che interagiscono con esso è stato posto in luce da F. Benvenuti, *Pianificazione del territorio...*, cit. e su tale ricostruzione esiste ampia convergenza (cfr. M.A. Cabiddu, *Governare il territorio*, Roma-Bari, 2014; P. Urbani, *Urbanistica consensuale. La disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, 2000; P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984).

²⁰ Una relazione costante che, ormai da tempo, secondo l'indicazione di P. Urbani, *Istituzioni, Economia; territorio. Il gioco delle responsabilità nelle politiche di sviluppo*, Torino, 2000, rischia di perdere quel ruolo

Tale contesto, naturalmente, fa dipendere la produzione degli effetti giuridici attesi dall'attività – e quindi dalla collaborazione e coordinamento – di istituzioni e livelli di governo diversi (nel caso studio, anche UE), in ragione del quadro delle attribuzioni della funzione legislativa e di quella amministrativa²¹. Pur essendo nota la dimensione di una simile dinamica negli ordinamenti complessi, ciò non fa venir meno difficoltà nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme, tanto più in un settore, quale è quello di interesse, che non si sottrae alle problematiche sistemiche legate alla crisi della legge e del Legislatore e, al contempo, richiede di definire il ruolo dei poteri economici attori del mercato in attività che sono senza dubbio di interesse generale ed oggettivamente amministrative²². A rendere ulteriormente problematico, se possibile, l'insieme di riferimento è il particolare rilievo che assume il carattere multipolare delle relazioni giuridiche in cui è coinvolta l'amministrazione²³.

Il regime autorizzatorio in esame può essere preliminarmente compendiato indicandone la natura di procedimento per silenzio semplificato ed accelerato, con profili di specialità rispetto al modello di cui alla legge n. 241/1990. La specialità è legata all'indicazione normativa che qualifica gli artefatti opere private ma di interesse pubblico, assimilandole a quelle di urbanizzazione primaria, ma con ulteriori profili di eccezione anche rispetto alla normativa edilizia e urbanistica.

Tali premesse giustificano un esame che parta dalla funzione normativa per poi passare ai profili relativi a quella amministrativa.

La disciplina delle telecomunicazioni, come accennato, rientra innanzitutto nelle competenze dell'Unione e presenta trasversalità reciproca rispetto alla con-

lo di governo dell'economia che le riconosceva F. Benvenuti. Sull'evoluzione dei rapporti fra privati e pianificazione, cfr. G. Alpa, M. Bessone, A. Fusaro, *Poteri privati e statuto della proprietà*, Roma, 2001. Sulle criticità emerse anche negli Stati Uniti sulla capacità della pianificazione di governare processi di sviluppo, cfr. L. Giani, *Pianificazione urbanistica, legittimate development expectations, public interest e tutela della proprietà. Spunti di riflessione sul sistema statunitense*, in AaVv., *Studi in Onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013; G. Piperata, *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 508 ss. Per uno sguardo da altre discipline, cfr. M.C. Gibelli, I. Magnani, *La pianificazione urbanistica come strumento di politica economica*, Roma, 1988.

²¹ Sotto il profilo delle fonti, tale dinamica e la necessità di guardare ad essa in una dimensione di collaborazione alla produzione degli effetti giuridici, è stata messa in luce da A. Ruggeri nella costante impostazione di una serie di studi che è stata aperta con il primo volume *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1987/91*, Torino 1992, giunto al XXVI volume nel 2023.

²² Sia consentito il rinvio, anche per la bibliografia in materia *de qua*, a D. D'Alessandro, *Funzione amministrativa e causa negoziale nei contratti pubblici non onerosi*, Napoli, 2018.

²³ Sul carattere multipolare del rapporto amministrativo, anche in relazione al tema della tutela della concorrenza, cfr. L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005. La dimensione multipolare è dovuta al fatto che l'attività amministrativa, in genere, coinvolge interessi generali, che come tali fanno capo ad una molteplicità di soggetti, a volte anche titolari di interessi differenziati, ed interessi propri dei diretti destinatari del provvedimento (la prospettiva ha indubbia valenza anche per l'attività di diritto privato, se si conviene sul suo coinvolgimento, tramite il principio di solidarietà, non solo al rispetto, ma anche alla realizzazione di interessi generali).

correnza, allo sviluppo economico, alla tutela dell'ambiente, alla tutela di diritti fondamentali della persona, alla coesione sociale (peraltro, come è noto, anche esse materie oggetto di competenza UE). Essa ha trovato il suo momento di sintesi con il codice europeo delle comunicazioni elettroniche²⁴.

Sul piano interno, la legislazione statale esclusiva viene in considerazione non solo per quanto concerne la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni, ma anche per le materie della disciplina della concorrenza e della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

Peraltro, la legislazione statale interviene con normative che coinvolgono trasversalmente competenze esclusive e concorrenti – ad esempio salute e tutela dell'ambiente – e, comunque, si è di fronte a materie-valori rispetto alle quali risulta complesso definire i confini rispetto alle attribuzioni regionali, come mostra la questione delle soglie dell'inquinamento elettromagnetico non derogabili²⁵.

Non a caso, quanto alle competenze concorrenti (salute, ambiente, territorio), la Corte costituzionale, come è stato bene osservato²⁶, ha ricostruito il relativo riparto rifuggendo dalla tesi per cui la materia dei valori soglia potesse esaurire ed escludere l'intervento di altre competenze regionali. In proposito, la Consulta ha osservato che esse si confrontano con le attribuzioni relative alla tutela dell'ambiente che costituisce un valore, una materia trasversale, una materia scopo; in forza di tali caratteri, il Legislatore regionale può intervenire contribuendo a realizzare le finalità costituzionali esercitando le competenze concorrenti in tema di salute, ordinamento della comunicazione, governo del territorio, pur rimanendo preclusa la possibilità di innalzamento delle soglie di protezione²⁷. A quest'ultimo riguardo, peraltro, si osserva una rottura rispetto ai principi espressi dalla Corte nei propri precedenti sulle relazioni fra competenze statali e regionali, rimanendo precluso a queste ultime, nel caso di studio, un intervento migliorativo della protezione²⁸.

²⁴ Cfr. direttiva UE n. 2018/1972.

²⁵ Cfr. l. quadro 26 febbraio 2001, n. 36, art. 4, co. 2. L'effettiva determinazione dei valori soglia, peraltro, è stata delegata dalla legge ad atti regolamentari statali, lasciando sorgere qualche perplessità in ordine alla fonte utilizzata per vincolare la legislazione regionale, Cfr. M. Miglioranza, *Inquinamento elettromagnetico e limiti alle competenze regionali: standard di protezione nazionali e legalità sostanziale*, in *Foro it.*, 2004, I, 1373.

²⁶ Così N. Pignatelli, *Inquinamento elettromagnetico e telefonia mobile: il riparto di competenze (costituzionali ed amministrative)*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, 2010.

²⁷ Sull'esclusione della possibilità di interventi migliorativi della tutela da parte delle regioni cfr. Corte cost. 307/2003 e le riflessioni di G. Manfredi, *Standard ambientali di fonte statale e poteri regionali in tema di governo del territorio*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 300 ss.

²⁸ Ancora N. Pignatelli, op. cit., 6, che segnala come si tratti di una deroga sostanziale ai principi espressi in altre discipline ricadenti nella tutela dell'ambiente, rispetto alle quali la Corte ha invece generalmente ammesso una disponibilità *in melius* da parte delle regioni. D'altra parte, è la stessa Consulta, nella sentenza n. 7 novembre 2003, n. 331, a dichiarare non più attuale l'indirizzo espresso nella precedente decisione n. 382/1999 che riconosceva la legittimità di legislazione della regione Veneto (la regione aveva utilizzato parametri più pru-

In materia di criteri di localizzazione degli impianti e standard urbanistici²⁹, la Consulta ha adottato un analogo orientamento restrittivo, escludendo aggravamenti rispetto alle procedure semplificate introdotte dal Legislatore statale³⁰ ed ancorando l'intervento regionale a criteri di adeguatezza e proporzionalità rispetto agli obiettivi della pianificazione nazionale, sia in relazione alla diffusione degli impianti sul territorio, sia quanto all'interesse alla rapida dotazione infrastrutturale della quale l'Italia necessita³¹.

Rimane, peraltro, in favore dei comuni una competenza regolamentare³², facoltativa e la cui assenza non impedisce l'esercizio di quella autorizzatoria, quest'ultima fatta salva da un eccesso di delega della legge statale che la aveva eliminata³³.

La competenza regolamentare può essere esercitata solo in due ambiti materiali, la garanzia del corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e la riduzione al minimo dell'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici. La norma tenta di definire ulteriormente i confini dell'attribuzione, ammettendo che la funzione comunale relativa alla regolazione della riduzione dell'esposizione possa essere esercitata solo individuando singoli siti sensibili in modo specifico, con esclusione di limitazioni per aree generalizzate e senza possibilità di incidere, anche in via indiretta o mediante provvedimenti «sui limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sui valori di attenzione e sugli obiettivi di qualità, riservati allo Stato»³⁴. Si tratta, in realtà, di riferimenti incerti, che hanno sostanzialmente demandato alla giurisprudenza il compito di definirne la portata, con ciò contribuendo certamente alla mole del contenzioso in materia *de qua*.

La previsione, con dizione piuttosto involuta, esclude, infine, che il regolamento comunale possa essere utilizzato per prevedere o porre i presupposti di provvedimenti contingibili e urgenti diretti a produrre surrettiziamente l'elusione delle soglie e dei parametri posti dalla disciplina statale in ordine alla tutela della salute e dell'ambiente e agli obiettivi qualitativi.

denziali di quelli statali in materia di elettrodotti), seppure con motivazione assimilabile ad un *distinguishing* piuttosto che ad un *overruling*, basata sull'evoluzione del contesto comunitario.

²⁹ Cfr. art. 3, lett. d, n. 1 e n. 8, l. n. 36/2001.

³⁰ Corte cost. 27 luglio 2005 n. 336 (nonostante «il carattere dettagliato, autoapplicativo e non cedevole della normativa»); 6 luglio 2006, n. 267; 28 marzo 2006, n. 129.

³¹ Cfr. Corte cost. n. 307/2003. Sulle indicazioni della Consulta cfr. N. Pignatelli, op. cit., 6; E. Giardino, *La realizzazione delle infrastrutture ...*, cit., 47 ss.; S. Del Gatto, *Poteri pubblici...* cit., 27.

³² Il potere regolamentare è previsto proprio dalla legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici (art. 8, co. 6, d.l. 22 febbraio 2001, n. 36), aggiornato dal d.l. 24 febbraio 2023, n. 13 con un richiamo espresso alla necessità di rispettare le disposizioni contenute nel codice delle telecomunicazioni, in particolare in materia di autorizzazione degli impianti in considerazione.

³³ L'art. 3, d.lgs. n. 198/2002 (c.d. decreto Gasparri) aveva determinato un effetto abrogativo tacito delle autorizzazioni comunali. L'intero decreto è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte cost. 25 settembre - 1 ottobre 2003, n. 303.

³⁴ Art. 8, co. 6, d.l. 22 febbraio 2001, n. 36.

Ne deriva che i provvedimenti contingibili e urgenti possono essere emanati legittimamente solo a condizione di essere diretti a far rispettare la disciplina di settore o di proporre, in una corretta applicazione del principio di precauzione, motivate ed idonee ragioni fondate su dati scientifici che dimostrino la configurabilità di un rischio per la salute o per l'ambiente³⁵ e che dovrebbero essere legate alla specifica relazione fra impianto, territorio e popolazione locale. D'altro canto, la competenza autorizzatoria comunale non può estendersi a valutazioni sul rispetto dei parametri e delle cautele relative alle emissioni, rimesse all'autorità competente³⁶. Al riguardo, ci si trova dinnanzi al paradosso della possibile illegittimità di un provvedimento espresso negativo dell'autorizzazione che, tuttavia, colga l'erroneità dell'indicazione resa dall'autorità di settore³⁷; un ragionevole modo di superare una simile condizione potrebbe essere quello della leale collaborazione in sede procedimentale.

In riferimento alle possibili previsioni regolamentari, la giurisprudenza ha definito la linea di demarcazione del legittimo esercizio della relativa competenza, ritenendo consentito ai comuni indicare "criteri di localizzazione" ed escludendo la facoltà di porre "limiti alla localizzazione"³⁸. La distinzione si fonda sulla qualificazione degli impianti come opere di urbanizzazione primaria, come tali compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica, ma richiede un'attenta riflessione per comprendere quali siano, comunque, i possibili bilanciamenti fra tale astratta compatibilità ed altri interessi (e le relative competenze e tutele) che verrebbero lesi dalla localizzazione dell'impianto.

³⁵ Argomentando da Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2023 n. 4647, per cui «occorre ricordare (come ribadito da Cons. Stato, sez. VI, 13/08/2020, n. 5034) che il principio di precauzione (al quale si ispira anche la disciplina della tutela dell'esposizione ai campi elettromagnetici), costituisce uno dei capisaldi della politica ambientale dell'Unione europea, ed è attualmente menzionato, ma non definito, nell'art. 191, paragrafo 2, del TFUE, insieme a quelli del 'chi inquina paga' e dell'azione preventiva. Tale principio tuttavia non conduce automaticamente a vietare ogni attività che, in via di mera ipotesi soggettiva e non suffragata da alcuna evidenza scientifica, si assuma foriera di eventuali rischi per la salute, privi di ogni riscontro oggettivo e verificabile. Il principio di precauzione richiede, piuttosto e in primo luogo, una seria e prudenziale valutazione, alla stregua dell'attuale stato delle conoscenze scientifiche disponibili, dell'attività che potrebbe ipoteticamente presentare dei rischi». Cfr. pure TAR Calabria, Catanzaro, 14 aprile 2023, n. 596.

³⁶ Le agenzie regionali per la protezione dell'ambiente, cfr. TAR Sicilia, Catania, 12 ottobre 2023, n. 2993; TAR Calabria, Catanzaro, 15 maggio 2023, n. 746; TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 26 aprile 2021, n. 237; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 30 marzo 2020, n. 236 e 26 novembre 2019, n. 2858.

³⁷ Non mancano problematiche e recenti indicazioni in ordine all'opportunità di salvare i provvedimenti sostanzialmente rispondenti alla dovuta cura dell'interesse pubblico, cfr. R. Cavallo Perin, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento dell'atto amministrativo per violazione di legge*, in *Diritto amministrativo*, 2022, I, 119-131, che ragiona a partire dalla tesi della necessità pratica di G. Miele, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 ss., inquadrando la questione nell'attuale contesto costituzionale. Una tesi di complessa generalizzazione, ma, ove accettata, di sicuro ed immediato impatto su un piano casistico.

³⁸ Sul tema, cfr. E. Giardino, *La realizzazione delle infrastrutture ...*, cit.; S. Del Gatto, E. Giardino, G. Sciascia, S. Screpanti, F.V. Virzi, op. cit.

Si tratta, si diceva, di normativa secondaria facoltativa per i comuni, la cui potestà autorizzatoria può essere esercitata indipendentemente da essi, tenuto conto che è la stessa legislazione statale ad individuare interessi di natura pubblica che non possono essere travolti *tout court*, quali le «esigenze della difesa e della sicurezza dello Stato, della protezione civile, della salute pubblica e della tutela dell'ambiente e della riservatezza e protezione dei dati personali, poste da specifiche disposizioni di legge o da disposizioni regolamentari di attuazione»³⁹. L'elenco non pare possa considerarsi tassativo, dovendo valere la tesi del ragionevole bilanciamento di interessi contrapposti (si pensi all'incolumità delle persone ed alla disciplina delle aree di rispetto stradale)⁴⁰.

Come più volte accennato, il codice delle comunicazioni⁴¹ assimila le infrastrutture in esame a quelle di urbanizzazione primaria⁴², escludendo però il regime dominicale pubblico e legittimandone la proprietà degli operatori, con l'ulteriore specificazione che la conclusione favorevole del procedimento conseguente alla richiesta di autorizzazione «vale, altresì, come dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori»⁴³.

Si tratta, quindi, di opere di pubblica utilità di proprietà privata e, sotto tale profilo, si realizza un'ulteriore frattura rispetto all'impianto codicistico della proprietà pubblica, peraltro da più tempo ritenuto meritevole di riforma da ampia parte della dottrina, che propone di applicare un regime vincolistico volto a garantire l'interesse generale al di fuori del regime dominicale, procedendo in una direzione di oggettivizzazione della funzione della proprietà che si colloca nel più vasto quadro dell'oggettivizzazione della funzione amministrativa⁴⁴.

³⁹ Art. 3, co. 4, d.lgs. n. 259/2003.

⁴⁰ Cfr. la nota e fondamentale lettura di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992. In linea di principio il Consiglio di Stato afferma tale prospettiva, anche se poi, come vedremo, ne fa applicazione estremamente misurata. Sull'immanenza del principio del necessario bilanciamento, cfr. Cons. Stato 6 novembre 2020 n. 6840, secondo cui «il favor assicurato alla diffusione dell'infrastruttura a rete della comunicazione elettronica, espresso anche dal decreto legislativo n. 259 del 2003, pur comportando una compressione dei poteri urbanistici conformativi ordinariamente spettanti ai Comuni, non consente di derogare alle discipline poste a tutela degli interessi differenziati, come quello naturalistico-ambientale, in quanto espressione di principi fondamentali della Costituzione, né tantomeno consente la compressione di interessi paesaggistici presidiati da idonei vincoli. Il bilanciamento degli interessi tutelati, inoltre, non può che essere svolto in concreto, considerando la possibile utilizzazione di alternative che consentano una soluzione di ragionevole contemporamento degli stessi interessi». Conf. Cons. Stato. sez. VI, n. 4163/2018; sez. V, n. 22 luglio 2016, n. 3000; cfr. pure TAR Trento, 23 novembre 2022, n. 197.

⁴¹ Art. 43 co. 4 (ex art. 86 co. 3), d.lgs. n. 259/2003.

⁴² Disciplinate dall'articolo 16, co. 7, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

⁴³ Art. 44 co. 8 (ex art. 87 co. 7), d.lgs. n. 259/2003.

⁴⁴ Si tratta di una tecnica normativa che è diventata di primario interesse con le vicende legate alle liberalizzazioni ed alle privatizzazioni, sulla quale cfr. M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004, 109 ss.; Aa.Vv., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La divergenza nel pubblico impiego*, *Annuario 2003 AIPDA*, Milano, 2004; D. Sorace, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in *Aedon*, 1, 2003. Sulle problematiche legate ai beni pubblici, cfr. Aa.Vv., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police, Milano, 2008.

3. *Il procedimento autorizzatorio. Il problema della dimensione multipolare degli interessi e la connesse questioni della pubblicità e della partecipazione*

Quanto al titolo abilitativo, il procedimento autorizzatorio, ipotesi speciale, accelerata e semplificata di silenzio assenso, prevede una richiesta, da valere quale istanza unica, da presentare agli «enti locali», dizione che è stata immediatamente interpretata come riferita ai comuni, considerata la loro competenza in materia di opere di urbanizzazione alle quali gli artefatti in esame sono equiparati.

La legittimazione è limitata ai titolari di autorizzazione generale per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica⁴⁵; il soggetto richiedente è onerato anche di comunicarla a tutte le amministrazioni coinvolte, fermi gli obblighi di quella procedente in ordine al coordinamento, ove necessario, attraverso conferenza dei servizi.

L'interesse pubblico alla rapida realizzazione delle infrastrutture viene garantito anche imponendo all'istante di realizzare i lavori entro 12 mesi dal formarsi del silenzio.

La dimensione multipolare propria degli interessi affidati alla cura dell'amministrazione trova considerazione nella specialità della disciplina della pubblicità e della partecipazione⁴⁶, che appare riprendere alcune modalità sperimentate e proposte in materia di tutela ambientale e, comunque, non potrebbe sottrarsi, per quanto di interesse ai fini della tutela dell'ambiente, dal rispetto dei criteri di trasparenza proposti con la convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998, per come recepiti a livello UE ed interno.

In particolare, è lo sportello dell'amministrazione competente a dover pubblicizzare l'istanza⁴⁷, ma la legge non indica né tempi né modi, in proposito dimostrando scarsa attenzione per un profilo espressione del principio di trasparenza e ascrivibile al più ampio contesto della democratizzazione – anche quanto al controllo diffuso – dell'attività amministrativa.

In proposito, pare corretto sostenere che la pubblicità debba precedere la conclusione del procedimento, se si guarda all'idoneità rispetto alla *ratio* nel senso sopra detto dell'adempimento, con conseguente valore viziante dell'omissione⁴⁸; tuttavia, non mancano indicazioni giurisprudenziali che si soffermano sull'assenza di una previsione normativa attributiva di facoltà di partecipazione agli even-

⁴⁵ Art. 44, co. 2, che rinvia all'art. 11, d.lgs. n. 259/2003.

⁴⁶ Sul tema generale e per ulteriori indicazioni bibliografiche cfr. l'accurata ricostruzione di C.P. Santacroce, *Territorio e comunità nella teoria giuridica della partecipazione*, Torino, 2023.

⁴⁷ Art. 44, co. 5, d.lgs. n. 259/2003.

⁴⁸ Per l'annullamento in relazione all'omessa pubblicità cfr. TAR Toscana, sez. I, 19 novembre 2011, n. 1829, confermata in appello da Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2019, n. 7552; Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2005, n. 1773; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 29 dicembre 2008, n. 3758. *Contra*, TAR Lombardia, Brescia, 17 luglio 2023 n. 602.

tuali interessati, facendone discendere che la pubblicità ha il limitato effetto di far decorrere il termine per l'impugnazione. Stando a tale ricostruzione, all'omissione della pubblicità conseguirebbe semplicemente una possibile rimessione in termini ai fini dell'impugnazione del provvedimento⁴⁹.

Si tratta di un'impostazione che non pare condivisibile innanzitutto perché dequota la funzione della trasparenza e non tiene conto del diverso indirizzo che è stato manifestato dalla Corte di Giustizia UE⁵⁰. Proprio in materia di partecipazione ambientale, infatti, la disciplina sovranazionale fa riferimento a oneri di appropriata e precoce informazione e, come interpretata anche dalla Corte di Lussemburgo⁵¹, mantiene distinte le posizioni partecipative procedurali rispetto alle (altre) posizioni soggettive azionabili avverso il provvedimento finale. Tale distinzione è accompagnata dalla non sottoposizione delle posizioni partecipative ai criteri di legittimazione processuale applicati alle altre posizioni soggettive ammesse a tutela, sicché può ritenersi sussistente un'azione processuale diffusa e scissa da ulteriori criteri di differenziazione dell'interesse. Si osserva, in altri termini, un'affrancazione della partecipazione dal nesso di strumentalità rispetto agli interessi differenziati individuali, espressione appunto del processo di democratizzazione e di un modo di esercizio qualificato della sovranità da parte dei cittadini. Tale impostazione non è incompatibile, ma anzi appare necessaria nelle dinamiche di oggettivizzazione della funzione amministrativa⁵², quale quella in esame, al fine di adeguare gli strumenti di *accountability* al diverso atteggiarsi del rapporto pubblico/privato.

⁴⁹ TAR Lombardia, Brescia, 17 luglio 2023, n. 602, cit., che motiva osservando come «la stessa convenzione di Aarhus, dopo aver stabilito il diritto di accesso alle informazioni ambientali, prevede la partecipazione necessaria del pubblico solo per le attività di maggiore impatto (art. 6) e per gli atti di programmazione (art. 7)». Cfr., per i regolamenti sulla localizzazione, TAR Piemonte, 21 dicembre 2022, n. 1174.

⁵⁰ Ciò che sfugge nella prospettiva di TAR Lombardia n. 602/2023, cit. è che le posizioni partecipative procedurali, nella loro autonomia rispetto alle altre questioni opponibili in sede di ricorso avverso il provvedimento finale (cfr. Corte giustizia UE, 7 novembre 2019, causa C-280/18, *Flausch* ed a.), diventano altrettanto autonome rispetto alla qualificazione delle (altre) posizioni soggettive azionabili ed ai criteri di legittimazione che il Legislatore nazionale è delegato a disciplinare in riferimento alla contestazione della decisione amministrativa; un'autonomia che non è dequotazione e che si affranca dal nesso di strumentalità rispetto agli interessi individuali perché diventa baluardo della democratizzazione e di un modo di esercizio qualificato della sovranità da parte dei cittadini in materia ambientale.

⁵¹ Cfr. Corte giustizia UE 8 novembre 2016, causa C-243/15, punto 45. Per un commento, cfr. M. van Wolferen, *Case C-243/15 Lesoochránárske zoskupenie vlk v. Obvodný úrad Trenčín*, in *Journal for european environmental & planning law* 14, 2017, 136 ss.

⁵² Sia dato rinviare a D. D'Alessandro, *La procedura di V.I.A.: alla ricerca della qualificazione delle prerogative partecipative*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 2, 149 ss., anche per riflessioni sulla «qualificazione della facoltà di intervento nel procedimento di V.I.A. come espressione di un potere di specificazione dell'interesse pubblico che rappresenta esercizio, nei modi e nei limiti di legge, della sovranità popolare», questione che è pure in relazione alla prevalenza del titolo che dà accesso alla tutela, costituito dalla norma di protezione ambientale, rispetto ai presupposti processuali dell'interesse ad agire e della *legitimitatio ad causam* per l'accoglimento della domanda giudiziale.

Inoltre, a parte le considerazioni sulle azioni politiche che l'informazione precoce e tempestiva consente, la tutela del terzo in materia di silenzio non si esaurisce nell'attività giudiziale, ma ha una dimensione procedimentale autonoma, ben potendo il terzo intervenire nel procedimento autorizzatorio ed anche sollecitare o partecipare in sede procedimentale all'esercizio del potere di annullamento *ex officio* del silenzio formatosi. Ciò è innegabile per i terzi portatori di interessi differenziati, visto che per la legittimazione in giudizio si chiede la dimostrazione della titolarità di una posizione che non è qualificata dalla mera *vicinitas*⁵³, ma dovrebbe ritenersi consentito anche a *quivis de populo* cui è pure rivolta la pubblicità, a meno di voler negare il collegamento fra i procedimenti in esame e la tutela dell'ambiente.

Non si versa, comunque, in un'ipotesi in cui le facoltà perdute a causa della mancata conoscenza tempestiva possono essere recuperate con il solo strumento giurisdizionale; né potrebbe farsi applicazione della disciplina delle illegittimità non vizianti, sia perché non pare versarsi (cfr. *infra*) in ipotesi di atti vincolati, sia perché i potenziali interessati non sono determinabili e quindi il singolo processo non è in grado di raccogliere tutte le censure e gli apporti che ogni titolare di posizione differenziata potrebbe far valere ed ancor più avrebbe potuto far valere in sede procedimentale, cioè nella dimensione della relazione fra amministrazione e privati che è qualificata dalla partecipazione⁵⁴.

Per tali ragioni non pare condivisibile neppure quell'indirizzo, applicato anche in materia *de qua*⁵⁵, che limita l'effetto invalidante della mancata attuazione della pubblicità e delle garanzie partecipative attraverso una prova di resistenza, cioè richiedendo la prova che il contraddittorio avrebbe consentito «al privato di dedurre le proprie argomentazioni, idonee a determinare l'emanazione di un provvedimento con contenuto diverso»⁵⁶. L'ipotizzata ricerca dell'idoneità delle

⁵³ «In tale ottica, non può ritenersi sufficiente a radicare la legittimazione e l'interesse ad agire «la mera circostanza della prossimità dell'opera infrastrutturale [...], dovendo essere per contro fornita la prova concreta (o quantomeno un principio di prova) del *vulnus* specifico inferto dagli atti impugnati alla sfera giuridica» dei soggetti che si dolgono dell'installazione [...] il requisito della *vicinitas* non è di per sé solo in grado di sorreggere l'impugnativa di titoli ampliativi rilasciati in favore di altri soggetti», linea di pensiero corroborata dalla sentenza 9 dicembre 2021, n. 22, «con cui l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, all'esito di un'articolata e approfondita revisione delle posizioni giurisprudenziali e dottrinarie sul tema della tutela del terzo a fronte di atti ampliativi dell'altrui sfera giuridica, ha concluso nel senso che «non può affermarsi che il criterio della *vicinitas*, quale elemento di differenziazione, valga da solo ed in automatico a soddisfare anche l'interesse al ricorso», essendo necessaria la sussistenza di uno «specifico pregiudizio derivante dall'intervento edilizio che si assume illegittimo» (TAR Lazio, Roma, 17 ottobre 2023 n. 15328).

⁵⁴ Nella prospettiva indicata da F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; Id., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.

⁵⁵ Cons. Stato, 8 maggio 2023, n. 4583.

⁵⁶ Così CGARS, 26 agosto 2020, n. 750, citata da Cons. Stato III 14 settembre 2021, n. 6288, con commento di A. Paiano *La partecipazione nell'attività vincolata dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 1, 90 ss.

argomentazioni è, infatti, determinabile forse rispetto al provvedimento vincolato (a condizione, peraltro non condivisibile, che si escluda il rilievo dell'attivazione di processi partecipativi che possano portare a soluzione alternativa, cioè a rinunciare all'adozione stessa del provvedimento in predicato, c.d. opzione zero anche da parte del privato), mentre diventa una *factio* certamente priva di attendibilità se è inserita in una tecnica di prognosi postuma sugli effetti del contraddittorio procedimentale rispetto ad una decisione anche solo in parte discrezionale.

4. *La dinamica degli interessi fra regolamento, procedimento e provvedimento alla luce della giurisprudenza. Un obbligo di “motivazione rafforzata” o “forte”?*

Il procedimento per l'autorizzazione è volto anche alla verifica, ove previsto, da parte dell'organismo preposto «della compatibilità del progetto con i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità, stabiliti uniformemente a livello nazionale in relazione al disposto della citata legge 22 febbraio 2001, n. 36»⁵⁷.

Si tratta di uno dei riferimenti espressi alle tutele concorrenti operati dall'articolo in esame, gli altri sono al paesaggio ed ai beni culturali.

Essi devono essere considerati, comunque, all'interno del più ampio contesto della riferita necessità di ritenere non solo ammissibile, ma anche dovuto il bilanciamento con gli altri interessi giuridicamente rilevanti, espressi anche in vincoli urbanistici o morfologici, cioè conseguenti a caratteri intrinseci delle proprietà interessate⁵⁸, non vertendosi in ambito di attività edilizia libera né potendosi ritenere ammessa un'indiscriminata localizzazione sul territorio.

La giurisprudenza, peraltro, ogni volta che viene in considerazione una simile questione non manca di sottolineare la tendenziale preminenza dell'interesse alla realizzazione delle stazioni radio base, sia perché esse sono equiparate,

⁵⁷ Art. 44, co. 1, d.lgs. n. 259/2003. L'organismo preposto deve pronunciarsi entro 30 giorni dalla comunicazione effettuata da parte del comune.

⁵⁸ «Se è vero che il codice delle comunicazioni elettroniche pone un argine all'aggravamento dei procedimenti è altrettanto vero che il *favor* assicurato alla diffusione dell'infrastruttura a rete della comunicazione elettronica, espresso anche dal decreto legislativo n. 259 del 2003, pur comportando una compressione dei poteri urbanistici conformativi ordinariamente spettanti ai Comuni, non consente di derogare alle discipline poste a tutela degli interessi differenziati, come quello naturalistico-ambientale, in quanto espressione dei principi fondamentali della Costituzione né tantomeno consente la compressione di interessi paesaggistici presidiati da idonei vincoli» (Cons. Stato, VI, 19 giugno 2023, n. 5999). Sulla distinzione fra vincoli urbanistici e vincoli morfologici o ricognitivi, e sul progressivo ridimensionamento dei primi ad opera della giurisprudenza (specie di quelli sostanziali, ma anche di quelli strumentali c.d. localizzativi e di rinvio), cfr. P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2023, 266 ss.; P. Urbani, *Territorio e poteri emergenti, le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007.

come detto, alle opere di urbanizzazione primaria e come tali ritenute compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica, sia perché tale equiparazione a monte è dovuta all'esigenza di garantire un servizio di primario interesse pubblico per lo sviluppo economico e sociale del paese⁵⁹.

In particolare, la giurisprudenza manifesta una certa severità nel valutare la motivazione dei provvedimenti negativi rispetto alla preminenza dell'obiettivo della realizzazione della rete, escludendo il rilievo in *re ipsa* dell'affermazione dell'interesse di volta in volta contrapposto⁶⁰.

Ne è dimostrazione, in materia di tutela paesaggistica ed ambientale, il ritenere non adeguata né sufficiente la motivazione basata su considerazioni meramente tipologiche, ossia riferite a tipi o standard valutativi che non abbiano trovato espressa, concreta e analitica considerazione in riferimento all'analisi casistica della singola fattispecie⁶¹.

Ancora, in uguali termini casistici, si osserva una tendenza ad eludere la considerazione dei vincoli urbanistici in quanto tali⁶², cioè quale categoria idonea a determinare una preclusione alla localizzazione, preferendo il riferimento all'analisi del conflitto in concreto con il sottostante interesse protetto (ad esempio, riflettendo sulla compatibilità per la sicurezza della presenza di un traliccio su area di rispetto stradale⁶³ o sull'incidenza sui valori socio-giuridici legati al vincolo cimiteriale⁶⁴).

⁵⁹ La giurisprudenza sul punto è costante, cfr., fra le più recenti, Cons. Stato, VII, 8 maggio 2023 n. 4583.

⁶⁰ Per contro, è ben noto come tendenzialmente l'esigenza di garanzia degli interessi sottesi alla tutela del territorio sia stata ritenuta sufficiente a sorreggere l'annullamento d'ufficio dei permessi di costruire illegittimi senza necessità di particolare e specifica motivazione relativa alla sussistenza dell'interesse pubblico ulteriore rispetto a quello relativo al ripristino della legalità (c.d. tesi dell'interesse in *re ipsa*), fino all'intervento di Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8 che, con articolata motivazione, ha distinto i casi delle ordinanze di demolizione per difetto di titolo edilizio (collocandoli, però, all'interno del potere di repressione degli illeciti, piuttosto che di annullamento *ex officio*) ed evidenziato comunque che sussiste, sotto il profilo *de quo*, un onere di motivazione attenuato, che può essere limitato al richiamo al tipo di interesse leso (come nelle ipotesi di inedificabilità assoluta e di rischio sismico).

⁶¹ Cfr. Cons. Stato 25 ottobre 2023, n. 9217; CGARS 27 marzo 2023, n. 237; TAR Abruzzo, 18 luglio 2023, n. 392; TAR Sardegna, 15 giugno 2023, n. 433.

⁶² Che può essere visto come ulteriore elemento del progressivo ridimensionamento della categoria dei vincoli da parte della giurisprudenza, segnalata in generale da P. Urbani, S. Civitaresse Matteucci, op. cit., 266 ss.

⁶³ Cfr. Cons. Stato, VI, 19 giugno 2023, n. 5999, secondo cui possono valere motivi ostativi costituiti dalla «tutela degli interessi pubblici sottesi al rispetto delle normative rispetto alle quali la localizzazione dell'impianto si pone in contrasto (tra essi: la sicurezza stradale)».

⁶⁴ Cfr. CGARS, 19 aprile 2023, n. 289 per cui «gli impianti di telefonia mobile, infatti, assimilabili ai tralicci dell'energia elettrica, non arrecano alcun danno al decoro e alla tranquillità dei defunti; non creano problemi di ordine sanitario, non impediscono l'ampliamento del cimitero (TAR Roma, sez. II, n. 2187 /2022; Cons. Stato. n. 2964/2017; id., n. 5257/ 2015 e di recente sent. n. 13014/ 2021)»; TAR Lazio, V, 6 ottobre 2023 n. 14790, per cui le norme sulle aree di rispetto cimiteriali non possono essere ritenute come riferibili anche alla localizzazione dei tralicci per la telefonia mobile, tanto più che esse non costituiscono nuove costruzioni ai sensi di legge. Si tratta di decisioni che affrontano il problema in maniera categorica, senza tener conto della più pacata riflessione di Cons. Stato n. 5999/2023, cit., volta a sottolineare come «il principio invocato dall'appellante secondo cui le esigenze che attendono alla tutela di determinati valori e che richiedono l'allon-

Del resto, ciò vale anche per il vincolo paesaggistico, considerato che comunque è richiesta adeguata motivazione sull'incompatibilità in concreto dell'opera.

Il dualismo fra criteri di localizzazione (leciti) e limiti alla localizzazione (non consentiti)⁶⁵ è poi declinato in una visione estremamente restrittiva dei poteri locali, escludendo che possano essere individuati criteri distanziali generici o eterogenei⁶⁶, o divieti per aree⁶⁷, o possa essere espressa la preferenza per talune aree con effetti distorsivi della concorrenza⁶⁸, neanche facendo riferimento ad esigenze di tutela della salute e, ciò, in considerazione della presenza di una specifica competenza statale⁶⁹. Sono ritenuti parimenti illegittimi obblighi di localizzazione su siti di proprietà pubblica⁷⁰ o solo su alcune aree⁷¹, con residuale ammissione dell'indi-

tanamento di determinate opere non si possono applicare nei confronti di impianti telefonici che non possono arrecare alcun pregiudizio ai valori tutelati, deve essere comunque calato nel caso concreto: nella specie si chiedeva il rispetto di una distanza di pochi metri dal ciglio stradale per dare risposta ad una evidente esigenza di sicurezza stradale che regge al vaglio del giudizio di razionalità». Peraltro, a conferma della necessità di una valutazione casistica e della diversità di interessi che giustamente emergono dall'autonomia locale, cfr. TAR Marche, 27 luglio 2023, n. 517, per una vicenda caratterizzata invece dalla preferenza espressa con i criteri di localizzazione per la realizzazione in un'area cimiteriale.

⁶⁵ Introdotta in modo definito già da Cons. Stato, 9 giugno 2006, n. 3452, che precisa come «6.2. [...] è consentito alle regioni ed ai comuni, ciascuno per la sua competenza, introdurre criteri localizzativi degli impianti *de quibus*, nell'ambito della funzione di definizione degli "obiettivi di qualità" consistenti in criteri localizzativi, di cui all'art. 3, comma 1, lettera d, ed all'art. 8, comma 1, lettera e, e comma 6 della legge quadro; non è invece consentito introdurre limitazioni alla localizzazione. Sono criteri localizzativi (legittimi, ancorché espressi "in negativo") i divieti di installazione su ospedali, case di cura e di riposo, scuole e asili nido, siccome riferiti a specifici edifici; sono, invece, limitazioni alla localizzazione (vietate) i criteri distanziali generici ed eterogenei, quali la prescrizione di distanze minime, da rispettare nell'installazione degli impianti, dal perimetro esterno di edifici destinati ad abitazioni, a luoghi di lavoro o ad attività diverse da quelle specificamente connesse all'esercizio degli impianti stessi, di ospedali, case di cura e di riposo, edifici adibiti al culto, scuole ed asili nido, nonché di immobili vincolati ai sensi della legislazione sui beni storico-artistici o individuati come edifici di pregio storico-architettonico, di parchi pubblici, parchi gioco, aree verdi attrezzate ed impianti sportivi. In ultima analisi i comuni possono legittimamente vietare l'installazione su specifici edifici e dettare criteri distanziali concreti, omogenei e specifici. Non possono introdurre misure di cautela distanziali generiche ed eterogenee».

⁶⁶ Cons. Stato 9 giugno 2006, n. 3452, cit.; 9 gennaio 2013, n. 44; 16 dicembre 2022, n. 11034; 19 giugno 2023, n. 5999.

⁶⁷ Per l'illegittimità del divieto generalizzato alla localizzazione su aree agricole cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 20 febbraio 2019, n. 974; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 26 novembre 2020, 1944; TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 21 ottobre 2020, n. 10734; TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 9 novembre 2021, n. 332

⁶⁸ Cfr. Tar Puglia, III, 21 luglio 2023, n. 1020; TAR Lombardia, Brescia, II, 5 luglio 2022 n. 661.

⁶⁹ Cons. Stato, 23 ottobre 2023, n. 9147, per cui «non sono legittimi gli atti o le misure comunali che limitino o del tutto escludano...la localizzazione degli impianti di TLC in via generale, in assenza d'una plausibile ragione giustificativa, neppure per tutelare la salute della 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 (Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2696; Id., Cons. Stato, Sez. II, 22 luglio 2020, n. 4695)». In tal senso cfr. pure TAR Sicilia, Palermo, 15 marzo 2023, n. 821.

⁷⁰ Ragionando da TAR Puglia, III, 21 agosto 2023, n. 1085, che ritiene legittima nel caso di specie la libera alternativa fra la localizzazione su aree pubbliche o private.

⁷¹ Anche ad evitare effetti distorsivi sulla libertà del mercato immobiliare.

viduazione puntuale di siti esclusi per motivate ragioni di tutela della salute o dei valori culturali, ma sempre a condizione della disponibilità di luoghi alternativi⁷².

La presenza di siti alternativi è anche il presupposto della possibilità – valutata però con la stretta lente di cui si è detto⁷³ – di indicare nel regolamento criteri di localizzazione preferenziale, in modo da consentire ai comuni di esprimere soluzioni che siano gradite alla popolazione e ritenute conformi a diverse esigenze, non escluso l'interesse ad «un armonioso sviluppo del territorio»⁷⁴. Non manca, invece, condivisibile indicazione in ordine al fatto che il divieto imposto su intere aree possa risultare compatibile con la disciplina statale a condizione «che sia fornita la prova che il servizio di telecomunicazioni non subisca illegittimi condizionamenti»; si tratta di un segnale interessante ma, purtroppo, minoritario e neanche troppo convinto⁷⁵.

Il ricorso all'indicazione di criteri preferenziali costruiti sulle caratteristiche di determinate aree ritenute maggiormente idonee o comunque di minore impatto risulta particolarmente utile, poiché in tal caso è giustificato ritenere che sia il privato a dover dimostrare la sussistenza di ragioni di impossibilità di natura tecnica o economica⁷⁶ tali da non consentire la realizzazione degli impianti secondo quanto indicato in sede regolamentare. Si tratta di un bilanciamento nel quale il condizionamento comunale alla facoltà di scelta del privato è sottoposto comunque a scrutinio di ragionevolezza e, al più, ritenuto prioritario fino a prova contraria.

⁷² «Il bilanciamento degli interessi tutelati, inoltre, non può che essere svolto in concreto, considerando la possibile utilizzazione di alternative che consentano una soluzione di ragionevole contemperamento degli stessi interessi» (Cons. Stato, Sez. VI, 6 novembre 2020, n. 6840).

⁷³ Cfr. TAR Puglia, Lecce, 23 giugno 2023, n. 813, secondo cui anche la previsione di siti alternativi non è sufficiente a giustificare l'adozione di criteri distanziometrici rispetto ad una determinata area.

⁷⁴ Sulla legittimità dell'indicazione di criteri preferenziali cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 25 gennaio 2023, n. 821; Id., VII, 16 ottobre 2023, n. 8989 (ma conclude per il mancato rispetto del canone); TAR Marche 27 luglio 2023, n. 517. Fanno riferimento alla legittima contemplazione – nei limiti riferiti – di esigenze di armonioso sviluppo del territorio Cons. Stato, Sez. III, 5 dicembre 2013, n.687; Id., 12 luglio 2023, n. 6829.

⁷⁵ TAR Lazio, Sez. V *ter*, 30 giugno 2023, n. 8125, che si affretta ad aggiungere che, comunque, «la valutazione degli interessi coinvolti deve essere motivata e individuabile, perché altrimenti si giungerebbe a vietare l'installazione di detti impianti in molte zone comunali che, se anche soggette a vincoli, ad esempio, di natura ambientale, nondimeno in concreto potrebbero ben sopportare un'installazione».

⁷⁶ TAR Lazio, Sez. V *ter*, 10 luglio 2023, n. 11536, ritiene condivisibilmente conforme ai limiti del potere regolatorio comunale una situazione in cui la relativa disciplina ponga «i criteri generali da seguire [...] in ordine di priorità per la scelta dei siti per la localizzazione degli impianti» (tra cui, le «aree agricole, boschive o comunque verdi non abitate e non arrezzate» a esclusione di quelle sottoposte a vincoli ambientali e paesaggistici, quelle «industriali», di «rispetto cimiteriale», ecc.) ed indichi «la «coubicazione» di impianti solo come «preferibile ed auspicabile» e contempl(i) espressamente il posizionamento «su aree di proprietà comunale» nel caso in cui la modalità in questione non sia «possibile» (parola significativamente priva di aggettivazioni), con la regola finale, esplicitamente dettata per il caso di «delocalizzazione» ma che può essere ritenuta applicabile per identità di *ratio* anche alle ipotesi di prima installazione, della localizzazione su siti privati in caso di inidoneità oggettiva delle precedenti soluzioni («evidenti necessità tecniche del concessionario e per ragioni obiettive da far valutare anche da esperti di pertinenza comunale»).

Peraltro, l' idoneità di siti alternativi viene valutata sotto duplice prospettiva, quella tecnica e quella di mercato, in quanto in ogni caso i regolamenti sulla localizzazione non possono avere l' effetto di incidere sulle libere contrattazioni e quindi sui valori immobiliari⁷⁷. Un' interessante affermazione, quest' ultima, peccato non si rilevi nella legislazione un' analoga radicale attenzione alla neutralizzazione generale degli effetti delle scelte pianificatorie sul valore dei suoli⁷⁸.

Alla luce delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza, appare giustificato parlare dell' enucleazione di un onere di motivazione provvedimentoale che potremmo definire forte o rafforzato, che trova speculare espressione in sede di verifica delle previsioni contenute nei regolamenti sotto il profilo della ragionevolezza e compatibilità con la normativa sovraordinata. In effetti, considerato che i regolamenti, quali atti normativi, non sono sottoposti ad obbligo di motivazione, la

⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, 12 luglio 2023, n. 6829, che conferma TAR Brescia, 661/2022; cfr. pure TAR Umbria, 12 maggio 2005, n. 271.

⁷⁸ Il problema, come noto, è risalente e sta trovando soluzioni interessanti attraverso le tecniche perequative che, tuttavia, non hanno ad oggi offerto una soddisfacente soluzione, mancando l' indicazione di strumenti e contenuti minimi ed uniformi diretti a condizionare ed indirizzare la disciplina regionale e la pianificazione locale. Cfr. P. Urbani, *Gli istituti della perequazione e della compensazione urbanistica tra interpretazioni giurisprudenziali e vuoti normativi*, in P. Urbani, F.G. Scoca, P. Stella Richter, *Trattato di diritto del Territorio*, Torino, 2018; cfr. pure Id., *Urbanistica solidale ...*, cit., *passim*. Per una visione critica sulla capacità della legislazione perequativa di rappresentare uno strumento di redistribuzione ed equità, ed a favore di una ricostruzione ancorata alla dinamica del trasferimento dei diritti edificatori, anche sulla base di una significativa analisi comparata, cfr. A. Police, *Perequazione urbanistica, ovvero della insostenibile leggerezza di una pianificazione equa*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 2011, 1-2, 5 ss. Sui profili comparati, cfr. pure Aa.Vv. *Perequazione urbanistica: materiali per la comparazione giuridica*, a cura di D. D'Orsogna, Torino, 2015. Il tema è ampio e dibattuto, cfr. G. Manfredi, *Urbanistica e concorsualità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 3, 649 ss., che affronta il tema posto nel titolo anche in riferimento alle problematiche perequative; Aa.Vv., *La perequazione delle disegualianze: tra paesaggio e centri storici. Studi dal 20° Convegno nazionale AIDU*, Udine, 29-30 settembre 2017, a cura di P. Stella Richter, Milano, 2018; F. Dallari, *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica: la questione della discrezionalità*, Bologna, 2018; G. Iacovone, *Perequazione urbanistica e pianificazione strategica. Riflessioni metodologiche*, in *GiustAmm.it*, 2018, 4, 10 ss.; P. Mantini, *La perequazione urbanistica nel tempo della rigenerazione urbana*, in *Rivista giuridica dell' edilizia*, 2017, 6, 2, 375 ss.; Aa.Vv., *Diritti edificatori e governo del territorio: verso una perequazione urbanistica estesa?*, a cura di R. Camagni, E. Micelli, S. Moroni, Milano, 2014; W. Gasparri, *Compensazione urbanistica, redistribuzione e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 2014, 3, 979 ss.; S. Stanghellini, *Perequazione, compensazione, fattibilità*, Roma, 2013; S. Bigolaro G. Piva, *Perequazione urbanistica e art. 23 della Costituzione: la necessità di una norma di legge statale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2013, 5, 1, 543 ss.; F. Mureddu, *Spunti comparatistici in tema di perequazione urbanistica: note da un recente convegno*, in *GiustAmm.it*, 2013, 3, 4; A. Iazzetta, *Perequazione urbanistica e valutazione*, Napoli, 2012; S. Perongini, *La pianificazione perequativa*, in *Rivista Amministrativa Degli Appalti*, 2011, 1-2, 13 ss. Sulla disciplina regionale e locale, cfr. S. Mattia, A. Oppio, A. Pandolfi, *Forme e pratiche della perequazione urbanistica in Italia*, Roma, 2011; Aa.Vv., *Perequazione e compensazione nel governo del territorio della Toscana*, a cura di G. Cartei, E. Amanate, Napoli, 2011; A. Bartolini, *La perequazione urbanistica nell' esperienza umbra*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 2011, 1-2, 21 ss.; L. Giani, *Il sistema dei diritti edificatori tra mercato, equità ed evidenza pubblica. La perequazione urbanistica nell' esperienza regionale lucana*, *Ib.*, 29 ss.; F. Cangelli, *Le aree per opere e servizi pubblici: sublimazione del principio perequativo. L' esperienza pugliese*, *Ib.*, 51 ss.; A. Iacopino, *La perequazione urbanistica nell' esperienza regionale calabrese*, *Ib.*, 71 ss.; M. Ragazzo, *Pianificazione urbanistica e perequazione: il caso del PRG di Roma*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 9, 1088 ss.; F. Pagano, *Perequazione, compensazione ed incentivazione nella legge lombarda sul governo del territorio (l.r. 12/2005 e successive modifiche)*, in *Rivista giuridica dell' edilizia*, 2010, 3, 65 ss.

giurisprudenza in questo caso ha evidentemente costruito la loro sindacabilità in modo da avere un effetto per alcuni versi analogo a quello della verifica del controllo della discrezionalità senza che, tuttavia, l'amministrazione possa difendere le proprie prerogative attraverso la motivazione⁷⁹.

Se diverse da quella precedente, le posizioni delle amministrazioni preposte alla tutela di interessi differenziati devono essere espresse in sede di conferenza di servizi, i cui termini sono dimezzati ma con ulteriore specificazione che non possono essere superati i 60 giorni previsti per la conclusione del procedimento ed il formarsi del silenzio assenso. Solo il dissenso congruamente motivato (oltre che dell'organismo competente alla verifica dei limiti di esposizione) da parte di un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale o dei beni culturali (non condizionato da bilanciamento con altri interessi coinvolti⁸⁰) può impedire il formarsi del silenzio assenso e determinare l'attivazione dei meccanismi di composizione previsti per tali ipotesi dalla legge sul procedimento. Tanto, sempre che il dissenso venga manifestato nei termini⁸¹.

Problematica appare, invece, la questione relativa alla formazione del silenzio in assenza degli adempimenti volti ad attivare, nelle ipotesi dovute, le amministrazioni competenti ad esprimere la valutazione di interessi differenziati: in tal caso, la soluzione all'interrogativo sul formarsi del silenzio dipenderà dal ritenere o meno prevalente il principio di tempestività rispetto a quello di buon andamento, affermando nel primo caso l'ammissibilità del venire ad esistenza di un'autorizzazione in difetto dei presupposti di legge (salvo, naturalmente, l'esercizio dell'autotutela da parte dell'amministrazione)⁸².

In tale contesto, non manca l'osservazione per cui il potere dell'ente comunale sottostante al procedimento autorizzatorio sarebbe da ritenersi sostanzialmente vincolato, in quanto l'adozione del provvedimento espresso di diniego

⁷⁹ Per la proposta di una "motivazione *quam suis*" e per una riflessione sul ruolo della motivazione nel consentire il controllo dell'eccesso di potere al tempo stesso garantendo all'amministrazione la salvaguardia del merito da possibili ingerenze del GA, sia consentito il rinvio a D. D'Alessandro, *La motivazione e i suoi vizi: relazioni con il controllo della funzione amministrativa*, in F. Luciani, R. Rolli (cur.), *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, Napoli, 2008, 155 ss.

⁸⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652; TAR Umbria, sez. I, 13 ottobre 2023, n. 555, per cui «non può, infatti, fondatamente sostenersi che la Soprintendenza, nel compimento delle valutazioni di sua spettanza ai fini della formulazione del parere di compatibilità paesaggistica, dovesse prendere in considerazione altri interessi – quale quello della concorrenza del settore delle telecomunicazioni – da ponderare e bilanciare con quello relativo alla tutela paesaggistica».

⁸¹ Cfr. TAR Campania, 30 ottobre 2023, n. 2427.

⁸² In senso negativo, per l'ipotesi di mancata attivazione dell'amministrazione preposta alla valutazione degli interessi ambientali, cfr. TAR Campania, Napoli, 23 ottobre 2023, n. 5760; in senso negativo in mancanza della documentazione richiesta dalla legge, cfr. Cons. Stato 2023, 16 agosto 2023, n. 7774. In senso favorevole al formarsi del silenzio assenso pur in assenza dei presupposti di legittimità ed in mancanza di completezza della domanda, cfr. Cons. Stato, VI, 6 luglio 2023, n. 6606, argomentando alla luce del nuovo art. 20 comma 2-bis, l. n. 241/1990.

può essere determinato esclusivamente dall'accertamento della carenza di uno dei presupposti di fatto o di diritto previsti per la realizzazione dell'opera⁸³. L'affermazione non pare condivisibile, considerata la giurisprudenza fin qui richiamata in ordine ai criteri di localizzazione, che dimostrano piuttosto margini di bilanciamento, sia pure ridotti, con altri interessi tutelati dalle discipline differenziate; d'altra parte, in termini generali, l'identificabilità in concreto di atti pienamente vincolati è stata essa stessa messa in dubbio⁸⁴.

Sotto il profilo procedurale, l'amministrazione può interrompere una sola volta e per 15 giorni i termini per necessità di integrazione documentale, ma a condizione che la relativa comunicazione sia tempestiva (essendo il termine di conclusione del procedimento perentorio⁸⁵) e che riguardi i documenti prescritti dalla disciplina speciale, restando invece impedito aggravare l'iter con ulteriori richieste, come quelle attinenti ad elementi non contemplati dalla legge, come ad esempio il deposito del titolo di proprietà⁸⁶.

Per completezza, si aggiunge che i regolamenti comunali sulle localizzazioni non sono, naturalmente, retroattivi⁸⁷, a tutela dell'affidamento del privato circa la possibilità di svolgere sul sito già autorizzato un'attività economica che è tipicamente di durata. Gli impianti esistenti, tuttavia, non possono ritenersi totalmente sottratti all'evoluzione normativa, sicché non può escludersi che, in risposta ad istanza di modifica (ad esempio, potenziamento), venga proposta una delocalizzazione, anche se in tal caso la giurisprudenza richiede un'adeguata e puntuale motivazione che dimostri le ragioni della prevalenza degli interessi derivanti dalla sopravvenuta regolazione e la praticabilità, tecnica ed economica, del trasferimento in altra sede⁸⁸.

⁸³ Cfr. Cons. Stato, VII, 8 maggio 2023 n. 4583, per cui «al Comune, compete, pertanto la verifica della sussistenza di tutti i presupposti, al ricorrere dei quali non residua alcun margine di discrezionalità valutativa».

⁸⁴ Cfr. M.R. Spasiano, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 2, 25 ss., 50, il quale si pone l'interrogativo osservando come deponga in senso contrario la presenza dei «tanti provvedimenti a natura vincolata che vengono poi corroborati da condizioni, imposizioni, divieti, ampliamenti assolutamente non previsti dalla norma». Dubbi sulla individuabilità in concreto di provvedimenti vincolati sono mossi anche da D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 385 ss., il quale, tuttavia, ritiene che le due ipotesi dei provvedimenti vincolati e di quelli che non avrebbero potuto avere contenuto diverso rimangono distinte; F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 2017, 7, il quale osserva come in realtà l'esercizio del potere mantenga pur sempre un ambito decisionale e pertanto la questione è di maggiore o minore grado di vincolo ad opera della legge.

⁸⁵ TAR Sicilia, Catania, I, 8 maggio 2023, n. 1497; TAR Lazio, Latina, sez. I, 11 ottobre 2021, n. 558.

⁸⁶ Tar Campania, VII, 26 aprile 2023, n. 2555; TAR Campania, VII, 7 maggio 2019, n. 2440; TAR Campania, VII, 21 gennaio 20221, n. 1144.

⁸⁷ Cfr. TAR Lazio, V ter, 30 giugno 2023, n. 10916; Tar Campania, Napoli, 19 ottobre 2005, n. 18229; Tar Calabria, Catanzaro, 21 febbraio 2014, n. 305.

⁸⁸ In tal senso Cons. Stato III, 5 maggio 2017, n. 2073, richiamata anche da Cons. Stato, 8989/2023, cit.; cfr. pure Cons. Stato 16 ottobre 2023 n. 8559.

5. *Opere complementari extra standard, silenzio assenso, equilibri centro periferia in eccezione al principio di leale collaborazione: profili di tensione nelle soluzioni adottate nei rapporti fra Stato e mercato, con spostamento verso il privato della potestà di scelte sull'utilizzo del territorio*

Come accennato in premessa, il contenzioso in materia *de qua* ha intersecato le ragioni di una più spedita tutela dell'interessato rispetto alla riedizione del potere a seguito di annullamento del provvedimento espresso di diniego.

Affermando la natura decadenziale del termine per il formarsi del silenzio significativo, potrebbe ritenersi che il provvedimento espresso di diniego rappresenti l'adempimento richiesto dalla legge per escludere l'inerzia, dovendosi conseguentemente attendere un nuovo esercizio del potere anche eventualmente nei modi ordinari⁸⁹. Probabilmente la ricerca di soluzioni più avanzate è stata stimolata anche dalla mole del contenzioso e dalla contemplazione della preminenza dell'interesse ad una rapida realizzazione delle opere per il loro carattere strategico, a fronte di vicende giudiziarie che hanno visto a volte tempi non brevi per ragioni varie⁹⁰. Il Giudice amministrativo è così giunto ad affermare che l'annullamento del diniego espresso comporta una doverosa riedizione del potere nei medesimi termini e modi previsti dalla disciplina (speciale) del silenzio⁹¹, il che appare estremamente interessante sul piano dell'attuazione del principio di tempestività, ma meriterebbe approfondimento, esorbitante dai limiti del presente lavoro, in ordine alla coerenza rispetto all'istituto della decadenza, al rapporto fra effetto (sospensivo o interruttivo) dell'azione di annullamento e *dies a quo* da individuare per la nuova decorrenza dei termini (rispetto alla tutela cautelare, alla provvisoria esecutorietà della sentenza di prime cure o al formarsi del giudicato).

⁸⁹ Il Consiglio di Stato aveva argomentato in proposito come «occorrendo provvedere nella fase di riedizione del potere all'adozione di un atto amministrativo retroattivo idoneo a consentire "ora per allora" il raggiungimento della finalità indicata nella sentenza, non potrebbe comunque emergere un'inerzia amministrativa protrattasi oltre il termine originario di conclusione del procedimento: sebbene l'atto illegittimo tempestivamente assunto sia annullato *ex tunc*, lo stesso è esistito e viene comunque sostituito in via retroattiva con un nuovo atto immune dai vizi riscontrati in giudizio. Per l'effetto, in ragione dell'efficacia retroattiva (ora per allora, avuto riguardo alla decisione originaria) dell'atto assunto nella fase di riedizione del potere, emerge, in ogni caso, un provvedimento efficace alla data di scadenza del termine di conclusione del procedimento; il che è incompatibile con la configurazione di una condotta inerte idonea a giustificare l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso» (Cons. Stato, 17 aprile 2023 n. 3861).

⁹⁰ Una radice comune può essere rinvenuta nel modo in cui i comuni hanno interpretato le facoltà residue all'esito delle pronunce cautelari o di annullamento (su tale ultimo profilo, cfr. S. Del Gatto, E. Giardino, G. Sciascia, S. Screpanti, F.V. Virzi, cit., 127 ss.

⁹¹ «In proposito, deve, del resto, osservarsi, da un lato, che il silenzio assenso opera anche in sede di riedizione del potere (non potendosi ritenere che per effetto di un giudicato annullatorio muti il regime legale dell'azione amministrativa), e, dall'altro, che lo stesso, anche alla luce del nuovo art. 20, è destinato a formarsi automaticamente per il solo decorso del termine per provvedere (salvo un eventuale intervento in autotutela ex comma 3 del medesimo art. 20 per l'ipotesi in cui il titolo tacito sia illegittimo)» (Cons. Stato, 6 luglio 2023, n. 6606).

D'altra parte, una prima risposta agli interrogativi iniziali è che effettivamente emergono elementi di ordine qualitativo e quantitativo che alimentano le tensioni nell'interpretazione ed applicazione della disciplina esaminata. L'elemento quantitativo è dato dalla necessità di una rapida diffusione degli impianti, legata sia alle esigenze di ampliamento della rete sia alla diffusione dell'utilizzo della tecnologia 5G; quello qualitativo è ascrivibile ad una forte difficoltà manifestata dai comuni rispetto all'accettazione di una localizzazione in gran parte sottratta all'usuale modo di governare gli interventi edilizi sul proprio territorio, che si unisce a timori circa la pericolosità delle emissioni per la salute umana e a ragioni ampiamente riportabili alla tutela ambientale e paesaggistica, stante l'aspetto non certo attraente degli artefatti.

Proporrò qui di seguito ulteriori suggestioni e prospettive che emergono dal materiale considerato, non essendo compatibile con il metodo scientifico indicare conclusioni in termini di prospettazione di un quadro stabile, definitivo e compiuto, o peggio di previsione futura con tali caratteri, tanto più all'interno della complessità tipica del nostro ordinamento e per giunta in una materia naturale luogo di incontro di interessi differenziati.

Preliminarmente, l'equiparazione normativa alle opere di urbanizzazione primaria può essere meglio definita e classificata se le infrastrutture in esame sono considerate nella loro funzione. Si tratta, in effetti, di opere qualificabili come complementari o comunque *extra standard*, che vanno a determinare un aumento di servizi per la comunità ed il territorio non legato in termini compensativi immediati ai costi urbanistici ed ambientali di inserimento di nuovi interventi nella specifica area di localizzazione.

Sul piano delle categorie generali, si scorgono alcune tendenze che investono le relazioni fra pubblici poteri nella dimensione della loro capacità di governo del mercato, ma anche riguardo alle scelte di fondo che investono l'equilibrio fra regolazione, controllo e coinvolgimento dei privati nella cura di interessi pubblici. Si tratta di equilibri difficili da realizzare quando l'amministrazione, come nel caso di studio, deve rinunciare per indicazione normativa e giurisprudenziale a spazi di discrezionalità, giacché essi rappresentano l'espressione propria della funzione rispetto alla natura multipolare dell'attività⁹².

Pur apparendo assolutamente apprezzabile il tentativo di risolvere il problema della tempestività dell'azione amministrativa attraverso il ricorso all'istituto del silenzio, permangono tensioni e perplessità legate non alla scelta strategica (silenzio semplificato⁹³), ma all'architettura complessiva.

⁹² Cfr. P. Urbani, *Territorio e poteri emergenti ...*, cit., in particolare, le riflessioni alle pp. 26 ss., 138 ss., 195 ss.

⁹³ Per dubbi sull'istituto rispetto alle esigenze di certezza nei rapporti ed all'impostazione della tutela, cfr. già M.A. Sandulli, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della P.A.*, in *Giust. civ.*, 1994, 485 ss.;

Il fatto è che la disciplina analizzata per un verso afferma la priorità dell'interesse alla realizzazione degli impianti, dall'altra non effettua le scelte necessarie sul piano della regolazione dell'uso del territorio, che il solo assetto del procedimento autorizzativo non è in grado di garantire.

Intanto rimane irrisolta la contraddizione per cui sono previsti poteri regolamentari comunali che consentono interventi per la minimizzazione dell'esposizione ai campi magnetici, quando la relativa tutela, rispetto alla salvaguardia dell'ambiente e della salute, è rimessa alla valutazione di altri enti⁹⁴.

D'altra parte, l'analisi della giurisprudenza dimostra che la funzione comunale, sia autorizzatoria che regolamentare, tende a manifestarsi in bilanciamenti ed indicazioni relative alla prevalenza di interessi, che è il contenuto proprio della discrezionalità, superando il limite, indicato in alcune statuizioni, dell'attività sostanzialmente vincolata al mero accertamento dei presupposti di fatto e di diritto.

L'esistenza di discipline parallele, infatti, dovrebbe consentire comunque un intervento comunale volto a valutare se sussistano impedimenti alla localizzazione derivanti dalla necessità di preservare interessi sottostanti ad alcuni vincoli imposti dalla pianificazione urbanistica, per quanto limitatamente alle previsioni sulle opere di urbanizzazione primaria⁹⁵. In un contesto, poi, in cui la giurisprudenza tende ad escludere regole generali sulla localizzazione, non manca una più attenta lettura che, sia pure con distinguo, ammette «limiti di carattere generale all'installazione degli impianti, purché sia comunque garantita una localizzazione alternativa degli stessi, in modo da rendere possibile la copertura di rete del territorio nazionale»⁹⁶.

Il Giudice amministrativo, avvertita tale difficoltà, ha integrato l'impostazione normativa introducendo, quanto all'attività autorizzatoria, un obbligo di motivazione "rafforzato" o "forte" e, sul piano del possibile intervento regolamentare lasciato ai comuni, riempiendo di significato le categorie dei criteri di localizzazione (rientrati nella relativa competenza) e dei divieti di localizzazione (invece esulanti e quindi illegittimi). Le relative indicazioni, per la certezza ricerca di parametri volti ad escludere intenti di protezione generale di aree o ad esprimere criteri di gradimento delle popolazioni locali e dei relativi enti esponenzia-

più di recente, cfr. M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 15 aprile 2020, 21 ss. Per una visione meno critica, cfr. W. Giulietti, *Silenzio assenso*, in Aa.Vv., *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari, Roma, 2010, 485 ss.

⁹⁴ Art. 8, co. 6, l. n. 36/2001. In termini diversi, cfr. U. Fantigrossi, *Il governo delle antenne per la telefonia mobile: la porta stretta dei regolamenti comunali*, in *RGA on line*, 30 novembre 2022, il quale ritiene contraddittorio che la norma ammetta tale potestà ma poi ne consenta l'esercizio solo attraverso interventi puntuali e non di carattere generale.

⁹⁵ Cfr. Cons. Stato, VI, 6 luglio 2022, n. 5629. La posizione, tuttavia, sul valore dei vincoli derivanti dalla pianificazione urbanistica, come si è visto e per come si dirà oltre, non è unanime in giurisprudenza.

⁹⁶ Cons. Stato, VI, 27 giugno 2022, n. 5283.

li, finiscono con l'incidere in misura (quasi?) creativa sulla limitazione delle attribuzioni comunali, dando preferenza alla candidatura di localizzazione del privato ed invertendo, di fatto, la presunzione di legittimità dell'operato della P.A. nella funzione di pianificazione e controllo⁹⁷.

L'elemento di novità che emerge nel rapporto fra livelli di governo, in particolare fra centro e periferia, è dato dal fatto che la realizzazione delle opere infrastrutturali supera la nozione di leale collaborazione enucleata dalla Consulta⁹⁸, per affidare l'effetto perseguito ad una scelta operata dalla disciplina statale che qualifica le opere *de quo* come di interesse pubblico, le equipara a quelle di urbanizzazione primaria, ma rinuncia alla loro realizzazione e quindi in gran parte all'attività di trasformazione della previsione normativa in cura concreta dell'interesse attraverso l'amministrazione, demandando e affidando in sua vece al privato la scelta della localizzazione degli impianti in qualsiasi area del territorio.

Un'impostazione che va ben oltre l'ormai nota categoria delle opere private di interesse pubblico, collocandole in un'ulteriore dimensione intermedia fra l'attività pubblica e quella privata, con attrazione a favore di quest'ultima di elementi rilevanti delle scelte discrezionali e ridimensionando la prima proprio nelle competenze ricadenti nella funzione di pianificazione. La localizzazione finisce per essere appannaggio del privato le cui facoltà, tuttavia, non sono finalizzate, quale parametro di legittimità, all'interesse pubblico, non sono chiamate a bilanciamenti di interessi, sono sciolte dalla valutazione della dimensione multipolare, sono sostanzialmente avulse dal *due process of law* procedimentale, anche in sede interpretativa quanto alla disciplina della pubblicità.

La stessa qualificazione come opere di urbanizzazione primaria e l'assunta compatibilità con la localizzazione in qualsiasi parte del territorio è ulteriormente problematica perché decontestualizza la localizzazione dalla pianificazione. In effetti, le altre opere di urbanizzazione primaria sono pur sempre caratterizzate da un nesso funzionale con lo sviluppo programmato, essendo comunque accessorie rispetto alle trasformazioni in essere o attese, sicché la diversità del caso di studio rende appropriata una classificazione particolare, per quanto interna alla categoria, come di opere complementari comunque *extra standard*.

⁹⁷ In quel ruolo di Giudice ed amministratore, ma anche nella sua attività creativa del diritto di cui parla M. Nigro nel suo *Il consiglio di stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, in *Riv. Trim Dir. Proc. Civ.*, 1974, ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, vol. II, 1051 ss.

⁹⁸ Con la linea interpretativa aperta dalla nota sentenza n. 303/2003.

6. *La destrutturazione della funzione di pianificazione e dei vincoli urbanistici derivante dalle opzioni del Legislatore e dalla lettura della giurisprudenza, ma favorita in molti casi decisi dal problema del non adeguato utilizzo delle proprie competenze da parte dei comuni*

Questo effetto, a dire il vero, non dipende solo dalla scelta del Legislatore statale, che si limita ad una scarna previsione in ordine al potere regolamentare comunale⁹⁹, ma è stato reso possibile dall'intervento giurisdizionale ed è frutto, in termini generali, della stessa crisi della legge indotta da diversi fattori, alcuni dovuti alla contestuale crisi dello Stato, altri all'evoluzione socio-giuridica che ha portato la complessità sociale all'interno della Costituzione spostando l'asse portante dell'ordinamento dalla legge parlamentare alla Carta fondamentale quale momento di articolazione della sovranità popolare.

Non c'è dubbio, infatti, che a fronte del limitato intervento del Legislatore nel prevedere i contenuti della potestà regolamentare comunale in materia *de qua*, il Giudice amministrativo si è dovuto accollare l'onere di definirla. Sotto tale profilo, si osserva la riconducibilità della vicenda anche al diverso modo in cui la Costituzione intende il principio di legalità, lasciando spazio alla potestà dell'amministrazione in quel legame fra funzione ed autoorganizzazione che è stato ben disegnato da Mario Nigro¹⁰⁰ e che indubbiamente, data la particolare posizione del Giudice amministrativo, vede quest'ultimo coinvolto attivamente nel defini-

⁹⁹ «I comuni possono adottare un regolamento *nel rispetto delle vigenti disposizioni di legge e, in particolare, degli articoli 43, 44, 45, 46, 47 e 48 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259*, 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 e, 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» (art. 6, co. 1, l. n. 36/2001; le parti in corsivo sono state introdotte dal d.l. n. 13/2023).

¹⁰⁰ M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966. Un interessante ambito di riflessione legato al tema è quello delle norme interne, su cui già Santi Romano, *L'Ordinamento Giuridico*, Napoli, 1946 (edizione che, come noto, è significativamente arricchita rispetto a quella del 1918). Cfr. F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020, che estendono l'analisi al rinvio a norme interne di altri ordinamenti (ultrastatali ma anche privati, come le reti), o ancora direttamente a questi ultimi, e a sistemi di produzione di soluzioni con valore ordinamentale, come la decisione giudiziaria sostituita dall'A.I.; M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020, che ne analizza il fondamento e ne valorizza gli effetti in ragione di indici di riconoscimento, da parte dell'ordinamento, del loro valore di parametro pieno di legittimità o di possibile elemento sintomatico dell'eccesso di potere dei provvedimenti (in tal senso cfr. l'interessante riflessione su tale volume da parte di G. Bottino, *Norme interne e discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 1, 273 ss.). Entrambi i lavori monografici citati convergono nel valorizzare l'utilità delle norme interne in termini di prevedibilità delle valutazioni discrezionali e di effetti sulla responsabilità, ma nel primo il riconoscimento di una diretta rilevanza esterna da parte dell'ordinamento è letta come fatto eccezionale, con la precisazione che in tal caso ciò dovrà avvenire nel rispetto del principio di legalità (p. 113).

re i parametri dell'esercizio del potere sin dal nascere della sua giurisdizione. Del resto tale ruolo è *ab origine* legato a fattori di tensione nel rapporto fra legge ed amministrazione, quali l'anomia e la cattiva qualità dei testi normativi¹⁰¹.

Certo è che la funzione di pianificazione nella materia di interesse perde in misura significativa la natura di principio di azione¹⁰² e, sul piano contenutistico, di ordinata programmazione che si proietta nel futuro che le è propria¹⁰³, e che distingue sul piano ontologico e del metodo l'attività pubblica da quella privata, manifestando una capacità ma anche un onere di operare sul medio e lungo periodo¹⁰⁴. Al tempo stesso si perde molto sul versante della procedimentalizzazione come metodo di composizione degli interessi presenti sul territorio, di dialogo e di coinvolgimento dei privati¹⁰⁵. Non si può neppure parlare di cattura dell'amministrazione, giacché il decisore, seppure sempre con i (pochi) limiti di cui si è detto, è privato¹⁰⁶, potendosi piuttosto riconoscere un'ipotesi concreta di "destrutturazione" del diritto urbanistico¹⁰⁷.

Ciò non deve portare ad essere radicalmente critici verso il ruolo riconosciuto al privato, tanto più che su questo piano il diritto urbanistico costituisce

¹⁰¹ Sulla scarsa qualità, sui vuoti della normativa e sul carattere pretorio del diritto amministrativo, cfr. due autori fra loro molto diversi come V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Id.*, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1900, 45 ss., e M. Nigro, *Il consiglio di stato ...*, cit.

¹⁰² In tal senso cfr. la puntuale ricostruzione di P.L. Portaluri, *Il principio di pianificazione*, in *Aa.Vv.*, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 453 ss.

¹⁰³ Come osserva P. Urbani, *Territorio e poteri ...*, cit., p. 11, condividendo l'impostazione di M.S. Giannini, *La programmazione dal punto di vista giuridico*, in *Id.*, *Scritti 1970-1976*, Milano, 2005, 1096 e di G. Amato, *La programmazione come metodo dell'azione regionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1973, 413 ss.

¹⁰⁴ Per una simile considerazione del rilievo dell'elemento temporale nel diverso settore dell'intervento pubblico in economia cfr. *Aa.Vv.*, *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse generale nell'Unione europea*, a cura di R. Cafferata, M. Martellini Hurlé, D. Velo, Bologna, 2008; ancora sulla pianificazione come modalità di azione dell'amministrazione M.S. Giannini, *Pianificazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1983, 629 ss.

¹⁰⁵ Su valore e significato della procedimentalizzazione e della pianificazione cfr. L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005.

¹⁰⁶ Sul tema della cattura del pianificatore cfr. P. Urbani, *Territorio e poteri ...*, cit.; *Id.*, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000. Sul tema cfr. pure M.A. Cabiddu, *Il governo del territorio*, Roma-Bari, 2014; *Aa.Vv.*, *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, a cura di F. Pugliese, E. Ferrari, Milano, 1999; in generale sui problemi della programmazione negoziata, G. Cugurra, *Accordi e pianificazione territoriale e ambientale*, in *Riv. giur. Urb.*, 2000, 1, 143 ss.; F. Manganaro, *Nuove questioni sulla natura giuridica delle convenzioni urbanistiche*, in *Urb. e app.*, 2006, 3, 337 ss.; R. Ferrara, *La programmazione "negoziata" fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 429 ss.

¹⁰⁷ In senso critico su quella che qualifica "destrutturazione" del diritto amministrativo, legata, fra gli altri fattori, alla "*désétatisation de la société*" che troverebbe le sue cause anche nella c.d. "democrazia amministrativa", N. Longobardi, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, in *Aa.Vv.*, *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, a cura di *Id.*, Torino, 2016, 3 ss. Tali tensioni, toccando il ruolo dell'autonomia comunale, investono quella che è stata giustamente indicata (cfr. G. Piperata, *Gli spazi mobili dell'autonomia nell'ordinamento locale italiano*, in *Dir. amm.*, 2020, 3, 645 ss.) una componente dell'architettura istituzionale inscindibilmente legata alla dimensione delle libertà fondamentali.

un utile banco di sperimentazione¹⁰⁸, ma deve far riflettere piuttosto sulle misure compensative necessarie a garantire l'interesse generale.

Altro profilo che colloca l'esperienza in esame nelle linee evolutive del diritto urbanistico riguarda il rapporto fra localizzazione e vincoli, in una dimensione che investe l'ambito di operatività della previsione relativa alla presenza di una potestà autorizzatoria comunale. Si tratta di una comparazione che viene condotta fra due interessi pubblici, quello previsto da altre discipline e quello riferito alla realizzazione dell'opera infrastrutturale (con il privato che diventa il diretto portatore dell'interesse pubblico¹⁰⁹).

A parte la considerazione che la possibilità di vincoli di destinazione ed uso viene tendenzialmente sottratta dalla giurisprudenza all'ente locale¹¹⁰, è di interesse che anche quelli naturali o morfologici o intrinseci, che si collocano in una dimensione meramente certativa, non vengono trattati come tali nelle decisioni, che preferiscono invece affrontare sul piano sostanziale e non delle categorie il tema della compatibilità dell'artefatto (traliccio o altro) con gli interessi che il vincolo dovrebbe proteggere. Il che, per quanto il bilanciamento sia effettuato a monte dalla legge e ritenuto legittimo dalla Consulta, presenta profili di problematicità sul piano degli equilibri fra interessi costituzionalmente protetti (ad esempio, tutela della salute, rapporto fra disciplina dell'uso del territorio, popolazione interessata e poteri locali) e comunque si inserisce nella tendenza ad estendere problematicamente l'inversione del rapporto fra giudice e legge nella tutela degli interessi. Mi riferisco al fatto che il ruolo delle Corti è assolutamente

¹⁰⁸ Significative sul punto le riflessioni per cui in materia urbanistica potrebbe ritenersi superato il limite contenuto all'art. 13, l. n. 241/1990, sia in ragione della specialità del relativo ordinamento, sia in forza della portata di specifiche previsioni che spingono a ritenere possibile che le convenzioni possano essere fonte di regolazione dell'assetto del territorio al pari degli atti di programmazione comunale, trovando quindi una più ampia applicazione il principio, ex art. 11, l. n. 241/1990, della negoziabilità dell'esercizio del potere discrezionale. In tal senso, Cfr. P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico ...*, cit., 530, che esemplificano evidenziando come i piani attuativi «possano essere approvati in variante allo strumento urbanistico generale», ex art. 25, l. n. 47/1985 (351); *contra*, cfr. T. Galletto, *Le convenzioni urbanistiche*, in *Digesto discipline privatistiche*, IV, Torino, 1989, p. 362. Sulla natura dei piani, cfr. F. Cangelli, *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Torino, 2012, specie 219 ss.; Aa.Vv., *La pianificazione urbanistica di attuazione: dal piano particolareggiato ai piani operativi*, a cura di D. De Pretis, Trento, 2002. Cfr. pure M.C. Romano, *Accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento*, in Aa.Vv., *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, 398 ss., particolarmente 412 ss., 418, la quale, con riferimento alle convenzioni di lottizzazione, rileva come la giurisprudenza comunitaria le faccia rientrare direttamente fra i contratti (cfr. CGUE 12 luglio 2001, C-399/98) e, più in generale, come gli accordi urbanistici rientranti nell'eccezione disposta dall'art. 13, l. n. 241/1990 siano da identificare in quelli connotati da un contenuto di scelta politica in ordine alla pianificazione.

¹⁰⁹ Cfr. Cons. Stato n. 5999/2023, cit. (ma anche Cons. Stato 17 novembre 2022, n. 10228), che si esprime «a proposito della necessità di comparare l'interesse pubblico con un altro interesse di rilevanza pubblica quale quello del titolare della licenza di telecomunicazioni alla realizzazione di un impianto di pubblica utilità».

¹¹⁰ Si diceva, limitatamente alla disciplina delle opere di urbanizzazione primaria, e comunque con indicazione isolata (favorevole Cons. Stato, VI, 6 luglio 2022, n. 5629, cit.) a fronte della generalizzata affermazione della compatibilità con qualsiasi destinazione delle aree di localizzazione.

te apprezzabile quando interviene con aperture in termini di maggiore tutela dei diritti fondamentali¹¹¹, ma diventa problematico quando rimedita su un piano casistico il contenuto della protezione prioritaria offerta ad interessi primari dalla legge¹¹², con l'effetto di scindere le competenze sull'adozione dello strumento dai fini da perseguire, con ciò finendo con l'incidere sulle architetture istituzionali¹¹³. D'altra parte, se il fine è la garanzia della rapida realizzazione della rete, lo strumento non può essere una presunzione di compatibilità tanto spinta da espropriare il ruolo locale, emergendo nella giurisprudenza una tensione fra l'impostazione di principio (si a criteri localizzativi) rispetto alla valutazione della loro legittimità secondo criteri particolarmente rigidi. Del resto, il dubbio che

¹¹¹ In tal senso, mettendo in relazione il ruolo pretorio delle corti con un valore positivo da attribuire all'incertezza, cfr. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, che richiama, per la funzione del Giudice amministrativo riconoscibile in tale ambito, M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522, e M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1973, 10. Sulla centralità dell'apporto pretorio nel diritto amministrativo nella specifica materia degli accordi cfr. M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017. Sia consentito anche il rinvio a D. D'Alessandro, *Crisi e diritti fondamentali, l'incertezza come principio dell'ordinamento?*, in Aa.Vv., *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, collana *Dossier dir. pubbl. comp. eur.*, a cura di S. Gambino, Torino, 2015, 481 ss., per una verifica in ordine alla possibilità di identificare l'incertezza come principio costituzionale nell'accennata accezione positiva e di distinguerla da altri diritti e valori costituzionali, fra i quali la stessa certezza del diritto, rispetto alla quale è ipotizzabile una convivenza governata dallo strumento del bilanciamento. Fermo, quindi, il correlato profilo del rilievo della certezza, ampiamente riconosciuto. Cfr. pure F. Manganaro, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, 64 ss.; B. Spampinato, *Sulla 'crisi' di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2017, 11; Aa.Vv., *L'incertezza delle regole. Atti del convegno annuale AIPDA*, Napoli, 2015; M. Immordino, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in Aa.Vv., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, 2004, 14 ss., 7; C. Faralli, *Crisi del sistema tradizionale delle fonti e certezza del diritto*, in Aa.Vv., *Esperienze giuridiche del 900*, a cura di F. Modugno, Milano, 2000, 69 ss.; L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Digesto, Disc. Priv.*, vol. 2, Torino, 1998, 1188; E. Castorina, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un 'principio comune'*, in *RIDPC*, 1998, 1177 ss.; A. Ruggeri, *La certezza del diritto allo specchio, il 'gioco' dei valori e le 'logiche' della giustizia costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, 1993; P. Bilancia, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993, 3007 ss.; S. Cotta, *Certezza del diritto, una questione da chiarire*, in *RDC*, 1993, n. 1; A. Pizzorusso, *Certezza del diritto. Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, Roma, XII, 1988; M.A. Sandulli, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. parl.*, 2003, 1, 125; M. Corsale, *Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1988.

¹¹² È il caso delle aree di rispetto stradali, del vincolo cimiteriale, del vincolo idrogeologico, dei vincoli culturali, paesaggistici ed ambientali, tutti vincoli che hanno a che vedere con valori primari quali l'incolumità pubblica o la cura di espressioni identitarie e della personalità.

¹¹³ Cfr. M. Nigro, *Gli enti pubblici ...*, cit. e la visione di Benvenuti, per il quale l'autonomia regionale e locale, nell'essere elemento costitutivo dello Stato, rappresenta il modo di essere della sovranità, che non appartiene più allo Stato centrale nella Costituzione repubblicana, cfr. F. Benvenuti, *Per una nuova legge comunale provinciale*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1959, 533 ss. (cfr. pure Id., *Evoluzione dello Stato moderno*, in *Jus*, 1959, 1, 161 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. 2, 1825 ss.; Id., *Dalla sovranità dello Stato persona alla sovranità dell'ordinamento*, in *Jus*, 1995, 2, 193 ss., ora in *ib.*, vol. 5, 4367 ss.), collocandosi nella nuova struttura istituzionale che vede il coinvolgimento del cittadino nella funzione obiettivizzata in condizione di parità, secondo la ricostruzione proposta in F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994 e in *Id.*, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.

il potere comunale potesse essere incompatibile con le regole del mercato è stato esplicitato in due rimessioni alla corte di Lussemburgo, entrambe respinte¹¹⁴.

Al contempo, tale tensione è chiaramente alimentata da una sensibile mancanza di padronanza della materia da parte dei comuni, che non sembrano pienamente consapevoli del fatto che l'assetto normativo sposta gran parte dell'esercizio della discrezionalità comunale dalla fase dell'autorizzazione a quella regolamentare. In sede di autorizzazione, infatti, i comuni possono valutare, a condizione di motivazione rafforzata, la compatibilità dell'intervento con altri interessi primari (si è visto, derivanti ad esempio da vincoli normativi o di piano), nel rispetto delle competenze di altri enti, mentre è solo nel regolamento che possono definire i criteri di localizzazione, con una scelta normativa limitata, ma, ove correttamente esercitata, perfettamente aderente all'esigenza di certezza dei privati in ordine alle modalità di individuazione dei siti da candidare ed idonea a riconoscere il ruolo autonomo nella cura del territorio.

Sotto tale profilo, in effetti, i provvedimenti espressi negativi, in massima parte ritenuti illegittimi dalla giurisprudenza analizzata, mostrano una certa carenza di collegamento con lo strumento regolamentare.

Non c'è coincidenza fra la quantità di decisioni in cui si osserva la soccombenza dei comuni per i dinieghi opposti alla localizzazione delle opere infrastrutturali considerate e la spesso ipotizzata insussistenza di valide ragioni per un governo anche della localizzazione delle "antenne", giacché la giurisprudenza censura i provvedimenti sul piano della motivazione, magari anche con ricostruzioni aggravate del relativo onere, ma sempre cercando di additare quale sia il corretto modo di esercizio delle competenze amministrative previste¹¹⁵.

¹¹⁴ Cons. Stato, VI, ordinanze 27 marzo 2019, n. 2033 e 22 luglio 2021, n. 5515. Il quesito era «se il diritto dell'Unione europea osti a una normativa nazionale (come quella di cui all'articolo 8 comma 6 legge 22 febbraio 2001, n. 36) intesa ed applicata nel senso di consentire alle singole amministrazioni locali criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile, anche espressi sotto forma di divieto, quali il divieto di collocare antenne in determinate aree ovvero ad una determinata distanza da edifici appartenenti ad una data tipologia».

¹¹⁵ Incarnando il Giudice amministratore disegnato da M. Nigro, *Il consiglio di stato ...*, cit., *passim*.

7. *Prospettive. Possibili scenari perequativi e spunti minimi per miglioramenti dell'assetto della materia in ordine alla partecipazione, al recupero di una motivazione quam suis nel possibile rapporto con i regolamenti comunali, alla valorizzazione del rapporto fra sviluppo delle reti e dimensione nazionale dell'interesse, alla possibile implementazione di certezza e tempestività attraverso un uso adeguato delle norme proibitive*

Cinque brevi notazioni finali.

Guardando a possibili contributi del particolare allo sviluppo di questioni più generali, la giurisprudenza ha tentato di lasciare uno spazio alla pianificazione comunale, ammettendo che i criteri, esprimendo un ordine di gradimento, possano diventare uno strumento per orientare la scelta del privato, per quanto recessivo rispetto alle esigenze tecniche ed a quelle economiche (non potendo, fra l'altro, avere l'effetto di determinare l'innalzamento del costo dei suoli).

Quest'ultimo profilo, giustificato dal riferimento alla necessità di escludere effetti distorsivi della concorrenza sul mercato immobiliare, dimostra un'attenzione all'effetto della regolazione urbanistica sul valore dei suoli che in generale non trova corrispondente tutela rispetto ad altri ambiti della pianificazione, come dimostra il ben diverso ruolo dei principi perequativi, che non sono assunti in via immediata e diretta (in assenza di una specificazione normativa) a parametro della legittimità dell'operato dell'amministrazione. Sarebbe interessante, sotto tale profilo, se da un intervento settoriale quale quello in esame, nascesse una riflessione sull'utilizzabilità del divieto di effetti distorsivi della concorrenza – sub specie aumento costi e valori di scambio – come principio da applicare a tutte le attività di pianificazione.

Ancora, passando ad altro profilo di carattere generale, interessante e non indagato dalla giurisprudenza e dalla dottrina appare il rapporto fra regolamento e provvedimento in ordine alla possibilità di una motivazione, non forte ma leggera, tipologica o, comunque, *quam suis*. Infatti, il richiamo all'atto normativo – ove, naturalmente non impugnato o comunque non viziato – dovrebbe far ritenere il diniego sufficientemente motivato dal mero riconoscimento della rispondenza della situazione di fatto alla previsione regolamentare. Ciò ricondurrebbe l'azione amministrativa in materia *de qua* a quella presunzione di legittimità che sembra attenuata, con il provvedimento che rimane in ogni caso sindacabile nei limiti in cui sia dimostrata l'impossibilità di disporre, per ragioni tecniche o di mercato, di altri suoli (in ciò facendosi valere anche l'eventuale difficoltà pratica di reperire aree).

Terza questione. Come ribadito sotto diversi profili, la disciplina analizzata riguarda un settore strategico per lo sviluppo, ma ormai affidato al mercato, quale quello delle telecomunicazioni e rappresenta una risposta regolatoria volta a

rendere efficiente e tempestiva l'azione della pubblica amministrazione volta alla tutela di altri interessi, definendone anche i confini.

Il problema delle reti è qui in qualche modo parcellizzato, risolvendolo sul piano di una costruzione per singoli *steps* che possa garantire l'innovazione rispetto alle esigenze di stabilità dell'esistente, rimettendo al privato, al mercato, la visione di insieme ed il governo del cambiamento ed intervenendo al contempo sul regime proprietario che, come si è visto, diventa privato ma per opere di interesse pubblico. Ho fatto riferimento, in proposito, ad un momento di ulteriore evidenza del processo che applica l'ipotesi dell'oggettivizzazione della regolazione proprietaria, garantendo la finalizzazione pubblica a prescindere dal soggetto titolare del bene¹¹⁶.

C'è, indubbiamente, un legame fra la normativa *de qua* e quella dei servizi a rete, che viene evidenziato sia dalla sua collocazione all'interno del codice delle telecomunicazioni, sia dalla puntualizzazione che l'istanza debba essere presentata da soggetto titolare di autorizzazione generale ai sensi dell'art. 11 del medesimo codice.

Il Legislatore, tuttavia, non sembra avere stressato tutte le potenzialità che potevano derivare dalla dimensione a rete, concentrandosi più sul carattere puntuale e singolare dell'impianto da autorizzare e trascurando implicazioni che potevano derivare dal suo essere, comunque, una parte di un tutto. Nella micro scala prescelta come orizzonte normativo rimangono sfocati gli elementi relativi all'impatto complessivo delle infrastrutture sul territorio e, d'altra parte, non emergono tensioni tali da consigliare una disciplina sul modello della *essential facilities doctrine* (EFD)¹¹⁷. In effetti, rispetto ai classici problemi dei servizi a rete, non si è in presenza – per i singoli impianti – di costi tali da rendere inaccessibile il mercato né sussiste scarsità della risorsa, se si guarda alla capacità economica dell'operatore privato ed al relativo mercato di approvvigionamento, tanto più che è proprio l'operatore a chiedere di realizzare a propria cura e spese un nodo dell'infrastruttura.

Se però la scarsità ed i costi eccessivi venissero letti in termini di impatto sul territorio, a partire dal consumo di suolo per poi pensarli nella dimensione degli altri interessi differenziati, il governo dell'evoluzione della rete potrebbe essere impostato in chiave maggiormente collaborativa, rendendolo più aderente a criteri di sostenibilità generale.

¹¹⁶ Cfr. *supra*, nota 3.

¹¹⁷ È stata proposta un'interessante applicazione della *essential facilities doctrine* (EFD) in materia di reti, per cui «l'oggettivazione del diritto amministrativo non si realizza col passaggio da una relazione dominicale intercorrente tra un soggetto pubblico e una res alla qualificazione giuridica della res stessa: essa è, piuttosto, la sostituzione di un metodo statico (fondato sull'attribuzione di qualificazioni formali stabili alle cose, ai soggetti od alle attività) con un metodo dinamico. La disciplina dei rapporti tra privati, commisurata agli squilibri di forza fra loro, in funzione di un fine sovraindividuale che, pur non risolvendosi nei loro interessi, trova cura concreta nell'esclusiva tutela di questi ultimi» (M. Ragusa, *Reti e servizi di pubblica utilità: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto e società*, 2007, 2, 317 ss., 336).

Si potrebbero, infatti, predisporre momenti partecipativi e stimolare soluzioni che si muovano sul piano dell'amministrazione consensuale, ad esempio con opzioni normative dirette ad agevolare maggiormente la presentazione di istanze per la realizzazione di impianti di uso comune a più operatori, a prevedere l'obbligo e non la mera facoltà per gli operatori autorizzati presenti sul territorio di partecipare alla fase di predisposizione dei regolamenti comunali per la localizzazione, fino a porre l'onere, in sede di richiesta di autorizzazione, di un tentativo preliminare di localizzazione concordata.

D'altra parte, se un intervento di vera e propria liberalizzazione non è praticabile per la natura degli interessi in gioco, pensare di risolvere il problema della tempestività dell'azione amministrativa ricorrendo all'istituto del silenzio assenso rischia di non ottenere l'effetto sperato giacché, come mostra la vicenda esaminata, i necessari tempi della giustizia neutralizzano ampiamente il vantaggio offerto dalla semplificazione procedimentale adottata.

In proposito, al Legislatore statale può rimproverarsi un errore preliminare, un vizio di impostazione la cui consapevolezza può essere utile a ripensare le relazioni che, in maniera crescente, attribuiscono ai privati ruoli rilevanti per la realizzazione delle attività che devono portare alla soddisfazione di interessi pubblici, tanto più quando sono coinvolti gli enti locali e le regioni.

Ancora, un possibile recupero delle tensioni emerse in ordine al valore da dare alla pubblicità ed ai criteri di legittimazione alla partecipazione ed all'impugnazione definiti dalla giurisprudenza può derivare dalla qualificazione dei "regolamenti antenne". Le perplessità manifestate possono compendiarsi nella necessità di una diversa attenzione che merita la materia urbanistica, specie ove si discuta della realizzazione di opere di pubblica utilità, considerato che la specialità della disciplina in esame e del ruolo affidato al privato finiscono con l'incidere sulla fruibilità di un bene comune e sulla pianificazione. Non appare, quindi, appagante ritenere che le forme di partecipazione dei cittadini possano essere valutate secondo canoni restrittivi e legati ai tradizionali criteri di differenziazione dell'interesse, tanto più che si deve supplire all'assenza di meccanismi propri delle osservazioni ai piani di cui all'art. 9, l. n. 1150/1942, né può essere condivisa l'ipotesi che possa derogarsi all'applicazione del principio di preventiva e completa informazione¹¹⁸. Diversa soluzione, recuperando tale aporia, potrebbe essere quella di ritenere comunque il regolamento sulla localizzazione degli impianti un atto

¹¹⁸ Tale lettura consente di superare la critica mossa all'opzione regolamentare, esclusa dalle regole sulla partecipazione del pubblico, rispetto alla preferenza che il Legislatore avrebbe dovuto esprimere per la pianificazione urbanistica, invece sottoposta all'intervento del pubblico (mossa da U. Fantigrossi, *Il governo delle antenne* ..., cit.).

di sostanziale pianificazione generale, come tale sottoposto alle dovute forme di pubblicità e partecipazione¹¹⁹.

Venendo all'ultima questione, la complessità tipica degli attuali ordinamenti, alla quale certo non si sottrae il caso Italia, esprime, fra l'altro, un carattere comune, che è dato dalla non linearità, cioè dall'impossibilità di trovare soluzioni certe ai problemi che emergono al loro interno. Questa consapevolezza dipende dall'enorme variabilità dei fattori coinvolti, in termini giuridici dati dai titolari di interessi e poteri che possono interferire con effetti rilevanti sulla dimensione relazionale e, specie nel diritto urbanistico, manifestando opzioni che influiscono sull'assetto delle discipline differenziate, nella nota dimensione multipolare¹²⁰.

A tale non linearità contribuisce anche la presenza di un numero di attori pubblici significativo (le regioni, le province e i 7.901 comuni, sappiamo quanto diversi per dimensioni e per effettive funzioni e adeguatezza).

La non linearità, peraltro, dipende dal grado di libertà che l'ordinamento lascia ai suoi attori, ed è definita da parametri diversi nel settore pubblico rispetto a quello privato, da un lato l'autonomia dei diversi livelli di governo e la discrezionalità, dall'altra il generale principio di libertà, temperato dalla regolazione, per quanto di interesse, del rapporto fra libertà economiche e diritti fondamentali, comprese quelle libertà economiche che, in assenza di intervento pubblico, determinerebbero fallimenti del mercato e compressioni del diritto fondamentale di iniziativa privata non compatibili con l'opzione di fondo, adottata anche dall'UE, ispirata all'ideale della concorrenza perfetta.

Nel panorama delle tecniche e dei tipi normativi disponibili, è particolarmente utile il ricorso a norme proibitive, di divieto, atte a definire ciò che non si può fare, ciò che non deve accadere¹²¹ quando l'obiettivo è di preservare i più

¹¹⁹ L'attività di pianificazione non è a forma vincolata, infatti, e si osservano storicamente casi in cui essa si esprime attraverso provvedimenti di carattere generale ed altri in cui la forma è normativa, cfr. S. Civitarese Matteucci, P. Urbani, cit., 63, che osservano come sia prioritario soffermarsi sull'effetto proprio, conformativo, degli atti di pianificazione.

¹²⁰ La non linearità, come categoria, è proposta da I. Blečić, A. Cecchini, *Verso una pianificazione anti-fragile. Come pensare al futuro senza prevederlo*, Milano, 2016, facendone la chiave di lettura delle vicende della città come «nicchia ecologica tipicamente umana» e il punto di partenza per una ricostruzione del ruolo e dei modi della pianificazione. Per una critica all'impostazione del volume, cfr. A. Villani, *Pianificazione anti-fragile, una teoria fragile*, in *Casa della cultura*, 2017.

¹²¹ La categoria delle norme proibitive, che pongono cioè divieti andando a limitare l'autonomia è nota al diritto privato, cfr. G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993. Valozza, invece, le norme permissive l'interessante lavoro di F. Poggi, *Norme permissive*, Torino, 2004, secondo la cui lettura queste ultime sono ampiamente sottovalutate ed anzi la loro stessa nozione ed utilità è controversa. Il problema, nell'ipotesi formulata nel testo, non è di contestare nozione, natura ed utilità delle norme permissive, ma riguarda invece l'uso più appropriato, preciso e ben definito delle norme di proibizione. Pur non richiamando la categoria delle norme proibitive, I. Blečić, A. Cecchini, op. cit., 110 ss. propongono, fra i criteri per una pianificazione capace di affrontare la complessità, una «via negativa», per cui «anziché determinare che cosa e come fare, le regole dovrebbero piuttosto stabilire i limiti, dire che cosa non è consentito, che cosa non si può fare» (111).

ampi margini di libertà. L'apparente paradosso è presto spiegato, giacché mentre una norma di concessione detta ciò che può accadere (dunque tendenzialmente opera in un ambito in cui le facoltà hanno necessità di essere di volta in volta attivate o sono comunque definite dall'intervento normativo), una norma di divieto può ritagliare in maniera chirurgica ciò che l'ordinamento non consente, così lasciando fuori da quel campo ben definito la possibilità di esprimere tutta la libertà dell'agente, consentendo quell'arricchimento derivante dall'originalità delle manifestazioni dell'essere umano e dell'autonomia istituzionale che è la ricchezza propria del pluralismo, posto come valore fondante della Costituzione nella duplice componente dello Stato apparato e dello Stato comunità¹²².

Questa tecnica normativa, nota, forse prevalente, ma sminuita dall'eccesso di regolazione, merita di essere sperimentata nella complessità propria delle relazioni fra Stato e mercato sia in generale, sia in modo particolare in processi come quello in esame in cui, si diceva, la cura e realizzazione di interessi pubblici vuole essere lasciata in parte significativa ai privati¹²³. In questa prospettiva, nel caso studio sembra essere mancata l'indicazione, in negativo, di ciò che i privati non potevano fare, manifestandosi errata, ad esempio, la scelta di fondo di un'equiparazione delle opere a quelle di urbanizzazione con compatibilità con qualsiasi previsione urbanistica. È mancata anche una chiara indicazione di ciò che non potevano fare i comuni, come mostrano, ad esempio, le applicazioni del divieto di localizzazione, nelle quali il contenuto di tale limite è in gran parte demandato ad un apprezzamento del Giudice amministrativo, in assenza di una indicazione normativa sufficientemente definita.

In termini generali, l'occasione è per interrogarsi sull'utilità di un simile cambio di paradigma, dando rinnovato vigore ad una corretta e puntuale applicazione delle norme di proibizione quale ulteriore strumento per la definizione degli assetti del pluralismo sociale ed istituzionale.

¹²² D'altra parte, non è un caso che le norme di proibizione vengano ascritte ad un'impostazione classica e liberale nell'ambito del diritto privato e dell'economia, cfr. F. Di Marzio, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 73.

¹²³ Il problema è strettamente connesso a quello della ricerca di un diverso modo di integrare nel sistema delle fonti il ruolo dell'autonomia privata, tema sul quale cfr. D. Siclari, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di V. Arripaldi*, Napoli, 2010, 275 ss.

Territorio, Stato e mercato: il caso della localizzazione degli impianti di telefonia mobile

La materia è ricostruita individuando l'allocazione delle attribuzioni normative e delle funzioni amministrative. L'ampia giurisprudenza in materia di limiti delle potestà regolamentari ed autorizzatorie comunali e l'affidamento ai privati dello svolgimento di funzioni oggettivamente pubbliche manifestano una dequotazione della capacità della disciplina urbanistica di governare i processi economici resa palese dalla pretesa, per i provvedimenti di diniego, di una motivazione che l'autore definisce "forte" o "rafforzata", che mette in crisi la tutela degli altri interessi differenziati rispetto a quelli economici. È individuabile anche un momento del processo di oggettivizzazione della regolazione proprietaria, in quanto l'opera è qualificata di pubblica utilità a prescindere dalla natura del soggetto titolare del bene. Possibili prospettive per risolvere le criticità osservate appaiono un attento ricorso alle norme di proibizione, l'implementazione degli strumenti consensuali, una più accurata definizione delle prerogative comunali e dei privati, una visione non parcellizzata dello sviluppo degli impianti, più aderente alla natura "a rete" dei servizi di interesse.

Territory, State and Market: The Case of Mobile Phone System Localization

The topic is reconstructed by analyzing the allocation of regulatory attributions and administrative functions. Case-law concerning the limits of municipal regulatory powers and the entrustment to individuals of objectively public functions demonstrate a devaluation of the ability of urban-planning discipline to govern economic processes. In relation to denial measures, this statement is made clear by a motivation that the author defines as "strong" or "strengthened", which undermines the protection of other interests that diverge from economic ones. A moment in the process of "objectification" of ownership regulation can be identified, as the works are classified as being of public utility regardless of the nature of the owner. Possible perspectives for resolving these issues appear to be a careful use of "prohibitive conditions", the implementation of consensual instruments, a more accurate definition of municipal and private prerogatives, a non-fragmented vision of the development of these particular works of general interest, more in line with the "network" nature of these services.