



Le note a sentenza
di
GIUSTIZIA INSIEME

Annuario
della giurisprudenza amministrativa annotata
2020



Sezione “Diritto e processo amministrativo” della rivista Giustizia Insieme

Comitato di redazione

Flamina Aperio Bella; Maria Baldari; Antonio Barone; Antonio Bartolini; Vittoria Berlingò; Giacomo Biasutti; Domenico Bottega; Giovanni Botto; Vinicio Brigante; Marco Brocca; Stefania Caggegi; Marco Calabrò; Sonia Caldarelli; Michele Ricciardo Calderaro; Federica Campolo; Carolina Cappabianca; Enza Caracciolo; Edoardo Caruso; Silvia Casilli; Alice Cauduro; Paola Chirulli; Fabiola Cimbali; Alessandro Cioffi; Emanuela Concilio; Andrea Crismani; Filippo D'Angelo; Raffaella Dagostino; Maria Grazia Della Scala; Gianluigi Delle Cave; Luca De Lucia; Maximilian Denicolò; Daniele Diacono; Ruggiero Dipace; Carmine Filicetti; Stefania Florian; Pierpaolo Forte; Cristina Fragomeni; Fabio Francario; Simone Francario; Roberto Fusco; Fortunato Gambardella; Silia Gardini; Iliaria Genuessi; Nicola Gullo; Annarita Iacopino; Giovanna Iacovone; Giuseppe La Rosa; Roberto Leonardi; Tania Linardi; Marco Magri; Giuseppina Mari; Francesco Martines; Antonella Mirabile; Saul Monzani; Clara Napolitano; Angelo Giuseppe Orofino; Piergiuseppe Otranto; Rocco Parisi; Vera Parisio; Edoardo Pellegrino; Luca Perfetti; Sergio Perongini; Ippolito Piazza; Aristide Police; Pier Luigi Portaluri; Giuseppe Primerano; Marco Ragusa; Renato Rolli; Elisabetta Romani; Anna Romeo; Enrico Roveroni; Fabio Saitta; Maria Alessandra Sandulli; Martina Sforza; Clara Silvano; Nicolò Simeoni; Veronica Sordi; Mario Spasiano; Sveva Speranza; Alessandro Squazzoni; Giordana Strazza; Fabrizio Tigano; Matteo Timo; Giulia Torta; Sabrina Tranquilli; Michele Trimarchi; Maria Francesca Tropea; Giuseppe Tropea; Claudia Tubertini; Silvia Tuccillo; Stefano Vaccari; Stefano Villamena; Piera Vipiana; Flavio Valerio Virzì; Francesco Volpe.

Comitato dei referees

Annamaria Angiuli; Massimiliano Bellavista; Chiara Cacciavillani; Vincenzo Caputi Jambrenghi; Andrea Carbone; Francesco Cardarelli; Francesco De Leonardi; Loredana Giani; Margherita Interlandi; Paolo Lazzara; Francesco Manganaro; Remo Morzenti Pellegrini; Andreina Scognamiglio; Enrico Zampetti

Comitato editoriale dell'Annuario

Simone Francario; Iliaria Genuessi; Tania Linardi; Antonio Persico; Giordana Strazza

Il pdf raccoglie i contributi pubblicati nella sezione “Diritto e processo amministrativo” della rivista Giustizia Insieme nel 2020

© Copyright 2024 by Pacini Editore Srl

ISBN 978-88-3379-702-1

Realizzazione editoriale



Via A. Gherardesca
56121 Pisa

Tutti i diritti di copyright sono riservati. Ogni violazione potrà essere perseguita per legge.

Indice

Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare.....»	1
<i>Giuseppe Amarelli</i>	
Piani Educativi Individualizzati e problemi di giurisdizione (nota a TAR Molise, sez. I, 19 giugno 2020, n. 174)	16
<i>Flaminia Aperio Bella</i>	
La violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione nei bandi di gara pubblica	25
<i>Antonio Barone e Mauro Di Pace</i>	
La polisemia della “zona agricola” (nota a Consiglio di Stato, sez. II, 6 ottobre 2020, n. 5917).....»	30
<i>Marco Brocca</i>	
L'esecuzione della pronuncia silenziosa. Nota a Consiglio di Stato, Sezione V, Ordinanza del 14/04/2020 n. 2413	44
<i>Stefania Caggegi</i>	
Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni) (note a margine di Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 1 luglio 2020, n. 7476)	50
<i>Marco Calabrò</i>	
Revoca di finanziamenti pubblici per la realizzazione di progetti di accoglienza di rifugiati e richiedenti asilo: la giurisdizione è del giudice amministrativo (nota a Cons. Stato, Sez. III, 28 maggio 2020, n. 3375).....»	59
<i>Marco Calabrò</i>	
L'illegittimità costituzionale della legge-provvedimento e la “riserva” di procedimento amministrativo (Nota a Corte Costituzionale n. 116/2020)	69
<i>Sonia Caldarelli</i>	
Resilienza della regolazione per principi e rapida obsolescenza della normativa ipertrofica: brevi considerazioni sul caso Apple.....»	79
<i>Marco Cappai</i>	
La definizione “di norma” immediata del giudizio, in sede cautelare, in materia di contratti pubblici. L'interpretazione del Consiglio di Stato del decreto semplificazioni (nota alle ord.ze Sez. V. nn. 4556 e 4458 2020).....»	87
<i>Andrea Carbone</i>	

Sull'emergenza (annunciata) del Servizio sanitario nazionale»	92
<i>Alice Cauduro e Paolo Liberati</i>	
Il baratto amministrativo tra partecipazione e detassazione locale»	99
<i>Alice Cauduro</i>	
L'imparzialità del "maestro" nei concorsi universitari e la comunità scientifica (nota a Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2020 n. 5610).....»	108
<i>Alessandro Cioffi</i>	
Sui poteri di necessità e di urgenza della Regione Siciliana nell'emergenza Covid e migranti (nota a Tar Sicilia - sez. III - decreto cautelare 27 agosto 2020 n. 842)..»	110
<i>Alessandro Cioffi</i>	
Decreto semplificazioni: contratti pubblici, concorrenza e tutela.....»	118
<i>Alessandra Coiante</i>	
Interdittiva antimafia e <i>ius retentionis</i> (nota ad Adunanza Plenaria 26 10 2020 n. 23)...»	134
<i>Andrea Crismani</i>	
Segnalazione di legislazione "oscura, imperfetta od incompleta" da parte del Consiglio di Stato (nota a Cons. Stato, sez. Consultiva, 9 luglio 2020 n. 1271 e 10 luglio 2020 n. 1278).....»	141
<i>Andrea Crismani</i>	
La "decadenza" del processo amministrativo (nota a Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, 25 giugno 2020, n. 466).....»	154
<i>Filippo D'Angelo</i>	
Emergenza pandemica e tutela cautelare (monocratica).....»	157
<i>Raffaella Dagostino</i>	
Ottemperanza al giudicato civile: interpretazione, integrazione o sostituzione del giudicato? (nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 7 luglio 2020, n. 4369).....»	166
<i>Raffaella Dagostino</i>	
Il processo amministrativo nell'emergenza. Oralità, pubblicità e processo telematico (intervento alle Giornate di Studio sulla Giustizia Amministrativa, 30 giugno - 1 luglio 2020, "L'emergenza Covid e i suoi riflessi sul processo amministrativo. Principi processuali e tecniche di tutela tra passato e futuro").....»	175
<i>Paola A.G. Di Cesare</i>	
<i>Self cleaning</i> e interdittiva antimafia (nota a Cons. St., sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945).....»	184
<i>Carmine Filicetti</i>	
Il tempo dell'usura (nota a Cons Stato Sez. Terza, 2.11.2020 n. 6755)»	188
<i>Simone Francario</i>	
Incostituzionale il <i>favor</i> territoriale per p.m.i. negli appalti pubblici (nota a Corte cost. 98/2020).....»	195
<i>Simone Francario</i>	

Il non - processo amministrativo nel diritto dell'emergenza Covid 19»	198
<i>Fabio Francario</i>	
La giustizia di fronte all'emergenza coronavirus. Le misure straordinarie per il processo amministrativo»	205
<i>Fabio Francario</i>	
Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione).....»	211
<i>Fabio Francario</i>	
Una giusta revocazione “oscurata” dalla privacy. A proposito dei rapporti tra giudicato penale e amministrativo (nota a CGARS 1 10 2020 n. 866).....»	226
<i>Fabio Francario</i>	
Spese di giudizio e poteri del giudice amministrativo: la condanna forfettaria (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 settembre 2020, n. 5547).....»	237
<i>Roberto Fusco</i>	
La discussione scritta della causa nel processo amministrativo»	247
<i>Carlo Emanuele Gallo</i>	
Abuso d'ufficio: per un approccio “eclettico”»	260
<i>Raffaele Greco</i>	
I due piatti della bilancia: la necessità del bilanciamento tra libertà di culto e tutela del territorio (nota a T.A.R. Toscana, Sez. I, 1 giugno 2020, n. 663).....»	275
<i>Roberto Leonardi</i>	
Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato <i>per i soli motivi inerenti alla giurisdizione</i> tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia (nota critica all'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 18 settembre 2020 n. 19598).....»	282
<i>Marco Lipari</i>	
Le “collaborazioni” tra strutture pubbliche ed operatori privati nel campo biomedico e la necessaria osservanza dei principi dell'evidenza pubblica (nota a T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 8 giugno 2020, n. 1006).....»	332
<i>Saul Monzani</i>	
Il Tar Lazio e la tutela del patrimonio culturale (nota alle sentenze Tar Lazio, II- <i>quater</i> , 27 maggio 2020, n. 5646; 29 maggio 2020, n. 5757; 5 giugno 2020, n. 5972).....»	338
<i>Clara Napolitano</i>	
La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza Plenaria (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16)»	356
<i>Clara Napolitano</i>	
Regioni, scuola e COVID-19: il Giudice Amministrativo tra diritto allo studio e tutela della salute (nota Cons. Stato 6453/2020).....»	372
<i>Clara Napolitano</i>	

Titolo edilizio rilasciato in sanatoria e limiti temporali per l'annullamento d'ufficio (nota a Tar Lazio, Sez. II <i>quater</i> , 17 luglio 2020, n. 8258).....»	383
<i>Angelo Giuseppe Orofino</i>	
“Fare (dello stato) di necessità, virtù”. Il decreto Pres. Cons. Stato n. 134/2020 visto dal Garante della privacy.....»	398
<i>Piergiuseppe Otranto</i>	
“Piano voucher” del Governo, accesso a internet e tutela dei diritti costituzionali (nota a Tar Lazio sez. III <i>ter</i> , 23 novembre 2020, n. 7239).....»	407
<i>Piergiuseppe Otranto</i>	
“Stop 5G!”: ordinanze sindacali e giudice amministrativo (nota a TAR Catania 549 e 5517 2020 e TAR Campania 3324 / 2020)	421
<i>Piergiuseppe Otranto</i>	
Le regole sperimentali tecnico-organizzative del processo amministrativo. Note a prima lettura del decreto Pres. Cons. Stato 22 maggio 2020, n. 134.....»	435
<i>Pier Luigi Portaluri</i>	
L'effettività della tutela ambientale nel rapporto tra procedimento di screening e V.I.A. (nota a Cons. Stato, sez. II, 7 settembre 2020, n. 5379)	442
<i>Giuseppe Andrea Primerano</i>	
Specificità dei motivi e motivi aggiunti in materia elettorale: effettività della tutela <i>versus</i> celerità processuale? (nota a CGARS, 3 giugno 2020, n. 380).....»	451
<i>Giuseppe Andrea Primerano</i>	
Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale (nota a Adunanza Plenaria n. 19/2020).....»	459
<i>Michele Ricciardo Calderaro</i>	
Ottemperanza di chiarimenti e appellabilità della decisione (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 22 giugno 2020, n. 4004).....»	484
<i>Michele Ricciardo Calderaro</i>	
La disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto dell'Unione (nota a TAR Puglia-Lecce, sez. I, 18 novembre 2020 n. 1321).....»	496
<i>Renato Rolli e Martina Maggiolini</i>	
L'informazione antimafia come “frontiera avanzata” (nota a sentenza Consiglio di Stato Sez. III n. 3641 dell'08.06.2020).....»	511
<i>Renato Rolli</i>	
Cognita causa.....»	518
<i>Maria Alessandra Sandulli</i>	
Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo.....»	532
<i>Maria Alessandra Sandulli</i>	

Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020	543
<i>Maria Alessandra Sandulli</i>	
L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i “ricorsi al buio” in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela	577
<i>Maria Alessandra Sandulli</i>	
La “trappola” dell'art. 264 del dl 34/2020 (“decreto Rilancio”) per le autodichiarazioni. Le sanzioni “nascoste”	587
<i>Maria Alessandra Sandulli</i>	
La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio (18 l. n. 241 del 1990 s.m.i. e D.P.R. n. 445 del 2000 s.m.i.).....	596
<i>Maria Alessandra Sandulli</i>	
Annullamento “dalla data in cui” (nota a Consiglio di Stato, Sez. Prima, 30 giugno 2020 n. 1233).....	613
<i>Andreina Scognamiglio</i>	
Ancora dubbi sulla (nuova) disciplina della discussione orale da remoto (art. 25 d.l. n. 137/2020)*	621
<i>Veronica Sordi</i>	
I “tempi” dell'annullamento d'ufficio (nota a C.g.a.r.s., sez. I, 26 maggio 2020, n. 325)	625
<i>Giordana Strazza</i>	
L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (nota a Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100)	632
<i>Michele Trimarchi</i>	
Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche (nota a Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)	635
<i>Giuseppe Tropea e Annalaura Giannelli</i>	
Conferimento di incarichi del CSM e giudice amministrativo: il lungo addio dall'ineffettività della tutela (nota a Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2020, n. 4584)	642
<i>Giuseppe Tropea</i>	
Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)	649
<i>Giuseppe Tropea</i>	
Il controverso requisito della permanenza in servizio per il consigliere CSM, la decisione spetta al giudice ordinario (nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 novembre 2020 n. 11814).	656
<i>Enrico Zampetti</i>	

Il difetto di contraddittorio rilevato in appello non comporta l'annullamento con rinvio (nota a Consiglio di Stato, Sez. II, 15 luglio 2020 n. 4578).....»	660
<i>Enrico Zampetti</i>	
I servizi pubblici nel contesto pandemico. Riflessioni su libertà organizzativa, affidamento <i>in house</i> e principio di sussidiarietà»	667
<i>Enrico Zampetti</i>	

“Stop 5G!”: ordinanze sindacali e giudice amministrativo (nota a TAR Catania 549 e 5517 2020 e TAR Campania 3324 / 2020)

PIERGIUSEPPE OTRANTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tecnologia “5G” ed emissioni elettromagnetiche: soglie di sicurezza e ricerca di “rischio zero”. – 3. Gestione del rischio e principio di precauzione. Cenni. – 4. L’ordinanza del Tar Catania n. 549/2020. – 4.1. Incompetenza del Sindaco nella valutazione tecnico-scientifica del rischio. – 4.2. Carenza dei presupposti per l’adozione dell’ordinanza *ex art.* 50 t.u.e.l. – 4.3. Il riparto di competenze amministrative in materia di “inquinamento elettromagnetico”. – 4.4. Il richiamo allo *jus superveniens* ed il *periculum*. – 5. La sentenza n. 3324/2020 del Tar Campania. – 6. L’ordinanza n. 551/2020 del Tar Catania. – 7. Considerazioni di sintesi.

1. Premessa.

Le decisioni in rassegna attengono alla legittimità di provvedimenti con i quali è stato disposto il divieto di sperimentare ed installare sul territorio di alcuni Comuni impianti per la diffusione della tecnologia di telecomunicazioni “di quinta generazione”, il c.d. “5G”¹.

Esse costituiscono, sul versante giurisprudenziale, la risposta dell’ordinamento al fervente attivismo di alcuni Sindaci con-

tro la tecnologia “5G” e alle conseguenze pregiudizievoli che tali scelte politico-amministrative determinano sullo sviluppo di un settore strategico per il progresso economico e sociale del Paese.

Il legislatore, il Governo, le Autorità indipendenti sono impegnati, infatti, a garantire condizioni adeguate alla realizzazione di ingenti investimenti infrastrutturali necessari per superare il grave *digital divide* che affligge il nostro Paese.

Come emerge dal *Digital Economy and Society Index* – che misura i risultati in ambito digitale conseguiti dagli Stati membri dell’Ue – l’Italia è quart’ultima in Europa per le *performance* digitali e diciassettesima su 28 Paesi europei con riferimento alla connettività.

Se è vero che i maggiori ritardi si registrano sulle competenze digitali – indicato-

¹ L’ordinanza del Tar Sicilia - Catania, sez. I, n. 549 del 22 luglio 2020 e la sentenza Tar Campania - Napoli, sez. VII, n. 3324 del 24 luglio 2020 si riferiscono ad ordinanze contingibili ed urgenti; l’ordinanza Tar Sicilia - Catania, sez. I, n. 551 del 22 luglio 2020 sospende l’efficacia di una delibera di Giunta comunale e di altri atti consequenziali.

re rispetto al quale il Paese occupa un poco lusinghiero ultimo posto –, è innegabile che lo sforzo di modernizzazione non può prescindere dalla creazione di infrastrutture adeguate alle nuove applicazioni della rete e, quindi, da condizioni favorevoli per il pieno sviluppo del relativo mercato, anche grazie ad interventi pubblici capaci di correggerne i fallimenti. Anche l'analisi comparativa tra diverse aree geografiche del Paese lascia emergere gravi disuguaglianze specie tra aree urbanizzate ed aree interne e rurali.

Tra le nuove tecnologie di telecomunicazioni vi è il “5G”, bersaglio delle ordinanze dei “Sindaci legislatori”² oggetto di alcune delle pronunce in commento.

2. Tecnologia “5G” ed emissioni elettromagnetiche: soglie di sicurezza e ricerca di “rischio zero”.

La sigla “5G” indica un insieme di tecnologie di comunicazione mobile a banda larga che, rispetto alle precedenti, aumenta la velocità di connessione di circa venti volte e la capacità di supportare connessioni simultanee alla rete. Per tale ragione il “5G” è considerato un fattore imprescindibile per supportare i principali settori dell'economia europea – tra gli altri relativi alla produzione di automobili, a trasporti e logistica, all'assistenza sanitaria, all'energia, all'industria manifatturiera, a *media* e intrattenimento³ – e per lo stesso sviluppo di una

società democratica sempre più connotata dall'uso di internet⁴.

Nel nostro Paese l'assegnazione delle radio frequenze per lo sviluppo dei sistemi “5G” è avvenuta attraverso procedure di gara che nel 2018 hanno generato introiti per 6,5 miliardi di euro per lo Stato e, simmetricamente, rilevanti impegni economici per gli operatori aggiudicatari che – può senza dubbio convenirsi – vantano l'interesse a sviluppare il proprio piano industriale secondo regole predeterminate e stabili e, dunque, in un contesto di certezza giuridica⁵.

La diffusione della nuova tecnologia, tuttavia, è accompagnata da voci critiche sui rischi per la salute derivanti dall'esposizione alle onde elettromagnetiche generate dagli apparati “5G”.

⁴ Commissione europea, Raccomandazione su “Cybersecurity of 5G networks”, C(2019) 2335 final, del 26 marzo 2019: “Once rolled out, 5G networks will form the backbone for a wide range of services essential for the functioning of the internal market and the maintenance and operation of vital societal and economic functions – such as energy, transport, banking, and health, as well as industrial control systems. The organisation of democratic processes, such elections, will also rely more and more on digital infrastructure and 5G networks”. Si veda anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale ed al Comitato delle regioni “5G for Europe: An Action Plan” COM (2016) 588 final del 14 settembre 2016.

⁵ Alla certezza delle regole è stato dedicato il Convegno AIPDA del 2014 i cui atti sono raccolti in *L'incertezza delle regole. Atti del Convegno annuale AIPDA Napoli 3-4 ottobre 2014*, Napoli, 2015. Si vedano anche i saggi raccolti in F. FRANCIARIO – M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018, spec. F. FRANCIARIO, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, *ivi*, 9 ss.; R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, *ivi*, 29 ss.; M.A. SANDULLI, *Conclusioni di un dibattito sul principio della certezza del diritto*, *ivi*, 305 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici e per una ricostruzione della certezza giuridica quale oggetto di un interesse pubblico meritevole di tutela nello “Stato del mercato” sia consentito il rinvio a P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *Federalismi.it*, 13 maggio 2020, 235 ss.

² L'espressione, come è noto, si deve a V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore*, in *Giur. cost.*, 2011, 1600 ss.

³ Si vedano, per una prima analisi del fenomeno, i documenti elaborati dal gruppo *5G Infrastructure Public Private Partnership*.

In particolare, le norme tecniche che, sulla scorta di studi internazionali, individuano soglie di emissione ammissibili, sono contestate da quanti, invocando – non a proposito, come si dirà nel prosieguo – il principio di precauzione, vorrebbero impedire le installazioni “5G” per azzerare ogni rischio per la salute umana.

Numerosi Comuni hanno adottato ordinanze “contingibili e urgenti” per vietare l’installazione di tali impianti⁶ introducendo così, a livello locale, barriere, talvolta insormontabili, allo sviluppo delle infrastrutture di telecomunicazioni, in pieno contrasto con le chiare indicazioni politiche e strategiche che provengono dalla Commissione europea e dal Governo nazionale.

Si tratta di atti generali che incidono sul diritto di ciascun cittadino a una connessione ad internet veloce ed adeguata agli usi della rete; sull’interesse pubblico alla realizzazione e al mantenimento di un’infrastruttura efficiente e tecnologicamente neutrale; sulla libertà di iniziativa economica degli operatori di telecomunicazioni che si sono aggiudicati le gare per l’uso delle frequenze “5G”; sull’interesse alla certezza giuridica rilevante anche nella sua dimensione superindividuale e di sistema.

Lo strumento adoperato per aggirare le disposizioni nazionali è quello delle ordinanze contingibili e urgenti adottate in forza degli artt. 50 e/o 54 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267/2000 (t.u.e.l.) e fondate sovente sul principio di precauzione.

3. Gestione del rischio e principio di precauzione. Cenni.

È noto che sin dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. C nel nostro ordinamento sono stati ammessi poteri straordinari per la gestione del rischio sanitario a fronte di eventi pregiudizievoli ed imprevedibili.

In una società connotata da un’incessante evoluzione tecnologica e, quindi, da nuovi rischi, la frontiera della gestione del rischio sanitario si è gradualmente spostata dall’“amministrazione dell’emergenza” all’“amministrazione precauzionale”⁷.

A tale fenomeno ha contribuito anche un’interpretazione estensiva del principio di precauzione⁸, sovente posto a fonda-

⁷ Dovendoci limitare a riferimenti essenziali, è opportuno ricordare che al diritto amministrativo dell’emergenza è stato dedicato il convegno annuale AIPDA, Roma 6-7 ottobre 2005, i cui atti sono raccolti nell’*Annuario 2005. Il diritto amministrativo dell’emergenza*, Milano, 2006. Si vedano, in particolare, i contributi di R. CAVALLO PERIN, *IL DIRITTO AMMINISTRATIVO DELL’EMERGENZA PER FATTORI ESTERNI ALL’AMMINISTRAZIONE PUBBLICA*, *ivi*, 31 ss.; M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l’evoluzione dall’amministrazione dell’emergenza all’amministrazione precauzionale*, *ivi*, 142 ss.; M. GNES, *Limiti e tendenze dei poteri di urgenza*, *ivi*, 209 ss.; C. MARZUOLI, *Il Diritto amministrativo dell’emergenza: fonti e poteri*, *ivi*, 5 ss. Si veda anche lo studio monografico di A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza, tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008. Cfr., inoltre, L. GIANI – M. D’ORSOGNA – A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell’emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, dove si indaga sul principio di precauzione nel passaggio dal “diritto dell’emergenza” al “diritto del rischio”.

⁸ In dottrina tra gli studi monografici, cfr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, 2005; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018. Cfr. anche F. MERUSI, *Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull’elettrosmog*, in *Foro amm.*, 2001, 221; G.D. COMPORZI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell’inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 205 ss.; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e qualità dell’azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1673 ss.; R. FERRARA, *La protezione dell’ambiente e il procedimento amministrativo nella ‘società del rischio*, in *Dir. soc.*, 2006, 507 ss.; ID., *Precauzione e prevenzione nella pianificazione*

⁶ Sulla pagina web del “comitato informale Alleanza italiana stop 5G” è disponibile l’elenco degli oltre 390 Comuni che avrebbero adottato ordinanze “anti 5G” e delle Amministrazioni che avrebbero adottato altri atti in materia (delibere, ordini del giorno, mozioni).

mento di ordinanze con le quali i Sindaci tentano di impedire la prosecuzione di attività produttive o l'insediamento di impianti tecnologici ritenuti pregiudizievoli per l'ambiente e la salute dei cittadini. Si tratta, spesso, di atti adottati sulla spinta delle comunità locali e di allarmismi giustificati solo dalla avversione delle stesse comunità alla realizzazione di opere di interesse pubblico sul proprio territorio (c.d. sindrome *nimby*). Altre volte prevale, specie in comunità già provate da gravi inquinamenti ambientali, una forte diffidenza verso emissioni la cui nocività si ritiene non sia stata ancora sufficientemente indagata in ambito scientifico.

Il principio di precauzione ha trovato una prima enunciazione positiva nel diritto comunitario in materia di protezione dell'ambiente (ora art. 191, par. 2, T.F.U.E.) ma ben presto è stato ritenuto applicabile nella generalità dei procedimenti amministrativi⁹ ed è stato elevato, per via giurisprudenziale, a principio generale rilevante in materia di protezione della salute e dei consumatori¹⁰.

del territorio: la 'precauzione inutile?', in Riv. giur. ed., 2012, 61 ss.; ID., Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza, in Riv. giur. urb., 2020, 1, 14 ss.; M.L. ANTONIOLI, Precauzionalità, gestione del rischio e attività amministrativa, in Riv. it. Dir. pubbl. com., 2007, 52 ss.; A. ZEI, voce Principio di precauzione, in Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento III, Torino, 2008, 670 ss.; I.M. MARINO, Aspetti propedeutici del principio di precauzione, in Studi in onore di Alberto Romano, Napoli, 2011, 2177 ss.; S. PUDDU, Amministrazione precauzionale e principio di proporzionalità, in Dir. e proc. amm., 2015, 1155 ss.; M. ALLENA, Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa, in Il diritto dell'economia, 2016, 411 ss.; F. FOLLIERI, Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare, in Riv. dir. pubbl. com., 2016, 1495 ss.; B. MARCHETTI, Il principio di precauzione, in M.A. SANDULLI, (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2017, 194 ss.

⁹ Corte di Giustizia Ue, sentenza 21 marzo 2000, causa C-6/99, *Greenpeace*.

¹⁰ Trib. Ue, sentenza 26 novembre 2002, cause riunite T-74/00, T-76/00 e altre.

Allo stesso è stata dedicata la Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000¹¹ che individua alcune linee guida per una sua corretta applicazione. Per quanto rileva ai nostri fini, la Commissione osserva che l'esigenza cautelativa non può valere a fondare azioni delle amministrazioni "volte alla ricerca di un livello zero di rischio", né "fungere da giustificazione per un protezionismo mascherato". Affinché il principio possa essere legittimamente invocato è necessario che vi sia stata una "valutazione scientifica quanto più completa possibile"¹² e, ciò nonostante, sussista un grado apprezzabile di incertezza nella comunità scientifica in ordine alle conseguenze pregiudizievoli per la salute e per l'ambiente che potrebbero derivare da una determinata situazione.

La precauzione in senso giuridico assume, per tal via, una precisa consistenza e si discosta da una mera scelta prudenziale volta ad evitare che da una determinata condotta derivi un certo evento.

Soltanto in caso di "rischio potenziale", individuato sulla base di dati scientifici, si può applicare tale principio, comunque entro il limite dell'osservanza "dei principi generali di una buona gestione dei rischi" quali la proporzionalità, la non discriminazione, la coerenza delle misure adottate rispetto a quelle applicate in casi analoghi, l'esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'azione, la valutazione dell'evoluzione scientifica¹³.

Sotto il profilo procedimentale, la "valutazione" del rischio su basi scientifiche è riservata ad esperti mentre la "gestione" del

¹¹ "Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione", COM (2000)1 def.

¹² COM (2000)1 def., § 6.1.

¹³ COM (2000)1 def., § 6.3.

rischio spetta al decisore politico il quale, qualora dalla valutazione emerga un quadro di incertezza, potrà adottare un provvedimento ispirato al principio di precauzione¹⁴.

Il principio di precauzione – proprio perché postula una valutazione dei rischi condotta su basi scientifiche e quanto più possibile completa – pare di per sé inidoneo a fondare o a rafforzare il potere sindacale di ordinanza *ex art. 50, comma 4, t.u.e.l.* Tale potere extra-ordinario è, infatti, previsto dall’ordinamento per consentire al Sindaco di adottare immediatamente i provvedimenti più idonei a scongiurare un’emergenza che incida sulla sanità ed igiene pubblica.

In presenza di situazioni di pregiudizio per la salute e l’igiene di tale gravità da poter essere considerate un’“emergenza”, l’urgenza di provvedere non consentirebbe di svolgere quell’approfondita “valutazione scientifica del rischio” che costituisce il presupposto per la “gestione del rischio” affidata all’Amministrazione.

Anche in relazione alle ordinanze adottate dal Sindaco quale ufficiale di Governo per fronteggiare “gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana” (art. 54 t.u.e.l.), l’urgenza di provvedere pare inconciliabile con una gestione del rischio fondata sul principio di precauzione.

La discrasia tra *tempo breve* dell’intervento urgente e *tempo dilatato* della valutazione e successiva gestione precauzionale del rischio lascia emergere una tendenziale inidoneità del principio a fondare o a rafforzare l’esercizio del potere di ordinanza.

Al contrario il principio potrà costituire un limite del potere *extra ordinem* doven-

dosì considerare illegittime quelle ordinanze ispirate ad un approccio puramente ipotetico del rischio o nelle quali la valutazione del rischio è operata su basi non scientifiche, magari secondo un apprezzamento del tutto soggettivo del Sindaco.

Sul versante procedimentale, in assenza di dati scientifici certi sulla correlazione tra condotta che si intende vietare (o imporre) e pregiudizio che si intende prevenire, è necessario che sia svolta un’attività istruttoria “ineccepibile”¹⁵, anche attraverso il coinvolgimento delle comunità locali¹⁶.

D’altro canto, se l’elaborazione di indirizzi fondata sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali prevale finanche sulla discrezionalità politica pura del legislatore¹⁷, è evidente che anche nell’esercizio della funzione amministrativa (come di quella giurisdizionale) non si possa prescindere dalle evidenze scientifiche che vengono in rilievo.

Tuttavia, come si è già ricordato, il principio di precauzione viene spesso invocato dai Sindaci per giustificare ordinanze contingibili e urgenti con le quali vietare de-

¹⁵ Cons. St., sez. V, 16 aprile 2013, n. 2094.

¹⁶ Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250.

¹⁷ Corte Cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro amm. – CdS*, 2002, 2787 con nota di C.E. GALLO, *La potestà legislativa regionale concorrente, i diritti fondamentali ed i limiti alla discrezionalità del legislatore davanti alla Corte costituzionale*, *ivi*, 2791 ss., nonché in *Giur. cost.*, 2002, 2012, con nota di A. D’ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*, *ivi*, 2027 ss. In proposito la Corte ricorda che “un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l’elaborazione di indirizzi fondata sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l’essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono «gli organi tecnico-scientifici» (cfr. sentenza n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica”.

¹⁴ COM (2000)1 def., § 5.

terminate attività in deroga alle previsioni dell'ordinamento generale ed al fine di perseguire un "livello zero" di rischio per la salute e l'ambiente.

È quanto accaduto con i provvedimenti sindacali oggetto di alcune delle pronunce in esame.

4. L'ordinanza del Tar Catania n. 549/2020.

Con ordinanza n. 133 del 27 aprile 2020 *ex art.* 50 d.lgs. n. 267/2000, il Sindaco di Messina, ha vietato sul territorio comunale "a chiunque di sperimentare, installare e diffondere (...) impianti con tecnologia 5G *in attesa di dati scientifici più aggiornati*".

Nelle premesse si richiamano il principio di precauzione ed una ritenuta carenza di studi scientifici sui rischi sanitari e per l'ecosistema derivanti dall'installazione delle antenne "5G", ritenendo che il rischio di insorgenza di possibili effetti collaterali, giustifichi l'adozione dell'ordinanza.

Avverso tale atto è insorta la ricorrente nel procedimento che ha dato origine all'ordinanza del Tar Catania n. 549 del 22 luglio 2020 che ne ha sospeso l'efficacia¹⁸. L'operatore di telecomunicazioni, in particolare, si era visto rigettare dal Comune, anche sulla base dell'ordinanza sindacale, l'istanza per l'adeguamento di una stazione radio base alla nuova rete "5G".

¹⁸ Sulla medesima ordinanza sindacale si segnala la decisione "gemella" Tar Sicilia - Catania, sez. I, 27 luglio 2020, n. 566.

4.1. Incompetenza del Sindaco nella valutazione tecnico-scientifica del rischio.

La decisione cautelare si fonda su un primo argomento che attiene al profilo delle competenze¹⁹, ma che lambisce anche la violazione del principio di precauzione: spetta all' A.R.P.A., e non al Sindaco, la valutazione sui rischi da esposizione a campi generati dagli impianti in questione e, peraltro, tale valutazione era stata espressa in un parere dell'Agenzia regionale nel quale si preannunciava la necessità di procedere ad una verifica periodica dei livelli di esposizione²⁰.

¹⁹ Nell'ordinanza n. 549/2020 del Tar Catania si legge: "A un primo esame, tipico della fase cautelare, va premesso che in linea di principio «la valutazione sui rischi connessi all'esposizione derivante dagli impianti di telecomunicazioni è di esclusiva pertinenza dell'A.R.P.A., organo deputato al rilascio del parere prima dell'attivazione della struttura» (cfr. TAR Catania, I, 26/11/2019, n. 2858; Ord., I, 30.3.2020, n. 236) e al monitoraggio del rispetto dei limiti prestabiliti normativamente dallo Stato, impegno, quest'ultimo, che sembra emergere nel parere riportato nell'ordinanza impugnata".

²⁰ Si riporta di seguito un passo dell'ordinanza n. 133/2020 del Sindaco di Messina: "con nota prot. 17440 del 24 aprile 2020 l'Arpa Sicilia, pronunciandosi sulla richiesta avanzata da Wind Tre S.p.a., acquisita al prot. n. 16678 del 17/04/2020, relativa alla relazione di conformità dei livelli attesi di campo elettromagnetico a seguito della riconfigurazione di una stazione radio base (SRB) e inserimento delle tecnologie 4G_B38 2600 MHz e 5G 3600 MHz (...) «visto che al momento la normativa sulla tecnologia trasmissiva m-MIMO tipicamente utilizzata dal 5G, sia tecnica che legislativa, è in itinere ed è opportuna una valutazione continua in attesa della normativa di merito» ha rilasciato un parere «subordinato, a seguito delle simulazioni svolte da questa Agenzia, alla verifica post attivazione da parte di Arpa Sicilia dei valori di campo elettrico prodotti nell'edificio ubicato a circa 15 m di distanza e a Nord dell'impianto e sue pertinenze esterne» chiarendo ulteriormente «Tenendo in debito conto le premesse del presente parere, la sperimentazione risulta mirata alla verifica periodica dei livelli di campo elettromagnetico generati dalla nuova tecnologia con opportuni report forniti dall'operatore di rete, a cadenza mensile o, se tecnicamente non realizzabile, con cadenza massima trimestrale, tramite i valori di potenza massima, e media giornaliera, forniti al bocchettone d'antenna del sistema in parola. Il presente parere sperimentale non sostituisce in alcun modo le autorizzazioni».

Il Sindaco, dunque, ha ritenuto inadeguati gli studi sul rischio sanitario derivante dalla esposizione ai campi elettromagnetici generati dagli impianti “5G”²¹; ha, così, di fatto, operato una “valutazione del rischio” in termini scientifici che esula da quella “gestione del rischio” che, secondo il principio di precauzione, sarebbe di sua competenza.

Nel provvedimento impugnato si legge che “spetta al Sindaco, nella sua veste di ufficiale di Governo e massima autorità sanitaria locale in ossequio all’art. 32 della Costituzione ed al *principio di precauzione* sancito dal diritto comunitario e dall’art. 3-ter d.lgs. n. 152/2006, al fine di fronteggiare la minaccia di danni gravi ed irreversibili per i cittadini, di *adottare le migliori tecnologie disponibili* e di assumere ogni misura e cautela volte a ridurre significativamente e, ove possibile, *eliminare l’inquinamento* elettromagnetico e le emissioni prodotte ed i rischi per la salute della popolazione”. Emerge con evidenza la non condivisibile applicazione del principio di precauzione che affligge l’ordinanza sindacale.

4.2. Carenza dei presupposti per l’adozione dell’ordinanza ex art. 50 t.u.e.l.

Sotto altro profilo il giudice siciliano afferma che “la materia in esame non si presta a essere regolata mediante ordinanza sindacale contingibile e urgente”, rinviando, sul punto, alla giurisprudenza della stessa

sezione. Richiama, in particolare, la sentenza n. 1126 del 22 maggio 2020 relativa all’ordinanza con la quale il Sindaco di Capo d’Orlando aveva imposto ad un’emittente radiofonica, attiva da oltre un ventennio, di adottare le misure necessarie a ridurre i valori di emissioni elettromagnetiche entro le soglie di legge. In quel caso il Tar ha annullato l’ordinanza sindacale ritenendo non sussistenti i presupposti di legge in quanto il presunto superamento dei valori soglia poteva esser garantito “con gli strumenti ordinari, non integrando quel carattere di eccezionalità capace di giustificare l’emanazione dell’ordinanza contingibile”. Ricorda il giudice che “il potere di ordinanza contingibile e urgente presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da una istruttoria adeguata e da una congrua motivazione, ed in ragione delle quali si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente”. Deve trattarsi, in altri termini, di situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, cui sia impossibile far fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall’ordinamento: “l’urgenza deve essere intesa come impossibilità di differire l’intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno incombente, mentre la contingibilità deve essere intesa come impossibilità di far fronte alla situazione di pericolo incombente con gli ordinari mezzi offerti dall’ordinamento giuridico (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 15 aprile 2020, n. 1378; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 12 novembre 2019, n. 268; T.A.R. Liguria, sez. I, 26 giugno 2019, n. 561)”²².

²¹ Nell’ordinanza sindacale si afferma: “non esistono studi che, preliminarmente alla fase di sperimentazione, abbiano doverosamente fornito una valutazione del rischio sanitario e per l’ecosistema derivante da una massiccia, multipla e cumulativa installazione di milioni di nuove antenne che, inevitabilmente, andranno a sommarsi su quelle esistenti”. Si tratta di un giudizio tecnico-scientifico sulla attendibilità degli studi condotti, precluso all’Amministrazione.

²² Tar Sicilia – Catania, sez. I, 22 maggio 2020, n. 1126, punto 3.1.

Il giudice siciliano aderisce a quell'orientamento giurisprudenziale più rigoroso che, in ragione della eccezionalità del potere conferito dalla legge anche in deroga alle norme dell'ordinamento (ma pur sempre nel rispetto dei principi generali), tende a circoscriverne l'applicazione ad ipotesi di pericolo eccezionale e non a situazioni che, per quanto gravi e consolidate nel tempo, siano rimediabili con l'esercizio di poteri tipici²³.

Tuttavia, come è noto, in ordine al presupposto dell'urgenza di provvedere – declinato nell'art. 50 t.u.e.l. in termini di vera e propria “emergenza” – non mancano pronunce che ne hanno fornito un'interpretazione estensiva riconoscendo la legittimità di ordinanze adottate per far fronte a situazioni di pericolo note da anni e protratte nel tempo²⁴. La natura extra-ordinaria del potere sindacale risulta mitigata anche da quell'orientamento giurisprudenziale in forza del quale “l'assoluta imprevedibilità della situazione da affrontare non è un presupposto indefettibile per l'adozione delle ordinanze sindacali *extra ordinem*”²⁵ e da una certa elasticità mostrata talvolta dal Consiglio di Stato nel valutare il requisito con-

sistente nella impossibilità di fronteggiare la situazione di pericolo con gli strumenti tipici già previsti dall'ordinamento²⁶.

4.3. Il riparto di competenze amministrative in materia di “inquinamento elettromagnetico”.

L'adesione all'orientamento giurisprudenziale più rigoroso spinge il giudice siciliano a ricostruire la disciplina in materia di protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, e le relative competenze amministrative.

La legge n. 22 febbraio 2001, n. 36 aveva la dichiarata finalità di dettare in materia di c.d. “inquinamento elettromagnetico”, principi fondamentali diretti ad assicurare la protezione della salute, anche sulla base del principio di precauzione, la promozione della ricerca scientifica e tecnologica, la tutela dell'ambiente e del paesaggio (art. 1). È evidente che la natura stessa di tali interessi giustifica l'attribuzione di funzioni amministrative in capo allo Stato, affinché ne sia garantito un livello di tutela uniforme su tutto il territorio nazionale. La norma di cui all'art. 4, infatti, attribuisce allo Stato la “determinazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità” in considerazione “del preminente interesse nazionale alla definizione di criteri unitari e di normative omogenee”.

In effetti con d.p.c.m. dell'8 luglio 2003 sono state fissate a livello nazionale delle

²³ Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2015, n. 1519; Id., 29 maggio 2015, n. 2697; Id., 22 settembre 2017, n. 4425; Id., 28 febbraio 2018, n. 1253.

²⁴ Cons. St., sez. V, 4 febbraio 2015, n. 533, ha affermato la legittimità dell'ordinanza sindacale ex art. 54 t.u.e.l. che imponeva oneri di bonifica e messa in sicurezza della falda sottostante la discarica di Malagrotta per far fronte ad un inquinamento noto da anni. Ad avviso del giudice, infatti, la circostanza che la situazione di pericolo sia protratta nel tempo non rende illegittima l'ordinanza dal momento che in determinate situazioni il trascorrere del tempo non elimina da sé il pericolo, ma può, invece, aggravarlo. Sulla scorta di argomentazioni analoghe Cons. St., sez. V, 25 maggio 2012, n. 3077 ha ritenuto legittima l'ordinanza con la quale si imponeva all'appaltatore di un'opera pubblica, il cui cantiere occupava da anni parte di una pista ciclabile, di realizzare un percorso ciclabile alternativo.

²⁵ Cons. St., sez. V, 4 febbraio 2015, n. 533; Id., 3 giugno 2013, n. 3024.

²⁶ Ad esempio, Cons. St., 3 giugno 2013, n. 3024, ha ritenuto legittima l'ordinanza sindacale che imponeva la demolizione di una rampa per disabili realizzata in difformità dal titolo abilitativo, sebbene, come è noto, in caso di inosservanza dell'ordine di demolizione di un manufatto abusivo l'art. 31 del t.u. ed. preveda lo strumento tipico dell'acquisizione al patrimonio comunale e della eventuale demolizione in danno.

soglie per i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità definiti dalla legge.

L'art. 8 della legge quadro aveva attribuito alle Regioni (“nel rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità nonché dei criteri e delle modalità fissati dallo Stato, fatte salve le competenze dello Stato e delle autorità indipendenti”), l'esercizio di funzioni relative, tra l'altro, all'individuazione dei siti di trasmissione, le modalità per il rilascio delle autorizzazioni alla installazione degli impianti, l'individuazione degli strumenti e delle azioni per il raggiungimento degli obiettivi di qualità, il concorso all'approfondimento delle conoscenze scientifiche relative agli effetti per la salute, in particolare quelli a lungo termine, derivanti dall'esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici. La norma di cui all'art. 8, comma 6, in fine, attribuiva ai comuni il potere di adottare un “regolamento per assicurare il corretto insediamento *urbanistico e territoriale* degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici”.

I Sindaci, tuttavia, attraverso il potere di ordinanza ex artt. 50 e 54 t.u.e.l. sono intervenuti in numerose occasioni a vietare l'esercizio di impianti radiotelevisivi o di telefonia mobile sul presupposto della loro nocività.

La tensione tra spinte conservatrici dei Sindaci e ordinario riparto di competenze – o, in altri termini, tra potere di ordinanza e principio di legalità, sotto il profilo della tipicità – ha trovato la propria composizione innanzi al Giudice amministrativo, che ha contribuito a tracciare i confini di un potere

da sempre considerato “valvola di sicurezza del sistema”²⁷.

L'incessante intervento del Giudice amministrativo in questa materia, sollecitato da imprese e cittadini lesi dalle sortite dei Sindaci, mostra come il potere di ordinanza sia stato erroneamente inteso come potere di dettare regole vevoli sul territorio comunale e derogatorie della disciplina dettata dalla legge, purché ammantate dalla dichiarata necessità di far fronte a situazioni di pregiudizio per la sanità e l'igiene pubblica ovvero per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana.

L'abuso di un potere concepito come extra-ordinario ha tuttavia generato una reazione difensiva dell'ordinamento.

L'art. 38 del c.d. “decreto semplificazioni”²⁸ ha introdotto una nuova formulazione dell'art. 8, comma 6, della l. 36/2001: il già ricordato potere dei Comuni di adottare regolamenti per assicurare il legittimo insediamento degli impianti sotto il profilo urbanistico e territoriale e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici, viene circoscritto prevedendo l'esclusione “della possibilità di introdurre

²⁷ Secondo Tar Lazio – Latina, sez. I, 20 novembre 2017, n. 572, il potere di ordinanza rappresenta una “*valvola di sicurezza del sistema*, cioè uno strumento che è utilizzabile residualmente quando difettino altri strumenti giuridici per fronteggiare una situazione di emergenza”. Per Tar Campania, sez. III, 1° giugno 2015, n. 3011, “l'ordinanza ex artt. 50 e 54 del Testo unico sugli enti locali rappresenta dunque l'*extrema ratio* del potere amministrativo, la *valvola di chiusura del sistema*, configurando un rimedio *extra ordinem* che, sia pur nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, è atto a derogare al principio di legalità e al suo corollario in cui tale principio declina sul versante dell'attività provvedimentoale e che è costituito dal principio di tipicità dei provvedimenti”. La metafora si deve a M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 102, secondo il quale il regime giuridico dell'emergenza costituisce “una valvola, in tutti gli ordinamenti moderni, a disposizione dell'amministrazione, per sfuggire alla condizione rigidissima della legge” da far valere in tutte le situazioni imprevedibili.

²⁸ Art. 38, comma 6, d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

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".

4.4. Il richiamo allo *jus superveniens* ed il *periculum*.

Il Tar Catania ha richiamato la nuova disciplina che, sebbene non sia applicabile in quanto sopravvenuta rispetto ai fatti di causa, costituisce comunque argomento che rafforza l'apparato motivazionale dell'ordinanza cautelare.

Il giudice etneo affronta, infine, il profilo del *periculum* evidenziando, con pochi, efficaci richiami, la strategicità e la rilevanza dello sviluppo delle reti di comunicazione elettronica quali caratteristiche idonee a fondare la misura cautelare. In particolare, ai sensi dell'art. 82, comma 5, del d.l. "cura Italia"²⁹ le imprese fornitrici di reti e servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico "sono imprese di pubblica utilità e assicurano interventi di potenziamento e manutenzione della rete"³⁰. Per altra via il Tar ricorda che l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato ha recentemente segnalato la necessità di eliminare gli ostacoli amministrativi che restringono la concor-

renza nei mercati delle telecomunicazioni con particolare riferimento all'installazione di impianti di telecomunicazioni e di accesso ad internet mobili³¹, evocando, così, con argomento suggestivo, lo sforzo sinergico che l'ordinamento nel suo complesso sta compiendo per la creazione di una rete di telecomunicazioni efficiente.

5. La sentenza n. 3324/2020 del Tar Campania.

Con la sentenza dello scorso 24 luglio, il Tar Campania ha annullato l'ordinanza *ex art. 54 t.u.e.l.* con la quale il Sindaco del Comune di Carinola aveva ordinato "la sospensione della sperimentazione 5G sul territorio comunale (...) applicando il *principio precauzionale* sancito dall'Unione europea pendendo in riferimento i dati scientifici più aggiornati indipendenti da legami con l'industria e già disponibili sugli effetti delle radiofrequenze, estremamente pericolose per l'uomo".

²⁹ D.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27.

³⁰ Ai sensi dell'art. 82, comma 2, l. n. 18/2020, "le imprese che svolgono attività di fornitura di reti e servizi di comunicazioni elettroniche (...) intraprendono misure e svolgono ogni utile iniziativa atta a potenziare le infrastrutture e a garantire il funzionamento delle reti e l'operatività e continuità dei servizi".

³¹ Il riferimento è alla segnalazione (*ex art. 21 l. 10 ottobre 1990, n. 287*) del 1° luglio 2020 "relativa allo sviluppo delle infrastrutture di telecomunicazione fissa e mobile a banda ultralarga in un'ottica di promozione degli investimenti e tutela di un necessario gioco concorrenziale". L'Autorità sottolinea l'importanza dell'infrastruttura di rete a banda larga ed ultralarga per la crescita dell'economia e del tessuto imprenditoriale e sociale e richiama la propria precedente segnalazione del 12 dicembre 2018, AS1551 "Ostacoli nell'installazione di impianti di telecomunicazione mobile e broadband wireless access e allo sviluppo delle reti di telecomunicazione in tecnologie 5G". Già nel 2018, infatti, si auspicava la definizione di un quadro normativo e regolamentare volto alla promozione degli investimenti in reti di comunicazione elettronica *wireless* tali da dotare il Paese di connessioni tecnologicamente avanzate e capaci di sostenere la domanda di servizi di connettività. L'Autorità, inoltre, auspicava la rimozione degli ostacoli ingiustificati all'installazione di impianti di telecomunicazioni mobile e *broadband wireless* e la modifica delle restrizioni alle emissioni elettromagnetiche alla luce dei risultati delle richiamate valutazioni scientifiche.

In questo caso il Sindaco aveva addirittura fondato il proprio atto richiamando l'art. 54 t.u.e.l. che attribuisce all'organo di vertice dell'Amministrazione, in quanto ufficiale del Governo, il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti “al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”.

Sul punto il giudice amministrativo ritiene fondate le censure proposte dal ricorrente e richiama principi già affermati dalla giurisprudenza. Anzitutto osserva che “le proteste, pur reiterate, da parte dei cittadini finalizzate al blocco dei lavori propedeutici all'installazione di infrastrutture per il servizio di telefonia mobile all'interno del territorio comunale” (delle quali, peraltro, non si fa alcun cenno in sentenza) non integrano il presupposto del “grave pericolo” per l'ordine pubblico previsto dalla norma attributiva.

Altro argomento attiene all'assenza di competenze amministrative in capo al Comune in relazione alle opere relative agli impianti di telefonia mobile. In proposito si richiama l'orientamento secondo il quale il potere dei Comuni – previsto dall'art. 8, comma 6, l. n. 36/2001 nella sua previgente formulazione – di adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento *urbanistico e territoriale* degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici, “non si può mai tradurre nel potere di sospendere la formazione dei titoli abilitativi formati o in corso di formazione ai sensi degli artt. 86 e 87 del Codice delle comunicazioni elettroniche”³². Da epoca risalente il Consiglio di Stato ha precisato che la potestà regolamentare dei Comuni non può comportare un generaliz-

zato divieto di installazione in zone urbane identificate né prevedere limiti di esposizione alle onde elettromagnetiche diversi da quelli individuati dalla norma statale. Se così non fosse, si consentirebbe ai Comuni di introdurre “una misura surrettizia di tutela della popolazione da immissioni radioelettriche, che l'art. 4 della legge n. 36/2000 riserva allo Stato attraverso l'individuazione di puntuali limiti di esposizione, valori di attenzione ed obiettivi di qualità”³³.

Il Tar Campania, inoltre, ricorda la natura eccezionale del potere di ordinanza esercitato dal Comune, ritenendo non sussistenti i relativi presupposti in quanto l'ordinamento affida alle Agenzie regionali per la protezione dell'ambiente la funzione di accertare il rispetto dei valori soglia definiti dalla legge quadro sull'inquinamento elettromagnetico n. 36/2001 e dal già richiamato d.p.c.m. dell'8 luglio 2003.

In fine il Tribunale ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento con il quale il Comune – applicando l'ordinanza contingibile e urgente – aveva sospeso l'efficacia della SCIA presentata dal ricorrente per il posizionamento di nuove antenne “5G”. A tal proposito, in disparte i profili di illegittimità derivata, si osserva che la sospensione *sine die* dell'efficacia dei titoli abilitativi già rilasciati si pone in evidente contrasto con l'art. 21 *ter* (*recte*, 21 *quater*) della l. n. 241/1990 secondo il quale “l'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo

³² Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9414.

³³ Cons. St., sez. VI, 8 settembre 2009, n. 5258. Sul punto, Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9414 afferma: “Tale previsione verrebbe infatti a costituire una inammissibile misura di carattere generale, sostanzialmente cautelativa rispetto alle emissioni derivanti dagli impianti di telefonia mobile, in contrasto con l'art. 4 l. n. 36 del 2001, che riserva alla competenza dello Stato la determinazione, con criteri unitari, dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, in base a parametri da applicarsi su tutto il territorio dello Stato”.

può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge”.

6. L'ordinanza n. 551/2020 del Tar Catania.

Tale argomentazione sottende anche l'ordinanza del Tar Catania n. 551 del 22 luglio 2020 che ha sospeso in via cautelare l'efficacia dei provvedimenti impugnati (questa volta non riconducibili ad ordinanze *ex art.* 50 o 54 t.u.e.l.). Con deliberazione della Giunta, il Comune di Ispica, in attesa di definire un “piano di localizzazione” degli impianti di radiocomunicazione, aveva sospeso a tempo indeterminato i lavori di installazione di tutti gli impianti già assentiti nonché le procedure di autorizzazione *in itinere*. Il Giudice siciliano ha accolto la misura cautelare richiesta ed ha osservato, per un verso che la disciplina di settore (art. 86 e 87 d.lgs. n. 259/2003) non solo non prevede alcuna sospensione della funzione amministrativa autorizzatoria, ma, al contrario, è ispirata da finalità di semplificazione ed accelerazione dei procedimenti per la realizzazione delle reti di telecomunicazioni, confermate dalle recenti modifiche introdotte con d.l. 16 luglio 2020, n. 76; per altro verso, il Tar ha rilevato possibili profili di incompetenza dell'Amministrazione in relazione alla determinazione delle soglie di emissione che, come si è già ricordato, è affidata dalla legge allo Stato.

Già il Consiglio di Stato aveva rilevato che “la pendenza dell'*iter* approvativo del regolamento comunale non potrebbe giustificare la sterilizzazione dei titoli già formati, avuto riguardo alla natura urgente e indifferibile delle opere riguardanti gli impianti di telefonia mobile nonché alla loro assimilazione *ope legis* [art. 86, comma 3,

d.lgs. 259/2003] alle opere di urbanizzazione primaria”³⁴, ben prima che il decreto c.d. “cura Italia” introducesse le ricordate misure atte a rafforzare la rilevanza degli interventi di potenziamento delle infrastrutture di telecomunicazioni.

7. Considerazioni di sintesi.

Quella del “5G” non è che l'ultima frontiera della battaglia (talvolta di retroguardia) che, a dispetto delle evidenze scientifiche e della tutela di interessi pubblici parimenti rilevanti, i Sindaci conducono in nome del diritto alla salute dei propri concittadini.

Non può parlarsi certo di un fenomeno nuovo considerato il cospicuo contenzioso che proprio in materia di inquinamento elettromagnetico, ma non solo, si registra da oltre un ventennio nei repertori della giurisprudenza.

Il grimaldello utilizzato sovente per scardinare il sistema delle competenze amministrative delineate dalla legge nazionale, con il ruolo preponderante dello Stato, è quello delle ordinanze *extra ordinem*, fondate, sul principio di precauzione, erroneamente interpretato quale principio che consente di adottare provvedimenti volti a minimizzare o addirittura azzerare i rischi per la salute e per l'ambiente derivanti da alcune attività.

Nella vicenda delle infrastrutture “5G” si coglie, tuttavia, qualche elemento di novità, utile, forse, al progresso delle riflessioni in una materia così delicata e rilevante in ordine al rapporto tra cittadino e Stato.

Già la Corte Costituzionale, nella notissima sentenza sul caso Ilva³⁵, ha osserva-

³⁴ Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9414.

³⁵ Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85.

to che “la qualificazione come «primari» dei valori dell’ambiente e della salute significa (...) che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto”. La Consulta, in quell’occasione, ha ribadito che il punto di equilibrio tra valori ed interessi costituzionalmente rilevanti, ivi compresi i valori primari dell’ambiente e della salute, deve essere valutato “secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

Nella materia che ci occupa accanto al diritto alla salute ed alla tutela dell’ambiente – dei quali deve esser preservato il nucleo essenziale – convivono anzitutto la libertà di iniziativa economica delle imprese aggiudicatrici delle gare per la concessione delle frequenze “5G”, ma anche diritti costituzionalmente rilevanti il cui effettivo godimento dipende ormai in larga misura dall’accesso alla rete da parte dei cittadini e delle imprese.

Durante l’emergenza sanitaria ad esempio è apparso evidente come non solo la libertà d’informazione, la libertà di corrispondenza, la libertà d’iniziativa economica, la libertà d’associazione siano costantemente esercitate *online*, ma anche il diritto alla tutela giurisdizionale, il diritto al lavoro, il diritto all’istruzione trovino attraverso la rete nuove declinazioni.

L’esperienza vissuta quotidianamente da ciascuno di noi ha improvvisamente destato, anche nel dibattito pubblico, una rinnovata attenzione al tema del diritto di accesso alla rete, preconditione indispensabile per l’esercizio dei su richiamati diritti.

La dottrina sin dall’inizio del secolo si è interrogata sul fondamento di tale diritto nell’ordinamento nazionale non meno che in quello internazionale e dell’Ue. In par-

ticolare, esso è stato configurato da taluni come diritto fondamentale, da altri come “diritto sociale” o addirittura come “diritto umano”.

Non è questa la sede per ripercorrere tale dibattito³⁶ e, non di meno, pare utile sottolineare che, a Costituzione invariata, deve riconoscersi alla Repubblica, in attuazione del principio personalista e del principio di uguaglianza sostanziale, il compito di attuare interventi volti a garantire un accesso consapevole e tecnologicamente adeguato alla rete, onde superare i fattori che determinano il divario digitale infrastrutturale e culturale e, per tal via, il pieno esercizio di libertà e diritti di sicura rilevanza costituzionale.

L’esistenza di una rete efficiente e capace di supportare rilevanti volumi di traffico ad una velocità adeguata e secondo criteri di neutralità, rappresenta, dunque, un obiettivo ineludibile per uno Stato impegnato a garantire lo sviluppo sociale, civile ed economico dei propri cittadini.

In piena coerenza con gli obiettivi della Agenda digitale europea, nel 2015 l’Italia si è dotata di una propria “strategia per la banda ultralarga” nell’ambito della quale sono state stanziati ingenti risorse per la costruzione, manutenzione e gestione in regime di concessione di una rete pubblica nelle aree “a fallimento di mercato”.

Anche l’assegnazione delle radiofrequenze per lo sviluppo dei sistemi “5G” si iscrive in uno sforzo di modernizzazione infrastrutturale del Paese che non ammette ulteriori ritardi.

Certamente tale processo non può avvenire a scapito di interessi primari quali la

³⁶ Sul punto sia consentito il rinvio a P. OTRANTO, *Internet nell’organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, 2015, 72 ss.

salute e l'ambiente, tuttavia l'individuazione di soglie per le immissioni ed il riparto di competenze amministrative delineati dalla legge quadro paiono salvaguardare il nucleo essenziale di tali interessi secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza. La scelta operata dal legislatore pare pienamente coerente con l'esigenza di definizione di criteri unitari e normative tecniche omogenee da applicarsi in maniera uniforme su tutto il territorio dello Stato nonché rispondente "a impegni di origine europea e all'evidente nesso di strumentalità tra impianti di ripetizione e diritti costituzionali di comunicazione, attivi e passivi"³⁷.

Occorre tuttavia vigilare affinché l'omogeneità della disciplina non sia surrettiziamente aggirata attraverso sortite *extra ordinem* dei Sindaci che sarebbero non solo illegittime, per le ragioni ben evidenziate dalla giurisprudenza esaminata, ma profondamente inopportune in un momento nel quale la celere infrastrutturazione del Paese non può ammettere ulteriori ritardi.

L'ordinamento pare, in tutte le sue componenti, ben avvertito di tale esigenza e procede verso il conseguimento di un obiettivo che sembra ineludibile.

In questo sforzo corale possono iscriversi non solo le pronunce in rassegna, ma anche la ricordata segnalazione dell'AGCM e le numerose disposizioni introdotte negli ultimi mesi attraverso la decretazione d'urgenza e gli ingenti stanziamenti pubblici per la realizzazione dell'infrastruttura e per il sostegno della domanda di connettività³⁸.

La norma che esclude espressamente la possibilità per i Comuni di introdurre limitazioni alla localizzazione di impianti per reti di comunicazioni elettroniche ed in ogni caso di incidere in qualsiasi modo, anche mediante provvedimenti contingibili e urgenti, sui limiti di esposizione a campi elettromagnetici (art. 8, comma 6, della l. 36/2001, nella sua versione introdotta da d.l. "semplificazioni") rappresenta, tuttavia, un segnale di debolezza del sistema.

Per garantire l'osservanza delle regole poste dalla legge statale, evidentemente, si è ritenuto di non poter fare affidamento sulla corretta applicazione dei principi generali e sul rispetto del riparto di competenze da parte dei Sindaci, spesso troppo sensibili alle ragioni del consenso elettorale e ad una visione dei processi circoscritta ai confini del territorio che amministrano.

È stato necessario, piuttosto, prevedere per decreto la non applicabilità di un istituto di carattere generale quale l'ordinanza contingibile e urgente, che per oltre un secolo ha costituito una valvola di sfogo del sistema, affidata all'Amministrazione più vicina ai cittadini e per ciò stesso più capace di reagire tempestivamente in caso di effettivo pericolo per la salute e l'incolumità pubblica.

Ciò rappresenta un passo avanti verso la modernizzazione del Paese e verso la sempre vagheggiata certezza giuridica³⁹, ma al contempo una battuta d'arresto per l'ordinamento amministrativo.

³⁷ Corte cost., 7 novembre 2003, n. 331.

³⁸ Ci si riferisce ad alcune recentissime iniziative governative quali il "piano voucher" – per il sostegno della domanda di connessione a banda ultralarga per le famiglie con redditi più modesti – ed il "piano scuole" per la connessione di tutti gli edifici scolastici del Paese.

³⁹ Appare ineludibile il riferimento a N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 ss.