

L'obsolescenza dell'ordinamento delle comunicazioni elettroniche alla prova delle nuove tecnologie: il caso del 5G

Michela Leggio

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La L. 36/2001 e lo sviluppo tecnologico: una difficile convivenza. – 3. Il principio di unitarietà della rete e il sistema dei controlli. – 4. Le potestà comunali nella fase di installazione degli impianti e il principio di precauzione “urbanistico”. – 5. Le ordinanze contingibili e urgenti contro il 5G: è possibile una rivalutazione del rischio a livello locale? – 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il settore delle comunicazioni elettroniche costituisce un terreno particolarmente fertile per la speculazione scientifica nel campo del diritto. La rapida evoluzione tecnologica e la trasversalità del tema consentono, infatti, di cogliere con maggiore nettezza alcune problematiche tipiche dell'ordinamento: l'obsolescenza legislativa, dovuta alla lentezza dei procedimenti e ai conflitti politici nei palazzi, la ipertrofia del sistema normativo, da cui spesso deriva una frammentazione delle competenze, nonché il difficile coordinamento tra le istituzioni operanti nei diversi livelli territoriali.

L'avvento della tecnologia 5G, il nuovo sistema di telefonia mobile, ha esacerbato queste condizioni. Innanzitutto, si è palesata l'inadeguatezza e la necessità di un aggiornamento del quadro normativo vigente in materia di inquinamento elettromagnetico dettato dalla L. 36/2001. Questo sia sotto il profilo delle soglie fissate dal legislatore ai campi elettromagnetici, incompatibili con l'attuale “fab-bisogno” degli operatori e degli utenti di comunicazioni elettroniche, sia relativamente alla gestione della fase di installazione degli impianti di telefonia, troppo spesso oggetto di una regolazione diversificata a livello locale.

L'installazione delle infrastrutture di rete, difatti, avviene sotto il controllo dei Comuni, i quali però manifestano un atteggiamento diametralmente opposto rispetto a quello serbato dal legislatore nazionale. Da un lato, infatti, vi è il *favor* dal legislatore statale per lo sviluppo delle reti di comunicazione elettronica e, più nello specifico, per il potenziamento della rete a banda larga sull'intero territorio nazionale. Dall'altro, invece, è emersa una tendenza più cautelativa e di protezione degli enti locali, deputati al controllo sulla richiesta di installazione delle infrastrutture di rete.

Tale tendenza, sviluppatasi a livello comunale, ha portato negli anni all'adozione di regolamenti contenenti criteri di localizzazione degli impianti di telefonia mobile estremamente restrittivi e in grado di inficiare la concreta erogazione del servizio, tra l'altro già autorizzato a livello nazionale. Non solo, nel timore di conseguenze dannose per la salute, nel corso dell'anno precedente si è assistito all'emanazione di numerose ordinanze contingibili e urgenti tese a impedire del tutto l'installazione delle antenne 5G su interi territori comunali.

Con il presente articolo si analizzerà il quadro normativo vigente applicabile alla nuova tecnologia 5G, anche alla luce degli ultimi interventi legislativi che sembrano voler porre un freno alle restrizioni poste dagli enti locali. L'indagine verrà svolta con il fine di evidenziare la disarmonia tra la fase di autorizzazione al servizio di comunicazione, statale, e quella di installazione dell'impianto, comunale, e come l'atteggiamento restrittivo degli enti locali, tenuto talvolta in nome di un principio di precauzione "mascherato" da esigenza urbanistica, possa incidere sulla concorrenza e sulle posizioni giuridiche soggettive degli operatori telefonici e dell'utenza.

2. *La L. 36/2001 e lo sviluppo tecnologico: una difficile convivenza*

Dopo i sistemi GSM, UMTS, ed LTE 4G, ci si appresta ad entrare nell'era del 5G, acronimo di *5th generation technology*.

Diversa dai precedenti sistemi di telefonia mobile, questa nuova tecnologia si basa sull'uso di frequenze radio più alte, necessarie al fine di trasmettere più rapidamente un numero maggiore di informazioni, cui corrisponde la riduzione dell'ampiezza delle onde elettromagnetiche utilizzate, per questo dette "onde millimetriche".

Caratteristica inedita del nuovo sistema di telefonia mobile è, inoltre, il suo funzionamento mediante l'installazione di una rete fitta di antenne, c.d. microcelle o *small cells*, che saranno capillarmente diffuse sul territorio. Ulteriore elemento innovativo è infine il ricorso alla c.d. *beam forming technology* che permet-

terà di inviare il segnale direttamente al *device* interessato, attraverso la localizzazione spaziale dei dispositivi connessi¹.

Le funzioni a cui è destinato il 5G sono diverse: oltre ovviamente a consentire uno scambio di ingenti quantità di dati con tempi di latenza molto brevi, il 5G permetterà l'implementazione di nuovi servizi, primo fra tutti il c.d. *Internet of Things*, con il quale anche gli oggetti potranno essere interconnessi². Un vero «*game changer*» secondo la Commissione Europea³, nonché una delle ragioni del nuovo Codice europeo delle comunicazioni elettroniche⁴, necessario per raggiungere un maggiore coordinamento tra gli Stati membri.

Nonostante il *favor* europeo e gli indubbi benefici che tale tecnologia può apportare, l'introduzione di questa nuova tecnologia ha riaperto il dibattito in merito ai danni alla salute dei campi elettromagnetici⁵.

Ad allarmare è innanzitutto l'uso di bande di frequenza più elevate (694-790 MHz, 3,6-3,8 GHz e 26,5- 27,5 GHz) e di onde di ampiezza minore, i cui effetti, in termini di impatto su ambiente e salute umana, non sarebbero prevedi-

¹ Diversamente dai sistemi di telefonia precedenti che diffondevano il segnale su un'intera area.

² Più nello specifico, numerose sono le potenzialità di questa tecnologia: dalla guida automatica dei veicoli su strada, alla *virtual reality*, che consentirà di effettuare visite di musei e luoghi storici dalla propria abitazione, e perfino lo svolgimento di intere operazioni chirurgiche da remoto.

³ Come si legge nella comunicazione della Commissione Europea del 14 settembre 2016, relativa all'*Action Plan* sul 5G. L'*Action Plan*, il cui contenuto è descritto nella delibera 231/18/CONS dell'AgCom, si sviluppa secondo alcune linee di azione che prevedono una collaborazione tra Commissione, Stati membri e industria per la fissazione di una tempistica comune per il lancio in Europa delle reti 5G, con il fine coprire entro il 2025 le aree urbane e le principali linee di trasporto terrestre. Sono state previste diverse tappe: entro il 2016, l'identificazione di alcune bande iniziali per avviare il 5G; entro il 2017, lo sviluppo di *roadmap* nazionali per lo sviluppo delle reti commerciali 5G; a partire dal 2017, lo svolgimento di *trial* 5G; entro il 2018, il lancio delle prime reti di quinta generazione ed entro il 2020, l'avvio dei servizi commerciali 5G in Europa, garantendo che ogni Stato membro abiliti tali servizi almeno in una delle principali città nazionali.

⁴ Introdotto con la direttiva UE 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018. Il nuovo Codice europeo avrebbe dovuto essere recepito a livello nazionale entro dicembre 2020. In attesa dell'emanazione della Legge di delegazione europea il quadro normativo europeo sarà costituito dalle direttive europee del 2002, recepite dall'attuale Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al D.lgs. 259/2003, e in particolare dalla direttiva quadro n. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica. Analizza le novità apportate dal nuovo Codice europeo M. Nunziata, *Concorrenza e regolazione del mercato nel sistema delle comunicazioni*, in G. Bruno (a cura di), *Diritto delle comunicazioni*, Torino, 2019; B. Nascimbene, *Comunicazioni elettroniche fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Relazione al convegno "Il Codice delle comunicazioni elettroniche nella voce dei protagonisti", Roma, 26 settembre 2018, in *Eurojus*, 22 ottobre 2018, il quale rileva come con la nuova direttiva si punti ad un miglioramento nella collaborazione fra le autorità di regolazione nel quadro di un rinnovato sistema di amministrazione europea. Per un approfondimento sul contenuto delle direttive del 2002 si veda M. Clarich, A. Boso Caretta, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, fasc. 4-5, 685 ss.; M. Siragusa, S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, fasc. 3, 511 ss.

⁵ Non si tratta infatti di timori recenti dato che già nel 2007 e nel 2010, secondo i dati raccolti dall'Eu-robarometro, l'Italia risultava tra i Paesi con il maggiore tasso di allarme sociale per le conseguenze dell'inquinamento elettromagnetico.

bili trattandosi di una tecnologia nuova. Fonte di preoccupazioni è altresì la convivenza simultanea tra i vecchi sistemi di comunicazione mobile e il 5G: si teme, nello specifico, un aumento esponenziale della potenza dei campi elettromagnetici e quindi il superamento dei limiti legali fissati dal legislatore.

Mentre la prima preoccupazione è stata in parte smentita dagli esperti⁶, più reali sono i timori relativi al superamento delle soglie fissate dalla L. 36/2001, la legge quadro sull'inquinamento elettromagnetico.

Tale legge⁷ è stata emanata in recepimento della Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 1999, n. 1999/519/CE, che ha indicato agli Stati membri, come base comune di riferimento, i valori individuati dall'ICNIRP⁸ nelle linee guida del 1998.

Come è stato osservato⁹, con la L. 36/2001 il legislatore ha inteso perseguire tre scopi: tutelare la salute dei lavoratori e della popolazione dagli effetti dell'esposizione ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici; promuovere la ricerca scientifica sul tema; preservare l'ambiente e il paesaggio, garantendo l'innovazione tecnologica e le azioni di risanamento con il fine di minimizzare l'intensità e gli effetti dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici secondo le migliori tecnologie disponibili.

Quanto al primo obiettivo, sono stati stabiliti dei tetti massimi, i c.d. limiti di esposizione, che non possono in alcun modo essere superati, i c.d. valori di attenzione, relativi invece alle zone sensibili, quali abitazioni o scuole, e degli obiettivi di qualità, consistenti sia in criteri localizzativi, rimessi ad una determinazione delle Regioni, sia in ulteriori valori tesi alla progressiva riduzione della esposizione ai campi elettrici ed elettromagnetici.

I limiti di esposizione, i valori di attenzione e i valori relativi agli obiettivi di qualità sono stati poi individuati nel dettaglio con il D.P.C.M. dell'8 luglio del 2003.

⁶ Così come affermato dall'Istituto Superiore di Sanità nella relazione "Emissioni elettromagnetiche del 5G e rischi per la salute", reperibile online al link https://www.iss.it/documents/20126/2265547/5G_e_rischi_per_la_salute.pdf/d50f25e6-25e4-48c8-b8c3-7da28cc57827?t=1575725274470.

⁷ Preceduta, con anticipo rispetto agli altri Paesi europei, dal D.lgs. 112/1998, sempre sul regolamento dell'inquinamento elettromagnetico, che qualificava come «compito di rilievo nazionale» la determinazione di valori limite con il fine di tutelare l'ambiente. L'intervento precursore del legislatore italiano configura un vero primato, così come osservato da P. Crivellari, *La regolazione del rischio sanitario dovuto alle emissioni elettromagnetiche delle antenne per la telefonia mobile. Genesi di un doppio primato italiano*, in *Riv. Ital. Polit. Pubb.*, 2012, fasc. 3, 451 ss.

⁸ Si tratta dell'*International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection*, organismo non governativo, riconosciuto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, che si occupa di ricerca sul tema dei possibili effetti nocivi sul corpo umano dell'esposizione a radiazioni non ionizzanti.

⁹ A. Borzi, *Inquinamento elettromagnetico: spunti sulla disciplina comunitaria e nazionale, tra precauzione e sostenibilità (parte prima)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2012, fasc. 2, 136 ss.

Sia la raccomandazione europea che la normativa nazionale, data l'incertezza scientifica sulle conseguenze dannose delle radiazioni elettromagnetiche sulla salute, specialmente a lungo termine, si sono ispirate al principio di precauzione¹⁰.

I limiti fissati dalla legge e dal relativo decreto hanno però "cristallizzato" il rischio consentito: attraverso la previsione di un tetto massimo il legislatore ha indirettamente svolto una valutazione sulla non insidiosità dei campi sottosoglia, mentre, una volta superata la soglia, vi è una presunzione di pericolosità. Il legislatore del tempo ha quindi compiuto un bilanciamento tra un rischio ancora sconosciuto per la salute e lo sviluppo ed uso delle apparecchiature produttive di onde elettriche, magnetiche o elettromagnetiche. Vi è da chiedersi, però, con quali modalità.

Oltre che al principio di precauzione, il legislatore italiano sembra infatti aver applicato il c.d. principio A.L.A.R.A., per esteso, *As Low As Reasonable Achievable*¹¹. Così facendo, si è agito come se le conseguenze dannose di un'esposizione a campi magnetici minori protratta nel tempo fossero universalmente riconosciute a livello scientifico¹². E questo in un'ottica più che cautelativa, quasi tesa al raggiungimento dell'utopistico annullamento del rischio, anche detto "rischio zero".

L'applicazione di tale principio si deduce dal fatto che il D.P.C.M. dell'8 luglio del 2003 ha dettato valori limite nettamente inferiori alle soglie consigliate dall'ICNIRP, riducendo il tetto massimo della potenza concessa fino a dieci

¹⁰ Il principio di precauzione è previsto espressamente dall'art. 191 del TFUE e fa parte dei principi dell'ordinamento europeo cui rinviano l'art. 117, comma 1, Cost. e l'art. 1 della L. 241/1990. Darne una definizione è piuttosto complesso, ma si può brevemente affermare come questo principio abbia una valenza sostanziale ed una procedimentale. Nel primo senso impone di ponderare le scelte in presenza di attività, per alcuni profili vantaggiose, che diano luogo a rischi sconosciuti, nel secondo costituisce un metodo di valutazione dell'incertezza scientifica: una strategia che impone di sottoporre a regolari verifiche gli approdi scientifici e di adottare cautele proporzionali e non discriminatorie. Sul tema si rinvia a R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, 2018. Sul principio di precauzione e il tema dell'inquinamento elettromagnetico, si rinvia a G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Dir. Pub.*, 2004, fasc. 3, 1075 ss.; F. Fonderico, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione «precauzionale»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, fasc. 3, 335 ss.; A. Gragnani, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, fasc. II, 9 ss. Per un raffronto sulla portata del principio così come inteso dalla giurisprudenza interna ed europea, si veda L. Butti, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, fasc. 6, 809 ss.

¹¹ Ne parla R. Vaira, *Aspetti urbanistico-edilizi dell'installazione degli impianti per la telefonia cellulare e forme di tutela degli interessi coinvolti*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, fasc. 1-2, 88 ss.

¹² V. F. Casolari, *Politiche precauzionali ed esposizione a campi elettromagnetici artificiali: modelli gestionali dell'inquinamento elettromagnetico nel diritto internazionale e comunitario*, in A. Bianchi, M. Gestri (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, 381 ss.

volte¹³. Una soluzione pressoché isolata non solo nel contesto internazionale, ma anche europeo¹⁴.

Si tratta di soglie molto restrittive, fissate in un momento storico che non aveva ancora visto lo sviluppo delle infrastrutture di telefonia mobile degli ultimi anni, alla stregua di una politica che puntava ancora alla «progressiva minimizzazione» dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici. Nel perseguimento di tale obiettivo non si è tenuto conto che il settore delle comunicazioni elettroniche sarebbe stato in continua e costante evoluzione¹⁵ e che presto sarebbe stato richiesto un aggiornamento del quadro normativo dettato dalla L. 36/2001 e dal suo decreto attuativo. La severità dei tetti soglia costituisce, infatti, un ostacolo allo sviluppo del sistema di telefonia mobile 5G, tanto che appare molto probabile, se non inevitabile, un loro superamento, soprattutto con riferimento agli obiettivi di qualità.

Ciò è stato evidenziato in più occasioni. Così si legge, ad esempio, nella Relazione del CIPRIE¹⁶ del 2017, ove si è evidenziata «la necessità di conciliare le esigenze di sviluppo delle reti mobili di nuova generazione con gli obiettivi di tutela radioprotezionistica della popolazione e salvaguardia dell'ambiente [...] anche attraverso una revisione normativa, considerando che gli attuali limiti determinano una scarsa flessibilità nel dispiegamento delle reti mobili [...]»¹⁷.

Lo stesso ha riferito l'Antitrust nella segnalazione al Parlamento sugli ostacoli nell'installazione di impianti di telecomunicazione mobile e *broadband wireless access* e allo sviluppo delle reti di telecomunicazione in tecnologie 5G, del 21 dicembre 2018¹⁸.

¹³ In realtà è piuttosto complesso tracciare un parallelismo tra i valori del D.P.C.M. dell'8 luglio del 2003 e quelli delle linee guida dell'ICNIRP del 1998, in quanto le stesse prevedono dei valori massimi a seconda della frequenza; diversamente il D.P.C.M. detta delle soglie diverse a seconda che si tratti di limiti di esposizione o di valori di attenzione e obiettivi di qualità. Per dare una idea, così come rilevato da F. De Leonardi, *La Corte Costituzionale sulla necessità degli impianti di telecomunicazione*, *Foro Amm. Cds*, 2003, 2811 ss., quanto ai limiti di esposizione, si è operata una riduzione pari a sette volte, mentre per gli altri valori le soglie nazionali si riducono a un decimo dei valori fissati nel contesto internazionale. Ad ogni modo, i valori consigliati dall'ICNIRP sono stati rivisitati nel corso di quest'anno e leggermente ridotti proprio perché si è voluto tener conto degli sviluppi tecnologici come il 5G. Queste modifiche includono ulteriori restrizioni per garantire che esposizioni a campi elettromagnetici a corpo intero oppure localizzate e di breve durata non risultino eccessive.

¹⁴ Per una comparazione si rinvia allo studio "*Comparison of international policies on electromagnetic fields*", pubblicato dal *National Institute for Public Health and the Environment, RIVM, of Netherlands*.

¹⁵ Parla infatti di «innovazione tecnologica travolgente», C. Calabrò, *Il bilancio di fine mandato dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Relazione sul bilancio di mandato 2005-2012 del Presidente Corrado Calabrò - Roma 2 maggio 2012*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, fasc. 6, 569 ss.

¹⁶ Si tratta del Comitato interministeriale per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento elettromagnetico istituito ai sensi dell'art. 6 della L. 36/2001.

¹⁷ E questo «sia per la difficoltà di reperimento e localizzazione ottimale dei siti sia per la quasi assoluta impossibilità di operare attualmente in *site-sharing*, con conseguente moltiplicazione delle installazioni ed aggravio dell'impatto sul territorio».

¹⁸ Qui, si legge che «i problemi di installazione degli impianti di telecomunicazione mobile saranno accentuati con l'avvento del 5G in relazione alla presenza di limiti elettromagnetici estremamente ridotti rispet-

Ugualmente l'AgCom che, nell'indagine conoscitiva svolta in materia di 5G, rileva che «[m]olti rispondenti hanno poi richiamato l'attenzione del regolatore sugli stringenti limiti alle emissioni elettromagnetiche presenti in Italia, che potrebbero porre un freno allo sviluppo degli impianti radio. Tali soggetti hanno quindi richiesto una revisione dell'attuale normativa in ambito di impatto elettromagnetico [...]».

Alcuni passi in questa direzione sono stati compiuti dal Governo, così come si legge nel Rapporto sulle iniziative per il rilancio dell'Italia per il biennio 2020-2022, elaborato dal Comitato di esperti in materia economica e sociale, presieduto da Vittorio Colao. Con lo scopo di accelerare lo sviluppo delle reti 5G, tra i punti proposti, vi è infatti anche quello di «adeguare i livelli di emissione elettromagnetica in Italia ai valori europei» notevolmente più alti, ma allo stesso tempo inferiori ai livelli di soglia di rischio.

3. *Il principio di unitarietà della rete e il sistema dei controlli*

La disciplina dettata in tema di inquinamento elettromagnetico presenta altresì delle criticità sotto il profilo dei controlli sul rispetto dei tetti alle emissioni.

Alla stregua di un'analisi del quadro normativo, pare infatti sussistere un rischio di parcellizzazione della rete di comunicazioni elettroniche, in aperto contrasto con il principio di unitarietà della rete affermato dal legislatore¹⁹ e riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale²⁰. Le cause di questo rischio sono addebitabili sia alle diverse prescrizioni dettate dai Comuni in termini di localizzazione degli impianti, sia alla mancanza di un coordinamento nella vigilanza sul rispetto dei limiti ai campi elettromagnetici.

Le autorità deputate al controllo sul rispetto dei tetti alle emissioni sono le Agenzie regionali per la protezione dell'ambiente (ARPA) che intervengono in due diverse circostanze.

L'accertamento sul rispetto dei limiti fissati per legge può aversi innanzitutto su iniziativa degli stessi enti locali, Comuni o Province, ai sensi dell'art. 14 della L. 36/2001. Si tratta di una verifica facoltativa che avviene in un momento successivo all'installazione dell'impianto, a cui segue, in caso di superamen-

to alla media degli altri Paesi europei, nonché di quanto stabilito dalla Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 1999 e dal parere della Commissione internazionale per la protezione dalle radiazioni non ionizzanti (ICNIRP)[...].».

¹⁹ Si fa riferimento a quanto scritto nella Relazione illustrativa al Codice delle comunicazioni elettroniche, ove si è esposto che «la rete è per sua natura un concetto di per sé non predeterminato nella sua struttura, fisica e logica [...]. La rete è unica a livello globale [...] non ha senso se le singole frazioni non sono connesse fra di loro, quale che ne sia la proprietà e la disponibilità».

²⁰ Cfr. Corte cost., 28 dicembre 2006, n. 450 e Corte cost., 27 luglio 2005, n. 336.

to delle soglie, una sanzione amministrativa prevista all'art. 15 della stessa legge. Tale misura si presenta tuttavia come inefficace in quanto l'art. 15, nel prevedere le sanzioni applicabili in caso di superamento dei valori massimi di emissioni, ha rinviato l'individuazione delle autorità con poteri sanzionatori al decreto ministeriale che, però, nulla ha previsto al riguardo.

Un controllo del rispetto delle soglie stabilite dal D.P.C.M deve essere, invece, obbligatoriamente svolto nella fase di installazione della infrastruttura di comunicazione elettronica ai sensi dell'art. 87, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche. In questo caso si tratta di una verifica sulla compatibilità del progetto presentato dall'operatore telefonico, nel quale esso stesso indica una previsione di quelle che saranno le emissioni elettromagnetiche prodotte.

Relativamente a questo controllo, è stato criticamente osservato dall'Anti-trust²¹ che talvolta le stesse agenzie, al fine di minimizzare l'impatto dei campi elettromagnetici, fissano in modo ingiustificato limiti alle emissioni o autorizzano gli operatori già esistenti per valori superiori, impedendo così l'erogazione del servizio da parte di nuovi operatori a causa della saturazione dei limiti di emissioni.

Soffermandosi sulla prima funzione descritta, di cui all'art. 14 della L. 36/2001, si osserva che, nel delegare tale compito alle ARPA territorialmente competenti, è mancato un coordinamento con la L. 249/1987, istitutiva dell'AgCom. Questa legge, infatti, all'art. 1, comma 6, lett. a), descrive le funzioni della Commissione per le infrastrutture e le reti, tra le quali figura espressamente il compito di vigilare sui tetti di radiofrequenze compatibili con la salute umana e di verificare che tali tetti non vengano superati.

Nella mancanza di risultanze sullo svolgimento di tale attività, deve ritenersi che, pur mancando una previsione esplicita, per il sopravvenire della legge quadro sull'inquinamento elettromagnetico, le funzioni delegate all'AgCom siano state implicitamente abrogate. Ciononostante, un controllo accentrato, da sommarsì e non da sostituirsi a quello svolto in sede locale al momento dell'attivazione dell'impianto, sarebbe stato più coerente con la concezione unitaria della rete di comunicazioni elettroniche. Ripristinando una vigilanza da parte di un'autorità indipendente quale l'AgCom, già dotata di importanti compiti con riguardo alla rete e ai servizi di comunicazioni elettroniche, quali ad esempio la facoltà di imporre la condivisione delle infrastrutture di rete tra più operatori²², si potrebbe ottenere una visione di insieme utile proprio per garantire la tutela della salute

²¹ Si fa riferimento alla segnalazione, ai sensi dell'art. 21 L. 287/1990 del 21 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, in Bollettino n. 49/2018.

²² Così come previsto all'art. 89 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

dei cittadini, senza però frustrare le esigenze allo sviluppo della rete e del servizio di telefonia, il diritto all'interconnessione e all'informazione²³.

Non è sufficiente, al fine di garantire l'unità del controllo, la mera istituzione del Comitato interministeriale per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento elettromagnetico, così come previsto dall'art. 6 della L. 36/2001. Da un lato, infatti, il suo insediamento è avvenuto solo nel 2015, dall'altro l'attività del Comitato è comunque stata abbastanza discontinua²⁴ e in ogni caso destinata alla promozione di attività di ricerca e di sperimentazione tecnico-scientifica, nonché al coordinamento dell'attività di raccolta, di elaborazione e di diffusione dei dati.

Nella direzione di un maggiore coordinamento, invece, devono essere letti gli artt. 4 e 7 della L. 36/2001 che hanno previsto l'istituzione di un catasto nazionale delle sorgenti fisse e mobili dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici e delle zone territoriali interessate, al fine di rilevare i livelli di campo presenti nell'ambiente. Tuttavia, anche in questo caso, la istituzione del catasto è stata tardiva, posto che vi si è provveduto solo con Decreto del 13 febbraio 2014 del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare.

4. *Le potestà comunali nella fase di installazione degli impianti e il principio di precauzione "urbanistico"*

Un rischio di frammentazione della rete, in grado di compromettere il suo corretto funzionamento e la stessa appetibilità degli investimenti nel settore, deriva soprattutto dal restrittivo esercizio del potere dei Comuni quanto alla localizzazione degli impianti.

Sebbene la procedura di autorizzazione per l'installazione degli impianti sia dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche agli artt. 87 e ss. e sia quindi uniforme sul territorio²⁵, vi possono essere delle iniziative a livello locale in gra-

²³ Nel corso dell'ultimo decennio si è infatti iniziato a parlare di diritto di accesso a Internet e di diritto a non essere esclusi dalla rete, si veda T.E. Frosini, *The Internet access as a fundamental right*, in *Federalismi*, 2013, n. 25. Nello stesso senso, M. Reglitz, *The Human Right to Free Internet Access*, in *Journal of Applied Philosophy*, vol. 37, no. 2, May 2020. Tali prerogative sono state inoltre espressamente riconosciute nella Dichiarazione dei diritti in Internet, elaborata nel 2015 dalla Commissione parlamentare per i diritti e i doveri relativi ad Internet, reperibile online al link https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf. In questa prospettiva, l'accesso a Internet è divenuto condizione essenziale per il pieno sviluppo individuale e sociale della persona, che deve essere assicurata nei suoi presupposti sostanziali e non solo come possibilità di collegamento alla rete.

²⁴ L'attività di relazione al Parlamento sullo stato del rispetto dei limiti ai campi elettromagnetici risulta essere stata effettivamente svolta solo per gli anni che vanno dal 2014 al 2017. Le relazioni sono consultabili al seguente link: <https://www.minambiente.it/pagina/relazioni>.

²⁵ Pur appartenendo alla materia dell'urbanistica e governo del territorio, al fine di garantire una certa uniformità nelle regole relative a tale fase, la procedura di autorizzazione per l'installazione degli impianti è

do di incidere sulle aspettative degli operatori telefonici già autorizzati alla fornitura di rete o di servizi dal Ministero dello sviluppo economico²⁶. È accaduto di frequente che, attraverso l'adozione di norme solo apparentemente urbanistiche, gli enti locali perseguissero surrettiziamente lo scopo di ridurre i campi elettromagnetici, mirando al rischio zero²⁷, mettendo così a repentaglio il citato principio di unitarietà della rete, la tutela della concorrenza e il legittimo affidamento degli operatori.

Può essere utile pertanto chiarire quali siano i poteri delle Regioni e dei Comuni in merito alla localizzazione degli impianti.

A tal riguardo, l'art. 8 della L. 36/2001 attribuisce alle Regioni «l'esercizio delle funzioni relative all'individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti per telefonia mobile», mentre ai Comuni consente di adottare un apposito regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici.

Tuttavia, mentre all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione sono stati chiariti i limiti del potere legislativo regionale in materia²⁸, più complesso è comprendere il ruolo dei Comuni.

Per risolvere la questione è necessario capire cosa si intenda per «minimizzazione», termine utilizzato all'art. 8, comma 6, L. 36/2001, e in che cosa si sostanzino i poteri dei Comuni.

dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche. In questo modo il legislatore non si è limitato a dettare i principi della materia, come sarebbe dovuto accadere trattandosi di materia di potestà legislativa concorrente, ma ha previsto una disciplina più dettagliata, lasciando per vero, poco spazio ad interessi propri degli enti locali. Secondo G. della Cananea, *I problemi istituzionali del nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in Id. (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2005, 9 ss., complice dell'espansione della potestà legislativa statale in materia sarebbe anche l'avanzamento del diritto europeo.

²⁶ Nonostante l'attività di fornitura di reti o servizi sia un'attività sostanzialmente libera, come enunciato al primo comma dell'art. 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche, essa è comunque soggetta al rilascio di un'autorizzazione generale. Per l'erogazione del servizio o della rete di comunicazione elettronica, infatti, si deve essere preliminarmente titolari di una autorizzazione generale rilasciata ai sensi dell'art. 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche: in questa fase si svolge un controllo sull'impresa destinata a fornire la rete o il servizio, al fine di garantire il rispetto di taluni requisiti oggettivi e soggettivi e la tutela del mercato e della concorrenza.

²⁷ Come giustamente evidenziato da G.D. Comporti, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, fasc. 2, 215 ss.

²⁸ Si fa riferimento alle sentenze della Corte costituzionale del 7 ottobre 2003, n. 307 e 7 novembre 2003, n. 331, con le quali, in sede di rigetto delle questioni di legittimità sollevate con riferimento al Codice delle comunicazioni elettroniche, si è affermato che, posto il divieto di fissare norme più cautelative sui valori dei campi elettromagnetici, le Regioni possono solo dettare «criteri localizzativi e *standard* urbanistici che però rispettino le esigenze della pianificazione nazionale degli impianti e non siano, nel merito, tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente la realizzazione degli stessi». In altri termini, alle Regioni spetta l'individuazione del luogo di installazione degli impianti, ma solo in forma generale attraverso la formulazione di criteri e *standard* e comunque sempre tenendo in considerazione la sottesa necessità di realizzare un'efficiente rete di comunicazione. Per un commento alle pronunce si veda F. De Leonardis, *op. cit.*; M. Ceruti, *La Corte Costituzionale detta il "decalogo" della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base dell'inderogabilità (anche in melius) dei valori soglia statali*, in *Riv. giur. amb.*, fasc. 2, 2004, 258 ss.

Non sussistendo una definizione all'interno della legge, è necessario svolgere un'interpretazione sistematica, analizzando il quadro normativo in cui tale potere comunale si inserisce e, in particolar modo, del Codice delle comunicazioni elettroniche che stabilisce le procedure tecnico-amministrative attraverso le quali vengono concesse le autorizzazioni per l'installazione degli impianti a radiofrequenza²⁹.

In primo luogo, occorre evidenziare che gli impianti di telefonia mobile sono stati qualificati all'art. 86, comma 3, del Codice delle comunicazioni elettroniche, come opere di urbanizzazione primaria di cui all'art. 16, comma 7, del T.U. dell'edilizia (d.P.R. n. 380 del 2001). Questo implica che gli stessi sono compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica³⁰ e ciò è sintomo del riconoscimento, da parte del legislatore, di un principio di necessaria capillarità della localizzazione degli impianti relativi ad infrastrutture di reti di comunicazioni³¹.

In secondo luogo, la giurisprudenza³² ha chiarito che il procedimento descritto nel Codice delle comunicazioni elettroniche e relativo alla installazione dell'impianto è considerato quale procedimento unitario: è prevalsa la tesi dell'assorbimento secondo cui l'autorizzazione comprende anche la verifica di conformità urbanistica ed edilizia dell'intervento³³.

²⁹ Il D.lgs. 259/2003, pur non riguardando direttamente la protezione della popolazione dall'esposizione ai campi elettromagnetici, ha comunque influenzato la disciplina sui campi elettromagnetici ad alta frequenza, in particolare il rapporto tra i poteri urbanistici e sanitari dei Comuni e quelli economici dei soggetti gestori delle reti.

³⁰ Così K. Marcantonio, *Giocare al diritto: la sentenza della Corte Costituzionale n. 336*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, fasc. 6, 171 ss.; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 agosto 2017, n. 3891; Cons. Stato, sez. VI, 1° agosto 2017, n. 3853; Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2013, n. 687; Cons. Stato, 21 aprile 2008, n. 1767; cfr. altresì T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 6 aprile 2019, n. 312, con riferimento alle stazioni radio base; T.A.R. Trentino Alto Adige, sez. I, 3 gennaio 2019, n. 1, in *Foro amm.*, 2019, fasc. 1, 108 ss., in cui si afferma che «[g]li impianti di telefonia non possono essere assimilati alle costruzioni edilizie, in quanto normalmente non sviluppano volumetria o cubatura, non determinano ingombro visibile paragonabile a quello degli edifici in cemento armato o in muratura, trattandosi invece di strutture che, per esigenze di irradiazione del segnale, si sviluppano solitamente in altezza, tramite strutture metalliche, pali o tralicci, talora collocate su strutture preesistenti, e che impongono quindi una valutazione separata e distinta da condursi in specifico riferimento alle infrastrutture telefoniche, dovendosi pertanto escludere la legittimità dell'estensione analogica della normativa edilizia, invero concepita per altri scopi e diretta a regolamentare altre forme di utilizzazione del territorio»; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 28 maggio 2015, n. 440; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 30 gennaio 2015, n. 114; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 maggio 2015, n. 953; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 1° settembre 2015, n. 2186.

³¹ La scelta di inserire le infrastrutture di reti di telecomunicazione fra le opere di urbanizzazione primaria esprime un principio fondamentale della legislazione urbanistica, come tale di competenza dello Stato. Per questo motivo sono state respinte le censure di incostituzionalità relative all'art. 86, comma 3; v. Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9404.

³² Cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4557; Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2005, n. 100; Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2002, n. 7274; per pronunce più recenti si vedano: T.A.R. Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 20 marzo 2019, n. 11; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 9 gennaio 2017, n. 50.

³³ P. Ungar, *Pianificazione e procedimento di autorizzazione delle installazioni (il d.lgs. n. 259 del 2003; possibili aggravati del procedimento; rapporto tra normativa edilizia ed ambientale)*, in *Foro amm. CdS*, 2007, fasc. 10, 2937 ss.

Infine, il legislatore negli ultimi anni, con lo scopo di accelerare la realizzazione degli investimenti per il completamento della rete di banda larga mobile, ha sostituito a tale autorizzazione la segnalazione certificata di inizio attività, nel caso in cui la richiesta riguardi infrastrutture preesistenti o una modifica delle loro caratteristiche trasmissive³⁴. Applicandosi tale norma in caso di installazione di apparati con tecnologia UMTS e sue evoluzioni, questo modulo procedimentale semplificato riguarderebbe anche il passaggio a tecnologia 5G.

Analoga logica semplificatoria è presente altresì nell'art. 87-ter del Codice di comunicazioni elettroniche³⁵, laddove si ritiene sufficiente la presentazione di una mera autocertificazione in caso di variazioni non sostanziali dell'impianto.

In virtù di questi dati normativi, si osserva che il legislatore statale, mosso dall'esigenza di facilitare l'adeguamento della rete alle nuove tecnologie e, conseguentemente, stimolare gli investimenti, ha di fatto eroso le prerogative dei Comuni, il cui ruolo esce fortemente ridimensionato, non senza perplessità da parte della dottrina, specialmente per quanto attiene al venir meno del controllo dal punto di vista edilizio³⁶.

Allo stesso modo, con specifico riferimento al regolamento di cui all'art. 8 della L. 36/2001, è divenuto sempre più difficile comprendere quali siano le prescrizioni consentite, mentre più chiari sono i suoi limiti contenutistici. La giurisprudenza che si è occupata del tema ha sancito la legittimità delle prescrizioni che riguardano solo ed esclusivamente i profili urbanistici, cassando tutte quelle disposizioni che si concretizzavano in una rivalutazione del rischio già analizzato dal legislatore statale.

Difatti, seppur con qualche difficoltà³⁷, è stato chiarito che i Comuni non possono prevedere divieti di carattere generale alla localizzazione degli impianti per due ordini di ragioni: innanzitutto perché gli impianti costituiscono opere di urbanizzazione primaria, in secondo luogo perché un divieto generalizzato com-

³⁴ Si veda l'art. 87-bis del Codice delle comunicazioni elettroniche, articolo aggiunto dall'art. 5 bis, comma 1, L. 73/2010.

³⁵ Anche in questo caso, si tratta di un articolo introdotto da una legge più recente e nello specifico dall'art. 6, comma 3, L. 164/2014, con il fine di «accelerare la realizzazione degli investimenti per il completamento delle reti di comunicazione elettronica», come enunciato dallo stesso art. 87 ter.

³⁶ Si vedano G.D. Comperti, *op. cit.*, 244; M. Ceruti, *op. cit.*, secondo cui le norme del Codice riguardanti il procedimento di autorizzazione degli impianti ripropongono i medesimi profili di incostituzionalità del D.lgs. 198/2002, «primo fra tutti, la violazione dell'art. 117, comma 3, della Cost. laddove si introduce una disciplina statale che chiaramente reca non «principi fondamentali» [...], ma norme di dettaglio ed autoapplicative in materie [...] attribuite alla potestà legislativa concorrente delle Regioni».

³⁷ Come osservato da G. Ciaglia, *La disciplina urbanistica delle infrastrutture di comunicazione elettronica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, fasc. 7, 733 ss., che rileva come sia molto più semplice cogliere i divieti contenutistici dei regolamenti rispetto ai contenuti ammessi; si veda anche M.A. Mazzola, *Pianificazione e localizzazione delle stazioni radio base (SRB) di telefonia cellulare. Riparto di competenze tra Stato, Regioni e Comuni: mal "comune" mezzo gaudio?*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, fasc. 5, 768 ss.

prometterebbe il funzionamento della rete³⁸. Per le stesse ragioni non possono essere prescritti obblighi di distanza in grado di rendere concretamente impossibile la realizzazione di una rete completa di infrastrutture per le telecomunicazioni³⁹.

Quanto detto vale anche qualora tali previsioni siano funzionali non tanto al corretto insediamento urbanistico degli impianti, quanto alla protezione della popolazione dall'inquinamento elettromagnetico⁴⁰. Una previsione di questo tipo costituirebbe un'inammissibile misura di carattere generale, sostanzialmente cautelativa, e si porrebbe in contrasto con l'art. 4 della L. 36/2001, laddove 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 Stato⁴¹.

Sulla base del dato normativo e della sua interpretazione giurisprudenziale, si evince quindi che il legislatore, all'art. 8 della L. 36/2001, non ha inteso indicare una potestà ulteriore dei Comuni, ma soltanto specificare la portata di quella urbanistico-edilizia⁴².

Non potendo i Comuni fissare dei divieti di installazione generali, ad ogni limitazione territorialmente circoscritta deve sempre corrispondere la possibilità di ubicare l'impianto in un'area alternativa. Nelle ultime pronunce i giudici sembrano però non accontentarsi della mera possibilità di collocare l'impianto in un'altra posizione, poiché si richiede altresì che la collocazione alternativa sia sostenibile dal punto di vista tecnico ed economico e che ciò sia verificato in concreto attraverso un confronto con gli operatori⁴³.

È stato inoltre precisato che in questa valutazione i Comuni non possono ritenere sufficiente la generica possibilità di erogare il servizio, attraverso, per esempio, l'accesso alla rete di altro operatore già presente sul territorio (c.d.

³⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 444; Cons. Stato, sez. VI, 1° agosto 2017, n. 3853, dove si afferma che «il legislatore statale, nell'inserire le infrastrutture per le reti di comunicazione fra le opere di urbanizzazione primaria, ha espresso un principio fondamentale della normativa urbanistica, a fronte del quale la potestà regolamentare affidata ai Comuni dall'articolo 8, comma 6 della legge 22-2-1981 n. 36 non può svolgersi nel senso di un divieto generalizzato di installazione in aree urbanistiche predefinite, al di là della loro ubicazione o connotazione o di concrete (e, come tali, differenziate) esigenze di armonioso governo del territorio»; Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2014, n. 723; Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2014, n. 1955; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9414.

³⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2019, n. 3679, dove correttamente si osserva che, così facendo, «i «criteri di localizzazione» (consentiti) si trasformerebbero in «limitazioni alla localizzazione» (non consentite)».

⁴⁰ In questo senso, si veda P. Bertolini, *Principio di precauzione e localizzazione di impianti per la telefonia mobile*, in *Riv. giur. amb.*, fasc. 3-4, 2014, 361 ss., che rileva come sembri non conforme al principio di precauzione l'adozione di limiti alla localizzazione da parte degli enti locali, anche con riferimento al divieto di installazione di impianti presso siti considerati potenzialmente sensibili; «[t]ali misure paiono, invero, sproporzionate, in quanto la legislazione nazionale, molto più stringente rispetto ai livelli di rischio individuati dalla comunità scientifica internazionale, pare già sufficientemente in grado di prevenire danni alla salute umana».

⁴¹ Così Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3646.

⁴² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2007, n. 1431.

⁴³ Cons. Stato, sez. VI, 1° agosto 2017, n. 3853; Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 2073.

incumbent). Se si ragionasse in questo modo, infatti, gli operatori telefonici non ancora presenti sul territorio (c.d. *new comers*) sarebbero discriminati rispetto a quelli già presenti con una propria rete perché «un conto [è] svolgere attività di operatore telefonico in *roaming* (utilizzando la rete di un terzo, per giunta concorrente); un altro è avere la propria rete ed utilizzare le proprie frequenze»⁴⁴. Una valutazione di questo tipo vanificherebbe l'iniziativa imprenditoriale dei nuovi operatori, volta a realizzare una rete di loro proprietà e giungerebbe perfino a violare la stessa autorizzazione ministeriale, accordata ai sensi dell'art. 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche, che ha consentito tale iniziativa. Inoltre, si porrebbe in contrapposizione con i canoni fondamentali dell'ordinamento, determinando una compressione della libertà di impresa di cui agli artt. 42 e 43 Cost. e del principio di libera concorrenza, con riflessi significativi anche dal profilo consumeristico.

Il perdurante atteggiamento restrittivo degli enti locali nei confronti dello sviluppo della rete mobile ha stimolato il dibattito circa la compatibilità di una legge che consente l'adozione di questi regolamenti con il diritto dell'Unione Europea. Di recente, infatti, la VI sezione del Consiglio di Stato ha interrogato la Corte di Giustizia sulla compatibilità con il diritto europeo dell'art. 8, comma 6, L. 36/2001, laddove consente alle singole amministrazioni locali di individuare criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile⁴⁵. Secondo il Consiglio di Stato il diritto dell'utente a poter chiamare, essere chiamato e trasmettere dati sempre e dovunque costituisce un «diritto a soddisfazione necessaria» che non può essere compresso o limitato arbitrariamente né da norme statali né tantomeno da atti di enti locali.

Nonostante la legittimità dei dubbi sollevati, il Consiglio di Stato sembrerebbe però aver sollecitato un intervento del giudice europeo al fine di compiere un vero e proprio bilanciamento tra il diritto alla comunicazione e all'informazione e quello alla tutela dell'ambiente, della salute e del corretto assetto del territorio. Per questo, per la genericità della questione pregiudiziale sollevata e per il mancato inquadramento del caso concreto, necessario per valutare la compati-

⁴⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2019, n. 3679, già citata. Il caso di specie riguardava il rigetto di una domanda di autorizzazione all'installazione di un impianto di comunicazioni elettroniche proposta dal nuovo operatore telefonico Iliad, con riferimento a impianti da realizzarsi nell'isola del Lido di Venezia, località Malamocco. Il rigetto era avvenuto poiché il regolamento edilizio del Comune identificava come indisponibile l'intera area interessata per l'edificazione di nuove postazioni. Il ricorso era stato rigettato in primo grado proprio perché i giudici avevano considerato non eccessivamente limitativo il regolamento edilizio, in quanto l'operatore telefonico Iliad aveva comunque la possibilità di garantire un servizio mediante la sottoscrizione di accordi di *roaming* con l'operatore Wind, già presente sul territorio.

⁴⁵ La questione pregiudiziale è stata sollevata con riferimento all'art. 1, paragrafo 3-*bis*, e all'art. 8 della direttiva quadro, all'art. 9, all'art. 11, paragrafo 1, e all'art. 13 della direttiva «autorizzazioni», nonché all'art. 3, paragrafi 1 e 2, all'art. 4 e all'art. 8, paragrafo 1, della direttiva «servizio universale».

lità della norma nazionale con il diritto europeo, la Corte di Giustizia ha pertanto dichiarato il rinvio manifestamente irricevibile.

5. *Le ordinanze contingibili e urgenti contro il 5G: è possibile una rivalutazione del rischio a livello locale?*

Come già anticipato nell'introduzione del presente articolo, oltre alle restrizioni contenute nei regolamenti emanati ai sensi dell'art. 8 della L. 36/2001, nel corso dell'ultimo anno si è assistito al fiorire di numerose di ordinanze contingibili e urgenti tese a impedire l'installazione di impianti e ricettori 5G⁴⁶.

Si è trattato, più nello specifico, di ordinanze "fotocopia", sostanzialmente identiche nei contenuti, emanate da sindaci di diversi Comuni a volte ai sensi dell'art. 50, comma 5⁴⁷, altre volte sulla base dell'art. 54, comma 4, del D.lgs. 267/2000⁴⁸.

Anche in tal caso, così come per i regolamenti, è emerso dunque un atteggiamento ostile delle autorità locali alla installazione di nuovi impianti di telecomunicazione. Tale chiusura, tuttavia, complice anche l'emergenza pandemica che ha imposto un ricorso di massa agli strumenti telematici, è stata in alcuni casi oggetto di un successivo ripensamento sfociato nella revoca della stessa ordinanza⁴⁹.

Laddove invece una revoca sia mancata può essere utile interrogarsi sulla ammissibilità di questi provvedimenti, anche alla luce del contenzioso originatosi⁵⁰.

Innanzitutto, va affrontato il problema della compatibilità di tali ordinanze con il diritto dell'Unione Europea che, come osservato, pone degli obiettivi per

⁴⁶ I Comuni nei quali sono stati emessi provvedimenti contro l'installazione di antenne 5G ammonterebbero a oltre duecento, così come descritto nell'articolo "*La rivolta dei Comuni contro il 5G*" del quotidiano Repubblica, reperibile al link https://www.repubblica.it/economia/2020/06/16/news/comuni_5g-259344155/?ref=drac-2. Parla di numeri più importanti un articolo de *IlSole24Ore* del 16 giugno 2020.

⁴⁷ La disposizione prevede il potere del Sindaco di adottare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, ordinanze contingibili e urgenti in qualità di rappresentante della comunità locale.

⁴⁸ Ai sensi del quale «[i]l sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato provvedimenti contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. I provvedimenti di cui al presente comma sono preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione».

⁴⁹ Così nel caso dell'ordinanza n. 544 disposta il 9 giugno 2020 dal Sindaco del Comune di Ragusa e poi revocata a fine novembre. Altrettanto è accaduto nel Comune di Jesolo, relativamente all'ordinanza sindacale n. 29 del 15 luglio 2020.

⁵⁰ Attualmente si sono pronunciati i giudici di primo grado alcuni solo in sede cautelare, altri anche nel merito come nel caso del T.A.R. Campania, sez. VII, 24 luglio 2020, n. 3324, che ha accolto la domanda di annullamento dell'ordinanza sindacale non ravvisandone i presupposti per l'emanazione, tra cui, nello specifico, la mancanza di competenza comunale in ordine alla tutela della salute e l'incombente minaccia dovuta ad una situazione imprevedibile ed eccezionale.

lo sviluppo della rete 5G. Pur essendo la natura delle ordinanze sindacali tutt'oggi discussa, è difficile ammettere che possano derogare al diritto europeo, posto che ciò non sarebbe consentito nemmeno al legislatore statale⁵¹.

Sul versante interno, un secondo ordine di problemi riguarda la possibilità che le scelte compiute dal legislatore nella L. 36/2001 e nel decreto applicativo siano rivalutate a livello comunale in virtù dell'applicazione del principio di precauzione. Come è stato già osservato, con la legge quadro il legislatore ha sostanzialmente deciso entro quali limiti accettare la potenza di un dato campo elettromagnetico. La gestione del rischio da parte del decisore centrale porterebbe quindi ad escludere una sua rivalutazione a livello locale⁵²: ragionando altrimenti si sfocerebbe in una anticipazione del principio di precauzione⁵³.

Ulteriore profilo di illegittimità potrebbe riguardare il principio di proporzionalità, per cui le scelte precauzionali devono sempre essere corrispondenti alla portata del rischio e operare un giusto contemperamento degli interessi in gioco. Presupposto della proporzionalità è evidentemente una puntuale analisi del rischio, necessaria al fine di calibrare le misure ed ottenere un giusto bilanciamento. Nel caso di specie, però, il divieto di installazione non solo è stato disposto in assenza di un'effettiva verifica del superamento dei tetti massimi previsti dalla legge⁵⁴, ma ha anche riguardato l'intero territorio comunale, frustrando così del tutto le aspettative dei gestori.

La mancanza di una seria ed effettiva analisi del rischio incide anche sotto un altro aspetto. Le situazioni fronteggiabili con le ordinanze *extra ordinem* sono unicamente quelle aventi il carattere di straordinarietà e cioè situazioni in cui non è possibile utilizzare gli ordinari strumenti approntati dall'ordinamento giuridico⁵⁵. In altre parole, l'ordinanza contingibile e urgente costituisce uno strumento ammesso solo in casi eccezionali ovvero come *extrema ratio*. Nel caso di specie, però, proprio la mancanza di una seria istruttoria rende evidente il mancato

⁵¹ Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 25 febbraio 1997, n. 208.

⁵² Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 3 maggio 2010, n. 2294. Nello stesso senso P. Cosmai, *I limiti, i presupposti e i canoni interpretativi delle ordinanze extra ordinem*, in *Corriere Merito*, 2012, 2 ss., che afferma: «[c]ome noto, infatti, le ordinanze si atteggiavano come “valvole di sicurezza del sistema” da adottarsi esclusivamente allo scopo di fronteggiare concreti accadimenti materiali che mettono in pericolo la collettività, quante volte l'ordinamento non appresti nel caso specifico più puntuali rimedi [...]».

⁵³ Cfr. T.A.R. Calabria, sez. I, 23 ottobre 2020, n. 1670.

⁵⁴ Come osservato da M.A. Labarile, *Localizzazione degli impianti di telefonia mobile (nota a Consiglio di Stato n. 9414/2010)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2011, fasc. 3, 238 ss.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6366; Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2007, n. 2109; Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1551. Si veda anche V. Cingano, *Poteri del sindaco e inquinamento ambientale*, in *Ambiente & sviluppo*, 2019, fasc. 10, 717 ss.

accertamento del pericolo e quindi la pretestuosità della situazione di emergenza avanzata, molte volte addebitata alle proteste della cittadinanza⁵⁶.

Infine, le ordinanze contro il 5G sembrano prive dei requisiti imprescindibili delle ordinanze contingibili e urgenti: l'urgenza e la temporaneità.

Non vi sarebbe urgenza, poiché l'eventuale rischio per la salute sussisterebbe solo dopo l'attivazione del servizio e non al momento dell'installazione dell'impianto, posto che solo in tale caso vi sarebbe l'emissione di onde radio e un incremento del campo elettromagnetico.

Né sussisterebbe la temporaneità, data la mancanza di un termine di durata certo e prevedibile. Nella totalità delle ordinanze, infatti, la sospensione dell'attivazione del sistema 5G è condizionato alla emanazione di un parere sanitario sui pericoli dell'esposizione alle onde elettromagnetiche da parte di uffici interni, dell'ARPA o altra agenzia o istituto anche internazionale. Pertanto, per quanto non si tratti di una sospensione senza termine in assoluto, si tratta comunque di un divieto con termine indeterminato, *certus an ma incertus quandum*, che rende la durata dell'ordinanza non ragionevolmente prevedibile⁵⁷.

Deve infine osservarsi che sebbene lo scopo delle ordinanze fosse quello di tutelare la salute dei cittadini, proprio la loro emanazione rischia di essere totalmente controproducente rispetto al fine perseguito. È stato rilevato nella già citata segnalazione dell'Antitrust, ma lo stesso è stato osservato dalla giurisprudenza⁵⁸, come «l'inserimento di prescrizioni aggiuntive rispetto a quelle previste dalla normativa nazionale potrebbe determinare una inefficienza della rete degli operatori che si traduce nella necessità per questi ultimi di installare un maggior numero di impianti per compensare l'impossibilità di installare gli stessi in determinate zone del Comune». È evidente che a un maggior numero di impianti corrisponderà un innalzamento dei valori del campo elettromagnetico.

Nel tentativo di porre un freno alle ordinanze sindacali è da ultimo intervenuto il legislatore con il D.l. 76/2020, successivamente convertito con Legge 120/2020. L'art. 38, comma 6, del Decreto Semplificazioni ha modificato il comma 6 dell'art. 8 della L. 36/2001, escludendo espressamente la 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 contin-

⁵⁶ Non rientrerebbero nella nozione di straordinarietà eventuali proteste della cittadinanza tese a bloccare i lavori relativi alla installazione di infrastrutture per il servizio di telefonia mobile, così T.A.R. Campania, sez. VII, 7 dicembre 2020, n. 5915.

⁵⁷ Per un approfondimento dei contenuti imprescindibili delle ordinanze sindacali si rinvia a M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, fasc. 3, 641 ss.

⁵⁸ T.A.R. Bolzano, 8 giugno 2016, n. 183; T.A.R. Bolzano, 22 giugno 2016, n. 201; T.A.R. Bolzano, 29 giugno 2016, n. 210.

gibili 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».

Tale disposizione, recependo evidentemente l'indirizzo della giurisprudenza, sancisce, per un verso, l'illegittimità di un divieto generalizzato alla installazione degli impianti, per un altro, l'impossibilità di adottare ordinanze contingibili e urgenti in una materia la cui competenza è riservata allo Stato.

6. *Alcune considerazioni conclusive*

Il quadro che si è tentato di tracciare evidenzia chiaramente alcune disarmonie di fondo che potrebbero rendere complesso l'avvio del servizio di comunicazione mobile 5G e il rispetto delle tempistiche tracciate nell'*Action Plan* dalla Commissione Europea.

Si osserva in primo luogo che, ora più che mai, il legislatore è chiamato ad operare una scelta e, alla stregua di una rivalutazione scientifica del rischio, verificare la possibilità di innalzare le soglie ai campi elettromagnetici. Un adeguamento imposto, oltre che per ragioni prettamente economiche, anche per risolvere il problema del *digital divide* ed assicurare in questo modo, un adeguato accesso alla rete sull'intero territorio nazionale.

Una riformulazione della disciplina dettata in materia di inquinamento elettromagnetico potrebbe essere inoltre l'occasione per creare un momento di confronto e di informazione in ordine all'entità dei fenomeni inquinanti, nel quale imprese e cittadini possano liberamente dialogare⁵⁹. In tal senso, è sicuramente positiva l'esperienza bolognese che ha visto l'istituzione di un Tavolo permanente sul 5G con Ausl, ARPA, esperti scientifici, operatori telefonici e comitati di cittadini, al fine di avviare un dialogo costruttivo e impedire allarmismi ingiustificati.

Un intervento sull'assetto normativo sarebbe auspicabile anche per non delegare il bilanciamento dei valori in gioco agli organi giurisdizionali, evitando il ricorso al giudice quale «azzardo da tentare contro l'incertezza»⁶⁰. La giurisprudenza, infatti, non può essere chiamata a decidere sulla sussistenza di un rischio per la salute, posta la mancanza di evidenze scientifiche certe sul tema. Non può operare una scelta tra diritto alla salute e ad un ambiente salubre e la libertà di

⁵⁹ In questo senso sembra andare anche la giurisprudenza: ci si riferisce alla pronuncia del T.A.R. Lazio, sez. III, 15 gennaio 2019, n. 500 che impone ai Ministeri dell'ambiente, della salute e dell'istruzione di provvedere ad adottare una campagna informativa avente a oggetto sia la individuazione delle corrette modalità di uso degli apparecchi di telefonia mobile, sia l'informazione sui rischi per la salute e ambiente.

⁶⁰ Così F. Merusi, *Dal fatto incerto alla precauzione la L. sull'elettromog.*, in *Foro Amm. CdS*, 2001, fasc. 1, 221 ss.

comunicazione, il diritto all'interconnessione e la libertà di iniziativa economica, divenendo così al contempo regolatore e fonte del diritto⁶¹.

Un secondo ordine di problemi che si ritiene di evidenziare attiene, invece, alla cesura tra le due fasi in cui è suddivisa la procedura finalizzata alla erogazione di un servizio di comunicazione tramite telefonia mobile su propria rete⁶².

Come si è visto, la fase di assegnazione della licenza, svolta sotto il controllo del Ministero dello Sviluppo Economico e dell'AgCom, è in grado di essere incisa dall'atteggiamento restrittivo dei Comuni nella seconda fase relativa alla installazione dell'impianto. Sebbene si tratti di fasi distinte, gestite sotto il controllo di enti diversi e teatro di interessi differenti, il principio di unitarietà della rete richiederebbe un maggiore coordinamento tra i due momenti, in modo da non compromettere le aspettative degli operatori già licenziatari. La mancanza di un coordinamento, infatti, incide su valori quali la certezza del diritto e lede l'affidamento dei privati, con pesanti ripercussioni anche sul regime della concorrenza⁶³ e sulla competitività del Paese⁶⁴.

⁶¹ Come giustamente osservato da L. Belviso, *Il caso Uber negli Stati Uniti e in Europa fra mercato, tecnologia e diritto. Obsolescenza regolatoria e ruolo delle Corti*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, fasc. 1, 144 ss.

⁶² Analogo problema è analizzato con riferimento ad altro settore a rete, e cioè il servizio idrico, da A. Tonetti, *Investimenti infrastrutturali e (in)certezza delle regole: il caso del servizio idrico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, fasc. 11, 1102 ss.

⁶³ Così G. della Cananea, *op. cit.*, 14.

⁶⁴ Ciò è quanto è stato peraltro ribadito nella segnalazione, già citata, dell'Antitrust che non esclude un suo possibile intervento *ex art. 21-bis* della L. 287/1990.

Michela Leggio - Abstract

L'obsolescenza dell'ordinamento delle comunicazioni elettroniche alla prova delle nuove tecnologie: il caso del 5G

Il presente saggio si occupa di analizzare la difficile convivenza tra il nuovo sistema di comunicazione mobile 5G e il vigente quadro normativo, fornito dalla L. 36/2001 sull'inquinamento elettromagnetico e il Codice delle comunicazioni elettroniche. Lo studio, in particolare, si sofferma sulla restrittività dei limiti di esposizione fissati dal legislatore e sul potere degli enti locali in merito alla localizzazione degli impianti di telefonia, potere spesso esercitato con l'intento di fornire una maggiore tutela alla salute e in aperto contrasto con il *favor* del legislatore nazionale per lo sviluppo delle nuove tecnologie in materia di comunicazioni elettroniche.

The obsolescence of electronic communications regulatory framework to the test of new technologies: the case of 5G

The article analyzes the difficult coexistence between the new 5G mobile communication system and the current regulatory framework, provided by Law 36/2001 on electromagnetic pollution and the Electronic Communications Code. The paper, in particular, focuses on the restrictiveness of the exposure limits set by the legislator and on the power of local authorities regarding the localization of telephony plants, a power often exercised with the aim of providing greater health protection and in open conflict with the intent of the national legislator of promoting the development of new technologies in electronic communications.