

T.A.R. VENETO

8 SETTEMBRE 2004

PRESIDENTE: TRIVELLATO

RELATORE: FARINA

PARTI: PATALOSSO ET AL.
 (avv. Partesotti)
 COMUNE VENEZIA TIM
 (avv. De Vergottini)

Telecomunicazioni

- Dichiarazione di inizio attività per installazione di impianto • D.Lgs. 198/02
- Dichiarazione di illegittimità costituzionale
- Precedimenti non ancora conclusi alla data della declaratoria di incostituzionalità
- Normativa applicabile: Codice delle Comunicazioni

Non si ritiene fondata l'eccezione di legittimità costituzionale delle disposizioni disciplinanti i procedimenti iniziati sotto la vigenza della norma dichiarata incostituzionale e conclusi successivamente alla pronuncia della Corte. Ciò in quanto, se è indiscutibile, così come affermato dalla stessa Corte Costituzionale nella pronuncia citata dalla parte ricorrente — n. 167/2004 — che non può

configurarsi alcuna continuità con la vecchia disciplina, dichiarata incostituzionale con effetto retroattivo, sono tuttavia evidenti le finalità ed i limiti di applicazione della normativa introdotta dal D.L. n. 315/2003, art. 4, il quale ha soltanto reso possibile — per evidenti ragioni di economicità e di conservazione degli atti amministrativi — la conclusione dei procedimenti in corso, assoggettandoli, tuttavia, alla nuova disciplina introdotta in materia dal Codice delle Comunicazioni. Se ne evince, pertanto, a conferma dell'insussistenza dei profili di illegittimità costituzionale denunciati, che la normativa applicabile ai procedimenti non ancora portati a compimento all'epoca della declaratoria di incostituzionalità del Decreto Gasparri, è quella introdotta dal Codice delle Comunicazioni e non quella del D.Lgs. n. 198/02.

Il Collegio ritiene che il ricorso, oltre ad essere affetto da profili di inammissibilità, non sia meritevole di accoglimento per le ragioni di seguito esposte.

Con il primo motivo di censura viene affermata l'illegittimità del provvedimento tacito formatosi in ordine alla D.I.A. presentata da T.I.M. per l'installazione dell'impianto in esame, per effetto dell'intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale del cd. Decreto Gasparri, atteso che il relativo procedimento non si era ancora concluso dalla data in cui la Corte Costituzionale ha emesso la nota sentenza n. 303/2003.

Il motivo appare privo di fondamento, in quanto, come attestato dalla difesa comunale, il procedimento in esame è iniziato sotto la vigenza del D.Lgs. n. 198/02 e si è concluso, successivamente alla declaratoria di illegittimità costituzionale della legge richiamata, in conformità del disposto di cui all'art. 4 del D.L. n. 315/2003, convertito in legge n. 5/2004, in base al quale, come noto, i procedimenti iniziati sotto la vigenza della normativa dichiarata incostituzionale per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 303/2003, vengono assoggettati alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 259/2003, nella specie ai sensi dell'art. 87.

A tale proposito non si ritiene fondata l'eccezione di legittimità costituzionale delle disposizioni sopra richiamate disciplinanti i procedimenti iniziati sotto la vigenza della norma dichiarata incostituzionale e conclusi successivamente alla pronuncia della Corte. Ciò in quanto, se è indiscutibile, così come affermato dalla stessa Corte Costituzionale nella pronuncia citata dal parte ricorrente — n. 167/2004 — che non può configurarsi alcuna continuità con la vecchia disciplina, dichiarata incostituzionale con

effetto retroattivo, sono tuttavia evidenti le finalità ed i limiti di applicazione della normativa introdotta dal D.L. n. 315/2003, art. 4, il quale ha soltanto reso possibile — per evidenti ragioni di economicità e di conservazione degli atti amministrativi — la conclusione dei procedimenti in corso, assoggettandoli, tuttavia, alla nuova disciplina introdotta in materia dal Codice delle Comunicazioni.

Se ne evince, pertanto, a conferma dell'insussistenza dei profili di illegittimità costituzionale denunciati, che la normativa applicabile ai procedimenti non ancora portati a compimento all'epoca della declaratoria di incostituzionalità del Decreto Gasparri, è quella introdotta dal Codice delle Comunicazioni e non quella del D.Lgs. n. 198/02.

Privi di pregio sono il secondo ed il terzo motivo, con i quali i ricorrenti lamentano il mancato conseguimento del permesso di costruire ai sensi del T.U. dell'Edilizia.

Ciò in quanto — conformemente all'indirizzo recentemente espresso dalla Sezione (cfr. T.A.R. Veneto, II, n. 2555/04) — l'autorizzazione rilasciata in base al Decreto Gasparri e ora *ex art.* 87 del D.Lgs. n. 259/03 assume anche valenza edilizia, essendo onere dell'amministrazione comunale, nel perseguimento dell'esigenza di semplificazione amministrativa, svolgere all'interno dello stesso procedimento anche la necessaria fase istruttoria inerente al giudizio di conformità urbanistica del progetto presentato, con conseguente assorbimento del permesso di costruire.

Quanto al quarto motivo, relativo al mancato perfezionamento del procedimento relativamente alla richiesta di cositing avanzata dal Omnitel-Vodafone, la documentazione in atti attesta che non risulta giunta a buon fine l'ipotesi di cositing con T.I.M. per intervenuta rinuncia da parte di entrambe le società all'installazione degli impianti posizionati sullo spigolo N/O del Palazzetto dello Sport, posizionamento peraltro in contrasto con la prescrizione contenuta nell'art. 80-*bis* del Regolamento comunale.

Quanto al quinto motivo, se ne rileva l'infondatezza, attesa la non applicabilità alle ipotesi di realizzazione di impianti tecnologici delle disposizioni dettate dal D.M. n. 1444/68 in materia di rispetto delle altezze degli edifici; inoltre, i dati testuali confermano che l'impianto *de quo* non interessa i mappali n. 2801 e 4035, soggetti al vincolo *ex L.* n. 1089/39 (cfr. doc. 14 del Comune), mentre nessun vincolo risulta esistente con riguardo all'edificio (Palazzetto dell'Arsenale) sul quale andrà ad insistere l'impianto.

Quanto, poi, al parere assunto in merito all'intervento da parte della Commissione di Salvaguardia, tale parere assorbe in base al disposto di cui alla L. n. 171/73 ogni altro parere, autorizzazione o nulla osta ambientale, tra cui quello stabilito dalla L. n. 10497/39 e quello *ex L.* n. 1089/39 (cfr. C. Cost. 21 ottobre 1998, n. 357; C.d.S., Sez. V, 9 febbraio 1996, n. 152; Cass. Penale, Sez. III, 9 dicembre 1982).

Con il sesto motivo di ricorso viene denunciata l'illegittimità dell'autorizzazione all'installazione dell'impianto in un sito definito « sensibile » ai sensi dell'art. 50 del Nuovo Regolamento edilizio comunale.

Il motivo è privo di pregio in quanto il richiamato articolo 50, nell'individuare i cd. « siti sensibili », esclude espressamente i siti già individuati dal « Protocollo d'intesa » siglato fra il Comune, i Consigli di Quartiere ed i gestori per l'ambito territoriale comunale, fra i quali è compreso quello in oggetto.

Con il settimo motivo viene denunciata il difetto di istruttoria e la violazione di legge, in quanto il Comune si sarebbe avvalso del parere tecnico

dell'I.S.P.E.L.S. e non del parere dell'A.R.P.A.V., conformemente a quanto stabilito dall'art. 87 del D.Lgs. n. 259/03.

Effettivamente il Comune ha inteso avvalersi della consulenza tecnica dell'ISPELS, conformemente, tuttavia, alla disciplina in vigore al momento dell'espletamento dell'istruttoria, disciplina che, all'epoca dei fatti, era quella dettata dal D.Lgs. n. 198/2002.

Detta disciplina, infatti, consentiva ai Comuni di avvalersi, previa deliberazione assunta in merito dalle Regioni, di un organo tecnico diverso dall'ARPAV.

Quindi, seguendo la regola del *tempus regit actum*, la richiesta e la relativa acquisizione del parere da parte dell'ISPELS non risulta inficiare il procedimento istruttorio posto in essere dal Comune.

Pertanto, sempre a riguardo del parere reso dall'ISPELS, si rileva la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità sollevata al riguardo dalla difesa comunale, in quanto il ricorso non risulta notificato al ministero competente.

Per quanto riguarda l'ottavo motivo di ricorso si rimanda alle osservazioni sopra svolte riguardo all'infondatezza della questione di illegittimità costituzionale della normativa applicata al caso di specie.

Quanto al nono motivo, si evidenzia che la dichiarazione resa dal T.I.M. in data 23 dicembre 2003 non ha modificato l'oggetto iniziale della richiesta, bensì ha avuto solo l'effetto di rinunciare a parte dell'impianto progettato, così come sopra già rilevato, in quanto posto in una posizione in contrasto con le prescrizioni regolamentari comunali (art. 80-bis).

Quanto, infine all'ultimo motivo di ricorso, attinente alla mancata rilevazione delle emissioni già presenti nell'area per effetto della compresenza di altri impianti, la successiva rilevazione effettuata per conto del Comune da parte dell'ARPAV consente di ritenere superabile la censura.

Alla luce delle considerazioni si qui svolte il ricorso non è fondato e va, pertanto, respinto.

Ritenuto di poter compensare integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M. — Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, seconda sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, lo rigetta.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

GIUSTIZIA
DELL'AMMINISTRAZIONE E
SISTEMA DELLE FONTI
DELL'INFORMAZIONE:
PROFILI PROBLEMATICI

1. L'ANTEFATTO: LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE DEL 2003 E DEL 2004.

La sentenza che si commenta si pone in continuità con due pronunzie della Corte costituzionale in materia di ordinamento della comunicazione. Essa costituisce un valido punto di osservazione

al fine di ricostruire l'intricato assetto delle competenze legislative regionali e statali, per come esso è percepito tanto dal giudice costituzionale, quanto dalle autorità giudiziarie ordinarie.

La sentenza deve essere letta alla luce degli antefatti cui si è fatto cenno.

Con la legge regionale n. 30 del 2002, in tema di localizzazione degli impianti fissi per l'emittenza radiotelevisiva e degli impianti per la telefonia mobile, la regione Emilia Romagna aveva esercitato la propria potestà legislativa ai sensi del terzo comma dell'art. 117 Cost. Nella fattispecie, la legge cornice era costituita non da un atto parlamentare, bensì dal decreto legislativo n. 198 del 2002 (ciò che dava luogo ad alcune perplessità in ordine alla compatibilità di tale prassi con il disposto costituzionale¹), in materia di infrastrutture strategiche. La legge regionale era stata, tuttavia, impugnata in via principale dal Governo, per asserito contrasto con i principî fondamentali contenuti nel decreto.

Quest'ultimo era stato, successivamente, sostituito dal Codice delle comunicazioni elettroniche (D.Lgs. n. 259 del 2003) per la parte relativa ai principî cui avrebbe dovuto attenersi la legislazione regionale. Il codice si era, tuttavia, limitato ad occupare il medesimo ambito materiale, sostanzialmente riproducendo la normativa contenuta dal decreto del 2002.

Nelle more del giudizio, con la celeberrima sentenza n. 303 del 2003², la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega del D.Lgs. n. 198 del 2002. L'Avvocatura dello Stato aveva, tuttavia, sostenuto che l'abrogazione della disciplina *in parte qua* e la sua sostituzione con una coincidente, ma posta da un atto diverso, avrebbe determinato la continuità della disciplina medesima in ragione della *novatio fontis* che si sarebbe, in tal modo, determinata. Sicché, il parametro legislativo statale sarebbe stato traslato dal decreto n. 198 del 2002 al decreto n. 259 del 2003. Ciò avrebbe reso ininfluenza la dichiarazione di illegittimità del primo ai fini del giudizio in corso.

La Corte costituzionale ha, tuttavia, aderito ad una tesi diversa. Infatti, la sentenza n. 167 del 2004, che decide il ricorso proposto contro la legge regionale dell'Emilia Romagna, lo ha dichiarato inammissibile. Ad avviso del Giudice delle leggi, infatti, «nessuna continuità normativa potrebbe dirsi sussistere fra le due fonti, poiché, con la dichiarazione di illegittimità costituzionale del decreto n. 198 del 2002, questo è stato rimosso con effetto *ex tunc*, ciò che impedisce di operare quella saldatura tra le due fonti che il ricorrente afferma essersi prodotta. Dal D.Lgs. n. 198 del 2002, dichiarato illegittimo per vizio di forma, non può scaturire alcun effetto, neanche quello di costituire un legame con il successivo codice delle comunicazioni».

¹ Nel senso che l'indicazione dei principî fondamentali va compiuta esclusivamente tramite legge formale, A. VALASTRO-G. GARDINI, *Definizione della materia e principi fondamentali*, in L'«ordinamento della comunicazione fra Stato e Regioni», all'interno del Quaderno di Astrid *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di V. CERULLI IRELLI e C. PINELLI, Bologna, 2004, pp. 275 ss.

² La pronuncia è commentata, tra gli altri, da A. D'ATENA, *L'allocatione*

delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 2776 ss.; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, *ivi*, pp. 2782 ss.; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, *ivi*, pp. 2791 ss.; A. GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, *ivi*, pp. 2805 ss.

La Corte ribadisce, dunque, il fatto che la dichiarazione di illegittimità di un atto con forza di legge costituisce un effetto non assimilabile a quello abrogativo, espellendo tale atto dall'ordinamento giuridico³. Alla sentenza costituzionale di accoglimento va, dunque, riconosciuto quest'effetto, di accertare un vizio dell'atto che ne compromette la validità oltre che la vigenza, in modo tale che esso « cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione » (art. 136 Cost.); e, si intende, la perdita di efficacia coinvolgerà tanto le situazioni future suscettibili di sussunzione nella norma dichiarata illegittima, quanto quelle passate che, parimenti, dal giorno successivo alla pubblicazione della pronunzia non possono più trovare la loro disciplina nella norma medesima⁴.

Sicché, alcuna continuità normativa può stabilirsi con ciò che, agli effetti giuridici, non è mai venuto ad esistenza. In particolare, tra il codice delle comunicazioni elettroniche e il decreto legislativo dichiarato illegittimo non è ipotizzabile nessuna *novatio*, perché l'abrogazione di quest'ultimo da parte del primo ha coinvolto norme viziata da illegittimità costituzionale e, pertanto, insuscettibili di spiegare i propri effetti.

2. (SEGUE). CONSIDERAZIONI SUL REGIME DEGLI ATTI COSTITUZIONALMENTE ILLEGITIMI NELLA PROSPETTIVA DELLA CORTE.

Il punto merita di essere sottolineato: il fatto che la novazione della fonte, ad avviso della Corte, non sani i vizi (ancorché meramente formali, quale quello di eccesso di delega, poiché solo esso ha accertato la Corte) rappresenta un forte indizio per assimilare il regime dell'illegittimità costituzionale a quello dell'inesistenza giuridica dell'atto oggetto del sindacato. Infatti, il mancato prodursi dell'effetto novativo per quanto concerne gli obblighi scaturenti dalle disposizioni poi dichiarate illegittime presuppone, appunto, l'inesistenza di tali obblighi in ragione dell'illegittimità della loro fonte⁵. Altrimenti, non si spiegherebbe per quale ragione la perdita di vigenza della norma viziata in ragione della sua abrogazione e sostituzione con una norma meramente riproduttiva, prima della dichiarazione di illegittimità, non basti a garantire la continuità della disciplina che avrebbe dovuto vincolare il legislatore regionale. Il fatto è che, appunto, il vizio impedisce qualunque giuridica possibilità di antinomia (e, pertanto, di sostituzione) tra la norma cronologicamente successiva e quella abrogata: nel caso di specie, la disciplina posta dal codice delle comunicazioni elettroniche doveva considerarsi il primo esercizio di potestà legislativa sulla materia *de qua*, mostrando la Corte di non poter attribuire alla normativa dichiarata illegittima alcun rilievo giuridico (tanto da renderne non ipotizzabile la sanatoria nell'ipotesi della sostituzione novativa). Questo significa che il vizio dell'atto pregiudica la

³ In una prospettiva di teoria generale, F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, Milano, 1970, pp. 31 ss.

⁴ La retroattività della sentenza costituzionale di accoglimento, che impedisce di qualificarne l'effetto come abrogativo, rappresenta una costante della giurispru-

denza costituzionale sin dalle prime sentenze della Corte.

⁵ Il principio è espresso dall'art. 1234, co. I, del codice civile, tuttavia esso è suscettibile di applicazione su di un piano di teoria generale.

validità delle norme da esso prodotte *indipendentemente dalla dichiarazione di illegittimità della Corte costituzionale*. Vuol dire anche che, sul piano del diritto positivo, l'inesistenza giuridica di un atto deve farsi valere alle condizioni e nelle forme previste per la dichiarazione di nullità, senza che da quest'ultima l'inesistenza stessa possa distinguersi concettualmente. Entrambi i profili richiederebbero uno sforzo ricostruttivo di teoria generale che esula, naturalmente, dagli scopi di queste brevi considerazioni; pertanto, *de hoc satis*.

La decisione n. 167 del 2004, dunque, statuisce che, stante l'inidoneità delle norme statali assunte come parametro interposto a condizionare la validità della legislazione regionale, quest'ultima era libera di esprimersi senza altra limitazione che la ricognizione dei principî fondamentali « quali si desumono dalle leggi vigenti ». Sicché, la norma ex art. 9 della legge n. 62 del 1953 nel testo vigente sopravvive alla riforma del Titolo V, nonostante alcuni dubbi in merito da parte della dottrina⁶. Semmai, stante i numerosi interventi comunitari che caratterizzano la materia dell'informazione elettronica, è ragionevole ipotizzare che tali principî dovranno essere tratti non soltanto dal diritto nazionale ma, altresì, da quello di derivazione europea, ancorché non ancora recepito nel nostro ordinamento⁷, e fermo restando il rispetto del limite costituito dalle « materie trasversali » di competenza esclusiva dello Stato (si pensi alla determinazione dei livelli generali di prestazione stabiliti dal Parlamento)⁸.

3. LA PRONUNZIA DEL TAR VENETO.

Dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale del decreto n. 198 del 2002, il Governo aveva adottato un decreto legge (il n. 315 del 2003, poi convertito nella legge n. 5 del 2004) volto a disciplinare i procedimenti amministrativi iniziati sotto la vigenza della normativa annullata. In particolare, il decreto assoggettava il procedimento di rilascio dell'autorizzazione all'istallazione di infrastrutture per le comunicazioni elettroniche al regime stabilito dal Codice delle telecomunicazioni, il quale prevede la d.i.a. da parte dell'impresa operante nel settore, suscettibile di determinare, alla scadenza del termine stabilito dall'art. 87 del decreto,

⁶ In riferimento allo specifico problema dell'attuazione del diritto comunitario, F. SORRENTINO, *Il diritto comunitario e il sistema italiano delle fonti*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, a cura di S. PANUNZIO e E. SCISO, Milano, 2002, pp. 152 ss.

La Corte non ha ritenuto, invece, applicabile — segnando una svolta nella sua giurisprudenza in senso molto favorevole alle Regioni — un altro principio in materia di potestà concorrente che, seppure non codificato, rappresentava un'acquisizione pacifica della giurisprudenza costituzionale: ossia, la possibilità della legge cornice di contenere normativa di dettaglio.

Tale possibilità è stata, appunto, esclusa dal Giudice delle leggi (sent. n. 13 del 2004).

⁷ G. DE MINICO, *Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche e la sub-materia delle telecomunicazioni*, in *L'ordinamento della comunicazione fra Stato e Regioni*, cit., pp. 283 ss., argomentando dalla prevalenza (sia pure non assoluta, ad avviso dell'A.) del diritto comunitario su quello nazionale.

⁸ Ampiamente, R. NIRO, *Ordinamento delle comunicazioni e Regioni*, in *Europa e informazione. Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, a cura di M. MANETTI, Napoli, 2004, pp. 163 ss.

il silenzio assenso da parte dell'autorità comunale competente al rilascio dell'autorizzazione.

Era accaduto che il Comune di Venezia aveva, appunto, prestato acquiescenza alla d.i.a. presentata da un operatore. Contro il silenzio era stato presentato ricorso, sulla base della dichiarazione di illegittimità della normativa del 2002 che avrebbe viziato anche l'atto (tacito) di autorizzazione. I ricorrenti proponevano, altresì, la questione di legittimità costituzionale in ordine al decreto n. 315 del 2003, il quale, a loro avviso, avrebbe violato il giudicato costituzionale della sentenza n. 303 del 2003.

La sentenza n. 3304 del 2004 della II Sezione del TAR Veneto si inserisce in questo variegato panorama, e svolge alcune considerazioni che si ricollegano, idealmente, alla giurisprudenza costituzionale cui s'è fatto cenno nei paragrafi precedenti.

Il TAR respinge il ricorso e, più nel dettaglio, ritiene manifestamente infondata⁹ l'eccezione di incostituzionalità sollevata dai ricorrenti. La decisione rinvia, sul punto, alla citata sentenza n. 167 del 2004, nella parte in cui esclude alcuna continuità tra la normativa dichiarata illegittima e la disciplina del decreto n. 259 del 2003. Secondo il Tribunale amministrativo il regime introdotto dal decreto legge trovava, appunto, la sua giustificazione in « evidenti ragioni di economicità e di conservazione degli atti amministrativi », consentendo la conclusione dei procedimenti in corso secondo le disposizioni (altrimenti inapplicabili) del codice delle telecomunicazioni.

Il TAR del Veneto, evidentemente, aderisce (né, probabilmente, altrimenti avrebbe potuto fare) alla citata impostazione della Corte costituzionale, per la quale la dichiarazione di illegittimità costituzionale, ponendo un complesso normativo *tamquam non esset* con efficacia retroattiva, ne impedisce la sostituzione con una disciplina, in ipotesi identica, anche quando essa, per avventura, fosse intervenuta prima di tale declaratoria. È chiaro che ciò determina la caducazione di tutti i rapporti sorti sulla base della normativa illegittima, nonché, come nel caso di specie, la decadenza di tutti i procedimenti amministrativi che, previsti dalle norme incostituzionali, dopo la sentenza della Corte restano privi di base giuridica. Gli inconvenienti pratici e, soprattutto, i rischi per la certezza del diritto sembrano evidenti.

Sicché, il legislatore (e probabilmente, come si vedrà tra breve, non soltanto il legislatore) può (e deve) intervenire a disciplinare le concrete vicende inizialmente regolate sulla base della normativa illegittima. La fattispecie presenta una forte analogia con la possibilità di regolare i rapporti sorti sulla base di un decreto legge non convertito riconosciuta al Parlamento¹⁰, tuttavia non senza una rilevante differenza: la riserva di legge

⁹ Sebbene nella pronuncia in commento il giudice amministrativo si esprima erroneamente in termini di non fondatezza della questione, valutazione che, come è noto, è di spettanza esclusiva della Corte costituzionale.

¹⁰ Non si può qui indugiare — ma la prospettiva di indagine presenta, in verità,

notevoli profili di interesse — sulle analogie tra gli effetti della sentenza di accoglimento sulla legge oggetto del giudizio e la perdita di efficacia retroattiva del decreto legge. Le due ipotesi, quanto meno alla luce della giurisprudenza costituzionale cui s'è fatto riferimento, sembrano, in larga parte, coincidenti.

formale posta dall'art. 77, u.c., Cost., non è, ovviamente, riferibile al caso in esame.

Sicché — come nella vicenda reale sulla quale ha statuito il giudice di Venezia — la regolazione dei casi disciplinati da norme poi dichiarate illegittime può effettuarsi sulla base di un decreto legge.

4. GIUSTIZIA DELL'AMMINISTRAZIONE E DISCIPLINA DELL'URGENZA.

Proprio l'utilizzo del decreto legge nella fattispecie suggerisce alcune riflessioni conclusive.

Preliminarmente, occorre interrogarsi sulla stessa possibilità giuridica di impiego di una fonte normativa statale in un ambito materiale per il quale la competenza legislativa statale (e, si badi, la competenza esclusiva) è, quanto meno, dubbia. Invero, la disciplina dei procedimenti amministrativi relativi alla localizzazione delle infrastrutture per le comunicazioni elettroniche è un profilo che, probabilmente, trascende la materia dell'informazione (la quale, comunque, giova ricordarlo, resta sottratta alla competenza esclusiva dello Stato) e coinvolge profili relativi all'urbanistica ed alla gestione del territorio: sui cui, non pare possa dubitarsi della competenza regionale.

Tuttavia, anche a prescindere dall'orientamento della giurisprudenza costituzionale sul punto¹¹, anche qualora vi fosse certezza in ordine all'identificazione dell'art. 117, co. III, quale parametro normativo di riferimento, la possibilità di impiego di uno strumento, quale il decreto legge, in una materia di competenza ripartita sembra, quanto meno, dubbia.

La questione parrebbe collegata ad un'altra, ossia l'ammissibilità di configurare atti regionali con forza di legge (anche alla luce della riforma della potestà statutaria nel 1999). Se tali atti fossero ammissibili, è ragionevole ipotizzare che la disciplina dell'urgenza dovrebbe spettare, quanto meno in prima battuta, alla Regione, che è legislatore di dettaglio e, pertanto, il soggetto più idoneo a fronteggiare l'emergenza che ha reso necessaria l'emanazione di un atto con forza di legge. Quest'ultima, infatti, richiede una disciplina dettagliata (perché se bastasse una regolazione per principî, probabilmente non si sarebbe di fronte ad una reale urgenza normativa), la cui competenza non potrebbe che appartenere allo stesso ente che, ordinariamente, può emanare normativa di dettaglio.

Il fatto che il Governo abbia adottato un decreto legge, che le Regioni non ne abbiano messo in discussione la competenza e che neppure il TAR del Veneto abbia dubitato della legittimità di tale adozione, costituisce un segnale molto significativo per il quale gli attori costituzionali sembrano ritenere la disciplina dell'urgenza di competenza esclusiva del Governo centrale. Alla luce delle considerazioni che precedono, infatti, l'unica ragione per affermare la legittimità di un intervento normativo

¹¹ Si pensi alla sentenza n. 307 del 2003. Sul ruolo secondario della legge nella definizione della materia ordinamento della comunicazione, M. OROFINO, *L'ordina-*

mento della comunicazione tra direttive comunitarie e riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, ed. provv., Torino, 2003, pp. 45 ss.

statale dettagliato in via d'urgenza è che alle Regioni un intervento di questo tipo deve restare precluso.

Si è, tuttavia, già avuto occasione di esprimere qualche perplessità, in ordine all'impiego di un decreto legge in materie di competenza legislativa concorrente¹². In particolare, l'esclusione dell'interesse nazionale unitario (che, ove presente, avrebbe determinato l'attribuzione della materia alla competenza legislativa esclusiva dello Stato) non rende ipotizzabile alcun obbligo a legiferare, il cui inadempimento configurerebbe la situazione d'urgenza che legittimerebbe l'emanazione del decreto, finalizzato a colmare il vuoto normativo.

Né pare che l'impiego di questo strumento possa ritenersi giustificato dal riferimento al principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione, cui il giudice veneto opera un tacito rinvio¹³.

È fuori discussione che l'esigenza di tutela delle aspettative e delle posizioni soggettive di chi, sotto la vigenza della disciplina dichiarata costituzionalmente illegittima, ha avviato i procedimenti amministrativi autorizzatori ivi previsti sia meritevole di considerazione da parte dell'ordinamento. È altrettanto certo che il principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione costituisce un precetto che vincola il legislatore, nell'ipotesi della allocazione delle funzioni amministrative a soggetti diversi dal Comune ai sensi dell'art. 118 Cost. Se il principio citato avesse richiesto l'esercizio della funzione amministrativa autorizzatoria al livello dell'amministrazione centrale, non vi è dubbio alcuno sul fatto che l'omissione del Parlamento in tal senso avrebbe configurato la violazione di un obbligo a legiferare che avrebbe giustificato l'intervento del Governo.

Tuttavia, come si è detto, l'art. 87 del decreto legislativo n. 259 del 2003, e l'art. 4 del D.L. n. 315 del 2003, che ad esso rinvia, operano una scelta radicalmente diversa, individuando la competenza al rilascio di titoli abilitativi al livello comunale. Il fatto è che tale attribuzione si rivela superflua, perché l'art. 118 della Costituzione già opera un conferimento di funzioni amministrative al Comune, in via generale e salva derogà legislativa. In altri termini, il Comune si trova investito, in via diretta e per espressa previsione costituzionale, di tutte le funzioni amministrative non espressamente attribuite ad altre amministrazioni.

L'annullamento, da parte della Corte, del decreto del 2002, non configurava, pertanto, per il profilo specifico, alcun vuoto normativo, perché il Comune avrebbe potuto già di per se stesso provvedere sulle istanze di autorizzazione, in assenza di dati positivi di segno contrario.

Il principio costituzionale di giustizia dell'amministrazione (del quale il buon andamento non è che un aspetto) è, dunque, prescrizione giuridicamente vincolante per il legislatore (statale o regionale), ma — e qui sta il punto — *non soltanto* per il legislatore. Bisogna ritenere che la prima destinataria del principio citato sia, pare tautologico affermarlo, l'amministrazione stessa.

¹² R. MANFRELOTTI, *Ancora un caso di invasione delle competenze regionali (e di quelle del Consiglio di Stato) da parte di fonti secondarie: regolamenti governativi « blindati » o atti amministrativi generali?*

Note a margine del D.L. 18 febbraio 2003, n. 24, in Cons. St., 2003, pp. 1983 ss.

¹³ La sentenza fa, infatti, riferimento ad « evidenti ragioni di economicità e di conservazione degli atti amministrativi ».

« Discende da questo che, ove la norma giuridica regolatrice dell'attività di amministrazione in una data materia manchi, l'organo amministrativo *deve egualmente agire* secondo il bisogno collettivo richiede, epperò scegliere e adottare liberamente le vie, i mezzi, le misure che gli appaiono convenienti e adeguati allo scopo da raggiungere, *purché* in tutto questo si mantenga nei limiti del diritto esistente »¹⁴. L'esigenza di giustizia e di buon andamento dell'attività amministrativa avrebbe dovuto, pertanto, essere assicurata, nel caso di specie, bensì dal Comune, ma indipendentemente da qualsivoglia attribuzione legislativa e, meno che mai, da statuzioni effettuate in via d'urgenza.

RAFFAELE MANFRELLOTTI

¹⁴ O. RANELLETTI, *Il problema della giustizia nella pubblica amministrazione e i diritti soggetti*, in *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1992, p. 69.