



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

N.1775/2006

Reg.Dec.

N. 7180 Reg.Ric.

ANNO 2005

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7180 del 2005, proposto dalla s.p.a. Wind Telecomunicazioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Beniamino Caravita di Toritto, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Roma, alla via di Porta Pinciana n. 6;

contro

il Comune di Firenze, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Athena Lorizio, Claudio Visciola e Andrea Sansoni, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via Dora n. 1, presso lo studio dell'avvocato Maria Athena Lorizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sez. III, 13 aprile 2005, n. 1610, e per l'accoglimento del ricorso di primo grado n. 1531 del 2003;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Vista la comparsa di costituzione del Comune di Firenze, depositata in data 26 settembre 2005, integrata con una memoria difensiva per la

camera di data 22 settembre 2005 e con memorie depositate in data 27 settembre 2005 e 19 gennaio 2006;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Data per letta la relazione del Consigliere di Stato Luigi Maruotti alla pubblica udienza del 31 gennaio 2006;

Uditi l'avvocato Beniamino Caravita di Toritto per l'appellante e gli avvocati Maria Athena Lorizio e Claudio Visciola per il Comune di Firenze;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

Premesso in fatto

1. In data 25 giugno 2003, la s.p.a. Alcatel ha chiesto al Comune di Firenze una autorizzazione per la realizzazione di infrastrutture telefoniche.

Con l'atto n. 102 del 26 giugno 2003, il Comune ha reiterato la richiesta di pagamento dell'indennità di ristoro (istituita con regolamento n. 532/75 del 2001), già effettuata con riferimento ai mesi agosto-novembre 2002, e ha comunicato che non avrebbe esaminato la domanda, ove non fosse stata presentata in conformità alle previsioni regolamentari.

2. Col ricorso n. 1531 del 2003 (proposto al TAR per la Toscana), la s.p.a. Wind Telecomunicazioni, succeduta alla s.p.a. Alcatel, ha impugnato l'atto del 26 giugno 2003, nonché le richiamate previsioni del regolamento n. 532/75 del 2001,

Con motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato il provvedimento di sospensione del procedimento riguardante lavori previsti in via De Nicola, di data 19 febbraio 2004.

Il TAR, con la sentenza n. 1610, ha respinto il ricorso ed ha compensato tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

3. Con l'appello in esame, la s.p.a. Wind Telecomunicazioni ha impugnato la sentenza del TAR ed ha chiesto che, in sua riforma, il ricorso di primo grado sia accolto.

Il Comune di Firenze si è costituito in giudizio, chiedendo la reiezione del gravame, ed ha depositato memorie difensive, con cui ha illustrato le questioni controverse ed ha insistito nelle già formulate conclusioni.

3. All'udienza del 31 gennaio 2006 la causa è stata trattenuta in decisione.

Considerato in diritto

1. Nel presente giudizio, è contestata la legittimità:

a) della delibera del consiglio comunale di Firenze n. 542/75 del 7 luglio 2001, nella parte in cui esso ha istituito l'indennità di ristoro, che deve corrispondere l'operatore che intenda installare infrastrutture telefoniche nel territorio comunale;

b) del provvedimento n. 102 del 26 giugno 2003, con cui l'ufficio direzione mobilità ha comunicato che non avrebbe esaminato una domanda di autorizzazione, presentata dalla dante causa della società appellante il precedente 25 giugno 2003, fino a quando vi fosse stato il pagamento dell'indennità di ristoro riferita ai mesi agosto-novembre 2002;

c) del provvedimento n. 1303 del 19 febbraio 2004, con cui il medesimo ufficio ha subordinato al pagamento della indennità di ristoro il rilascio di una concessione di suolo pubblico, riguardante un impianto da realizzare in via De Nicola.

Con l'appello in esame, la società ha chiesto che – in riforma della sentenza del TAR per la Toscana che ha respinto il suo ricorso di primo grado – siano annullati tali provvedimenti.

2. Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni formulate in primo grado dal Comune di Firenze, considerate irrilevanti dal TAR e riproposte in questa sede.

3. Con priorità va esaminata l'eccezione secondo cui il ricorso di primo grado sarebbe inammissibile e tardivo, poiché rivolto avverso 'note meramente comunicative' (di data 10 gennaio 2003, 11 febbraio 2003 e 19 febbraio 2004, quest'ultima impugnata con motivi aggiunti), con le quali gli uffici del Comune hanno unicamente sollecitato il pagamento degli importi dovuti in base al regolamento.

4. Ad avviso del collegio, tale eccezione va accolta – limitatamente alle note del 10 gennaio e dell'11 febbraio 2003 - per una ragione diversa da quella prospettata dal Comune.

Infatti, con tali note l'Amministrazione non ha esercitato alcun potere autoritativo, ma si è limitata a chiedere il pagamento di somme a titolo di indennità di ristoro: poiché la questione attiene a contestate posizioni di diritto e di obbligo, riferibili a pretese di ordine patrimoniale, il ricorso contro di esse va dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Viceversa, l'eccezione va respinta per quanto riguarda l'impugnazione dell'atto del 19 febbraio 2004, poiché esso – nel subordinare il rilascio della concessione di suolo pubblico al pagamento

dell'indennità di ristoro – ha natura autoritativa ed ha comportato un arresto del procedimento.

5. Con riferimento alle previsioni regolamentari, approvate nel 2001, il Comune ha eccepito che il ricorso di primo grado – notificato in data 20 agosto 2003 - sarebbe tardivo.

Secondo l'assunto, rileverebbe la risalente piena conoscenza delle previsioni del regolamento, come risulta dal fatto che l'indennità di ristoro è stata pagata sino al mese di luglio 2001.

6. L'eccezione va respinta.

Va premesso che la società interessata ha impugnato il regolamento approvato nel 2001, poiché le sue previsioni sono state poste a base del provvedimento di data del 26 giugno 2003, che ha constatato l'impossibilità di rilasciare l'autorizzazione, chiesta in data 25 giugno 2003 (così come è avvenuto per il diniego di concessione di suolo pubblico per l'impianto di via De Nicola).

Ciò posto, per la costante giurisprudenza di questo Consiglio, che il collegio condivide e fa propria (e avverso la quale non sono state rivolte deduzioni), le disposizioni regolamentari – tranne il caso in cui producano una immediata lesione di un interesse - sono impugnabili congiuntamente al provvedimento applicativo (Sez. IV, 12 ottobre 1999, n. 1558, Sez. Sez., 29 marzo 1996, n. 512; Sez. VI, 6 giugno 1995, n. 556; Sez. IV, 19 ottobre 1993, n. 897, Sez. IV, 24 marzo 1981, n. 279).

Tale principio trova applicazione anche quando, come nella specie, sia impugnato un atto autoritativo che – interrompendo il procedimento -

abbia subordinato il rilascio di un titolo abilitativo al previo pagamento di un importo, in attuazione di una disposizione regolamentare.

7. Passando all'esame delle censure dell'appellante, va rimarcato come esse possano suddividersi in due gruppi:

a) alcune si rivolgono direttamente avverso la delibera del consiglio comunale del 7 luglio 2001 (di cui è lamentata l'illegittimità, per contrasto con l'art. 23 della Costituzione e della normativa sui tributi e sulla autonomia dei Comuni);

b) altre hanno rilevato come – a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 93 del decreto legislativo n. 259 del 2003 – il Comune non possa più previamente chiedere il pagamento dell'indennità di ristoro.

8. Ritiene il collegio che le censure dell'appellante vadano respinte, nella parte in cui esse sono state rivolte avverso la delibera del consiglio comunale.

Sul punto, è decisivo il richiamo alla giurisprudenza di questo Consiglio, per la quale – nel vigore dell'art. 238 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 – l'amministrazione comunale ben poteva istituire una indennità di ristoro, a carico di coloro che eseguano scavi nella sua sede stradale, per evitare che questi conseguano un arricchimento senza causa (Sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1572; Sez. VI, 1° marzo 1995, n. 214).

Infatti, poiché i costi dei lavori devono restare a carico di chi realizza l'impianto (in base al principio generale dell'ordinamento *cuius commoda, eius et incommoda*), ben può l'amministrazione predeterminare i criteri per liquidare ciò che le spetta, ai sensi dell'art. 2041, ferma restando – peraltro – la possibilità per il debitore di contestare l'atto di liquidazione e la

previsione regolamentare, ove in concreto non sia rispettato il canone della congruità.

Sotto tale aspetto, come ha correttamente evidenziato la stessa sentenza impugnata, non risulta violato il principio della riserva di legge, sancito dall'art. 23 della Costituzione, poiché:

- la pretesa dell'amministrazione ha la finalità di ripristinare il suo patrimonio, ai sensi dell'art. 2041 del codice civile, ed è comunque azionabile innanzi al giudice civile, nei confronti di chi abbia causato le spese di riparazione;

- l'art. 4, comma 3, della legge 31 luglio 1997, n. 249, aveva espressamente ammesso che i Comuni potessero *“prevedere obblighi di natura civile”*, per esigenze di razionale utilizzo del sottosuolo e della tutela dell'interesse collettivo.

9. Sennonché, come ha evidenziato l'appellante, rileva in materia l'art. 93, comma 2, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per il quale, oltre alla tassa, al canone e al contributo *una tantum* ivi elencati, *“nessun altro onere finanziario o reale può essere imposto, in base all'articolo 4 della legge 31 luglio 1997, n. 249, in conseguenza dell'esecuzione delle opere di cui al presente decreto”*.

Tale disposizione ha fatto dunque perdere efficacia alle disposizioni regolamentari, emesse dai Comuni – con riferimento a tali opere - sulla base della previgente normativa (l'art. 238 del d.P.R. n. 156 del 1973, ovvero l'art. 4 della legge n. 259 del 1997), e dunque preclude all'amministrazione di subordinare il rilascio delle autorizzazioni al pagamento di importi

riferibili al periodo successivo alla data di entrata in vigore del medesimo art. 93.

Sotto tale aspetto, non è condivisibile l'osservazione del Comune appellato, secondo cui le contestate disposizioni del regolamento del 2001 continuerebbero ad avere un proprio fondamento nell'art. 2041 del codice civile:

- il testo dell'art. 93, comma 2, è univoco nel disporre che non può essere più "imposto" dall'amministrazione alcun altro onere, oltre quelli espressamente previsti dalla legge, e cioè che non può essere subordinato il rilascio dell'autorizzazione al pagamento di altri importi, né può essere imposto un pagamento sulla base di determinazioni unilaterali;

- l'art. 2041 conserva il suo rilievo di carattere generale, poiché consente all'amministrazione – una volta constatata la spesa pubblica con cui i luoghi sono stati ripristinati, in assenza di corrispondenti lavori di ripristino a regola d'arte da parte del gestore – di formulare la relativa richiesta e di agire in giudizio, conseguentemente, per la condanna del debitore.

In altri termini, l'art. 93, comma 2, ha precluso che il rilascio dell'autorizzazione e la gestione dell'impianto siano subordinati al pagamento di importi ulteriori rispetto a quelli ivi espressamente previsti (poiché non può essere determinata *ex ante* alcuna spesa per il ripristino a regola d'arte), ma non preclude che l'amministrazione *ex post* chieda al gestore il pagamento dell'importo che abbia effettivamente speso per il ripristino, che il medesimo gestore abbia ommesso di realizzare.

10. Ciò comporta che vanno respinte le censure rivolte avverso gli atti emessi prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 259 del 2003 e che, in parziale riforma della sentenza impugnata, i motivi aggiunti vanno accolti, col conseguente annullamento dell'atto di data 19 febbraio 2003, che ha illegittimamente disposto un arresto del procedimento, in attesa del pagamento di una somma di per sé non spettante.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l'appello n. 7180 del 2005 nei sensi di cui in motivazione, e – in parziale riforma della sentenza impugnata n. 1610 del 2005 – annulla l'atto del Comune di Firenze n. 1303 del 19 febbraio 2004, salvi gli ulteriori provvedimenti.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari dei due gradi del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio tenutasi il giorno 31 gennaio 2006, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, con l'intervento dei signori:

Giorgio	GIOVANNINI	Presidente
Luigi	MARUOTTI	Consigliere estensore
Carmine	VOLPE	Consigliere
Giuseppe	ROMEO	Consigliere

Giuseppe MINICONE Consigliere

Presidente

GIORGIO GIOVANNINI

Consigliere

LUIGI MARUOTTI

Segretario

VITTORIO ZOFFOLI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il..05/04/2006
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria