

N. 06459/2014REG.PROV.COLL.

N. 00110/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 110 del 2014, proposto dalla s.p.a. San Marco, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Borioni, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Luigi Ceci, n. 21;

contro

La s.p.a. Metroweb, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Giustiniani, dall'avv. Marco Scansani e dall'avv. Nico Moravia, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

nei confronti di

Il Comune di Segrate (Mi);

e con l'intervento di

ad

opponendum:

Assotelecomunicazioni - Asstel, in persona del suo legale rappresentante *pro*

tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Clarich, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Liegi, n. 32;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. per la Lombardia, Milano, Sez. III, n. 1608 dd. 24 giugno 2013, resa tra le parti e concernente il pagamento di un canone patrimoniale di concessione per l'utilizzo di spazi ed aree pubbliche per la realizzazione di infrastrutture in fibra ottica

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Metroweb S.p.a.;

Visto l'atto di intervento *ad opponendum* della Assotelecomunicazioni – Asstel;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2014 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per l'appellante San Marco S.p.a. l'avv. Paolo Borioni, per la Metroweb S.p.a. l'avv. Nico Moravia e per la Assotelecomunicazioni - Asstel l'avv. Marcello Clarich;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con ricorso proposto sub R.G. 1306 del 2013 innanzi al T.A.R. per la Lombardia, Sede di Milano, la Metroweb s.p.a. ha chiesto l'annullamento: della nota della San Marco S.p.a., società a socio unico dell'11 marzo 2013, ruolo utente n. 9/11 ricevuta da Metroweb s.p.a. a mezzo raccomandata A/R in data 21 marzo 2013, con la quale si invitava quest'ultima al pagamento del canone patrimoniale non ricognitorio per la concessione e utilizzo, mediante occupazione di spazi ed aree pubbliche nel territorio comunale di Segrate (Mi), per la realizzazione della propria rete e delle proprie infrastrutture in fibra ottica; del regolamento unico

delle Entrate del Comune di Segrate approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 11 del 31 gennaio 2005 e successivamente modificato con le deliberazioni consiliari. nn.121 del 2005, 37 del 2006, 5 del 2007, 24 del 2007, 15 del 2008, 76 del 2008 e 16 del 2011; del regolamento unico delle Entrate del Comune di Segrate approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 4 del 1999 nella parte in cui include la fattispecie nell'ambito di applicazione del canone di cui all'art. 27 del Codice della strada; della deliberazione della Giunta Comunale di Segrate n. GC/24/2013 del 21 febbraio 2013, recante l'aggiornamento delle tariffe dei canoni patrimoniali non ricognitori e ricognitori per l'anno 2013; nonché di ogni altro atto connesso.

Metroweb ha pure chiesto l'accertamento e la dichiarazione della nullità, *in parte qua*, dell'atto di concessione per l'occupazione permanente di spazi ed aree pubbliche in essere tra di essa e il Comune di Segrate per la posa di tubazione contenente un cavo in fibra ottica per telecomunicazioni (rep. n. 11/2011/ Atti privati del 25 marzo 2011, registrato il successivo 28 marzo al n. 3007, serie 3, il cui relativo schema è stato approvato con Disposizione Dirigenziale n. 63 del 1 marzo 2011), nella parte in cui impone alla società concessionaria il pagamento di un canone annuo di concessione di natura non ricognitoria di € 1.809,40.- da aggiornarsi annualmente in misura pari al 75% dell'indice ISTAT, e che a' sensi dell'art. 6 del medesimo atto di concessione si aggiunge alla TOSAP, nonché delle correlate disposizioni del medesimo atto di concessione e, in particolare, di quelle che ricollegano la decadenza dalla concessione nel caso di mancato pagamento del canone concessorio e dei relativi interessi oltre tre mesi dalla scadenza (cfr. art. 13, comma 1, punto primo dell'atto di concessione medesimo).

Metroweb ha dedotto innanzi al giudice di primo grado l'avvenuta violazione e la falsa applicazione degli artt. 93 e 88 del D.L.vo 1° agosto 2003 n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche), violazione o falsa applicazione dell'art. 27 del D.L.vo

30 aprile 1992, n. 285, eccesso di potere per violazione della circolare del Ministero dell'economia e delle finanze n. 1/DF dd. 20 gennaio 2009, eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, nonché nullità parziale dell'atto di concessione in applicazione del combinato disposto degli artt. 1418 e 1419 cod. civ.

L'attuale appellata ha dedotto pertanto innanzi al giudice di primo grado l'illegittimità di tutti gli atti impugnati in quanto asseritamente adottati in violazione della disciplina vigente in materia di oneri imponibili agli operatori e installatori di reti e di infrastrutture di comunicazione elettronica: e ciò in quanto, sempre secondo Metroweb, tali operatori e installatori sarebbero assoggettati ad una disciplina speciale, imperativa e inderogabile, contenuta in particolare negli artt. 93 e 88 del D.L.vo 259 del 2003 e che introdurrebbe nell'ordinamento il duplice principio di alternatività e di esclusività, assoggettando da un lato gli operatori e installatori anzidetti al pagamento della TOSAP e della COSAP e vietando alle amministrazioni competenti l'imposizione di altri oneri o indennità.

1.2. Con sentenza n. 1608 dd. 24 giugno 2013, resa a' sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., la Sez. III dell'adito T.A.R. ha accolto il ricorso di Metroweb, rilevando che *“dall'esame degli atti risulta che il Comune ha applicato il canone concessorio non ricognitorio previsto dagli artt. 25, 26 e 27 del Codice della Strada a seguito della cablatura di circa 17 Km del territorio comunale con fibra ottica da parte della società ricorrente. In particolare, secondo la concessione per l'occupazione di aree pubbliche, la ricorrente, ai sensi dell'art. 5, è tenuta a pagare la tassa di occupazione di spazi ed aree pubbliche (TOSAP) quantificata dalla Società gestore dell'entrata, mentre ai sensi dell'art. 6, è tenuta al pagamento del canone annuo per occupazione spazi ed aree pubbliche nella misura di € 1.809,40.- ... L'applicazione del canone annuo per occupazione spazi ed aree pubbliche è illegittima in quanto in contrasto con l'art. 93 comma 2 del D.L.vo 1 agosto 2003 n. 259 secondo il quale “Gli operatori che forniscono reti di comunicazione elettronica hanno l'obbligo di tenere indenne la Pubblica*

Amministrazione, l'Ente locale, ovvero l'Ente proprietario o gestore, dalle spese necessarie per le opere di sistemazione delle aree pubbliche specificamente coinvolte dagli interventi di installazione e manutenzione e di ripristinare a regola d'arte le aree medesime nei tempi stabiliti dall'Ente locale. Nessun altro onere finanziario, reale o contributo può essere imposto, in conseguenza dell'esecuzione delle opere di cui al Codice o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, fatta salva l'applicazione della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui al capo II del D.L.vo 15 novembre 1993 n. 507, oppure del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui all'articolo 63 del D.L.vo 15 dicembre 1997 n. 446, e successive modificazioni, calcolato secondo quanto previsto dal comma 2, lettere e) ed f), del medesimo articolo, ovvero dell'eventuale contributo *una tantum* per spese di costruzione delle gallerie di cui all'articolo 47, comma 4, del predetto D.L.vo 15 novembre 1993 n. 507".

Tale interpretazione è ormai consolidata in giurisprudenza, anche con riferimento al periodo precedente alle modifiche introdotte all'art. 93 del suddetto decreto legislativo dal D. L.vo 28 maggio 2011, n. 70 (in questo senso T.A.R. Torino Piemonte sez. I 18 aprile 2012 n. 448; T.A.R. Veneto, sez. II, 23 marzo 2011 n. 478; T.A.R. Piemonte, sez. I, 8 maggio 2010 n. 2302; Cons. Stato, VI, 7 marzo 2008, n. 1005; Cons. Stato, VI, 9 giugno 2006, n. 3453; Cons. Stato sez. VI, 30 luglio 2010 n. 5055; Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2008 n. 1005). Infatti il testo originario dell'art. 93, comma 2, del D.L.vo 1 agosto 2003, n. 259 prevedeva che 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. Quanto all'impugnazione del regolamento si rileva che una caducazione integrale del medesimo travolgerebbe il sistema impositivo comunale ben al di là della specifica disciplina delle telecomunicazioni, unica fattispecie per cui la legge statale esclude oneri ulteriori rispetto alle imposte ed alla rimessione in pristino dei luoghi. Pertanto il regolamento va annullato solo nella parte in cui prevede l'applicazione del canone di cui agli artt. 25, 26 e 27 del Codice della Strada nei casi di cui all'art. 93 del D.L.vo 1 agosto 2003 n. 259. Il ricorso va quindi accolto e l'annullamento si estende anche agli atti esecutivi, quali la deliberazione di giunta comunale impugnata e la convenzione sottoscritta dalla ricorrente in parte qua”.

Lo stesso giudice ha condannato il Comune di Segrate al pagamento delle spese processuali a favore di Metroweb, liquidandole nella misura forfettaria di € 1.000,00.- oltre ad I.V.A. e C.P.A, disponendo – altresì – *“la restituzione del contributo unificato a carico del Comune”.*

2.1. Con l'appello in epigrafe la San Marco S.p.a., società uni personale che – tra l'altro - gestisce le entrate del Comune di Segrate, chiede la riforma di tale sentenza, deducendo i seguenti motivi d'appello:

a) illegittimità della sentenza gravata per inammissibilità dell'originario ricorso per tardività con riferimento al Regolamento comunale per l'applicazione del canone patrimoniale non ricognitorio, aggiornato con deliberazione della Giunta Comunale n. GC/24/2013 del 21 febbraio 2013;

b) illegittimità della sentenza gravata per contraddittorietà ed erroneità della motivazione; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 27, commi 7 e 8, del D.L.vo 30 aprile 1992 n. 285, nonché violazione e/o falsa applicazione dell'art. 93 del D.L.vo 1 agosto 2003 n. 259.

2.2. Si è costituita in giudizio la Metroweb S.p.a., replicando alle deduzioni avversarie e concludendo per la reiezione dell'appello.

2.3. Ha – altresì – dispiegato intervento *ad opponendum* la Assotelecomunicazioni – Asstel, associazione di categoria delle imprese di comunicazione elettronica, concludendo per la reiezione dell'appello.

2.4. Con ordinanza n. 614 dd. 12 febbraio 2014, la Sezione ha “*ritenuto che, nelle more della definizione del merito di causa*”, sussistevano “*allo stato ... elementi che consent (ivano) di accogliere la domanda cautelare in epigrafe*”.

3. Alla pubblica udienza dell'8 luglio 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

4.1. Tutto ciò premesso, l'appello in epigrafe va accolto, avuto riguardo – in via assorbente – al secondo motivo d'appello dedotto dalla San Marco S.p.a.

4.2. Il canone di concessione per l'uso o l'occupazione delle strade trova la propria disciplina fondamentale in una fonte legislativa, ossia nell'art. 27 del D.L.vo 30 aprile 1992 n. 285 (Nuovo Codice della Strada), per il quale “*7. La somma dovuta per l'uso o l'occupazione delle strade e delle loro pertinenze può essere stabilita dall'ente proprietario della strada in annualità ovvero in unica soluzione. 8. Nel determinare la misura della somma si ha riguardo alle soggezioni che derivano alla strada o autostrada, quando la concessione costituisce l'oggetto principale dell'impresa, al valore economico risultante dal provvedimento di autorizzazione o concessione e al vantaggio che l'utente ne ricava*”.

Tale canone, pertanto, si configura quale entrata patrimoniale per l'amministrazione proprietaria della strada, gravante sui soggetti titolari di concessione che utilizzano il suolo e il sottosuolo delle pubbliche strade: e, in tal senso, il canone non ricognitorio assume la funzione di corrispettivo per l'uso particolare del suolo e del sottosuolo che è accordato al concessionario.

Il canone può essere determinato dall'amministrazione con cadenza annuale (cfr. al riguardo la circolare del Ministero dell'economia e delle finanze n. 43 dd. 20 febbraio 1996).

Il canone medesimo va preteso dall'amministrazione anche nell'ipotesi in cui per la stessa occupazione è già corrisposta la TOSAP e la COSAP (cfr. sul punto, ad es., Cass. civ., Sez. V, 27 ottobre 2006 n. 23244 e 31 luglio 2007 n. 16914), trattandosi comunque – come detto innanzi – di una entrata patrimoniale espressamente stabilita da una disposizione di legge, ossia dall'anzidetto art. 27, commi 7 e 8, del D.L.vo 285 del 1992.

Posto ciò, l'art. 93 del D.L.vo 1 agosto 2003, n. 259, nel testo sostituito dall'art. 68, comma 1, del D.L.vo 28 maggio 2012, n. 70, rubricato "*Divieto di imporre altri oneri*", dispone – a sua volta – che "*1. Le Pubbliche Amministrazioni, le Regioni, le Province ed i Comuni non possono imporre per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, oneri o canoni che non siano stabiliti per legge. 2. Gli operatori che forniscono reti di comunicazione elettronica hanno l'obbligo di tenere indenne la Pubblica Amministrazione, l'Ente locale, ovvero l'Ente proprietario o gestore, dalle spese necessarie per le opere di sistemazione delle aree pubbliche specificamente coinvolte dagli interventi di installazione e manutenzione e di ripristinare a regola d'arte le aree medesime nei tempi stabiliti dall'Ente locale. Nessun altro onere finanziario, reale o contributo può essere imposto, in conseguenza dell'esecuzione delle opere di cui al Codice o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, fatta salva l'applicazione della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui al capo II del decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507, oppure del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui all'articolo 63 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modificazioni, calcolato secondo quanto previsto dal comma 2, lettere e) ed f), del medesimo articolo, ovvero dell'eventuale contributo una tantum per spese di costruzione delle gallerie di cui all'articolo 47, comma 4, del predetto decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507*".

Va da subito evidenziato che la disciplina surriportata costituisce "*espressione di un principio fondamentale*" dell'ordinamento di settore delle telecomunicazioni, "*in quanto persegue la finalità di garantire a tutti gli operatori un trattamento uniforme e non discriminatorio, attraverso la previsione del divieto di porre a carico degli stessi oneri o canoni*",

posto che – ove ciò non fosse – ogni singola amministrazione dotata di potestà impositiva *“potrebbe liberamente prevedere obblighi pecuniari a carico dei soggetti operanti sul proprio territorio, con il rischio, appunto, di una ingiustificata discriminazione rispetto ad operatori di altre Regioni, per i quali, in ipotesi, tali obblighi potrebbero non essere imposti”* (cfr. sul punto Corte Cost., sentenze n. 272 dd. 7-28 luglio 2010 e n. 336 dd. 14 – 27 luglio 2005).

Anche sulla base di tali considerazioni va affrontata la questione interpretativa sull'ambito di applicazione dell'art. 27 del D.L.vo 285 del 1992 (che consente all'ente proprietario della strada l'imposizione di un canone per l'uso o l'occupazione a qualsiasi titolo del suolo e del sottosuolo della strada medesima), e dell'art. 93 del D.L.vo 259 del 1993 (che parrebbe escludere, nel suo testo attuale, tale facoltà nell'ipotesi di utilizzo del suolo o del sottosuolo pubblico per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di telecomunicazione).

Il giudice di primo grado ha reputato prevalente l'art. 93 del D.L.vo 259 del 1993, in quanto contenuto in una legge di settore successiva rispetto alla disciplina contenuta nel Nuovo Codice della Strada., nonché successiva alla disciplina propria della TOSAP e della COSAP (D.L.vo 15 novembre 1993, n. 507, e D.L.vo 15 dicembre 1997, n. 446).

A ragione, peraltro, l'appellante ha evidenziato che, anche a prescindere dalla circostanza che gli Enti proprietari diversi dai Comuni e dalle Province – come, ad esempio, l'A.N.A.S. – non sono titolari del relativo potere di imposizione tributaria, risulta decisivo e assorbente il rilievo che l'attuale testo dell'art. 93 del D.L.vo 259 del 2003 fa espressamente salva nel suo comma 1 l'applicazione di altre disposizioni di legge che stabiliscono altri canoni o oneri per l'impianto di reti o per l'esercizio di servizi di comunicazione elettronica.

Pertanto il presupposto per la qui contestata pretesa della concessionaria del Comune di Segrate non si rinviene per certo nel Regolamento generale delle

entrate del Comune medesimo, ma nelle fonti legislative che presuppongono la corresponsione del canone di occupazione: ossia – per l'appunto – l'art. 27, commi 7 e 8, del D.L.vo 285 del 1992, l'art. 3, comma 149, della L. 23 dicembre 1996, n. 662, che ha conferito al Governo la delega per la revisione dei tributi locali, l'art. 52, comma 1, del D.L.vo 15 dicembre 1997, n. 446, che in attuazione di tale delega dispone che *“le province e i comuni possono disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie”* e l'art. 14, comma 6, del D.L.vo 14 marzo 2011, n. 23, secondo il quale *“è confermata la potestà regolamentare in materia di entrate degli enti locali di cui all'art. 52 del citato decreto legislativo n. 446 del 1997 anche per i nuovi tributi previsti dal presente provvedimento”*.

L'insieme di tali disposizioni di legge individua, pertanto, quelle fonti legislative che a' sensi dell'attuale testo del predetto comma 1 dell'art. 93 del D.L.vo 59 del 2003 derogano al divieto di imposizione di oneri o canoni per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica; e – a ben vedere – proprio l'esistenza di tale evidente deroga *ex lege* al *“Divieto di imporre altri oneri”* impedisce di configurare il medesimo art. 93 del D.L.vo 59 del 2003 quale *lex specialis* rispetto alla disciplina contenuta nei commi 7 e 8 dell'art. 27 del D.L.vo 285 del 1992.

Del resto, anche a' sensi della seconda parte del ventiduesimo *“considerando”* della Direttiva 2002/21/CE 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), rimangono impregiudicate le *“disposizioni nazionali vigenti in materia di espropriazione o uso di una proprietà, normale esercizio dei diritti di proprietà, normale uso dei beni pubblici”*.

Inoltre con nota Prot. n. 102576 dd. 16 aprile 2013 la Provincia di Milano ha condiviso l'impostazione seguita dal Comune di Segrate; la diffidente circolare ministeriale n. 1/DF dd. 26 gennaio 2009 considerata, per contro, dall'appellata non costituisce, di per sé, fonte di diritti ed obblighi (così, *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. trib., 9 marzo 2012 n. 3757).

La giurisprudenza richiamata nella sentenza impugnata a preteso conforto della tesi sostenuta in quest'ultima è nel suo insieme inconferente al caso di specie, in quanto concerne oneri *“non stabiliti per legge”*. L'art. 6 dell'atto di concessione assume tra le parti che l'hanno sottoscritto natura pattizia, conforme al suesposto coordinamento ermeneutico tra l'art. 93 del D.L.vo 59 del 2003 e l'art. 27 del T.U. approvato con D.L.vo 285 del 1992.

3. Per le ragioni che precedono, l'appello va accolto, sicché in riforma della sentenza impugnata va respinto il ricorso di primo grado.

La particolarità della questione trattata induce il Collegio a compensare integralmente tra tutte le parti le spese e gli onorari di entrambi i gradi di giudizio.

Va – peraltro – a' sensi dell'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 dichiarata irripetibile la somma corrisposta nel giudizio di primo grado a titolo di contributo unificato, nel mentre per il giudizio d'appello la somma medesima va rifusa all'attuale appellante dalla Metroweb S.p.a e dalla Assotelecomunicazioni - Asstel in solido tra loro.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso: R.G. 110 del 2014), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Compensa integralmente tra tutte le parti le spese e gli onorari di entrambi i gradi di giudizio.

A' sensi dell'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, dichiara irripetibile la somma corrisposta nel giudizio di primo grado a titolo di contributo unificato, nel mentre per il giudizio d'appello la somma medesima va rifusa all'appellante dalla Metroweb S.p.a e dalla Assotelecomunicazioni - Asstel in solido tra loro.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2014 con
l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/12/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)