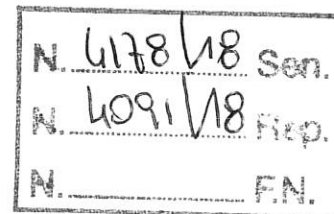


N. 1026 Reg. Gen. C. Appello Anno 2018

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE TERZA CIVILE



composta dai magistrati:

dott. Irene Formaggia	presidente
dott. Giovanna Ferrero	consigliere
dott. Maria Teresa Brena	consigliere est.

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

nella causa civile promossa in grado d'appello avverso la sentenza del Tribunale di Monza n. 367/2018,
 posta in decisione il 19.09.2018

TRA

- **SPA-** (C.F. _____) : P.IVA _____, qui rappresentata dalla
 società procuratrice Lindam srl, assistita e difesa dall'Avv. _____ (C.F. _____)
 ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Milano, viale
 n.28

APPELLANTE**CONTRO**

- **COMUNE DI** _____ (C.F. _____) -, con sede legale in piazza _____ n. 10,
 (MB), rappresentato e difeso, giusta delega in calce del presente atto, dall'avv. _____ (C.F. _____)
 con studio in _____, via _____ n. 14, presso cui elegge
 domicilio

APPELLATO**CONCLUSIONI:** come in atti

MOTIVI DELLA DECISIONE IN FATTO E DIRITTO

Con ricorso in appello ex art. 433 c.p.c notificato al Comune di _____, unitamente al decreto di fissazione udienza in data 30.03.2018, _____ S.p.A. (d'ora in poi solo _____) impugnava la sentenza n. 367/2017 emessa dal Tribunale di Monza, con la quale il primo giudice aveva rigettato l'opposizione dalla stessa proposta avverso il D.I. reso dal Tribunale di Monza n. 1000/2017 del 7.02.2017, chiesto ed ottenuto dal Comune per il pagamento della somma di €48.089,48 oltre accessori a titolo di canoni di locazione rimasti insoluti, con la quale il gestore telefonico aveva contestato la nullità e/o inefficacia dell'art. 3 dei due contratti in essere, nella parte relativa alla determinazione convenzionale del canone di locazione senza l'osservanza delle prescrizioni imperative di legge, e nella specie degli art. 93 e 88 co.12, D.LGS. 259/2003 e 63 D.LGS. n. 446/1997, con la conseguente richiesta di sostituzione di detta clausola con la previsione dell'obbligo di pagamento delle somme ex lege dovute a titolo di occupazione di spazi ad aree pubbliche (Tosap/Cosap), determinate nella misura di euro 516,46 annui o nella diversa misura equa e non discriminatoria, da determinarsi anche a mezzo CTU, che il Tribunale riterrà conforme a legge.

La _____ lamentava in sintesi (vedi pag. 13 ricorso) l'erroneità della pronuncia laddove il primo giudice: a) aveva omesso di pronunciarsi sulla questione relativa al difetto di giurisdizione, b) aveva erroneamente assunto motivando in modo incongruente ed incompleto, che l'art. 93 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (CCE) si debba applicare esclusivamente al patrimonio indisponibile o demaniale dell'ente territoriale; c) aveva erroneamente qualificato come disponibili i beni oggetto del contratto in corso, omettendo di valutare la loro indisponibilità derivata dalla soggettiva ed oggettiva destinazione ad uso pubblico; d) aveva omesso ogni pronuncia circa la domanda subordinata di applicazione dell'art. 88 CCE, chiedendo quindi in riforma l'accoglimento delle conclusioni in epigrafe indicate.

Si costituiva in giudizio il Comune di _____ in data 09.07.2018 che contestava in fatto e diritto le argomentazioni, deduzioni e conclusioni di parte appellante, chiedendo il rigetto integrale del gravame con condanna alle spese di lite. All'udienza fissata per la discussione del 19.09.2018 comparivano i procuratori difensori delle parti, che dopo aver illustrato le rispettive difese e posizioni, insistevano nell'accoglimento delle domande svolte e all'esito, la Corte, previa camera di consiglio, decideva come da dispositivo letto in udienza.

Tanto premesso l'appello è infondato, deve essere dunque rigettato per i motivi che seguono.



Logicamente appare opportuno affrontare per prima la doglianza dedotta sub. lett. D) del ricorso e sub lett. a) dei motivi sinteticamente riassunti, con la quale si censura il mancato accoglimento dell'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore di quello amministrativo.

In particolare la difesa di _____ sostiene che i terreni comunali sui quali sono state installate le *due stazioni radio base per telefonia cellulare* ed oggetto dei due contratti di locazione, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale, appartengono al patrimonio indisponibile proprio perché sono stati dati in godimento alla appellante per lo svolgimento di un servizio di pubblica utilità, pertanto, al di là del *nomen iuris* dato alle parti (contratto di locazione) il rapporto in essere ha natura concessoria e quindi essendo stata contestata la validità della clausola n.3 dei contratti con la quale è stato determinato il canone di locazione in violazione delle norme imperative di cui agli artt. 93 e/o 88 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, la controversia rientrerebbe nella giurisdizione del GA e non in quella dell'AGO. In particolare si sostiene che, poiché, si discute del potere dell'ente pubblico con cui è stato determinato il corrispettivo dovuto e non puramente e semplicemente della sua quantificazione, ne deriva ai sensi dell'art. 133/1 lett.b del D.Lgs. 104/2010 (Codice del Processo Amministrativo, in base al quale sono devolute alla competenza del Giudice Amministrativo “...*le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi...*” così come interpretato anche da Cass. Civ. SS.UU. 20939/2011) che la competenza dell'AGO non può estendersi alle controversie che coinvolgano l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altro corrispettivo, sussistendo la giurisdizione del G.A.



Ritiene la Corte di non poter accogliere tale eccezione, poiché, come giustamente osservato dal Tribunale, nel caso di specie i beni comunali dati in godimento alla _____ non hanno natura demaniale né appartengono al patrimonio indisponibile, pertanto il rapporto insorto tra le parti non può essere ricondotto allo schema concessorio, bensì a quello privatistico della locazione, con conseguente cognizione del giudice ordinario.

Occorre, infatti, rilevare in primo luogo come la stessa appellante non abbia mai contestato la circostanza secondo la quale i terreni oggetto di causa appartengano al patrimonio disponibile del Comune di _____. E' pacifico come dimostrato dalla documentazione fotografica in atti che l'installazione degli impianti di radiocomunicazione è avvenuta su due terreni incolti di circa mq 41, non oggetto di destinazione ad attività di pubblico interesse, i quali sono stati locati alla

con due contratti del 24.02.2005 e del 10.03.2006 che venivano sciolti per mutuo consenso e nuovamente sottoscritti in data 26.07.2011 con durata novennale. Contrariamente a quanto sostenuto dunque, il rapporto ha avuto ed ha natura privatistica, non condividendo questo Collegio la tesi dell'appellante oggetto della successiva doglianza sub lett. B) e c) dei motivi sinteticamente riassunti per cui, per il solo fatto di aver posato le antenne sui terreni, questi sarebbero automaticamente passati a far parte del patrimonio indisponibile del Comune. Osta ad una tale interpretazione, la carenza dei requisiti come individuati dalla costante giurisprudenza della Cassazione da ultimo con la pronuncia delle Sez. U, Ordinanza n. 6019 del 25/03/2016 in base alla quale: *"Affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili, in quanto destinati a un pubblico servizio ai sensi dell'art. 826, comma 3, c.c., deve sussistere il doppio requisito (soggettivo e oggettivo) della manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico (e, perciò, un atto amministrativo da cui risulti la specifica volontà dell'ente di destinare quel determinato bene a un pubblico servizio) e dell'effettiva e attuale destinazione del bene al pubblico servizio; in difetto di tali condizioni e della conseguente ascrivibilità del bene al patrimonio indisponibile, la cessione in godimento del bene medesimo in favore di privati non può essere ricondotta a un rapporto di concessione amministrativa, ma, inerendo a un bene facente parte del patrimonio disponibile, al di là del "nomen iuris" che le parti contraenti abbiano inteso dare al rapporto, essa viene a inquadrarsi nello schema privatistico della locazione, con la conseguente devoluzione della cognizione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario.."*



Nel caso di specie, si ravvisa sia la mancanza dell'elemento soggettivo (volontà del Comune di _____ di destinare i terreni ad un pubblico servizio) sia la mancanza dell'elemento oggettivo (gli impianti rimangono di proprietà della _____ e l'occupazione ha carattere temporaneo sino al 2020), pertanto si ritiene che i terreni incolti, locati alla _____ e poi da questa recintati e quindi sottratti all'uso pubblico, siano e restino beni comunali disponibili.

Non solo, l'appellante ha chiesto la declaratoria di inefficacia/invalidità dell'art. 3 dei contratti con il quale è stato convenzionalmente determinato il canone e la sua sostituzione con gli importi da determinarsi ex artt. 93 e 88 CEE, non censurando quindi l'accordo sottoscritto e la sua natura privatistica, ma solo la determinazione del canone.

In ogni caso, come giustamente rilevato dalla difesa del Comune anche nell'ipotesi in cui si ritenessero i terreni appartenenti al demanio o al patrimonio indisponibile, la Suprema Corte nell'affrontare la questione della giurisdizione con riferimento all'applicazione dell'art. 93 del dlgs n. 259/2003 qui invocato da _____ in una diversa fattispecie relativa all'attraversamento del demanio idrico da _____

parte delle infrastrutture delle reti di telecomunicazioni ed alla debenza o meno di oneri o canoni ulteriori, ha affermato la giurisdizione dell'AGO in base al principio per cui: "... il D.Lgs. n. 259/2003, art. 93, fissa la giurisdizione ordinaria laddove sottrae agli enti diversi dallo Stato la determinazione dei canoni per l'occupazione di aree su cui insistono infrastrutture di rete di telecomunicazioni", (vedi Cass. sez. Unite sentenza n. 10536 del 3.5.2018 che richiamano altro precedente conforme sentenza Sez. Un. n. 2730 del 2.2.2017).

Affermata dunque la giurisdizione dell'AGO e fatta questa premessa sulla natura del rapporto intercorso tra le parti, si ritiene di dover rigettare anche la successiva doglianza dedotta sub lett. A del gravame e sub lett. b) dei motivi sinteticamente riassunti, con la quale si censura la pronuncia per avere il Tribunale ritenuto che non possa trovare applicazione l'art. 93 del Dlgs n.259/2003, il quale prevede 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 l'Ente locale, ovvero l'Ente proprietario, 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 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 Codice, 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 ed integrazioni, calcolato secondo quanto previsto dal comma 2, lettera e), 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" ...*".

Secondo la tesi dell'appellante, la ratio della norma prevista dal Codice delle Comunicazioni Elettroniche è quella di garantire agli operatori di telecomunicazioni un accesso vantaggioso ed agevolato alle aree degli enti pubblici, sottraendo la relativa contrattazione alle normali regole e ai valori commerciali del libero mercato, con conseguente divieto di imposizione di oneri diversi rispetto agli importi previsti per la Tosap/Cosap che vengono richiamate -si sostiene- quanto alle modalità di calcolo degli unici importi concretamente esigibili dagli operatori di telecomunicazione.

In altre parole, nel caso concreto l'importo dovuto al Comune di _____ sarebbe pari all'importo stabilito per la TOSAP (€ 516,46 annuali), anziché quello stabilito contrattualmente tra le parti, o

tutt'al più, in via subordinata, in applicazione dell'art. 88 comma 12 del predetto decreto sarebbe comunque dovuto un minor canone equo e non discriminatorio nella misura da determinarsi in corso di causa. L'art. 88 statuisce, espressamente che: *"...Le figure soggettive esercenti pubblici servizi o titolari di pubbliche funzioni hanno l'obbligo, sulla base di accordi commerciali a condizioni eque e non discriminatorie, di consentire l'accesso alle proprie infrastrutture civili disponibili, a condizione che non venga turbato l'esercizio delle rispettive attività istituzionali..."*, pertanto, del tutto ingiustamente il Tribunale ha ommesso di valutare mediante CTU se la determinazione del canone fosse equa, perché l'esclusione dell'applicazione dell'art. 93 non comporta automaticamente anche quella dell'art. 88, come sostenuto con la censura sub lett. E) e d) dei motivi sinteticamente riassunti.

Anche, tali doglianze non possono essere accolte. Come già anticipato, essendo i terreni locati patrimonio disponibile del Comune, ben poteva l'appellato concordare liberamente il canone perchè l'art. 93 trova applicazione nella diversa ipotesi in cui i beni oggetto dell'occupazione da parte dei gestori telefonici appartengano al demanio o al patrimonio indisponibile. In questo caso, non possono essere imposti ulteriori oneri, come espressamente sancito dal primo comma, al di fuori di TOSAP /COSAP come previsto dal secondo comma. In altri termini, l'art. 93, nel fare salva l'applicazione della TOSAP e del COSAP, non può che riferirsi alle fattispecie in cui dette imposizioni sono dovute ai sensi della normativa che le prevede, con l'esclusione quindi di spazi ed aree pubbliche facenti parte del patrimonio disponibile dell'ente. Quanto poi all'omessa valutazione da parte del primo giudice dell'art. 88 CEE, osserva la Corte come l'appellante voglia arrivare ad una interpretazione distorta della norma. L'art. 88 comma 12 CCE non si riferisce al fatto che l'installatore abbia il pieno diritto di avere in locazione, ad un prezzo calmierato, un qualsiasi bene sia esso demaniale, indisponibile o disponibile del Comune, ma prevede che alcune figure esercenti pubblici servizi collaborino consentendo l'accesso ad infrastrutture civili disponibili, onde agevolare l'attività di comunicazione elettronica.

Quanto sopra argomentato sulla inapplicabilità dell'art. 93 CEE al caso di specie, assorbe la censura sub lett.D con la quale si lamenta l'erroneità della pronuncia laddove il primo giudice ha sostenuto che: *"...la disciplina di cui al noto art.93 non sarebbe comunque applicabile alla fattispecie qui in esame (cfr. TAR Friuli Venezia Giulia 15.7.2010 n.525) secondo la quale le speciali agevolazioni di cui all'art. 93, comma 2, del D.Lgs. sono relative alla sola fase di realizzazione delle reti di comunicazione elettronica e non anche alla fase successiva relativa all'esercizio del servizio mediante occupazione dell'area pubblica..."*, stante la nuova versione dell'art. 93



come modificato dall'art. 68 co.1.del dlgs.70/2012 che estende l'efficacia dell'art. 93 secondo comma non solo alla fase di realizzazione o installazione degli impianti ma anche alla fase di esercizio degli stessi.

Per le ragioni tutte sopra esposte, l'appello deve essere dunque rigettato con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Le spese di lite seguono la soccombenza ex art. 91 c.p.c. e vanno dunque poste a carico di Vodafone Italia spa, come da liquidazione in dispositivo ex D.M. n. 55/2014 tenuto conto dei parametri medi tabellarmente previsti per le causa di valore tra €26.000,01 ed €52.000,00 nonché dell'assenza della fase istruttoria e del riconoscimento per intero della fase decisoria pur in assenza del deposito delle memorie difensive finali.

Stante il rigetto dell'appello ricorrono le condizioni per dare atto, ai sensi dell'art.13, co.1-*quater*, dpR n.115/2002 (inserito dall'art.1, co.17, l. 228/2012), della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte dell'appellante, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da spa contro Comune di , avverso la sentenza del Tribunale di Monza del 2018 pubblicata il 31.01.2018 n. 367 così provvede:

-Rigetta l'appello;

-Condanna l'appellante a rifondere all'appellato le spese processuali del grado, che liquida in complessivi €9.515,00 di cui €2.835,00 per la fase di studio, €1.820,00 per la fase introduttiva, €4.860,00 per la fase decisoria, oltre spese generali al 15% cpa e iva come per legge;

-dichiara che sussistono i presupposti per il versamento del doppio del contributo unificato a carico dell'appellante

Milano 19.09. 2018

Il cons. est.

dott. Maria Teresa Brena

Il presidente

dott. Irene Formaggia

CORTE D'APPELLO DI MILANO
UFFICIO DI CANCELLERIA

Ricevuto in data 19.09.2018

OGGI 23 NOV. 2018

IL CANCELLIERE

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
dott.ssa Eva PANZELLA

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
dott.ssa Eva PANZELLA