

TAR Toscana Firenze sez. I 26/2/2024 n. 224

FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione 19 dicembre 2019, n. 129, il Consiglio comunale di ***** modificava il Regolamento comunale per l'applicazione del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche già approvato con delib. C.C. 21 aprile 2009, n. 65, introducendo un nuovo art. 26-bis, destinato a trovare applicazione a decorrere dal 1° gennaio 2020 e che prevedeva l'applicazione, alle occupazioni di suolo pubblico finalizzate alla realizzazione e mantenimento di stazioni radio base per i servizi di telefonia mobile, di un canone forfettario di € 17.000,00 (ridotto ad € 15.000,00 per gli impianti in cositing).

La deliberazione era comunicata alla ricorrente (titolare, in virtù di atti di concessione scaduti nel periodo 2011-2015, di ***** in territorio di Scandicci, localizzate su aree pubbliche) in data 15 aprile 2020 ed era impugnata dalla stessa (in persona del procuratore speciale***** s.r.l.), sulla base di unica censura di violazione del d.lgs. 259/03, violazione dell'art 93 d.lgs. 259/03, violazione del d.lgs. n.70/12, violazione del d.lgs. 507/ 93 e 446/97, illegittimità del regolamento comunale per l'applicazione del canone COSAP approvato con delibera di c.c. 65/2009 e successive modifiche ed integrazioni.

2. Con i successivi motivi aggiunti depositati in data 2 novembre 2021, la società ricorrente impugnava altresì il nuovo Regolamento per l'applicazione del canone unico patrimoniale approvato dal Consiglio comunale di Scandicci con deliberazione 11 marzo 2021, n. 29 che, all'art. 61, riproduceva sostanzialmente la previsione dell'art. 26-bis del previgente regolamento già precedentemente impugnata; il regolamento (portato a conoscenza della ricorrente in data 9 luglio 2021) era impugnato, sulla base di censure di: 1) violazione e falsa applicazione degli artt. 1, commi 831 e 831-bis, l. 160/2019, 93, d.lgs. 259/2003 e del principio di legalità; 2) violazione e falsa applicazione degli artt. 35, 88 e 93, d.lgs. 259/2003 sotto ulteriori profili, alla luce dei principi generali di cui al d.lgs. 33/2016, eccesso di potere per absurdità ed iniquità manifeste; 3) invalidità derivata; 4) violazione degli artt. 7 ss. l. 241/90, 25, d.lgs. 259/2003, e 1, l. 249/1997, violazione del principio del contraddittorio; 5) violazione e falsa applicazione degli artt. 52, d.lgs. 446/1997, e 1, comma 821, l. 160/2019, violazione del principio di legalità, carenza di potere regolamentare, eccesso di potere per sviamento; 6) violazione e falsa applicazione degli artt. 93, d.lgs. 259/2003, 63, d.lgs. 446/1997, 1, comma 831, l. 160/2019, e 1, d.lgs. 33/2016, eccesso di potere per sviamento; 7) violazione e falsa applicazione degli artt. 1, commi 819, 824 e 826, l. 160/2019, violazione del principio di legalità, eccesso di potere per sviamento, difetto assoluto di motivazione; 8) violazione e falsa applicazione degli artt. 1, commi 824 e 826, l. 160/2019, violazione del principio di legalità, eccesso di potere per sviamento, difetto assoluto di motivazione, invalidità derivata; 9) violazione e falsa applicazione degli artt. 4, 13, 35 e 93, d.lgs. 259/2003, 1, d.lgs. 33/2016, 4, d.lgs. 50/2016, difetto assoluto di istruttoria e motivazione, eccesso di potere per irragionevolezza; 10) violazione degli artt. 89, 1, commi 819, 821 e 824, l. 160/2019, 25, 35, 89 e 93, d.lgs. 259/2003, 3 e 9, d.lgs. 33/2016, 1, comma 824, l. 160/2019, 4, d.lgs. 50/2016, violazione del principio di legalità, eccesso di potere per travisamento dei presupposti e sviamento, disparità di trattamento; 11) violazione e falsa applicazione dell'art. 1, commi 817 e 831, l. 160/2019, in subordine, invalidità derivata; con il ricorso era altresì richiesto l'accertamento del diritto della ricorrente al "rinnovo delle concessioni di cui è causa alle condizioni stabilite ex lege a norma degli art. 1, commi 831 e 831 bis, l. 160/2019, e 93, d.lgs. 259/2003".

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione comunale di *****, controdeducendo sul merito del ricorso ed articolando eccezioni preliminari di irricevibilità per tardività, improcedibilità sopravvenuta ed inammissibilità delle due impugnazioni, sotto vari profili.

3. Con riferimento al ricorso, la Sezione deve preliminarmente rilevare come non possa trovare accoglimento l'eccezione preliminare di irricevibilità per tardività articolata dalla difesa dell'Amministrazione comunale di Scandicci, sulla base di principi (ovvero, la necessità di riportare la verifica in ordine alla tempestività della data di proposizione del ricorso all'ultimo giorno della pubblicazione dell'atto all'Albo informatico dell'ente e non alla successiva comunicazione all'interessato del nuovo criterio di commisurazione del C.O.S.A.P.) che risultano, in linea di principio, condivisibili, ma che non si attagliano alla fattispecie concreta.

Già in precedenti decisioni (T.A.R. Toscana, sez. I, 23 aprile 2020, n. 492), la Sezione ha, infatti, già avuto modo di applicare alla fattispecie l'ormai tradizionale orientamento giurisprudenziale che differisce l'applicazione delle disposizioni regolamentari non immediatamente lesive al momento di emanazione dell'atto applicativo (in questo caso, gli atti di accertamento): "non è fondata l'eccezione di tardività, atteso che il Regolamento è stato impugnato unitamente all'atto applicativo ..., per cui l'impugnazione è tempestiva secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale (ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 7 ottobre 2016, n. 4130; id., 30 maggio 2016, n. 2294; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 5 novembre 2015, n. 2337)" (tra le tante: T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 1° febbraio 2018, n. 146)".

Pur non rientrando la cognizione delle contestazioni giudiziali della debenza della C.O.S.A.P. nelle attribuzioni giurisdizionali del Giudice amministrativo (trattandosi di fattispecie di competenza dell'A.G.O.: Cass. civ. sez. un., 31 dicembre 2018, n. 33688; 30 maggio 2016, n. 11134; 7 7 gennaio 2016, n. 61; Cons. Stato sez. V, 21 maggio 2019, n. 3259; 23 novembre 2018, n. 6640), è pertanto al momento di emanazione degli atti di accertamento che occorre guardare ai fini della verifica anche della tempestività dell'impugnazione degli atti generali di predeterminazione del canone (la cui impugnazione è di sicura competenza del Giudice amministrativo), secondo una ben nota sistematica complessiva che riporta la lesività dell'atto all'intervento dell'atto applicativo e che giustifica l'apparentemente tardiva impugnazione dell'atto generale presupposto.

Alla luce della precisazione sopra operata il ricorso è sicuramente tempestivo.

Parte ricorrente ha, infatti, depositato tre atti di accertamento C.O.S.A.P. (si veda, al proposito il deposito del 12 gennaio 2024) datati 23 aprile 2021 e relativi all'occupazione sine titolo delle aree in questione nelle annualità 2016, 2018 e 2019 che hanno dato applicazione al criterio di quantificazione previsto dall'art. 26-bis del Regolamento comunale per l'applicazione del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, ovvero al criterio di quantificazione che è stato introdotto dalla deliberazione 19 dicembre 2019, n. 129, impugnata con il ricorso; del resto, si tratta di una circostanza che è lealmente ammessa dalla difesa dell'Amministrazione comunale di Scandicci e che risulta espressamente dimostrata dal richiamo della detta previsione, contenuto nelle premesse degli atti di accertamento e dal criterio di quantificazione concretamente utilizzato dagli atti di accertamento.

Pur non risultando in giudizio la contestazione avanti all'A.G.O. dei detti atti di accertamento, risulta pertanto evidente come la verifica della tempestività dell'impugnazione dell'atto generale debba essere riportata alla data di intervento degli atti applicativi (in questo caso, il 23 aprile 2021) e come,

pertanto , l'impugnazione proposta da parte ricorrente, non possa non essere ritenuta tempestiva (essendo stata proposta addirittura in data anteriore) ed ammissibile (essendosi ormai concretizzata la lesione derivante dall'errata determinazione del C.O.S.A.P.).

3.1. Quanto sopra rilevato in ordine allo stretto collegamento tra atto generale impugnato e i successivi atti di accertamento evidenza, poi, con immediata evidenza, l'impossibilità di accogliere l'eccezione di improcedibilità sopravvenuta dell'impugnazione articolata dalla difesa dell'Amministrazione resistente; con tutta evidenza, la diretta determinazione normativa del canone di cui all'art. 1, comma 831-bis della l. 27 dicembre 2019, n. 160 (inserito dall'art. 40, comma 5-ter, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108), successivamente recepita dalle nuove previsioni regolamentari emanate dal Comune di Scandicci con la nuova deliberazione C.C. 30 marzo 2023, n. 27 non può trovare applicazione ad atti di accertamento precedentemente emanati ed improntati a diversi criteri di determinazione del canone e pertanto l'interesse alla decisione del ricorso risulta saldamente radicato sui riflessi che potrebbe avere la presente impugnazione sulla contestazione giudiziale avanti all'A.G.O. degli atti di accertamento già richiamati.

3.2. Nel merito, il ricorso è poi fondato e deve pertanto essere accolto.

Come ampiamente noto, al centro della problematica è la previsione di cui all'art. 93, 1° e 2° comma del d.lgs. 1° agosto 2003 n. 259 (codice delle comunicazioni elettroniche) nel testo vigente al momento di emanazione dell'atto impugnato che, anche per effetto dell'interpretazione autentica fornita dall'art. 12, 3° comma del d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 33, ha previsto una sistematica complessiva articolata sul divieto, per le Amministrazioni, di "imporre per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, oneri o canoni che non siano stabiliti per legge" o altri oneri finanziari, reali o contributivi, temperato solo dall' 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...".

Al proposito, gran parte delle censure articolate da parte ricorrente risultano, in sostanza, mal calibrate, non avendo l'Amministrazione comunale di Scandicci imposto oneri o canoni non previsti dalla legge, ma solo determinato il canone C.O.S.A.P. applicabile anche agli impianti *****, in applicazione della previsione di cui all'art. 63, 2° comma f) del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446 (come già detto richiamato dall'art. 93, 2° comma del codice delle comunicazioni elettroniche) e di un criterio presuntivo che ha portato ad una determinazione forfettaria, basata sul numero complessivo (e presuntivo) delle relative utenze; del resto, si tratta di un ragionamento presuntivo che è ben esplicitato dalla Relazione tecnica allegata alla deliberazione impugnata (doc. n. 3b del deposito dell'Amministrazione comunale), che ha tentato di calcolare il numero medio presuntivo delle utenze interessate dal singolo impianto.

Con riferimento alle comunicazioni elettroniche, la giurisprudenza di questo T.A.R. ha però già avuto modo di rilevare come risulti "convincente l'argomentazione difensiva ... secondo cui la commisurazione del canone al numero complessivo delle utenze servite non è applicabile alle stazioni radio base per telefonia mobile, in assenza di un collegamento stabile tra l'utente e l'impianto, a differenza di quanto viene per altri servizi a rete (tra cui, ad esempio, la telefonia fissa)" (T.A.R. Toscana, sez. II, 28 marzo 2014, n. 600) e si tratta di conclusione che risulta confermata dalla giurisprudenza successiva che ha pianamente rilevato come "il parametro del numero complessivo

delle utenze non risult(i) applicabile alle telecomunicazioni mobili, non essendo possibile determinare con riferimento a tali servizi il numero complessivo di utenti che usufruiscono della rete” (T.R.G.A. Trento, 5 giugno 2023, n. 22; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 10 febbraio 2022, n. 145; 28 ottobre 2021 n. 890).

La Sezione ritiene di dover dare continuità all’indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato anche in presenza delle contestazioni operate dalla difesa dell’Amministrazione comunale di Scandicci che risultano fondate solo sul dato letterale e non considerano adeguatamente le difficoltà applicative della previsione di cui all’art. 63, 2° comma f) del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446 alla materia delle comunicazioni elettroniche che risultano evidenti dalla semplice lettura della relazione tecnica allegata alla deliberazione impugnata (che utilizza argomentazioni forse troppo presuntive, come quella relativa alla “ripartizione omogenea del mercato tra i 4 principali gestori di telefonia mobile”) e che hanno, in sostanza, indotto lo stesso legislatore ad optare successivamente (e forse definitivamente) per un diverso criterio di determinazione del C.O.S.A.P. nella materia che ci occupa, con il sopravvenuto art. 1, comma 831-bis della l. 27 dicembre 2019, n. 160 (inserito dall’art. 40, comma 5-ter, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108).

Il ricorso deve pertanto essere accolto e deve essere disposto l’annullamento della deliberazione 19 dicembre 2019, n. 129 del Consiglio comunale di *****.

4. Gli stessi principi in materia di valutazione della tempestività ed ammissibilità dell’impugnazione enunciati al punto 3 della sentenza portano poi alla declaratoria di inammissibilità per difetto di interesse dei motivi aggiunti depositati in data 2 novembre 2021.

Con riferimento all’atto impugnato (il nuovo Regolamento per l’applicazione del canone unico patrimoniale approvato dal Consiglio comunale di ***** , con deliberazione 11 marzo 2021, n. 29) non risulta, infatti, documentato in giudizio l’intervento di un qualche atto applicativo e pertanto non può trovare applicazione l’orientamento giurisprudenziale sopra richiamato che differisce l’impugnazione dell’atto all’intervento dell’atto di accertamento.

Avendo l’Amministrazione comunale di ***** dimostrato in giudizio come la deliberazione impugnata sia stata pubblicata all’Albo on line dell’Ente fino al 6 aprile 2021 (doc. n. 7 del deposito dell’Amministrazione comunale), i motivi aggiunti (notificati solo il 7 ottobre) risultano, da un lato, irrimediabilmente tardivi, non potendo peraltro essere neanche prospettato, in considerazione della natura di atto generale dell’atto impugnato, un qualche obbligo di comunicazione individuale ai più diretti interessati (in questo senso, con riferimento a diversa fattispecie, ma sulla base di principi generali pienamente estensibili alla problematica ,che ci occupa, si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 14 ottobre 2019, n. 11831); dall’altro, non risultando essere intervenuto un qualche atto applicativo delle previsioni generali impuginate, risulta evidente come l’interesse all’impugnazione non si sia mai concretizzato e pertanto impugnazione risulti non assistita dal requisito dell’interesse concreto ed attuale.

Del resto, risulta ampiamente condivisibile l’argomentazione di cui al punto 7.3 della memoria conclusionale del comune di *****: “in ogni caso, delle due l’una, o l’art. 61 è immediatamente lesivo e quindi i motivi aggiunti sono tardivi, ... o non lo è, con la conseguenza che, in mancanza dell’atto applicativo, il ricorso è inammissibile per carenza di interesse”.

Per di più (ed in termini più sostanziali e definitivi), nella fattispecie, l’inammissibilità dell’impugnazione risulta evidente anche da un diverso ordine di considerazioni.

Come già rilevato, l'atto generale non ha, infatti, mai trovato applicazione nei confronti della ricorrente e, in applicazione dello stesso criterio enunciato ed applicato dal Comune di ***** (che guarda al criterio di commisurazione del C.O.S.A.P. vigente al momento di emanazione dell'atto di accertamento e non all'occupazione sine titolo del bene), i relativi criteri di quantificazione dovrebbero risultare superati dalla diretta determinazione normativa del canone di cui all'art. 1, comma 831-bis della l. 27 dicembre 2019, n. 160 (inserito dall'art. 40, comma 5-ter, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108) che oggi risulta recepita dalle nuove previsioni regolamentari emanate dal Comune di ***** , con la nuova deliberazione 30 marzo 2023, n. 27; non sussiste pertanto un qualche interesse attuale alla decisione, sia dell'azione impugnatoria, che dell'azione di accertamento proposte con i motivi aggiunti.

5. La reciproca soccombenza tra ricorso e motivi aggiunti permette poi di procedere alla compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e sui motivi aggiunti depositati in data 2 novembre 2021:

a) accoglie il ricorso, come da motivazione e, per l'effetto, dispone l'annullamento della deliberazione 19 dicembre 2019, n. 129 del Consiglio comunale di *****;

b) dichiara inammissibili per difetto di interesse i motivi aggiunti depositati in data 2 novembre 2021.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.