

Le antenne di telefonia mobile sono un servizio pubblico? Il Tribunale di Treviso lo esclude, quindi è dovuto il canone di locazione: considerazioni a margine della sentenza del Tribunale ordinario di Treviso sezione terza civile n. 240/2021 r.g.a.c. in data 15/12/2021

di Claudio Fommei, Segretario Generale dei Comuni di Asolo e Trevignano della Provincia di Treviso e di Beppe Taibi, Segretario Generale dei Comuni di Sarcedo, Lugo di Vicenza e Pianezze della Provincia di Vicenza

IL CASO

La vicenda che ha dato origine alla sentenza si inserisce nel fenomeno, sempre più frequente anche a seguito di recenti interventi normativi non proprio favorevoli per gli enti pubblici locali¹, per cui le società che gestiscono le infrastrutture installate dagli operatori che forniscono servizi di comunicazione elettronica (le antenne che ripetono i segnali telefonici) disattendono gli impegni contrattuali assunti con i Comuni, non versando più ai Comuni locatori il canone pattuito o al più solo il minimo previsto dalla disciplina della Tassa Occupazione Spazi ed Aree Pubbliche (TOSAP) ovvero del Canone Occupazione Spazi ed Aree Pubbliche (COSAP), ora riassorbita dal canone unico.

Il giudice civile, nella sentenza in rassegna, ritiene anzitutto che nella fattispecie possa trovare applicazione l'art. 93 del D.lgs. n.259/03, che consentirebbe eventualmente di chiedere alle società private l'applicazione del canone unico, solo ove occorrono, come anche statuito da ampia giurisprudenza al riguardo, due requisiti uno soggettivo e l'altro oggettivo: è necessaria infatti sia la 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 ad un pubblico servizio, spesso assente, sia l'effettiva ed attuale destinazione del bene al servizio stesso. Bene nella vicenda in esame i due requisiti, e peculiarmente il secondo, sono stati ritenuti assenti. Con particolare riferimento al requisito oggettivo, il giudice ha espresso due importantissimi principi, che vanno tenuti bene presenti, quando vanno valutati i presupposti per l'applicazione del canone unico ai rapporti concessori/locatizi di aree destinate all'installazione di infrastrutture di telecomunicazione.

Il primo stabilisce che le attività di 'interesse generale' (come qualificate dall'art. 3 co. 2 D. Lgs. n. 259/2003 ovvero il Codice delle comunicazioni elettroniche) non possano ritenersi equipollenti ad un servizio pubblico in quanto, per il loro utilizzo, i consumatori pagano delle tariffe non calmierate, ma soggette alla concorrenza di mercato, a società con scopo di lucro. Questo è tanto più vero non solo con riferimento ai consumatori finali ma anche in quanto spesso la società che è titolare del contratto e che ha realizzato l'infrastruttura sub-concede l'impianto ad altri gestori, con rapporti di natura economica e lucrativa.

¹ Il comma 5-ter dell'art. 40 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, così come convertito dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, ha introdotto il nuovo comma, l'831-bis, alla legge 27 dicembre 2019, n.160 (Legge di Bilancio 2020). In particolare, tale comma 831-bis ha stabilito una specifica tariffa da applicare agli impianti installati dagli operatori che forniscono servizi di comunicazione elettronica. Il provvedimento che introduce la novità in esame, di fatto, è un decreto di natura emergenziale che non riporta alcuna disposizione che afferisce ai tributi locali, stante l'intervento rivolto alla Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza. Il comma in commento, peraltro aggiunto in sede di conversione del decreto in legge (Legge di conversione del 29 luglio 2021, n. 108), prevede l'applicazione di una tariffa a forfait, di € 800, non modificabile da parte dei Comuni, destinata alle occupazioni realizzate con infrastrutture di telecomunicazione, quali, ad esempio, impianti per telefonia mobile, ripetitori e stazioni radio.

Il secondo principio, altrettanto importante, stabilisce che per conservare il carattere di bene indisponibile ex art. 826 III comma c.c., presupposto quindi per l'applicazione della normativa sul canone unico, il bene dovrebbe essere destinato a servizi di competenza dell'Ente locale territoriale e sicuramente tra questi non rientra certo il servizio di telecomunicazioni, fisse e mobili. Ciò significa in pratica che se anche a suo tempo nell'assegnazione dell'area al gestore telefonico è stato utilizzato il modello della concessione anziché quella della locazione, va verificato in concreto se il bene dato in godimento di per sé appartenga al patrimonio indisponibile: il fatto che nell'area concessa si realizzi un servizio di telecomunicazione non è questo motivo sufficiente per determinare l'indisponibilità dell'immobile, come invece sostenuto dai concessionari degli immobili. Si pensi ad esempio alle ipotesi ricorrenti, come quella in esame, che venga concessa una porzione di un immobile adibito ad impianto sportivo oppure un'area di parcheggio; nel momento in cui l'area non è più impianto sportivo o non è più area di parcheggio, per essere destinata all'installazione della infrastruttura di telecomunicazione, non è più destinata a servizio pubblico comunale e quindi entra automaticamente nel patrimonio disponibile dell'ente, cui è naturalmente applicabile la normativa di diritto privato. Per tale tipologia di beni, infatti, la pubblica amministrazione si comporta alla stregua di qualsiasi soggetto privato e può, quindi, legittimamente prevedere il pagamento di un canone di locazione da parte del soggetto occupante il suolo pubblico, non trovando applicazione la disciplina del canone unico². Mancando quindi tali presupposti dell'art. 93 del D. Lgs. n. 259/03, trattandosi di beni appartenenti al patrimonio disponibile, per il giudice la cessione in godimento a favore della società di gestione della rete di telefonia, al di là del 'nomen iuris' che le parti abbiano dato al rapporto, viene ad inquadrarsi nello schema privatistico della locazione e pertanto il canone pattuito è pienamente legittimo ed esigibile.

L'EVOLUZIONE DELLA QUESTIONE

Nei contenziosi sulla debenza dei canoni pattuiti con i Comuni proprietari delle aree locate/concesse, i gestori delle reti telefoniche negli ultimi anni hanno sostenuto, schematicamente e seguendo l'evoluzione della normativa, la seguente posizione:

- il Decreto Legislativo 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche) prevede all'art.35, comma 3, (Contributi per la concessione di diritti di uso e di diritti di installare infrastrutture) *“che per i contributi relativi alla concessione dei diritti per l'installazione, su aree pubbliche, di infrastrutture di reti di comunicazione elettronica, si applicano le disposizioni di cui al comma 2 dell'articolo 93.”*;

² Giustamente l'IFEL ha osservato in data 2 novembre 2021 nel documento, rivolto alle Amministrazioni comunali ed intitolato “Nota interpretativa L'applicazione della nuova disciplina del canone reti ed infrastrutture di comunicazione elettronica”, che: *“A questo proposito, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 47 del 26 marzo 2015, ha stabilito che una legge regionale che imponga il pagamento di oneri non previsti dalla legge statale viola l'art. 117 della Costituzione, in quanto si pone in contrasto con l'art. 93 del D.lgs. 253/2003, espressione di un principio fondamentale della materia «ordinamento della comunicazione». È importante però sottolineare - per il tema che qui interessa - che la Corte Costituzionale, nel ribadire il divieto di imporre oneri non previsti dalla legge statale, non mette in discussione il rapporto di tipo privatistico tra Comune e gestori, quando l'area di installazione dell'impianto appartenga al patrimonio disponibile dell'ente. In questo caso, quindi, il canone di locazione è dovuto e non si applicano le ordinarie regole del Canone unico”*. Il giudice nella sentenza in commento richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui in difetto della destinazione a pubblico servizio e della conseguente ascrivibilità del bene pubblico al patrimonio indisponibile dell'Ente, la cessione in godimento a favore di privati, al di là del 'nomen iuris' che le parti abbiano dato al rapporto viene ad inquadrarsi nello schema privatistico della locazione.

- il successivo art. 93 comma 2, prevede che *“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”***;

- per l'occupazione e l'utilizzo delle aree pubbliche dell'ente locale, l'operatore titolare dell'infrastruttura di tlc deve corrispondere solo il Cosap ovvero in alternativa la Tosap, non anche canoni determinati all'infuori dei parametri e dei criteri stabiliti dal legislatore;

- tale previsione, che rappresenta una norma imperativa ed inderogabile, si applica anche al caso delle occupazioni/utilizzo del suolo e delle aree comunali o provinciali mediante SRB ed infrastrutture di rete per la telefonia mobile (T.A.R. Veneto, sez. II, 23/03/2011, n. 478);

- il legislatore ha adottato, all'uopo, **ben due interpretazioni autentiche** del citato comma 2 dell'art. 93, ossia:

1) **ex art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2016:**

“L'art. 93, comma 2, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che gli operatori che forniscono reti di comunicazione elettronica possono essere soggetti soltanto alle prestazioni e alle tasse o canoni espressamente previsti dal comma 2 della medesima disposizione”.

2) con **ulteriore ed inequivocabile interpretazione autentica sempre del suddetto art. 93 co. 2**, il legislatore è all'uopo ancora una volta intervenuto con l'emanazione dell'art. 8 bis, comma 1, lett. c), D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, **dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12, che ha così ulteriormente integrato il comma 3 del cit. art. 12 del d.lgs. n. 33/2016:**

*“L'articolo 93, comma 2, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che gli operatori che forniscono reti di comunicazione elettronica possono essere soggetti soltanto alle prestazioni e alle tasse o canoni espressamente previsti dal comma 2 della medesima disposizione, **restando quindi escluso ogni altro tipo di onere finanziario, reale o contributo, comunque denominato, di qualsiasi natura e per qualsivoglia ragione o titolo richiesto**”*.

Seguendo la strada della regolamentazione delle occupazioni di patrimonio indisponibile i Comuni hanno dovuto affrontare la difficoltà della determinazione del canone Cosap/Tosap sulla base dei criteri stabiliti dalla normativa tributaria specifica.

Infatti questa prevedeva, da un lato, speciali agevolazioni per occupazioni ritenute di particolare interesse pubblico (articolo 63 del d.lgs 446/ 1997, comma 2, lettere e) e la soluzione adottata nei Comuni è stata quella di dividere il territorio in fasce d'importanza, agevolando la porzione di territorio meno importante, in pratica la periferia. Si osserva che

per i Comuni più piccoli, con pochi od unici impianti, tale criterio è stato di difficile se non impossibile praticabilità.

Dall'altro il canone avrebbe dovuto essere commisurato al numero complessivo delle relative utenze (articolo 63 del d.lgs 446/ 1997, comma 2, lettere f); al riguardo gli enti gestori hanno sempre sostenuto che le utenze, ovvero il numero di cellulari che si agganciano alla cella telefonica, non fossero tecnicamente determinabili, e quindi tale criterio di fatto risultava del tutto impraticabile. Si spiega quindi perchè la pretesa dei concessionari si è sempre attestata nel minimo previsto di 516,00, demandando agli enti pubblici l'improbabile onere di motivare importi superiori.

Infine il nuovo regime normativo previsto dalla legge 108/2021 di conversione del D.l. 77/2021 ha reso del tutto inefficace la scelta dei Comuni di prevedere nei regolamenti comunali sul nuovo canone unico patrimoniale un coefficiente moltiplicatore specifico per questa categoria di occupazioni, al fine di definire un canone in linea con il gettito il più possibile vicino a quello contrattato. L'importo forfettario di 800 euro previsto per ogni impianto che insista sul territorio di ciascun ente, non è più modificabile dagli enti con proprio regolamento, la nuova disciplina mette fine al tentativo degli enti locali di salvare un introito importante.

Fino alla sentenza in commento, sembrava che ove il bene rientrasse nel patrimonio indisponibile risultasse impossibile sostenere la validità, perlomeno a partire dalla decorrenza del limite al canone (non è chiaro se il canone forfettario decorra dall'entrata in vigore della legge oppure dall'anno successivo 2022 in cui trovano piena applicazione le nuove tariffe secondo il normale ordinamento tariffario legato al bilancio) dei contratti già stipulati con riferimento al canone concessorio.

Ora questo principio sembra cominciare ad incrinarsi e si produce una possibile inversione di tendenza.

Il varco aperto dalla sentenza

Il Tribunale di Treviso, infatti, con sentenza del 15 dicembre 2021 interviene proprio sul nervo scoperto dei tesissimi rapporti tra Società dei servizi di telecomunicazioni e i Comuni. Come dicevamo sopra, lo spettro della richiesta di rinegoziazione aleggia su centinaia e centinaia di contratti di locazione e concessione di spazi pubblici per l'installazione di antenne di telefonia e i Comuni sono alle prese con decisioni che potrebbero determinare un impatto notevole sui bilanci comunali. Infatti, in questi mesi fioccano le richieste delle società concessionarie che oscillano tra la pretesa di rinegoziazione dei canoni e quella di ritenere che, in barba ai contratti sottoscritti, i comuni non abbiano null'altro a pretendere che il canone unico patrimoniale. E' stata stimata una complessiva riduzione di gettito pari a 130-150 milioni di euro, solo verificando le entrate dei comuni capoluogo nel 2021, ma forse gli importi in gioco sono anche di più. I dirigenti e le amministrazioni comunali sono alle prese con una decisione sicuramente difficile e da prendere in tempi brevi, sospesi tra le pretese, da un lato, degli operatori economici che minacciano di adire le vie legali e il rischio, dall'altro, di vedersi contestare il danno erariale che potrebbe derivare dall'assunzione di provvedimenti emessi in favore degli operatori economici, a fronte di obbligazioni da questi assunte con regolari contratti.

La sentenza segna un punto a favore dei comuni, in una partita tremendamente complessa ed in cui l'arbitro purtroppo spesso sembra "incline" a favorire una delle due squadre in campo, come dimostra l'intervento del legislatore che interviene a piedi uniti sulla materia, con una disposizione del recente decreto DL 77/2021 recante norme in materia di "*Governance del*

Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure". Cosa c'entra la Governance del PNRR con l'applicazione del canone unico patrimoniale sulle antenne di telefonia mobile? La misura si trova nel Titolo II della Parte II, nella sezione dedicata alla transizione al digitale, quindi una norma volta a semplificare il regime autorizzatorio *"per l'installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica"*. Sembra inoltre che il legislatore non abbia letto o comunque considerato il comma 817 dell'art. 1 della Legge 27 dicembre 2019, n. 160, in cui si dice che il nuovo canone unico avrebbe dovuto garantire l'invarianza di gettito: infatti più che di invarianza si tratta di un imponente emorragia di risorse.

Invero, appare chiaro che la misura prima ancora di semplificare il regime autorizzatorio, sembra incidere sul peso economico che devono sopportare gli operatori economici, obbligando i comuni a fare i conti con una cospicua diminuzione di entrate.

A seguito del predetto intervento normativo (comma 5-ter dell'art. 40 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77), infatti, è stata interpolata la legge 160 del 2019, istitutiva del canone unico patrimoniale, con l'aggiunta di un nuovo comma, l'831-bis, il quale dispone che: **"831-bis. *Gli operatori che forniscono i servizi di pubblica utilità di reti e infrastrutture di comunicazione elettronica di cui al codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, e che non rientrano nella previsione di cui al comma 831 sono soggetti a un canone pari a 800 euro per ogni impianto insistente sul territorio di ciascun ente. Il canone non è modificabile ai sensi del comma 817 e ad esso non è applicabile alcun altro tipo di onere finanziario, reale o contributo, comunque denominato, di qualsiasi natura e per qualsiasi ragione o a qualsiasi titolo richiesto, ai sensi dell'articolo 93 del decreto legislativo n. 259 del 2003. I relativi importi sono rivalutati annualmente in base all'indice ISTAT dei prezzi al consumo rilevati al 31 dicembre dell'anno precedente. Il versamento del canone è effettuato entro il 30 aprile di ciascun anno in unica soluzione attraverso la piattaforma di cui all'articolo 5 del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82"*.**

La sentenza commentata, invero, prende le mosse dall'assetto normativo previgente, infatti cita esclusivamente gli articoli 63 del D. lgs. 446/1997 e 93 del D. Lgs. 259/2003, senza misurare l'impatto prodotto dalla nuova disciplina. Le due norme citate dettano disposizioni in materia, rispettivamente, di tariffa per l'occupazione di suolo pubblico e di divieto di gold plating nell'applicazione della disciplina della Tosap nei confronti degli operatori dei servizi di comunicazione elettronica. A ben vedere, in parte qua, la disciplina previgente, di cui si è ampiamente trattato nel paragrafo precedente, conteneva già una previsione abbastanza simile a quella dettata dal nuovo comma 831 bis. Questo significa che, nonostante sia stato modificato il quadro normativo, la sentenza in commento rimane estremamente attuale.

Infatti, con la sentenza in commento, il Giudice opera in maniera chirurgica e recide in maniera radicale il filo che lega l'applicazione della disciplina in materia di canone alle concessioni comunali di spazi pubblici per l'installazione delle antenne di telefonia.

Finora, la summa divisio che presiedeva a questa tipologia di rapporti sembrava orientare i comuni verso una bipartizione, tale per cui occorre(va) distinguere tra occupazione di beni appartenenti al demanio od al patrimonio indisponibile, cui si applica il canone per l'occupazione, oggi canone unico, e beni appartenenti al patrimonio disponibile, cui si applica il regime ordinario privatistico e quindi il regime della locazione. Il Giudice di Treviso,

invece, invita giustamente a guardare oltre la forma e tenta di snidare i requisiti che segnano la sostanza del rapporto concessorio.

Infatti, il Giudice Trevigiano considera elementi strutturali per poter qualificare come di natura concessoria il rapporto, non tanto l'appartenenza del bene al patrimonio disponibile o indisponibile, bensì da un lato la **manifestazione di volontà dell'ente** titolare del diritto reale pubblico e, dall'altro, **l'effettiva ed attuale destinazione del bene al servizio stesso**. Tanto da considerare come soggetto al regime privatistico e non pubblicistico anche un bene appartenente al patrimonio indisponibile, se questo venga “distolto” dalla propria funzione di soddisfacimento di un interesse pubblico.

Dunque, a ben vedere, potremmo dirla in maniera più semplice: molto di più della qualificazione formale del bene conta il fatto che questo sia stato effettivamente destinato alla soddisfazione di un interesse pubblico. In assenza di questa condizione, saremmo fuori dal regime pubblicistico e di fronte alla netta prevalenza del principio “pacta sunt servanda”, ossia a determinare le sorti del rapporto giuridico è il contratto.

Nel caso di specie, secondo il Giudice, d'altronde, non si può parlare di vera e propria concessione, perché i rapporti concessori vengono in rilievo allorquando siamo in presenza di un servizio pubblico e per potersi parlare di servizio pubblico manca, nel caso degli operatori dei servizi di telecomunicazioni, una componente essenziale, ossia quelli, che dalla normativa comunitaria, vengono definiti “obblighi di servizio”.

Per questo il Giudice Civile Trevigiano dichiara infondate le pretese degli operatori economici, atteso che questi nell'esercizio della propria attività economica operano in regime di libertà di mercato, ragione per cui non possono pretendere dagli enti locali l'applicazione di un canone concessorio, neppure quando il bene appartenga al patrimonio indisponibile.

La sentenza emessa dal Giudice veneto è in questo senso particolarmente interessante, perché pone un principio di diritto applicabile anche in vigenza della nuova normativa. Infatti, seguendo il filo logico tracciato dalla sentenza di prime cure, viene in rilievo la circostanza che mancherebbe nel caso di specie il presupposto per l'applicazione del canone unico, in quanto *“le attività di ‘interesse generale’ (come qualificate dall'art. 3 co. 2 D. Lgs. n. 259/2003) non (possono) ritenersi equipollenti ad un servizio pubblico in quanto, per il loro utilizzo, i consumatori pagano delle tariffe non calmierate, ma soggette alla concorrenza di mercato, a società con scopo di lucro”*.

A ben vedere, del resto, la nuova disposizione introdotta in sede di conversione del DL 77/2021 mira ad un obiettivo ben diverso, ossia fare strame dei regolamenti comunali che, nel disciplinare il nuovo canone unico patrimoniale, hanno dichiarato cautelatamente l'assoggettabilità al canone unico dell'occupazione per l'installazione di antenne di telefonia, ma hanno disposto dei canoni particolarmente elevati avvalendosi dei margini di manovra consentiti dai commi 817 e ss della legge 160/2019, in modo da limitare il più possibile la perdita di gettito.

Invece, la sentenza del Giudice di Primo Grado qui commentata affronta l'argomento da un angolo visuale del tutto diverso, in quanto dice, nella sostanza, che, nel caso dell'installazione delle antenne di telefonia mobile su un terreno o un immobile pubblico, mancherebbe in radice il presupposto per l'applicazione della disciplina pubblicistica, vista la distrazione del bene dalla sua finalità propria, atteso che la locazione/concessione del bene stesso ad un soggetto privato sancirebbe un illimitato ius ad excludendum da parte dello stesso operatore, in assenza dell'imposizione di obblighi di servizio pubblico.

Per di piu' per il Tribunale il servizio di telecomunicazione, non rientrando tra le competenze dei comuni, non può realizzare il presupposto previsto dall'art. 826 comma 3 del codice civile per qualificare in via residuale (ove non si rientri negli artt. dal 822 e ss. del c.c.) un bene immobile come indisponibile ovvero la destinazione dell'immobile a pubblico servizio.

Considerati gli interesse in gioco, non appare improbabile che la vicenda avrà un seguito e si potrà verificare se questo primo interessante orientamento verrà o meno confermato