

N. R.G. 792/2014



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di CREMONA

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Alessandra Medea Marucchi
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **792/2014** promossa da:

VODAFONE OMNITEL B.V. (C.F. 08539010010), con il patrocinio dell'avv. PROF. MARIO
Libertini e avv. Virginia Bellucci elettivamente domiciliata presso l'avv. PICASSO MARIA
GIUSEPPINA

OPPONENTE

contro

COMUNE DI MADIGNANO IN PERSONA DEL SINDACO PRO TEMPORE (C.F.
00302860192), con il patrocinio dell'avv. GUERINI ROCCO MARTA

INTERVENUTO

CONCLUSIONI

PER PARTE OPPOSENTE:

“insiste affinché l'on.le Tribunale adito, rigettata ogni contraria domanda, anche istruttoria, eccezione e difesa, incluse la domanda subordinata volta a conseguire la dichiarazione di nullità dell'intero contratto in essere tra le parti ex art. 1419, comma 1, c.c., e la domanda ulteriormente subordinata volta a conseguire la risoluzione di detto contratto, Voglia:

i. in via preliminare, ove ritenga di non poter risolvere in via incidentale la questione della natura del bene concesso in uso a Vodafone e la questione della qualificazione del contratto in essere tra le parti, dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e per l'effetto revocare il decreto ingiuntivo n. 1224/2013 oggetto della presente opposizione, con ogni conseguenza di legge;

ii. nel merito, per le ragioni esposte in narrativa, dichiarare nullo e/o inefficace e per l'effetto revocare e/o annullare il sopra citato decreto ingiuntivo n. 1224/2013, con ogni conseguenza di legge;

iii. accertare e dichiarare, per le ragioni esposte in narrativa, la nullità, originaria o sopravvenuta, e/o l'inefficacia dell'art. 4 della Convenzione di concessione stipulata tra Vodafone e il Comune di Madignano



in data 22 novembre 2010 e la sostituzione di detta clausola, ai sensi degli artt. 1419, comma 2, c.c. e art. 1339 c.c., con la previsione dell'obbligo di pagamento delle somme stabilite ex lege a titolo di TOSAP, determinate nella misura minima di € 516,46 annue o nella diversa misura che il Tribunale riterrà conforme a legge;

iv. accertare e dichiarare, per l'effetto, il carattere indebito del pagamento della complessiva somma di € 48.000,00 (quarantottomila/00) ricevuto dal Comune di Madignano a titolo di canone per la concessione;

v. condannare quindi il Comune di Madignano alla restituzione in favore di Vodafone della predetta somma, in quanto indebitamente percepita, oltre che degli interessi legali decorrenti dalla data dal pagamento, decurtate le somme che l'odierna opponente avrebbe dovuto corrispondere a titolo di TOSAP, determinata secondo i criteri di cui all'art. 63, d.lgs. n. 446/1997.

Con vittoria di spese, competenze ed onorari, oltre IVA e CPA come per legge.

Si chiede la concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. “

PER PARTE OPPOSTA:

Voglia l'Ill.mo Tribunale, disattesa ogni contraria istanza, deduzione e/o eccezione così

GIUDICARE In via principale, nel merito: - respingere tutte le domande formulate da parte attrice e, per l'effetto, confermare il decreto ingiuntivo opposto n. 1224/2013 emesso dal Tribunale di Cremona dott.sa Giuliamaria Lignani. In via subordinata, nel merito: - nella denegata e non creduta ipotesi di accoglimento della domanda di parte attrice di nullità della clausola n. 4 del contratto di locazione stipulato tra il Comune di Madignano e la società Vodafone Omnitel B.V., dichiarare la nullità dell'intero contratto ai sensi e per gli effetti della norma di cui all'art. 1419 c.c. primo comma e, per l'effetto, condannare la società Vodafone Omnitel B.V. all'immediato rilascio dell'area oggetto di occupazione libera da persone o cose con costi a carico di quest'ultima, ivi compresa ogni più ampia ed opportuna statuizione dovesse rendersi necessaria. In via ulteriormente subordinata, nel merito: - nella denegata e non creduta ipotesi di rigetto delle domande poco sopra formulate, il Comune di Madignano, preso atto del venir meno dell'interesse pubblico perseguito a mezzo del citato contratto di locazione, preso atto altresì del sopraggiungere di un nuovo e concreto interesse pubblico consistente nell'adibire l'area demaniale in oggetto a centro di raccolta differenziata di rifiuti, dichiara sin da ora di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 3 del contratto di locazione stipulato fra le parti; per l'effetto, voglia l'Ill.mo Giudice adito dichiarare la risoluzione del citato contratto e, contestualmente, condannare l'azienda Vodafone Omnitel B.V. all'immediato rilascio dell'area di proprietà comunale libera da persone o cose con costi a carico di quest'ultima, ivi compresa ogni più ampia ed opportuna statuizione dovesse rendersi necessaria. Spese e compensi del giudizio rifusi. In via istruttoria: - Si reitera la richiesta di ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. dei contratti di locazione e sublocazione del terreno sito nel comune di Madignano catastalmente identificata al foglio 9 mappale 29 del NCTR nei confronti delle seguenti società: l'attrice opponente Vodafone s.p.a., la società Wind Infostrada Telecomunicazioni s.p.a con sede legale in 00198 Roma via Dalmazia 15, Telecom Italia s.p.a. con sede legale in 20123 Milano Piazza degli affari 2, H3G s.p.a. con sede in 20090 Trezzano sul Naviglio (MI) viale Leonardo da Vinci 1”

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

La società Vodafone Omintel NV si è opposta al decreto ingiuntivo n. 1224/13 con il quale il Tribunale di Cremona le ha ingiunto il pagamento in favore del Comune di Madignano della somma di euro 13.557,50 (oltre interessi e spese di lite) quale canone dovuto in forza di convenzione di concessione di suolo pubblico per l'installazione di impianti per la telefonia mobile; eccepiva l'opponente che il canone richiesto, sì come fissato in convenzione, doveva ritenersi contrario alle normativa di settore (da



qualificarsi imperativa) in ragione della quale il Comune avrebbe potuto richiedere unicamente alla società Vodafone Omnitel NV la tassa denominata TOSAP (tassa Occupazione Spazi ed Aree Pubbliche) non potendo la PA imporre “*per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, oneri o canoni che non siano stabiliti per legge*”, come espressamente disposto dall'art. 93 del D. Lgs. n. 259/03.

Si è costituito il comune riconducendo la fattispecie ad un rapporto di “*locazione concernente un'area demaniale*” sottoposto all'ordinario regime privatistico di contrattazione, nell'ambito del quale le parti avevano appunto liberamente pattuito il canone sì come indicato in contratto; concludeva quindi per la conferma del decreto ingiuntivo opposto ovvero ove ritenuta la clausola contrattuale afferente il canone nulla in quanto contraria a norme imperative, perché venisse in via subordinata dichiarata la nullità dell'intero contratto con condanna di parte opponente all'immediato rilascio dell'area oggetto di occupazione, in via ulteriormente subordinata dichiarava “*di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 3 del contratto di locazione*” per sopraggiunto nuovo, diverso e concreto interesse pubblico.

Non veniva concessa la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto e ritenute le prove dedotte non ammissibili, concesso termine ex art. 101 co. 2 cpc per consentire alle parti di dedurre circa la giurisdizione del Tribunale adito, la causa veniva trattenuta in decisione all'udienza del 3/11/2016.

Va preliminarmente ed in via assorbente rilevato il difetto di giurisdizione del Tribunale adito spettando la conoscenza delle presente controversia al giudice amministrativo in ragione dell'art. 133 lett. c del codice amministrativo.

In primo luogo va osservato che nel caso di una concessione di un bene pubblico “*demaniale*” (sì come qualificato dalla stessa parte convenuta a pag. 6 dell'atto di citazione) o comunque di un bene classificato al “*patrimonio del comune come bene indisponibile*” (sì come indicato nella convenzione di concessione in atti doc. 2 di parte opponente), l'atto stipulato tra le parti per attribuire al privato l'uso eccezionale di quel bene non ha natura privatistica dal momento che difetta il requisito della posizione paritetica delle parti perché l'amministrazione mantiene sempre una posizione di supremazia stante la destinazione del bene pubblico alla diretta realizzazione di interessi pubblici ed infatti ai fini della individuazione degli strumenti giuridici utilizzabili per attribuirne a soggetti terzi il godimento ha rilevanza determinante della natura dei beni pubblici; in particolare la natura demaniale o di patrimonio non disponibile del bene determina l'applicazione dello strumento della concessione amministrativa, compatibile con il vincolo funzionale della destinazione pubblica, mentre la natura disponibile del bene implica la possibilità di affidamento in locazione (Corte dei Conti, sezione di controllo per la Regione Sardegna, parere n. 4/2008; Consiglio di Stato, sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6265).

Sul punto, dunque, non si condividono le valutazioni mosse da parte opposta nella memoria ex art. 101 co 2 cpc.

Ed infatti, secondo l'orientamento dominante, «*a differenza del patrimonio disponibile che può essere affidato a terzi con contratti di diritto comune (locazione), i beni demaniali e patrimoniali indisponibili, attesa la loro comune destinazione pubblica, possono essere attribuiti in godimento a privati soltanto nella forma della concessione amministrativa (Cass. Sez. Un. 12065/07 e CdS, V, 6265/07 e Cds, V, 3820/07), la quale, di regola, si configura nella combinazione di un atto autoritativo*



unilaterale (...) e di una convenzione accessoria con il concessionario, di attuazione dell'atto» (ex multis, T.R.G.A. Trentino A. Adige - Bolzano, 6 agosto 2013, n. 269).

Ebbene le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, se pure ad eccezione delle controversie “concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi” delle quali è invece chiamato a conoscere il giudice ordinario ex art. 133 del Codice del processo amministrativo (che ripropone sostanzialmente il contenuto del vecchio art.5 della legge n. 1034/1971).

E tuttavia va osservato che la formulazione va interpretata tenuto conto della distinzione tra le domande relative alla mera quantificazione del canone richiesto dall'amministrazione (ossia il *quantum debeatur*) e quelle volte a dimostrare l'effettiva debenza dello stesso (*an debeatur*).

E quindi va ritenuto che l'eccezione contenuta nell'art. 133, comma 1, lett. b, del codice del processo amministrativo, se vale a sottrarre le controversie in tema di indennità, canoni o altri corrispettivi all'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non implica l'instaurazione per esse di un regime di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario;

invero dette controversie restano comunque soggette al regime generale di riparto della giurisdizione: ricadono in quella ordinaria ogni qualvolta abbiano ad oggetto diritti soggettivi ed in quella del giudice amministrativo quando, viceversa, si faccia questione dell'esercizio legittimo di un potere spettante alla pubblica amministrazione.

Pertanto, anche in materia di canone per l'occupazione del suolo pubblico, devono ritenersi devolute alla giurisdizione del G.A. le controversie che riguardano il modo in cui la pubblica amministrazione, nell'esercizio del suo potere regolamentare, disciplina il rapporto (anche economico) in cui si estrinseca l'occupazione del suolo, residuando in capo al giudice ordinario le vicende attinenti all'attuazione di diritti ed obblighi nascenti da tale rapporto (Tar Lazio nn. 5962 e 5965 del 2012, che richiamano sul punto un indirizzo delle sezioni unite della Corte di Cassazione sent. n. 20393/2011, secondo il quale allorquando la società contesta la richiesta di pagamento, in aggiunta al canone di occupazione di suolo pubblico, di un'ulteriore somma quantificata forfettariamente ciò implica la messa in discussione del modo stesso in cui è stato esercitato dalla pubblica amministrazione il potere regolamentare dal quale trae origine la pretesa dell'amministrazione, sicchè la controversia derivante da tale contestazione investe non tanto l'attuazione di diritti ed obblighi nascenti dal rapporto in forza del quale il privato ha occupato il suolo pubblico e vi ha disposto le suindicate installazioni, bensì il modo in cui la pubblica amministrazione, nell'esercizio del suo potere regolamentare, ha inteso disciplinare un aspetto di tale rapporto poiché mette in discussione la possibilità stessa per l'amministrazione comunale di fissare ex ante a carico del concessionario un onere del genere di quello previsto nel caso di specie).

E dunque quando una controversia concernente indennità, canoni o altri corrispettivi investa tuttavia, come nel caso di specie, l'esercizio di poteri discrezionali - valutativi nella determinazione del canone e non semplicemente di accertamento tecnico dei presupposti fattuali economico-aziendali (sia sull'an



che sul quantum), la medesima deve ritenersi attratta nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

Il decreto ingiuntivo deve dunque essere revocato, ivi inclusa la condanna alle spese di lite.

Le spese di lite della presente fase in opposizione, seguono la soccombenza e debbono liquidarsi avuto riguardo ai parametri di cui al decreto n. 55 del 10/3/2014 ex art. 13 l. 247/2012 pubblicato GU n. 77 del 2-4/2014 ed entrato in vigore il 3/4/2014, vista la disposizione temporale di cui all'art. 28 del decreto cit. e secondo l'interpretazione già resa da Cass. Sez. U. sent. n. 17406/2012 in riferimento alla disposizione temporale di identico tenore ex art. 41 decreto n. 140/2012. E dunque, tenuto conto del *“delle caratteristiche, dell'urgenza e del pregio dell'attività prestata, dell'importanza, della natura, della difficoltà e del valore dell'affare, delle condizioni soggettive del cliente, dei risultati conseguiti, del numero e della complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate”*, del pregio e dell'urgenza dell'opera, in relazione alle singole fasi dell'attività giudiziale svolta si liquida, a titolo di compenso della difesa della parte convenuta il complessivo importo di euro 2.650 (di cui 550 per la fase di studio, euro 450 per la fase introduttiva, euro 650 per la fase istruttoria, euro 1.000 per la fase decisoria, ridotti i parametri medi in ragione della contenuta complessità degli atti e dell'effettivo sviluppo processuale) oltre al 15% per spese forfettarie, Iva e CPA ed euro 252 per spese

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- 1) Dichiara il difetto di giurisdizione del tribunale adito in favore del giudice amministrativo TAR per la Lombardia sede di Brescia ;
- 2) Revoca in decreto ingiuntivo opposto n. 1224/13 pronunciato dal Tribunale di Cremona il 17/12/2013 dep 27/12/2013;
- 3) Condanna il comune di Madignano alla rifusione delle spese di lite in favore della società Vodafone Omintel B.V. pari ed euro 2.650 per compensi professionali oltre al 15% per spese forfettarie, Iva e CPA ed euro 252 per spese

Cremona, 26 febbraio 2017

Il Giudice
dott. Alessandra Medea Marucchi

