

Pubblicato il 21/11/2024

N. 09368 /2024 REG.PROV.COLL.

N. 08867/2021 REG.RIC.

 Firmato
digitalmente



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 8867 del 2021, proposto da Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Saverio Marini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Villa Sacchetti 9;

contro

Comune di Frosinone, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Franco Coccoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 471/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Frosinone;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 aprile 2024 il Cons. Gianluca Rovelli e preso atto del deposito della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva discussione, ai sensi del Protocollo d'intesa del 10 gennaio 2023, da parte degli Avv.ti Marini e Coccoli;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Riferisce l'appellante di avere prodotto istanza in data 24 settembre 2019, protocollata presso il Comune di Frosinone con il n. 49530, con la quale chiedeva autorizzazione per l'esecuzione di un intervento consistente in uno scavo tradizionale, in attraversamento, per la posa di un cavo telefonico per allaccio utenza in Via La Botte, civico da 21 a 25, allegando a tal fine, gli elaborati grafici e la relazione tecnica inerenti all'intervento, e indicando la società esecutrice dell'intervento e il relativo referente.
2. Con la nota prot. n. 63878 del 4 dicembre 2019, il Dirigente del settore lavori pubblici del Comune di Frosinone e il responsabile del procedimento formulavano una richiesta di integrazione documentale, fondata sul vigente regolamento comunale per l'esecuzione di opere comportanti la manomissione ed il ripristino dei sedimi stradali.
3. In data 20 dicembre 2019 Telecom Italia riscontrava la predetta nota sottolineando l'illegittimità della richiesta a fronte della disciplina speciale e derogatoria prevista dal d.lgs. n. 259/2003 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche).
4. In considerazione dell'avvertimento di archiviazione dell'istanza contenuto nella nota di richiesta integrazioni, Telecom Italia proponeva ricorso al TAR Lazio, Sezione staccata di Latina, iscritto a ruolo con N.R.G. 97/2020.
5. Con sentenza n. 471/2021, il TAR Latina dichiarava il ricorso e i motivi aggiunti improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse. Riteneva comunque il ricorso

infondato, “perché, come correttamente evidenziato dall’Amministrazione resistente, la fattispecie in argomento esula dalla disciplina speciale di cui al D.lgs n. 259/03 in quanto l’istanza di cui è causa riguarda lavori di scavo della sede stradale per la posa di un cavo telefonico al fine di consentire l’allacciamento alla rete telefonica di un’utenza privata; trattasi, pertanto, di lavori di allacciamento alla rete telefonica che esulano dall’ambito di applicazione del richiamato Codice, circoscritto, ai sensi dell’art. 2 alle reti e servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico”.

5. Di tale sentenza, Telecom Italia ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato ai seguenti motivi: “*I. ILLEGITTIMITÀ DELLA SENTENZA IMPUGNATA NELLA PARTE IN CUI IL TAR HA DICHIARATO L’IMPROCEDIBILITÀ DEL RICORSO E DEI MOTIVI AGGIUNTI PROPOSTI DA TI PER SOPRAVVENUTA CARENZA DI INTERESSE. IN OGNI CASO, ILLEGITTIMITÀ DELLA SENTENZA IMPUGNATA NELLA PARTE IN CUI IL TAR HA OMMESSO DI PRONUNCIARSI SULLA DOMANDA DI ACCERTAMENTO DELL’ILLEGITTIMITÀ DEGLI ATTI IMPUGNATI A FINI RISARCITORI, ARTICOLATA DA TI. ERROR IN IUDICANDO ED ERROR IN PROCEDENDO. MOTIVAZIONE ERRONEA E PERPLESSA, TRAVISAMENTO ED ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI IN FATTO E IN DIRITTO. ERRONEA E FALSA INTERPRETAZIONE E APPLICAZIONE DI LEGGE. VIOLAZIONE DELL’ART. 34 CO. 3, C.P.A. VIOLAZIONE/FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 35, CO. 1, LETT. C), C.P.A. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA DOMANDA, DI CUI AGLI ARTT. 2909 C.C., 99 E 112 C.P.C., E 34 CO. 1 C.P.A.. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI CORRISPONDENZA TRA IL CHIESTO E IL PRONUNCIATO, DI CUI AGLI ARTT. 112, C.P.C. E 39, C.P.A.. VIOLAZIONE DEL DIRITTO AD UN RICORSO EFFETTIVO, DI CUI AGLI ARTT. 24, 111 E 113, COST., ALL’ART. 13, CEDU, E ALL’ART. 47, DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UNIONE EUROPEA. OMESSA PRONUNCIA”; II. ILLEGITTIMITÀ DELLA SENTENZA*

IMPUGNATA, NELLA PARTE IN CUI IL TAR HA DICHIARATO L'INFONDATEZZA DEL RICORSO PER INAPPLICABILITÀ DEL CCE AGLI INTERVENTI DI SCAVO PER ALLACCIO UTENZA TELEFONICA PRIVATA. ERROR IN IUDICANDO ED ERROR IN PROCEDENDO. MOTIVAZIONE ERRONEA E PERPLESSA, TRAVISAMENTO ED ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI IN FATTO E IN DIRITTO. ERRONEA E FALSA INTERPRETAZIONE E APPLICAZIONE DI LEGGE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 86, 88, 90 E 93, DEL D.LGS. N. 259 DEL 2003 E DEI PRINCIPI DI NON DISCRIMINAZIONE E PARITÀ DI TRATTAMENTO DI CUI ALLE DIRETTIVE NN. 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 231 CO. 3 DEL CODICE DELLA STRADA. VIOLAZIONE DEL D.M. "SCAVI" 1.10.2013. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DEI PRESUPPOSTI, TRAVISAMENTO, ARBITRARIEDÀ ED INGIUSTIZIA MANIFESTA, ILLOGICITÀ ED IRRAZIONALITÀ. SVIAMENTO DI POTERE. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUONA AMMINISTRAZIONE DI CUI ALL'ART. 97 COST. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ. VIOLAZIONE DELL'ART. 23 COST. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA. VIOLAZIONE/FALSA APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO COMUNALE APPROVATO CON D.C.C. N. 41/2019, OVVERO ILLEGITTIMITÀ DI QUEST'ULTIMO IN RELAZIONE AI PARAMETRI RUBRICATI".

6. Ha resistito al gravame il Comune di Frosinone chiedendone il rigetto.
7. Alla udienza pubblica del 23 aprile 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

8. Viene all'esame del Collegio il ricorso in appello proposto Telecom Italia avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione

staccata di Latina n. 471/2021, con la quale il medesimo TAR ha dichiarato improcedibili il ricorso e i motivi aggiunti proposti avverso l'atto prot. n. 0063878 del 4.12.2019, a firma del Dirigente p.t. del Settore lavori pubblici del Comune di Frosinone e del Responsabile del procedimento, recante «Richiesta di autorizzazione esecuzione scavi su suolo comunale - Via La Botte comunicazioni integrazioni documentali»; nei limiti precisati con il ricorso, del «Regolamento per l'esecuzione di opere comportanti la manomissione ed il ripristino dei sedimi stradali», approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 41 del 27.6.2019.

9. La decisione del primo Giudice si articola, in sintesi, nei seguenti punti:

- a) in data 4 marzo 2020, con nota acquisita al protocollo del Comune con il n. 12590, la Società ricorrente, per gli stessi lavori di scavo in via La Botte, ha presentato una nuova istanza, allegando alla stessa, la prescritta documentazione di cui all'art. 6 del Regolamento comunale n. 41 del 27 giugno 2019, richiesta nell'atto impugnato;
- b) con provvedimento protocollo n. 18772 del 15.4.2020, l'Amministrazione ha rilasciato a favore della Società ricorrente l'autorizzazione *“per lavori comportanti la manomissione ed il ripristino dei sedimi stradali in Via La Botte, per la posa in opera di cavo telefonico, con scavo a cielo aperto su carreggiata”*, previa osservanza delle condizioni e prescrizioni previste dall'art. 10 del Regolamento comunale n. 41 del 27 giugno 2019;
- c) a seguito di riscontrate omissioni da parte della ricorrente, in violazione delle condizioni *ex art.* 10 del predetto Regolamento, l'Amministrazione con nota prot. n. 26721 del 22.05.2020 ha avviato ai sensi dell'art. 22 del Regolamento comunale n. 41 del 27 giugno 2019, nei confronti della società ricorrente, un procedimento sanzionatorio;
- d) avendo la ricorrente ottenuto il rilascio del titolo autorizzatorio successivamente alla proposizione del ricorso è venuto meno l'interesse alla coltivazione dello stesso posto che l'eventuale annullamento della nota impugnata non recherebbe alcuna utilità alla ricorrente;

e) il ricorso è comunque infondato, perché la fattispecie in argomento esula dalla disciplina speciale di cui al d.lgs. n. 259/03 in quanto l'istanza di cui è causa riguarda lavori di scavo della sede stradale per la posa di un cavo telefonico al fine di consentire l'allacciamento alla rete telefonica di un'utenza privata; trattasi, pertanto, di lavori di allacciamento alla rete telefonica che esulano dall'ambito di applicazione del richiamato Codice, circoscritto, ai sensi dell'art. 2, alle reti e servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico.

10. L'appellante, in sintesi, contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) il ricorso introduttivo aveva ad oggetto, in primo luogo e in via assorbente, l'accertamento della formazione del titolo autorizzativo per silenzio-assenso, in applicazione dell'art. 88 del codice delle comunicazioni elettroniche;

a.1.) l'istanza autorizzativa è stata protocollata presso il Comune di Frosinone in data 24 settembre 2019, mentre la richiesta di integrazione documentale è stata trasmessa in data 4 dicembre 2019 (oltre due mesi dopo); si dovrebbe ritenere che l'autorizzazione si sia perfezionata, *per silentium*, sin dal 24 ottobre 2019, in applicazione della normativa speciale di settore;

a.2.) solo in via subordinata rispetto a tale accertamento, e quindi nell'ipotesi in cui il Giudice non avesse ravvisato l'intervenuta formazione del titolo *per silentium*, l'appellante ha domandato l'annullamento degli atti gravati, in quanto comunque illegittimi per violazione della disciplina speciale di settore, sotto il profilo degli adempimenti e oneri richiesti ai fini del rilascio dell'autorizzazione;

a.3.) Telecom Italia non si è limitata a impugnare la nota adottata nell'ambito del procedimento autorizzativo dei lavori in Via La Botte, ma ha gravato anche il presupposto Regolamento scavi del Comune di Frosinone, in quanto atto sul quale si fonda espressamente la richiesta di integrazioni documentali avanzata dall'Ente;

a.4.) la sentenza impugnata sarebbe viziata anche nella parte in cui il TAR non ha tenuto conto di quanto rappresentato da Telecom in ordine alle circostanze che

hanno condotto la società a presentare una seconda domanda autorizzativa per gli stessi lavori in Via La Botte; l'odierna appellante ha presentato una seconda istanza autorizzativa per i medesimi lavori, unicamente in quanto altrimenti non avrebbe potuto effettuare l'allaccio richiesto e, di conseguenza, si sarebbe resa inadempiente all'impegno assunto in sede contrattuale con l'utente interessato, andando incontro anche a un'eventuale azione risarcitoria;

a.5.) il servizio di fornitura di un accesso alla rete di comunicazione pubblica da postazione fissa per voce, fax e dati rientra fra i servizi soggetti agli obblighi di servizio universale di cui agli artt. 53 e ss., del codice delle comunicazioni elettroniche, ossia servizi messi a disposizione di tutti gli utenti finali a un livello qualitativo stabilito e a un prezzo accessibile, indipendentemente dalla posizione geografica, rispetto ai quali Telecom Italia è stata designata dall'AGCOM come soggetto obbligato a garantirne la fornitura sull'intero territorio nazionale;

a.6.) la presentazione, in corso di causa, di una seconda istanza autorizzativa per gli stessi lavori in Via La Botte non avrebbe comportato alcuna acquiescenza – né esplicita, né implicita – di Telecom Italia alle richieste comunali e al presupposto Regolamento scavi, ma sarebbe stata effettuata unicamente come “scelta obbligata”, per non venir meno agli impegni già assunti con l'utenza e non incorrere così in responsabilità e sanzioni;

a.7.) la sentenza impugnata sarebbe viziata anche per omessa pronuncia sulla domanda *ex art. 34, comma 3, c.p.a.* articolata da Telecom Italia;

b) la sentenza impugnata sarebbe anche erronea nella parte in cui ha affermato l'infondatezza del ricorso, per inapplicabilità del codice delle comunicazioni elettroniche agli interventi di manomissione del suolo pubblico funzionali all'allacciamento alla rete telefonica di un'utenza “privata”, sul presupposto che l'art. 2, del codice farebbe riferimento unicamente alle reti e servizi di comunicazione elettronica “ad uso pubblico”;

b.1.) gli interventi di allacciamento degli utenti privati alla rete telefonica, come quello che viene in rilievo nel caso di specie, sarebbero pacificamente soggetti

all'applicazione del codice delle comunicazioni elettroniche; quest'ultimo, in quanto disciplina speciale e comunque sovraordinata rispetto a quella comunale, esige l'applicazione di un procedimento che assicuri tempi e condizioni uniformi per il rilascio agli operatori tlc delle autorizzazioni amministrative per l'esecuzione degli interventi di installazione di opere e infrastrutture di comunicazione elettronica, che comportino l'occupazione e la manomissione del suolo stradale, e di conseguenza esclude l'applicazione di discipline locali difformi e più gravose, come quella che viene in rilievo nel caso di specie.

11. L'appello è fondato e la sentenza deve essere riformata.
12. Le questioni all'attenzione del Collegio sono, nella sostanza, due:
 - a) le condizioni per la declaratoria di improcedibilità del ricorso;
 - b) l'applicabilità del codice delle comunicazioni elettroniche alla fattispecie per cui è causa.
13. Intanto, va ricordato che la dichiarazione di improcedibilità della domanda per sopravvenuta carenza di interesse presuppone il verificarsi di una situazione di fatto o di diritto del tutto nuova rispetto a quella esistente al momento della proposizione del ricorso, tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, per avere fatto venire meno per il ricorrente l'utilità della pronuncia del giudice (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 18 settembre 2024, n. 7630).
 - 13.1. Nel caso che qui occupa il Collegio, le argomentazioni esposte dall'appellante sono da condividere. Il giudizio aveva ad oggetto non solo gli atti comunali adottati nell'ambito del procedimento di autorizzazione allo scavo attivato dalla società per l'intervento in Via La Botte, ma anche il presupposto Regolamento scavi e gli atti di richiesta integrazioni e di archiviazione della prima istanza autorizzativa presentata dalla società.
 - 13.2. Nel particolare caso qui esaminato non sussistevano in alcun modo le condizioni per una declaratoria di improcedibilità del ricorso.
14. Quel che risulta decisivo è che, contrariamente a quanto affermato dal TAR e

sostenuto dal Comune di Frosinone, l'applicazione del Codice delle comunicazioni elettroniche è qui del tutto pacifica.

14.1. L'art. 88 del codice delle comunicazioni elettroniche, vigente *ratione temporis*, rubricato "Opere civili, scavi ed occupazione di suolo pubblico" include nel suo ambito di applicazione le operazioni di allacciamento utenti. E, d'altronde, non potrebbe essere diversamente dato che, senza la connessione alla rete, il servizio non può essere reso. Una differente soluzione accorderebbe ai Comuni un sostanziale potere inibitorio, atteso che, attraverso la semplice inerzia nel provvedere, i Comuni finirebbero per impedire l'efficacia della stessa disciplina statale in questione.

15. I motivi di appello sono quindi fondati e ne determinano l'accoglimento e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso di primo grado.

Le spese di giudizio vista l'assoluta particolarità delle questioni sottoposte al Collegio possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina n. 471/2021, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Annamaria Fasano, Consigliere

L'ESTENSORE

Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO