

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/03/2013

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/34829-costituzione-in-giudizio-all-udienza-di-merito-delle-parti-intimate-affidamento-della-concessione-degli-spazi-pubblicitari-tramite-gara-pubblica>

Autore: Maria Carmen Agnello

Costituzione in giudizio all'udienza di merito delle parti intime – Affidamento della concessione degli spazi pubblicitari tramite gara pubblica

Nota sentenza N. 5 25.02.2013- Adunanza Plenaria - Pres. Coraggio - Est. Meschino

Maria Carmen Agnello

Costituzione in giudizio all'udienza di merito delle parti intime– Affidamento della concessione degli spazi pubblicitari tramite gara pubblica (Nota sentenza N. 5 25.02.2013- Adunanza Plenaria Pres.Coraggio-Est. Meschino)

A seguito dell'ordinanza n. 653/2012, sollevata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 5 del 25 febbraio 2013 affronta due questioni una processuale e l'altra di merito.

In primo luogo, l'Adunanza Plenaria rileva un contrasto giurisprudenziale tra il Consiglio di Giustizia e la sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato relativa alla possibilità per le parti intime di costituirsi in giudizio nell'udienza di merito. Per il Consiglio di Giustizia tale costituzione non è consentita, mentre secondo l'orientamento prevalente espresso dal Consiglio di Stato, si ammette la costituzione fino all'udienza di discussione con svolgimento soltanto delle difese orali.

L'Adunanza Plenaria, aderendo a quest'ultimo orientamento, afferma che il termine per la costituzione in giudizio delle parti intime previsto dall'art. 46, comma 1, del codice del processo amministrativo ha natura ordinatoria. A tale stregua, le parti possono costituirsi anche nell'udienza di merito, ma svolgendo solo difese orali senza possibilità di produrre scritti difensivi e documenti oltre i termini di cui all'art. 73, comma 1, del codice del processo amministrativo, così come alla formulazione di domande, che soggiacciono a termini perentori.

La seconda questione riguarda la questione, oggetto di un contrasto espresso dalla giurisprudenza amministrativa, relativa alla legittimità della procedura di instaurazione del rapporto di concessione degli spazi pubblicitari stradali, attraverso l'indizione di un'asta con offerta economica al rialzo.

Il Collegio giudicante non segue l'orientamento giurisprudenziale, che qualifica tale rapporto tra enti locali ed imprese private, quale autorizzazione onerosa ex art. 23 Codice della Strada, la cui tariffa compensa l'occupazione di suolo pubblico per l'esercizio dell'attività di affissione diretta.

Il Consiglio di Stato, rileva che il *“mercato dell'uso degli impianti pubblicitari privati in ambito cittadino è, allo stato attuale, contingentato”*.

Al fine di tutelare il principio di libera concorrenza nell'esercizio in tale attività economica, ed evitare il rischio di limitare l'uso di tali risorse pubbliche, soltanto alle imprese che hanno ottenuto le autorizzazioni, il collegio giudicante afferma la legittimità della procedura ad evidenza pubblica per la concessione degli spazi pubblici da utilizzare per l'affissioni pubblicitarie. L'applicazione di tale procedura competitiva consente di tutelare gli interessi dei privati, in quanto consente la partecipazione ad ogni soggetto, che opera in questo settore economico e della pubblica amministrazione nell'individuazione dell'offerta più vantaggiosa e nella gestione più efficiente di tali risorse limitate.

La vicenda giudiziaria

Una società operante nel settore della diffusione pubblicitaria e l'associazione di categoria hanno impugnato, con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, la delibera n. 27 del 2010 del Consiglio comunale di approvazione del Piano generale degli impianti pubblicitari, e, con motivi aggiunti il bando della gara per la concessione delle superfici individuate da tale Piano.

Il T.a.r. per la Sicilia, con la sentenza n. 1539 del 2011, dopo avere dichiarato inammissibili gli interventi ad adiuvandum, ha respinto il ricorso. A seguito di ciò, con l'appello n. 1317 del 2011

proposto al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione Sicilia è stato richiesto l'integrale riforma della sentenza di primo grado.

Il Consiglio di Giustizia, con ordinanza n. 653 del 2012 ha rimesso la causa all'esame all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato per la pronuncia sulle due seguenti questioni.

La prima, riguarda l'applicazione analogica dell'art. 99, comma 5, del codice del processo amministrativo, relativa alla possibilità della parte appellata di costituirsi nell'udienza di merito.

La seconda riguarda la legittimità della gara relativa agli spazi di suolo pubblico per l'installazione degli impianti privati di affissione commerciale.

Altre società, operanti in tale settore, hanno impugnato collettivamente, con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, la delibera comunale sopra indicata n. 27 del 2010. Inoltre, con motivi aggiunti, è stato impugnato il bando della gara per la concessione delle superfici individuate da tale piano.

Il T.a.r. per la Sicilia, con la sentenza n. 1575 del 2011, ha dichiarato inammissibili i motivi aggiunti, perché proposti da una sola delle ricorrenti, ed il ricorso introduttivo, poiché rivolto avverso un atto generale non immediatamente lesivo. In seguito di ciò, due separati appelli hanno impugnato tale sentenza, davanti al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione Sicilia, chiedendone l'integrale riforma. Il Consiglio di Giustizia all'udienza del 28 marzo 2012, riuniti gli appelli, ha dichiarato l'ammissibilità del ricorso in primo grado avverso il Piano e ha respinto la censura di merito sull'asserita difformità del Piano pubblicato rispetto a quello approvato.

Con l'ordinanza n. 654 del 2012 le cause sono state rimesse all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che riuniti gli appelli li ha respinti nella parte in cui censurano il ricorso alla procedura di asta competitiva per la concessione degli spazi pubblici urbani in cui collocare gli impianti di pubblicità commerciale, secondo le argomentazioni, che saranno di seguito esposte.

La questione processuale relativa alla possibilità per le parti intimare di costituirsi in giudizio: il contrasto giurisprudenziale e la posizione espressa dall'Adunanza Plenaria n. 5 del 2013

Gli appelli sopra esposti sono stati decisi congiuntamente, per la sussistenza del presupposto della connessione oggettiva, in quanto la questione di rito è stata sottoposta al solo fine della enunciazione del principio di diritto e che la questione di merito, dedotta negli appelli ed oggetto di entrambe le ordinanze di rimessione, riguarda il medesimo provvedimento impugnato.

Con le ordinanze di rimessione sono state portate all'esame dell'adunanza plenaria due questioni.

La prima questione di rito rimessa all'esame, è se le parti intimare possano costituirsi in giudizio nell'udienza di merito.

Al riguardo è emerso un contrasto tra la giurisprudenza del Consiglio di Giustizia, secondo cui ciò non è consentito, e quella prevalente delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, che ritiene possibile la costituzione fino all'udienza di discussione con svolgimento delle difese orali, restando ferma la preclusione alla produzione di documenti e memorie oltre i termini di cui all'art. 73, comma 1, del codice del processo amministrativo, così come alla formulazione di domande che soggiacciono a termini perentori (per il giudizio di appello, quelle di cui all'art. 101, c.2, cod. proc. amm.).

L'ordinanza di rimessione indica, che la posizione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato si basa sul presupposto della natura non decadenziale, ma ordinatoria del termine per la costituzione in giudizio delle parti intimare, stabilito in sessanta giorni dal perfezionamento della notificazione del ricorso dall'art. 46, comma 1, del codice. Secondo tale orientamento il termine ha funzione dilatoria poiché a garanzia delle parti intimare affinché, prima del suo decorso, non siano compiuti atti per esse pregiudizievoli¹.

¹ Cons. St. III, n. 1070 del 2012, n. 3094 e n. 4601 del 2011; IV, n. 1203 del 2012.

Nell'ordinanza si prospetta che l'indirizzo esposto deve essere rimeditato a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo per ragioni di carattere formale e sostanziale, di seguito esposte.

In ordine al primo profilo, si rileva che la possibilità di costituzione con sola difesa orale è prevista nell'art. 55, comma 7, del cod. proc. amm. per la camera di consiglio in sede cautelare ma non dall'art. 73 per l'udienza di discussione. Secondo il collegio, tale vuoto normativo non si può superare, attraverso il rinvio esterno (ai sensi dell'art. 39 del cod. proc. amm.) all'articolo 370, comma 1, c.p.c., che, nel giudizio per cassazione, consente la partecipazione alla discussione orale della parte intimata che non abbia notificato il controricorso in termine, ovvero all'art. 171, comma 2, c.p.c., che, nel giudizio di merito, consente la costituzione della parte fino alla prima udienza, poiché si tratta di norme connesse a caratteristiche proprie del rito civile e non di quello amministrativo. Il collegio rileva le differenze sussistenti tra il processo civile e quello amministrativo, secondo cui *“la prima, ad un giudizio dominato dall'impulso d'ufficio e, la seconda, ad una disciplina specifica nel caso di contumacia del convenuto nonché alla normale destinazione della prima udienza alla comparizione delle parti e non alla spedizione della causa in decisione come è, invece, nel processo amministrativo”*.

Per il profilo sostanziale si osserva che la possibilità di costituirsi in udienza potrebbe essere lesiva del principio del contraddittorio tra le parti, sancito dall'art. 111 della Costituzione, in quanto appellante non può conoscere e controdedurre adeguatamente, alle questioni in rito o di legittimità costituzionale, sollevate dall'appellato soltanto nell'udienza di discussione. A tale stregua, l'adunanza plenaria ritiene che le parti intime possano costituirsi nell'udienza di discussione, con il solo svolgimento di difese orali, per le ragioni che seguono.

Per il profilo formale, il collegio rileva che *“(…) quando nel codice si è ritenuto l'effetto decadenziale ovvero la perentorietà dei termini, ciò di norma è stato richiamato espressamente (articoli 41, comma 2, 45, comma 1, 52, comma 1, nonché 54, comma 1, in relazione all'art. 73, comma 1) “*. A tale stregua, sono individuate le disposizioni che prevedono i termini decadenziali o perentori a carico delle parti. Al riguardo, l'art. 46, comma 1, cod. proc. amm. dispone che le parti intime *“possono”* e non *“devono”* costituirsi entro il termine e non prevede la decadenza del potere di costituzione in giudizio, qualora il termine sia decorso. Al comma 2 del medesimo articolo, invece, è previsto che l'amministrazione nello stesso termine *“deve”* produrre gli atti e documenti ivi previsti.

Secondo il collegio, non è rinvenibile nella normativa vigente una disciplina diversa da quella precedente, come espresso nella relazione finale al codice (luglio 2010), in cui si indica che *“per quanto riguarda la costituzione delle parti intime, sono stati ribaditi i termini, ordinatori, già in atto previsti...”*. Il collegio giudicante rileva che *“nella normativa antecedente il termine per la produzione di memorie, di cui all'art. 23, comma 4, della legge n. 1034 del 1971, era ritenuto perentorio mentre era qualificato ordinatorio quello per la costituzione delle parti intime”*.

In tale quadro normativo, quanto espresso dall'art. 55, comma 7, secondo il collegio *“(…) non può far ritenere che la medesima possibilità sia da escludere per l'udienza pubblica e, dall'altro, si giustifica con l'esigenza di chiarire e assicurare che la rapidità dei tempi della fase cautelare non è a discapito della possibilità di difesa delle parti intime”*.

Al fine di evitare una lesione del diritto di difesa della controparte, il collegio individua il rimedio, applicabile dal giudice, di *“(…) disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza per consentirne la valutazione a garanzia del contraddittorio sostanziale”*. A bilanciamento dell'eventuale *“favor”* difensivo per le parti intime, attraverso la costituzione in udienza, si rileva la decadenza per il decorso dei termini, delle facoltà processuali relative alla presentazione di scritti e documenti ai sensi dell'art. 73, comma 1 cod. proc. amm..

Nel divieto della costituzione in giudizio per il decorso di un termine non stabilito come decadenziale; il collegio giudicante rileva un'ulteriore forma di lesione nell'esercizio del diritto di difesa delle parti intime, in quanto *“(…)il soggetto che non ha dato impulso al processo ma che vi*

è stato chiamato non potrebbe assumere una partecipazione attiva al giudizio, pur non essendogli ciò precluso da alcuna norma espressa”.

Secondo una tesi “intermedia” della giurisprudenza, pur rilevando che il termine di cui all’art. 46, comma 1, del cod. proc. amm. non ha natura decadenziale, essendo posto a tutela della parte intimata, afferma che *“in ogni caso la costituzione in giudizio non può intervenire oltre il termine di trenta giorni individuato dall’art. 73, co. 1, CPA... per il deposito delle memorie difensive illustrative, avente carattere perentorio in quanto espressivo di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell’ordinato lavoro del giudice”* (Cons. Stato, Sez. V, n. 1058 del 2012). Infine, il collegio giudicante non condivide tale orientamento in quanto *“La norma infatti ha una portata oggettiva chiara e inequivoca quella cioè della produzione di memorie e documenti: non può ritenersi dunque corretto estendere la rigorosa preclusione ivi prevista all’esercizio di una diversa facoltà volta alla diversa funzione della mera costituzione in giudizio”.*

La questione di merito relativa alla modalità di assegnazione degli spazi pubblici per gli impianti pubblicitari: il contrasto giurisprudenziale e l’iter argomentativo espresso dall’Adunanza Plenaria n. 5 del 2013

La questione riguarda la legittimità dell’indizione di un’asta con offerta economica al rialzo per l’assegnazione di spazi pubblici disponibili per gli impianti pubblicitari ad affissione diretta, come previsto, nel Piano generale degli impianti pubblicitari approvato dal Consiglio comunale ed impugnato nei giudizi davanti all’organo giurisdizionale di I grado.

Al riguardo, sussiste un contrasto giurisprudenziale tra chi nega e chi afferma la legittimità della procedura suddetta.

Secondo la prima tesi, sostenuta dal Consiglio di Stato (sez. V, n. 44 del 2007) e condivisa dal Consiglio di giustizia (n. 762 e n. 976 del 2009; n. 1306 del 2010), gli imprenditori hanno un diritto alla libera attività di affissione diretta². A tale stregua, la pubblicità stradale, quale attività economica ed a tutela della salvaguardia dei valori estetici, ambientali e viabilistici, è soggetta ad autorizzazione onerosa, ai sensi dell’art. 23 del codice della strada e 53 del relativo regolamento di esecuzione. Al riguardo, è previsto un “prezzo” (tariffa), pagato dall’autorizzato quale imposta comunale sulla pubblicità ed inglobata nella relativa tassa (Tosap), anche per compensare l’occupazione del suolo pubblico³. Secondo tale orientamento, *“(…) il limite di accesso alla pubblicità stradale oltre che ad autorizzazione anche a concessione, con gara per l’attribuzione dell’area, eccede dalle previsioni della normativa primaria che ha attribuito all’ente locale un potere di pianificazione soltanto per la tutela dei valori sopra indicati”.*

Secondo il differente indirizzo, espresso con la sentenza della V sezione del Consiglio di Stato 2 febbraio 2009, n. 529, e condiviso dai Tribunali amministrativi regionali, *“(…) il mercato dell’uso degli impianti pubblicitari privati in ambito cittadino è, allo stato attuale, contingentato, a motivo della limitatezza degli spazi disponibili”.* Tale impostazione trova fondamento normativo all’art. 3, comma, 3 del d.lgs. n. 507 del 1993, recante norme sul regolamento comunale sulla imposta di pubblicità, per cui i Comuni devono determinare *“la quantità degli impianti pubblicitari”.*

L’adunanza plenaria condivide quest’ultimo orientamento secondo cui *“(…) è la concessione degli spazi tramite gara che si pone quale strumento per la piena attuazione del principio costituzionale di libera iniziativa economica, poiché consente a nuovi operatori l’ingresso in un mercato che resterebbe altrimenti riservato a quanti hanno conseguito in passato le autorizzazioni all’uso degli spazi più remunerativi”.*

² Tale diritto è stato implicitamente riconosciuto anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 355 del 2002.

³ Cass. civ. sez. trib. n. 17614 del 2004, n. 105 del 2010

Al punto 3.2, il collegio giudicante espone le ragioni di tale statuizione. Nel caso di specie, l'Adunanza Plenaria rileva che *“la collocazione degli impianti pubblicitari commerciali su aree pubbliche urbane è vincolata dai limiti degli spazi disponibili all'interno del territorio comunale, ulteriormente ristretta per effetto dei vincoli sia di viabilità sia di tutela dei beni culturali gravanti sul territorio”*. Al riguardo, la disciplina della collocazione degli impianti pubblicitari prevista nella normativa sulla viabilità sottopone gli impianti, se collocati nei centri abitati, ad autorizzazione comunale, per la sicurezza del traffico veicolare, (art. 23, comma 4, codice della strada, d.lgs. n. 285 del 1992). A tutela dei beni culturali e paesaggistici, trovano applicazione gli articoli 49 e 153 del codice dei beni culturali e del paesaggio del d.lgs. n. 42 del 2004.

A tale stregua, il collegio giudicante definisce tale mercato “contingentato”, in quanto la normativa sull'installazione degli impianti a tutela della sicurezza stradale e dei valori culturali, si raccorda a quella basata sul presupposto, necessitato e condizionante, relativo all'uso del suolo pubblico, quale risorsa pubblica scarsa, (si v. la normativa tributaria, del d.lgs. n. 507 del 1993 e dal d.lgs. n. 446 del 1997). In particolare, secondo la statuizione di cui all'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 507 del 1993, ciascun Comune “*deve*” determinare, oltre la tipologia, anche *“la quantità”* degli impianti pubblicitari e approvare un *“piano generale degli impianti”*, che delimita la superficie espositiva massima per i diversi tipi di impianti (nella prassi ripartita tra le zone del territorio urbano).

Inoltre, il collegio qualifica il rapporto tra l'ente locale ed il privato come concessorio *“(…) atteso che è giustappunto una concessione di area pubblica il provvedimento iniziale che conforma il rapporto”* (Cons. Stato, n. 529 del 2009 citata), *potendo disciplinare il regolamento comunale anche “le modalità per ottenere il provvedimento per l'installazione”* (art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 507 del 1993)”. In conseguenza di quanto espresso dal collegio, nell'ambito di tale rapporto, rientra la regolazione unitaria dei profili di tutela della sicurezza stradale e dei valori culturali.

A tale stregua, l'Adunanza Plenaria ritiene che il modo più corretto di allocazione dell'uso di tali spazi pubblici sia la procedura ad evidenza pubblica, altrimenti si dovrebbe applicare *“(…) l'unico criterio alternativo dell'ordine cronologico di presentazione delle domande accoglibili, che è di certo meno idoneo ad assicurare l'interesse pubblico all'uso più efficiente del suolo pubblico e quello dei privati al confronto concorrenziale”*.

Secondo l'argomentazione espressa dal collegio giudicante, la procedura ad evidenza pubblica, quale istituto a tutela della concorrenza nell'esercizio dell'attività economica privata non contrasta con l'esercizio di tale attività imprenditoriale, in quanto *“(…) la concessione tramite gara dell'uso di beni pubblici è istituito previsto nell'ordinamento, al fine di assicurare il principio costituzionale della libera iniziativa economica anche nell'accesso al mercato degli spazi per la pubblicità”*⁴.

In coerenza con i principi comunitari di non discriminazione, di parità di trattamento e di trasparenza, l'Adunanza Plenaria, rileva che, *“sul presupposto per cui con la concessione di un'area pubblica si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato (come è nella specie), si impone di conseguenza una procedura competitiva per il rilascio della concessione, necessaria per l'osservanza dei ricordati principi a presidio e tutela di quello, fondamentale, della piena concorrenza”*⁵.

Al punto 3.3 l'Adunanza Plenaria nell'affrontare il profilo impositivo, in condivisione di quanto espresso in precedenza dal Consiglio di Stato V, n. 529, 2009, rileva *“(…)l'indifferenza, quantomeno ai fini impositivi, del titolo giuridico grazie al quale i privati gestiscono propri*

⁴ Cons. Stato, V, n. 529 del 2009, cit; cfr. anche VI, 9 febbraio 2011, n. 894. In do

⁵Cons. di Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168. In riferimento alla questione di carattere generale, relativa all'applicazione degli strumenti contrattuali, invece di quelli autoritativi, si v. Napolitano G. in Studi sui principi del diritto amministrativo, cap. Il principio di contrattualità, par. 3, pag. 554, secondo cui *“Nell'ordinamento italiano, un'indicazione in tal senso può indirettamente trarsi dalla norma”*, secondo cui la *“(…) generale possibilità di utilizzare, da parte delle amministrazioni e dei soggetti a questi equiparati, strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nella fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi”*. Secondo l'autore, cit. tale normativa andrebbe interpretata *“ nel senso di prescrivere all'amministrazione il ricorso allo strumento privatistico del contratto, in luogo di quello pubblicistico dell'atto autoritativo, tutte le volte in cui il primo sia fungibile con il secondo e consenta ugualmente il raggiungimento dell'interesse pubblico con reciproca (e superiore) soddisfazione delle parti”*.

impianti pubblicitari su aree pubbliche”, in quanto “non è certo il tipo giuridico del modello prescelto dalla singola amministrazione...a condizionare le sorti dell’impianto pubblicitario sul piano del suo assoggettamento o meno al canone (quale corrispettivo per la fruizione del bene pubblico) e/o alla tassa per l’occupazione di suolo pubblico (avente natura di prelievo tributario), oltre naturalmente al pagamento della imposta sulla pubblicità”.

Avv. Maria Carmen Agnello