



REPUBBLICA ITALIANA

N. 653/12 Reg.Sent.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia- N. 1317 Reg.Ric.
na in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente ANNO 2011

O R D I N A N Z A

(ai sensi dell'art. 10 comma 4 D.L.vo n. 373 del 2003)

sul ricorso n. 1317 del 2011 proposto da

ALESSI s.p.a. e AS.P.ES. ASSOCIAZIONE PUBBLICITÀ ESTER-
NA, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e
difesi dagli avvocati Girolamo Calandra e Giuliana Ardito, ed eletti-
vamente domiciliati in Palermo, piazza V.E. Orlando n. 33 presso lo
studio dell'avvocato Girolamo Calandra;

c o n t r o

il COMUNE DI CALTANISSETTA, in persona del sindaco *pro tem-
pore*, non regolarmente costituito in questo grado del giudizio;

e nei confronti

della I.N.P.A. IMPRESA NAZIONALE PUBBLICITÀ E AFFIS-
SIONI s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non
costituita in questo grado del giudizio;

della A.A.P.I. ASSOCIAZIONE AZIENDE PUBBLICITARIE ITA-
LIANE, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costi-
tuita in questo grado del giudizio;

della KOMPO SERVICE DI PIO DI SALVO & C. s.n.c. e della
P.M.A. s.r.l., nelle persone dei rispettivi legali rappresentanti *pro tem-
pore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Umberto Ilardo e Fulvio

Ingaglio La Vecchia, con domicilio eletto in Palermo, via Generale Arimondi n. 2/Q presso lo studio dell'avvocato Ingaglio La Vecchia (appellanti incidentali);

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sicilia - sede di Palermo (sez. III) - 26 luglio 2011 n. 1539, resa inter partes e non notificata;

Visto il ricorso di cui in epigrafe, notificato il 15 novembre 2011 e depositato il 28 novembre 2011;

Visto il controricorso e appello incidentale proposto dalle Imprese intime;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 28 marzo 2012 il consigliere Antonino Anastasi;

Uditi, altresì, l'avv. G. Calandra per le società appellanti e gli avv.ti U. Ilardo e F. Ingaglio La Vecchia per le appellanti incidentali;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

La Alessi s.p.a., società operante a livello regionale nel settore della diffusione pubblicitaria, e la associazione regionale di categoria A.S.P.E.S., hanno impugnato con ricorso al T.A.R. Palermo la delibera n. 27 del 2010 con la quale il consiglio comunale di Caltanissetta ha approvato il Piano generale degli impianti pubblicitari.

Con successivi motivi aggiunti le ricorrenti hanno poi tra l'altro

impugnato il bando della gara per la concessione delle superfici individuate dal suddetto Piano.

A sostegno delle impugnazioni le ricorrenti hanno in particolare dedotto:

- a) che il Piano illegittimamente privilegia la società I.N.P.A. concessionaria in Caltanissetta della pubblica affissione, destinando a questo servizio superfici eccessivamente ampie rispetto a quelle dedicate all'affissione diretta da parte di ditte non concessionarie;
- b) che illegittimamente il Piano consente al comune di mettere all'asta, con procedura di evidenza pubblica, il suolo su cui insistono gli impianti destinati all'affissione diretta, laddove tale attività secondo la legge è soggetta ad un regime meramente autorizzatorio.

Sono intervenute ad adiuvandum la Kompo Service di Pio Di Salvo & C. s.n.c. e la P.M.A. s.r.l., anch'esse nella qualità di aziende operanti nel settore pubblicitario.

È intervenuta ad adiuvandum l'associazione di settore A.A.P.I. mentre è intervenuta ad opponendum la I.N.P.A. s.p.a..

Con la sentenza in epigrafe indicata l'adito Tribunale ha respinto nel merito il ricorso, dopo aver dichiarato inammissibile l'intervento in giudizio della Kompo e della P.M.A..

La sentenza è stata impugnata con l'atto di appello all'esame dalle soccombenti le quali ne hanno chiesto l'integrale riforma, tornando a dedurre le censure già infruttuosamente versate in prime cure.

Hanno proposto ricorso incidentale la Kompo e la P.M.A., sostenendo l'ammissibilità dell'intervento da esse spiegato in primo gra-

do.

Le parti hanno presentato memorie insistendo nelle già rappresentate conclusioni.

Alla udienza del 28 marzo 2012 il comune di Caltanissetta ha chiesto di costituirsi in giudizio ma tale richiesta è stata respinta.

L'appello è stato quindi trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Sulla richiesta del comune di Caltanissetta di costituirsi nell'udienza del 28 marzo 2012.

Come riferito nelle premesse, nell'udienza pubblica del 28 marzo 2012 il comune di Caltanissetta ha chiesto di potersi costituire in giudizio e tale richiesta è stata respinta, con provvedimento a verbale, secondo l'indirizzo costantemente adottato da questo Consiglio di Giustizia Amministrativa dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

Dal momento che tale indirizzo appare in contrasto con la prassi consolidata e tuttora seguita dalle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (cfr. ad es. IV sez. n. 5356 del 2001 nonchè III sez. ord.za n. 150 del 2012) si ritiene doveroso sottoporre la questione all'Adunanza Plenaria, al fine di una eventuale pronunzia chiarificatrice del Supremo Consesso, in applicazione analogica dell'art. 99 comma 5 del codice del processo amministrativo.

In linea generale l'indirizzo che consente alle parti intimete di costituirsi nell'udienza di merito muove dal presupposto che il termine ad esse concesso per la costituzione in giudizio ha natura meramente

ordinatoria e non decadenziale.

In tal senso si afferma che il termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso entro il quale le parti intimare possono costituirsi, presentare memorie e mezzi di prova e fare istanze, ai sensi dell'art. 46 Cod. proc. amm., non ha carattere decadenziale, ma ordinatorio, con la conseguenza che esse non sono tenute ad esaurire le proprie difese negli atti introduttivi, ma possono anche successivamente presentare documenti e memorie, purchè nei termini previsti dal successivo art. 73. (VI sez. n. 4283 del 2011).

Per conseguenza secondo questo indirizzo la costituzione della parte intimata può avvenire sino all'udienza di discussione, ovviamente con possibilità di svolgere solo oralmente le proprie difese, ferma restando quindi la preclusione ad ogni produzione di documenti e memorie oltre i termini indicati dall'art. 73 comma 1 cod. proc. amm. e ferma restando la preclusione alla formulazione di domande che soggiacciono a termini perentori quali ad es. per il giudizio di appello quelle di cui all'art. 101 comma 2. (Su tali preclusioni cfr. V sez. n. 1058 del 2012).

Tale indirizzo, che si è originato nel vigore delle passate fonti normative, secondo questo Consiglio va però rimeditato a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

Il codice infatti con l'art. 56 comma 7, nel disciplinare il giudizio cautelare, ha espressamente disposto che “Nella camera di consiglio le parti possono costituirsi” ai fini della trattazione orale, mentre con l'art. 73 non ha introdotto analoga previsione per l'udienza di di-

scussione.

Secondo il criterio interpretativo *a contrario* (o dell'*ubi voluit*) deve dedursi che la costituzione della parte intimata in udienza pubblica non è oggi più ammissibile, nemmeno ai soli fini della discussione orale, avendo il codice espressamente consentito solo la costituzione nella camera di consiglio cautelare.

Tale preclusione non può superarsi - a giudizio del Collegio - in virtù del disposto dell'art. 370 primo comma cod. proc. civ. il quale consente alla parte contro cui è diretto il ricorso per cassazione di partecipare alla discussione orale avanti alla Suprema Corte anche se non abbia notificato nei termini il controricorso.

Occorre infatti considerare che una simile previsione si correla alle specifiche caratteristiche di un giudizio dominato dall'impulso d'ufficio tanto che in esso non trova addirittura applicazione l'istituto dell'interruzione del processo per uno degli eventi previsti dagli art. 299 e seguenti.

Simili caratteristiche non si rinvergono invece nel giudizio di appello amministrativo.

Nemmeno può farsi riferimento alla norma del rito civile (cfr. art. 171 secondo comma cod. proc. civ.) che nel giudizio di merito consente la costituzione della parte fino alla prima udienza: tale previsione, che opera del resto solo in determinati casi, si inserisce infatti in un sistema processuale del tutto peculiare, caratterizzato da una specifica disciplina nel caso di contumacia del convenuto nonché dalla normale destinazione della prima udienza alla comparizione delle parti

e non alla spedizione della causa in decisione, a differenza di quanto accade nel processo amministrativo.

Alla luce di quanto esposto, al silenzio del c.p.a. circa la possibilità per le parti intimiate di costituirsi in udienza non può dunque ovviarsi mediante il rinvio esterno di cui all'art. 39, risultando le norme del codice di procedura civile sopra richiamate non compatibili con il processo amministrativo e non espressive di principi generali.

Tanto premesso sotto il profilo formale, sembra altresì doveroso sottolineare dal punto di vista sostanziale che la costituzione in udienza dell'appellato rischia di ledere le prerogative difensive dell'appellante.

Infatti l'appellato, quando interviene oralmente in udienza, può ad esempio riproporre eccezioni in senso proprio già versate in prime cure (si pensi alla prescrizione); può richiamare l'attenzione del giudice su inediti profili di rito rilevabili d'ufficio (si pensi alla irritualità del ricorso introduttivo del giudizio o dell'atto di appello); può prospettare questioni di legittimità costituzionale circa la normativa applicabile.

E tutto ciò può avvenire senza che l'appellante abbia avuto modo di conoscere la strategia difensiva della parte avversa e quindi di potersi contrapporre ad essa con meditata cognizione di causa, come invece sembra richiedere il fondamentale principio processuale sancito dall'art. 111 secondo comma Cost. secondo cui ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, *in condizioni di parità*, davanti a giudice terzo e imparziale.

2. Sul merito del presente giudizio di appello.

Come esposto nelle premesse, la sentenza impugnata ha innanzi tutto dichiarato inammissibile l'intervento ad adiuvandum spiegato in giudizio dalla Kompo Service di Pio Di Salvo & C. s.n.c. e dalla P.M.A. s.r.l., che sono anch'esse - al pari della ricorrente originaria e odierna appellante - aziende operanti nel settore pubblicitario e quindi direttamente incise dai provvedimenti in controversia.

Tale statuizione va confermata e va conseguentemente respinto l'appello incidentale proposto dalle predette.

Secondo costante giurisprudenza, infatti, nel processo amministrativo è inammissibile l'intervento adesivo autonomo a difesa di un interesse legittimo asseritamente leso dal provvedimento impugnato, avendo il soggetto cointeressato l'onere di impugnare autonomamente, nel termine di decadenza, l'atto che reputa lesivo.

Venendo all'esame dell'appello principale, col primo motivo di impugnazione le appellanti tornano a lamentare la mancanza della comunicazione di avvio del procedimento per l'adozione del Piano generale per gli impianti pubblicitari ovvero di qualsiasi altra forma partecipativa delle imprese operanti nel settore delle affissioni esterne.

Il mezzo non è fondato.

Questo Consiglio ha infatti già da tempo chiarito che il piano generale degli impianti pubblicitari previsto dal D. L.vo n. 507 del 1993 costituisce un atto amministrativo generale con contenuto pianificatorio e programmatico.

Pertanto l'unica norma direttamente applicabile al procedimen-

to per la sua formazione è quella a contenuto negativo di cui all'art. 13 della legge n. 241 del 1990, che esclude l'applicabilità di tutte indistintamente le disposizioni contenute nel medesimo capo legislativo, in caso di attività amministrativa diretta all'emanazione di atti appartenenti alla tipologia suindicata. (cfr. C.G.A. n. 336 del 2005 nonché n. 64 del 2012).

Con il secondo motivo le appellanti deducono che il piano impugnato favorisce in modo irragionevole e sproporzionato il concessionario del servizio di pubblica affissione, rispetto agli operatori che operano nel contiguo settore dell'affissione diretta privata e commerciale.

Anche questo mezzo non è fondato.

Il D. L.vo n. 507 del 1993 distingue il servizio delle pubbliche affissioni dalla pubblicità privata e commerciale (c.d. affissione diretta).

Ai sensi dell'art. 18 del citato decreto il servizio delle pubbliche affissioni è inteso a garantire specificatamente l'affissione, a cura del comune, in appositi impianti a ciò destinati, di manifesti di qualunque materiale contenente comunicazioni con finalità istituzionali, sociali o comunque prive di rilevanza economica, ovvero, ove previsto e nella misura stabilita nelle disposizioni regolamentari, di messaggi diffusi nell'esercizio di attività economiche.

Il servizio delle pubbliche affissioni, che può comportare lo svolgimento di servizi aggiuntivi strumentali alla repressione dell'abusivismo pubblicitario e al miglioramento dell'impiantistica, può essere

affidato in concessione solo a società iscritte all'albo dei concessionari dei tributi e di esso perciò non potrebbe essere concessionaria l'odierna appellante, che difetta di tale requisito.

Infine, ai sensi del comma 3 del ridetto art. 18, la superficie degli impianti da adibire alle pubbliche affissioni deve essere stabilita nel regolamento comunale in misura proporzionale al numero degli abitanti e comunque non inferiore a 18 metri quadrati per ogni mille abitanti nei comuni con popolazione superiore a trentamila abitanti, fra i quali rientra pacificamente il comune di Caltanissetta.

Ciò premesso, si osserva che quello indicato nella norma ora richiamata è evidentemente un limite minimo invalicabile che l'Amministrazione ben può invece incrementare, sulla scorta di una valutazione discrezionale di pieno merito, insindacabile in sede di legittimità se non per profili di abnormità e illogicità che nella specie non emergono.

In tal senso si deve infatti osservare da un lato che circa il venti per cento della superficie destinata al servizio di pubblica affissione è riservato a comunicazioni istituzionali o provenienti da organizzazioni non lucrative; dall'altro che la presenza pubblica nel settore ha comunque funzione perequativa e per certi versi pro-concorrenziale.

In tal senso da tempo la giurisprudenza ha chiarito che tra gli scopi perseguiti con l'istituzione del servizio delle pubbliche affissioni è compreso l'obiettivo, di natura perequativa, di assicurare, nonostante l'esistenza di una risorsa scarsa quale la superficie affissiva, lo svolgimento dell'attività di affissione anche da parte di coloro che non dispongono di impianti propri, ponendo così le condizioni per un'effetti-

va concorrenza, sia pur limitata, tra le imprese operanti nel settore della pubblicità commerciale. (cfr. V sez. n. 285 del 1990 e n. 2723 del 2009).

Il mezzo in rassegna va quindi respinto.

Con il terzo e centrale motivo le appellanti tornano a sostenere che illegittimamente il piano prevede che il suolo pubblico disponibile per l'installazione degli impianti privati ad affissione diretta sia assegnato alle imprese che presentano al comune l'offerta economica più interessante nell'ambito di una vera e propria asta pubblica al rialzo.

L'affissione commerciale – rilevano in tal senso le appellanti – non è un servizio pubblico quanto piuttosto una libera attività imprenditoriale soggetta a mera autorizzazione che il comune non può assoggettare ad un regime concessorio di stampo sostanzialmente pubblicistico.

Al riguardo il Collegio osserva quanto segue.

Questo Consiglio di Giustizia - a partire dalla decisione n. 762 del 2009 - ha affermato che l'ordinamento generale assicura agli imprenditori un vero e proprio "diritto" alla libera attività di affissione diretta (art. 23 del codice della strada e 53 del relativo regolamento di esecuzione) la cui esistenza è implicitamente riconosciuta dalla Corte Costituzionale (sent. n. 355 del 2002).

Secondo questa impostazione, la pubblicità stradale non si configura come un servizio reso all'ente locale, ma come forma di svolgimento di un'attività economica, soggetta ad autorizzazione solo in funzione delle esigenze di salvaguardia dei valori estetici, ambientali e

viabilistici.

Detta autorizzazione ha natura onerosa anche per compensare l'eventuale occupazione del suolo pubblico ed il "prezzo" per tale uso (tariffa) include il compenso dovuto dall'autorizzato che (nella previsione codicistica) non deve quindi richiederne concessione.

In tal senso infatti la Suprema Corte è ferma nel ritenere che per gli impianti pubblicitari il pagamento dell'imposta comunale sulla pubblicità assorbe e congloba in sé la tassa per l'occupazione di suolo pubblico – tosap, poichè gli impianti pubblicitari o per pubbliche affissioni occupano necessariamente una parte di suolo pubblico (Cass. nn. 1716 del 2004 e 105 del 2010).

In tale assetto, la previsione di un doppio binario di limitazioni che, eccedendo la previsione della normativa statale, con riferimento all'intero territorio comunale condizioni l'accesso alla pubblicità stradale oltre che all'autorizzazione, anche alla concessione da parte del comune, mediante pubblica gara, dell'area necessaria alla installazione degli impianti ove questa sia di titolarità dell'Ente, supera l'ambito delle attribuzioni che, in materia, la normativa primaria ha inteso demandare all'Ente locale.

Le disposizioni che in ambito locale mutano il regime autorizzatorio in regime concessorio introducono dunque elementi ulteriori e non previsti rispetto agli obiettivi in forza dei quali è stato anche assegnato all'Ente un potere di pianificazione in esclusiva funzione di garanzia di sicurezza nella circolazione e di salvaguardia delle caratteristiche abitative, estetiche, ambientali dei centri abitati.

In sostanza, secondo il richiamato indirizzo (inaugurato dalla sez. V del Consiglio di Stato, nella decisione n. 44 del 2007) al quale hanno poi dato continuità in particolare le sentenze di questo Consiglio nn. 976 del 2009 e 1306 del 2010, il comune - all'evidente ed esclusivo fine di incrementare le proprie entrate - non può surrettiziamente sottoporre ad un regime concessorio una attività che la normativa primaria di riferimento attualmente vigente devolve alla libera iniziativa della imprenditoria privata, e sottopone ad autorizzazione solo in funzione di salvaguardia dei valori generali sopra richiamati.

Quanto ora osservato comporterebbe l'accoglimento del mezzo in rassegna e la riforma della sentenza impugnata, con annullamento delle clausole del Piano che consentono al comune di porre all'asta gli spazi disponibili per l'allocazione degli impianti privati.

Il Collegio evidenzia però che la coerenza di tale ricostruzione ermeneutica è stata consapevolmente revocata in dubbio dalla decisione della V Sezione del Consiglio di Stato n. 529 del 2009, alla quale allo stato risulta uniformata la prevalente giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali.

In ordine alla questione di fondo qui controversa, osserva la citata decisione che il mercato relativo all'uso degli impianti pubblicitari privati in ambito cittadino è, allo stato attuale, un mercato contingentato e regolamentato, essendo il contingentamento un portato vuoi della naturale limitatezza territoriale degli spazi destinati ad ospitare gli impianti all'interno della cintura urbana vuoi della consequenziale prescrizione, imposta dal regolamento sulla imposta della pubblicità (art.

3 comma 3 del D. L.vo n. 1993 n. 507), secondo cui i Comuni devono tra l'altro determinare "la quantità degli impianti pubblicitari".

Ciò comporta che gli impianti installabili dai privati su suolo pubblico all'interno della cinta urbana rappresentano complessivamente un *numerus clausus*.

In tale contesto, la scelta di molti comuni di assegnare in concessione detti spazi di territorio comunale a mezzo di gara - secondo la V Sezione - non soltanto non appare incompatibile con il principio costituzionale di libera iniziativa economica, ma risulta semmai funzionale all'inveramento di quel principio, mercè lo strumento concorrenziale proprio della gara.

La gara infatti consentirebbe - secondo questa impostazione - a nuovi operatori di fare ingresso in un mercato altrimenti caratterizzato dalle posizioni privilegiate e inattaccabili delle ditte che hanno conseguito in passato le autorizzazioni ad utilizzare, con i propri impianti, gli spazi pubblici più ambiti ed economicamente più remunerativi.

Sussistendo, alla luce di quanto riferito, un evidente contrasto giurisprudenziale con le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, questa Sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa ritiene doveroso deferire la cognizione del motivo d'appello ora esaminato all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 10 comma 4 del D. L.vo 24.12.2003 n. 373 (Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato).

Quanto alle ulteriori censure dedotte dalle odierne appellanti

(da esaminare nel caso di rigetto del detto motivo d'appello) valuterà l'Adunanza Plenaria se deciderle ovvero rimetterne l'esame a questa Sezione giurisdizionale ai sensi dell'art. 99 comma 4 del codice del processo amministrativo.

Si rimette altresì all'Adunanza ogni valutazione circa una eventuale pronuncia, ai sensi del comma 5 del citato art. 99 c.p.a., in ordine alla problematica relativa alla costituzione in udienza delle parti intimite.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, rimette la causa all'Adunanza Plenaria.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo il 28 marzo 2012 dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, nella camera di consiglio, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Antonino Anastasi, estensore, Ermanno de Francisco, Pietro Ciani, Giuseppe Mineo, Componenti.

F.to Riccardo Virgilio, Presidente

F.to Antonino Anastasi, Estensore

Depositata in Segreteria

18 luglio 2012