

Publicato il 19/04/2018

N. 02383/2018REG.PROV.COLL.

N. 06811/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
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 6811 del 2013, proposto da Alpha Coop s.c. a r.l., AL.PI. s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Ludovico Ferdinando Villani e Roberto Damonte, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Silvia Villani, in Roma, via Asiago 8;

contro

Comune di Genova, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Paola Pessagno e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, viale Giulio Cesare 14a/4;

nei confronti

Genova in Tour s.r.l., I Viaggi dei Pesci Rossi s.r.l., Lombardia City Sightseeing s.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, n. 218/2013,

resa tra le parti, concernente il diniego di autorizzazione alle fermate intermedie nell'ambito di un servizio di trasporto persone a scopo turistico mediante trenino su gomme

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale del Comune di Genova;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2018 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Damonte, e Notarnicola per delega di Pafundi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Alpha Coop s.c. a r.l. e la AL.PI. s.r.l. propongono appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Liguria in epigrafe, con cui è stato respinto il loro ricorso per l'annullamento dei diniego loro opposto dal Comune di Genova (nota di prot. n. 178960 del 1 giugno 2011 del comando di polizia municipale) ad effettuare fermate per la salita e la discesa dei passeggeri del trenino su gomma denominato "trenino Pippo" (composto da motrice-trattore e da tre rimorchi per la veduta della città), di cui sono rispettivamente proprietaria e gestrice, e per il quale la prima ha ottenuto l'autorizzazione annuale, rinnovabile, per il servizio di trasporto di persone a scopo ludico ricreativo.

2. Il diniego veniva motivato sulla base dell'incompatibilità delle fermate per la salita e la discesa dei passeggeri con «*l'attività turistica non di linea*».

3. Nella loro impugnazione le due società ricorrenti contestavano questa qualificazione ed affermavano in contrario che il servizio da loro svolto è

qualificabile come servizio di linea, per il quale le fermate sono consentite; e che in ogni caso l'amministrazione non aveva rappresentato esigenze di sicurezza della circolazione stradale ostative all'autorizzazione alle fermate. Inoltre, le stesse società censuravano il diniego per omesso preavviso *ex art. 10-bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, per carenza di motivazione ed istruttoria, e per disparità di trattamento rispetto ad altri operatori dello stesso settore, per i quali la fermata per la salita e la discesa dei passeggeri era invece stata autorizzata.

4. Tutte le censure sono state respinte dal Tribunale amministrativo adito in primo grado e riproposte dalle due società ricorrenti nel presente appello.

5. Il Comune di Genova si è costituito in resistenza ed ha inoltre impugnato con appello incidentale la sentenza del Tribunale nella parte in cui è stata respinta l'eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso, formulata sulla base del fatto che nel chiedere il rinnovo a tempo indeterminato dell'autorizzazione originaria la proprietaria del trenino la Alpha coop. non aveva insistito nella specifica richiesta di potere svolgere fermate intermedie e che la medesima società non aveva poi impugnato i rinnovi annuali successivamente rilasciati, recanti il divieto originario di fermata intermedia.

6. Alla pubblica udienza del 5 aprile 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Deve essere esaminato con priorità l'appello incidentale del Comune di Genova, con cui si ripropone l'eccezione pregiudiziale di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso di primo grado. Come accennato in precedenza l'amministrazione resistente enuclea un duplice profilo ostativo all'esame nel merito dell'impugnazione avversaria, consistente:

- dapprima nel fatto che il rinnovo dell'autorizzazione annuale originaria (rilasciata con atto di prot. n. 356662 del 13 ottobre 2010) è stato richiesto per un tempo indeterminato, ma con espressa salvezza di *«tutte le limitazioni già previste nelle*

precedenti autorizzazioni», dacché dovrebbe evincersi che la società istante abbia rinunciato ad ottenere l'autorizzazione per le fermate intermedie;

- quindi, nella mancata impugnazione delle autorizzazioni annuali successivamente emesse dall'amministrazione, recanti l'espresso divieto di fermate intermedie (atti di prot. nn. 260217 del 10 agosto 2011 e 266155 del 5 settembre 2012).

2. L'eccezione è infondata sotto entrambi i profili in cui essa si articola.

3. In generale deve premettersi che l'effetto di rinuncia all'istanza relativa alle fermate intermedie, in riscontro alla quale è stato emesso il diniego impugnato nel presente giudizio, postula un'acquiescenza a quest'ultimo, la quale tuttavia secondo l'incontrastata giurisprudenza deve esprimersi attraverso un contegno inequivoco di accettazione della volontà autoritativa dell'amministrazione (da ultimo in questo senso: Cons. Stato, III, 10 giugno 2016, n. 2507; V, 27 dicembre 2017, n. 6082; VI, 9 agosto 2016, n. 3557).

Tanto precisato nel caso di specie una simile accettazione non può essere desunta da provvedimenti comunque favorevoli per le società originarie ricorrenti, quali vanno considerati i rinnovi annuali, chiesti ed ottenuti nella perdurante pendenza del giudizio di impugnazione contro il separato diniego di fermate intermedie rispetto al percorso autorizzato. Come infatti dedotto dalle medesime società in replica all'eccezione, i rinnovi in questione non hanno comportato alcuna perdita della possibilità di ottenere l'autorizzazione a compiere fermate intermedie rispetto ai percorsi del trenino turistico autorizzati dal Comune di Genova, poiché tale possibilità deve ritenersi tuttora realizzabile attraverso la coltivazione del presente appello.

4. Dall'eventuale accoglimento di quest'ultimo deriverebbe infatti la rimozione del diniego oggetto del presente giudizio e, in via derivata, del limite apposto alle autorizzazioni successivamente rilasciate in rinnovo, e cioè di un elemento accessorio rispetto a questi ulteriori provvedimenti favorevoli, non oggetto di

nuova valutazione da parte del Comune in occasione dell'esame delle domande annualmente presentate dalla Alpha Coop.

5. Respinto dunque l'appello incidentale si può procedere all'esame del merito della controversia, oggetto dell'appello principale delle due società originarie ricorrenti.

6. Con il primo motivo queste ultime reiterano la tesi sostenuta in via principale nel presente giudizio, secondo cui il trenino turistico rientra tra i servizi di linea, per cui per essi è consentita quindi la fermata. In ogni caso le appellanti principali ribadiscono che il diniego loro opposto è carente di motivazione in ordine alla pretesa incompatibilità tra servizio di trasporto pubblico non di linea e il fatto che lo stesso sia svolta con fermate intermedie.

7. Con riguardo al primo profilo, le appellanti principali traggono i loro assunti dagli artt. 1 e 10 del decreto del Ministro dei trasporti 15 marzo 2007, n. 55 (*Norme relative all'individuazione dei criteri di assimilazione ai fini della circolazione e della guida ed all'accertamento dei requisiti tecnici di idoneità dei trenini turistici*), secondo cui i trenini turistici «sono complessi di veicoli atipici, ai sensi dell'articolo 59 del Codice della strada» (art. 1, comma 2), adibiti al trasporto di persone su strada per interessi turistico-ricreativi (art. 1, comma 1), ed in particolare «su percorsi prestabiliti ed approvati dal competente ente territoriale, sentito l'ente proprietario della strada» (art. 10, comma 2). Secondo la tesi delle originarie ricorrenti questi elementi comporterebbero nello specifico l'assimilazione dei trenini turistici ai veicoli adibiti al trasporto di linea ex art. 87 del codice della strada, «laddove la 'linea' è data da una destinazione predeterminata nonché da un itinerario esclusivo e specificamente autorizzato dall'ente concedente», ovvero dalle modalità di prestazione del servizio e non già dal mezzo con cui lo stesso viene svolto.

8. Nell'ambito della censura in esame si critica inoltre il rilievo attribuito dal Tribunale amministrativo all'art. 2, comma 2, lett. c), della legge regionale della

Liguria 4 luglio 2007, n. 25 Testo unico in materia di trasporto di persone mediante servizi pubblici non di linea), che annovera tra gli autoservizi pubblici di trasporto non di linea anche «*il servizio ad esclusiva finalità turistica eseguito con i veicoli di cui all'articolo 47, comma 1 letter(a) (...) n)*» del codice della strada, e cioè mediante i «*veicoli con caratteristiche atipiche*», tra cui i trenini turistici. In contrario le originarie ricorrenti sostengono che i servizi pubblici di trasporto non di linea sono solo quelli previsti dalla legge quadro 15 gennaio 1992, n. 21 (*Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea*) e cioè «*esclusivamente e tassativamente*» il servizio di taxi e il noleggio di auto con conducente. Le appellanti principali ritengono che la Regione Liguria avrebbe dunque esercitato una competenza legislativa riservata al legislatore nazionale, per cui chiedono che la questione sia rimessa alla Corte costituzionale.

9. Al medesimo riguardo le originarie società Alpha coop. e AL.PI. censurano il medesimo punto della sentenza di primo grado per falsa applicazione dell'art. 2 l. reg. n. 25 del 2007 in contestazione ed in particolare per la lettura parziale della disposizione nel suo complesso data dal Tribunale amministrativo. In particolare le due società sottolineano che il comma 1 definisce autoservizi pubblici non di linea quelli prestati «*in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta*», e che questa evenienza non ricorre con riguardo al trenino “Pippo” di cui esse sono rispettivamente proprietaria e gestrice, dal momento che il servizio prestato da quest'ultimo avviene con «*cadenza giornaliera, secondo orari predeterminati, su percorsi prestabiliti dall'Autorità comunale e con una destinazione prefissata*».

10. In subordine le società appellanti principali reiterano la censura, su cui il Tribunale amministrativo non si è pronunciato, di difetto di motivazione nel diniego impugnato in ordine all'incompatibilità delle fermate intermedie con un'attività non di linea è del tutto immotivata e non trova riscontro nell'ambito del

Codice della Strada.

11. Nel secondo motivo è censurata l'omessa comunicazione del preavviso di diniego *ex art. 10-bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241. Le originarie ricorrenti contestano che sia applicabile la "sanatoria processuale" di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, della legge poc'anzi citata, come invece ritenuto dal giudice di primo grado, ed evidenziano in contrario che il diniego impugnato non costituisce atto vincolato.

12. Con il terzo motivo viene riproposta la censura di carenza di istruttoria e motivazione del diniego impugnato, in ordine tanto alla natura di servizio pubblico di autotrasporto non di linea del trenino turistico quanto all'incompatibilità dello stesso con le fermate intermedie. Nel motivo in esame si censura la statuizione di rigetto della censura emessa dal Tribunale amministrativo, sul presupposto che dal suo accoglimento non deriverebbe alcun vantaggio per le odierne appellanti e sulla sufficienza della motivazione del diniego in ragione dell'«*anomalia della fattispecie in fatto*».

13. Con il quarto motivo viene infine riproposta la censura di disparità di trattamento rispetto ad altri operatori turistici autorizzati dal Comune di Genova alle fermate intermedie.

14. Così sintetizzate le censure sono fondate nei termini che seguono.

15. In particolare, in applicazione del principio sull'ordine di esame dei motivi consistente nella ragione più liquida (da ultimo applicato da: Cons. Stato, III, 10 agosto 2016, n. 3592; VI, 25 settembre 2017, n. 4470, 24 aprile 2017, n. 1908, sulla base dei principi affermati dall'Adunanza plenaria, nella sentenza 27 aprile 2015, n. 5), sono fondate le censure di carenza di motivazione del diniego impugnato.

Non si riscontrano infatti norme di legge, nazionale o regionale, che vietano ai servizi di trasporto non di linea – quand'anche in questa ipotesi sia dunque inquadrabile il servizio svolto dalle società odierne appellanti principali a mezzo

del loro trenino turistico - di compiere fermate intermedie rispetto ai percorsi autorizzati.

Come sul punto sottolineano queste ultime, ai sensi dell'art. 157 la fermata (ovvero *«la temporanea sospensione della marcia anche se in area ove non sia ammessa la sosta, per consentire la salita o la discesa delle persone, ovvero per altre esigenze di brevissima durata»*) è il linea generale permessa, salvo il caso in cui la stessa possa arrecare *«intralcio alla circolazione»* (comma 1, lett. b). I commi successivi della disposizione di legge ora citata detta poi regole di comportamento di questa manovra, anch'esse con portata di carattere generale, con le relative sanzioni in caso di violazioni.

16. In attuazione della medesima norma primaria, il regolamento di esecuzione del codice della strada (d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495) disciplina in modo dettagliato la *«Fermata degli autoveicoli in servizio pubblico di linea per trasporto di persone»* (così la rubrica dell'art. 352). Da questa norma secondaria non può tuttavia evincersi un divieto per gli esercenti un servizio pubblico di trasporto di persone non di linea. La norma regolamentare è infatti preordinata ad assicurare che per i servizi di trasporto pubblico svolti con continuità *«su itinerari autorizzati con offerta indifferenziata al pubblico»* (art. 87 cod. strada) siano assicurati appositi ed adeguati spazi per la fermata del mezzo e, dunque, per la discesa e la salita delle persone, a seconda delle caratteristiche della strada su cui le fermate devono essere collocate. Per i servizi di trasporto non di linea devono comunque ritenersi applicabili le norme generali contenute nella norma primaria sovraordinata, di cui al sopra citato art. 157 cod. strada. Tanto più queste regole devono poi ritenersi applicabili a favore di un servizio quale quello svolto dalle società odierne appellanti principali che viene comunque svolto su itinerari prestabiliti ed autorizzati dall'autorità comunale competente (ai sensi dell'art. 10, comma 2, del citato decreto del Ministro dei trasporti del 15 marzo 2007, n. 55), per i quali i quali i fattori di rischio per la sicurezza della circolazione stradale sono dunque

valutabili *ex ante*. Per contro, l'assunto del Comune di Genova secondo cui «*al servizio non di linea è (...) estraneo l'elemento della fermata intermedia per la salita e la discesa dei passeggeri lungo il percorso del mezzo*» è apodittico.

17. Da quanto finora evidenziato il diniego di fermata intermedia può legittimamente fondarsi solo sulla base di una dimostrazione puntuale e debitamente esposta nel provvedimento che la temporanea sospensione della marcia del trenino turistico sarebbe incompatibile con le esigenze della circolazione.

18. Per le ragioni esposte è fondata anche la censura di omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza autorizzativa. Infatti, laddove correttamente instaurato, ad iniziativa dell'amministrazione resistente, il contraddittorio procedimentale predecisorio avrebbe potuto consentire alle società originarie ricorrenti di esporre le loro ragioni, contrarie al rigetto dell'istanza autorizzativa, ed orientare meglio la valutazione del Comune.

19. Infine, per le medesime ragioni espresse a proposito del primo motivo dell'appello principale deve essere accolta la censura di disparità di trattamento e contraddittorietà in atti formulate nel quarto motivo.

In esso le società Alpha coop. e AL.PI. hanno dedotto che altri operatori turistici, esercenti il servizio di trasporto pubblico mediante bus, sono stati autorizzati dal Comune di Genova ad eseguire fermate intermedie lungo gli itinerari autorizzati.

La circostanza non è contestata dall'amministrazione, che tuttavia obietta che i mezzi impiegati da questi ultimi operatori «*hanno caratteristiche tecniche che non consentono in alcun modo di essere equiparati ai veicoli atipici*» ai sensi dell'art. 59 del codice della strada, quale il trenino su gomma delle odierne appellanti principali.

La tesi difensiva in questione si pone tuttavia nell'ottica non condivisibile su cui si fonda il diniego impugnato nel presente giudizio e cioè che per il solo fatto di essere non di linea, a causa dell'atipicità del mezzo (non riconducibile a quelli

elencati nell'art. 87, comma 2, cod. strada), il servizio di trasporto pubblico mediante trenino turistico è automaticamente incompatibile con le fermate intermedie.

20. Sennonché, per quanto sinora considerato ai fini del compimento di fermate intermedie occorre avere riguardo alle superiori esigenze di sicurezza della circolazione e non invece alla natura del mezzo e dunque alla qualificazione del servizio di trasporto esercitato. La contraddittorietà dell'operato del Comune sul punto si ricava dalle deduzioni difensive svolte nella memoria di replica, in cui la stessa amministrazione riconosce (quanto peraltro già noto e cioè) che il trenino delle odierne appellanti principali ha un limitato ingombro in larghezza. La stessa amministrazione fornisce dunque un elemento valutabile in senso favorevole all'accoglimento dell'istanza autorizzativa.

21. Sempre con riguardo alle caratteristiche del trenino, il Comune di Genova sottolinea che lo stesso necessita tuttavia di *«fronti di accosto aventi sviluppo tale da consentirne la fermata in piena sicurezza, considerato che esso è composto da un trattore e ben tre rimorchi»* (così ancora in memoria di replica). Ebbene, questa circostanza può in ipotesi costituire fattore di ostacolo alla circolazione stradale tale da impedire il rilascio dell'autorizzazione alle fermate nei punti richiesti dalle società odierne appellanti principali (stazione marittima e piazza De Ferrari), ma ancora una volta conferma che il divieto non può legittimamente fondarsi sulla natura di servizio non di linea del trasporto pubblico da queste svolto.

22. La natura dei vizi di legittimità accertati, comportanti la rivalutazione dell'istanza autorizzatoria, all'esito della quale potrà eventualmente essere riconosciuto il diritto ad ottenere il bene della vita anelato, impedisce di accogliere la domanda di risarcimento dei danni riproposta dalle società Alpha coop. e AL.PI., per i pretesi mancati incassi rivenienti dalla maggiore clientela (stimati in € 6.000 al mese). Peraltro, anche sotto il distinto profilo della prova la pretesa di

ristoro per equivalente azionata nel presente giudizio si fonda sull'indimostrato assunto che l'autorizzazione alle fermate intermedie avrebbe attirato un flusso di turisti maggiore rispetto a quello fatto registrare negli anni in contestazione.

23. In conclusione, l'appello incidentale del Comune di Genova deve essere respinto, mentre va accolto l'appello principale delle società originarie ricorrenti nei termini sopra esposti. Per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado l'impugnazione di queste ultime va accolta e va quindi annullato il diniego di autorizzazione alle fermate intermedie loro opposto dall'amministrazione resistente. Quest'ultima dovrà quindi rideterminarsi sull'istanza tenuto conto dei vizi di legittimità accertati nel presente giudizio.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

- respinge l'appello incidentale;
- accoglie l'appello principale, nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla i provvedimenti impugnati, fatto salvo il riesercizio del potere amministrativo;
- respinge la domanda di risarcimento dei danni.
- condanna il Comune di Genova a rifondere alle società Alpha Coop s.c. a r.l., AL.PI. s.r.l. le spese del doppio grado di giudizio, liquidate complessivamente in € 5.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente FF

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE

Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE

Claudio Contessa

IL SEGRETARIO