ALLEN & OVERY
Studio Legale Associato
Via Manzoni, 41/43
20121 MILANO

SI NOTIFICHI OGGI Scade 30 DIC. 2013

COPIA

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

- MILANO -

RICORSO

nell'interesse di **Enel Sole S.r.l.** (**Società** o **Enel Sole**), società con unico socio soggetta a direzione e coordinamento di Enel S.p.A., con sede legale in Roma, Viale di Tor di Quinto, n. 45/47, capitale sociale euro 4.600.000.000 i.v., codice fiscale e numero di iscrizione del Registro delle imprese di Roma 02322600541, REA n. 905977, in persona dell' avv. Sabrina Panfili nella sua qualità di procuratore e legale rappresentante della Società, in forza dei poteri conferiti con procura dell'8 ottobre 2013 a rogito Notaio Dott. Nicola Atlante, Rep. 46080, Racc. 22143 (**doc. 5**), rappresentata e difesa, giusta procura a margine del presente ricorso, dagli avvocati Massimo Greco (C.F. GRC MSM 59R 11F205X; PEC massimo.greco@milano.pecavvocati.it), Filippo Bucchi (C.F. BCC FPP 77M 16E 625S; PEC filippo.bucchi@milano.pecavvocati.it) e Alfonso Polillo (C.F. PLLL NS8 2S05 D086K; PEC alfonso.polillo@legalmail.it), ed elettivamente domiciliata ai fini del presente giudizio presso lo studio dei predetti avvocati in Milano, Via Manzoni, n. 41, fax 02 29049333 (Studio legale associato Allen & Overy).

– ricorrente –

CONTRO

- il **COMUNE DI CASTELLANZA** (**Comune**), C.F. 00252280128, in persona del Sindaco in carica;

- la **AIPA S.P.A. – AGENZIA ITALIANA PER PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI** — C.F. 01627960154, in persona del legale rappresentante *pro tempore;*

– resistente –

COMUNE DI CASTELLANZA
N.Prot.: 224/2014 Data: 07/01/2014
Ufficio:08 TRIBUTI/ECONOMATO
Copia A: SEGRETARIO - AMMINISTRATIVO

Allegati.: NO

MANDATO

Io sottoscritta avv. Sabrina Panfili nella mia qualità di procuratore di Enel Sole S.r.l., società con unico socio soggetta a direzione e coordinamento di Enel S.p.A., con sede legale in Roma, viale di Tor di Quinto n 45/47, capitale sociale euro 4 600.000.000 interamente versato, codice fiscale e numero di iscrizione del Registro delle imprese di Roma 02322600541, REA n 905977, giusta procura per notaio Nicola Atlante di Roma dell' 8.10.2013, Rep. 46080, Racc. 22143, delego gli avv ti Massimo Greco, Filippo Bucchi e Alfonso Polillo a rappresentare e difendere Enel Sole S r.l. nel presente giudizio davanti a codesto TAR e in ogni sua fase e grado, conferendo loro, anche disgiuntamente, ogni più ampio potere inerente al mandato, ivi compreso quello di sottoscrivere gli atti, di rinunciare al presente ricorso e di transigere, di presentare istanze, documenti e memorie, di proporre motivi aggiunti e di farsi sostituire. Eleggo domicilio presso lo studio dei predetti avvocati in Milano, Via Manzoni, n. 41, fax 02 29049333 (Studio legale associato Allen & Overy)

Enel Sole S.r.l
Avv Sabrina Panfili

è autentica

PER L'ANNULLAMENTO

- della comunicazione datata 5 novembre 2013 e ricevuta da Enel Sole in data 13 novembre 2013, con la quale l'AIPA S.p.A. – quale concessionario del servizio di accertamento e riscossione del canone patrimoniale dovuto per il Comune di ~~Cernusco sul Naviglio~~ CASTELVANZA – (i) ha comunicato ad Enel Sole l'approvazione, con delibera di Consiglio Comunale n. 21 del 31 maggio 2013, del Regolamento comunale per l'applicazione del canone comunale non ricognitorio di cui all'art. 27, comma 7 e 8, del D.Lgs. n. 285/1992 e (ii) ha invitato Enel Sole al pagamento del canone patrimoniale relativo all'anno 2013 per Euro 2.938,10 (**doc. 1**);

- per quanto occorrer possa, della delibera di Consiglio Comunale n. 21 del 31 maggio 2013 – pubblicata ex art. 124 del D. Lgs. n. 267/2000 all'albo pretorio del Comune dal 7 al 21 giugno 2013 – con la quale è stato approvato il Regolamento comunale per l'applicazione del canone comunale non ricognitorio di cui all'art. 27, comma 7 e 8, del D.Lgs. n. 285/1992 ed in particolare degli artt. 2, 3, 4 e 5 e degli Allegati "1", "2" e "3" al predetto Regolamento (**doc. 2**);

- di ogni altro atto o provvedimento preordinato, conseguente e/o comunque connesso a quelli impugnati in via principale, ancorché allo stato non conosciuto.

FATTO

A) L'attività di Enel Sole

1. Enel Sole è la società del gruppo Enel che svolge il servizio di gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica comunale in forza di apposita convenzione di affidamento sottoscritta in data 16 gennaio 2006 (**doc. 3**).

2. A tale proposito Enel Sole, ha ricevuto in conferimento da Enel S.p.A. nel 1999 il complesso del ramo d'azienda riguardante l'illuminazione pubblica ed in tale ambito è divenuta titolare della proprietà, tra gli altri, dei centri luminosi siti nel territorio

comunale in oggetto.

3. Con delibera n. 137 dell'11 ottobre 2005 Enel Sole ha ricevuto l'affidamento della gestione degli impianti di illuminazione pubblica del Comune di Castellanza.

4. Il servizio d'illuminazione pubblica rientra tra i servizi pubblici locali. Per l'espletamento di detto servizio la società affidataria deve, da un lato, occuparsi della gestione del servizio d'illuminazione pubblica attraverso la regolazione dell'accensione e dello spegnimento delle lampade e del ricambio delle stesse e, dall'altro, della manutenzione delle linee e dei sostegni nonché della manutenzione degli stessi apparecchi illuminanti.

5. La **redditività economica** del servizio d'illuminazione pubblica viene stabilita in sede di affidamento del servizio medesimo.

6. Gli impianti d'illuminazione pubblica sono realizzati nelle sedi stradali a ciò deputate secondo la volontà del legislatore. È chiaro, quindi, che nessuna effettiva soggezione o pregiudizio può derivare al bene pubblico dalla realizzazione di tali impianti e che la scelta di interessare il patrimonio pubblico per la realizzazione delle infrastrutture del servizio di illuminazione pubblica, nella maggior parte dei casi, non è libera ma è necessitata dalle considerazioni sopra riportate.

7. Da quanto sinora detto discende che Enel Sole procede all'occupazione del demanio e del patrimonio stradale con i propri impianti solo ed esclusivamente nell'interesse della collettività e per l'espletamento di un servizio pubblico essenziale.

B) Ricostruzione degli eventi

Così richiamato, in estrema sintesi, il quadro normativo di riferimento dell'attività svolta dalla società ricorrente, occorre ora ripercorrere i fatti principali che assumono rilevanza ai fini del presente giudizio.

8. L'art. 16 della convenzione in essere con il Comune prevede "*l'esonero dal*

pagamento della TOSAP/COSAP per tutte le occupazioni di suolo pubblico temporanee e permanenti da quest'ultima effettuate attraverso gli impianti di pubblica illuminazione di proprietà della medesima (i.e. Enel Sole) *e di tutti gli accessori funzionali all'erogazione del servizio"* (cfr. **doc. 3**).

9. Tuttavia, il 13 novembre 2013 Enel Sole riceveva la comunicazione, datata 5 novembre 2013, con la quale l'AIPA S.p.A. – quale concessionario del servizio di accertamento e riscossione del canone patrimoniale dovuto per il Comune di ~~Cernusco sul Naviglio~~ CASTELLANZA – (i) la informava che il Comune, con delibera di Consiglio Comunale n. 21 del 31 maggio 2013, aveva approvato il Regolamento comunale per l'applicazione del canone comunale non ricognitorio di cui all'art. 27, comma 7 e 8, del D.Lgs. n. 285/1992; (ii) la invitava ad effettuare il pagamento del canone comunale non ricognitorio come ivi determinato (cfr. **docc. 1-2**).

10. Enel Sole, in risposta alla suddetta comunicazione del Comune, con lettera trasmessa via pec in data 19 dicembre 2013, contestava puntualmente le ragioni di illegittimità concernenti la richiesta comunale per l'applicazione del canone comunale non ricognitorio di cui all'art. 27, comma 7 e 8, del D.Lgs. n. 285/1992 e la debenza di quanto richiesto (**doc. 4**).

11. Enel Sole ritiene che l'impugnata richiesta di pagamento del canone comunale non ricognitorio e il presupposto Regolamento siano illegittimi, in quanto frutto di un'errata applicazione dei presupposti di fatto e di diritto della fattispecie e, pertanto, si vede costretta ad adire codesto Ecc.mo Tribunale Amministrativo confidando nell'accoglimento dei seguenti motivi di

DIRITTO

PREMESSA: IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO IN MATERIA

1) IL D. LGS. N. 285/1992 (CODICE DELLA STRADA)

1.1. Gli artt. 25 e 27 al Codice della Strada (normativa quadro)

Il Canone concessorio patrimoniale non ricognitorio trova fondamento nell'art. 27 del Codice della Strada quale corrispettivo per le concessioni per l'attraversamento o l'uso della sede stradale e delle relative pertinenze, come definite all'art. 25 del medesimo Codice della Strada.

A tale canone è riconosciuta natura di corrispettivo per l'uso particolare del suolo pubblico e tale natura, per definizione, è correlata alla quantificazione del controvalore della sottrazione del bene pubblico all'uso indistinto della collettività, calcolato secondo parametri predeterminati, attraverso l'esame in concreto delle caratteristiche dell'occupazione e dei suoi effettivi riflessi sul bene pubblico rappresentato dalla singola tratta stradale.

Sotto il **profilo oggettivo,** l'art. 27, comma 7, del Codice della Strada qualifica il canone concessorio patrimoniale non ricognitorio quale "*somma dovuta per l'uso o l'occupazione delle strade e delle loro pertinenze*" secondo le definizioni normative date dall'art. 3 del Codice medesimo.

Infatti, secondo il suddetto art. 3:

- la **sede stradale** si individua (n. 46) come la "*superficie compresa entro i confini stradali. Comprende la carreggiata e le fasce di pertinenza*";

- per **fascia di pertinenza** si intende (n. 21) "*la striscia di terreno compresa tra la carreggiata ed il confine stradale. È parte della proprietà stradale e può essere utilizzata solo per la realizzazione di altre parti della strada*";

- per carreggiata, invece, (n. 7) la "*parte della strada destinata allo scorrimento dei veicoli; essa è composta da una o più corsie di marcia ed, in genere, è pavimentata e delimitata da strisce di margine*".

Di talché, dalla norma primaria vengono assoggettate al pagamento del canone

concessorio patrimoniale non ricognitorio solo le occupazioni relative alla "***sede stradale e relative pertinenze***". Di conseguenza, l'ente locale, nel dare attuazione alla norma primaria, non è titolato in alcun modo ad assoggettare a tale canone anche le occupazioni realizzate al di fuori di detti parametri oggettivi come quelle per esempio riguardanti il demanio pubblico e/o le aree private gravate da servitù di uso pubblico. Tali previsioni renderebbero, infatti, manifesto l'intento di assoggettare indistintamente al pagamento del canone in oggetto ogni e qualsiasi occupazione del suolo comunale anche esterno alle pertinenze della sede stradale, in violazione delle sopra citate norme primarie che ne regolano i limiti.

Quanto al potere impositivo del canone, l'art. 27, comma 5, prevede espressamente che **i provvedimenti di concessione ed autorizzazione** "***indicano le condizioni*** *e le prescrizioni di carattere tecnico o amministrativo, alle quali esse sono assoggettate,* ***la somma dovuta*** *per l'occupazione o per l'uso concesso, nonché la durata*". Il potere impositivo, pertanto, è espressamente (e legittimamente) attivato dal Comune solo nell'ambito del potere concessorio. E ciò in quanto l'imposizione e la quantificazione del canone deve essere fatta, caso per caso, sulla base delle circostanze concrete. Per contro non sussiste nell'attuale quadro normativo, alcuna norma primaria attributiva di un potere impositivo per il tramite di atti generali ed astratti (i.e. regolamento).

1.2. I criteri per la determinazione del canone non ricognitorio

Il comma 8 del suddetto art. 27 del Codice della Strada dispone, più nello specifico, che **per determinare la misura della "somma"** del canone concessorio patrimoniale non ricognitorio si deve avere riguardo:

*(1) "****alle soggezioni che derivano alla strada*** *o autostrada, quando la concessione costituisce l'oggetto principale dell'impresa*",

(2) "***al valore economico risultante dal provvedimento*** *di autorizzazione o concessione*" ed infine

(3) "***al vantaggio che l'utente ne ricava***".

Trattasi di criteri inderogabili, conformativi del potere impositivo, che confermano ancora una volta che lo stesso deve essere esercitato in concreto e non in via generale ed astratta.

2) IL D.P.R. 16 DICEMBRE 1992, N. 495 (REGOLAMENTO AL CODICE DELLA STRADA)

2.1. L'art. 67 al Regolamento al Codice della Strada (normativa specifica per i concessionari di pubblico servizio)

Con specifico riferimento alle occupazioni effettuate **dai gestori di pubblico servizio** (come nella fattispecie), il D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495 (recante il "*Regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada*"), specifica che il canone non ricognitorio da richiedere ai concessionari di pubblico servizio per le occupazioni operate con i propri impianti **presuppone l'emanazione di un apposito decreto ministeriale che ne indichi l'entità massima**, ai sensi dell'art. 25 del Codice della Strada, che indichi le condizioni operative dell'occupazione e il *quantum* dovuto per la stessa.

Infatti, l'art. 67, ultimo capoverso del comma 5, del citato D.P.R. n. 495/1992 stabilisce, più nello specifico, che per i concessionari "*la somma dovuta per l'uso e l'occupazione delle sedi stradali è determinata, per quanto di competenza, con decreto del Ministro dei lavori pubblici, ovvero stabilita dall'ente proprietario della strada entro il limite massimo della somma fissata con il suddetto decreto ministeriale*".

In proposito anche la giurisprudenza riconosce la piena giustificabilità – per ragioni di pubblica utilità – di parametri agevolati per l'imposizione relativa a soggetti erogatori

di pubblici servizi (cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 2555/2002).

Di talché, il legislatore ha inteso riconoscere ai gestori di pubblici servizi (*rectius* all'interesse di rilievo pubblico che gli stessi hanno l'obbligo di assicurare) un regime differenziato e determinato in via esplicita quale regime eccezionale rispetto al principio generale dell'autonomia regolamentare degli enti locali in materia di entrate *ex* art. 52 D.Lgs. n. 446/1997.

3) IL D. LGS. 15 NOVEMBRE 1993, N. 507 ED IL D.LGS. 15 DICEMBRE 1997, N. 446

3.1. La Tassa ed il Canone per l'Occupazione di Spazi ed Aree Pubbliche

Il pagamento di un importo monetario in favore degli enti proprietari delle strade per le occupazioni del sottosuolo o soprassuolo stradale è cosa nota al nostro ordinamento già dal D. Lgs. n. 507/1993, che ha disciplinato in modo organico agli artt. 38 e ss. la tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (**TOSAP**), successivamente modificata nella determinazione dell'entità della stessa dall'introduzione dell'omologa imposizione in forma di canone (**COSAP**), ad opera dell'art. 63 del D. Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446.

Per quanto d'interesse in questa sede, si sottolinea che nel primo intervento normativo il legislatore ha fissato, all'art. 39 del D. Lgs. n. 507/1993, il principio generale per cui la TOSAP è dovuta "***in proporzione alla superficie effettivamente sottratta all'uso pubblico***" e parallelamente ha previsto, agli artt. 46 e 47 del suddetto decreto, un criterio speciale di tassazione forfettaria per i servizi pubblici, ossia per "*le occupazioni del sottosuolo o soprassuolo stradale con condutture, cavi, impianti in genere ed altri manufatti destinati all'esercizio e alla manutenzione delle reti di erogazione di pubblici servizi*", indicando altresì gli importi minimi e massimi a disposizione degli enti locali per l'esercizio della potestà impositiva nel caso di specie.

Tale criterio di tassazione è stato poi parificato, con l'art. 18 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 con quello applicato per la determinazione forfettaria dell'omologo canone di occupazione COSAP di cui al suddetto art. 63 del D. Lgs. n. 446/1997.

In particolare, il legislatore del 1997, nell'ambito di un intervento di riforma complessiva delle entrate locali, ha espressamente previsto che i comuni e le province potessero "*escludere l'applicazione, nel proprio territorio, della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche*" e, in sua sostituzione, riconnettere l'occupazione del suolo pubblico "*al pagamento di un canone da parte del titolare della concessione, determinato nel medesimo atto di concessione in base a tariffa*" (art. 63, comma 1, D. Lgs. n. 446/1997), rinviando ad un apposito regolamento adottato da ciascun ente locale la disciplina in dettaglio della fattispecie.

Al successivo comma 2 dell'art. 63, comma 1, del D. Lgs. n. 446/1997 ed in particolare, per quanto di interesse, alla lettera f), il legislatore ha, poi, indicato una serie di criteri vincolanti per l'ente locale tra cui, appunto, per le occupazioni riferibili ad aziende di erogazione dei pubblici servizi, l'espressa previsione di un "***canone determinato forfettariamente***", secondo un sistema tariffario individuato rigidamente dalla medesima norma di legge. Ai sensi della citata lettera f), difatti, per le occupazioni del territorio comunale il canone COSAP deve essere commisurato alle utenze e non alla superficie effettivamente occupata.

È opportuno ricordare che tale disposizione trova piena applicazione, come già sopra detto, anche in riferimento alla TOSAP in quanto, con il comma 3 del suddetto art. 63, il legislatore ha espressamente previsto che "*per la determinazione della tassa prevista al comma 1 [la TOSAP, ndr] relativa alle occupazioni di cui alla lettera f) del comma 2, si applicano gli stessi criteri ivi previsti per la determinazione forfetaria del canone*", in questo modo sostituendo il criterio appena descritto a quello

originariamente previsto dall'art. 47 del D.Lgs. n. 507/1993.

Prevede poi il suddetto comma 3 dell'art. 63 che "*dalla misura complessiva del canone ovvero della tassa (...)* ***va detratto*** *l'importo di altri canoni previsti da disposizioni di legge, riscossi dal comune e dalla provincia per la medesima occupazione*".

Da quanto appena ricordato si possono allora trarre alcune indicazioni:

a) la prima è che **il legislatore ha inteso riconoscere ai gestori di pubblici servizi** (*rectius* all'**interesse di rilievo pubblico** che gli stessi hanno l'obbligo di assicurare) **un regime differenziato e determinato in via esplicita** quale regime eccezionale rispetto al principio generale dell'autonomia regolamentare degli enti locali in materia di entrate *ex* art. 52 del D.Lgs. n. 446/1997 e, pertanto, **indisponibile da parte di una diversa disciplina in sede regolamentare**.

Proprio in considerazione della rilevante consistenza degli impianti presenti nel sottosuolo e sul suolo realizzati dai gestori di servizi pubblici a garanzia dell'immediata disponibilità del servizio, il legislatore ha, infatti, previsto **un identico sistema forfetario** per il calcolo del COSAP e della TOSAP, basato sul numero delle utenze servite nel territorio, il quale **tiene in giusta considerazione** il fatto che tali servizi sono realizzati nell'interesse della collettività;

b) la seconda è che **il COSAP è stato disegnato come onere di carattere generale**, inquadrato dal legislatore **sul piano logico quale ultima imposizione di natura patrimoniale** relativa alle occupazioni di suolo pubblico in generale.

Il legislatore, insomma, in considerazione delle finalità perseguite con la realizzazione degli impianti, della rilevante estensione degli stessi e della necessità di garantire che gli oneri richiesti ai soggetti affidatari dei pubblici servizi abbiano una loro omogeneità sostanziale a livello nazionale, ha inteso stabilire **l'importo**

massimo che, per qualsiasi titolo di occupazione del suolo pubblico (COSAP, TOSAP, CPNR), deve essere da questi ultimi corrisposto.

***

Alla luce del quadro normativo di riferimento sopra ripercorso, i provvedimenti impugnati sono illegittimi e di essi si chiede l'annullamento per i motivi di seguito articolati.

1. Violazione degli artt. 7 e ss. della legge n. 241/1990 e dei principi di partecipazione e buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria.

Gli atti impugnati sono, in primo luogo, viziati da una grave carenza istruttoria e motivazionale derivante dalla omissione delle garanzie procedimentali di partecipazione in contraddittorio che la legge n. 241/1990 e il principio di buon andamento apprestano a tutela dei destinatari dell'azione amministrativa.

In proposito, constatato che l'odierna ricorrente non ha ricevuto alcuna comunicazione di avvio del procedimento, quanto meno rispetto all'adozione dell'atto applicativo del Comune qui contestato, è appena il caso di ricordare come la giurisprudenza abbia evidenziato la principale funzionalità di questa misura, "*strumentale ad esigenze di conoscenza effettiva e, conseguentemente, di partecipazione all'azione amministrativa da parte del cittadino nella cui sfera giuridica l'atto conclusivo è destinato ad incidere – in modo che egli sia in grado di influire sul contenuto del provvedimento*" (per tutte Cons. Stato, Sez. IV, 17 settembre 2012, n. 4925).

Nondimeno, la giurisprudenza amministrativa si è espressa in termini chiari nello stabilire che "*l'art. 7, della legge 7 agosto 1990 n. 241, che sancisce la partecipazione dell'interessato all'azione amministrativa mediante l'obbligo della*

comunicazione di avvio del procedimento, concretantesi nel rispetto dei principi del giusto procedimento e della trasparenza, ha una portata generale e non ammette deroghe, salve le ipotesi di urgenza; ma fra di esse non rientra la dedotta mancata utilità della partecipazione del privato al procedimento, atteso che la ragion d'essere della sua partecipazione risponde a principi di trasparenza e di giusto procedimento e si configura anche quando i presupposti del provvedimento da adottare richiedano accertamenti di qualche complessità, come pure si estende anche agli atti vincolati, essendo evidente che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa" (Cons. Stato, Sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7436 – negli stessi termini anche Sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4836 e 7 novembre 2001, n. 5718, Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823).

A riprova della carenza di alcun tipo di attività istruttoria negli atti qui impugnati non si ha evidenza di alcun apporto di Enel Sole in sede di determinazione della spettanza o meno del canone non ricognitorio e analisi dei presupposti di legge a questo connessi.

Mentre, con il Regolamento impugnato ed il successivo atto applicativo, il Comune – per il tramite del concessionario del servizio di accertamento e riscossione – si è limitato a comunicare l'adozione dello strumento impositivo determinato in via generale ed astratta, e la quantificazione dell'importo dovuto a titolo di canone sulla base di una stima presunta (e ricavata in via del tutto autonoma) degli impianti di Enel Sole presenti nel suolo comunale.

La carenza di istruttoria è, poi, confermata dal fatto che l'atto applicativo in questa sede impugnato non tiene in alcun conto dell'esonero dal pagamento di qualsiasi canone per "*tutte le occupazioni di suolo pubblico temporanee e permanenti*"

effettuate da Enel Sole attraverso gli impianti di pubblica illuminazione secondo quanto previsto dall'art. 16 della convenzione in essere tra Enel Sole ed il Comune medesimo (cfr. **doc. 3**).

A tali considerazioni si aggiunga, infine, che non è dato sapere come siano stati calcolati gli importi e le tariffe che compaiono nel Regolamento comunale di applicazione del canone concessorio patrimoniale non ricognitorio né nell'atto applicativo.

Alla luce di tali considerazioni è indubbio, quindi, che è mancata ogni attività di istruttoria, anche in contraddittorio con l'interessata, tesa all'effettivo accertamento dei presupposti che legittimano, ex art. 27, comma 8, del Codice della Strada, la richiesta che oggi il Comune avanza in modo del tutto generico e indeterminato in applicazione dell'adottato Regolamento.

2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 25 e 27 del D.Lgs. n. 285/1992. Violazione e falsa applicazione dell'art. 119 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 117 del Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Violazione e falsa applicazione degli artt. 16 e 18 della convenzione del 16 gennaio 2006 e successive modificazioni. Carenza di potere. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti e della motivazione. Travisamento. Contraddittorietà. Manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà. Sviamento di potere.

2.1. Sebbene, come detto, la fattispecie che si porta all'esame di codesto Ecc.mo Tribunale debba ritenersi viziata in radice per la totale omissione delle garanzie partecipative e istruttorie apprestate dall'ordinamento a tutela della ricorrente, la pretesa del Comune relativa al pagamento del canone non ricognitorio è del tutto illegittima in quanto il Comune ha travisato – e quindi illegittimamente applicato – la

normativa primaria del Codice della Strada posta a fondamento delle determinazioni assunte.

L'Amministrazione intimata ha, innanzitutto, ignorato il primo presupposto di tale disciplina, ossia che l'imposizione del canone non ricognitorio può attuarsi unicamente con il provvedimento di concessione, sulla base della singola fattispecie concreta.

Richiamando le considerazioni già svolte nella premessa in diritto, si osserva che ai sensi del citato art. 27 del Codice della Strada, il canone non ricognitorio deve essere individuato e richiesto non in via generale, come è stato fatto nel caso di specie con lo strumento regolamentare, ma in relazione al singolo intervento che ha comportato l'occupazione del suolo pubblico, attraverso il provvedimento concessorio. Cosa che nella fattispecie non è avvenuta, non prevedendo la convenzione in essere alcun obbligo di pagamento del canone non ricognitorio.

La *ratio* di tale previsione normativa è del resto quella di assicurare l'adeguata proporzionalità tra il *quantum* previsto per la singola occupazione e le caratteristiche della stessa, secondo un equilibrio verificabile soltanto di volta in volta.

Del resto, poiché a tale canone è riconosciuta natura di corrispettivo per l'uso particolare del suolo pubblico, lo stesso per definizione deve essere correlato al controvalore della sottrazione del bene pubblico all'uso indistinto della collettività, calcolato secondo parametri predeterminati. In particolare, il canone non ricognitorio deve essere quantificato secondo la griglia stabilita dall'art. 27, comma 8, del Codice della Strada (che indica quali parametri da prendere in considerazione le "*soggezioni che derivano alla strada*", il "*valore economico risultante dal provvedimento*", ed il "*vantaggio che l'utente ne ricava*") attraverso l'esame in concreto delle caratteristiche dell'occupazione e dei suoi effettivi riflessi sul bene pubblico rappresentato dalla

singola tratta stradale.

Alla luce di tali rilievi, deve pertanto ritenersi in contraddizione con la stessa previsione normativa alla quale si intenderebbe dichiaratamente dare attuazione la scelta del Comune di disciplinare e determinare il canone non ricognitorio di cui all'art. 27 del Codice della Strada **con lo strumento regolamentare, destinato per sua natura a incidere in modo indifferenziato su tutte le fattispecie, senza alcuna valutazione delle specificità del singolo caso**.

2.2. La pretesa regolata dal Comune, oltre a violare le norme di legge regolanti in via generale il canone non ricognitorio, viola anche i termini del rapporto negoziale in essere tra Enel Sole e l'ente locale per lo svolgimento del servizio di gestione e manutenzione della rete di illuminazione pubblica sul territorio comunale.

Oltre a quanto già detto circa il contrasto con quanto previsto dall'art. 16 della convenzione in essere tra Enel Sole ed il Comune medesimo circa la mancata considerazione dell'esonero dal pagamento di qualsiasi canone per "*tutte le occupazioni di suolo pubblico temporanee e permanenti*" effettuate da Enel Sole (cfr. **doc. 3**), si consideri che in forza della convenzione di affidamento vigente con l'ente locale, le condizioni economiche alle quali il Comune ha affidato il servizio di illuminazione pubblica ed i compiti accessori sono uno degli elementi centrali definiti dalla convenzione di affidamento stessa.

Più in particolare, e per quanto qui di interesse, si deve considerare la formulazione dell'art. 18 della convenzione (cfr. **doc. 3**), secondo cui "*eventuali altri oneri di qualsiasi natura applicabili, per legge o disposizione dell'Autorità competente, alla convenzione, alle prestazioni e ai relativi compensi, sono a carico del Comune salvo che siano espressamente posti dalla legge stessa a carico di Enel, e senza facoltà di rivalsa*".

Tale previsione è, evidentemente, tesa ad esonerare la Società affidataria del servizio da qualsiasi onere derivante da un utilizzo dei beni pubblici motivato esclusivamente da esigenze di pubblico servizio. È evidente, quindi, come la richiesta di pagamento qui opposta si ponga in aperto contrasto con le previsioni negoziali.

Del resto la scelta comunale di esentare Enel Sole dagli oneri sopra ricordati riflette la precisa *ratio* di assicurare al soggetto affidatario per tutta la durata del contratto il mantenimento dell'equilibrio economico - finanziario e dei termini di redditività del servizio.

Infatti, successive modifiche estranee alla concorde volontà delle parti potrebbero alterare il menzionato equilibrio in modo tale da rendere non più economicamente sostenibile l'impegno assunto da parte della Società affidataria.

In aggiunta a quanto sin qui osservato si consideri, altresì, che la stessa convenzione già contempla e contiene le autorizzazioni al "*passaggio, l'appoggio e la collocazione sul suolo pubblico e sugli edifici comunali, degli impianti, delle linee elettriche di alimentazione e dei circuiti di pubblica illuminazione*" (così l'art. 16 della convenzione).

Tale disposizione è, del resto, in linea con quanto previsto dall'art. 67 del D.P.R. n. 495/1992 secondo cui "*gli enti concessionari dei servizi di cui all'articolo 28 del codice possono stipulare con l'ente proprietario della sede stradale convenzioni generali per la regolamentazione degli attraversamenti e per l'uso e l'occupazione delle sedi stradali*".

E', dunque, evidente come le disposizioni regolamentari comunali contestate e l'atto applicativo qui impugnato siano illegittimi anche sotto il profilo dell'alterazione del sinallagma contrattuale, in aperta violazione dell'art. 117 del Decreto Legislativo 18

agosto 2000, n. 267, secondo cui "*gli enti interessati approvano le tariffe dei servizi pubblici in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione*".

2.3. Sotto diverso profilo, la falsa applicazione nel caso di specie degli artt. 25 e ss. del Codice della Strada emerge poi nella parte in cui l'atto applicativo qui impugnato si riferisce in modo del tutto generico a tutte le occupazioni localizzate sul territorio comunale, a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'area e dal fatto che si tratti o meno di un tratto stradale.

Ciò in quanto il Regolamento comunale di applicazione del canone concessorio patrimoniale non ricognitorio – posto a base dell'impugnato atto applicativo – vorrebbe assoggettare al pagamento del canone tutte le occupazioni, anche quelle realizzate al di fuori della sede stradale e delle relative pertinenze.

Tale scelta è effettuata palesemente in assenza di ogni presupposto normativo che legittimi tale indebita decisione.

L'ente locale si spinge addirittura a considerare arbitrariamente tutte le occupazioni al di fuori della sede stradale come comunque effettuate entro i limiti delle fasce di rispetto stradale e, quindi, soggette al canone concessorio patrimoniale non ricognitorio.

Al riguardo deve osservarsi che la nozione di "fasce di rispetto", cui il Regolamento fa riferimento, non coincide affatto con quella delle "fasce di pertinenza" di cui al Codice della Strada, che sono parte della proprietà stradale (cfr. *supra*, premessa 1.1 in diritto).

Infatti, le fasce di rispetto stradale (cui si fa riferimento nel Regolamento) insistono su aree che sono normalmente in proprietà di soggetti terzi diversi dall'ente proprietario della strada e, quindi, il loro utilizzo non può essere soggetto all'applicazione del

canone, dato che lo stesso riguarda l'utilizzo della sede stradale, che come ricordato, in base all'art. 3, comma 1, n. 46 del Codice della Strada, è costituita dalla sola carreggiata e dalle fasce di pertinenza (e non quindi dalle fasce di rispetto).

Sul punto, di recente, la giurisprudenza amministrativa ha confermato l'illegittimità dell'estensione dell'ambito nozionale di "sede stradale e relative pertinenze" alle fasce di rispetto stradale (cfr. TAR, Umbria, Sez. I, n. 448 del 12 agosto 2013).

Alla luce di quanto rilevato, è pertanto chiaro lo sviamento di potere che intacca gli atti impugnati, che si pongono in aperta violazione delle norme primarie che ne regolano i limiti.

2.4. Né in contrario può farsi valere il più generale potere impositivo riconosciuto dall'art. 119 della Costituzione agli enti locali.

In primo luogo, il canone non ricognitorio previsto dall'art. 27 commi 7 e 8 del D. Lgs. n. 285/1992 non ha natura tributaria (*ex plurimis* TAR Toscana, I, 26 marzo 2009 n. 519); in secondo luogo, quand'anche si volesse riconoscere ad esso natura tributaria, il Comune non avrebbe il potere di individuare i soggetti passivi della tassa, perché nella materia dell'imposizione fiscale al legislatore è attribuito il potere di fissare gli elementi essenziali (presupposto di imposta, base imponibile, soggetti obbligati ed indici di capacità contributiva) mentre ai soggetti pubblici deputati a definire in concreto le modalità di acquisizione del prelievo possono essere riconosciuti poteri regolamentari meramente attuativi del contenuto delle disposizioni di livello primario ed, in alcuni casi, anche limitati poteri di definire in concreto l'entità del tributo.

Infatti, come evidenziato dalla giurisprudenza "*la caratteristica delle norme tributarie che derivano dall'esercizio di detti poteri in considerazione della forte capacità incisiva delle posizioni private di diritto soggettivo su cui vanno ad incidere è quella di*

porsi come disposizioni a fattispecie esclusiva, nel senso che il potere impositivo è delineato in modo compiuto nelle norme di livello primario che ne definiscono i contenuti ed in tali limiti è correttamente esercitato, mentre l'attività integrativa di tali contenuti a livello regolamentare è consentita e legittima negli stretti limiti in cui il legislatore l'abbia in concreto prevista" (cfr. TAR Milano, Sez. III, 19 settembre 2013, n. 2187).

Ne consegue che non sarebbe comunque possibile che il Comune detti disposizioni in contrasto con l'art. 27, comma 7, del Codice della Strada nella parte in cui qualifica il canone concessorio patrimoniale non ricognitorio quale somma dovuta per l'uso o l'occupazione delle sole "***strade e loro pertinenze***" secondo le definizioni normative date dall'art. 3 del Codice medesimo.

A ciò si aggiunga, come meglio si dirà nel prosieguo, che la completa attuazione delle previsioni normative del Codice della Strada da parte dell'ente locale avrebbe dovuto essere necessariamente preceduta, nel disegno del legislatore, dal ricordato decreto ministeriale recante i limiti massimi del canone non ricognitorio, decreto ad oggi ancora non adottato.

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 67 del D.P.R. n. 495/1992. Incompetenza e carenza di potere. Violazione del principio di tipicità degli atti amministrativi. Eccesso di potere per errore sui presupposti, difetto di motivazione.

I provvedimenti impugnati risultano, altresì, illegittimi per violazione del regime differenziato ed eccezionale introdotto dal legislatore per i gestori di pubblici servizi e derogatorio rispetto al principio generale dell'autonomia regolamentare degli enti locali in materia di entrate ex art. 52 D.Lgs. n. 446/1997.

Regolamentazione speciale che, come confermato dalla giurisprudenza, appare

ispirata *"a **criteri di maggior favore per l'occupante, per ragioni di pubblica utilità***", essendo "***evidente che il legislatore ha inteso assoggettare a regime agevolato (...) le occupazioni del suolo connesse all'esercizio e alla manutenzione di "reti di erogazione di pubblici servizi"*** (cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 2555/2002).

Proprio in tal senso, invero, come compiutamente delineato nella premessa sub 2.1 in diritto, con riferimento alle occupazioni del suolo pubblico effettuate **dai concessionari di pubblico servizio** (quali quelle di cui si discute), l'art. 67, comma 5, lettera g), nonché l'ultimo capoverso del medesimo comma del D.P.R. n. 495/1992 (recante il "*Regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada*"), stabiliscono, più nello specifico, che **il canone dovuto dai concessionari di pubblico servizio per l'occupazione della sede stradale è determinato con decreto del Ministro dei lavori pubblici**, oppure stabilito dall'ente proprietario, ma sempre **entro il limite massimo della somma fissata con tale decreto**.

Di conseguenza, il canone non ricognitorio da richiedere ai concessionari di pubblico servizio per le occupazioni operate con i propri impianti **presuppone l'emanazione di un apposito decreto ministeriale che ne indichi l'entità massima (che al momento non è ancora stato adottato)**, ai sensi dell'art. 25 del Codice della Strada, che indichi le condizioni operative dell'occupazione e il *quantum* dovuto per la stessa.

In definitiva, le disposizioni normative richiamate stabiliscono una disciplina del tutto specifica per gli oneri da richiedere ai concessionari di pubblico servizio per le occupazioni operate con i propri impianti, volta ad assicurare una pianificazione a livello nazionale delle misure necessarie alla riduzione o al contenimento delle tariffe da questi applicati all'utenza, che tenga conto delle esigenze di sicurezza, continuità

e qualità del servizio pubblico.

Per la tutela di tali interessi, il legislatore ha individuato precisi poteri in capo alle autorità statali, in deroga all'ordinario potere di controllo comunale.

Ne consegue che il Comune, con gli atti impugnati, ha emanato un atto atipico, in violazione del riparto di attribuzioni, funzioni e competenze tracciato dal legislatore con lo specifico fine di assicurare che la fattispecie sia soggetta, per evidenti ragioni di omogeneità, alla potestà di controllo delle autorità statali.

4. Violazione dell'art. 63 del D. Lgs. n. 446/1997 e dell'art. 27, comma 8, del D. Lgs. n. 285/1992. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza. Difetto di istruttoria ed errore sui presupposti. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e motivazione.

Il Comune, con gli atti gravati, ha ignorato che il regime speciale consacrato direttamente dalla legge vale quale fonte d'imposizione massima per tutte le occupazioni riferibili a tale particolare categoria.

Infatti, come meglio evidenziato nella premessa 3.1 in diritto, il legislatore con l'art. 63 del D. Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, recante le nuove disposizioni in materia di TOSAP e COSAP, ha introdotto un sistema di quantificazione della tassa e del canone destinato a regolare sia dette fonti di prelievo, sia ogni altra richiesta per la medesima occupazione, anche prevalendo sulle norme del Codice della Strada.

Il regime speciale e omnicomprensivo di cui al citato art. 63 deve ritenersi prevalente, a parere di chi scrive, per tre ordini di ragioni rispettivamente di carattere cronologico, sistematico ed infine logico.

In primo luogo, non si può non osservare che, sul fronte specifico delle concessioni per l'occupazione e l'attraversamento della sede stradale e delle relative pertinenze, le previsioni del Codice della Strada sono state introdotte nel 1992 e quindi sono

rimaste sostanzialmente inattuate per più di vent'anni.

Per contro, con riguardo alle norme relative alla disciplina dell'occupazione degli spazi ed aree pubbliche, al primo intervento organico in materia (con il D.Lgs. n. 507/1993, istitutivo della TOSAP) è succeduto, alla fine del 1997 e dopo alcuni interventi sporadici su aspetti di dettaglio, il D.Lgs. n. 446/1997 in materia di riordino delle entrate locali, con il quale si è provveduto a riformulare nel suo insieme l'imposizione relativa all'occupazione di spazi ed aree pubbliche.

Non sfugge, quindi, che sia le disposizioni del Codice della Strada sia le altre norme di coordinamento tra il canone non ricognitorio e la TOSAP sono precedenti alla introduzione del richiamato criterio di determinazione forfettaria di cui al D.Lgs. n. 446/1997, del quale infatti le stesse non tengono (e non possono tenere) conto.

In ossequio pertanto al principio della successione delle leggi nel tempo si deve considerare che, in un caso come quello di specie, nel quale la successiva implementazione con regolamento dell'ente locale ha rivelato un'antinomia tra l'art. 25 del Codice della Strada e l'art. 63 del D.Lgs. n. 446/1997, l'intervento successivo ha prodotto un effetto abrogante implicito nei confronti della norma precedente.

In secondo luogo, non può ignorarsi che il D.Lgs. n. 446/1997 è stato espressamente emanato con l'intento di ridisegnare complessivamente la disciplina dell'imposizione relativa all'occupazione di suolo pubblico.

Anche al di là del valore sistematico che può (e deve) attribuirsi al D.Lgs. n. 446/1997, per quanto riguarda l'art. 63, è la stessa disposizione di legge a prevedere chiaramente il regime impositivo per le occupazioni relative ai servizi a rete e a sancire che tale regime forfetario ha valore generale ("*Per la determinazione della tassa prevista al comma 1* [TOSAP, ndr] *relativa alle occupazioni di cui alla lettera f), del comma 2 [reti per l'erogazione di pubblici servizi, ndr], si applicano gli stessi*

criteri per la determinazione forfettaria del canone [COSAP, ndr]"), è contenuto in una norma speciale ed è destinato a prevalere su ogni altra imposizione relativa allo stesso presupposto di fatto ("*Dalla misura complessiva del canone ovvero della tassa prevista al comma 1 va detratto l'importo di altri canoni previsti da disposizioni di legge, riscossi dal comune e dalla provincia per la medesima occupazione*").

L'effetto complessivo di tale disposizione è quindi quello di escludere in modo chiaro la possibilità per l'ente locale di intervenire per aumentare il prelievo patrimoniale nei confronti di una specifica categoria di occupatori alla quale il legislatore stesso ha accordato un regime speciale e preferenziale in ragione dell'interesse pubblico di cui essi sono portatori, in tal modo prevalendo in modo puntuale anche sulla generale autonomia regolamentare degli enti locali in materia di entrate sancita dall'art. 52 dello stesso decreto n. 446/1997 (di cui meglio si dirà nel prosieguo).

Quanto detto trova espressa conferma nell'orientamento ribadito da ultimo dal Consiglio di Stato secondo cui il legislatore, con la misura agevolativa della determinazione forfettaria *ex* art. 63, comma 2, lettera f), del D.Lgs. n. 446/1997, "*ha così* ***effettuato, direttamente a livello normativo, una comparazione e una non irragionevole composizione degli interessi pubblici in gioco*** *(quello dell'ente locale, comune o provinciale, di ricavare un'entrata dall'utilizzazione dei suoi beni pubblici e quello dei cittadini all'utilità derivante dall'erogazione di servizi pubblici),* ***sottraendo la relativa valutazione all'ente impositore, considerandola una questione di interesse generale e non meramente localizzabile***" (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1786).

Né potrebbe essere diversamente ove solo si consideri che la libera determinazione del canone di occupazione da parte di ciascun ente locale creerebbe un'illegittima ed indebita disparità di trattamento a seconda dell'ambito territoriale in cui il gestore si

troverebbe ad operare.

Un'ultima ragione per la quale deve considerarsi prevalente il criterio dell'art. 63 del D.Lgs. n. 446/1997 sulla quantificazione del canone non ricognitorio ai sensi dell'art. 27, comma 8, del Codice della Strada è di carattere logico.

Dal quadro sin qui tracciato non può, infatti, non desumersi come il legislatore abbia predisposto un regime differenziato anche in considerazione della obiettiva difficoltà di valorizzare i criteri normativi del Codice della Strada per le occupazioni riferite ai concessionari di pubblici servizi.

Quanto al criterio relativo "***al vantaggio che l'utente ne ricava***" (cfr. art. art. 27, comma 8, del D. Lgs. n. 285/1992) in casi come quello riguardante Enel Sole, invero chi trae effettivo vantaggio dalla singola occupazione del suolo pubblico è la collettività che beneficia di un servizio pubblico efficiente e rispondente agli standard imposti dall'ente pubblico.

Oltretutto l'ente locale non provvede a dimostrare quale sia in concreto il vantaggio che Enel Sole ricaverebbe dall'occupazione del suolo pubblico.

Quanto poi al "***valore economico risultante dal provvedimento di autorizzazione o concessione***" (cfr. art. art. 27, comma 8, del D. Lgs. n. 285/1992), va precisato che tale criterio non può trovare piena attuazione nel caso in cui le singole occupazioni non sono sfruttate in modo isolato ma sono funzionali ad assicurare un servizio che utilizza la rete nel suo complesso; rete composta da molti impianti e manufatti interconnessi tra loro e ugualmente necessari per il regolare espletamento del servizio, ragion per cui è impossibile determinare la redditività di ogni singolo tratto di impianto.

Anche la giurisprudenza ha al riguardo sottolineato come "*il concetto di rete di erogazione di pubblici servizi cui è legato, appunto, il particolare regime impositivo,*

debba servire da guida nell'interpretazione delle disposizioni in esame. Si tratta di un ***concetto unitario, che esclude che possano essere considerati*** *(e, quindi, "tassati")* ***autonomamente i singoli segmenti di rete***" (cfr. Cass. Civ. n. 2555/2002).

In definitiva, tutti questi motivi, nell'insieme, portano a concludere che i provvedimenti impugnati sono illegittimi:

- poiché mostrano una palese assenza di motivazione circa gli elementi di cui si deve avere riguardo **per determinare la misura della "somma"** del canone concessorio patrimoniale non ricognitorio ai sensi del comma 8 del suddetto art. 27, attraverso l'esame in concreto delle caratteristiche dell'occupazione e dei suoi effettivi riflessi sul bene pubblico rappresentato dalla singola tratta stradale, e

- soprattutto perché ignorano, il principio secondo cui, per l'occupazione del suolo pubblico effettuata dai soggetti affidatari di pubblici servizi (detti anche "grandi occupatori" del suolo pubblico), il legislatore ha riconosciuto un regime impositivo speciale.

Regime quest'ultimo che, per quanto qui di rilievo, si articola sia attraverso il criterio della determinazione forfetaria della tassa, sia riconoscendo che l'importo versato a titolo di TOSAP (COSAP ove previsto) rappresenta il massimo onere che può gravare sui concessionari medesimi. Nulla muta la circostanza che nella fattispecie tra le parti è stato contrattualmente previsto in sede di affidamento del servizio un espresso esonero in relazione alla debenza della TOSAP/COSAP (cfr. **doc. 3**).

Ove ciò non bastasse si consideri che lo stesso Consiglio di Stato, con la recente pronuncia sopra richiamata (sent. n. 1786/2013 cit.) ha avuto modo di ribadire, con riferimento alla determinazione forfettaria del COSAP (ma le considerazioni hanno chiaramente identico valore anche in tema di TOSAP), che "*la ratio dell'agevolazione*

in parola si ricollega alla peculiarità dell'attività che viene svolta attraverso l'occupazione di aree pubbliche (erogazione di servizi pubblici o attività strumentale a questi ultimi) ed alla utilità che così è assicurata direttamente ai cittadini (utenti), solo in tal modo trovando ragionevole giustificazione il sacrificio imposto al potere impositivo dell'amministrazione locale (ed alle sue entrate finanziarie)".

Da ultimo, si osserva che detto regime impositivo speciale nei confronti dei concessionari di pubblico servizio è stato riconosciuto come legittimo dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 96/2001 e più volte ribadito dalla Suprema Corte di Cassazione (oltre alla già citata sentenza n. 2555/2002 si vedano anche le successive nn. 2890 e 4890 del 2002) secondo cui detto carattere di specialità deve "***servire da guida nell'interpretazione delle disposizioni***" rilevanti in materia.

Nulla di quanto precede si rinviene nei provvedimenti impugnati in cui anzi, il Comune, in violazione del regime di favore previsto *ex lege* per le occupazioni di suolo pubblico effettuate da soggetti quali la ricorrente, introduce in modo del tutto arbitrario ed in via generale ed astratta le tariffe da applicare per la determinazione del canone non ricognitorio, superando il sistema della determinazione forfettaria.

Tanto da prevedere negli artt. 2 e 3 e nell'Allegato "1" al predetto Regolamento in via del tutto generica, astratta ed indifferenziata l'identificazione soggettiva ed oggettiva dei soggetti tenuti al pagamento del canone comunale non ricognitorio e le tariffe dovute per ogni categoria (cfr. Artt. 4 e Allegati "2" e "3" al predetto Regolamento).

Il regime particolare riconosciuto dal legislatore nei confronti dei concessionari di pubblico servizio negli interventi normativi successivi al Codice della Strada (e nello specifico ai criteri enunciati dal detto Codice della Strada per il canone di concessione non ricognitorio) non può, però, essere pretermesso dagli enti locali e per tali ragioni i provvedimenti impugnati devono essere annullati.

5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 52 del D. Lgs. n. 446/1997. Violazione dell'art. 23 della Costituzione. Carenza di potere. Eccesso di potere per errore sui presupposti, difetto di istruttoria. Incompetenza.

La scelta comunale di introdurre il canone non ricognitorio nelle forme e secondo le tariffe liberamente deliberate esorbita anche dai limiti normativi (dell'autonomia regolamentare degli enti locali in materia di entrate) di cui all'art. 52 del D. Lgs. n. 446/1997.

Sotto tale profilo, infatti, è l'anzidetto art. 52 a chiarire l'ambito di operatività della stessa autonomia invocata: il legislatore ha, infatti, stabilito con estrema linearità che tale autonomia incontra gli espressi limiti della "*individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e della aliquota massima dei singoli tributi*".

Nel caso di specie, oltre a ignorare i parametri normativi per la quantificazione in concreto del *quantum* dovuto per la specifica occupazione di suolo pubblico ai sensi del Codice della Strada, l'ente locale ha stabilito le aliquote dell'entrata in questione a prescindere dalle specifiche previsioni di legge: in primo luogo quelle dello stesso corpo normativo del Codice della Strada (il citato art. 67, comma 5, lettera g, in uno con l'ultimo capoverso del medesimo comma) e del D.P.R. n. 495/1992, e secondariamente quelle della disciplina successiva introdotta con l'art. 63 del D.Lgs. n. 446/1997.

Ove ciò non bastasse, il Regolamento si è spinto oltre i limiti di legge anche con riferimento all'individuazione della fattispecie imponibile laddove, come già accennato, ha sottoposto al canone non ricognitorio tutte le occupazioni di spazi ed aree pubbliche comunali e non solo quelle relative alla sede stradale e relative pertinenze, secondo il chiaro dettato dell'art. 25 del Codice della Strada. Indubbia è, quindi, la violazione anche dell'art. 23 della Costituzione, che vieta l'imposizione di

prestazioni personali e patrimoniali in assenza di specifica disposizione di legge.

In definitiva, non solo già con la disciplina del Codice della Strada il legislatore statale aveva introdotto parametri precisi per la determinazione del *quantum* dovuto, demandando anche in sede di attuazione ad una specifica regolamentazione ministeriale e sottraendo quindi la determinazione massima alla autonomia degli enti locali, ma la stessa successiva disciplina di revisione organica del prelievo per l'occupazione di suolo pubblico di cui al D.Lgs. n. 446/1997 ha stabilito un criterio forfettario *ex lege* valevole quale misura massima del prelievo per le occupazioni riferite ai concessionari di pubblici servizi, quale è Enel Sole.

6. Violazione del principio d'irretroattività di cui all'art. 11 delle preleggi. Eccesso di potere per illogicità manifesta, errore sui presupposti, difetto d'istruttoria. Sviamento di potere.

Gli atti in questa sede gravati risultano, altresì, illegittimi ponendosi in aperta violazione con il generale e immanente principio d'irretroattività di cui all'art. 11 delle preleggi.

Infatti, l'atto applicativo ed il Regolamento comunale per l'applicazione del canone comunale non ricognitorio di cui all'art. 27, comma 7 e 8, del D.Lgs. n. 285/1992 vanno ad incidere su rapporti già in essere al momento della loro adozione, ponendosi in aperta violazione con il principio generale secondo cui "*la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*".

In giurisprudenza è, ormai, pacifico e consolidato il principio per cui la norma regolamentare può esplicare efficacia solo dal momento della sua pubblicazione e non per i periodi anteriori (Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2000, n. 6770), in ragione della necessaria salvaguardia di "*fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno*

ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di eguaglianza, la tutela dell'affidamento legittimamente insorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto" (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 febbraio 2007, n. 845).

Di conseguenza, è del tutto illegittima qualsivoglia previsione regolamentare che preveda l'applicazione delle tariffe relative al canone annuo non ricognitorio per le occupazioni già in essere a quella data.

Difatti, anche nella denegata ipotesi in cui dovesse essere accertata la legittimità dello strumento adottato dal Comune in relazione al canone patrimoniale non ricognitorio, è evidente che l'atto applicativo in questa sede gravato non potrebbe riguardare le occupazioni già concesse e in corso di validità al momento dell'entrata in vigore del predetto Regolamento potendo, al massimo, riferirsi solo ed esclusivamente alle occupazioni assentite a decorrere dall'anno in corso con il rilascio di apposito provvedimento concessorio.

P.Q.M.

Nell'interesse di Enel Sole S.r.l., come sopra rappresentata e difesa, così si

CONCLUDE

Voglia l'Ecc.mo T.A.R. adito, disattesa ogni contraria istanza e/o eccezione, nel merito, accogliere il presente ricorso e, per l'effetto, annullare i provvedimenti impugnati, con ogni consequenziale pronuncia.

Con vittoria di spese e competenze di lite.

Si producono i documenti indicati nel presente ricorso.

Si dichiara di voler ricevere tutte le comunicazioni all'indirizzo PEC massimo.greco@milano.pecavvocati.it e al n. di fax 02 - 29049333.

Ai fini della prenotazione a debito, nel rispetto delle vigenti disposizioni ed ai sensi dell'art. 9, comma 6 bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, introdotto dall'art. 21 del

D.L. 4 luglio 2006, n. 223, si dichiara che il contributo atti giudiziari per la presente controversia è pari ad Euro 650,00.

Con osservanza.

Milano, 20 dicembre 2013

Avv. Massimo Greco

Avv. Filippo Bucchi

Avv. Alfonso Polillo

Alfonso Polillo

RELATA DI NOTIFICA

Ad istanza dell'esponente, come in atti rappresentata, difesa ed elettivamente domiciliata, lo sottoscritto Ufficiale Giudiziario – addetto all'Ufficio Unico Notifiche presso la Corte d'Appello di Milano – ho, oggi, notificato copia conforme all'originale

del suesteso ricorso a:

COMUNE DI CASTELLANZA (VA), in persona del Sindaco in carica, presso la sede in Castellanza, Viale Rimembranze, n. 4, CAP 21053, a mezzo del servizio postale ai sensi di legge:

A mezzo del Servizio Postale
Milano - Succursale 109
20 DIC 2013
FUNZIONARIO UNEP
Dott. Luigi Rossetti

rvizio Postale
:ursale 109
:2013
:IO UNEP
Rossetti

AIPA S.P.A. - AGENZIA ITALIANA PER PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI, in persona del legale rappresentante *pro tempore* presso la sede legale in Milano, Via Cechov, n. 50, CAP 20151, a mani ai sensi di legge:

Cron. **A/4/16719** **URGENTE**

ENEL SOLE SRL / COMUNE DI CASTELLANZA

N.Dest: 1 Zona: PT

TROTTA - ALLEN & OVERY

Dir. Notifica	3,87	Tassa 10%	0,94
Trasferta	9,44	Spese Postali	0,43
Totale	14,25	**Totale Complessivo**	**14,68**

tassa 10% versata in modo virtuale

L'UFFICIALE GIUDIZIARIO

20/12/2013