

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

URGENTE'
 9 GEN. 2014

COPIA

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

- MILANO -

MANDATO

RICORSO

nell'interesse di **Enel Distribuzione S.p.A. (Società o Enel Distribuzione)**, società

con unico socio soggetta a direzione e coordinamento di Enel S.p.A., con sede

legale in Roma, Via Ombrone n. 2, capitale sociale Euro 2.600.000.000 i.v., codice

fiscale, partita IVA e numero di iscrizione al Registro delle Imprese di Roma

05779711000, R.E.A. n. 922436, in persona dell' Ing. Francesco Rondi nella sua

qualità di procuratore e legale rappresentante della Società, in forza dei poteri

conferitigli con procura del 3 maggio 2010 a rogito Notaio Dott. Nicola Atlante, Rep.

34075, Racc. 14410 (doc. 5), rappresentata e difesa, giusta procura a margine del

presente ricorso, dagli avvocati Carmina Toscano [C.F. TSCCMN66H45D883G; PEC

carmina.toscano@pec.enel.it], 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 -

Enel Distribuzione S.p.A.

Ing. Francesco Rondi

è autentica

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 tempor*

COMUNE DI CASTELLANZA

N.Prot.: 664/2014 Data: 14/01/2014

Ufficio: 08 TRIBUTI/ECONOMATO

Copia A: SEGRETARIO - AMMINISTRATIVO

ALLEN & OVERY
 20121 MILANO - VIA MANZONI, 41/43 - TEL. 02 290491 - FAX 02 29049333

- resistente -

PER L'ANNULLAMENTO

- della comunicazione datata 5 novembre 2013 e ricevuta da Enel Distribuzione 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 Castellanza - (i) ha comunicato ad Enel Distribuzione 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; (ii) ha invitato Enel Distribuzione al pagamento del canone patrimoniale relativo all'anno 2013 per Euro 108.494,10 (**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

L'attività di Enel Distribuzione

1. Enel Distribuzione è la società del gruppo Enel che svolge il servizio di distribuzione di energia elettrica, in forza della concessione originariamente attribuita ad Enel S.p.A. con il decreto del Ministro dell'Industria, Commercio e Artigianato del 28 dicembre 1995 e successivamente confermata ad Enel Distribuzione con il D.M. Attività Produttive 13 ottobre 2003.

2. Il servizio di distribuzione di energia elettrica è normativamente classificato quale servizio pubblico per il trasporto e la consegna dell'energia elettrica direttamente all'utenza mediante l'impiego di impianti elettrici per l'espletamento del quale la società concessionaria deve, da un lato, realizzare, esercire e mantenere in perfetta efficienza una complessa ed articolata rete elettrica costituita da elettrodotti aerei e sotterranei e da cabine di trasformazione tra loro interconnessi e, dall'altro, garantire la connessione alla rete di distribuzione a tutti i soggetti che ne facciano richiesta (cfr. Decreto Ministero dello Sviluppo Economico 10 dicembre 2010, in "Attuazione dell'articolo 30, comma 27, della legge 23 luglio 2009, n. 99, in materia di rapporti intercorrenti fra i gestori delle reti elettriche, le società di distribuzione in concessione, i proprietari di reti private ed i clienti finali collegati a tali reti").

3. Ai sensi dell'art. 9, comma 3, del D.Lgs. n. 79/1999 ("Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica"), "al fine di razionalizzare la distribuzione dell'energia elettrica è rilasciata una sola concessione di distribuzione per ambito comunale". Ciò significa che l'attività di distribuzione dell'energia elettrica si svolge in regime di **monopolio legale, oltre che naturale**, per ogni singolo ambito comunale indicato nell'atto ministeriale di concessione e comporta in capo al concessionario "l'obbligo di connettere alle proprie reti tutti i soggetti che ne facciano richiesta, senza compromettere la continuità del servizio e purché siano rispettate le regole tecniche nonché le deliberazioni emanate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas in materia di tariffe, contributi ed oneri" (comma 1 del richiamato art. 9). Ed in riferimento al quale il concessionario del servizio pubblico può opporre **solo dei limiti di ordine tecnico-regolamentare** quali "la non compromissione della continuità del servizio" e "il rispetto delle regole tecniche nonché delle deliberazioni emanate dall'Autorità per

l'energia elettrica e il gas in materia di tariffe, contributi ed oneri" (così l'art. 9, comma 1, del D.Lgs. n. 79/1999).

4. Tale architettura normativa è stata confermata dalla legislazione di riordino del settore elettrico, attuata con legge 23 agosto 2004, n. 239, la quale, oltre a ribadire la natura statale della concessione dell'attività di distribuzione dell'energia elettrica (art. 1, comma 2, lett. c), considera tale servizio come di **priorità nazionale** ed impone l'obbligo, in capo allo Stato, di garantire l'adeguatezza della distribuzione e la disponibilità di energia al fine di *"assicurare su tutto il territorio nazionale i livelli essenziali delle prestazioni concernenti l'energia nelle sue varie forme e **in condizioni di omogeneità sia con riguardo alle modalità di fruizione sia con riguardo ai criteri di formazione delle tariffe e al conseguente impatto sulla formazione dei prezzi"*** (art. 1, comma 4, lett. d, della citata legge n. 239/2004 come confermato anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 248/2006).

5. Proprio in considerazione della rilevanza a livello nazionale dell'attività in questione e in attuazione dei richiamati obiettivi, la legge n. 239/2004 ha anche stabilito, all'art. 1, comma 4, che *"lo Stato e le regioni (...) garantiscono: a) il rispetto delle condizioni di concorrenza sui mercati dell'energia, in conformità alla normativa comunitaria e nazionale; b) l'assenza di vincoli, ostacoli o oneri, diretti o indiretti, alla libera circolazione dell'energia all'interno del territorio nazionale e dell'Unione europea; c) **l'assenza di oneri di qualsiasi specie che abbiano effetti economici diretti o indiretti ricadenti al di fuori dell'ambito territoriale delle autorità che li prevedono"***.

6. La **redditività economica** dell'attività di distribuzione **non viene liberamente determinata dal concessionario** sul libero mercato concorrenziale ma **è fissata in base ad una tariffa unica nazionale obbligatoria**, stabilita e aggiornata

periodicamente dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG)¹.

7. Le condutture elettriche sono realizzate in interrato nelle sedi stradali a ciò deputate secondo la volontà del legislatore (che con la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 3 marzo 1999 ha disciplinato la gestione del sottosuolo), nonché in modo da rispondere a precisi desiderata delle amministrazioni locali che, in merito alla collocazione dei sottoservizi, hanno più volte manifestato l'esigenza di limitare gli aggravii alla proprietà privata e di evitare, al contempo, la realizzazione di impianti elettrici aerei. 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 distribuzione dell'energia elettrica, nella maggior parte dei casi, non è libera ma è necessitata dalle considerazioni sopra riportate.

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

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. Il 30 aprile 2013 la Società provvedeva al pagamento in favore del Comune della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (TOSAP) relativa all'anno 2013 (doc. 3).

9. Tuttavia, il 13 novembre 2013 Enel Distribuzione riceveva la comunicazione,

¹ A tal riguardo, con delibera n. 348/07/ARG e s.m.i. l'AEEG ha definito il Testo Integrato delle disposizioni per l'erogazione dei servizi di Trasmissione, distribuzione e misura dell'energia elettrica e la definizione della relativa tariffa (c.d. TIT).

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 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 al pagamento del canone patrimoniale relativo all'anno 2013 come ivi determinato (cfr. **docc. 1-2**).

10. Enel Distribuzione, in risposta alla suddetta comunicazione del Comune, con lettera trasmessa via pec in data 25 novembre 2013, contestava puntualmente le ragioni di illegittimità di detta richiesta e la debenza di quanto richiesto (**doc. 4**).

11. Enel Distribuzione ritiene, pertanto, che l'impugnata richiesta di pagamento del canone comunale non ricognitorio sia illegittima, 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 concessionari 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 e richiede il rilascio di un apposito provvedimento amministrativo di concessione per l'attraversamento o uso della sede stradale e relative pertinenze**, 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 gli enti 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 la 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 a rete (*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 c.d. "a rete", 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 (servizi pubblici c.d. "a rete"), 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 (nello specifico, nei comuni fino a 20.000 abitanti, Euro 0,775 per utenza; nei comuni oltre i 20.000 abitanti, Euro 0,645 per utenza).

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**

a rete (*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 a diversa disciplina in sede regolamentare.

Proprio in considerazione della rilevante consistenza degli impianti presenti nel

sottosuolo realizzati dai gestori di servizi a rete a garanzia dell'immediata

disponibilità del servizio a chiunque ne dovesse far richiesta (al riguardo basti

pensare che Enel Distribuzione ha realizzato ed esercisce milioni di chilometri di

linee elettriche sull'intero territorio nazionale), 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 a rete, della rilevante estensione degli stessi,

dell'obbligatorietà della prestazione a carico dei concessionari e della necessità di

garantire che gli oneri richiesti a tali soggetti 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 procedurali 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, l. 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 prova della necessità e dell'utilità dell'apporto di Enel Distribuzione in sede di determinazione della spettanza o meno del canone non ricognitorio si consideri che non si ha evidenza negli atti qui impugnati di alcuna attività istruttoria di accertamento specifico e puntuale della debenza del canone non ricognitorio.

Mentre, con il Regolamento impugnato ed il successivo atto applicativo, il Comune si è limitato a comunicare l'adozione dello strumento impositivo determinato in via generale ed astratta, sulla base di una stima presunta (e ricavata in via del tutto autonoma) delle reti di Enel Distribuzione presenti nel sottosuolo comunale.

La carenza di istruttoria è, poi, confermata dal fatto che l'atto applicativo in questa sede impugnato non tiene in alcun conto quanto già corrisposto da Enel Distribuzione per l'occupazione del suolo pubblico per l'anno 2013 (cfr. **doc. 1-3**).

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.

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. Carezza di potere. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti e della motivazione.

Travisamento. Contraddittorietà. Manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà.

Sviamento di potere.

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.

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. 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.

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 a rete 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 sottosuolo 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)** e richiede **il rilascio di un apposito provvedimento amministrativo di concessione per l'attraversamento o uso della sede stradale e relative pertinenze**, 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, anche nell'intento di evitare diversificazioni di livello locale. Ciò al fine di pervenire ad un'uniforme applicazione su tutto il territorio nazionale delle norme che disciplinano la materia.

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 inattuato 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 forfettario 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 nel caso di occupazioni di reti 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 Distribuzione, 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'AEEG, *poiché la remunerazione per il concessionario consegue in ogni caso alla determinazione complessiva delle tariffe – fisse ed inderogabili – regolate dall'Autorità.*

Oltretutto l'ente locale non provvede a dimostrare quale sia in concreto il vantaggio che Enel Distribuzione ricaverebbe dall'occupazione del sottosuolo 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 rete.

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.

Ove ciò non bastasse si consideri che lo stesso Consiglio di Stato, con la recente pronuncia sopra riportata (sent. n. 1786/2013 cit.) ha avuto modo di ribadire, con riferimento alla determinazione forfetaria 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. Carezza 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 Distribuzione.

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 e salva in ogni caso la detrazione da quanto già incassato dal Comune a titolo di TOSAP (cfr. doc. 3).

P.Q.M.

Nell'interesse di Enel Distribuzione S.p.A., 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, 23 dicembre 2013

Avv. Carmina Toscano

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 sujesteso 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 - SERVIZIO 109
09 GEN 2014
FUNZIONE UNEP
Dott. Luigi Rossetti

izio Postale
rsale 109

014

UNEP
Rossetti

AIPA S.P.A. - AGENZIA ITALIANA PER PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI, in

persona del leale rappresentante *pro tempore* presso la sede legale in Milano, Via

Cechov, n. 50, CAP 20151, a mani ai sensi di legge:

Cron. **A/4/223** **URGENTE**
ENEL DISTRIBUZIONE SPA / 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 09/01/2014