

REPUBBLICA ITALIANA N. 3063/03 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 663 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 1996

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 663 del 1996, proposto da Spina Nicola, Currò Andrea Tomma Nicola, Muscia Vincenzo, Quadrelli Laura, Vernizzi Ida, Pratici Bruno, Cassino Renato, Brusaferrì Marcella, Romello Fabiana, Bianchin Rino, Lomuscio Caterina, Cedrola Luciano, Bellini Antonio, Proserpio Renato, Severgnini Valentino, Falciglia Angelo, Grimaldi Giuseppe, Sena Carmine, Angelo Fantu, Salvador Daniele, Crini Salvatore, Iaccarino Massimiliano, tutti rappresentati e difesi dall'avv.to Giorgio Lodigiani elettivamente domiciliati presso lo studio del dott. Gian Marco Grez, Lungotevere Flaminio, 46 Roma;

contro

il Comune di Bollate nella persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Fabio Massimo Nicosia e Franco Casarini ed elettivamente domiciliato presso Maria Calabrese, via Giovanni Filippo Ingrassia, 21, Roma;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Lombardia, Milano, 9 gennaio 1995 n. 26, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bollate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 28 marzo 2003 il consigliere Marzio Branca, e udito l'avvocato A. Manzi, in sostituzione di Lodigiani.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato respinto il ricorso proposto collettivamente da un gruppo di commercianti come sopra elencati, operanti nel mercato settimanale del Comune di Bollate, avverso la deliberazione comunale istitutiva di un **canone** per la **occupazione** del suolo pubblico connessa alla detta attività, in relazione alla quale

corrispondono regolarmente la ordinaria tassa di **occupazione** del suolo pubblico.

Il TAR ha ritenuto non fondate le censure dedotte affermando che la istituzione del **canone** non poneva in essere una duplicazione di imposizione, in ragione della diversa natura dei due istituti, sorretti da autonome previsioni normative e la cui cumulabilità è riconosciuta dalla giurisprudenza.

Avverso la sentenza la parte soccombente ha proposto appello chiedendone la riforma.

Il Comune di Bollate si è costituito in giudizio chiedendo il rigetto del gravame.

Alla pubblica udienza del 28 marzo 2003 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Gli appellanti, esercenti il commercio su aree pubbliche, tendono all'annullamento del provvedimento di istituzione di un **canone** di concessione in relazione alla **occupazione** del suolo utilizzato dai loro banchi nel mercato settimanale.

Con la principale censura sostengono che tale **canone** costituisce una duplicazione di imposizione tributaria, in quanto il Comune già impone e percepisce, per la medesima **occupazione**, la T.O.S.A.P..

La delibera istitutiva del **canone** sarebbe quindi illegittima perché il Comune avrebbe disposto in area coperta da riserva di legge, oltre che per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di presupposti nonché violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 per di insufficienza di motivazione.

La prima doglianza concerne dunque la denunciata illegittimità della istituzione di un **canone** per la concessione di suolo pubblico, a norma dell'art. 8 del r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740 (t.u. per la tutela delle strade e per la circolazione), da parte di un Comune che ha istituito a tale titolo il tributo di cui oggi all'art. 38 e ss. del d.lgs. 15 novembre 1993 n. 507, in passato disciplinato dagli artt. 192 e 193 del R.D. 14 settembre 1931 n. 1173 (t.u. della finanza locale).

Va detto subito che il problema ha già formato oggetto di esame da parte del giudice amministrativo che lo ha costantemente risolto nel senso della cumulabilità della tassa con il **canone** concessorio (Cons. St., Sez. V, 26 marzo 2003 n. 1751; Sez. IV 22 aprile 1996 n. 524; TAR Emilia Romagna – Parma – 7 giugno 2001 n. 309; 18 ottobre 1999 n. 651; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 9 gennaio 1995 n. 26; TAR Toscana, Sez. I, 3 maggio 1995 n. 296).

Tale orientamento si fonda sulla considerazione della diversità di natura dei due istituti. Mentre il **canone** di concessione trova la sua giustificazione nella necessità per l'ente pubblico proprietario del terreno di trarre un corrispettivo per l'uso esclusivo e per l'occupazione dello spazio, concessi contrattualmente o in base a provvedimento amministrativo a soggetti terzi, la tassa di **occupazione** di spazi ed aree pubbliche è istituito di diritto tributario, dovuta al Comune quale ente impositore al verificarsi di determinati presupposti, ritenuti dal legislatore indici seppure indiretti di capacità

contributiva.

Ne consegue che al **canone** concessorio non può essere attribuita natura di prestazione patrimoniale imposta, e quindi non ha fondamento la censura di violazione della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost..

La delineata differenziazione sostanziale tra i due istituti si riflette nella diversità della disciplina riguardante la determinazione della misura dell'uno e dell'altro provento. Mentre, a mente dell'art. 38 e seguenti del d.lgs. 15 novembre 1993 n. 507, disciplinanti la TOSAP, la discrezionalità dei comuni risulta fortemente limitata dalla suddivisione degli stessi in cinque classi per numero di abitanti e dalla fissazione di un minimo ed un massimo, oltre che da disposizioni particolari per occupazioni permanenti e temporanee ed altre ipotesi particolari (ad es. per gli spazi soprastanti e sottostanti il suolo, ecc), i principi relativi al **canone** di concessione dettati dall'art. 27 d.lgs. n. 285 del 1992 (codice della strada), che riproduce la corrispondente norma del r.d. n. 1740 del 1933 (art.8), assumono tutt'altro tenore, denotando il conferimento di un'ampia area di discrezionalità all'ente concedente. Il comma 8 recita infatti che "Nel determinare la misura della somma (*dovuta per l'occupazione*) si ha riguardo alle soggezioni che derivano alla strada o autostrada, quando la concessione costituisce l'oggetto principale dell'impresa, al valore economico risultante dal provvedimento di autorizzazione o concessione e al vantaggio che l'utente ne ricava."

Né può disconoscersi il peso del dato testuale offerto dall'art. 8, comma 2, del r.d. n. 1740 del 1933, applicato nella specie, secondo cui: "Per le licenze e per le concessioni di cui agli artt.2, 3, e 6 primo comma, sono inoltre stabiliti la loro durata, la somma dovuta per l'occupazione o per l'uso concesso e l'annuo **canone**".

Con specifico riferimento al commercio su aree pubbliche, l'art. 3, comma 12 della legge 28 marzo 1991 n. 112, disciplinando la materia prevedeva la competenza del consiglio comunale a deliberare il **canone** per la concessione del posteggio. Le norme poste dal Titolo X del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 114 (Commercio al dettaglio su aree pubbliche), nel costante riferimento all'istituto della concessione per l'uso del posteggio, non sembrano introdurre modifiche significative sul punto.

Gli appellanti tuttavia negano che l'occupazione dello spazio pubblico da parte del banco di mercato possa costituire una forma di **occupazione** suscettibile di ricadere sotto la disciplina delle concessioni per attività compiute nelle strade, sia perché la norma applicata si riferisce a cantieri di lavoro e depositi, sia perché l'area che il Comune ha destinato al mercato settimanale non potrebbe qualificarsi come strada.

Tali tesi non possono essere condivise.

Anche ad ammettere il dubbio interpretativo che può essere originato dal termine "deposito", che evoca una ben precisa forma di **occupazione**, si tratta con ogni evidenza di una esemplificazione che non esaurisce le ipotesi di sottrazione dell'area alla fruizione collettiva. Neppure gli appellanti, d'altra parte sostengono che per collocare sulla pubblica via un banco per la vendita di merci non occorra una licenza o una concessione per l'occupazione dello spazio pubblico. Il d.lgs. n. 285 del 1992, che ha sostituito la normativa di cui al r.d. n. 1740 del 1933, all'art. 27, non manca di prevedere, all'art. 27,

il versamento del **canone** per l'occupazione o l'uso di porzioni delle pubbliche vie.

Risulta arduo, d'altra parte, concepire lo "spiazzo" in cui si svolge il mercato, come entità concettualmente distinguibile dalla strada, alla stregua della latissima definizione che ne danno i c.d. "codici", sia il d.P.R. n. 393 del 1959, sia il d.lgs. n. 285 del 1992, come "area di uso pubblico destinata alla circolazione di pedoni veicoli e animali".

La prima censura è dunque da respingere.

Con diverso ordine di motivi gli appellanti denunciano che la delibera impugnata sarebbe affetta da violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 in quanto non corredata da adeguata motivazione, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Lamentano in particolare che l'Amministrazione non abbia dato esecuzione all'ordinanza con la quale i primi giudici hanno chiesto documentati chiarimenti sul provvedimento impugnato, in quanto l'unico documento trasmesso è rappresentato da una relazione del Responsabile della polizia municipale, redatta in epoca successiva all'adozione della deliberazione impugnata.

A ciò si aggiunge un rilievo di contraddittorietà della stessa decisione appellata, che, mentre ha ritenuto che fossero necessari chiarimenti documentati, non ha tratto le dovute conseguenze dalla mancata produzione di tali elementi giustificativi.

Tutte le censure sono infondate.

Con riguardo al difetto di motivazione va rilevato che l'istituzione del **canone** è accompagnata da un complesso di disposizioni regolanti le diverse di **occupazione** di spazi pubblici, la decorrenza, la riscossione del **canone**, la rivalutazione del medesimo e le sanzioni per le violazioni della normativa suddetta.

Si tratta con ogni evidenza di atto a contenuto generale e normativo che rientra pianamente nella previsione dell'art. 3 della legge n. 241, nella parte in cui esonera tali tipi di provvedimenti amministrativi dall'obbligo di esternare una puntuale motivazione.

Non di meno, nella specie, una motivazione non può neppure dirsi assente, in quanto la deliberazione contiene la relazione dell'Assessore alla polizia municipale, al commercio ed annona, che si diffonde sul fondamento giuridico della determinazione e sulle ragioni di ordine gestionale poste a base della proposta di istituire il **canone** di concessione per le occupazioni di suolo pubblico.

La censura di difetto di istruttoria si appunta prevalentemente sulla nota 9 giugno 1993 dal Comandante della Polizia Municipale all'Assessore competente, ed acquisita in esecuzione dell'ordinanza istruttoria emessa dal TAR il 25 febbraio 1994. Si sostiene, come accennato, che si tratta di un documento non veritiero perché redatto dopo l'assunzione della delibera e in coincidenza della proposizione del ricorso di primo grado.

In altri termini la tesi che si adombra è che la delibera impugnata fu adottata senza la preventiva acquisizione degli elementi di fatto necessari per la quantificazione degli

importi fissati per ciascun tipo di **occupazione**.

Osserva il Collegio che l'epoca in cui la nota è stata redatta si rivela non rilevante, perché la stessa esplicita un conteggio degli oneri che il Comune sosteneva per garantire la agibilità degli spazi concessi ai soggetti richiedenti ed occupanti. Il Comune sostiene di essersi determinato in base a tali elementi, i quali rappresentano la giustificazione contabile degli importi adottati. Il fatto che gli stessi siano riferiti all'Assessore in epoca successiva alla deliberazione istitutiva non prova, di per sé, che il Comune abbia deciso senza sapere per quali ragioni fissava il **canone** secondo determinati importi.

La tesi svolta dagli appellanti, che i dati indicati non esistevano al momento della deliberazione, doveva essere sostenuta con adeguati mezzi di prova che nella specie non sono stati indicati. Il ricorso infatti si limita a generici addebiti di inesattezza per eccesso delle spese evidenziate dal Comune, inidonei a suffragare il dedotto vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Eguale generica risulta la censura di eccessiva onerosità del **canone**, considerando che sulla misura dello stesso influisce il valore economico dell'attività e il vantaggio che l'utente ne ricava (art. 27, comma 8, d.lgs. n. 285 del 1992), ed al riguardo non sono stati dedotti i necessari e documentati raffronti.

L'incompetenza del comandante della polizia municipale a redigere una relazione in tema di costo pubblico della gestione delle aree interessate al commercio ambulante, anche se provata, non può costituire vizio della deliberazione di istituzione del **canone** per l'occupazione del suolo.

In conclusione l'appello deve essere rigettato ma le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, rigetta l'appello in epigrafe;
dispone la compensazione delle spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 28 marzo 2003 con l'intervento dei magistrati:

Alfonso Quaranta Presidente

Raffaele Carboni Consigliere

Goffredo Zaccardi Consigliere

Aldo Fera Consigliere

Marzio Branca Consigliere est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Marzio Branca

f.to Alfonso Quaranta

IL SEGRETARIO

f.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...04 giugno 2003.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale