



EX LIBRIS
Avvocato
Vincenzo Scarano

17/06

REPUBBLICA ITALIANA
 IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE
 DI L'AQUILA SEZIONE 05

riunita con l'intervento dei Signori:

1. RASOLA	DOTT. LUCIANO	Presidente
2. DI SANTE	DOTT. ATTILIO	Relatore
3. FARINACCI	DOTT. VINCENZO	Giudice

SEZIONE

N° 05

REG.GENERALE

N° 358/05

UDIENZA DEL

16/01/2006 ore 09:00

SENTENZA

N° 2/V/06

PRONUNCIATA IL:

16/01/2006

DEPOSITATA IN
 SEGRETERIA IL

27/02/2006

ha emesso la seguente

SENTENZA

- sull'appello n. 358/05
 depositato il 29/04/2005
 - avverso la sentenza N. 225/01/2003
 emessa dalla Commissione Tributaria Provinciale di TERAMO
 contro COMUNE DI ATRI
 difeso da:
 AVV. VINCENZO SCARANO E AVV. PASQUALE SCARANO
 C/O SO.GE.T. S.P.A.
 CIRCONVALLAZIONE RAGUSA 47 64100 TERAMO TE
 proposto dal ricorrente:

ENEL SOCIETA' PER AZIONI
 VIALE REGINA MARGHERITA 137 00188 ROMA RM
 difeso da:
 DOTT. ZUFFRANIERI FABIANO
 C/O ENEL DISTRIBUZIONE SPA
 LARGO LAMBERTO LORIA 3 00100 ROMA RM

Atti impugnati:
 AW ACC n. 18100 TOSAP 1999

Il Segretario

[Handwritten signature]



COPIA RILASCIATA
 ESCLUSIVAMENTE PER USO STUDIO

In data 03 gennaio 2003 la società ENEL spa riceveva, presso la Sede de L'Aquila, l'avviso di accertamento n. 18100 del 31 dicembre 2002, emesso dal Comune di Atri per Tassa Occupazione Spazi ed Aree Pubbliche, riferito al periodo di imposta 1999, recante un importo complessivo di euro 88.278,75 così suddiviso: euro 28.477,25 (tassa evasa), euro 56.954,50 (sanzioni), euro 2.847,00 (interessi).

Avverso il citato avviso di accertamento in data 28 febbraio 2003 veniva proposto ricorso dinanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Teramo.

La Commissione - Sezione 1, in data 03 dicembre 2003, pronunciava la sentenza n°225/01/03, depositata in data 02 marzo 2004, con la quale accoglieva il ricorso limitatamente alle sanzioni, e rigettava per il resto.

Contro tale decisione l'Enel spa propone appello presso la Commissione Tributaria Regionale de L'Aquila, affermando quanto segue:

- Il Comune di Atri ha in effetti operato un accertamento che formalmente applica in maniera corretta il disposto contenuto negli artt. 46 e 47 del D.Lgs. 507/93, anche conformemente alle recenti sentenze della Corte di Cassazione richiamate anche dal giudice di prime cure, ciononostante, sul piano sostanziale la contribuente appellante ritiene illegittimo l'atto impugnato, infatti il Comune nell'accertamento fa coincidere lo spazio occupato dall'Enel con la lunghezza di tutte le strade ricomprese nel proprio territorio. Questo si evidenzerebbe dall'analisi comparata del prospetto allegato all'atto di accertamento, nel quale si dichiara che le entità poste al fianco di ciascuna strada corrispondono alle occupazioni effettivamente rilevate, e di un identico prospetto presentato in allegato alle memorie illustrative dalla controparte in sede di ricorso tributario, presentato dall'Enel spa contro un avviso di accertamento emesso dal Comune di Atri per TOSAP anno 1998.

On

L'attività di accertamento del Comune si limiterebbe perciò alla "riproduzione dello stradario" nell'atto impugnato, senza svolgere alcuna altra indagine volta a conoscere l'effettività delle occupazioni di competenza dell' Enel spa. L'operato del Comune è quindi illegittimo in quanto non ha verificato l'effettiva presenza dei cavi, non ha tenuto conto delle autorizzazioni rilasciate, non ha verificato le denunce presentate in vigore del precedente sistema impositivo delle occupazioni, non ha analizzato le ulteriori denunce presentate dall'appellante ai sensi dell'art. 50 del D.Lgs. 507/93.

In proposito, afferma la società appellante, le rilevazioni effettuate da personale dell'Enel spa sul territorio all'interno del centro abitato non registrano differenze di particolare rilievo, ma in periferia il divario dei dati risulta più consistente: nelle strade di 2° categoria rileva infatti uno scarto tra le occupazioni accertate e quelle rilevate di metri 16.676, in quelle di 3° categoria registra una differenza 66.994 metri.

A sostegno delle proprie tesi l'Enel spa, richiama la giurisprudenza di Cassazione che, oltre a fissare un principio di diritto circa la corretta interpretazione dell'art. 47 del D. Lgs. 507/93, ha precisato che la lunghezza della strada costituisce il limite massimo di occupazione tassabile, ma che comunque l'Ente impositore deve provare che l'occupazione rilevata nell'atto accertativo corrisponde a quella effettiva;

- Il giudice di prime cure non è entrato nel merito delle consistenze accertate, nonostante ciò fosse stato richiesto dalla contribuente, ha perciò ~~ha~~ ommesso di chiedere all'Ente impositore di provare la legittimità della pretesa tributaria, con ciò violando l'art. 2697 c. c., ai cui sensi "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento".

La sentenza impugnata risulterebbe pertanto irrimediabilmente viziata in quanto, non censurando il mancato rispetto del principio dell'onere della prova da parte del Comune

ha violato - a sua volta - tale principio ex art. 2697, primo comma del codice civile, nonché l'art. 115 c.p.c., per aver riconosciuto valore probatorio, ai fini della decisione, alle mere indicazioni operate dall'ente locale nell'atto impositivo.

La contribuente segnala in proposito le sentenze, emesse dalla Corte di Cassazione - Sez. Tributaria - n. 01374/04, n. 01375/04 e n. 01376/04 nelle quali, espressamente con riferimento alla Tassa per le occupazioni di suolo pubblico ex artt. 46 e 47 del D. Lgs. 507/93, ha dichiarato che "è principio del tutto pacifico che è l'amministrazione pubblica, e non il contribuente che deve provare la fondatezza delle proprie pretese fiscali, in applicazione dei principi generali sull'onere della prova previsti dall'art. 2697 c. c.. Gravava pertanto sul Comune di [omissis] l'onere di provare la legittimità e la fondatezza del suo accertamento. Né vale invocare, al fine di invertire l'onere della prova, la presunzione che i cavidotti dell'Enel occupavano il sottosuolo della sede stradale per tutta la sua lunghezza, in quanto tale presunzione,.....è una mera asserzione non fondata su indizi gravi, precisi e concordanti ";

- Infine, ai sensi e per gli effetti dell'art. 15 del D. Lgs. 546/92, la contribuente chiedeva la condanna del Comune di Atri al pagamento delle spese processuali di entrambi i gradi di giudizio. L'appello si chiudeva con le seguenti richieste:

- 1) di annullare la sentenza impugnata e, correlativamente, l'avviso di accertamento oggetto del ricorso, per illegittima applicazione dell'art. 47 del D.Lgs. 507/93;
- 2) di annullare la sentenza impugnata e, correlativamente, l'avviso di accertamento oggetto del ricorso, per violazione dell'art. 2697 c.c.;
- 3) di condannare il Comune di Atri al pagamento delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

Nelle memorie illustrative ed appello incidentale prodotti in data 4/01/06 il Comune affermava quanto segue:

Ch

- La contribuente non aveva mai presentato la denuncia di occupazione delle aree TOSAP ai sensi dell'art.50 D.Lgs. 507/1993.

Secondo il Comune questa omissione, nell'ambito del diritto tributario, è sufficiente per consentire il ricorso, da parte dell'ufficio impositore a presunzioni anche supersemplici, e cioè prive dei requisiti di gravità precisione e concordanza, e comporta l'inversione dell'onere della prova a carico della contribuente, che può fornire elementi contrari intesi a dimostrare che le occupazioni effettive sono diverse da quelle indicate dal Comune (questo principio, anche se con riferimento alle imposte sui redditi, è riportato in C.C., Sez. Trib., sentenza 2 dicembre 2002 n. 17016; C.C., n. 10157 del 2002; C.C., n. 7416 del 2001; C.C. n. 2605 del 2000).

Specificamente in materia di TOSAP, la Cassazione, Sezione Tributaria, ha previsto che, in caso di contestazione da parte del contribuente, l'amministrazione finanziaria può fornire la prova dell'effettiva occupazione anche tramite presunzioni (cfr. Corte di Cassazione, Sez. Trib., sentenza 9 febbraio 2004 n. 2433).

Infatti, anche alla luce della giurisprudenza della Cassazione (Corte di Cassazione, Sez. Trib., nella sentenza 9 febbraio 2004 n. 2433), in caso di contestazione sull'accertamento, laddove non sia stata presentata la denuncia da parte del contribuente, l'Amministrazione Finanziaria può avvalersi anche di presunzioni (e non necessariamente di prove) per dimostrare la legittimità della tassazione e l'esistenza delle occupazioni effettive.

In tal proposito, il Comune rileva che fin dal primo grado del giudizio aveva depositato l'atto del Responsabile di Settore del comune, che, pur se non si volesse ritenere prova delle occupazioni, comunque, fornisce una ricostruzione presuntiva delle occupazioni effettive realizzate dalla contribuente.

Tale atto, stante l'omessa denuncia e la mancanza di dati (non emergenti dagli atti) assumerebbe indubbio valore probatorio, poiché si concreta in elementi e circostanze rivelatori dell'esistenza di occupazioni e della misura di queste:

- a) documenti reperiti presso l'ufficio tecnico;
b) verifiche effettuate in loco;
c) esistenza in loco di utenze raggiunte dal servizio elettrico già prima dell'anno d'imposta 1999.

L'ente impositore può fornire la prova delle occupazioni tramite relazioni degli uffici comunali, e del resto, è certamente impossibile togliere il manto stradale per ogni strada per verificare se vi sono stati interrati dei cavi.

Inoltre ai sensi dell'art. 38, comma 3, del D.Lgs. n. 507 del 1993, la TOSAP si applica, anche alle occupazioni realizzate su tratti di aree private sulle quali risulta costituita una servitù di pubblico passaggio e infine, ai sensi dell'art. 39 del D.Lgs. n. 507 del 1993, la TOSAP è dovuta al comune o alla provincia dal titolare dell'atto di concessione o di autorizzazione o, in mancanza, dall'occupante di fatto anche abusivo.

Il comune conclude dunque che

- 1) in assenza di denuncia TOSAP;
 - 2) poiché l'amministrazione ha fornito elementi presuntivi che rappresentano l'esistenza di occupazioni non denunciate e per le quali non è stata corrisposta la TOSAP;
 - 3) poiché la controparte non ha fornito alcuna prova idonea a contestare efficacemente tale presunzione e che, comunque, i dati dalla medesima forniti sono tutti integralmente contestati dal comune;
 - 4) poiché "il processo tributario non è annoverabile tra quelli di "impugnazione-annullamento" ma tra quelli di "impugnazione merito" in quanto non diretto all'eliminazione giuridica dell'atto impugnato ma alla pronuncia di una decisione di merito sostitutiva sia della dichiarazione resa dal contribuente sia dell'accertamento dell'ufficio" [ex multis Corte di Cassazione, sentenza n. 16171 del 23 dicembre 2000 (emessa il 6 ottobre 2000)];
- l'avviso di accertamento comunque non potrebbe essere annullato integralmente, poiché la contribuente sarebbe tenuta a pagare la TOSAP in relazione alle occupazioni effettive individuate

91

nell'atto del Responsabile comunale e, conseguentemente, sarebbe tenuta a pagare le sanzioni ex art. 53, comma 1, D.lgs. N. 507 del 1993, e gli interessi.

Il Comune rimarca che la relazione del Responsabile comunale evidenzia che, oltre alle verifiche relative ai documenti presentati dalla contribuente, vi è stata una verifica sui luoghi.

La discrepanza tra quanto sostenuto dal Comune e quanto sostenuto dalla controparte starebbe nel fatto che delle occupazioni realizzate dalla contribuente solo alcune sono state denunciate, e che quest'ultima non ha chiesto l'autorizzazione amministrativa per tutte le occupazioni, Per queste ragioni non può assurgere a prova la concessione amministrativa come chiesto dalla contribuente.

In definitiva la relazione dell'ufficio comunale costituirebbe la prova di quelle che sono le occupazioni autorizzate e le occupazioni di fatto anche abusive, poiché tiene conto dei documenti reperiti presso l'ufficio tecnico e delle verifiche effettuate in loco.

Per quanto riguarda la legittimità delle sanzioni applicate il Comune afferma:

Il Comune ha applicato legittimamente le sanzioni, visto che la società contribuente non ha mai presentato la denuncia TOSAP ex art. 50 D.Lgs. n. 507 del 1993 e che la violazione rilevata è particolarmente significativa.

Nel caso di specie, non potrebbe trovare applicazione l'art. 56, comma 3, D.Lgs. n. 507 del 1993, norma transitoria, che si limita esplicitamente ad escludere dalla presentazione della denuncia i soggetti già iscritti a ruolo, ma solo per l'anno 1994, rimanendo impregiudicato l'obbligo sancito dal precedente art. 50, comma 1, di provvedere alla denuncia iniziale sia pur dall'anno successivo, anche perché nessuna esplicita norma, del resto, prevede una deroga a quanto previsto dal citato art. 50, comma 1.

Il Comune rimarca che l'irrogazione della sanzione è legittimata dal fatto che non è stata mai presentata la denuncia iniziale TOSAP: né ai sensi del T.U.F.L. (Testo Unico per la

Finanza Locale), adottato con il R.D. 14 settembre 1931 n. 1175 (Sezione I del Capo XII, composta dagli artt. da 192 a 200), e del Decreto Ministeriale 25 novembre 1931 e dal Decreto Ministeriale 26 febbraio 1933 né ai sensi del D. Lgs. N. 507/1993, l'omessa denuncia ha costituito e costituisce un danno notevole per le casse comunali e le disponibilità economiche della società contribuente non giustificano per motivi di equità sostanziale una riduzione dell'importo della sanzione rispetto a quella inflitta dal Comune ai sensi dell'art. 53.

Nell'udienza del 16:01:2006 il rappresentante dell'Enel osserva che il Comune presume immotivatamente che la lunghezza delle occupazioni è pari alla lunghezza delle strade. Per giurisprudenza costante è obbligo dell'ente impositore dimostrare la spettanza delle imposte. La documentazione allegata dal Comune dimostra che non c'è stata attività accertativa, si tratta di un semplice stradario. Le sanzioni non sarebbero dovute, stanti anche le denunce di variazione prodotte.

Il rappresentante del Comune rimarca invece che l'Enel non ha prodotto una denuncia TOSAP, il che ha impedito una prima possibilità di accertamento dell'ente. La prova è costituita dalla dichiarazione del responsabile del servizio. Quanto alle sanzioni: la denuncia Tosap è dovuta, non può essere sostituita dalle denunce di variazione.

Si osserva

L'appello dell'Enel va respinto, quello del Comune va accolto.

Non si ritiene che si sia in presenza di inversione dell'onere della prova. La dichiarazione del responsabile del servizio fa prova fino a querela di falso, provenendo da un pubblico ufficiale. Venendo al contenuto della stessa se ne desume che l'accertamento è motivato, facendo riferimento tanto a verifiche documentali che a sopralluoghi.

Quanto all'aspetto quantitativo eccetto dall'Enel, esso appare una mera dichiarazione resa dalla parte per iscritto che non assurge al rango di prova, peraltro gli elementi cui l'Enel

91

vorrebbe si facesse riferimento nell'accertamento (l'effettiva presenza dei cavi, autorizzazioni rilasciate, denunce presentate in vigore del precedente sistema impositivo delle occupazioni, ulteriori denunce presentate dall'appellante ai sensi dell'art. 50 del D.Lgs. 507/93) sono in realtà stati presi in considerazione dall'ente e motivatamente considerati insoddisfacenti o in esaustivi.

Venendo alla richiesta di sanzioni esse sono dovute per intero, in tutte le sue repliche l'Enel non dimostra di aver mai prodotto una denuncia TOSAP, e non si ritiene che le denunce di variazione la possano sostituire, le argomentazioni del Comune si dividono sia nel diritto che nel merito.

P.Q.M.

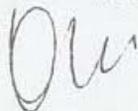
La sezione pronunciando sull'appello proposto dalla società contribuente e incidentalmente dal Comune di Atri avverso la sentenza 225/01/2003 emanata dalla Commissione Tributaria Provinciale di Teramo così provvede:

Respinge l'appello della contribuente, accoglie l'appello del Comune.

Spese compensate.

L'Aquila 16.01.06

Il Relatore



Il Presidente

