

N. 00115/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00275/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 275 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Edison Energie Speciali S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Bertolini, Marco Costantino, Wladimiro Troise Mangoni, con domicilio eletto presso Marco Costantino in Catanzaro, Via E. Buccarelli 49;

contro

Provincia di Crotona, rappresentato e difeso dagli avv. Annapaola De Masi, Emanuele Pantisano, con domicilio eletto presso Servizio Affari Legali Ente in Crotona, Via M.Nicoletta N 28;

per l'annullamento degli atti di cui ai ricorsi

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Crotona;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2015 il dott. Raffaele Tuccillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso la Edison Energie speciali s.p.a. chiedeva: di annullare le note del 19.12.2011 con le quali la Provincia di Crotona chiedeva la corresponsione del canone di occupazione di spazi e aree pubbliche (COSAP) per occupazione di sottosuolo ai sensi del Regolamento provinciale approvato con DCP n. 36 del 28.12.1998 in attuazione dell'art. 63, d.lgs. 446/1997. Riferiva: che l'oggetto del giudizio riguardava la richiesta del Cosap per occupazione del sottosuolo; che nel 2006 con decreto dirigenziale veniva rilasciata alla ricorrente l'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di impianto eolico come precisato in ricorso; che ugualmente veniva rilasciata la concessione per lavori di scavo con posa del cavidotto interrato; che la Provincia chiedeva quindi il pagamento del canone in oggetto; che il provvedimento era motivato dal fatto che la ricorrente non rientrava tra le aziende erogatrici di pubblici servizi con la conseguenza che non poteva beneficiare di agevolazioni nella determinazione del canone; che, in realtà, rientrava in tali categorie.

Impugnava i provvedimenti per violazione degli artt. 52 e 63, comma 2 del d.lgs. 446/1997, come precisato in ricorso. Riferiva: che la ricorrente era qualificabile come soggetto esercente un'attività strumentale allo svolgimento dei pubblici servizi; che l'utilizzazione di fonti eoliche e la realizzazione dei relativi impianti per la generazione di energia elettrica sono di pubblico interesse e utilità ai sensi dell'art. 1, comma 4 della l. 10/1991, la quale prevede che l'utilizzazione delle fonti di energia di cui al comma 3 era considerata di pubblico interesse; che nel medesimo senso era orientato il d.lgs. 387/2003 all'art. 12, primo comma, l. direttiva 2001/77/Ce; che pertanto la costruzione di impianti eolici, delle opere connesse, la produzione di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili e il suo trasporto costituivano attività di primario interesse pubblico; che l'attività di trasporto dell'energia era prodromica e funzionale alla produzione della stessa.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 16.5.2012, parte ricorrente chiedeva l'annullamento della nota n. 12284 della Provincia di Crotona del 8.3.2012. Riferiva: che con tale nota confermava i precedenti atti e forniva la motivazione dei precedenti provvedimenti.

Impugnava il provvedimento per violazione dell'art. 63, comma 2, d.lgs. 446/1997, come precisato in motivazione, ribadendo le argomentazioni di cui al ricorso originario. Riferiva: che il servizio di trasporto energia elettrica fino al punto di concessione alla rete era strumentale alla distribuzione dell'energia elettrica.

Con ulteriore ricorso per motivi aggiunti depositato in data 3.7.2012 chiedeva di annullare le note nn. 22622 e 22638 della Provincia di Crotona del 2012 aventi a oggetto l'annualità 2012 del canone Cosap, la deliberazione della giunta Provinciale della Provincia di Crotona n. 300 del 2011. Riferiva: che anche per tale annualità non erano attribuite le agevolazioni tariffarie.

Impugnava i provvedimenti per violazione dell'art. 63, comma 2 d.lgs. 446/1997 come precisato in ricorso, ribadendo le medesime argomentazioni già espresse.

Impugnava i provvedimenti per violazione dell'art. 3 della l. 241/1990, eccesso di potere per difetto di motivazione, come precisato in ricorso. Riferiva: che i provvedimenti non erano motivati.

Impugnava i provvedimenti per violazione dell'art. 22, comma 2 del regolamento della tassa di occupazione di spazi e aree pubbliche della Provincia di Crotona come precisato in ricorso. Riferiva: che la tariffa era stata erroneamente calcolata; che la Giunta non poteva modificare prescrizioni di competenza del Consiglio.

Impugnava i provvedimenti per eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca della deliberazione come precisato in ricorso, nonché per violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità come indicato in ricorso.

Impugnava i provvedimenti per violazione dell'art. 42, comma 2, let. f del d.lgs. 267/2000, per incompetenza.

Con ulteriore ricorso per motivi aggiunti depositato in data 5.6.2013 chiedeva di annullare le note 16620 e 16622 adottata dalla Provincia di Crotone in data 5.4.2013 e la deliberazione della Giunta n. 300 del 2011. Riferiva: che con tali note applicava le tariffe in questione per il 2013. Impugnava i provvedimenti sulla base delle argomentazioni già oggetto dei precedenti motivi, come precisate in ricorso al quale si rinvia.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 1.8.2014 chiedeva l'annullamento delle note 27573 e 27574 del 2014 relative al canone per l'anno 2014, sulla base dei medesimi motivi di cui ai precedenti ricorsi, come precisato nell'atto di parte al quale si rinvia.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 30.6.2015 chiedeva l'annullamento delle note nn. 15226 e 15228 del 2015 relative al canone per l'anno 2015, sulla base dei medesimi motivi di cui ai precedenti ricorsi come precisati nell'atto di parte al quale si rinvia.

Si costituiva la Provincia di Crotone chiedendo di dichiarare irricevibile il ricorso in quanto tardivamente proposto. Riferiva: che le note oggetto della prima impugnativa erano state notificate in data 3 e 5 gennaio 2012, mentre il ricorso era notificato alla Provincia solo in data 7.3.2012; che vi era difetto di giurisdizione amministrativo per rientrare la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario; che il ricorso era infondato.

2. Il ricorso proposto non può trovare accoglimento.

Occorre premettere che i ricorsi proposti non risultano tardivamente proposti in considerazione dell'esigenza di calcolare il rispetto del termine in relazione alla consegna dell'atto all'ufficio postale e non alla ricezione dell'atto da parte del destinatario.

La giurisdizione risulta appartenere al giudice amministrativo quantomeno con riferimento al principale motivo di impugnazione descritto da parte ricorrente, vertendosi in ipotesi di criteri applicativi della tariffa e non di concreta determinazione della stessa. **Il canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, istituito con l'art. 63 del d.lgs. n. 446 del 1997, è stato, in particolare, concepito dal legislatore come un "quid" ontologicamente diverso dal tributo (tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, di cui al d.lgs. n. 507 del 1993) in luogo del quale può essere applicato. Esso risulta configurato come corrispettivo di una concessione, reale o presunta (nel caso di occupazione abusiva), dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici, ed è dovuto non in base alla limitazione o sottrazione all'uso normale e collettivo di parte del suolo, ma in relazione all'utilizzazione particolare (o eccezionale) che ne trae il singolo" (Cass. civ., sez. trib., 6 agosto 2009 n. 18037; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 luglio 2011, n. 1169).**

La disposizione concretamente applicabile, e senz'altro prevalente nei riguardi del regolamento applicativo, è rappresentato dall'art. 63 del d.lgs. citato, rubricato canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche. Ai sensi del primo comma "1. Le province e i comuni possono, con regolamento adottato a norma dell'articolo 52 prevedere che l'occupazione, sia permanente che temporanea di strade, aree e relativi spazi soprastanti e sottostanti appartenenti al proprio demanio o patrimonio indisponibile, comprese le aree destinate a mercati anche attrezzati, sia assoggettata al pagamento di

un canone da parte del titolare della concessione, determinato nel medesimo atto di concessione in base a tariffa. Il pagamento del canone può essere anche previsto per l'occupazione di aree private soggette a servitù di pubblico passaggio costituita nei modi di legge. Agli effetti del presente comma si comprendono nelle aree comunali i tratti di strada situati all'interno di centri abitati con popolazione superiore a diecimila abitanti individuabili a norma dell'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285. Per quanto interessa specificamente ai fini del giudizio, il secondo comma, lettera f), nell'individuare i criteri informativi del regolamento richiede la “f) previsione per le occupazioni permanenti realizzate con cavi, condutture, impianti o con qualsiasi altro manufatto da aziende di erogazione dei pubblici servizi e per quelle realizzate nell'esercizio di attività strumentali ai servizi medesimi, di una speciale misura di tariffa determinata sulla base di quella minima prevista nel regolamento per ubicazione, tipologia ed importanza dell'occupazione, ridotta non meno del 50 per cento. In sede di prima applicazione il predetto canone e' determinato forfettariamente sulla base dei seguenti criteri...”. Ne discende che, malgrado il diverso contenuto del regolamento previsto dall'art. 52 del d.lgs., occorre considerare ai fini della determinazione della tariffa agevolata anche lo svolgimento di attività strumentali ai servizi medesimi e non la sola attività rientrante nella nozione di pubblico servizio.

Ciò premesso, tuttavia, si ritiene di aderire all'orientamento espresso dalla prevalente giurisprudenza amministrativa che esclude la riconducibilità dell'attività in questione nell'ambito di quella strumentale al servizio pubblico.

Nel caso di specie, l'occupazione del sottosuolo in questione risulta giustificata dalla presenza di cavi necessari per trasportare l'energia elettrica prodotta dalla ricorrente fino alla rete di trasmissione nazionale, corrispondente alla cabina primaria Strongoli di Enel Distribuzione s.p.a.

Dal tenore letterale della norma emerge che la determinazione forfettaria del canone dovuto per le occupazioni permanenti, realizzate con cavi, condutture, impianti o con qualsiasi altro manufatto, è subordinata alla ricorrenza di puntuali presupposti, di carattere soggettivo ed oggettivo: in particolare l'agevolazione presuppone, dal punto di vista soggettivo, che il soggetto occupante le aree pubbliche svolga attività di erogazione dei pubblici servizi ovvero attività strumentali ai servizi medesimi; dal punto di vista oggettivo, poi l'attività di erogazione ovvero quella strumentale deve essere in atto, atteso che il canone deve essere commisurato al numero delle utenze (ciò anche con riferimento alle occupazioni del territorio provinciale).

La *ratio* dell'agevolazione in parola, come precisato dalla giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato, 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).

Il legislatore 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.

La misura agevolativa della determinazione forfettaria può trovare applicazione solo per l'attività di erogazione dei servizi pubblici e per le attività strumentali a questi ultimi.

In tale fattispecie non può pertanto rientrare l'attività svolta dalla società ricorrente, che non risulta consistere nella "erogazione" di un servizio pubblico, bensì in quella, ontologicamente diversa, di "produzione e trasporto" dell'energia prodotta, giacché solo la prima, cioè quella di erogazione di energia in favore direttamente dei cittadini, può essere effettivamente considerata un servizio pubblico, laddove la seconda (produzione di energia da fonti rinnovabile) non è rivolta, direttamente ed esclusivamente, ma solo eventualmente ai cittadini, quali utenti, trattandosi soltanto di un'attività presupposta alla successiva attività di erogazione del servizio di energia (che d'altra parte, com'è intuibile, non deve avere necessariamente come destinatari i cittadini).

Né può ammettersi un'interpretazione estensiva della norma: infatti, dal punto di vista sistematico essa ha natura derogatoria alle regole generali di determinazione della tariffa dovuta, cosa che ne impone una lettura ed interpretazione rigorosamente conforme al suo tenore letterale, senza ulteriori possibilità di applicazioni analogiche o di interpretazioni estensive.

Ai fini del riconoscimento del regime agevolato, non possono invocarsi le speciali disposizioni contenute nell'articolo 1 della l. n. 10/1991 (Norme per l'attuazione del Piano energetico nazionale in materia di uso razionale dell'energia di risparmio energetico e di sviluppo delle fonti rinnovabili di energia) e dell'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità).

Tali disposizioni, allo scopo di migliorare le condizioni di compatibilità ambientale dell'utilizzazione dell'energia, favoriscono ed incentivano l'uso razionale dell'energia, il contenimento dei consumi di energia nella produzione e nell'utilizzo dei manufatti e l'utilizzazione delle fonti rinnovabili di energia (oltre alla riduzione dei consumi specifici di energia nei processi produttivi e ad una più rapida sostituzione degli impianti in particolari settori a più elevata intensità energetica), ma la qualità di pubblico interesse e di pubblica utilità riconosciuta, in via generale, all'utilizzazione delle fonti di energia di cui al comma 3 dell'art. 1 della l. n. 10/1991 (quali il sole, il vento, l'energia idraulica, le risorse geotermiche, le maree, il moto ondoso e la trasformazione dei rifiuti organici o di prodotti vegetali) è intrinsecamente collegata alle relative opere a tal fine necessarie, dichiarate pertanto indifferibili ed urgenti ai fini dell'applicazione delle leggi sulle opere pubbliche (comma 4 dell'art. 1 della l. n. 10/1991). In questa chiave di lettura deve intendersi inserita la disposizione dell'art. 12 del d.lgs. n. 397/2003 che dichiara di pubblica utilità, oltre che indifferibili ed urgenti, le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, nonché quelle connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzioni ed all'esercizio degli stessi impianti, semplificando le procedure per il rilascio del titolo autorizzativo (cfr. Cons. St. 1788/2013, tra le altre).

Il favorire e l'incentivare l'utilizzazione di fonti rinnovabili di energia e semplificare le procedure per la realizzazione delle opere necessarie alla costruzione ed all'esercizio dei relativi impianti, pur essendo sintomatico dell'interesse pubblico e dell'utilità pubblica che il legislatore ha riconosciuto ad esse, colloca evidentemente tali misure nel più vasto ambito degli indirizzi ed obiettivi di politica energetica nazionale, senza comportare automaticamente, così come vorrebbe la società resistente, che il relativo carattere di pubblica utilità e/o di interesse generale si trasmetta anche all'attività di produzione e trasporto dell'energia così prodotta, tanto più che tale ipotesi non incide sulla natura privata o pubblica dell'attività e degli impianti di produzione, costituendo tipiche manifestazioni dell'attività di impresa finalizzata alla realizzazione ed alla percezione di utili.

La delineata specialità della previsione agevolativa in questione, esclude che l'attività di produzione e trasporto di energia possa essere "sic et simpliciter" fatta rientrare nell'ambito della attività

strumentale ai servizi pubblici, trattandosi di attività del tutto autonome e separate tra loro, anche dal punto di vista economico.

Le argomentazioni che precedono hanno carattere assorbente delle argomentazioni delle parti. In particolare sulla scorta delle medesime argomentazioni devono essere rigettati i motivi di ricorso di cui all'atto depositato in data 3.7.2012 per violazione dell'art. 3 l. 241/1990.

3. Con riferimento alla violazione delle attribuzioni del consiglio comunale per violazione dell'art. 42, let. f) del d.lgs. 256/2000, il ricorso non può trovare accoglimento.

Fermo la discussa natura tributaria dell'atto in questione deve ritenersi che la lettera citata attribuisca alla competenza del consiglio la sola istituzione e ordinamento dei tributi, lasciando alla giunta la determinazione delle aliquote specifiche. Deve pertanto ritenersi rientrare nell'ambito delle attribuzioni della giunta anche il potere di differenziare tra i coefficienti per suolo e soprassuolo da quelli per il sottosuolo, con il conseguente rigetto del relativo motivo di ricorso.

4. I motivi di ricorso relativi alla concreta determinazione del canone applicabile e quindi i relativi profili di calcolo devono essere dichiarata inammissibili rientrando nella giurisdizione del giudice ordinario.

La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste infatti solo in relazione alla contestazione del regolamento e degli atti autoritativi della pubblica amministrazione, mentre l'impugnazione dell'avviso di pagamento è compresa in quella del giudice ordinario.

Il regolamento, emanato in base all'art. 27 del D.Lgs n. 285/92 n. 285, ha natura formalmente amministrativa, ma sostanzialmente normativa, costituendo una fonte secondaria del diritto, diretto a disciplinare l'uso e l'occupazione dei beni pubblici, in relazione allo svolgimento su di essi di attività di rilevanza economica, compresa l'erogazione di servizi pubblici. La giurisdizione su detto regolamento è pertanto radicata in capo al giudice amministrativo, atteso che il regime formale dei regolamenti è quello proprio dei provvedimenti amministrativi, correlandosi a posizioni di interesse legittimo. L'atto in questione riguarda inoltre il regime di utilizzazione dei beni pubblici, anche in vista dell'erogazione di servizi pubblici di varia natura, sicché, rispetto al regolamento, la giurisdizione del giudice amministrativo si configura come esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. b) c.p.a., trattandosi di una controversia incidente su rapporti pubblicistici relativi all'utilizzazione di beni pubblici. Viceversa, non rileva ai fini della giurisdizione, il riferimento al servizio pubblico cui può tendere l'attività dell'utilizzatore del bene, in quanto il regolamento non ha ad oggetto la disciplina di un particolare servizio pubblico, né quella del particolare rapporto pubblicistico sotteso alla sua erogazione, ma solo l'utilizzazione del bene pubblico, sicché la controversia non rientra tra le ipotesi comprese nell'art. 133 lett. c) del c.p.a. Una volta ricondotta la materia del contendere tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di beni pubblici, è consequenziale escludere da essa la contestazione dell'avviso di pagamento, che integra un atto paritetico di mera quantificazione del debito vantato dall'amministrazione sulla base di criteri predeterminati in modo vincolante.

Per quest'ultimo profilo, la controversia coinvolge solo questioni meramente patrimoniali concernenti la quantificazione del debito, mentre non attiene all'an della pretesa debitoria, che è contestata attraverso l'impugnazione del regolamento, fonte del debito affermato dall'amministrazione.

L'avviso di pagamento non sottende l'esercizio di un potere autoritativo, speso dall'amministrazione in sede di adozione del regolamento, ma di un potere paritetico, sottratto alla cognizione del giudice

amministrativo, in coerenza con il citato art. 133 lett. b) c.p.a., che esclude dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di beni pubblici le controversie relative ad indennità, canoni ed altri corrispettivi.

L'avviso di pagamento è dunque rilevante nel caso di specie solo ai fini della dimostrazione in fatto dell'interesse attuale all'impugnazione, stante il carattere non immediatamente lesivo delle norme regolamentari impuginate, la cui attitudine pregiudizievole si manifesta in modo concreto solo quando l'amministrazione, ritenendo una particolare fattispecie compresa nella previsione regolamentare, faccia applicazione della nuova disciplina, quantificando la propria pretesa patrimoniale.

In conclusione, deve pertanto ritenersi che le contestazioni relative all'avviso di pagamento e alla quantificazione della somma appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, con conseguente inammissibilità in parte qua dell'impugnazione proposta (in questo senso tra le altre Tar Lombardia Milano 2337/2013).

5. Le spese di lite seguono la soccombenza per legge e sono liquidate d'ufficio come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto lo rigetta in parte.

Lo dichiara in parte inammissibile per difetto di giurisdizione, per rientrare la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario, nelle parti di cui in motivazione.

Condanna parte ricorrente al rimborso delle spese di lite in favore di parte resistente che liquida in complessivi euro 4.500,00 per compensi professionali oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Guido Salemi, Presidente

Emiliano Raganella, Referendario

Raffaele Tuccillo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 21/01/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)