

Civile Ord. Sez. 2 Num. 29455 Anno 2018

Presidente: PETITTI STEFANO

Relatore: ORILIA LORENZO

Data pubblicazione: 15/11/2018

ORDINANZA

sul ricorso 5690-2016 proposto da:

SIPEA SRL in persona dell'Amministratore Delegato,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA SAN SABA N.7,
presso lo studio dell'avvocato SERGIO MAGLIO che la
rappresenta e difende unitamente all'avvocato EMANUELA
ACERBI;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI MILANO in persona del Sindaco pro tempore,
elettivamente domiciliato in ROMA, LUNGOTEVERE MARZIO 3,
presso lo studio dell'avvocato RAFFAELE IZZO, che lo
rappresenta e difende unitamente agli avvocati ENRICO
BARBAGIOVANNI, IRMA MARINELLI, ANTONELLO MANDARANO,
RUGGERO MERONI;

2018

3070

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 3190/2015 della CORTE D'APPELLO
di MILANO, depositata il 22/07/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di
consiglio del 19/09/2018 dal Consigliere LORENZO ORILIA.


Corte di Cassazione - copia non ufficiale

RITENUTO IN FATTO

1 Con sentenza 22.7.2015, la Corte d'Appello di Milano ha respinto il gravame proposto da SIPEA srl contro la sentenza del locale Tribunale (n. 14451/2011) che, a sua volta, aveva rigettato l'opposizione contro un avviso di pagamento emesso dal Comune di Milano per €. 236,332,18 (così ridotta l'originaria pretesa), a titolo di riscossione canone occupazione spazi di aree pubbliche (COSAP) dovuto per l'installazione di mezzi pubblicitari provvisori (gonfaloni) nell'anno 2002.

Per giungere a tale conclusione, il giudice di appello ha osservato:

- che la tesi sostenuta dalla società col primo motivo di appello (impedimento, da parte del Comune, al perfezionamento del diritto di credito per effetto dell'violazione delle disposizioni regolamentari in materia di COSAP) era priva di fondamento perché l'occupazione di suolo a seguito del rilascio del provvedimento concessorio è condizione necessaria e sufficiente per far sorgere il relativo diritto al canone; di conseguenza, il fatto che la determinazione del COSAP sia avvenuta in un momento successivo al rilascio della concessione non può far venir meno l'obbligo di pagamento, che trova la sua unica fonte nel provvedimento concessorio;

- che era infondata anche la tesi della rinuncia al diritto di credito, trattandosi di diritto non disponibile perché relativo ad un pagamento dovuto per legge per cui l'unico modo di estinzione è rappresentato dal decorso del termine di prescrizione;

- che neppure era sostenibile la tesi di una rinuncia implicita, richiedendosi a tal fine un comportamento concludente del titolare del diritto, rivelatore di una volontà univoca di non avvalersi del diritto, mentre l'inerzia o il ritardo nella pretesa non sono sufficienti a tal fine;

- che, infine, era infondata la domanda risarcitoria avanzata in via riconvenzionale dalla società per violazione, da parte dell'ente, dei doveri di correttezza e buona fede, non potendosi ipotizzare un affidamento del privato in ordine ad una rinuncia da parte dell'ente

9

creditore, stante l'intervenuta pubblicazione, medio tempore, del regolamento COSAP e mancando la prova di uno specifico danno.

2 Contro tale decisione, la società ha proposto ricorso per cassazione sulla base di quattro censure, contrastate con controricorso dal Comune di Milano.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1 Col primo motivo, relativo al tema di perfezionamento del diritto di credito, si deduce, ai sensi dell'art. 360 n. 3 e 5 cpc, la violazione e falsa applicazione di plurime norme del Regolamento Comunale COSAP approvato con delibera CC n. 11/2000 e con successiva delibera n. 21/2002, nonché violazione e falsa applicazione dell'art. 63 D. Lgs 446/1997 in relazione al presupposto per il sorgere del diritto di credito.

Si deduce inoltre l'errata valutazione circa un fatto decisivo: mancata adozione di provvedimenti di concessione e violazione di legge sotto il profilo dell'errata e contraddittoria motivazione.

Ad avviso della ricorrente la Corte d'Appello, reiterando l'errore del Tribunale, ha confuso il provvedimento di autorizzazione rilasciato dal Comune in ottemperanza al regolamento per l'imposta di pubblicità con quello di concessione previsto dal regolamento per l'occupazione di spazi pubblici, concessione ritenuta dalla stessa Corte di Appello unica fonte dell'obbligo di pagamento del canone per l'occupazione, e mai intervenuta, non potendosi la stessa neppure considerarsi compresa nella autorizzazione ai fini dell'imposta di pubblicità, stante la diversa natura e stante il contrasto non solo col regolamento comunale e con i principi di correttezza, lealtà e buona fede, ma anche con l'art. 63 D. Lvo 446/1997, a norma del quale la determinazione del canone COSAP deve essere contenuta nel medesimo atto di concessione. Secondo la società ricorrente, i giudici di merito hanno quindi ritenuto esistente un provvedimento concessorio inesistente, mentre invece avrebbero dovuto prendere atto della mancanza di tale provvedimento e negare l'esistenza

della pretesa creditoria del Comune, non essendo sufficiente il solo fatto dell'occupazione.

2 Con un secondo motivo, anch'esso relativo al tema del perfezionamento del diritto di credito, la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione del D. Lgs 446/1997 e Regolamento COSAP approvato con delibera CC n. 11/2000 e con successiva delibera n. 21/2002. Sotto altro profilo, violazione della gerarchia delle fonti e della portata precettiva delle norme; violazione e falsa applicazione dei principi di parità di trattamento e correttezza. Arbitrio. Contraddittorietà della motivazione. Errata valutazione del rapporto *iure privatorum* tra le parti (art. 360 n. 3 cpc).

Criticando nuovamente la Corte di merito per avere dapprima individuato nell'atto concessorio la fonte del diritto di credito e nel contempo dichiarato l'esistenza del diritto anche in assenza di provvedimenti concessori, la società ricorrente rimprovera alla Corte di Appello di avere legittimato un comportamento contrario alla legge (art. 63 D, Lvo n. 446/1997) e al Regolamento COSAP e poi di avere legittimato l'arbitrio del Comune circa la scelta o meno dell'osservanza delle disposizioni legislative o regolamentari (una sorta di facoltà) con conseguente violazione del principio di parità tra il privato e l'Amministrazione, a cui viene riconosciuta una indebita posizione di supremazia anche laddove essa agisca *iure privatorum* nell'esercizio di diritti patrimoniali.

3 Col terzo motivo, relativo alla rinuncia al diritto di credito, la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1175, 1337 e 1375 cc nonché dei principi che regolano i rapporti tra le parti *iure privatorum*. Violazione e falsa applicazione del D. Lgs 446/1997 e Regolamento COSAP approvato con delibera CC n. 11/2000 e con successiva delibera n. 21/2002. Sotto altro profilo, contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione. Omessa o errata valutazione del comportamento tenuto dal Comune di Milano e degli atti e documenti di causa ad esso relativi (art. 360 n. 3 e 5 cpc).

Ad avviso della società ricorrente, la natura patrimoniale del credito e il comportamento concludente del Comune (emanazione di soli provvedimenti autorizzatori in materia di pubblicità e mancata adozione del titolo concessorio) avrebbero dovuto indurre la Corte d'Appello a riconoscere l'esistenza di una volontà contraria a quella di richiedere il pagamento e, quindi, di una rinuncia al diritto. La società critica pertanto le argomentazioni della Corte sulla esclusione della rinuncia al diritto, definendole contraddittorie. Ribadisce che la fase pubblicitica (e dunque autoritativa) dell'attività del Comune si è esaurita nella fase formativa della volontà, cioè nell'adozione del Regolamento COSAP e nei provvedimenti abilitativi all'occupazione, mentre la fase successiva è regolata dalle norme di diritto privato con obbligo di rispettare i principi di correttezza, cooperazione, informazione e buona fede e richiama in proposito un precedente di merito.

Questi tre motivi, per il comune riferimento al tema dell'esistenza del diritto di credito dell'ente comunale, ben possono essere esaminati congiuntamente.

Innanzitutto, emerge una palese contraddizione concettuale nella deduzione di una *"violazione di legge sotto il profilo dell'errata e contraddittoria motivazione"* (v. parte finale dell'intitolazione del primo motivo), essendo evidente la diversità delle due ipotesi di vizio, che il codice di rito ha sempre tenuto ben separate prevedendo nel n. 3 dell'art. 360 comma 1 cpc la violazione e falsa applicazione di norme di diritto e nel n. 5 i vizi della motivazione, peraltro eliminati dalla nuova versione della disposizione (applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie), che prevede il ricorso per *"omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti"*.

Sempre in via preliminare, va rilevata l'inammissibilità delle critiche alla motivazione della sentenza (sotto il profilo della contraddittorietà, illogicità e difetto) ed è sufficiente al riguardo richiamare quanto poc'anzi esposto sulla riformulazione dell'art. 360 comma 1 n. 5 cpc.

Per il resto, i motivi sono tutti infondati.

Il dato di fatto da cui occorre prendere le mosse - e che mai è stato posto in discussione dalla società ricorrente - è l'avvenuta occupazione di spazi pubblici e il mancato pagamento del relativo canone al Comune.

Partendo da questo punto fermo, tutt'altro che secondario, ed assolutamente pacifico nel giudizio, rileva il Collegio che le questioni oggi dibattute non sono nuove, ma sono state già affrontate e decise da questa Corte con Ordinanza della terza sezione n. 18769 del 2017 tra le stesse parti e con Sentenza della Sez. 5, n. 11673 del 2017).

Ebbene, condividendo quanto in precedenza affermato con le citate pronunzie di legittimità allegate alla memoria del Comune e sulle quali la società ricorrente non ha ritenuto di prendere posizione (omettendo così di fornire argomenti che potessero indurre la Corte ad una nuova riflessione), va ribadito che:

a) la censura sulla mancata adozione di provvedimenti concessori da parte del Comune e sulla confusione concettuale che la Corte di merito avrebbe compiuto (primo motivo) mostra di non cogliere la *ratio decidendi*, fondata sul rilievo - del tutto assorbente - che la fonte del diritto di credito del Comune consiste nell'uso speciale del bene pubblico destinato alla generalità dei cittadini, cui consegue il pagamento di un canone predeterminato secondo le tariffe deliberate dal consiglio comunale (principio affermato nella citata ordinanza n. 18769 del 2017 e richiamato nella Sentenza n. 11673 del 11/05/2017 Rv. 644125 pure cit., nonché in Sez. 5, Sentenza n. 13476 del 27/07/2012 Rv. 623662).

b) L'avviso di liquidazione, ossia l'accertamento, costituisce solo il primo atto della procedura per la riscossione del canone che consente lo spontaneo pagamento e deve essere attivato negli ordinari termini di prescrizione del credito.

c) Il diritto al COSAP non può essere considerato oggetto di trattativa privata (v. ordinanza n. 18769 del 2017 cit.) e comunque non è ipotizzabile una rinuncia al credito *per facta concludentia*, essendo in

tal caso richiesta per la pubblica amministrazione la forma scritta (v. sentenza 11673/2017 cit.)

d) L'obbligazione nasce con l'occupazione del demanio pubblico, con o senza titolo.

4 Col quarto ed ultimo motivo, relativo al rigetto della domanda risarcitoria, la ricorrente denuncia infine violazione e falsa applicazione degli artt.1175, 1337 e 1375 cc nonché dei principi di correttezza, trasparenza e buona fede. Errata ed insufficiente motivazione. Omesso o errato esame dei fatti e dei comportamenti tenuti dal Comune di Milano (art. 360 n. 3 e 5 cpc).

Insiste sulla violazione dei doveri di correttezza e cooperazione nonché del regolamento comunale da parte del Comune, la cui condotta colposa avrebbe dovuto portare all'accoglimento della domanda di risarcimento dei danni corrispondenti all'importo del canone di occupazione laddove riconosciuto e rileva, quanto all'ammontare degli stessi, di avere formulato precisi capitoli di prova, non ammessi dal primo giudice e non esaminati dalla Corte d'Appello benché fosse stata reiterata la domanda di ammissione.

Anche tale motivo si rivela privo di fondamento perché, escluso in radice qualunque comportamento illecito del Comune, non si vede come possa predicarsi una tutela risarcitoria che - come è noto - presuppone proprio un fatto illecito (v. art. 2043 cc).

Ad analoghe conclusioni perviene anche la più volte citata ordinanza n. 18769 del 2017 laddove, per rigettare l'analogo motivo di ricorso sollevato dalla SIPEA, evidenzia l'assenza di comportamenti colposi o dolosi imputabili al Comune, che ha applicato la normativa di settore in materia di pubblicità effettuata con l'uso di beni pubblici ed ha chiesto l'adempimento dell'obbligazione patrimoniale negli ordinari termini di prescrizione del credito.

In conclusione, non resta che respingere il ricorso con aggravio di spese per la parte soccombente.

Trattandosi di ricorso proposto successivamente al 30 gennaio 2013, ricorrono le condizioni per dare atto — ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato-Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto il comma 1 -quater all'art. 13 del testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 — della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P.Q.M.

la Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in €. 8.000,00 per compensi oltre alle spese forfettarie nella misura del 15%, agli esborsi liquidati in €. 200,00 ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 - quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art.1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

Roma, 19.9.2018.

9