

**Sentenza n. 2791 del 27 giugno 2019 (ud 8 aprile 2019)
della Commissione Tributaria Regionale, Milano, Sez. XV**

ha emesso la seguente

SENTENZA

-sull'appello n. 2814/2018

depositato il 20/06/2018

-avverso la pronuncia sentenza n. 136/2017 Sez:2 emessa dalla Commissione Tributaria Provinciale di SONDRIO

contro:

XX S.R.L. proposto dall'appellante:

S.M. S.P.A. difeso da...

Atti impugnati: AVVISO DI ACCERTAMENTO n. (...) TOSAP 2016

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con sentenza 136/2017 pronunciata il 7.11.2017 e depositata il 7 dicembre 2017, la Commissione Tributaria Provinciale di Sondrio accoglieva il ricorso, compensando le spese di lite tra le parti, avanzato dalla società XX Srl avverso l'avviso di accertamento e contestuale irrogazione delle sanzioni in materia di tassa di occupazione di spazi ed aree pubbliche n. (...) del 12.12.2016.

Proponeva appello S.M. Spa, concessionario per il Comune di Sondrio del servizio di accertamento e riscossione della TOSAP, eccependo la carenza di motivazione ed il difetto di istruttoria della sentenza impugnata, in quanto l'area in questione era senz'altro gravata da servitù di pubblico passaggio e parcheggio, come tale assoggettabile al tributo in questione; che i Giudici di primo grado non avevano, infatti, considerato che il Condominio S., proprietario dell'area, si era adeguato al nulla osta rilasciato dal Comune nel 1969, in cui si prescriveva che i parcheggi esterni dovessero essere "aperti al pubblico transito", come si poteva evincere anche dalla nota del Comandante della Polizia locale del Comune del 10.10.2017 nonché dalla comunicazione dell'amministratore del predetto condominio (doc 13), in cui lo stesso riconosceva l'uso pubblico degli spazi adibiti a parcheggi, avendo partecipato in parte il Comune ai lavori di asfaltatura delle aree pertinenziali ad uso pubblico del condominio (doc. 14); rilevava, quindi, che sulle aree adibite a parcheggio oggetto delle occupazioni cui si riferiva l'accertamento impugnato si era validamente costituita una servitù di uso pubblico per effetto di "*dicatio ad patriam*", essendo pacifico che il Condominio avesse volontariamente messo a disposizione della collettività la cosa propria e non avesse mai in alcun modo manifestato la volontà di far cessare l'uso pubblico; eccepiva, inoltre, che la sentenza impugnata non aveva rilevato l'inammissibilità della domanda della S. M. di restituzione della cauzione, in quanto non trattandosi di tributo difettava la giurisdizione della CTP adita e non essendo mai stata in precedenza avanzata alcuna istanza di rimborso; affermava la legittimità della sentenza impugnata nella parte in cui statuiva che la M.G.S., allora concessionaria TOSAP del Comune, aveva conservato, in virtù dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, i poteri accertativi che legittimavano l'emissione dell'atto impositivo. L'appellante chiedeva, pertanto, di riformare la sentenza impugnata e di confermare la legittimità e fondatezza dell'atto impugnato, con vittoria delle spese di lite.

Si costituiva la XX Srl eccependo l'inammissibilità dell'appello per assenza di motivi specifici, essendosi limitato l'appellante ad una mera riproposizione dei motivi di ricorso di primo grado; per formazione di giudicato interno, in quanto l'affermazione contenuta nella sentenza di primo grado secondo cui il Condominio non aveva posto in essere un comportamento atto a dimostrare una volontà di dedicare l'area ad uso pubblico non era stata oggetto di impugnazione, mentre l'appellante si era limitato a censurare la pronuncia sulla inesistenza di una *dicatio ad patriam*; nel merito, ribadiva che il suolo da impegnare per l'intervento era privato e non pubblico, come comunicato alla controparte in data 20.05.2016 dalla XX ; che il nulla osta richiamato dalla appellante era chiarissimo nel riferirsi alle esigenze connesse ai lavori edilizi con lo stesso assentiti; che anche dopo l'ultimazione dei lavori sull'area in questione non era mai stata costituita alcuna servitù idonea a legittimare una richiesta del Comune di pagamento della Tosap; che nel caso di specie, difettava comunque un comportamento del Condominio volto a mettere il bene a disposizione della comunità; che dunque niente era dovuto e che la XX aveva diritto ad ottenere il rimborso e la restituzione della somma pagata di Euro 3867,00.

XX proponeva, altresì, appello incidentale avverso il capo della sentenza di primo grado che aveva accertato la sussistenza della capacità di accertamento e di riscossione del tributo in capo a M.G.S. Srl, a cui poi era subentrata S.M. Srl; eccepeva che la parte appellante non aveva dato prova che M.G.S. Srl, al momento della cancellazione dall'albo dei soggetti abilitati alla gestione dei servizi di riscossione dei tributi, esercitasse legittimamente l'attività di riscossione; chiedeva, pertanto, di respingere l'appello, confermando la nullità dell'avviso di accertamento impugnato; in caso di accoglimento dell'appello, accogliere l'appello incidentale e comunque confermare le conclusioni della sentenza impugnata; disporre il rimborso delle somme nel frattempo versate a titolo di Tosap, in quanto non dovute, con vittoria delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

La causa veniva discussa nella pubblica udienza dell'8 aprile 2019 e trattenuta in decisione.

2. La Commissione ritiene fondato il motivo di appello principale con cui S.M. Spa ha contestato come dalle circostanze di fatto emergenti dagli atti poteva desumersi l'esistenza di una servitù ad uso pubblico sulle aree "de quibus" che legittimava l'applicazione della TOSAP.

Ritiene il Collegio, che pur non essendo stata mai stipulata una convenzione tra il Condominio S., proprietario delle aree, ed il Comune di Sondrio, sulle stesse si sia validamente costituita una servitù ad uso pubblico mediante "*dicatio ad patriam*", consistente nel comportamento del proprietario che, seppure non intenzionalmente diretto a dare vita al diritto di uso pubblico, metta volontariamente, con carattere di continuità (non di precarietà e tolleranza) un proprio bene a disposizione della collettività, assoggettandolo al correlativo uso al fine di soddisfare un'esigenza comune ai membri di tale collettività "uti cives", indipendentemente dai motivi per i quali detto comportamento venga tenuto, dalla sua spontaneità e dallo spirito che lo anima (Cass. 28632/2017; Cass. 15618/2018).

La messa a disposizione del Condominio alla collettività delle aree in oggetto si desume, in primo luogo, dalla denuncia di inizio di attività prot. (...) del 16.03.2016 e dalla relazione tecnica asseverata con la documentazione fotografica allegata, in cui sono espressamente indicati gli spazi definiti "ad uso pubblico" adibiti a parcheggio lungo via M. D. e via Delle P. e dove si dà atto che "le facciate condominiali si attestano su spazi pubblici dedicati a parcheggio fruibili direttamente dalla sede stradale"; anche il disegno dell'intervento progettuale indica le aree in oggetto come "parcheggio in uso pubblico" (cfr. doc 3 fascicolo appellante).

Nella successiva denuncia di inizio di attività prot. (...) dell'8.05.2017 per lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione dell'area di parcheggio in questione, il Condominio precisa che: "l'uso pubblico dello spazio pertinenziale non risulta sancito da convenzioni registrate e/o accordi formalizzati con scritture private ma consegue dall'osservanza della condizione riportata al punto 2) del titolo abilitativo a costruire originario: nulla osta per esecuzione opere edilizie prot. (...) del 12 marzo 1969" (cfr. doc. 13 fascicolo primo grado S.M. Spa).

Il Comune di Sondrio, con missiva prot. (...) del 30 giugno 2017 (allegata dallo stesso appellato alla memoria di costituzione), nel dare atto che l'area di cui trattasi, di proprietà del condominio ed adibita a parcheggio pubblico per una superficie di circa 604 mq, il cui uso pubblico non era sancito da una convenzione specifica, si rendeva disponibile a partecipare alla spesa dei predetti lavori.

Con la determina n. 248 del 4.08.2017, il Comune stabiliva, infatti, la quota parte di competenza comunale per l'asfaltatura delle aree pertinenziali ad uso pubblico del Condominio S., individuando la ditta affidataria dei lavori.

Il Comandante della Polizia Locale, con nota del 10 ottobre 2017, attestava che le due aree prospicienti sui lati sud ed ovest dell'edificio in argomento, situato nell'intersezione tra le vie Delle Prese e lungo Mallerio Diaz, erano destinate da decenni a spazio di sosta per i veicoli della generalità indifferenziata degli utenti, fruibili da tutti gli automobilisti in modo libero ed indiscriminato.

Accertata, pertanto, la sussistenza di una servitù di uso pubblico costituita per "dicatio ad patriam", dovendosi ritenere provato un comportamento volontario e continuativo del Condominio di messa a disposizione della collettività delle predette aree (cioè indipendentemente dai motivi, dalla spontaneità o meno del comportamento e dal decorso di un congruo periodo di tempo), discende "ex lege" ai sensi dell'art. 38 D.Lgs. n. 507 del 1993 la sottoposizione alla TOSAP. La norma in questione colpisce le occupazioni di qualsiasi natura, anche sine titulo e su aree private sulle quali risulta costituita una servitù di pubblico passaggio, come nel caso di specie; la ratio è, infatti, quella di compensare la limitazione all'uso collettivo dei parcheggi in questione.

L'atto impositivo impugnato deve, quindi, ritenersi legittimamente emesso.

3. Passando all'esame del motivo di appello incidentale avanzato da XX SRL circa la carenza di potestà impositiva in capo alla allora concessionaria del servizio di riscossione, l'appellato lamenta che M.G.S. Srl non aveva mai stipulato alcuna convenzione per la riscossione con il Comune di Sondrio, essendo soltanto conduttrice di un ramo d'azienda in forza di un contratto di affitto giudicato illegittimo con sentenza del Tribunale di Milano del 28.04.2016, dichiarativa dello stato di insolvenza; lamentava, dunque, che nel caso di specie non sussistevano i presupposti fondanti l'invocata conservazione della potestà accertativa e di riscossione ex art. 3 c. 3 del D.L. n. 40 del 2010, convertito dalla L. n. 73 del 2010, richiamata dalla sentenza impugnata.

La doglianza deve ritenersi infondata.

La M.G.S. Srl, allora concessionaria alla riscossione per il Comune di Sondrio, a cui è subentrata l'odierna appellante, ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi è stata cancellata dall'albo dei soggetti abilitati alla gestione delle attività di riscossione dei tributi in data 13.05.2016 (dato non controverso tra le parti), conservando tuttavia i poteri di riscossione in virtù del citato art. 3 c. 3 del Decreto Marzano, come convertito in legge, in presenza dei requisiti richiesti dalla norma, la cui applicabilità in astratto alla fattispecie in esame non è contestata. La parte appellante ha, infatti, dimostrato che M.G.S. Srl legittimamente esercitava il servizio di riscossione in virtù di atto di concessione del Comune di Sondrio rilasciato con determina n. 183 del 28.09.2015, con la quale l'Amministrazione riteneva efficace e perfezionato nei propri confronti ex art. 116

D.Lgs. n. 163 del 2006 il subentro di M.G.S. Srl, affittuaria del ramo di azienda, in luogo della concessionaria A. Spa.

Il decreto del Tribunale di Milano del 28.04.2016, con cui è stata revocata l'ammissione di A. SPA alla procedura di concordato preventivo n. 115/2015, prodotto in atti C.V. SRL, non contiene alcuna pronuncia dichiarativa dell'invalidità di tale contratto di affitto di azienda, avendo il Collegio dato atto solamente di quanto emerso nell'ambito di un relazione dei Commissari Giudiziali circa la mancanza in capo a M.G.S. Srl dei requisiti di legge per la riscossione dei tributi, senza nulla statuire o specificare sul punto.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Commissione Tributaria Regionale, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello e conferma la legittimità dell'atto impugnato; respinge l'appello incidentale;

condanna XX Srl al pagamento delle spese di lite nei confronti di S.M. Spa che liquida in complessive Euro 1.200,00 oltre spese generali Iva e Cpa come per legge.

Milano, il 8 aprile 2019.