

TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO PRIMA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dotXX Valentina Boroni ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 33631/2018 promossa da:
X S.R.L. (C.F. (...)), con il patrocinio dell'avv. XXXXX e dell'avv. XXXX ((...)) VIA XXXX
MILANO; , elettivamente domiciliato in XXXX XX MILANO presso il difensore avv. XXXX
ATTORE

Contro

COMUNE DI MILANO (C.F. (...)), con il patrocinio dell'avv. XXX e XXX, elettivamente
domiciliato in VIA XXX 20122 MILANO presso il difensore avv. XXX
CONVENUTO

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con atto di citazione notificato in data 4.7.2018 XX s.r.l. ha convenuto in giudizio il Comune di Milano per ottenere la dichiarazione di "inesistenza dell'infrazione contestata" nonché degli atti successivi e di inesigibilità del diritto di credito della Amministrazione conseguente a tale infrazione con accertamento di nullità/annullabilità/invalidità/inesistenza o mancanza di efficacia sia del verbale di infrazione n. (...) per violazione del regolamento COSAP elevato in data 15.3.2018 sia dell'atto di liquidazione del COSAP n. 97/2018 emesso dal Comune di Milano in data 19.4.2018, di Euro 39.503,70 per l'occupazione abusiva di suolo pubblico e spazio pubblico in Via M. XX in M. emesso a seguito dell'accertamento di infrazione.

L'attrice ha esposto di essere titolare di una concessione all'occupazione del suolo pubblico il cui canone era stato regolarmente pagato per le annualità 2015-2017 (quella del 2018 ancora non era stata pagata in assenza di invio di bollettini da parte del Comune). In data 12.6.2018 le veniva tuttavia notificato l'atto di riscossione 97/2020 che si riferiva ad un verbale di accertamento redatto il 15.3.2018 in occasione del quale la Polizia Locale aveva contestato la violazione dell'art. 20 COSAP in ragione del posizionamento di controventature permanenti poste sullo spazio occupato in Via M..

L'attrice, dopo avere sottolineato che l'accertamento era avvenuto alle ore 7.45 della mattina quando il locale era chiuso ed in assenza del legale rappresentante o di un suo incaricato, ha lamentato la sua nullità per violazione del necessario contraddittorio con l'interessato e per indeterminatezza della descrizione, atteso che dal tenore di esso non emerge alcuna menzione della motivazione della sanzione comminata; ha inoltre sottolineato come il verbale sarebbe impreciso con riguardo agli elementi di riscontro della violazione con ulteriore vulnus della difesa.

Ha quindi lamentato la nullità dell'atto di riscossione perché privo di qualsiasi dettaglio con riguardo alla motivazione di richiesta di pagamento, richiamando in via del tutto generica l'art. 20 COSAP.

Con riguardo poi alla tipologia di occupazione riscontrata dalla Polizia locale l'attrice ha rilevato che nel verbale di accertamento si legge "occupazione suolo pubblico difforme dall'autorizzazione n. 170322/13 tavoli, sedie, pedana e paraventi per mt 3,30x2,10 mt, 17,30x2,10 con delimitazione di controventature non autorizzate oltre mt 2,00 + un'altra area difforme" descrizione che avuto riguardo allo spazio occupato non evidenziava alcuna difformità rispetto a quanto autorizzato; quanto poi alle controventature ha osservato che nella autorizzazione non vi era alcun limite in altezza

ai paraventi pure oggetto di autorizzazione. Infine quanto alla "altra area difforme" l'attrice ha contestato l'indeterminatezza della affermazione.

Ha quindi contestato il calcolo seguito dalla amministrazione comunale che reca valori sensibilmente diversi nel verbale di accertamento e nell'atto di riscossione e comunque ne ha lamentato la eccessività; ha infine contestato la irregolarità della notifica dell'atto di riscossione e ha chiesto la sospensione dell'efficacia esecutiva dell'atto impugnato. Si è costituito il Comune di Milano, eccependo in via preliminare l'inammissibilità della domanda di annullamento del verbale di contestazione n. 7649187 in quanto non immediatamente esecutivo non contenendo sanzione derivante dal codice della strada nonché l'inammissibilità della istanza di sospensione con riguardo al Provv. n. 97 del 2018 trattandosi di atto privo di efficacia esecutiva in quanto mero avviso di pagamento. Nel merito ha contestato gli assunti attorei, ribadendo la diversità dell'occupazione rilevata dai vigili rispetto a quella originariamente autorizzata, in quanto occupazione dalle "caratteristiche decisamente migliorative in termini di maggiore resistenza e solidità, nonché aumentata abitabilità e confort per gli avventori del ristorante proprio perché diretta a garantire stabilmente una maggiore protezione dagli agenti atmosferici" (testualmente alla pag. 7 della comparsa), come si evince dalle fotografie allegate e dal verbale di accertamento la cui fede è vinta dalla sola querela di falso. Ha quindi osservato che non vi era alcuna lesione del contraddittorio perché avverso il verbale di contestazione la società aveva svolto ricorso al Sindaco e che la descrizione dei luoghi riportata in verbale e nelle fotografie allegate doveva considerarsi dettagliata ed esaustiva; inoltre ha osservato che non costituivano oggetto di concessione le controventature, in relazione alle quali, accertato il carattere di permanenza, il Comune aveva applicato le tariffe di cui all'allegato tariffario con la maggiorazione di legge. Ha quindi chiesto il rigetto delle domande.

Concessi i richiesti termini per le memorie ex art. 183 sesto comma c.p.c. (in assenza dei presupposti per la concessione della sospensione richiesta tenuto conto della natura di mero avviso di pagamento dell'atto impugnato e cioè dell'avviso di pagamento n.(...) del 2018), e respinte le istanze di prova orale dedotte dalle parti in quanto inammissibili e relative a circostanze documentali, acquisita la documentazione depositata dalle parti e, in particolare, la documentazione contabile depositata dalla attrice attestante l'avvenuto pagamento del canone di occupazione sulla base della originaria concessione per l'annualità 2018 - docc. 11,12,13,14 e 15 allegati alla memoria 186 n. 3 c.p.c., la causa veniva rinviata all'udienza del 3.3.2020 per la precisazione delle conclusioni e in tale sede trattenuta in decisione sulle conclusioni come rassegnate dalle parti con assegnazione di termini ex art. 190 c.p.c. per il deposito di comparse conclusionali e repliche.

I termini per il deposito di comparse conclusionali e repliche sono caduti in regime di sospensione ex lege in virtù del D.Lgs. n. 18 del 2020; tuttavia entrambe le parti hanno depositato detti atti (repliche rispettivamente depositate in data 2 e 5 giugno 2020), implicitamente rinunciando alla detta sospensione, di modo che la causa può essere decisa in data odierna.

Le domande proposte da XX S.r.l. possono essere parzialmente accolte nei termini che seguono.

Va preliminarmente osservato che l'azione svolta da XX deve essere qualificata come azione di accertamento negativo in ordine alla sussistenza del credito richiesto dal Comune; infatti, indipendentemente dalle conclusioni finali volte alla mera dichiarazione di illegittimità/nullità degli atti impugnati, alla luce delle considerazioni espresse nel corpo della citazione, può considerarsi formulata la domanda volta all'accertamento della assenza di presupposti per la contestazione del canone per occupazione abusiva, accertamento che coinvolge anche il profilo iniziale della contestazione della violazione.

Pertanto ancorchè senza possibilità di svolgere formale impugnativa del verbale di contestazione (ciò che incorrerebbe nella eccepita inammissibilità) ben può il sindacato dell'Ago procedere alla verifica dei presupposti dell'accertamento della occupazione abusiva, presupposti il cui onere probatorio grava sul Comune convenuto.

Tanto premesso, tuttavia, si osserva che il Comune di Milano, nell'avviso impugnato, ha applicato l'art. 63 D.Lgs. n. 446 del 1997 e la deliberazione del Consiglio Comunale n. 11 del 21.2.2000 con la quale è stato adottato il regolamento per l'applicazione del canone di occupazione di spazi e aree pubbliche (COSAP); l'applicazione del canone per l'occupazione di spazi pubblici è disciplinato dunque da norme regolamentari che ne indicano precisamente anche le modalità di calcolo.

E' opportuno ricordare che il Tar Lombardia, con sentenza n. 4983/2007, ha già avuto modo di osservare che: "se è vero che, in linea generale, i regolamenti, essendo caratterizzati da previsioni normative astratte di carattere programmatico, non si traducono in una immediata incisione della sfera giuridica dei destinatari, tuttavia esistono situazioni...nelle quali essi contengono disposizioni destinate all'immediata applicazione, laddove non lasciano margini di discrezionalità all'amministrazione precedente e quindi non di richiedono un'ulteriore esplicazione di potestà autoritativa, ma solo attività di carattere meramente accertativi. Questo il caso di specie, posto che l'amministrazione comunale, con la determinazione dei criteri per la quantificazione del Cosap ha esaurito la propria libertà di azione in quanto gli atti di accertamento della decadenza del canone non possono avere contenuti diversi dalla pedissequa applicazione delle norme regolamentari in questione".

Il Comune di Milano ha quindi determinato il canone nell'ambito dell'autonomia impositiva riconosciuta dal D.Lgs. n. 447 del 1997 e questo costituisce espressione di discrezionalità amministrativa, incensurabile dal giudice ordinario. Peraltro il giudice amministrativo, nella sentenza sopra citata, ha esaminato i criteri adottati ed ha rilevato che "la richiesta, attraverso i criteri stabiliti dall'amministrazione, di un contributo particolarmente oneroso per l'attività di apposizione di determinati mezzi pubblicitari soprassuolo, attività che normalmente determina una remunerazione per l'esercente ed è suscettibile di cagionare effetti negativi sull'estetica cittadina, non appare irrazionale".

Il canone è dovuto al Comune "dal titolare dell'atto di concessione o autorizzazione o, in mancanza dal soggetto che effettua un'occupazione abusiva, di cui all'art. 20, risultante dal verbale di accertamento redatto da competente pubblico ufficiale" (art. 3 Regolamento Cosap).

Tanto premesso sui presupposti dell'avviso di liquidazione volto alla richiesta di pagamento del canone COSAP, con particolare riferimento al caso di specie, si osserva che, ai sensi dell'art. 20 comma 1 lettera a) e lettera b) del Regolamento comunale "le occupazioni effettuate senza concessione o autorizzazioni comunali sono considerate abusive. Sono altresì considerate abusive le occupazioni: a) difformi dalle disposizioni dell'atto di concessione o di autorizzazione; b) che si protraggono entro il termine di loro scadenza senza che sia intervenuto rinnovo o proroga della concessione o dell'autorizzazione, ovvero oltre la data di revoca, decadenza o sospensione della concessione o dell'autorizzazione medesima".

Ai sensi dell'art. 20 comma 3 del citato Regolamento, l'occupante abusivo è soggetto all'applicazione sia delle sanzioni amministrative pecuniarie, previste dalle lettere b) e c), sia all'applicazione dell'indennità di occupazione contemplata dalla lettera a). Tale indennità è determinata in misura pari al canone che sarebbe stato determinato se l'occupazione fosse stata autorizzata, aumentata del 30%. Dai documenti depositati dalle parti emerge che:

- XX srl svolge attività commerciale di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande; in relazione a tale attività risulta in possesso di concessione alla occupazione di suolo pubblico n.170322/13 con posizionamento di tavoli, sedie, pedana e paraventi per mt 3,30x2,10 mt, oltre che di 17,30x2,10, con delimitazione di paraventi laterali;

- durante un sopralluogo di controllo, in data 15.3.2018, la Polizia Locale ha accertato che l'opponente stava occupando abusivamente una superficie di 3,30x2,10 mt e 17,30x2,10 mt "con delimitazione di controventature non autorizzate alte mt 2,00" oltre altra area di 12,40x2,40 mt" (doc. 1 di parte attrice e 2 di parte convenuta);

- l'agente di Polizia Locale ha elevato contestualmente a carico di XX srl verbale di accertamento di infrazione n. (...) per violazione dell'art. 20 del Regolamento Cosap, ha indicato che per la violazione riscontrata è ammesso il pagamento in misura ridotta entro 60 giorni di Euro 226,67 ed ha dato atto del fatto che l'opponente è stato informato del fatto che gli verranno notificate le sanzioni e le indennità di cui all'art. 20 comma 3 lettere A) e B) Reg. Cosap;

- il verbale di accertamento non risulta sottoscritto per conto del trasgressore mentre risulta notificato al responsabile dell'esercizio in data 16.3.2018;

- il 12.6.2018 il Settore Servizi Riscossione del Comune di Milano ha comunicato a XX srl l'avviso di pagamento n. (...), invitandola al pagamento della somma pari ad Euro 39.503,70 (doc. 1 di parte attrice e 1 di parte convenuta), avviso che contiene il richiamo alla norma applicata, alle modalità di calcolo ed alla tariffa applicata.

Tanto premesso tutte le censure di parte opponente non meritano accoglimento quanto alla eccepita nullità del verbale, alla insussistenza della violazione e al calcolo della sanzione (assorbita la questione in ordine alla notifica perché sanata dalla proposizione della domanda odierna).

Il primo profilo preliminare in ordine alla verifica svolta in orario di chiusura dell'esercizio non coglie nel segno atteso che, trattandosi di accertamento che ben può essere svolto anche dall'esterno del locale, non richiede per un migliore approfondimento l'accesso all'interno di esso. Non vi è comunque stato pregiudizio sotto il profilo dell'esercizio del diritto di difesa avendo la parte sottoposto prima al Sindaco e poi all'autorità giudiziaria ogni sua doglianza.

L'avviso di pagamento è sufficientemente motivato: esso si concentra sulla metodologia di calcolo dell'indennità aggiuntiva in relazione allo spazio abusivamente occupato (in relazione espressamente alle controventature non autorizzate) ma quanto al presupposto in fatto fa espresso richiamo al processo verbale di accertamento, che si allega all'avviso, con ciò rendendo del tutto comprensibile il percorso seguito dalla pubblica amministrazione nell'accertamento della difformità riscontrata e della conseguente applicazione della somma richiesta.

In merito alle doglianze relative alla assenza di motivazione dell'accertamento si osserva che, diversamente da quanto allegato, il verbale risulta compiutamente motivato; in esso infatti si dà conto della circostanza relativa allo stato della occupazione, con indicazioni di misure precise, anche con riguardo alla altra area, la cui descrizione è riportata in calce al verbale per evidente mancanza di spazio nelle righe destinate alla descrizione e richiamata con un asterisco. La sovrapposizione delle misure accertate con quelle oggetto di concessione è ben spiegata dal richiamo alle controventature alte 2 metri, non autorizzata, circostanza che in fatto emerge anche dalle fotografie allegate dal Comune che evidenziano come l'intera zona adibita a posizionamento di tavoli e sedie sia integralmente chiusa da paraventi che arrivano fino alla tenda che copre la zona a guisa di soffitto, modalità all'evidenza ben diverse da quelle autorizzate, che dovevano essere alte al massimo mt 1,50.

La mancata prova dei metodi di misurazione dell'area effettivamente occupata non risulta quindi decisiva, tenuto del resto conto che, chiarito il profilo in ordine alla quantità di superficie occupata, non vi è contestazione sul fatto che le controventature fossero alte 2 mt quanto piuttosto che esse non fossero autorizzate.

Ora è ben vero che l'autorizzazione prevede, "nelle condizioni particolari", l'apposizione di paraventi senza specificarne l'altezza ma, come ben si legge nelle "norme di carattere generale" allegate alla concessione, applicabili a migliore specificazione delle modalità delle occupazioni consentite e non derogate dalle condizioni particolari, "i paraventi devono avere un'altezza massima di mt 1,50".

Ne consegue che, fermo restando il carattere di intangibilità di quanto avvenuto in presenza del pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni con la fede privilegiata resistente alla sola querela di falso, che l'attrice non ha proposto, la ben più alta misura (pari complessivamente a due metri) delle controventature risulta dal verbale ed è attestata da un pubblico ufficiale e costituisce modalità di occupazione difforme. La misurazione, pur non specificando con quale strumento sia stata effettuata, costituisce accertamento oggettivo e non espressione di una valutazione.

A tal proposito, occorre ricordare l'orientamento della Corte di Cassazione, secondo il quale "nel procedimento di opposizione ad ordinanza ingiunzione relativa al pagamento di una sanzione amministrativa, sono ammesse la contestazione e la prova unicamente delle circostanze di fatto, inerenti alla violazione, che non siano attestate nel verbale di accertamento come avvenute alla presenza del pubblico ufficiale o rispetto alle quali l'atto non è suscettibile di fede privilegiata per una sua irrisolvibile contraddittorietà oggettiva, mentre sono riservati al giudizio di querela di falso, nel quale non sussistono limiti di prova e che è diretto anche a verificare la correttezza dell'operato del pubblico ufficiale, la proposizione e l'esame di ogni questione concernente l'alterazione nel verbale della realtà degli accadimenti e dell'effettivo svolgersi dei fatti, pur quando si deducano errori od omissioni di natura percettiva da parte dello stesso pubblico ufficiale" (Cass. 17.2.2013 n. 3705).

Del resto le fotografie allegate mostrano con evidenza come le controventature aderiscano al telo posto come soffitto e consentano la stazione eretta dell'avventore.

Quanto all'ulteriore profilo in ordine al progetto sottoposto al Comune di Milano, deve darsi atto che esso è contestato dal Comune convenuto e non risulta avere data certa di sottoposizione al Comune né tantomeno di accettazione per come realizzato.

Tanto accertato risulta dunque che XX srl abbia posto in essere una occupazione difforme da quella autorizzata con piena legittimità del diritto del Comune alla applicazione dell'indennità maggiorata di cui alla lettera a dell'art. 20 COSAP.

Vale ora prendere in esame la difesa di parte attrice in relazione alla entità del canone. Il Comune, nelle memorie autorizzate, ha dato ampio conto dei criteri di calcolo utilizzati per la quantificazione della occupazione abusiva con procedimento aderente ai tariffari del Comune di Milano, allegati agli atti.

Tuttavia proprio la verifica in ordine a detti calcoli consente di ritenere non infondata la tesi, svolta dalla attrice solo nella memoria 183 sesto comma n. 3 c.p.c. ma accettata dalla controparte Comune di Milano, di modo che non costituisce domanda nuova alla luce della domanda generale di eccessività della indennità tempestivamente formulata, della quale può considerarsi specificazione, di detrazione dalla somma oggetto dell'avviso di accertamento dell'importo pagato dalla XX a titolo di occupazione, autorizzata, per l'anno 2018.

L'assunto di parte attrice, che ha documentato il pagamento in corso di causa attraverso la produzione del bollettino di pagamento inviato dal Comune del 24.9.2018 (doc. 11) nonché dei versamenti (docc. 12-15), è che, una volta effettuato il pagamento di quanto dovuto per l'occupazione assentita, di esso il Comune dovrebbe tenere conto nella determinazione della indennità ex art. 20 lettera a) COSAP; in mancanza di tale operazione il Comune si gioverebbe di un indebito arricchimento percependo, per la parte assentita, una sorta di doppio canone.

Il Comune, al fine di contrastare tale tesi ha sottolineato la diversità del titolo per cui le somme sono dovute, la prima in relazione alla occupazione come prevista nella originaria concessione, la seconda per l'occupazione abusiva come scaturente dall'accertamento della difformità.

La interpretazione del Comune non convince.

L'unico profilo rilevante ai fini della determinazione della indennità di occupazione, sia essa quella assentita originariamente sia quella abusiva, è costituita dalla occupazione; l'importo richiesto a mente dell'art. 20 lettera a) COSAP invero non partecipa della funzione sanzionatoria che invece contraddistingue le somme richieste dalle successive lettere dell'art. 20 COSAP.

Ne consegue che, potendosi considerare nell'accezione ampia di difformità prevista nel regolamento, l'occupazione abusiva quella occupazione che non rispetta le caratteristiche della occupazione originaria, il canone/indennità richiedibile in sede di avviso conseguente al rilievo di una difformità debba tenere conto anche di quanto originariamente versato in un'ottica unitaria della pretesa creditoria della Amministrazione.

Ritenere viceversa che il canone, una volta effettivamente versato per l'annualità in relazione alla quale venga rideterminata l'indennità per l'occupazione abusiva, sia corrispettivo del tutto differente dal canone poi applicato in sede di avviso di liquidazione per l'occupazione difforme porterebbe ad una indebita duplicazione delle somme incamerate dalla Amministrazione per lo stesso titolo occupativo.

Del resto il Comune convenuto non ha precisato la natura del credito oggetto dell'avviso impugnato in termini di occupazione totalmente differente, in quanto avente ad oggetto uno spazio diverso e non ricompreso in quello autorizzato, rispetto a quella autorizzata. Per tutti questi motivi il diritto di credito vantato dal Comune di Milano, correttamente indicato nell'importo di Euro 39.503,70 al momento della notificazione dell'avviso, deve essere ridotto della somma corrispondente al canone occupativo pagato dall'attrice e parti ad Euro 18.702,00 per un complessivo risultante pari ad Euro 20.801,70.

Le spese di lite possono essere compensate alla luce del parziale accoglimento della domanda attorea, per motivi solo sopravvenuti alla emissione dell'avviso.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, ogni diversa istanza eccezione e difesa disattesa, definitivamente pronunciando così provvede:

- 1) in parziale accoglimento della domanda proposta da XX s.r.l. accerta il credito del Comune per la occupazione abusiva di XX srl in relazione all'avviso di liquidazione del canone n. 97/2018 nella somma di Euro 20.801,70;
- 2) Spese compensate.

Così deciso in Milano, il 13 luglio 2020.

Depositata in Cancelleria il 14 luglio 2020.