



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 411 del 2015, proposto da:

Acque Potabili S.p.a. - Soc. Azionaria per la Condotta di Acque Potabili,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Alberto Salvadori e Francesca Dealessi,
con domicilio eletto in Brescia presso lo studio del primo, Via XX
Settembre, 8;

contro

Comune di Padenghe Sul Garda e Unione dei Comuni della Valtenesi, non
costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione del Consiglio comunale di Padenghe del Garda del 19 giugno 2013, n. 22, pubblicata all'albo pretorio dal 21 giugno 2013, di istituzione di un canone non ricognitorio, ai sensi dell'art. 27, commi 7 ed 8 del d. lgs. 30 aprile 1992 n. 285 e approvazione del regolamento applicativo, nella parte in cui si riferisce alla attività della ricorrente;
- dell'avviso di pagamento del 22 dicembre 2014, n.11;
- di tutti gli atti connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2016 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Acque Potabili S.p.a. - Soc. Azionaria per la Condotta di Acque Potabili (di seguito SAP) è subentrata a Italgas nella gestione del servizio pubblico di distribuzione dell'acqua potabile, con assegnazione, in concessione, dei relativi beni e impianti, tra cui, in particolare, la rete e gli impianti idrici già di proprietà del Comune di Padenghe del Garda.

Il secondo periodo dell'art. 1 della Convenzione stipulata a tal fine, ha previsto la concessione **gratuita** del suolo e sottosuolo pubblici necessari per la posa, il mantenimento e il potenziamento delle opere e delle canalizzazioni necessarie all'espletamento del servizio, salvo il pagamento della **TOSAP** sulla parte di rete posata a cura e spese della società e oggetto di futura **devoluzione**, alla scadenza della concessione.

Ciononostante, con deliberazione n. 22 del 19 giugno 2013, il Consiglio comunale di Padenghe ha deliberato di istituire il canone concessorio non ricognitorio, da applicare anche alle occupazioni effettuate per le erogazioni di servizi pubblici a rete e comprese quelle per il servizio idrico integrato, conferendo all'Unione dei Comuni della Valtenesi le attività di gestione, accertamento e riscossione.

Tale canone è stato definito come "la quantificazione monetaria dell'utilità economica ricevuta dal concessionario del bene comunale" e dal suo ammontare, secondo quanto sostenuto da parte ricorrente, avrebbe dovuto essere dedotto l'importo della COSAP.

Avverso la quantificazione del canone come operata dall'Unione dei

Comuni con i provvedimenti impugnati, la SAP ha dedotto:

1. violazione degli artt. 25, 26 e 27 del d. lgs. 285/1992 e 65 e 67 del DPR 495/1992, in quanto le condutture e i manufatti cui il canone è stato applicato sono destinati alla prestazione di pubblici servizi e, dunque, mancherebbe il presupposto impositivo, rappresentato dalla sottrazione dell'area all'uso pubblico;
2. violazione dell'art. 153 del d. lgs. 152/2006, che imporrebbe la gratuità delle concessioni di infrastrutture pubbliche destinate al servizio idrico integrato, con norma speciale, prevalente sul disposto generale di cui al d. lgs. 285/1992 (così l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e i servizi idrici, nella deliberazione del 24 luglio 2014, n. 375/2014/R/idr;
3. violazione del principio di irretroattività delle norme, laddove il Comune ha preteso di introdurre l'onerosità di concessioni già in essere, modificando in via unilaterale e autoritativa la convenzione sottoscritta, in assenza di una precisa disposizione normativa in tal senso;
4. in subordine, violazione degli artt. 25 e 27 del d. lgs. 285/1992 e 67, comma 5 del DPR 495/1992, in quanto, non essendo mai stato approvato il regolamento che avrebbe dovuto stabilire la somma dovuta per l'occupazione della strada, il Comune dovrebbe ritenersi privo del potere impositivo esercitato. In ogni caso il parametro utilizzato per la quantificazione non sarebbe corretto, in quanto il canone è commisurato alla lunghezza della rete e non anche alle utenze servite, il che risulta del tutto irrazionale, dal momento che la lunghezza della rete rappresenta un disvalore (a causa della dispersione). Dunque, esso non sarebbe stato quantificato secondo i criteri di legge e cioè tenendo conto delle soggezioni che derivano alla strada (inesistenti nella fattispecie), del valore economico derivante dalla concessione (non verificato) e del vantaggio che l'utente ne ricava;
5. ancora, in subordine, violazione dell'art. 63, comma 3 del d. lgs.

446/1997, in ragione del quale dalla misura complessiva del COSAP e della **TOSAP** dovrebbe essere detratto l'importo di altri canoni riscossi dal Comune per la medesima occupazione.

Con ordinanza n. 384 del 18 marzo 2015, è stata accolta l'istanza cautelare formulata da parte ricorrente.

In vista della pubblica udienza, parte ricorrente ha depositato una memoria nella quale ha ribadito quanto già rappresentato nel ricorso.

Alla pubblica udienza del 24 febbraio 2015, la causa, su conforme richiesta del procuratore di parte ricorrente, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in esame è stata dedotta l'illegittimità del regolamento con cui il Consiglio comunale di Padenghe del Garda ha deliberato di istituire il canone concessorio non ricognitorio, da applicare anche alle occupazioni effettuate per le erogazioni di servizi pubblici a rete e comprese quelle per il servizio idrico integrato (e, conseguentemente, dei successivi atti attuativi dello stesso) sotto quattro principali profili: la violazione dell'art. 27 del d.l.vo 1992 n. 285, la violazione dell'art. 153 del d. lgs. 152/2006 che ha escluso la possibilità per i Comuni di istituire *ex novo* canoni concessori nel comparto di tale servizio (così come sarebbe confermato dall'AEEGSI), la violazione del principio di non retroattività delle imposizioni di nuovi oneri, nonché l'irragionevolezza e la carenza di istruttoria nella quantificazione del canone.

Tutto ciò premesso, il Collegio non ravvisa ragione di discostarsi dal più recente orientamento della giurisprudenza sia di questo stesso Tribunale (sentenze n. 1096/2015 e 577/2015), che di altri giudici di primo grado (cfr. sul punto, le sentenze del TAR Milano n. 254 del 22 gennaio 2015 e n. 281 del 23 gennaio 2015), secondo il quale:

- il presupposto per la legittima imposizione di un canone concessorio è rappresentato dal fatto che lo stesso deve colpire un uso particolare di uno

specifico bene pubblico (diversamente si tratterebbe di un inammissibile tributo ambientale);

- l'imposizione del canone, in aggiunta al pagamento della **TOSAP**/COSAP, sarebbe possibile solo individuando un'autonoma base imponibile;

- la quantificazione del canone di cui all'art. 27 del codice della strada presuppone, in assenza della prevista disposizione di attuazione, un'apposita istruttoria comunale per l'individuazione della quota del costo di manutenzione delle strade riferibile all'esclusivo vantaggio dei gestori dei servizi a rete, nonché l'acquisizione del parere dell'AEEGSI circa la possibilità di qualificare il nuovo canone tra i costi remunerati.

Sviluppando i principi regolatori così individuati, il ricorso merita accoglimento, in primo luogo, in ragione del fatto che il rapporto intercorrente tra il Codice della strada (ed in specie, l'art. 27, come attuato dall'art. 67 del DPR 1992, n. 495) e il d. lgs. n. 446 del 1997 (e più precisamente il suo articolo 63) deve essere risolto in termini di specialità della seconda norma e di effetto abrogativo implicito che si collega alla sua entrata in vigore con riferimento ai concessionari esercenti pubblici servizi.

L'art. 27 del d. lgs. 1992, n. 285 prevede, al comma 5, che "I provvedimenti di concessione ed autorizzazione di cui al presente titolo, che sono rinnovabili alla loro scadenza, indicano le condizioni e le prescrizioni di carattere tecnico o amministrativo alle quali esse sono assoggettate, la somma dovuta per l'occupazione o per l'uso concesso, nonché la durata, che non potrà comunque eccedere gli anni ventinove" e ai successivi commi 7 e 8 che la somma, stabilita dall'ente proprietario in annualità o in unica soluzione, sia determinata avendo "riguardo alle soggezioni che derivano alla strada o autostrada, quando la concessione costituisce l'oggetto principale dell'impresa, al valore economico risultante dal provvedimento di autorizzazione o concessione e al vantaggio che l'utente

ne ricava”.

Secondo la lettera g) dell'art. 67 del regolamento di attuazione del codice della strada, peraltro, la “somma dovuta per l'uso e l'occupazione delle sedi stradali è determinata, per quanto di competenza, con decreto del Ministro dei lavori pubblici, ovvero stabilita dall'ente proprietario della strada entro il limite massimo della somma fissata con il suddetto decreto ministeriale”.

Ed è, quindi, proprio in attuazione di tale disposizione che il Comune ha ritenuto di poter esercitare la propria potestà regolamentare, pur in assenza del decreto ministeriale cui fare riferimento.

Il sopravvenuto art. 63 del d. lgs. 1997, n. 446, però, così recita: “I comuni e le province possono, con regolamento adottato a norma dell'articolo 52, escludere l'applicazione, nel proprio territorio, della tassa per occupazione di spazi ed aree pubbliche, di cui al capo II del decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507 . I comuni e le province 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, in sostituzione della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, al pagamento di un canone da parte del titolare della concessione, determinato nel medesimo atto di concessione in base a tariffa.”.

Con tale disposizione si è, dunque, voluto riconoscere al Comune la facoltà di scegliere tra l'applicazione, a fronte dell'occupazione permanente di propri beni patrimoniali indisponibili e demaniali, della **TOSAP** e del COSAP (tassa o canone), specificando, alla successiva lettera f) del secondo comma del medesimo articolo, che “per le occupazioni del territorio comunale il canone è commisurato al numero complessivo delle relative utenze per la misura unitaria di tariffa riferita alle sottoindicate classi di comuni: I) fino a 20.000 abitanti, lire 1.500 per utenza; II) oltre 20.000

abitanti, lire 1.250 per utenza”.

L'ultimo periodo del terzo comma dello stesso art. 63 cit., peraltro, prevede che: “Dalla misura complessiva del canone ovvero della tassa prevista al comma 1 va detratto l'importo di altri canoni previsti da disposizioni di legge, riscossi dal comune e dalla provincia per la medesima occupazione, fatti salvi quelli connessi a prestazioni di servizi.”.

La disposizione ora citata non ha, invero, un effetto immediato di abrogazione della norma contenuta nel Codice della strada (e che si riferisce alla specifica ipotesi dell'occupazione di una particolare categoria di beni demaniali, quali le strade): essa non prevede, infatti, la caducazione di nessuna precedente disposizione di legge. Nella sostanza, però, essa ha un'efficacia che può essere definita “assorbente”: se, dunque, il Comune riscuota già altri canoni previsti dalla legge (come, appunto, quello di cui all'art. 27 del d. lgs. 285/1992) gli stessi debbono essere portati in detrazione rispetto alla misura complessiva del canone come risultante dall'applicazione dell'art. 63 del d. lgs. 446/97. In caso contrario il Comune sarà integralmente compensato dell'occupazione mediante l'applicazione del canone stesso, con la sola esclusione del caso in cui l'erogazione di particolari e diversi servizi giustifichi la riscossione di ulteriori somme.

Una tale ricostruzione del rapporto tra le norme applicabili alla fattispecie risulta supportata non solo dal dato letterale della norma, ma anche dal fatto che il canone non ricognitorio e la tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, si basano sullo stesso presupposto di fatto, costituito dall'uso particolare di beni pubblici, nel caso di specie demaniali stradali (e cioè quella particolare *species* di beni pubblici, la disciplina relativa ai quali è contenuta nel Codice della strada, che si colloca all'interno della più generale categoria dei beni pubblici demaniali di cui si occupa, in generale, il d. lgs. 446/97).

Ciò induce a ritenere, dunque, che la sopravvenuta disciplina della COSAP,

la quale ha innovato i criteri di calcolo anche della **TOSAP**, abbia così individuato la misura massima possibile del prelievo collegato all'occupazione di beni pubblici in ragione di una concessione o autorizzazione. Ne deriva che deve ritenersi escluso il cumulo espressamente previsto, nel caso di specie, dal regolamento impugnato, in quanto, a fronte dell'occupazione delle strade comunali (e di quelle su cui il Comune esercita il potere autorizzatorio) non possono ritenersi dovuti due diversi canoni, ma una sola somma, calcolata secondo i criteri del canone COSAP, interamente come COSAP ovvero in parte come canone ricognitorio e in parte come COSAP.

Così ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, il regolamento impugnato risulta essere in contrasto con esso. Il primo comma dell'art. 3, infatti, prevede che le servitù di pubblico passaggio “sono soggette, oltre che al pagamento del canone per l'occupazione di spazi e aree pubbliche (cosap), anche al pagamento in favore del Comune di Padenghe del Garda di un canone di concessione non ricognitorio annuale, calcolato secondo la tariffa stabilita dalla Giunta comunale”.

Il successivo comma 4 del medesimo articolo, prevede, ancora, che “Dall'importo del canone ricognitorio va detratto l'importo del canone per l'occupazione di aree e spazi pubblici (cosap) di cui all'art. 63 del d. lgs. 15 dicembre 1997, n. 446.”.

Alla luce dei principi più sopra richiamati, il regolamento impugnato deve, dunque, ritenersi illegittimo, sia nella parte in cui prevede che il canone non ricognitorio sia dovuto “in aggiunta” al COSAP, sia nella parte in cui individua come tetto massimo del canone dovuto quello determinato con il regolamento stesso e non anche la COSAP.

Peraltro, il potere regolamentare risulta essere stato illegittimamente esercitato, dal momento che il Consiglio comunale ha apertamente dichiarato di intendere dare attuazione all'art. 27 del codice della strada, ma

ciò è avvenuto in assenza della prevista (dallo stesso articolo 27) disposizione di attuazione e pure di un'apposita istruttoria comunale per sopperire a ciò e consentire l'individuazione della quota del costo di manutenzione delle strade riferibile all'esclusivo vantaggio dei gestori dei servizi a rete, la quale, peraltro, avrebbe richiesto anche l'acquisizione del parere dell'AEEGSI circa la possibilità di qualificare il nuovo canone tra i costi remunerati.

In altre parole, anche in questo caso (come in quello che ha formato oggetto della sentenza del TAR Milano n. 281/2015), l'art. 27 del codice della strada non risulta rispettato dal regolamento censurato, in quanto è stata violata la prescrizione contenuta nella legge, la quale impone di "parametrare l'*an* e il *quantum* del canone alle caratteristiche specifiche del singolo rapporto pubblicistico di utilizzazione del bene pubblico, tanto che rende necessario prevedere nel titolo concessorio la debenza e la misura del canone" (così la citata sentenza TAR Milano, n. n. 281/2015).

Titolo concessorio che, dunque, avrebbe dovuto essere modificato ai fini dell'applicazione del canone (il quale avrebbe dovuto essere determinato sulla base degli oneri complessivi che esso comporta, tenendo conto delle soggezioni che derivano alla strada o all'autostrada, del valore economico risultante dal provvedimento di autorizzazione o concessione e del vantaggio che l'utente ne ricava, secondo l'espressa previsione dell'art. 27, comma 8, del codice della strada), ma non lo è stato.

Al contrario, anche nel caso di specie, il regolamento impugnato si limita ad individuare una tariffa per metro lineare, senza giustificare gli elementi presi a base per la quantificazione degli importi e incidendo in modo uniforme su una pluralità indeterminata di rapporti, senza tenere conto delle peculiarità giuridiche ed economiche di ciascun rapporto concessorio, nonché della natura convenzionale o unilaterale del titolo da cui promana e dell'effettivo onere gravante sui beni, che non dipende, al pari del

vantaggio, solo dalla tipologia di occupazione, ma si collega anche alle modalità della stessa.

Risulta, inoltre, violato anche il principio che vieta l'imposizione retroattiva e unilaterale di prestazioni patrimoniali collegate ad un rapporto concessorio. Come già affermato dalla giurisprudenza formatasi sul punto, da cui, anche in questo caso, non si ravvisa ragione di discostarsi: "qualora il titolo che consente l'occupazione del suolo abbia matrice convenzionale, come nel caso di specie, l'applicazione del canone allo specifico rapporto deve avvenire modificando il titolo sulla base di un nuovo accordo delle parti, che tenga conto, come accaduto in sede di stipulazione dell'accordo, del complesso sia dei doveri e dei diritti, sia dei vantaggi e dei costi che gravano sulle parti" (cfr., da ultimo, T.A.R. Milano, IV, sentenza n. 724 del 16 marzo 2015). Diversamente ne risulterebbe violato l'art. 27 del codice della strada, che espressamente prevede tale limite all'efficacia della nuova imposizione. Tutto quanto sin qui evidenziato determina l'illegittimità dell'intero regolamento adottato, in quanto frutto dell'esercizio di un potere non supportato da un adeguato presupposto normativo, attributivo dello stesso, e comunque in violazione dei limiti imposti dalla legge.

L'illegittimità del regolamento non può, conseguentemente, che determinare anche quella degli atti applicativi del medesimo, anch'essi oggetto di impugnazione.

Così respinto il ricorso, le spese del giudizio possono trovare compensazione tra le parti in causa, attesa la complessità della questione interpretativa posta alla base della risoluzione della controversia, caratterizzata, al momento della proposizione del ricorso, dalla novità delle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in

epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto impugnato, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che l'Amministrazione intenderà adottare.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/03/2016

IL SEGRETARIO

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