



REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Sezione Seconda

Adunanza di Sezione del 13 dicembre 2017

NUMERO AFFARE 00442/2014

OGGETTO:

Ministero dello Sviluppo Economico.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da Enel Distribuzione S.p.a., contro il Comune di Robecchetto con Induno (MI) e la San Marco S.p.a., per l'annullamento della delibera del Consiglio Comunale, n. 17 del 26 aprile 2012, di approvazione del "Regolamento comunale per l'applicazione del canone patrimoniale non ricognitorio", nonché avverso l'avviso della San Marco S.p.a. al pagamento di quanto dovuto dalla ricorrente per l'anno 2012.

LA SEZIONE

Vista la relazione n. 22900 del 22 novembre 2013 con la quale il Ministero dello Sviluppo Economico, Dipartimento per l'Energia, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Dante D'Alessio.

1. La società Enel Distribuzione ha impugnato, con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la delibera, n. 17 del 26 aprile 2012, con la quale

il Consiglio Comunale del Comune di Robecchetto con Induno (MI) ha approvato il *"Regolamento comunale per l'applicazione del canone patrimoniale non ricognitorio"* nonché l'avviso della società San Marco, gestore delle entrate tributarie e patrimoniali del citato Comune, riguardante la scadenza del termine ultimo per il pagamento del canone patrimoniale per l'anno 2012, con l'invito a voler provvedere all'invio della dichiarazione delle occupazioni presenti sugli spazi ed aree pubbliche del Comune.

2. La società Enel Distribuzione ha sostenuto l'illegittimità, sotto diversi profili, degli atti impugnati, e ne ha chiesto l'annullamento.

Al ricorso si oppone la società San Marco che ne ha chiesto il rigetto perché inammissibile e comunque infondato.

3. Questa Sezione deve osservare che la questione sottoposta al suo esame dalla società Enel Distribuzione è stata già oggetto di numerose pronunce del giudice amministrativo ed è stata anche già esaminata dalla Sezione che ha ritenuto in parte inammissibile ed in parte infondato, con il parere n. 120 del 19 gennaio 2017, il ricorso che era stato proposto da Enel per l'annullamento della delibera con la quale il Comune di Polistena (RC) aveva approvato il suo regolamento per l'applicazione del canone concessorio patrimoniale non ricognitorio, con i conseguenti atti applicativi.

Più di recente anche la Sezione V del Consiglio di Stato, con sentenza n. 5071 del 2 novembre 2017, ha respinto l'appello che era stato proposto dalla società Enel Distribuzione avverso la sentenza del T.A.R. per la Liguria, Sezione II, n. 1032 del 2015 che in parte aveva respinto ed in parte aveva dichiarato il suo difetto di giurisdizione sul ricorso proposto avverso la delibera del Comune di Chiavari (GE) di approvazione del regolamento recante *"Applicazione canoni concessori non ricognitori"* nonché avverso la richiesta di pagamento del canone non ricognitorio per gli anni 2014 e 2015.

4. Facendo applicazione dei principi espressi nelle indicate pronunce, il ricorso in esame risulta in parte inammissibile ed in parte infondato.

5. Con riferimento all'impugnazione del regolamento comunale, si deve preliminarmente respingere l'eccezione di tardività del ricorso sollevata dall'Amministrazione resistente.

Come questa Sezione ha già affermato nel citato parere n. 120 del 19 gennaio 2017, riguardante una analoga fattispecie, il regolamento comunale impugnato ha indubbiamente un contenuto normativo, in quanto individua, con previsioni generali e astratte, le tipologie di concessioni sottoposte al canone concessorio non ricognitorio, i relativi presupposti applicativi e i criteri di quantificazione del canone.

Con la conseguenza che, come la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ripetutamente affermato, è soltanto con il successivo atto applicativo che si viene a radicare tanto l'interesse al ricorso, quanto la legittimazione a ricorrere. Infatti è solo con l'adozione dell'atto applicativo che si concretizza ed attualizza la lesione e, soprattutto, si differenzia l'interesse del singolo concessionario rispetto a quello di tutti gli altri concessionari che, rispetto all'annullamento della previsione normativa generale e astratta, si trovano nella medesima posizione indifferenziata.

Né può rilevare la circostanza che alcune disposizioni del regolamento possano prefigurare una incisione futura sulla sfera giuridica di chi ne risulti in concreto destinatario, posto che la lesione che radica l'interesse deve essere attuale e non può discendere da un pregiudizio solo futuro ed eventuale.

6. Ciò premesso, prima di esaminare analiticamente nel merito i motivi di impugnazione del regolamento comunale, si ritiene opportuno - anche in relazione ai contenuti della memoria depositata in giudizio dalla ricorrente che, ritenendo non condivisibili le conclusioni raggiunte da questa Sezione, con il citato parere n. 120 del 2017, ha richiamato numerose decisioni della Sezione V del Consiglio di Stato a lei favorevoli - ricordare i condivisibili principi affermati in materia dalla già citata recente decisione della Sezione V, n. 5071 del 2 novembre 2017.

7. In tale decisione la Sezione V, sintetizzando i principi affermati nelle numerose pronunce riguardanti i regolamenti comunali che hanno disciplinato l'applicazione del canone concessorio non ricognitorio ha ricordato che:

a) ai sensi degli artt. 25 e 27 del d.lgs. n. 285 del 1992, la condizione a un tempo necessaria e sufficiente per giustificare l'imposizione del canone ricognitorio è rappresentata dal rilascio di un titolo che abilita a un uso singolare della risorsa pubblica, limitandone o, comunque, condizionandone in modo apprezzabile il pieno utilizzo;

b) non vi è un divieto di cumulo con la COSAP (o con la **TOSAP**), ma solo una diversità di titolo giuridico, avendo la prima un fondamento di carattere tributario connesso con l'occupazione permanente di uno spazio pubblico in analogia con l'indennizzo dovuto per le servitù prediali senza un nesso di collegamento con impedimenti all'uso generale, mentre il canone non ricognitorio rappresenta un corrispettivo correlato ad una limitazione o modulazione della possibilità dell'utilizzo pubblico tipico del bene che ne precluda l'ordinaria generale fruizione;

c) le disposizioni settoriali (che interessano soprattutto la materia delle infrastrutture a rete funzionali allo svolgimento di servizi pubblici: servizio idrico, comunicazione elettronica, distribuzione e trasporto di energia) nel sancire, con diverse sfumature, il principio di tendenziale gratuità degli interventi finalizzati alla posa e al mantenimento delle reti infrastrutturali, non presentano un carattere derogatorio rispetto alla generale e indistinta pretesa alla corresponsione del canone concessorio non ricognitorio, ma costituiscono soltanto un argomento ulteriore a sostegno del già richiamato principio volto a negare la generalizzata applicazione dell'articolo 27 del codice della strada e, in ogni caso, ad escluderne la cogenza nelle ipotesi in cui non sussistano puntuali ragioni giustificative connesse all'uso esclusivo della strada.

7.1. Nel condividere e ribadire tale indirizzo interpretativo la Sezione V ha poi evidenziato che nel caso in esame non veniva in rilievo (perché non era stata dedotta con specifica censura) la questione dell'esigibilità, sulla base del

regolamento impugnato, del canone concessorio non ricognitorio pure in situazioni in cui non ricorreva il richiamato presupposto applicativo rappresentato del c.d. "uso singolare" da parte del concessionario, consistente appunto nel sottrarre in tutto in parte, in conseguenza della concessione ottenuta, la strada all'uso pubblico e quindi in fattispecie caratterizzate dall'assenza di un utilizzo singolare da parte del concessionario tale da impedire o limitare l'uso generale da parte della collettività (questione che aveva determinato l'accoglimento di altri ricorsi proposti da Enel).

Peraltro la Sezione V ha anche ricordato che in sede applicativa, a fronte di una eventuale atto impositivo che dovesse esigere il canone in questione pure in situazioni illegittimamente caratterizzate dall'assenza di sottrazione della strada all'uso generale, la ricorrente avrebbe potuto, in sede di ricorso innanzi al giudice ordinario avverso l'ingiunzione di pagamento, invocare l'illegittimità (con conseguente disapplicazione) dell'eventuale previsione regolamentare che avesse consentito tale atto impositivo.

8. Tutto ciò premesso, con il primo articolato motivo di ricorso la società Enel Distribuzione ha sostenuto l'illegittimità delle disposizioni regolamentari per la violazione e falsa applicazione dell'art. 27 del d. lgs. 30 aprile 1992, n. 285, per la mancata applicazione dell'art. 63 del d.lgs. n. 446 del 1997, per la violazione dell'art. 23 della Costituzione, per la violazione del divieto di doppia imposizione, per la violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione, per la carenza di istruttoria e per il difetto assoluto di motivazione.

9. Il motivo, nei suoi diversi profili, non è fondato.

9.1. Risulta in primo luogo infondata la dedotta violazione dell'art. 27 del d. lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (recante il Nuovo codice della strada).

Come questa Sezione ha già affermato nel citato parere n. 120 del 19 gennaio 2017, erroneamente, infatti, l'Enel ritiene illegittima la scelta del Comune di disciplinare il canone tramite un regolamento, reputando invece necessario il preventivo rilascio di specifici provvedimenti amministrativi (atteso che solo

quest'ultimi istituirebbero il rapporto concessorio e legittimerebbero il concessionario ad occupare il suolo e l'ente proprietario a pretendere il corrispettivo economico).

L'argomentazione sostenuta dalla ricorrente poggia, infatti, su una non condivisibile lettura del dato normativo.

L'art. 27 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), nei commi 5, 6 e 7, stabilisce, invero, che:

“5. 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. L'autorità competente può revocarli o modificarli in qualsiasi momento per sopravvenuti motivi di pubblico interesse o di tutela della sicurezza stradale, senza essere tenuta a corrispondere alcun indennizzo.

6. La durata dell'occupazione di suolo stradale per l'impianto di pubblici servizi è fissata in relazione al previsto o comunque stabilito termine per l'ultimazione dei relativi lavori.

7. La somma dovuta per l'uso o l'occupazione delle strade e delle loro pertinenze può essere stabilita dall'ente proprietario della strada in annualità ovvero in unica soluzione”.

Tali disposizioni impongono quindi di indicare, nei provvedimenti di concessione o di autorizzazione, la somma dovuta all'ente proprietario delle strade (da versare annualmente o in unica soluzione), ma *“certamente non vietano al medesimo ente di stabilire con atto generale, anche a carattere normativo, i criteri per il computo di detta somma”*. Anzi, l'art. 52 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, al comma 1, conferisce espressamente alle province e ai comuni la potestà di disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie.

9.2. Il primo motivo di ricorso risulta infondato anche nella parte in cui l'Enel ha sostenuto che i comuni e le province non possono chiedere il canone ai soggetti autorizzati all'occupazione di suolo pubblico se non nei limiti economici indicati dal decreto ministeriale previsto e ancora non emanato.

In proposito l'art. 67 del D.P.R n. 495 del 1992 (di attuazione dell'art. 27 del Codice della strada), effettivamente prevede che per gli *"enti concessionari 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"*.

La mancata adozione del decreto ministeriale non impedisce tuttavia ai comuni di dettare criteri per la determinazione del canone, atteso che, nel comma 8 del succitato art. 27, è anche stabilito che: *"Nel determinare la misura della somma si ha 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"*. Il Legislatore ha quindi già dettato dei criteri guida la cui attuazione, in mancanza del suddetto decreto ministeriale, è rimessa all'iniziativa dei singoli enti proprietari delle strade.

9.3. Non sussiste poi la dedotta violazione dell'art. 23 della Costituzione e la duplicazione di una imposizione fiscale per effetto del previsto pagamento per le stesse aree della COSAP.

Anche su questo punto la Sezione si è già pronunciata con il ripetuto parere n. 120 del 2017 nel quale ha affermato che *"diversamente da quanto opinato dalla ricorrente, va rilevato che, con sentenza del 31 dicembre 2014, n. 6459, questo Consiglio (Sezione Quinta) ha, tra l'altro, affermato che l'amministrazione interessata può legittimamente esigere il canone in questione anche nel caso in cui per la medesima occupazione sia già corrisposta la **TOSAP** o la COSAP (v., al riguardo, anche Cass., sez. V, 27*

ottobre 2006, n. 23244 e 31 luglio 2007, n. 16914), giacché non esiste contraddizione nella eventuale coesistenza fra le due fattispecie, giacché una di ordine tributario e l'altra caratterizzata da una lata corrispettività. Infatti, mentre il canone concessorio non ricognitorio costituisce per l'ente pubblico proprietario del terreno una entrata patrimoniale (e non tributaria) che trova la sua giustificazione nella necessità di trarre un corrispettivo per l'uso esclusivo e per l'occupazione dello spazio, concessi contrattualmente o in base a provvedimento amministrativo a soggetti terzi; la **TOSAP** è un tributo e deve essere corrisposta al comune, quale ente impositore, al verificarsi di determinati presupposti ritenuti indici seppure indiretti di capacità contributiva."

Peraltro, come pure si è ricordato nel citato parere, l'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 63 del d.lgs. n. 446/1997 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 stabilisce quindi una soglia massima di prelievo con efficacia assorbente: se, dunque, il comune riscuota già altri canoni previsti dalla legge (come, appunto, quello di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 285 del 1992), gli stessi debbono essere portati in detrazione rispetto alla misura complessiva del COSAP (o della **TOSAP**) come risultante dall'applicazione dell'art. 63 del d.lgs. n. 446 del 1997; in caso contrario, il comune sarà integralmente compensato dell'occupazione mediante l'applicazione della COSAP, salve le ipotesi di erogazione di particolari e diversi servizi, che giustificano la riscossione di ulteriori somme. Tale norma risponde, dunque, all'esigenza di evitare una duplicazione di oneri connessi alla stessa occupazione.

10. Con il secondo motivo la società ricorrente ha sostenuto l'illegittimità dell'impugnato avviso per difetto di istruttoria ed erroneità dei presupposti, per violazione delle norme sul procedimento amministrativo, per violazione

degli articoli 3 e 97 della Costituzione, per la violazione del principio di irretroattività e sotto diversi altri profili.

10.1. Il ricorso, nella parte in cui contiene l'impugnazione dell'avviso di pagamento della società San Marco è tuttavia inammissibile per il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Infatti, questo Consiglio di Stato ha già più volte chiarito (anche con il citato parere di questa Sezione n. 120 del 2017) che sussiste la giurisdizione ordinaria sulle controversie aventi ad oggetto, non già la disciplina generale del canone concessorio patrimoniale non ricognitorio (ossia la disciplina regolamentare), bensì l'accertamento in concreto dei relativi presupposti e i conseguenti atti impositivi. Ciò in coerenza con quanto disposto dall'art. 133, lett. b), del c.p.a. che esclude dalla giurisdizione esclusiva amministrativa in tema di beni pubblici, le controversie relative ad indennità, canoni e altri corrispettivi.

10.2. L'avviso impugnato si limita a prevedere il pagamento verso il Comune di quanto dovuto sulla base dei criteri predeterminati e vincolanti fissati nel regolamento, con la conseguenza che sulla questione vi è il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

P.Q.M.

La Sezione ritiene che il ricorso sia in parte inammissibile ed in parte infondato.

L'ESTENSORE
Dante D'Alessio

IL PRESIDENTE
Gerardo Mastrandrea

IL SEGRETARIO
Roberto Mustafà