

**Civile Ord. Sez. 1 Num. 18607 Anno 2020**

**Presidente: CAMPANILE PIETRO**

**Relatore: IOFRIDA GIULIA**

**Data pubblicazione: 07/09/2020**

sul ricorso 20405/2015 proposto da:

Boscavo di Avegnano Fabio & C. S.a.s., in persona del socio accomandatario pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Balduina n.250, presso lo studio dell'avvocato Morani Giovanni Maria, rappresentata e difesa dall'avvocato Maggioni Giuliano, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

Comune di Milano, in persona del sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in Roma, Lungotevere Marzio n. 3, presso lo studio

Ord.  
1860  
2020

dell'avvocato Izzo Raffaele, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati Barbagioanni Enrico, Mandarano Antonello, Marinelli Irma, Meroni Ruggero, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 2134/2014 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 10/06/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 03/07/2020 dal cons. IOFRIDA GIULIA.

### **FATTI DI CAUSA**

La Corte d'appello di Milano con sentenza n.2134/2014, depositata in data 10/6/2004, - in controversia (riassunta dinanzi al Tribunale di Milano, a seguito di declinatoria di competenza del Giudice di Pace di Milano) concernente la debenza o meno da parte della ditta Boscavo di Avegnano Fabio & C. sas, commerciante ambulante e titolare di posteggi fissi in alcuni mercati settimanali scoperti di Milano, del conguaglio (il cui avviso gli era stato notificato nell'ottobre 2005) sul canone di occupazione di suolo pubblico (COSAP), per l'anno 2000, in favore del Comune di Milano, per € 504,00, oltre interessi, a seguito di rettifica dell'importo in precedenza liquidato, - ha confermato la decisione di primo grado, che aveva respinto le domande svolte dalla Boscavo, di accertamento negativo del maggior credito vantato dal Comune a titolo di canone COSAP e di annullamento dell'avviso di conguaglio o, in via subordinata, di disapplicazione della delibera comunale che aveva approvato il Regolamento Comunale Cosap.

In particolare, i giudici d'appello, nel respingere i motivi di gravame inerenti alla decadenza ed alla prescrizione della pretesa creditoria del Comune, hanno sostenuto che, da un lato, essendo il rapporto obbligatorio di natura *«privatistica, caratterizzato dalla paritetica posizione delle parti»* ed implicante un obbligo di indennizzo, non

operava l'istituto della decadenza ed il Comune poteva sempre chiedere l'adempimento integrale della prestazione, a fronte di un proprio errore, peraltro riconoscibile dal privato cittadino (stante la necessaria pubblicità del regolamento comunale e del relativo tariffario), e, dall'altro lato, nella specie, non era maturato il termine ordinario decennale (non quinquennale come ritenuto in primo grado) di prescrizione, essendo stato notificato l'avviso di conguaglio nel 2005. Nel merito, la Corte territoriale riteneva temporanea e non permanente la concessione (trattandosi di occupazione, della durata di un anno, ma limitata ad alcuni giorni della settimana ed ad alcune ore del giorno, in conformità del regolamento comunale), stante il chiaro disposto dell'art.2 lett.b) del regolamento, dovendosi avere riguardo alla limitazione dell'occupazione per alcuni giorni della settimana o alcune ore del giorno, con conseguente correttezza dei parametri di calcolo del canone utilizzati dal Comune, in conformità dell'art.4 del regolamento stesso.

Avverso la suddetta pronuncia, la Ditta Boscavo propone ricorso per cassazione, affidato a sei motivi, nei confronti del Comune di Milano (che resiste con controricorso). Il Comune controricorrente ha depositato memoria.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1.La ricorrente lamenta: 1) con il primo motivo, la violazione e falsa applicazione degli artt.132 c.p.c. e 118 disp.att.c.p.c., avendo la Corte d'appello contraddittoriamente qualificato il rapporto, prima, di natura privatistica e, poi, di natura pubblicistica; 2) con il secondo motivo, la violazione e falsa applicazione degli artt.2946 e 2948 c.c. in punto di affermazione della natura, quanto alla Cosap, di indennità di occupazione, distinta da un canone di locazione, che viene pagato in ragione di anno; 3) con il terzo motivo, la violazione dell'art.63 d.lgs. 446/1997 e, con il quarto motivo, la violazione e falsa applicazione del

regolamento comunale di Milano, trattandosi di occupazione dello stesso posteggio, sia pure per alcune ore ed alcuni giorni della settimana, a carattere permanente, per l'esercizio del commercio su area pubblica, avente durata di un anno, e non temporaneo; 4) con il quinto motivo, la violazione e falsa applicazione degli artt. 1366, 1375 e 1428 c.c., in ordine alla affermata riconoscibilità dell'errore di calcolo commesso dal Comune di Milano, avendo quest'ultimo, a distanza di quasi otto anni, preteso il pagamento di conguaglio sulla base di una diversa interpretazione del regolamento; 5) con un ulteriore motivo, la violazione e falsa applicazione della delibera comunale n. 11/2000, avendo la Corte d'appello rigettato la domanda di disapplicazione della delibera comunale per difetto di giurisdizione del giudice ordinario .

2. La prima censura è infondata.

Questa Corte, di recente, ha ribadito che *«il canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, istituito dall'art. 63 del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, come modificato dall'art. 31 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, risulta configurato come corrispettivo di una concessione, reale o presunta (nel caso di occupazione abusiva), dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici»*, cosicché esso, pertanto, è dovuto non in base alla limitazione o sottrazione all'uso normale o collettivo di parte del suolo, ma in relazione all'utilizzazione particolare o eccezionale che ne trae il singolo (nella specie questa Corte ha cassato la sentenza nella quale il giudice di seconde cure, pur non ritenendo esclusa l'occupazione di suolo pubblico da parte di un condominio, aveva fondato la ritenuta non debenza del canone in questione esclusivamente sulla mancanza di una specifica concessione, laddove, invece, il presupposto applicativo della Cosap è costituito dall'uso particolare del bene di proprietà pubblica, essendo irrilevante la mancanza di una formale concessione quando vi sia un'occupazione di fatto del suolo pubblico).



Il presupposto applicativo del Cosap è costituito quindi dall'uso particolare del bene di proprietà pubblica ed è irrilevante la mancanza di una formale concessione quando vi sia un'occupazione di fatto del suolo pubblico (Sez. 1, n. 1435 del 19/01/2018, Rv. 646855 - 01; Sez.2, 04/05/2018, n. 10733; Sez. 5, n. 18037 del 06/08/2009, Rv. 609326 - 01).

Tale principio è stato espresso anche dalla decisione del 7/1/2016 n.61 delle Sezioni Unite, in tema di riparto di giurisdizione, che ha ribadito che il Cosap è configurato come corrispettivo di una concessione, reale o presunta (nel caso di occupazione abusiva), dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici, e non già dovuto per la sottrazione al sistema della viabilità di un'area o spazio pubblico.

Giova rammentare il quadro normativo, ricostruito nella suddetta pronuncia delle Sezioni Unite: 1) l' art. 42 del DL.gs . n. 507 del 1993, concernente la *«Revisione ed armonizzazione dell'imposta comunale sulla pubblicità e del diritto sulle pubbliche affissioni, della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche dei Comuni e delle Province nonché della tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani a norma dell'art. 4 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, concernente il riordino della finanza territoriale Ecologia»*, stabiliva che, per le occupazioni di spazi ed aree pubbliche permanenti - e cioè e quelle *«di carattere stabile, effettuate a seguito del rilascio di un atto di concessione, aventi, comunque, durata non inferiore all'anno, comportino o meno l'esistenza di manufatti o impianti»* (comma 1, lett. a), era dovuta una tassa, a tariffa - variabile - *«graduata a seconda dell'importanza dell'area sulla quale insiste l'occupazione»*, *«commisurata alla superficie occupata»* (commi tre, quattro e sei del precitato art. 42); 2) emanato il DL.gs . n.446 del 1997, in attuazione della delega, conferita al Governo dalla legge del 23.12.1996 n. 662, all' art. 63. 1, prima parte, di detto DL.gs , è stato previsto il conferimento alle

Province ed ai Comuni del potere di adottare un regolamento per assoggettare il titolare della concessione di occupazione (Cass.13482 del 2012), permanente o temporanea, di strade, aree e relativi spazi soprastanti e sottostanti appartenenti al demanio o patrimonio indisponibile dell' ente, comprese le aree destinate a mercati anche attrezzati, all'obbligo del pagamento di un canone «con riferimento alla durata dell'occupazione» e maggiorabile «di eventuali oneri di manutenzione derivanti» dall'occupazione stessa, commisurato alle esigenze del bilancio dell' ente, al valore economico delle aree, all'entità del sacrificio imposto alla collettività con la rinuncia all'uso pubblico generalizzato degli spazi occupati; 3) inizialmente, l'art. 51.2, lett. a) dello stesso D.lgs., in attuazione della medesima legge delega, aveva previsto l'abolizione, per effetto, con decorrenza dal primo gennaio 1999, delle tasse per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui al capo II del decreto legislativo 15 novembre 1993 n. 50 (TOSAP), ma l'art. 31, comma 14, della legge 23 dicembre 1998, n. 448 - entrata in vigore il gennaio 1999, (art. 83) - abrogò tale art. 51, con conseguente ripristino del precedente assetto normativo, anche ai fini della giurisdizione, per effetto del quale l' obbligo del pagamento del canone (COSAP) poteva coesistere con l' obbligo del pagamento della tassa per l' occupazione di aree pubbliche (TOSAP), stante la diversità della natura delle prestazioni dovute dal concessionario, essendo il canone COSAP, per l'appunto, non un tributo ma un corrispettivo di una concessione, reale o presunta (nel caso di occupazione abusiva), dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici; 4) l'art.31, comma 20, della legge n. 448 del 1998, nel modificare il comma 1 dell'art. 63 del D.Lgs. n. 446 del 1997, stabilì che «i comuni possono», adottando appositi regolamenti, «escludere l'applicazione nel proprio territorio della TOSAP», e, in alternativa all'applicazione di tale tributo, «prevedere che l'occupazione, sia permanente che



*temporanea, degli spazi e delle aree»*, elencati nella norma sostituita, sia assoggettata ad un canone di concessione (COSAP) determinato in base a tariffa, con relativa giurisdizione in capo al giudice ordinario e non tributario (ed il successivo art. 3 bis, 2., lett. b), della legge n. 248 del 2005, dato atto della diversa natura giuridica del COSAP rispetto alla TOSAP è stato, dalla Corte Costituzionale, con sentenza n. 64 del 2008, dichiarato incostituzionale, sì che è stato ristabilito che spettano alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative al canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche).

L'amministrazione comunale di Milano si è avvalsa della facoltà prevista dall'art.63 d.lgs. 446/1997 (di escludere l'applicazione nel proprio territorio della TOSAP di cui al d.lgs. 507/1993 e di assoggettare, con apposito regolamento, l'occupazione di aree pubbliche al pagamento di un canone da parte del titolare della concessione, reale o presunta, COSAP) e, con delibera n. 11/20000 ha adottato il regolamento per l'applicazione del canone OSAP.

La sentenza non risulta affetta dal denunciato vizio di motivazione apparente perché intrinsecamente illogica e contraddittoria, avendo la Corte d'appello qualificato come rapporto paritetico, a contenuto patrimoniale, quello tra Comune ed il concessionario, ai fini della debenza della Cosap, ed avendo qualificato la posizione del Comune come diritto soggettivo al corrispettivo per l'uso del suolo pubblico. Può essere condivisa, poi, l'affermazione della Corte di appello secondo la quale l'obbligazione di pagamento del canone Cosap grava solo sul soggetto che occupa il suolo pubblico per concessione della Pubblica Amministrazione o comunque di fatto, per avvalersene ai fini dell'attività svolta.

3. Anche la seconda censura è infondata.



La giurisprudenza di questo giudice di legittimità è ferma nel ritenere che l'indennizzo in esame non sia assimilabile ne' al canone di locazione nè alle altre prestazioni periodiche di cui all'art. 2948 n. 1, 1 bis e 2 cod. civ., in quanto assolve alla funzione di compensare «*medio tempore*», per tutta la durata dello stato di indisponibilità del bene, il detrimento dato dal suo mancato godimento; per cui, ingenerando un'obbligazione di tipo indennitario, collegato ad un'ipotesi tipica di responsabilità della P.A. per atti legittimi, è sottoposto all'ordinaria prescrizione decennale, che rimane collegata al compimento di ciascun anno di occupazione; e che perciò decorre dal giorno in cui ha termine la relativa annualità ovvero l'occupazione stessa ove antecedente alla scadenza dell'anno (Cass. sez. un. 27/1999; 715/1999, nonché sex. 1<sup>a</sup> 1225/2002; 4179/2001; 1114/1985; 1440/1984). Nè è possibile includerla nell'ultima previsione dell'art. 2948, per cui si prescrive in 5 anni «*tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi*» (n. 4), in quanto la norma si riferisce alla sola fattispecie in cui da un unico rapporto giuridico derivino obbligazioni con scadenza periodica non superiore ad un anno e non anche a quella ricorrente nel caso concreto, in cui da un unico provvedimento, derivino tanti rapporti autonomi, aventi durata annuale (o inferiore) e ciascuno con apposito indennizzo da pagarsi in un'unica soluzione e da commisurarsi all'indennità di espropriazione - effettiva o virtuale - dovuta se l'immobile fosse stato espropriato in quell'anno (Cass. 17111/2004; Cass. 6102/2001; 320/2001; 13942/1999). Sempre questa Corte (Cass.3710/2019) ha successivamente ribadito che «*in tema di occupazione di spazi ed aree pubbliche ex art. 63 del d.lgs. n. 446 del 1997 (come modificato dall'art. 31 della l. n. 448 del 1998), il canone (c.d. "COSAP") rappresenta il corrispettivo della concessione, reale o presunta (nel caso di occupazione abusiva), dell'uso esclusivo o*



*speciale di beni pubblici e, quindi, trovando titolo in diversi e specifici provvedimenti e non in un unico provvedimento fonte dell'obbligazione, non è assimilabile al canone locatizio, con la conseguenza che il relativo credito non soggiace alla prescrizione breve di cui all'art. 2948 c.c.».*

4. Il terzo e quarto motivo sono inammissibili, in parte, ed infondati, nella restante parte.

La Corte d'appello ha definito l'occupazione in oggetto, di un posteggio, da parte di commerciante ambulante, soltanto in alcuni giorni della settimana ovvero in alcune ore del giorno, come occupazione temporanea, sulla base del vigente regolamento comunale, a prescindere dalla durata, superiore all'anno, della stessa autorizzazione commerciale all'esercizio del commercio su area pubblica.

Il Regolamento comunale COSAP in vigore per il Comune di Milano nel 2000, prodotto in giudizio, dinanzi al giudice di Pace, definisce, all'art.2, delle disposizioni tariffarie, allegate, occupazioni temporanee le *«occupazioni di venditori ambulanti, pubblici esercizi, produttori agricoli che vendono il loro prodotto»*.

Ora, qualora con il ricorso per cassazione si sollevino censure che comportino l'esame di delibere comunali, decreti sindacali e regolamenti comunali, è necessario - in virtù del principio di autosufficienza del ricorso stesso - che il testo di tali atti sia interamente trascritto e che siano, inoltre, dedotti i criteri di ermeneutica asseritamente violati, con l'indicazione delle modalità attraverso le quali il giudice di merito se ne sia discostato, non potendo la relativa censura limitarsi ad una mera prospettazione di un risultato interpretativo diverso da quello accolto nella sentenza (Cass.1893/2009; Cass.1391/2014). Il ricorrente si limita a riprodurre

l'art.4 del Regolamento comunale, attinente alle occupazioni di suolo pubblico (che peraltro, nel testo prodotto dal controricorrente Comune, si limita a qualificare, in generale, come occupazioni permanenti quelle *«aventi durata non inferiore all'anno o per le quali non è indicato espressamente un termine di scadenza»*, e temporanee quelle di durata inferiore all'anno, senza l'aggiunta, riportata dal ricorrente, della classificazione come permanenti delle occupazioni effettuate per l'esercizio del commercio su aree pubbliche regolate da concessioni commerciali aventi durata non inferiore all'anno, come descritto a pag. 17 del ricorso), il che non consente a questa Corte di valutarne l'effettiva portata in mancanza di riproduzione di altre parti (quali ad es. l'art.2 lett.b) delle disposizioni tariffarie, citato dal controricorrente, il quale ha riallegato al controricorso il Regolamento, cui ha fatto rinvio, ove si classificano espressamente come *«occupazioni temporanee»* le occupazioni di *«venditori ambulanti»*).

Il ricorrente fa poi riferimento all'autorizzazione, a carattere permanente, relativa a vari mercati di Milano, doc.to 1A fascicolo giudizio davanti al giudice di Pace, ma, come rilevato dal Comune, si tratta della *«vecchia autorizzazione per il commercio su aree pubbliche rilasciata dalla CCIAA di Milano, che, secondo la vecchia definizione legislativa, distingue tra autorizzazione commerciale permanente e autorizzazione stagionale (art.41 comma 10 DPR 375/1988)»* ed occorre distinguere l'autorizzazione commerciale all'esercizio del commercio su area pubblica, di durata pluriennale (*rectius* permanente) o stagionale, dalla concessione di occupazione di suolo pubblico, la possibilità vale a dire di esercitare il commercio in quel determinato posteggio, che può essere permanente o temporanea.

Questa Corte (con sentenza n. 18250/2003, conf. tra le ultime Cass. 27048/2018) sia pure con riguardo alla TOSAP, ha già chiarito che *«in base al combinato disposto degli artt. 42, 44 e 45 del D.Lgs. n. 507*

*del 1993, l'occupazione deve essere considerata permanente quando (art. 42, primo comma, lett. c) l'atto di concessione ne prevede l'utilizzazione continuativa da parte del concessionario (con conseguente sottrazione del suolo e/o dell'area all'uso pubblico di destinazione) per tutta la sua durata, che deve essere superiore all'anno», mentre «va considerata temporanea l'occupazione priva di autorizzazione (art. 42, secondo comma) ovvero (art. 42, primo comma, lett. b)) quella (anche se continuativa) autorizzata per una durata inferiore all'anno, nonché l'occupazione, anche se di durata superiore all'anno, che preveda la sottrazione non continuativa del suolo pubblico, come soltanto per una parte del giorno, difettando, in questo caso, il carattere della stabilità dell'occupazione stessa», cosicché «la considerazione della sola durata (infra o ultra annuale) della occupazione del suolo pubblico oggetto dell'atto di concessione non costituisce corretta valutazione dell'esatto "discrimen" legale per qualificare come temporanea ovvero come permanente detta occupazione dovendosi, invece, sempre verificare se l'atto di concessione limiti o meno l'occupazione ad alcuni giorni della settimana e/o ad alcune ore del giorno, perché la limitazione suddetta importa sempre la natura temporanea dell'occupazione».*

Peraltro, l'avviso di conguaglio di cui è causa è stato emesso e notificato in quanto, nel calcolare l'importo COSAP anno 2000, era stata applicata, per un'erronea interpretazione del regolamento, la tariffa del 50% sull'intera durata della concessione, oltre alla riduzione del 50% per l'occupazione fino alle 12 ore, con conseguente recupero da parte dell'amministrazione, secondo il meccanismo di calcolo progressivo per le occupazioni temporanee fissato dall'art. 5 delle disposizioni tariffarie, del 50% della tariffa, fino a dodici ore, per i primi quattordici giorni di occupazione e del 20% della tariffa, fino a dodici

ore, dal quindicesimo al ventinovesimo giorno di occupazione, senza maggiorazione per interessi.

Il ricorrente non spiega se, rispetto a tale quota differenziale notificatagli nel 2005, differisse liquidazione già pagata per il 2000, quanto alla qualificazione come temporanea e non permanente della sua occupazione di suolo pubblico.

5. Anche il quinto motivo è inammissibile. La Corte d'appello ha rilevato che, pur a distanza di anni, il Comune aveva richiesto il conguaglio in oggetto (senza interessi, per quanto dedotto dal controricorrente, in difetto di smentita), relativo all'anno 2000, sulla base di una più corretta interpretazione del proprio regolamento comunale, trattandosi di pretesa non soggetta a decadenza (ma solo a prescrizione decennale), aggiungendo che per altro si trattava di un errore agevolmente riconoscibile dal destinatario, stante la pubblicità legale della fonte regolamentare.

La censura non coglie dunque l'effettiva *ratio* portante della decisione impugnata.

Anche se non è espressamente richiamato in ricorso, il ricorrente pare invocare il principio di cui all'art. 10 della legge n. 212/2000, cd. Statuto del Contribuente (Tutela dell'affidamento e della buona fede. Errori del contribuente): ora, come più volte affermato da questa Corte, in tema di legittimo affidamento del contribuente di fronte all'azione dell'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'art. 10, commi 1 e 2, dello Statuto del contribuente, costituisce situazione tutelabile quella caratterizzata: a) da un'apparente legittimità e coerenza dell'attività dell'Amministrazione finanziaria, in senso favorevole al contribuente; b) dalla buona fede del contribuente, rilevabile dalla sua condotta, in quanto connotata dall'assenza di qualsiasi violazione del dovere di correttezza gravante sul medesimo; c) dall'eventuale



esistenza di circostanze specifiche e rilevanti, idonee a indicare la sussistenza dei due presupposti che precedono. Ma i casi di tutela espressamente enunciati dal comma secondo del cit. art. 10 attengono all'area della irrogazione di sanzioni e della richiesta di interessi, non ricorrenti nella fattispecie.

6. Il sesto motivo è inammissibile, non essendo colta la *ratio decidendi* della decisione impugnata, limitandosi il ricorrente ad invocare la possibilità generale di disapplicazione d'ufficio delle sanzioni per violazione di norme tributarie, ricollegandola alla possibilità di disapplicare il regolamento comunale COSAP, adottato con delibera n. 11/2000, laddove invece il *decisum* verte sul tema del riparto tra giurisdizioni, civile ed amministrativa, avendo la Corte d'appello condiviso, al pari del giudice di primo grado, l'esclusione al riguardo della sussistenza della giurisdizione ordinaria, in favore di quella amministrativa, vertendosi in tema di corretto esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione.

7. Per tutto quanto sopra esposto, va respinto il ricorso. Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

#### **PQM**

La Corte respinge il ricorso; condanna la ricorrente al rimborso delle spese processuali del presente giudizio di legittimità, liquidate in complessivi € 750,00, a titolo di compensi, oltre € 200,00 per esborsi, nonché al rimborso forfettario delle spese generali nella misura del 15%, ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art.13, comma 1 quater del DPR 115/2002, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello per il ricorso, ove dovuto, a norma del comma 1 bis dello stesso art.13.

Così deciso, in Roma, il 3 luglio 2020.

Il Presidente

