



REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Sezione Seconda

Adunanza di Sezione del 18 gennaio 2017

NUMERO AFFARE 02120/2016

OGGETTO:

Ministero dell'economia e delle finanze.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da ENEL per l'annullamento della deliberazione del Consiglio comunale di Polistena del 14 ottobre 2013, n. 37, con la quale è stato approvato il "Regolamento comunale per l'applicazione del canone concessorio patrimoniale non ricognitorio", modificato con successiva deliberazione del 24 marzo 2014, n. 13.

LA SEZIONE

Vista la relazione del 2 novembre 2016, pervenuta con nota del 16 novembre 2011, n. 46668, con la quale il Ministero dell'economia e delle finanze ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Gabriele Carlotti;

PREMESSO E CONSIDERATO.

1.) Con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, notificato in data 12 giugno 2014, la società Enel Distribuzione s.p.a. (d'ora in poi: ENEL) ha chiesto l'annullamento del regolamento indicato in oggetto, della successiva deliberazione di modifica del 24 marzo 2014 e delle note del 7 febbraio 2014, n. 1901, del 19 marzo 2014, n. 3812 e del 5 maggio 2014, n. 5746, con le quali è stato rispettivamente richiesto il pagamento del canone di concessione non ricognitorio per un importo pari a 52.724,00 euro per l'annualità 2013 e a 120.224,00 euro per l'annualità 2014, nonché la ricevuta di avvenuto versamento della somma di 480,00 euro quale pagamento degli 8/12 del canone in esame. In dettaglio, il pagamento del canone è stato richiesto in relazione all'occupazione permanente, al fine della prestazione di un servizio

pubblico in regime di concessione amministrativa, dovuta all'avvenuta costruzione di condutture sotterranee lunghe circa 15 km. e di quattro cabine elettriche.

2.) La ricorrente è concessionaria dell'attività di distribuzione dell'energia elettrica; l'attività in discorso costituisce servizio pubblico essenziale, svolto in regime di monopolio legale, per ogni singolo ambito comunale indicato nell'atto di concessione ed implica l'obbligo generale di garantire la connessione alla rete di distribuzione a tutti i soggetti che ne facciano richiesta, con la possibilità di porre solo limiti di ordine tecnico-regolamentare.

3.) Con l'impugnativa l'ENEL ha contestato la richiesta di pagamento del canone concessorio non ricognitivo avanzata dal Comune di Polistena, con le note suindicate, in forza del Regolamento approvato con deliberazione n. 37 del 2013 e poi modificato, negli allegati 1 e 2, con la successiva delibera n. 13 del 2014, che ha assoggettato al canone in esame anche le condutture sotterranee relative alle condotte fognarie.

4.) Il gravame è affidato a plurime censure:

l.) con il primo motivo di ricorso si lamenta la violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 25 e 27 del D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), che si occupano della costruzione e della tutela stradale; nello specifico, l'art 25 regola gli attraversamenti e l'uso delle strade, l'art. 27 invece, individua le formalità per il rilascio delle autorizzazioni e concessioni, prevedendo nei commi 5, 7 e 8 il contestato canone per l'uso e l'occupazione delle strade e delle loro pertinenze nonché i criteri per la sua quantificazione. In particolare, l'ENEL ritiene illegittima la scelta del Comune di disciplinare il canone non ricognitorio previsto dall'art. 27 del Codice della strada con lo strumento regolamentare, avente per sua natura, applicazione indifferenziata su tutte le fattispecie, atteso che la norma citata presuppone l'avvenuta formalizzazione di un rapporto concessorio e, pertanto, l'emanazione, previa idonea istruttoria, di specifici provvedimenti amministrativi puntualmente motivati sotto il profilo del rispetto dei criteri normativi indicati al comma 8, e, quindi, dell'adeguata proporzionalità tra il quantum previsto per l'occupazione e le caratteristiche della stessa. La società ricorrente si duole anche della violazione del principio di irretroattività delle leggi di cui all'art. 11 delle preleggi, sostenendo che il regolamento non possa in alcun modo incidere sui rapporti – come quello in esame – già in essere al momento della sua adozione, per i quali sia già stato rilasciato l'apposito provvedimento concessorio. Il regolamento sarebbe, inoltre, illegittimo in quanto assoggetterebbe al pagamento del canone tutte le occupazioni permanenti del demanio e del patrimonio stradale del Comune di Polistena, anche quelle realizzate al di fuori della sede stradale, in spregio degli artt. 25 e ss. del Codice della strada che, invece, limitano la debenza del canone alle sole occupazioni relative alla sede stradale e alle sue pertinenze. Secondo la ricorrente il canone non potrebbe, tra l'altro, essere richiesto non essendo ancora stato adottato il decreto del Ministro dei lavori pubblici, previsto dall'art 67, comma 5 del D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495 (recante il regolamento di esecuzione e attuazione del Codice della strada) per la determinazione degli importi massimi per le occupazioni delle strade di competenza statale poste in essere dai soggetti affidatari di un pubblico servizio;

II.) con il secondo motivo di ricorso l'ENEL deduce la violazione degli artt. 63 e 52 del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, dell'art 67 del D.P.R. n. 495 del 1992, nonché degli artt. 3, 23 e 97 Cost. e dell'art 15 delle preleggi. La ricorrente ritiene che il D.Lgs. n. 446 del 1997 sia stato espressamente emanato con l'intento di ridisegnare complessivamente la disciplina dell'imposizione relativa all'occupazione di suolo pubblico e che, quindi, la disciplina ivi dettata in materia di TOSAP e COSAP, ed, in particolare, il criterio di determinazione forfettaria del canone di cui all'art. 63 del citato decreto debbano prevalere sulle previgenti norme del Codice della strada, che disciplinano il canone concessorio non ricognitorio, in ossequio al principio della successione delle leggi nel tempo, al principio della prevalenza della norma speciale (art. 63 del D. Lgs. n. 446 del 1997) su quella generale (art. 27 del Codice della strada), nonché per l'asserita difficoltà di valorizzare i criteri normativi di cui al comma 8 del Codice della strada nel caso di occupazioni relative a reti di pubblici servizi. Il regolamento approvato dal Comune di Polistena avrebbe, pertanto, illegittimamente disciplinato, in aggiunta alla TOSAP, l'applicazione del canone concessorio non ricognitorio, violando il divieto di doppia imposizione vigente in materia tributaria. Secondo la ricorrente, infatti, anche il canone in esame avrebbe natura tributaria e i due prelievi si fonderebbero su un identico presupposto, ossia la medesima occupazione del suolo pubblico. L'ENEL ha, pertanto, sollevato una questione di legittimità costituzionale degli artt. 27 del Codice della strada e 63 del D.Lgs. n. 446 del 1997, per violazione degli artt. 3, 23 e 97 della Cost., ritenendo la previsione delle due distinte fonti di prelievo incompatibile con il principio di ragionevolezza e di buon andamento dell'azione amministrativa, nonché con l'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento. La ricorrente ritiene, altresì, che il Comune, nell'esercizio della propria autonomia regolamentare in materia di entrate, abbia anche esorbitato, nella determinazione delle aliquote applicabili e nella individuazione della fattispecie imponibile, dai limiti posti dall'art. 52 del D.Lgs. n. 446 del 1997;

III.) con il terzo motivo di ricorso la società lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e ss. della L. 7 agosto 1990, n. 241, in particolare, la grave carenza istruttoria e motivazionale, derivante anche dall'omissione delle garanzie procedurali di partecipazione previste dall'ordinamento a tutela dei soggetti privati destinatari dell'azione amministrativa.

5.) Il comune di Polistena ha eccepito la tardività delle impugnative relative al regolamento e alla nota del Responsabile del procedimento dello Sportello Unico per l'Edilizia del 7 febbraio 2014, poiché non tempestivamente proposte entro il termine decadenziale di 120 giorni decorrente rispettivamente dalla loro pubblicazione e notifica, e ha dedotto altresì l'infondatezza nel merito di tutte le pretese avversarie.

6.) Il Ministero propende per l'irricevibilità del ricorso e comunque per la sua infondatezza.

7.) Il ricorso è inammissibile nella parte in cui reca l'impugnativa delle note del 7 febbraio, del 19 marzo e del 5 maggio del 2014, con le quali è stato richiesto il pagamento del canone per gli anni 2013 e 2014. L'inammissibilità consegue alla carenza della giurisdizione amministrativa ex art. 7, comma 8, c.p.a. Difatti, questo Consiglio (sez. V, 12 maggio 2016, n. 1926) ha stabilito 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), c.p.a. che esclude dalla giurisdizione esclusiva amministrativa in tema di beni pubblici, le controversie relative ad indennità, canoni e altri corrispettivi. Gli avvisi di pagamento si limitano a quantificare il debito verso il Comune sulla base dei criteri predeterminati e vincolanti fissati nel regolamento; le note impugnate sono, quindi, il frutto di mere operazioni di computo del canone sulla base delle tariffe e dei metri lineari di occupazione del sedime stradale. Sussiste, dunque, il ridetto difetto di giurisdizione e la conseguente inammissibilità parziale del ricorso.

8.) Nel resto il ricorso è, invece, ammissibile, ma infondato nel merito. Va infatti respinto il primo motivo, giacché erroneamente 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 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.”. Orbene le riferite disposizioni impongono 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.) Il primo mezzo di gravame è infondato anche nella parte in cui lamenta la violazione del principio di irretroattività. Ed invero, sia la delibera n. 37 del 2013 sia la delibera n. 13 del 2014, con la quale sono state aumentate le tariffe applicabili, sono state adottate nei termini di legge, ai sensi dell'art. 53, comma 16, della L. 23 dicembre 2000, n. 388, con conseguente loro efficacia a far data dal 1° gennaio dell'anno di riferimento. Il sunnominato comma 16 (così sostituito dall'art. 27, comma 8, L. 28 dicembre 2001, n. 448, a decorrere dal 1° gennaio 2002) prescrive che: *“Il termine per deliberare le aliquote e le tariffe dei tributi locali, compresa l'aliquota dell'addizionale comunale all'IRPEF di cui all'articolo 1, comma 3, del decreto legislativo 28 settembre 1998, n. 360, recante istituzione di una addizionale comunale all'IRPEF, e successive*

modificazioni, e le tariffe dei servizi pubblici locali, nonché per approvare i regolamenti relativi alle entrate degli enti locali, è stabilito entro la data fissata da norme statali per la deliberazione del bilancio di previsione. I regolamenti sulle entrate, anche se approvati successivamente all'inizio dell'esercizio purché entro il termine di cui sopra, hanno effetto dal 1° gennaio dell'anno di riferimento.” Va, difatti, ricordato che, per l'anno 2013, il termine fissato dalle norme statali per la deliberazione del bilancio di previsione fu differito al 30 novembre 2013 (art. 8, comma 1, del D.L. 31 agosto 2013, n. 102); mentre, per l'anno 2014, il medesimo termine fu differito al 30 aprile 2014 (D.L. 21 febbraio 2014, n. 43).

10.) Va respinta, per inammissibilità, la prima doglianza pure nella parte in cui l'ENEL si duole della circostanza che l'art. 2 del regolamento imponga il pagamento del canone anche per le occupazioni realizzate al di fuori della sede stradale. Non avendo dimostrato l'ENEL (come sarebbe stato suo onere) che il Comune le abbia richiesto il pagamento del canone anche per le occupazioni realizzate al di fuori della rete stradale, lo specifico profilo di censura non può essere esaminato per difetto dell'interesse alla relativa contestazione.

11.) Il primo motivo di ricorso non merita accoglimento, infine, là dove l'ENEL deduce la violazione dell'art. 67 del D.P.R n. 495 del 1992 (disposizione regolamentare, attuativa del succitato, art. 27 del Codice della strada, secondo cui *“per gli stessi 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”*), in ragione della mancata adozione del decreto ministeriale previsto dalla norma. 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 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 dunque declinato dei criteri guida la cui attuazione, in mancanza del ridetto decreto ministeriale, è rimessa all'iniziativa dei singoli enti proprietari delle strade.

12.) Infondata è anche la seconda censura con la quale l'ENEL ha dedotto che il regolamento approvato dal Comune di Polistena avrebbe illegittimamente disciplinato, in aggiunta alla TOSAP, l'applicazione del canone concessorio non ricognitorio, violando il divieto di doppia imposizione vigente in materia tributaria. Secondo la ricorrente, infatti, anche il canone in esame avrebbe natura tributaria e i due prelievi si fonderebbero su un identico presupposto, ossia la medesima occupazione del suolo pubblico. 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. Ancora, la COSAP è un'entrata di carattere patrimoniale, la cui istituzione è rimessa alla facoltà dei comuni e delle province in alternativa alla tassa per le occupazioni di spazi ed aree pubbliche appartenenti al patrimonio indisponibile dei medesimi enti.

Va poi ricordato che 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 nella sostanza stabilisce 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 del COSAP stesso, 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.

13.) All'infondatezza della seconda censura nella parte scrutinata, e per le ragioni già spiegate, consegue il superamento della sollevata questione di legittimità costituzionale degli artt. 27 del Codice della strada e 63 del D.Lgs. n. 446 del 1997, per violazione degli artt. 3, 23 e 97 della Cost., ritenendosi che la previsione delle due distinte fonti di prelievo sia compatibile con il principio di ragionevolezza e di buon andamento dell'azione amministrativa.

14.) La ricorrente ritiene, altresì, che il Comune, nell'esercizio della propria autonomia regolamentare in materia di entrate, abbia anche esorbitato, nella determinazione delle aliquote applicabili e nella individuazione della fattispecie imponibile, dai limiti posti dall'art. 52 del D.Lgs. n. 446 del 1997. In particolare, secondo l'ENEL, il comune, in violazione della citata disposizione, avrebbe stabilito l'aliquota massima e ampliato l'ambito oggettivo della fattispecie imponibile. La censura è infondata, in quanto – anche tenendo conto delle superiori considerazioni – va osservato che il richiamato comma 8 dell'art. 27 del Codice della strada fissa criteri dosimetrici che riservano agli enti proprietari un'ampia discrezionalità nella determinazione del quantum dovuto per l'uso particolare del sedime stradale. Non emerge, nel caso di specie, che il Comune di Polistena si sia discostato da detti criteri o che li abbia declinati con eccesso di potere.

15.) Infine è da respingere la terza lagnanza, con la quale l'ENEL si è doluta dell'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento conclusosi con l'adozione del regolamento impugnato, nonché del grave difetto di istruttoria, posto che non risulterebbe dalla lettura degli atti impugnati alcun accertamento specifico e puntuale con riferimento all'*an* e al *quantum* della debenza del canone. Con riferimento alla prima parte, la censura è infondata giacché l'art. 13 della legge n. 241/1990 prevede che le disposizioni sulla partecipazione

procedimentale non si applicano all'attività normativa della pubblica amministrazione. Non si ravvisa poi alcuna carenza istruttoria in relazione al regolamento (stante l'ampia discrezionalità che il citato art. 27 lascia alle amministrazioni). In ogni caso nell'art. 4 e nell'allegato 1 del Regolamento sono stati specificamente indicati i parametri per la determinazione del canone e le tariffe applicabili sulla base dei metri lineari di occupazione del sedime stradale; inoltre nella certificazione del 21 ottobre 2013, n. 14578, a firma del Capo Ripartizione lavori pubblici, richiamata nell'impugnata nota del 7 febbraio 2014, è stato precisato che le occupazioni permanenti del patrimonio stradale comunale costituite da linee interrato dell'ENEL corrispondevano a circa 15 km. e che le occupazioni permanenti del demanio stradale comunale costituite da cabine dell'ENEL erano 4 delle dimensioni di m. 4 x m. 4. Ciò dimostra che un'istruttoria vi è stata e sarebbe stato onere probatorio dell'ENEL dimostrare l'eventuale erroneità dei dati indicati dal comune.

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso debba essere dichiarato in parte inammissibile e che, nel resto, debba essere respinto.

L'ESTENSORE
Gabriele Carlotti

IL PRESIDENTE
Gianpiero Paolo Cirillo

IL SEGRETARIO

Roberto Mustafà