



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 6579 del 2003, proposto dal sig. Oporto Alberto, rappresentato e difeso dagli avv. Rocco Orlando Di Stilo e Aldo Ferretti, con domicilio eletto presso Aldo Ferretti in Roma, piazza Cola di Rienzo n. 69; Fiva Confcommercio di Varese in persona del legale rappresentante pro tempore ; Tatasciore Giorgio e Zanchin Antonio;

***contro***

Comune di Luino, in persona del sindaco legale rappresentante pro tempore. rappresentato e difeso dagli avv. Marzia Eoli e Paolo Vaiano, con domicilio eletto presso l'avv. Paolo Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio 3;

***per la riforma***

della sentenza del TAR Lombardia - Milano :Sezione I n. 02340/2003, resa tra le parti, concernente l'aumento delle tariffe della tassa di occupazione temporanea di spazi e aree pubbliche.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2009 il Cons. Cesare Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Ferretti ed Eoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Con delibera n. 33 del 22 febbraio 2002, la Giunta comunale di Luino, al fine di migliorare le infrastrutture esistenti e per agevolare lo sviluppo turistico del territorio, ha aumentato, come da tabella allegata, le tariffe per le occupazioni temporanee delle aree pubbliche in misura dell'80%, prevedendo un maggiore introito di circa € 130.000,00%. L'aumento è stato disposto anche in considerazione che quelle vigenti erano inferiori al limite massimo previsto dall'art. 45 del D.Lgs. n. 507/1993 e che non erano intervenute variazioni in aumento dopo l'incremento del 5% deliberato per l'anno 1996 e seguenti.

Avverso il provvedimento sono insorti gli odierni appellati, operatori del mercato settimanale del mercoledì, adducendo che la maggiorazione della tassa colpiva esclusivamente la loro categoria e prospettando tre distinti motivi: (1) genericità ed omesso riferimento alle necessità di bilancio e difetto di proporzionalità rispetto alle reali esigenze del comune; (2) inosservanza del canone di adeguatezza dell'aumento, in violazione dell'art. 117 del D.Lgs. n. 267/2000; (3) difetto d'istruttoria e di parere della commissione dei mercati, in violazione dell'art. 10, co., 4 lett. d), della legge regionale Lombardia n. 15/2000.

Il Comune di Luino, costituitosi in giudizio, ha presentato documenti e memoria.

Nella memoria di primo grado in data 24 marzo 2003, i ricorrenti hanno rinunciato al terzo motivo di violazione dell'art. 10, co. 4, lett. d), della legge regionale Lombardia n. 15/2000 di omessa acquisizione dell'avviso della commissione consultiva.

Il ricorso è stato rigettato dalla sentenza in epigrafe del 26 maggio 2003, n. 2340, per inconferenza e infondatezza delle censure addotte.

Avverso la decisione di primo grado è proposto appello.

La causa è stata discussa all'udienza del 10 ottobre 2009, ed il collegio se ne è riservata la decisione.

## DIRITTO

Nel respingere il ricorso avverso la delibera n. 33 del 22 febbraio 2002, con la quale il Comune di Luino ha aumentato la tariffa per le occupazioni temporanee delle aree pubbliche in misura dell'80% come dalla tabella allegata, la sentenza di primo grado ha respinto le censure nel loro complesso, sull'assunto che la Tosap è un taxa e non il corrispettivo di un servizio, istituita e disciplinata dalla legge in relazione alla concessione del suolo pubblico ai privati per un determinato utilizzo e che ad essa si applicano i principi che regolano le entrate tributarie.

Non ritenendo la Tosap il corrispettivo di un servizio, il giudice territoriale ha respinto le censure inerenti alla necessità di relazionare l'aumento all'equilibrio economico finanziario, alla necessità della motivazione, alla disparità di trattamento con gli altri contribuenti, dedotta, quest'ultima sotto il profilo che la taxa aggraverebbe ingiustificatamente soltanto una categoria di contribuenti, come lo sono gli attuali appellanti, esercenti il commercio ambulante a posto fisso che frequentano il mercato comunale del mercoledì in Luino e sui quali si trasferisce l'intero peso economico dell'aumento della taxa.

I suesposti enunciati sono da disattendere e l'appello deve essere accolto, anche se nei limiti e per le ragioni che si dirà.

Nella prima regolamentazione organica del r.d. n. 1775/1931 (T.U.F.L.), presupposto della taxa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche è l'occupazione di qualsiasi natura del suolo appartenente agli enti locali: a tal fine la taxa era commisurata allo spazio sottratto alla disponibilità collettiva, al tempo

dell'uso esclusivo dell'area da parte dell'occupante ed alla classe in cui i comuni sono suddivisi in rapporto alla popolazione (artt. 192 e 195). Nella riconsiderazione organica della materia di cui alla legge delega n. 421/1992, il criterio direttivo stabilito è stato quello di rideterminazione delle tariffe al fine di una più adeguata rispondenza al beneficio economico ritraibile. Il D.Lgs. n. 507/1992 (modificato, dapprima, dal D.Lgs. n. 566/1993 e poi dall'art. 3, commi 59-67, della l. n. 549/1995) emanato in esecuzione della delega, assoggetta alla TOSAP le occupazioni di qualsiasi natura, comprese le occupazioni soprastanti e sottostanti il suolo pubblico: la tassa è graduata, sia per le occupazioni permanenti che per quelle temporanee (art. 42, comma 1), in base all'importanza delle aree, attraverso la suddivisione delle strade, spazi ed aree pubbliche in almeno due categorie (art. 42, comma 3) e determinata in relazione all'effettiva occupazione espressa in metri quadrati o lineari (art. 42, comma 4). Della pregressa disciplina è rimasta ferma la ripartizione dei comuni in classi sulla base della popolazione residente con misure minime e massime di tariffa (artt. 43, 44 e 45). Dopo essere stata abolita dall'art. 51 del D.Lgs. n. 446/1997 e sostituita con il canone per l'occupazione di suolo pubblico (Cosap) di cui all'art. 63 del D.Lgs. n. 446/1997, la Tosap è stata ripristinata dall'art. 31, co. 14, della legge n. 448/1998, sia pure in forma alternativa ed eventuale rispetto al canone concessorio che i comuni e le province sono legittimati a prevedere, in via regolamentare, per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, con le modalità prescritte dall'art. 17, co. 63, della legge n. 127/1987 (Cass., sez. trib., 27 ottobre 2006, n. 23244).

Una volta che, nell'evoluzione del tributo, siano entrati a comporne il presupposto i criteri della remunerazione e della proporzionalità, non appare più sostenibile, per quanto attiene la presente causa, che la Tosap sia connessa al mero utilizzo dello spazio pubblico e sia determinata in base ai soli principi della progressività e della capacità contributiva (art. 23 e 52 cost.) che regolano le entrate tributarie.

Alla tassa non è, infatti, del tutto estraneo il corrispettivo dell'uso di un bene del demanio o del patrimonio indisponibile del Comune: il suo pagamento costituisce la controprestazione dell'uso, legittimo od abusivo, del bene comunale e dei servizi resi dal comune in favore dell'occupante, che esulano dal concetto di tributo in senso tecnico (Corte cost. 8 maggio 2009, n. 141; Cass., sez. trib. 22 luglio 2009, n. 17074; Cass., sez. trib., 16 dicembre 2003, n. 19254).

Anche quando i comuni non abbiano optato per la trasformazione della tassa in canone, come si è verificato per il comune di Luino, non appare possibile sia disporre l'aumento in maniera difforme dal criterio di proporzionalità né farne gravare l'intero aumento su una sola categoria di soggetti, quali gli utenti dell'area mercatale senza l'esplicazione delle specifiche ragioni del particolare aggravio derivante al comune dell'uso dei relativi spazi ed aree pubbliche da parte di costoro.

Nella deliberazione impugnata, l'incremento della tariffa nella misura dell'80% è giustificato dalla circostanza che quella in vigore è inferiore al minimo e non ha subito aumenti dall'anno 1996 e dalla finalità di migliorare le infrastrutture esistenti per agevolare lo sviluppo turistico della zona.

La motivazione del provvedimento, se pure astrattamente idonea a sorreggere l'aumento dell'intero sistema tariffario del comune per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, non va esente da censura nella parte in cui incrementa le tariffe delle occupazioni temporanee trasferendo i suoi effetti in prevalenza su di sola una categoria di soggetti quali sono i concessionari dei posteggi mercatali, i quali sono quasi esclusivamente incisi dall'incremento tariffario, o quanto meno senza fornire adeguata spiegazione sulle ragioni della diversità di trattamento tra occupazione temporanea ed occupazione stabile.

L'assoggettamento dell'occupazione del suolo pubblico alla tassa e non al canone di cui all'art. 63 del D.Lgs. n. 446/1997, implica comunque che la potestà dell'ente

debba essere esercitata conformemente ai principi dell'equa distribuzione del sacrificio per le categorie interessate e della proporzionalità del prelievo sull'intero spettro degli utenti il suolo pubblico, da ritenere integrativi dei criteri di commisurazione dell'art. 45 del D.Lgs. n. 507/1993, relativi all'effettiva superficie occupata, alla graduazione sulle categorie di spazi occupati e alla durata delle occupazioni medesime (Cons. Stato , IV, 22 aprile 1996, n. 524; T.A.R. Puglia Bari, III, 15 dicembre 2005, n. 5382; Cass. sez. trib., 22 febbraio 2002; n. 2555).

L'appello deve essere conclusivamente accolto. Va, per l'effetto, riformata la sentenza di primo grado e deve essere annullato il provvedimento impugnato, anche se per le ragioni e nei limiti di cui in motivazione e con riferimento alle sole persone degli appellanti.

Le spese di giudizio devono compensarsi data la novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello e, in riforma la sentenza impugnata, in accoglimento del ricorso originario, annulla il provvedimento impugnato in primo grado per le ragioni e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:

Stenio Riccio, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere, Estensore

Marco Lipari, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione