

Civile Ord. Sez. 5 Num. 8756 Anno 2021

Presidente: STALLA GIACOMO MARIA

Relatore: DELL'ORFANO ANTONELLA

Data pubblicazione: 30/03/2021

ORDINANZA

sul ricorso 721-2016 proposto da:

BANCA NAZIONALE DEL LAVORO S.p.A., elettivamente domiciliata in ROMA, presso lo studio dell'Avvocato GABRIELE ESCALAR, che la rappresenta e difende giusta procura speciale estesa a margine del ricorso

- ricorrente -

contro

COMUNE DI LIVORNO, in persona del Sindaco pro tempore

- intimato -

avverso la sentenza n. 960/23/2015 della COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE della TOSCANA, depositata il 28/5/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 15/1/2021 dal Consigliere Relatore Dott.ssa ANTONELLA DELL'ORFANO

257
2021

RILEVATO CHE

Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. propone ricorso, affidato a cinque motivi, per la cassazione della sentenza indicata in epigrafe, con cui la Commissione Tributaria Regionale della Toscana aveva accolto l'appello del Comune di Livorno avverso la sentenza n. 298/1/2014 della Commissione Tributaria Provinciale di Livorno, che aveva accolto il ricorso proposto avverso avviso di accertamento TOSAP per le annualità 2009, con il quale era stato richiesto il pagamento dell'imposta in relazione alle grate di aerazione realizzate sui marciapiedi posti intorno al fabbricato di proprietà della Banca;

il Comune è rimasto intimato;

la ricorrente ha depositato memoria difensiva

CONSIDERATO CHE

1.1. con il primo ed il secondo motivo si denuncia, ex art. 360 nn. 3 e 4 c.p.c., violazione di norme di diritto (artt. 115 c.p.c., 2697 c.c., 23, 54 e 32 D.Lgs. n. 546/1992) e si lamenta che la CTR abbia erroneamente posto a fondamento della decisione, in forza del principio di non contestazione, la circostanza che le griglie di aerazione poste al vertice dello scannafosso perimetrale all'immobile di proprietà della BNL insistevano su suolo pubblico, benché ciò fosse stato contestato dalla ricorrente sin dal primo grado di giudizio;

1.2. con il terzo motivo di ricorso si denuncia omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti e si lamenta che la CTR abbia omesso di esaminare il fatto che la realizzazione dello scannafosso perimetrale e delle relative griglie di aerazione rientrava nel progetto edificatorio dell'immobile in questione, oggetto di concessione edilizia, e che pertanto tali strutture erano state realizzate contestualmente all'edificazione dell'immobile medesimo sulla proprietà privata della ricorrente;

1.3. con il quarto motivo di ricorso si denuncia, in via subordinata, nullità della sentenza per violazione degli artt. 36 D.Lgs. n. 546/1992 e 132 c.p.c. in quanto viziata da motivazione apparente avendo la CTR, in maniera apodittica, affermato che la prova della realizzazione delle griglie di aerazione sulla proprietà privata della ricorrente non sarebbe stata fornita;

1.4. con il quinto motivo si denuncia violazione di norme di diritto (artt. 38 e 39 D.Lgs. n. 507/1993, 14 e 15 Regolamento per le Occupazioni di Spazi ed Aree Pubbliche e per l'Applicazione della Relativa Tassa del Comune di Livorno,

approvato con Delibera del Consiglio Comunale n. 84/1994), e si lamenta che la CTR abbia ritenuto sussistente il presupposto per l'applicazione della TOSAP in quanto le griglie di aerazione integrerebbero un utilizzo << particolare e qualificato >> del suolo pubblico, indipendentemente dal fatto che il posizionamento di tali grate abbia comportato o meno un'effettiva sottrazione di suolo pubblico all'utilizzo della collettività,

2.1. va preliminarmente esaminato l'ultimo motivo, che va disatteso come di seguito illustrato;

2.2. va innanzitutto precisato che oggetto dell'avviso di accertamento ai fini Tosap in questione è l'occupazione del suolo pubblico determinata da griglie di aereazione posto sul detto suolo;

2.3. poste tali premesse, come già affermato da questa Corte (cfr. Cass. n. 11449/2016), in tema di tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (TOSAP), il presupposto impositivo va individuato, ai sensi degli artt. 38 e 39 del D.Lgs. 15 novembre 1993, n. 507, nell'occupazione che comporti un'effettiva sottrazione della superficie all'uso pubblico;

2.4. siffatto presupposto si assume dall'Ufficio realizzato nell'ipotesi in esame, atteso che con l'apposizione delle griglie in questione, così come per ogni oggetto collocato su suolo pubblico, viene in qualche modo limitato l'uso collettivo della parte di suolo pubblico sul quale insorgono le dette griglie, con conseguente sottrazione della superficie all'uso pubblico a vantaggio di un'utilizzazione particolare del suolo stesso da parte del Condominio;

2.5. non può neppure ritenersi che l'apposizione di dette griglie costituisca <<occupazione irreversibile>>, atteso che le stesse, pur incidendo (come detto) sull'utilizzo del suolo pubblico, non ne modificano la natura e non ne compromettono la destinazione, in quanto, a seguito di eventuale rimozione delle griglie medesime, non essenziali e non connaturate al diritto di superficie ipogeo (i locali scantinati di proprietà della ricorrente ben possono essere areati attraverso sistemi diversi), verrebbe a cessare il godimento individuale, con ripristino dell'uso collettivo;

2.6. ne consegue l'infondatezza della censura della ricorrente con cui si lamenta che, anche qualora le griglie di aerazione insistano su suolo pubblico, sarebbe applicabile la TOSAP solo nel caso in cui il posizionamento di tali grate

abbia comportato un'effettiva sottrazione di suolo pubblico all'utilizzo della collettività;

3.1. le rimanenti censure, da esaminare congiuntamente, in quanto strettamente connesse, vanno accolte;

3.2. va premesso che un'esclusiva proprietà condominiale, o comunque privata, può sicuramente ipotizzarsi — ai sensi dell'art. 1117 c.c. — per il cavedio a copertura del quale sia posta la grata di aerazione (cfr. Cass. n. 17556/2014), ma non per quest'ultima, trattandosi di parte integrante del marciapiede, bene appartenente al Comune in quanto pertinenza della pubblica strada (cfr. Cass. nn. 2328/2018 in motiv., 16770/2006);

3.3. il Comune, quindi, conserva la proprietà della grata, in quanto parte integrante del marciapiede;

3.4. nel caso in esame la circostanza dell'apposizione della grata su marciapiede comunale è riconosciuta dalla stessa ricorrente (cfr. pag. 40 ricorso, <<... al momento della relativa realizzazione ...(ndr. le grate)... insistevano ... sulla proprietà privata della Ricorrente e ... non vale ... ad affermare il contrario il mero fatto che esse occupino attualmente parte del marciapiede comunale>>);

3.5. deve ritenersi, quindi, dimostrato, come affermato dalla CTR, che le grate insistano su suolo pubblico;

3.6. la ricorrente ha insistito, tuttavia, nel corso dell'intero giudizio, (cfr. ricorso di primo grado e controdeduzioni in appello, ritualmente trascritte *in parte qua* nel ricorso in cassazione), circa l'originaria natura privata dell'area su cui instano le griglie ed intercapedini, e si deduce che esse sarebbero state costruite su area privata contestualmente alla costruzione dell'edificio, in virtù di concessione edilizia, cosicché si sarebbe al di fuori di un presupposto fondante la debenza della TOSAP;

3.7. questa Corte (cfr. Cass. n. 18052/2009) ha, invero, precisato, in tema di tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (TOSAP), che <<la circostanza che un'area ubicata in un agglomerato urbano dei territori in cui vige il sistema tavolare sia classificata come seminativo non esclude la sussistenza del presupposto impositivo, avendo detta classificazione carattere meramente ricognitivo della destinazione del bene, e trovando applicazione la L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 22, comma 3, all. F (disposizione non abrogata, neppure tacitamente, dall'art. 7, lett. b), della L. 12 febbraio 1958, n. 126), il quale

include tra le strade comunali le piazze, gli spazi ed i vicoli ad esse adiacenti aperti sul suolo pubblico, in tal modo ponendo una presunzione "iuris tantum" di demanialità, la cui prova contraria è circoscritta all'esistenza di consuetudini (che escludano la demanialità per il tipo di aree di cui faccia parte quella considerata), o di convenzioni che attribuiscono la proprietà a soggetto diverso dal Comune, ovvero alla preesistente natura privata della proprietà dell'area in contestazione>>;

3.8. la CTR ha, dunque, del tutto omesso di esaminare la circostanza, dedotta dall'appellata, relativa alla realizzazione delle griglie di aerazione contestualmente alla costruzione dell'edificio di sua proprietà, in conformità alla relativa licenza edilizia rilasciata dal Comune;

3.10. non è stato, pertanto, correttamente verificato dalla Corte di merito se fosse effettivamente sorta una servitù di pubblico passaggio e quindi un uso pubblico del marciapiede, per *dicatio ad patriam*, senza le griglie, apposte solo successivamente dalla ricorrente, fatto questo decisivo e non irrilevante, come invece erroneamente ritenuto dalla CTR;

3.11. invero, se le grate o intercapedini esistevano già quando la ricorrente aveva messo volontariamente (seppur non intenzionalmente), con carattere di continuità, il proprio bene (area perimetrale dell'edificio) a disposizione della collettività, assoggettandola al relativo uso pubblico di passaggio, il Comune avrebbe <<ricevuto>> il bene, assoggettato all'uso pubblico, così come era, essendo la tolleranza della ricorrente del pubblico passaggio ancorata a tali limiti, senza alcuna rinuncia all'originaria facoltà del proprietario di godere di aerazione ed illuminazione per i propri locali sottostanti, nulla togliendo, oltretutto, le grate e le intercapedini all'uso pubblico, essendosi la servitù costituita, per l'appunto, con le grate, già presenti;

3.12. il presupposto impositivo della TOSAP, in tale ipotesi, non sussisterebbe, stante la limitata estensione e portata della costituita servitù di pubblico passaggio per *dicatio ad patriam*, e la preesistente natura privata della proprietà dell'area in contestazione;

4. sulla scorta di quanto precede, respinto il quinto motivo ed accolti i rimanenti motivi, consegue la cassazione della sentenza impugnata ed il rinvio della causa alla Commissione tributaria regionale della Toscana in diversa composizione, che dovrà determinare la sussistenza dei presupposti per il

pagamento Tosap da parte della società contribuente attenendosi ai principi enunciati e si pronuncerà anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità

P.Q.M.

La Corte, respinto il quinto motivo, accoglie i rimanenti motivi di ricorso; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Commissione Tributaria Regionale della Toscana in diversa composizione, cui demanda di pronunciare anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, tenutasi in modalità da