

Presidente dr. Aristodemo Ingusci - Relatore Dr. Michele Gurrado

MASSIMA

La T.O.S.A.P. non è dovuta per l'occupazione di suolo privato nonostante la "dicatio ad patriam".

FATTO

➤ Il **28.12.1999** l'**Azienda Servizi Vari**, concessionaria del servizio di accertamento e di riscossione della **T.O.S.A.P. nel Comune di B. notificava** due avvisi di accertamento in materia di T.O.S.A.P. al **sig. M.L.** per il pagamento della predetta tassa, nonché sanzioni per omessa dichiarazione del cespite e per il tardivo pagamento della tassa relativa **agli anni d'imposta 1998 (n. 7118) e 1999 (n. 7119).**

➤ Il **25.2.2000** il **sig. M.L. ricorreva** e chiedeva l'annullamento dei predetti avvisi Eccepiva:

- **il difetto assoluto di motivazione** degli atti impugnati, che a suo dire conterrebbero mere descrizioni nominali, prive di un effettivo e concreto contenuto, con il risultato **di non essere idonei a esplicitare gli specifici elementi di fatto posti a base della pretesa tributaria.**

All'uopo citava alcune sentenze della Cassazione quali la n. 04307 dell'8.4.1992 e n. 8173 del 26.7.95;

- **la violazione e falsa applicazione dell'art.38 della L.507/93**, nonché **eccesso di potere per presupposto erroneo** in quanto l'occupazione non aveva avuto per oggetto una strada pubblica o un'area privata con servitù di pubblico passaggio, ma una traversa privata di via Togliatti, su cui insisteva l'asserito passo carrabile.

Precisava che la stessa non era una strada comunale in quanto non ricompresa nell'elenco delle strade classificate come comunali urbane di cui al certificato del 22.6.1999 che allegava e tantomeno era assoggettata a una servitù di pubblico passaggio attraverso un atto pubblico o una apposita convenzione (TAR Piemonte sez. II del 27.1.1994, n. 51) oppure ad atti e comportamenti dell'autorità comunali inequivochi come la disciplina del traffico e la concessione di passi carrabili, l'installazione di illuminazione elettrica, di marciapiedi, di impianti idrici e fognari, manutenzione e bitumazione, (Cass. sez. n. 08619 del 29.8.1998 e n. 04872 del 29.7.1980).

➤ il **9.4. 2001** l'**Azienda Servizi Vari** si costituiva e chiedeva il rigetto del ricorso.

Successivamente il 3.6.2003 ad integrazione della comparsa di costituzione chiariva che in merito all'attestazione del 22.6.1999 rilasciata al ricorrente, circa la non inclusione della strada in questione nell'elenco delle strade comunale, tale strada doveva ritenersi appartenente al demanio comunale in base alla presunzione ex art. 22 della L. 20.3.1985 n. 2248 All. F

➤ **La C.T.P.** con sentenza n. 229/18/2003 depositata il **17.10.2003 rigettava il ricorso.**

In motivazione evidenziava che dagli atti si rilevava che nella parte deputata all'indicazione del presupposto giuridico del rapporto tributario de quo erano stati indicati la località (via cittadina), la categoria, (2), il tipo di occupazione (passi carrabili), la quantità dichiarata (o), la quantità accertata (4,00) e l'importo dell'imposta nonché gli illeciti tributari contestati e la determinazione delle somme dovute, il che escludeva la fondatezza del motivo di opposizione innanzi indicato.

Pur ammettendo che l'art. 38 terzo comma D. Lgs. n. 507/1993 prevede l'applicabilità della T.O.S.A.P. alle occupazioni realizzate su tratti di aree private sulle quali risulta costituita, nei modi e nei termini di legge, una servitù di pubblico passaggio e nel caso in questione quest'ultima mancava costituita secondo i procedimenti di legge, sentenziava che la stessa ugualmente doveva riconoscersi come sussistente in quanto il bene privato era destinato all'uso pubblico in quanto si era utilizzata la definizione di "dicatio ad patriam".

Faceva propria anche il consolidato orientamento della Suprema Corte, desumibile dalle seguenti decisioni:

- sentenza 10/10/2000 n. 13485, secondo cui: *"La servitù di passaggio di uso pubblico su una strada privata sorge non in ragione di un altro strumento di pianificazione, bensì per effetto della cosiddetta "dicatio ad patriam" o per usucapione del diritto di passaggio, maturata a seguito dell'uso della strada privata da parte della collettività "ad immemorabilia". Ricorrono inoltre, ove il vicolo colleghi due strade pubbliche, i presupposti per la presunzione di demanialità della strada ai sensi dell'art. 22 comma 31.L.20 marzo 1865 n. 2248 all. F.";*
- sentenza 4/6/2001 n. 7481: *"La "dicatio ad patriam", quale modo di costituzione delle servitù, postula un comportamento del proprietario del bene che, volontariamente anche se non spontaneamente e per spirito di liberalità, metta il bene medesimo a disposizione di una collettività di persone considerate "uti cives", consentendone in modo continuativo l'uso, al fine di soddisfare le esigenze di un numero indeterminato di individui;*
- sentenza n. 22/1/2001 n. 875: *"La "dicatio ad patriam" quale titolo costitutivo di una servitù di uso pubblico, consiste nel mero fatto giuridico di porre volontariamente, con carattere di continuità e non di precarietà e tolleranza, una cosa propria oggettivamente idonea al soddisfacimento, in astratto, di una esigenza comune ad una collettività indeterminata di cittadini, a disposizione del pubblico, assoggettandola al correlativo uso che ne perfeziona l'esistenza, senza necessità di ricorsi temporali o di atti negoziali od ablatori, potendo l'intenzione di mantenere la cosa a disposizione della collettività risultare anche da un comportamento omissivo."*
- sentenza 21/5/2001 n. 6924: *" Un'area privata può ritenersi assoggettata ad uso pubblico di passaggio quando l'uso avvenga ad opera di una collettività indeterminata di soggetti considerati "uti cives" ossia quali titolari di un pubblico interesse di*

carattere generale e non “uti singuli”, ossia quali soggetti che si trovano in una posizione qualificata rispetto al bene gravato ovvero quando vi sia stata con la cosiddetta “dicatio ad patriam” l’asservimento del bene da parte del proprietario all’uso pubblico di una comunità indeterminata di soggetti considerati sempre “uti cives”, di talché il bene stesso viene ad assumere le caratteristiche intrinseche analoghe a quelle di un bene demaniale.”.

Aggiungeva che stante **l’espresso riconoscimento da parte del ricorrente del fatto che la traversa della via Togliatti era assoggettata ad un pubblico passaggio**, ne derivava la configurabilità della citata “dicatio ad patriam” e quindi da un lato l’utilizzo da parte della collettività della citata strada e dall’altro l’occupazione permanente, attraverso il passo carrabile, di tale strada e quindi la sua parziale sottrazione all’uso collettivo attraverso il manufatto che rende possibile l’accesso alla proprietà del ricorrente a partire dalla predetta strada, nella qual cosa consiste il presupposto impositivo della T.O.S.A.P..

➤ Il **6.2.2004 il sig. M.L.** proponeva **appello**, criticando la sentenza.

In particolare evidenziava che l’atto era privo di motivazione e segnatamente non chiariva il titolo in base al quale l’appellante era tenuto al pagamento; altresì che non poteva esserci la c.d. *dicatio ad patriam* perché la strada era stata aperta al pubblico dopo la costruzione dell’immobile.

Specificatamente per quanto concerne:

a) **il difetto di motivazione** rimarcava che i primi giudici non avevano evidenziato la mancanza nella motivazione degli atti impugnati dell’indicazione del più importante dei presupposti che legittimano una pretesa impositiva nei confronti del (presunto) contribuente e, cioè, **l’indicazione del titolo in forza del quale si è accertato e liquidato il canone per l’occupazione del suolo pubblico** in danno del Sig. M.L..

Sottolineava che non si comprendeva dal contesto degli atti impugnati, se l’appellante era tenuto al pagamento della tassa in contestazione perché proprietario dell’immobile, o perché ne era possessore, o più semplicemente detentore.

Rimarcava che tale omissione costituiva **un vizio invalidante degli atti impugnati** particolarmente grave in quanto, nel caso di specie, il Sig. M.L. non era proprietario dell’immobile sito in B. alla Trav. 76 di Via Togliatti n.7, ne lo possedeva ad altro titolo.

All’uopo produceva certificazione catastale ed evidenziava che, nel caso in esame **non vi era alcuna indicazione del titolo che legittimasse la pretesa nei suoi confronti**

b) **la violazione dell’art.38 co.3. d.lgs n.507/1993.** contestava **“di aver espressamente riconoscimento la traversa della Via Togliatti assoggettata a pubblico passaggio**, così come era stato scritto in sentenza e tale circostanza era rimasta priva di prova; incombenza questa posta a carico dell’ente impositore che, nel giudizio tributario, è attore sostanziale.

Sottolineava che la sola esistenza di un uso pubblico di una strada privata non era sufficiente per assoggettare l’occupazione di quella strada ad imposta, in mancanza di servitù di pubblico passaggio costituita nei modi e nei termini di legge e, soprattutto, quando la cd. *dicatio ad patriam* non si sia realizzata precedentemente all’occupazione che si pretende assoggettare al tributo.

Contestava la costituzione di una servitù di pubblico passaggio su un suolo che era stato sempre privato e su una strada che era sorta soltanto a seguito della edificazione da parte dei privati degli immobili oggi ubicati sulla Traversa 76 di Via Togliatti ed era stata costruita ad opera del privato.

Rammentava che nessuna prova era stata fornita dal Comune in merito all'esistenza dei presupposti legittimanti la pretesa impositiva, vale a dire l'esistenza di un provvedimento per un pubblico passaggio e, soprattutto, la preesistenza di tali presupposti rispetto all'occupazione che si intendeva assoggettare ad imposta.

Concludeva con la richiesta di **riforma integrale della sentenza appellata** ed il conseguente **annullamento degli avvisi di accertamento n.7118 e 7119 del 28.12.1999 relativi al C.O.S.A.P. per gli anni 1998 e 1999, nonché con il riconoscimento delle spese e competenze del presente giudizio.**

- il **26.5.2004 l'Azienda Servizi Vari si costituiva e chiedeva il rigetto dell'appello con la conferma della sentenza impugnata e la condanna dell'appellante alle spese, diritti ed onorari di causa**

Per il primo motivo faceva rilevare la tardività della eccezione sollevata di difetto di legittimazione passiva, mentre per il secondo si riportava alla comparsa di costituzione del 9.4.2001.

- Il **10.3..2005 il sig. M.L. presentava brevi repliche ex art.32, comma 3 D.L.GS. n.546/1992.**

Contestava la presunta tardività dell'eccezione relativa al difetto di legittimazione passiva dell'appellante, rispetto al tributo richiesto, osservando che la suddetta eccezione era ben presente nel ricorso introduttivo, sia quando il ricorrente contestava la inidoneità degli atti impugnati ad *"esplicitare gli specifici elementi di fatto che giustifichino l'imposizione tributaria"* sia quando, contestava la mancata enunciazione nell'atto impugnato *"dei presupposti e dei criteri su cui si basa la pretesa fiscale"* (pag.2, ult. rigo del ricorso).

Ricordava che la soggettività passiva era il principale dei presupposti del rapporto impositivo, motivo per il quale era nel contesto dell'atto impositivo che l'ente impositore aveva l'obbligo di indicare a quale titolo formula la pretesa nei confronti di un determinato soggetto.

A conferma della fondatezza dell'eccezione evidenziava il fatto che l' A.S.V. di B. non aveva affatto contestato la circostanza che il Sig. M. non era ne proprietario, ne possessore, ne detentore ad altro titolo dell'immobile per cui si pretendeva il tributo opposto.

Su tale circostanza non contestabile e risultante dai documenti prodotti nel presente giudizio richiamava la sent. n. 188/14/03 del 9.11.2003 della C.T.P. di Bari resasi definitiva per mancata impugnazione, che allegava.

Ribadiva quanto già dedotto nel doppio grado di giudizio e cioè **che la traversa privata di Via Togliatti non è una strada comunale, bensì privata, ma, soprattutto, che sulla predetta strada, comunque la si voglia classificare, non si è mai formata alcuna servitù di pubblico passaggio.**

Al riguardo menzionava altra sentenza della C.T.P. di Bari (la n. 439/03/02 del 3.12.2002, resasi definitiva per mancata impugnazione) che allegava.

Evidenziava che questa aveva accertato e dichiarato che la Traversa 76 di Via Togliatti non era compresa nell'elenco delle strade classificate comunali urbane ed aveva così annullato l'opposta pretesa relativa all'anno 2001.

Sottolineava che tale accertamento di fatto, contenuto in una sentenza passata in giudicato, era certamente opponibile anche nel presente giudizio, che atteneva alla medesima pretesa impositiva per annualità diverse.

Ricordava che se la natura privata di una strada non esclude da sola la possibilità che sulla stessa possa costituirsi la servitù di pubblico passaggio, è altrettanto vero che incombe all'ente impositore dare la prova di tale costituzione che, nel caso in questione non era stata mai data; circostanza imprescindibile per legittimare la pretesa impositiva e conseguentemente per disporre l'annullamento degli atti impugnati.

Ricordava altresì che, oltre al fatto che la strada non era classificata tra le strade "comunali urbane" e costituiva prova inconfutabile che l'intera area circostante era ed è "area privata", la stessa era sorta con la costruzione di due palazzine frontiste e sulla quale, ovviamente non poteva mai essersi costituita una pregressa servitù di pubblico passaggio.

Menzionava le sentenze di due sezioni di questa C.T.R. (n.24/11/03 e n.16/12/03) che, al riguardo della TOSAP, avevano stabilito che ove l'occupazione sia stata realizzata in sede di edificazione, quando cioè l'area era privata, manca il presupposto del precedente uso pubblico della strada e, ovviamente, manca la pregressa costituzione di servitù di pubblico passaggio e che incombe sull'ente impositore, nella sua veste di attore sostanziale nelle controversie tributarie, l'onere di provare l'esistenza dei presupposti a sostegno della pretesa impositiva contestata (Cass., Sez. Trib., 22 maggio 2002, n.7477)

Rimarcava quanto già sostenuto in sede di ricorso ed invitava questa adita Commissione a verificare che, diversamente da quanto statuito nella sentenza impugnata, **non aveva mai** riconosciuto che la traversa di Via Togliatti sia stata **assoggettata a servitù di pubblico passaggio**, e comunque nel caso di specie **incombeva** all'ente impositore dare la prova che tale presupposto impositivo preesistesse all'occupazione.

Sottolineava, ancora una volta, la circostanza, di per se assorbente, della sua totale **estraneità alla pretesa impositiva**.

Biasimava il fatto che il Comune di B. e per esso l' A.S.V. pur avendo subito l'**annullamento dell'avviso di accertamento per gli anni 2001 e 2002**, peraltro con motivazioni diverse adottate dalla C.T.P. e dopo avere prestato acquiescenza alle richiamate sentenze e dopo avere rinunciato **alle identiche pretese per gli anni 2003 e seguenti**, **continuasse a coltivare la controversia per cui è causa e non avesse provveduto ad annullare in autotutela gli atti impugnati, non fosse altro** che per una ragione di giustizia sostanziale, visto che non aveva nulla a che fare con le presunte occupazioni del suolo assoggettate ad imposta.

MOTIVAZIONI

Questa C.T.R. indipendentemente dalla tardività o meno dell'eccezione sollevata dall'appellante sul difetto di legittimazione passiva, evidenzia la **sua infondatezza** in quanto è soggetta alla Tosap chiunque occupa un suolo pubblico indipendentemente dalla sua

posizione catastale, poiché irrilevanti sono i motivi dell'occupazione (Cass. Sez.V sent. Civile del 12.1.2004 n. 238) e la tassa è dovuta anche in caso di occupazione abusiva di un suolo pubblico (TAR Lazio sez. II del 26.3.2004 n. 2867 e TAR Puglia sez. I del 18.7.2002 n. 3471).

Per quanto riguarda la doglianza circa la mancata motivazione dell'accertamento, questa Commissione non ha nulla da aggiungere a quanto accertato e rilevato dai primi giudici.

Coglie comunque l'occasione per rammentare che "l'obbligo di motivare gli atti tributari deve ritenersi soddisfatto quando l'atto consente di verificare quali criteri siano stati seguiti nella valutazione ed altresì di conoscere in modo sommario, gli elementi all'uopo utilizzati" (Corte di cassazione sez. unite n 4853 del 3.6.87) e quindi di contestare l'*an* ed il *quantum debeatur* (tra le altre Cass. n. 7759 del 22.8.1996 e n. 4749 del 24.7.1986 n.6854 del 19.11.1983, n. 1582 del 31.3.1989 e n.4085 del 3.4.1992).

Rammenta, altresì, che sulla scia di tali sentenze si è formata tutta una cospicua giurisprudenza, non ultima quella della Cassazione sez. V civile che, in relazione alle motivazioni degli atti tributari, ha sancito, con sentenza n.11700 del 21.11.2000 che "*il requisito della motivazione dell'accertamento oltre che con le puntualizzazioni degli estremi soggettivi ed oggettivi delle posizioni dedotte, viene osservato anche se la sola indicazione dei fatti astrattamente giustificativi di essa consentano di delimitare l'ambito delle ragioni adducibili dall'Ufficio nell'eventuale fase contenziosa, restando poi affidate al giudizio d'impugnazione dell'atto le questioni riguardanti l'effettivo verificarsi dei fatti stessi e la loro idoneità a dare sostanze alle questioni positive*" ed ultimamente anche quella del Consiglio di Stato sez. V che, con sentenza n. 2281 del 29.4.2002, che rafforza quanto già deciso dal TAR del Lazio sez. 1 il 16.1.2002 con sentenza n. 328, ha chiarito che "*la garanzia di tutela delle proprie ragioni non viene meno per il fatto che nel provvedimento finale della P.A. non risultino chiaramente e compiutamente esplicate le ragioni sottese alle scelte allorché le stesse possono essere agevolmente colte dagli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il provvedimento*".

Infatti, nel caso specifico i primi giudici hanno evidenziato che l'accertamento era congruamente motivato in quanto faceva riferimento all'indicazione del presupposto giuridico del rapporto tributario de quo, indicando la località (via cittadina), la categoria, (2), il tipo di occupazione (passi carrabili), la quantità dichiarata (o), la quantità accertata (4,00) e l'importo dell'imposta nonché gli illeciti tributari contestati e la determinazione delle somme dovute, il che escludeva la fondatezza del motivo di opposizione innanzi indicato.

Nel caso in specie l'appellante può non essere d'accordo con l'Ente impositore nel merito dell'indicazione dei valori ma non può certo sostenere fondatamente che l'avviso sia nullo perché mancante di motivazione o perché la motivazione sia insufficiente o illegittima, in quanto, sia per costante giurisprudenza che per dottrina, questa deve ritenersi sufficiente (e perciò l'atto non può essere nullo) anche quando si sia limitata ad indicare il sol criterio astratto seguito dall'Ufficio per la determinazione della tassa.

Viceversa per quanto riguarda il merito dell'occupazione del suolo **l'appello è da ritenersi fondato.**

Premesso che diversamente da quanto statuito nella sentenza impugnata, non risulta che l'appellante abbia mai riconosciuto che la traversa di Via Togliatti sia stata assoggettata a servitù di pubblico passaggio, **incombe** all'ente impositore dare la prova di tale presupposto, che fra l'altro, non giustifica l'atto impositivo.

Infatti dagli atti non risulta che Ente impositore abbia dimostrato o fornito prova contraria che il suolo sia pubblico o divenuto pubblico (alla sentenza della Cassazione citata dall'appellante si aggiungono anche quelle della Cass. sez. V del 12.1.2004 n. 238 e del 9.2.2004 n. 2433); prova questa non necessaria solo per i beni definiti demaniali ex art. 824 C.C. (C.T.R. Campania sez. XXXVI del 8.4.2002 n. 114).

Per l'acquisizione di un bene da destinare a uso pubblico è indispensabile un atto formale (vedi sentenza del Tar citata dall'appellante nel ricorso) ed il ricorso alla presunzione "*juris tantum*" (Cassazione del 8.8.2003 n. 11993), nel caso in esame, poi, contrasta con la certificazione rilasciata dall'Ufficio Tecnico Comunale dello stesso Comune impositore, in cui si dichiara che il suolo, ovvero la strada in questione, non è compresa nell'elenco delle strade classificate comunali urbane e né l'Ente impositore ha dimostrato "*di aver messo in opera atti e comportamenti dell'autorità comunali inequivochi come la disciplina del traffico e la concessione di passi carrabili, l'installazione di illuminazione elettrica, di marciapiedi, di impianti idrici e fognari, manutenzione e bitumazione*" come ha evidenziato l'appellante in sede di ricorso citando le sentenze della Cass. sez. n. 08619 del 29.8.1998 e n. 04872 del 29.7.1980

Anche la magistratura tributaria si è interessata delle strade private dichiarando la non assoggettabilità alla tassazione in mancanza di provvedimenti ablativi (C.T.R. Toscana sez. IV del 8.1.2003 n. 98).

La "*dicatio ad patriam*" anche se consente la servitù di passaggio o la messa a disposizione della collettività di persone considerate "*uti civis*" di un bene privato, che comunque deve essere provata e non limitata solo ad "*uti singuli*" (vedi sent. Cassazione n. 8619 del 29.8.1998 citata in ricorso) certamente non obbliga poi il proprietario dello stesso a pagare un taxa per il suo uso e/o l'occupazione. Lo stesso dicasi per la presunzione di demanialità ex art. 22 comma 31 L. 20.3.1865 n. 2248 esistente per una strada privata che colleghi due strade pubbliche

Costante e consolidata giurisprudenza ha escluso la tassazione per i passi carrabili, grate, tombini e ogni altro manufatto esistenti un suolo pubblico, quando queste opere siano state realizzate in sede di edificazione del fabbricato su un suolo che all'epoca era privato (cioè quando la costruzione del manufatto è oggetto di concessione urbanistica e non di concessione all'uso particolare di un bene pubblico) o sono state costruite quando la servitù già esisteva (alle sentenze della C.T.R. della Puglia citate dall'appellante, si aggiungono quelle della C.T.R. Puglia sez. XXVI del 19.11.2004 n. 97; C.T.R. Lazio sez. XXX del 15.5.2004 n. 14; C.T.R. Lazio sez. XXXIII del 24.2.2004 n. 54; C.T.R. Puglia XII del 15.1.2004 n. 16; C.T.R. Toscana XXXII del 16.12.2003 n. 37; C.T.R. Puglia sez. XXIII del 3.4.2003 n. 38 n e 39 nonché la n. 39 del 12.12.2003 emessa da questa stessa sezione anche se con diversa composizione).

A maggiore ragione la tassazione non è dovuta quando il suolo sia ancora privato e la strada sia stata costruita ad opera di privati e né su quest'ultima circostanza il Comune ha

dimostrato il contrario con l'esibizione o la sola citazione di atti attestanti la costruzione della strada da parte del Comune, quali: delibere, contratti di appalto, mandati di pagamento ecc.

La complessità della questione giustifica la compensazione delle spese, in quanto pur se motivi di mera opportunità avrebbero suggerito all'Ente impositore, dopo aver subito l'annullamento degli avvisi di accertamenti per gli anni 2001 e 2002, rispettivamente il 5.11.2003 ed 20.10.2002 da due diverse e distinte C.T.P. ed aver rinunciato alla tassazione per il 2003, di non continuare la controversia per gli anni precedenti 1998 e 1999, l'esistenza di una sentenza favorevole, pur se appellata, ne consigliavano la conservazione della stessa e la partecipazione dell'Ente al suo processo di revisione (circ. ministeriale n. 98/E del 23.4.1996).

P.Q.M.

La C.T.R. Puglia sez. XV nell'u.c.c. del 18.3.2005, accoglie l'appello e per l'effetto riforma la sentenza n. 229/18/2003 della C.T.P. di Bari del 13.6.2003.

Spese compensate.

Bari, 18.3.2005

Il Relatore
(dr. Michele Gurrado)

Il Presidente
(dr. Aristodemo Ingusci)