



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

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 6284 del 2015, proposto da Comune di Miglionico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fernanda Chiarelli, con domicilio eletto presso lo studio Paolo Botzios in Roma, via Cicerone 49;

contro

Achille Volpe, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata (Sezione prima) n. 904/2014, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 6 ottobre 2022 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti l'avvocato Chiarelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Miglionico disponeva con ordinanza n. 31/2013 la chiusura a effetto immediato e a tempo indeterminato dell'attività di ristorazione svolta dal signor Achille Volpe nell'azienda agrituristica di proprietà denominata "Tenuta della Volpe", ai sensi dell'art. 10 commi 1 e 3 l. 25 agosto 1991 n. 287, come modificato dall'art. 64 del d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, e dell'ivi richiamato art. 17-ter comma 3 r.d. 18 giugno 1931 n. 773.

Tanto alla luce del verbale della locale stazione dei Carabinieri di Miglionico 1° aprile 2013, che aveva accertato in capo al medesimo la violazione della predetta legge 287/1991, per avere egli esercitato l'attività di ristorazione in locale non idoneo, costituito da una tettoia in legno posta nelle immediate adiacenze dei locali autorizzati a tale scopo ma non in questi ricompresa.

2. L'interessato impugnava il provvedimento e il presupposto accertamento con ricorso proposto davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, deducendo violazione dell'art. 10 l. 287/1991, dell'art. 17-ter TULPS e degli artt. 7 e ss. della l. 7 agosto 1990 n. 241.

3. Con sentenza n. 904/2014 l'adito Tribunale (Sezione prima), nella resistenza del Comune, accoglieva il ricorso, annullava l'ordinanza gravata e disponeva la condanna dell'Amministrazione comunale alle spese del giudizio.

Riteneva in particolare che:

a) non sussisteva il presupposto della somministrazione abusiva di alimenti e bevande di cui alle norme applicate, tale non essendo l'attività in parola, in quanto autorizzata il 28 marzo 1998;

- b) non vi era stata violazione nè dell'art. 3 comma 7 l. 287/1991 né dell'art. 64 comma 6 d.lgs. 59/2010 n. 59, avendo il ricorrente dimostrato che la realizzazione della tettoia di legno, che aveva preso il posto degli originari gazebo siti nella parte antistante ai locali ove già veniva svolta l'attività di ristorazione, era assistita dal permesso di costruire rilasciato dal Comune il 24 maggio 2005. E non rilevava di contro l'abusivo ampliamento (rispetto a quanto autorizzato) della stessa tettoia per 70 mq., trattandosi di un abuso edilizio definitivo, già colpito con provvedimento di demolizione n. 23 del 22 giugno 2010, consolidatosi per mancata impugnazione, così come il silenzio rigetto *ex art. 36 comma 3 d.P.R. 380/2001* sulla istanza di permesso di costruire in sanatoria presentata dall'interessato. Ciò in quanto *“il Comune può far eseguire coattivamente la suddetta demolizione con spese a carico del ricorrente oppure concedere al ricorrente un termine per l'esecuzione di tale demolizione, con l'espressa avvertenza che in caso di ulteriore inerzia, oltre all'esecuzione d'ufficio, si emanerà il provvedimento di autotutela (annullamento e/o revoca) dell'autorizzazione alla somministrazione di alimenti e bevande”, ma non disporre la chiusura a tempo indeterminato del ristorante, come fatto nell'ordinanza gravata*”;
- c) non poteva condividersi la difesa del Comune secondo cui la tettoia in parola non aveva la destinazione di ristorazione, in quanto l'istanza finalizzata alla sua costruzione esplicitava che lo scopo dell'opera era quello di *“migliorare la funzionalità e l'utilizzazione”* del ristorante;
- d) non poteva condividersi neanche la difesa comunale secondo cui la tettoia, adiacente al ristorante e aperta su tre lati, era priva dell'agibilità: ciò in quanto per l'art. 24 comma 2 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia* (come per il previgente art. 220 del r.d. 27 luglio 1934 n. 1265), il rilascio del certificato di agibilità è necessario soltanto per gli interventi di nuove costruzioni e di ricostruzioni o sopraelevazioni totali o parziali oppure nel

caso di interventi sugli edifici esistenti che possano influire sulle condizioni di sicurezza, igiene e salubrità degli edifici, condizione non rinvenibile nella specie, trattandosi di una tettoia di natura meramente pertinenziale, della quale il Comune non aveva neanche dimostrato la pericolosità sotto i profili di rilievo (per non conformità dell'impianto elettrico; per le stufe utilizzate; per il mancato rispetto delle disposizioni sulla prevenzione incendi; per l'inadeguatezza dei servizi igienici; per il numero degli avventori; per i rischi degli stessi).

3. Il Comune ha appellato la sentenza, avverso cui ha dedotto: *errores in iudicando e in procedendo*; erroneo apprezzamento e malgoverno del materiale istruttorio; erroneità dell'interpretazione e dell'applicazione del materiale cognitivo e della normativa, violazione di legge; *errores in procedendo e in iudicando*; erronea considerazione dei presupposti. Ha concluso per l'accoglimento del gravame e la conseguente riforma della sentenza impugnata.

L'appellato, pur risultando ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

Nel prosieguo, il Comune ha reiterato la manifestazione di interesse alla decisione del merito del gravame e ha depositato una memoria difensiva.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 6 ottobre 2022.

4. L'appello è fondato. Come lamentato dalla parte appellante, il primo giudice non ha fatto buon governo delle norme di riferimento della controversia né ha correttamente considerato i presupposti dell'atto impugnato.

5. Segnatamente, in punto di fatto, come emerge dal fascicolo di causa, è incontestato che l'attività di ristorazione di cui trattasi era svolta anche in un locale, la tettoia di cui sopra, il cui abusivo ampliamento (di 70 mq. rispetto a quanto autorizzato con il permesso di costruire del 24 maggio 2005) è stato accertato con atti amministrativi definitivi.

La circostanza è affermata con ogni chiarezza anche nella sentenza impugnata, che, infatti, cita al riguardo il provvedimento di demolizione e il silenzio rigetto *ex art.* 36 comma 3 d.P.R. 380/2001 formatosi sulla istanza di permesso di costruire in sanatoria, atti che riferisce essersi consolidati per mancata impugnazione da parte dell'interessato nel termine decadenziale di legge.

Ciò posto, non è chiaro su quale base il primo giudice sia pervenuto a esprimere, secondo quanto sopra riferito *sub a)*, il contrario avviso circa la non abusività dell'attività di ristorazione svolta con le sopra dette modalità.

Invero, la motivazione al riguardo esplicitata, ovvero che la ristorazione fosse stata autorizzata in locali diversi, conferma piuttosto che negare l'abusività, stante l'intima connessione tra l'autorizzazione all'attività e i locali in cui essa è esercitata, di cui meglio in seguito.

Né convince l'avviso del Tar, sopra riferito *sub c)*, che la tettoia avesse la destinazione di ristorazione perché l'istanza finalizzata alla sua costruzione esplicitava che lo scopo dell'opera era quello di "migliorare la funzionalità e l'utilizzazione" del ristorante.

Infatti – pur prescindendo sia dal fatto, parimenti pacifico, che la tettoia non è stata realizzata in conformità al provvedimento abilitativo sia dalla questione della idoneità o meno della predetta locuzione a esprimere l'intendimento di destinare direttamente il bene all'attività di ristorazione –rileva in senso dirimente che il provvedimento abilitativo di un'opera edilizia si riferisce al solo aspetto urbanistico-edilizio (conforme, ancorchè in senso contrario, ma secondo la stessa evidente logica, Cons. Stato, VI, 30 giugno 2021, n. 4940, secondo cui l'assentimento dell'attività commerciale non implica anche l'assentimento alla modifica dei locali dal punto di vista edilizio).

6. Ciò posto, l'art. 3 comma 7 della l. 287/1991 stabilisce che *“Le attività di somministrazione di alimenti e di bevande devono essere esercitate nel rispetto delle vigenti norme, prescrizioni e autorizzazioni in materia edilizia, urbanistica e igienico-sanitaria, nonché di quelle sulla destinazione d'uso dei locali e degli edifici, fatta salva l'irrogazione delle sanzioni relative alle norme e prescrizioni violate”*.

Similmente, l'art. 64 comma 6 del d.lgs. 59/2010 dispone che *“L'avvio e l'esercizio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande è soggetto al rispetto delle norme urbanistiche, edilizie, igienico-sanitarie e di sicurezza nei luoghi di lavoro”*.

Per entrambe tali norme, quindi, l'esercizio dell'attività di ristorazione richiede la conformità urbanistico-edilizia dei relativi locali.

Tanto si afferma anche dalla giurisprudenza formatasi sull'art. 3 comma 7 l. 287/1991 (*“A chiunque eserciti l'attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande senza l'autorizzazione, ovvero senza la dichiarazione di inizio di attività, ovvero quando sia stato emesso un provvedimento di inibizione o di divieto di prosecuzione dell'attività ed il titolare non vi abbia ottemperato, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 2.500 euro a 15.000 euro e la chiusura dell'esercizio”*), che afferma ripetutamente che la regolarità urbanistico-edilizia dell'opera condiziona l'esercizio dell'attività commerciale che si svolge all'interno di essa, anche perché opinare in senso contrario significherebbe eludere le sanzioni previste per la repressione degli illeciti edilizi, e che rileva come il legislatore del 1991, nell'indicare il medesimo fatto quale presupposto per l'esercizio di poteri propri sia della materia dell'urbanistica che di quella del commercio, e segnatamente nell'inibire all'autorità amministrativa di assentire l'attività nel caso di non conformità della stessa alla disciplina urbanistico-edilizia, ha dato atto della stretta connessione esistente tra le due materie (tra tante, Cons. Stato, VI, 23 ottobre 2015, n. 4880; V, 17 ottobre 2002, n. 5656; 28 giugno 2000, n. 3639).

In altre parole, il legittimo esercizio dell'attività commerciale è ancorato alla conformità urbanistico-edilizia dei locali in cui essa si svolge, e ciò non solo in sede di rilascio dei titoli abilitativi, ma anche per l'intera durata del suo svolgimento, che richiede l'iniziale e perdurante regolarità sotto il profilo urbanistico-edilizio dei relativi locali, con conseguente potere-dovere dell'autorità amministrativa di inibire l'attività esercitata in locali non conformi alla disciplina urbanistica (C.G.A.R.S. 18 maggio 2022, n. 591; Cons. Stato, V, 29 maggio 2018, n. 3212; VI, 23 ottobre 2015, n. 4880).

Il principio è stato anche di recente ribadito da questo Consiglio di Stato (V, 2 novembre 2021, n. 7320, che ha riconosciuto la legittimità della revoca di una autorizzazione rilasciata per la somministrazione di alimenti e bevande per il venir meno del requisito essenziale della conformità urbanistica dei locali destinati a sede dell'attività; II, 14 ottobre 2021, n. 6912, che ha riconosciuto la legittimità di un provvedimento recante il divieto di prosecuzione dell'esercizio della stessa attività per carenza della conformità urbanistico-edilizia delle opere strumentali all'attività).

7. E' pertanto erronea l'affermazione del giudice di prime cure, di cui sopra *sub b*), che nella fattispecie non vi era stata violazione né dell'art. 3 comma 7 della l. 287/1991 né dell'art. 64 comma 6 del d.lgs. 59/2010.

8. Vieppiù, nell'ambito della stessa motivazione in rassegna, il Tar si spinge a individuare i provvedimenti che il Comune avrebbe dovuto assumere in luogo dell'impugnata ordinanza di chiusura dell'attività, senza avvedersi che tali provvedimenti (esecuzione coattiva dell'ordine di demolizione; diffida a eseguirlo in un dato termine, pena il ritiro dell'autorizzazione alla somministrazione di alimenti e bevande), afferendo alla materia della disciplina urbanistico-edilizia, non costituiscono misure al-

ternative alla gravata ordinanza di inibizione, attinente alla diversa materia dell'attività commerciale, e quindi non realizzano lo stesso interesse pubblico perseguito dall'ordinanza, potendo pertanto, semmai, aggiungersi a essa ma giammai sostituirla. Sicchè l'ordinanza impugnata non può neanche ritenersi inficiata dalla mancata pregressa adozione di provvedimenti sanzionatori urbanistico-edilizi, come sembra invece ritenere il giudice di prime cure.

9. In definitiva, contrariamente a quanto affermato nella sentenza appellata, l'ordinanza di inibizione in esame bene poteva fondare, come ha fatto, sulla accertata irregolarità urbanistico-edilizia di parte dei locali in cui era svolta l'attività, restando inconferente ogni questione (su cui pure il Tar si è diffuso) circa l'agibilità o meno della tettoia e circa la sua eventuale pertinenzialità rispetto alla costruzione principale, aspetti che l'ordinanza non ha neanche menzionato e che sono insuscettibili di influire sull'accertamento di cui sopra e sulle conclusioni che correttamente il Comune ne ha tratto.

10. Per quanto precede l'appello deve essere accolto, disponendosi per l'effetto la riforma della sentenza impugnata e la reiezione del ricorso di primo grado. Le spese dell'intero giudizio, tenuto conto del suo andamento, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo accoglie, disponendo per l'effetto la riforma della sentenza impugnata e la reiezione del ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese dell'intero giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 6 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO