



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1881 del 2011, proposto da:  
Isabella Gatti e Alessandro Gatti, rappresentati e difesi dall'avv. Raffaele Bucci,  
con domicilio presso la Segreteria del T.A.R. ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

***contro***

Comune di Asiago, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso  
dall'avv. Vittorio Domenichelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.  
Francesco Curato in Venezia, Piazzale Roma, 468/B;

***per l'annullamento***

1) della nota prot. n. 8624 del 28.06.2011 - 01.07.2011 con la quale la Responsabile  
del Servizio Commercio del Comune di Asiago ha:

- a) comunicato ai sensi dell'art.10 - bis le ragioni dell'eventuale diniego dell'istanza  
di autorizzazione di un esercizio pubblico (bar) presentata dalla ricorrente;
- b) stabilito che, decorsi 10 giorni senza l'arrivo di osservazioni, quella nota di  
preavviso sarebbe stata "da considerarsi valevole quale provvedimento definitivo  
di diniego";

c) comunicando la sua impugnabilità avanti a codesto Ecc.mo Tribunale entro 60 giorni decorrenti già dalla sua comunicazione (quale mero preavviso);

2) in parte qua della Deliberazione C.C. n. 22 del 31.05.2011 con la quale il Comune di Asiago ha approvato i "parametri e criteri di programmazione per il rilascio delle autorizzazioni per l'esercizio delle attività di somministrazione di alimenti e bevande ai sensi della L.R. n. 29/2007 e del D. Lgs. n. 59/2010", nella parte in cui, proprio a seguito della presentazione della istanza della ricorrente rigettata col provvedimento impugnato sub 1), ha stabilito la non rilasciabilità di autorizzazioni de quibus nell'area in cui si trova il locale della ricorrente, con rigetto di un emendamento per la riduzione di quelle aree ricomprendente anche quella della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Asiago;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2012 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori avv. M. Antoniol, su delega dell'avv. Bucci, per la parte ricorrente e l'avv. Curato per il Comune di Asiago;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La Sig.ra Isabella Gatti espone di essere iscritta al registro degli esercenti di esercizi pubblici e di essere conduttrice di un immobile ad uso commerciale di proprietà del cugino Sig. Alessandro Gatti, sito nel centro storico del Comune di Asiago, della superficie di 75 mq, e che in data 31 maggio 2011 ha presentato una domanda di autorizzazione per l'apertura di un esercizio pubblico nel locale.

Con nota prot. n. 8624 del 28 giugno 2011, il Comune ha comunicato un preavviso di diniego, con la precisazione che, in caso di mancata presentazione di osservazioni nel termine di 10 giorni da parte dell'interessata, quella nota avrebbe dovuto considerarsi come un diniego definitivo.

Nella motivazione sono indicati come ostativi all'accoglimento dell'istanza, la mancanza di agibilità del locale e l'avvenuta approvazione, con deliberazione consiliare n. 22 del 31 maggio 2011, dei parametri e criteri di programmazione per il rilascio delle autorizzazioni per l'esercizio delle attività di somministrazione di alimenti e bevande, in base ai quali le zone centrali del territorio comunale sono interdette al rilascio di nuove autorizzazioni per esercizi pubblici.

Il diniego, unitamente a tale deliberazione consiliare, sono impugnati dalla Sig.ra Isabella Gatti e dal cugino Alessandro Gatti, proprietario dell'immobile, per le seguenti censure:

I) nullità degli atti impugnati e della previsione della necessità di un'autorizzazione per violazione degli artt. 9 e 10 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio, in base ai quali deve essere disapplicata la normativa nazionale di cui al Dlgs. 26 marzo 2010, n. 59, nella parte in cui non prevede un semplice controllo a posteriori all'avvio dell'attività del possesso dei requisiti, o quantomeno un meccanismo di silenzio assenso;

II) incompetenza, violazione dell'art. 10 bis e dell'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, dei principi di tipicità e nominatività degli atti amministrativi previsti dagli artt. 23 e 97 della Costituzione, e sviamento dalla funzione del preavviso, perché questo è stato sottoscritto dal responsabile del servizio, anziché dal responsabile del procedimento, e al predetto preavviso è stata impropriamente attribuita l'attitudine a divenire il diniego definitivo in caso di mancata presentazione di osservazioni;

III) violazione dell'art. 13 della direttiva n. 2006/123/CE e carenza di potere per l'intervenuta decadenza a causa del decorso del termine di 30 giorni previsto dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241;

IV) falsità della motivazione e del presupposto con riguardo al capo di motivazione che fa riferimento alla mancanza del certificato di agibilità, perché non erano ancora decorsi i termini per il rilascio del certificato di agibilità mediante la formazione del silenzio assenso;

V) violazione dell'art. 10 della direttiva 2006/123/CE, dell'art. 64, comma 3, del Dlgs. 26 marzo 2010, n. 64, carenza di motivazione e falsità del presupposto, contraddittorietà e illogicità in quanto la programmazione comunale ha previsto un'ampia zona assolutamente interdetta dall'apertura di nuovi esercizi, tra cui quella ove è ubicato l'immobile che la ricorrente intende adibire a pubblico esercizio, in mancanza dei presupposti che giustificano la limitazione.

Si è costituito in giudizio il Comune di Asiago concludendo per la reiezione del ricorso.

Alla pubblica udienza del 19 dicembre 2012, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Con il primo motivo la parte ricorrente lamenta l'illegittimità del diniego per violazione, previa disapplicazione del Dlgs. 26 marzo 2010, n. 64, con gli artt. 9 e 10 della direttiva 2006/123/CE, i quali non ammettono il mantenimento di regimi autorizzatori nelle normative nazionali per consentire l'esercizio delle attività economiche.

Con il quinto motivo lamenta che i limiti introdotti dalla programmazione comunale, che ha previsto una zona del centro storico nella quale è compreso l'immobile che i ricorrenti intendono adibire a pubblico esercizio ove è vietata

l'apertura di nuovi locali, è illegittimo perché contrario alla normativa comunitaria e immotivato.

Le censure, che possono essere esaminate congiuntamente, sono infondate e devono essere respinte.

La giurisprudenza comunitaria (che si fa risalire alla sentenza 5 febbraio 1963 resa nella Causa 26/62, Van Gend & Loos, e che poi è proseguita con la sentenza 5 aprile 1979 resa nella Causa 51/76 e, ancor più chiaramente, con la sentenza del 19 gennaio 1982 resa nella Causa 8/81 Ursula Becker) e nazionale (cfr. Corte costituzionale 22 luglio 1976, n. 182; id. 18 aprile 1991, n. 168) ammettono l'immediata applicabilità delle direttive quando le loro disposizioni siano sufficientemente chiare e precise nella determinazione dei diritti in capo ai soggetti, siano suscettibili di applicazione immediata perché il riconoscimento dei diritti non deve essere subordinata ad obblighi o condizioni, e il legislatore nazionale non abbia discrezionalità riguardo al contenuto delle disposizioni applicative, sempre che sia scaduto il termine di recepimento della direttiva.

Nel caso all'esame gli invocati artt. 9 e 10 della direttiva 2006/123/CE, non integrano i presupposti per la loro applicazione diretta, in quanto, privi dei menzionati requisiti, sono condizionati e necessitano per la loro applicazione dell'adozione di specifiche normative nazionali e lasciano ampi margini di intervento al legislatore nazionale chiamato ad applicare gli obiettivi previsti dalla direttiva.

L'art. 9 stabilisce infatti che gli Stati possano subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio ad un regime di autorizzazione, solo se ricorrono determinati presupposti, tra i quali è menzionata la necessità di salvaguardare motivi imperativi di interesse generale, e l'impossibilità di perseguire l'obiettivo tramite una misura meno restrittiva, e l'art. 10, comma 4, ammette espressamente

che possano essere previste limitazioni alle autorizzazioni per una determinata parte del territorio giustificata da motivi imperativi di interesse generale.

Il legislatore nazionale con l'art. 64 del Dlgs. 26 marzo 2010, n. 59, in materia di attività di somministrazione di alimenti e bevande, ha mantenuto il regime dell'autorizzazione, ed ha demandato ai Comuni l'adozione di appositi atti di programmazione che, a tutela di determinate zone del territorio, possono introdurre divieti o limitazioni all'apertura di nuove strutture, nei casi in cui siano riscontrabili ragioni di sostenibilità ambientale, sociale e di viabilità che non rendano possibile consentire ulteriori flussi di pubblico nella zona, senza incidere in modo negativo sui meccanismi di controllo in particolare per il consumo di alcolici, e senza ledere il diritto dei residenti alla vivibilità del territorio e alla normale mobilità, oltre che a tutela e salvaguardia delle zone di pregio artistico, storico, architettonico e ambientale, con il divieto di adottare criteri legati alla verifica di natura economica o fondati sulla prova dell'esistenza di un bisogno economico o sulla prova di una domanda di mercato.

Contrariamente a quanto dedotto dalla parte ricorrente, le menzionate disposizioni nazionali appaiono aver dato corretta applicazione alla direttiva, in quanto la presenza o meno di esercizi commerciali, e ancor più di esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, produce rilevanti conseguenze di carattere urbanistico e sociale sul territorio che costituiscono motivi di interesse generale, e giustificano pertanto il mantenimento del regime autorizzatorio e una programmazione che ponga limitazioni giustificate, nel rispetto di principi di proporzionalità ed adeguatezza, dalla necessità di salvaguardare tali obiettivi di interesse generale.

Ciò comporta che non vi sono i presupposti per operare l'invocata disapplicazione della normativa nazionale.

Le limitazioni poste dalla programmazione comunale, a loro volta appaiono conformi a quanto previsto dal citato art. 64 del Dlgs. n. 59 del 2010 (cfr. doc. 2 allegato alle difese del Comune), dato che si sostanziano nel divieto di nuove aperture in una ben delimitata porzione del centro storico, individuata a seguito di un'articolata analisi che ha condotto alla conclusione che vi sono problemi di sostenibilità ambientale e sociale per il traffico generato, per il disturbo arrecato dall'eccessivo addensamento degli avventori, e per il rischio di espulsione dal centro storico di attività commerciali di tipo diverso, funzionali alla residenza (cfr. la relazione allegata ai parametri e criteri di programmazione di cui al doc. 32 allegato alle difese del Comune).

Poiché l'immobile da adibire a pubblico esercizio si trova nella piazza principale, interessata da problematiche di viabilità, la scelta pianificatoria appare immune da errori di fatto, o profili di manifesta irragionevolezza o illogicità, gli unici che possono oggetto di sindacato in sede di legittimità, tenuto conto dell'ampia discrezionalità che caratterizza la potestà pianificatoria e programmatoria del Comune.

Le censure di cui al secondo e quinto motivo devono pertanto essere respinte.

Con il terzo motivo i ricorrenti affermano che rispetto all'istanza presentata si sarebbe formato il silenzio assenso, in quanto il preavviso di diniego è intervenuto il trentunesimo giorno dalla sua presentazione, e il diniego si è consolidato dopo ulteriori dieci giorni, in una fattispecie nella quale deve trovare applicazione il meccanismo del silenzio assenso previsto dall'art. 13 della direttiva 2006/123/CE, con il termine di trenta giorni previsto dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

La doglianza va respinta perché il termine di trenta giorni per la conclusione del procedimento previsto dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha carattere residuale, in quanto opera solo laddove non sia previsto un termine diverso.

Nel caso all'esame per gli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande il termine è di sessanta giorni ai sensi del punto 49, della tabella C, di cui all'allegato 3, del DPR 26 aprile 1992, n. 300, come sostituito dall'allegato 1 del DPR 9 maggio 1994, n. 407.

Pertanto, contrariamente a quanto dedotto, l'autorizzazione non può ritenersi rilasciata per silenzio assenso.

Con il secondo motivo i ricorrenti sostengono che il preavviso di diniego sarebbe illegittimo in quanto sottoscritto dal responsabile del servizio anziché dal responsabile dell'istruttoria, e che il provvedimento finale, costituito dalla medesima nota a seguito della mancata presentazione di osservazioni, sarebbe illegittima in quanto ha attribuito la natura di atto definitivo in base al comportamento silente del destinatario.

Tali doglianze sono entrambe da respingere, la prima perché il preavviso di diniego, che peraltro è un atto endoprocedimentale, non deve necessariamente essere sottoscritto da un soggetto diverso da quello competente all'adozione del provvedimento finale, come risulta dall'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo il quale va sottoscritto o dal responsabile del procedimento o dall'autorità competente, ed emerge indirettamente anche dall'art. 6, comma 1, lett. c), della legge 7 agosto 1990, n. 241, per il quale lo stesso responsabile del procedimento può anche coincidere con l'organo competente all'adozione dell'atto finale.

Nel caso di specie l'atto ha una duplice valenza, potendo consolidarsi in provvedimento finale in caso di mancata presentazione di osservazioni, e non è pertanto incongruo che sia stato sottoscritto dal responsabile del servizio.

La seconda perché lo schema adottato dal comune di Asiago, secondo il quale il preavviso di diniego completo della motivazione, può tener luogo del provvedimento finale in caso di mancata presentazione di osservazioni, non viola alcuna disposizione, atteso che la mancata presentazione di osservazioni, non



fornendo all'Amministrazione elementi utili a modificare la propria determinazione, può rendere effettivamente superflua una duplicazione di atti, e non viene in alcun modo conculcato l'interesse a partecipare al procedimento da parte del destinatario del provvedimento finale.

Quanto alla censura di cui al quarto motivo, in cui i ricorrenti lamentano l'illegittimità del capo di motivazione che fa riferimento alla mancanza del certificato di agibilità, perché non era ancora decorso il termine di centottanta giorni per la formazione del silenzio assenso, va osservato che in realtà il Comune ha dapprima sospeso il decorso del termine con nota prot. n. 2292 del 22 febbraio 2011, e che il termine non ha più ripreso a decorrere, in quanto è emersa l'abusività dell'immobile, per mancanza del rilascio di un titolo abilitativo che giustificasse fin dall'origine la sua presenza, a seguito della quale è stato disposto l'annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 54/2009 del 5 agosto 2009, con il quale era stato disposto il cambio di destinazione d'uso da magazzino – garage a locale commerciale.

Anche la censura di cui al quarto motivo è pertanto infondata.

In conclusione il ricorso deve essere respinto.

Le peculiarità della controversia giustificano tuttavia l'integrale compensazione delle spese di giudizio nonostante l'esito della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, terza Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Stefano Mielli, Primo Referendario, Estensore

Marco Morgantini, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)