

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso in appello n. [7412/2003](#), proposto dal sig. Giulio Luciano Guarnati, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Guarnati e Massimo Colarizi e presso quest'ultimo domiciliato in via Panama n. 12;

CONTRO

il sig. Flavio Scala, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Brighenti, Franco Zambelli e Mario Ettore Verino ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Roma via Lima n. 15;

e nei confronti di

il Comune di Malcesine in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Gabriella Maggiora e Antonio Liuzzi e domiciliato presso quest'ultimo in Roma, via Dardanelli n. 13;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto, 3^a Sez. n. 3893 del 22 luglio 2003 depositata il 23 luglio 2003.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della parte appellata;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta all'udienza del giorno 24 febbraio 2004 la relazione del consigliere Cesare Lamberti. Uditi gli avv.ti Colarizi, Guarnati, Liuzzi, Maggiora, Verino e Brighenti.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il sig. Guarnati Giulio Luciano espone di avere preso in affitto dal proprietario sig. Flavio Scala, con contratto 4 dicembre 2000 e per il periodo dall'1.1.2001 al 31.12.2002, l'azienda commerciale di bar ristorante, pizzeria, sita in Malcesine (Vr), località Val di Sogno n. 23, sotto l'insegna "La Voglia". L'azienda è costituita da un complesso unitario ed organizzato di beni nel quale rientrano e ne formano parte integrante e essenziale, l'immobile e le pertinenze ove è esercitata, gli impianti, l'arredo, le attrezzature, le suppellettili e gli accessori nonché le licenze e le autorizzazioni amministrative rilasciate. L'attività commerciale iniziata e gestita dal sig. Scala sino al novembre 1992 era stata poi affittata a terzi sino al dicembre

N. 3467/04 REG.DE

N. 7412 REG.RIC.

ANNO 2003

2000, allorché il Guarnati è subentrato nella gestione in qualità di affittuario Il Comune di Malcesine, accertato il trasferimento della Gestione e la regolare iscrizione del Guarnati, gli rilasciava le autorizzazioni per la somministrazione al pubblico di alimenti e bevande di tipi A e di tipo B.

Invitato a riconsegnare l'azienda entro e non oltre la data del 31.12.2002 di scadenza del contratto, il Guarnati opponeva al sig. Scala la clausola con cui veniva espressamente concessa la possibilità di effettuare un successivo biennio di affittanza qualora la parte affittante non intendeva gestire personalmente l'azienda. Non concedendo la proroga, lo Scala conveniva l'affittuario in giudizio innanzi al Tribunale di Verona per la declaratoria del proprio diritto a vedersi riconsegnata l'azienda; nel giudizio civile si costituiva il sig. Guarnati opponendo in riconvenzione la proroga. Il medesimo sig. Scala dava notizia al Comune di Malcesine che il contratto di affitto era scaduto alla data del 31.12.2002 e che a quella data era venuta meno la efficacia delle autorizzazioni n. 1207 tipo A e n. 1208 tipo B, rilasciate all'affittuario e ne chiedeva l'intestazione. Il Guarnati avvertiva il Comune della controversia pendente circa la cessazione dell'affitto e chiedeva la proroga delle licenze. Con il provvedimento del 4.6.2003 - prot. n. 8178, impugnato in primo grado, il Comune di Malcesine disponeva la proroga delle autorizzazioni (n. 1207 tipo A e n. 1208 tipo a) fino al 31.12.2004 statuendo, però, che la proroga sarebbe decaduta automaticamente "nel caso che intervenga la sentenza del Tribunale di Verona (ancorché non definitiva) con la quale il Giudice accerti il mancato rinnovo del contratto d'affitto d'azienda" a suo tempo stipulato tra le parti.

Avverso il provvedimento il sig. Scala ha prodotto ricorso innanzi al Tar del Veneto, che, ritenuta l'esistenza dell'interesse dello Scala, che doveva essere avvisato dell'avvio del procedimento, lo ha accolto, ritenuta l'applicabilità in via di principio dell'art. 49, VIII comma, del D.M. n. 375/88 e la cessazione al 31.12.2002 degli effetti del contratto di affitto di azienda. Si sono costituiti in giudizio il sig. Scala, chiedendo il rigetto dell'appello ed il comune di Malcesine, eccependo il difetto d'interesse al ricorso del sig. scala e l'erroneità nel merito della sentenza.

DIRITTO

Con il provvedimento impugnato in primo grado il responsabile p.o. entrate e servizi alle imprese del Comune di Malcesine -dato atto che allo stato l'esercizio era materialmente nel possesso del sig. Guarnati Giulio Luciano ed è da lui gestito con contratto di

affitto di azienda agli atti del comune- ha disposto in autotutela la proroga sino al 31.12.2004 della validità delle autorizzazioni n. 1207 tipo A e n. 1208 tipo B rilasciate il 27.03.2001 in favore del medesimo. Ritenuto di attendere la decisione della lite pendente al tribunale civile di Verona sulla titolarità della gestione temporanea dell'esercizio, è stata stabilita la decadenza automatica della proroga decadrà nel caso di sentenza del tribunale di Verona (ancorché non definitiva) che accerti il mancato rinnovo del contratto di affitto di azienda. Nella decisione impugnata, di accoglimento del ricorso proposto dal sig. Scala proprietario del locale, il Tar del Veneto ritenuta la necessità di notificare lo Scala tramite avviso dell'avvio del procedimento, ha ritenuto che gli effetti del contratto di affitto di azienda erano cessati il 31.12.2002 ai sensi dell'art. 3, 1° comma del contratto stesso e che pertanto il Comune non poteva, in assenza di una volontà concorde tra le parti, disporre la proroga delle autorizzazioni commerciali in capo al controinteressato.

Nel costituirsi nel precedente e nel presente grado di giudizio, il Comune ha chiarito di avere ricevuto, il 2.1.2003 la domanda dello Scala di reintestazione delle autorizzazioni amministrative e dell'autorizzazione sanitaria perché scadute e di avere richiesto al Guarnati il 24.2.2003, la restituzione degli originali delle autorizzazioni rilasciategli il 27.3.2001 per subingresso nell'esercizio commerciale. A tal punto era stato informato dal legale di quest'ultimo della controversia insorta con lo Scala sulla effettiva cessazione dell'affitto dell'azienda, stante l'opposizione della proroga per un ulteriore biennio, come da eccezione riconvenzionale opposta nella causa pendente al tribunale di Verona ad istanza dello Scala. Ancora il Comune aveva ricevuto dal Guarnati la nota del 18 aprile 2003 per l'adeguamento della validità delle autorizzazioni al rinnovo biennale del contratto, richiesta sollecitata con nota del 22.4.2003. Il comune disponeva, a tal punto un sopralluogo effettuato il 22.4.2003, nel corso del quale la polizia municipale accertava che il bar ristorante " La Voglia " era aperto e materialmente gestito dal controinteressato sig. Scala. Il comune adottava a tal punto il provvedimento impugnato di proroga dalla validità delle autorizzazioni di pubblico esercizio per l'ulteriore biennio previsto dal contratto in base al criterio dello stato di fatto e, in considerazione della causa civile pendente tra le parti, ne condizionava la validità alla pronuncia esecutiva (ancorché non definitiva) con la quale il giudice civile avesse accertato il mancato rinnovo del contratto di affitto di azienda.

Ancorché conclusosi con il rinnovo delle autorizzazioni in favore del Guarnati, il procedimento aveva avuto impulso con istanza dello Scala. Segue che la sentenza impugnata è da riformare nella parte in cui ha ritenuto necessario che quest'ultimo fosse avvertito del procedimento con l'avviso di avvio. Non occorre infatti l'invio di tale comunicazione per i procedimenti amministrativi ad istanza di parte, nell'ambito dei quali tale autonoma comunicazione realizzerebbe una evidente duplicazione di attività, con aggravio dell'amministrazione, non compensato da particolari utilità per i soggetti interessati destinatari del provvedimento perché già informati dei fatti (C. Stato, sez. V, 22-05-2001, n. 2823).

Da quanto chiarito in punto di fatto emerge poi il fondamento dell'appello anche nella parte in cui deduce la violazione dell'art. 49, comma ottavo del D.M. n. 375/88, in relazione all'art. 7, della legge n. 287/1991, unica applicabile dopo l'abrogazione del decreto ministeriale per effetto dell'art. 26 comma sesto del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114: nel ricollegare al trasferimento della gestione o della titolarità dell'esercizio la cessione della relativa autorizzazione, la disposizione avrebbe introdotto il criterio dell'effettività della conduzione dell'azienda commerciale, così prescindendo da quello della titolarità, così privilegiando la continuità dell'impresa ed il suo concreto operare sul mercato.

Osserva la sezione come il medesimo *favor* all'effettiva operatività dell'impresa possa essere desunto anche dal testo dell'art. 49 del precedente decreto ministeriale n. 375/1988, secondo cui il trasferimento in gestione o in proprietà di un esercizio di vendita per atto tra vivi o a causa di morte comportava di diritto trasferimento dell'autorizzazione al subentrante nello svolgimento dell'attività, sempreché fosse provato l'effettivo trasferimento dell'esercizio. La disposizione regolamentare, che ripete -ampliandone la portata- il testo dell'art. 29, della legge n. 426/1971, è stata costantemente interpretata nel senso dell'obbligatorietà del rilascio della voltura dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività in favore del subentrante senza che nell'operato dell'amministrazione potessero rinvenirsi elementi di discrezionalità (Cons. Stato, V, 27 febbraio 1998, n. 210).

Appare perciò frutto di errore l'applicazione del suddetto principio al caso di specie che si rinviene nella decisione di primo grado laddove assume che, scaduto al 31 dicembre 1982 gli effetti del contratto di affitto dell'azienda commerciale il comune non poteva, in assenza di una volontà concorde tra le

parti, disporre della proroga delle autorizzazioni commerciali in capo al controinteressato. Il carattere reale dell'autorizzazione all'esercizio di attività commerciale implica la focalizzazione dell'attività rispetto all'astratta titolarità del bene. Al momento di disporre la proroga della autorizzazioni, il Comune di Malcesine ha correttamente accertato con apposita istruttoria il soggetto che effettivamente conduceva la gestione del bar ristorante e rilasciato il provvedimento in favore di quest'ultimo, subordinandone, con effetto risolutivo, l'efficacia alla risoluzione della controversia circa il biennio di proroga del contratto di affitto di azienda.

Subordinare -come intende la sentenza impugnata- gli effetti dell'autorizzazione alla concorde volontà delle parti private, implica assoggettare l'efficacia del provvedimento a presupposti privi di certezza in un settore di attività dove è prevalente l'esistenza dell'esercizio sul mercato in osservanza del criterio che privilegia l'effettivo esercizio dell'attività economica. Nella specie, aver privilegiato la mancanza di accordo fra lo Scala ed il Guarnati circa la proroga per un altro biennio dell'affitto dell'azienda comportava la reintestazione della licenza commerciale in capo allo Scala in quanto nudo proprietario del locale che era però ancora in possesso del Guarnati, perché ancora in atto la controversia sulla proroga dell'affitto dell'azienda. Non essendo più il Guarnati titolare della necessarie licenze di esercizio, ne sarebbe inevitabilmente conseguita la cessazione dell'attività commerciale.

Una conseguenza di tal fatta appare quantomeno contraria ai criteri ispiratori sia della precedente normativa in materia di commercio, sia ai più recenti criteri introdotti dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 che in conformità al criterio di efficienza e razionalizzazione della rete commerciale contenuto nell'art. 4, comma 4, della legge di delega n. 59/97 privilegia l'effettivo e concreto esercizio dell'attività rispetto alla quale la proprietà dei locali in cui essa si svolge ha valenza strumentale e pertanto recessiva.

L'appello deve essere conclusivamente accolto e riformata la decisione impugnata, nei cui confronti è superflua la trattazione delle ulteriori eccezioni di nullità sollevate dall'appellante. Va conseguentemente rigettato il ricorso originario. Ricorrono i giusti motivi per compensare spese, competenze ed onorari di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato – Quinta Sezione, accoglie l'appello e in riforma della decisione impugnata, respinge il ricorso di primo

grado. Compensati spese, competenze ed onorari di entrambi i gradi di giudizio.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del 24 febbraio 2004.

Emidio Frascione	Presidente
Chiarenza Millamaggi Cogliani	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere est.
Marzio Branca	Consigliere

L'ESTENSORE
f.to Cesare Lamberti

IL PRESIDENTE
f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO
f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28 maggio 2004

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

p. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi