

Pubblicato il 11/03/2021

N. 00632/2021 REG.PROV.COLL.

N. 02237/2019 REG.RIC.

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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2237 del 2019, proposto da Maurizio Della Pace, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio Reggiori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e presso lo studio Vincenzo Toscano in Milano, via Manara, 13;

contro

Comune di Cadrezzate con Osmate, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Emanuele Boscolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e presso lo studio Anna Arduino in Milano, corso Buenos Aires, n. 75;

per l'annullamento

- dell'ordinanza contingibile e urgente n. 26 dell'11.07.2019, prot. n. 0002655 dell'11.07.2019, con la quale il Sindaco del Comune di Cadrezzate con Osmate ha ordinato alla ricorrente "la cessazione dell'attività di intrattenimenti musicali e danzanti svolti in difetto di licenza a far data dal giorno 11.07.2019";
 - dell'ordinanza contingibile e urgente n. 29 del 19.07.2019, con la quale il Sindaco del Comune di Cadrezzate con Osmate ha ordinato alla ricorrente "la chiusura immediata dell'esercizio dell'attività di somministrazione e bevande esercitata nei locali di Via Mogno 442 a far data da oggi 29.07.2019 fino al 25.07.2019 compreso";
 - del provvedimento prot. n. 0002880 del 23 luglio 2019 recante, nell'oggetto, "Esito riunione del 22.07.2019";
 - di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi;
- e per il risarcimento del danno conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cadrezzate con Osmate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 11 dicembre 2020 celebrata da remoto il dott. Alberto Di Mario e trattenuta la causa in decisione come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente, titolare dell'impresa individuale La Playa di Della Pace Maurizio, che gestisce un esercizio pubblico prospiciente il lago di Monate, in provincia di Varese, ha impugnato l'ordinanza contingibile e urgente n. 26 dell'11.07.2019, prot. n. 0002655 dell'11.07.2019, con la quale il Sindaco del Comune di Cadrezzate con Osmate ha ordinato all'impresa "la cessazione dell'attività di intrattenimenti musicali e danzanti svolti in difetto di licenza a far data dal giorno 11.07.2019" e l'ordinanza contingibile e urgente n. 29 del 19.07.2019, con la quale il Sindaco ha ordinato "la chiusura immediata dell'esercizio dell'attività di somministrazione e bevande esercitata nei locali di Via Mogno 442 a far data da oggi 29.07.2019 fino al 25.07.2019 compreso". Con il primo atto il Comune ha contestato al ricorrente di aver svolto attività di intrattenimento danzante senza abilitazione ed ha inflitto la sanzione della cessazione dell'attività di intrattenimento danzante a far

data dal 11.07.2019; con il secondo ha contestato la reiterazione della violazione, accertata in data 19.07.2019, ed ha inflitto la sanzione della chiusura per 7 giorni.

Contro i suddetti atti il ricorrente ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

A. Sull'Ordinanza 26/2019: violazione dell'art. 74 della L.R. n. 6/2010. Violazione degli artt. 68 e 69 T.U.L.P.S. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta.

Secondo il ricorrente l'attività danzante all'aperto non richiederebbe autonoma abilitazione in quanto l'art. 74 della L.R. n. 6/2010 prevede che l'autorizzazione rilasciata per l'esercizio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande "abilita all'installazione e all'uso di apparecchi radiotelevisivi ed impianti in genere per la diffusione sonora e di immagini".

In ogni caso, in contrasto con quanto sostenuto nell'Ordinanza 26/2019, l'impresa La Playa di Della Pace Maurizio non avrebbe mai svolto alcuna attività di "trattenimento musicale" che avrebbe necessitato di una autorizzazione ai sensi degli articoli 68 e 69 T.U.L.P.S. Infatti sebbene avesse fatto richiesta di tale autorizzazione in data 9.05.2019, non ancora ottenuta all'inizio della stagione estiva 2019, si sarebbe limitato allo svolgimento della ordinaria attività di somministrazione di alimenti e bevande con accessoria diffusione di musica di sottofondo.

B. Sull'Ordinanza 29/2019: violazione dell'art. 74 della L.R. n. 6/2010. Violazione degli artt. 68 e 69 T.U.L.P.S. Violazione dell'art. 8 bis della Legge n. 689/1981. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta.

Il ricorrente contesta la sussistenza della reiterazione in quanto nessuna violazione gli sarebbe mai stata contestata prima del verbale del 19.07.2019 e dell'Ordinanza n. 29/2019, con la conseguente illegittimità dell'applicazione delle sanzioni connesse alla presunta recidiva per violazione di quanto disposto dall'Ordinanza 26/2019.

Inoltre contesta l'accertamento della Polizia locale in data 19.07.2019 nella parte in cui ha rilevato la presenza di un numero di persone superiore a 200 in quanto si tratterebbe di un computo errato.

C. Violazione degli articoli 50 e 54 del D. Lgs. n. 267/2000. Violazione dell'art. 3 della Legge n. 241/1990. Violazione dell'art. 107 del D. Lgs. n. 267/2000. Eccesso di potere per incompetenza. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione. Sviamento della causa tipica. Ingiustizia manifesta.

Secondo il ricorrente mancherebbero i presupposti richiesti dalla giurisprudenza per qualificare gli atti impugnati quali ordinanze contingibili ed urgenti.

Esse sarebbero espressione dell'ordinario potere comunale di vigilanza sui pubblici esercizi, per cui sarebbero illegittime in ragione dell'incompetenza del Sindaco a esercitare tale potere.

D. Violazione dell'art. 7 della Legge n. 241/1990 per omessa comunicazione di avvio del procedimento. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione dei principi di trasparenza, contraddittorio, partecipazione, correttezza e buon andamento.

Con tale motivo il ricorrente contesta l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento ed il difetto di istruttoria che ne è conseguito.

Da ultimo chiede il risarcimento dei danni.

La difesa del Comune, con memoria depositata in data 25/11/20, ha chiesto la reiezione del primo motivo del ricorso in quanto nella s.c.i.a. presentata dalla ricorrente era prevista l'attività di musica dal vivo con dj, mentre di fatto nel locale si svolgeva attività di ballo senza ancora aver ottenuto la relativa licenza.

Il secondo motivo sarebbe infondato in quanto sussisterebbe la prova della reiterazione della violazione.

Il terzo motivo sarebbe infondato in quanto la vigilanza sui pubblici esercizi spetta al Sindaco.

Il quarto motivo sarebbe infondato in quanto gli atti impugnati sarebbero provvedimenti a contenuto vincolato.

Con memoria depositata in data 30/11/20 il ricorrente ha ribadito i motivi già proposti. Le parti hanno chiesto il rinvio dell'udienza per trattative.

All'udienza del 11 dicembre 2020 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. La richiesta di rinvio non può essere accolta in quanto la causa è matura per la decisione ed è stata già rinviata in data 06/05/2020.

3. Deve essere inoltre preventivamente scrutinato, in ossequio alla tassonomia enunciata nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 27 aprile 2015 n.5, anche in deroga alla graduazione operata da parte ricorrente, il denunciato vizio di incompetenza sollevato con il motivo sub C.

Detta specifica censura coglie nel segno.

Dall'esame degli atti risulta infatti che le ordinanze contingibili ed urgenti son state emanate al fine di sanzionare il ricorrente per l'assenza della licenza di polizia per lo svolgimento di tale attività.

In merito occorre precisare che gli articoli 68 e 69 del TULPS prevedono, rispettivamente, che:

– “Senza licenza del Questore non si possono dare in luogo pubblico o aperto o esposto, al pubblico, accademie, feste da ballo, corse di cavalli, né altri simili spettacoli o trattenimenti, e non si possono aprire o esercitare circoli, scuole di ballo e sale pubbliche di audizione. Per eventi fino ad un massimo di 200 partecipanti e che si svolgono entro le ore 24 del giorno di inizio, la licenza è sostituita dalla segnalazione certificata di inizio attività di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, presentata allo sportello unico per le attività produttive o ufficio analogo”;

– che: “Senza licenza della autorità locale di pubblica sicurezza è vietato dare, anche temporaneamente, per mestiere, pubblici trattenimenti, esporre alla pubblica vista rarità, persone, animali, gabinetti ottici o altri oggetti di curiosità, ovvero dare audizioni all'aperto. Per eventi fino ad un massimo di 200 partecipanti e che si svolgono entro le ore 24 del giorno di inizio, la licenza è sostituita dalla segnalazione certificata di inizio attività di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, presentata allo sportello unico per le attività produttive o ufficio analogo”.

Come chiarito dalla giurisprudenza (TAR Lazio, sez. II ter, 03/09/2015 n. 11033) “*La competenza al rilascio delle licenze previste dall'art. 68 è stata trasferita dal Questore al Sindaco in forza dell'art. 19, c. 1, punto 5) del D.P.R. 24/7/1977, n. 616. Pertanto, la competenza al rilascio delle autorizzazioni in materia di trattenimenti musicali e danzanti è stata trasferita al Sindaco del comune in cui ricade l'attività. Senonché, dopo l'entrata in vigore del T.U. EE.LL, detta disposizione va interpretata nel senso che la competenza non spetta più al Sindaco ma, ai sensi dell'art. 107 comma 5, D.Lgs 18 agosto 2000 n.267, al Dirigente comunale. Tale competenza, naturalmente, si estende - anche in applicazione della regola generale sul contrarius actus - ad ogni altro provvedimento funzionalmente collegato al rilascio dell'autorizzazione e che si regga sui medesimi presupposti (revoca, decadenza, annullamento d'ufficio, esercizio dei poteri di vigilanza e controllo, atti tutti connessi alla medesima sfera di attribuzione dei poteri siccome di natura gestoria e non programmatico-politica)”.*

Nello stesso senso la sentenza del T.A.R. Puglia, Lecce, 12/01/2021 n. 25, che si è così pronunciata: «*Osserva, in proposito, il Collegio che, come emerge chiaramente dal suo dispositivo, l'ordinanza oggetto di impugnazione ha disposto la revoca dell'autorizzazione per la somministrazione di alimenti e bevande agli associati già rilasciata in favore dell'Associazione ricorrente (atto di gestione di competenza dirigenziale). Viene, dunque, qui in rilievo il potere di cui all'art. 10 del T.U.L.P.S. (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), il quale, per insegnamento pretorio, può essere esercitato “non solo dal Questore per abuso di licenze di pubblica sicurezza, ma anche dall'Amministrazione Comunale per sanzionare ipotesi di abuso delle licenze di somministrazione di alimenti e bevande” (così, da ultimo T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 25/03/2019, n.274). Appare infondato anche il richiamo all'art. 10 comma 1 della L. n. 287 del 1991, norma che si riferisce alle potestà di tipo sanzionatorio (tra cui quella di chiusura dell'esercizio commerciale) attribuendo le stesse al Sindaco, ma oramai divenute di competenza dirigenziale ai sensi dell'art. 107 comma 5 del D.Lgs. n. 267 del 2000 (secondo cui “A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente testo unico, le disposizioni che conferiscono agli organi di cui al capo I titolo III l'adozione di atti di gestione e*

di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti, salvo quanto previsto dall'articolo 50, comma 3, e dall'articolo 54''')».

Ne consegue che gli atti impugnati debbono essere annullati per incompetenza del Sindaco ad adottare provvedimenti sanzionatori, addirittura con due ordinanze contingibili ed urgenti.

4. La domanda risarcitoria è invece infondata.

4.1 In merito occorre precisare che a seguito dell'orientamento espresso nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 27 aprile 2015 n.5, in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus.

Tuttavia, se il carattere assorbente del vizio di incompetenza preclude l'esame di altre censure nei confronti degli stessi atti, non è comunque impedito al giudice di pronunciarsi sugli elementi costitutivi di altre domande che non riguardino la legittimità dell'atto il cui potere non è stato ancora correttamente esercitato, soprattutto laddove, come nel caso di specie, l'atto viziato da incompetenza sia stato comunque eseguito, con conseguenti effetti dannosi nei confronti del destinatario.

4.2 Nel caso di specie la domanda risarcitoria è sfornita di adeguata prova in merito ai danni sofferti dal ricorrente. Infatti, sebbene egli abbia fatto riserva di dedurre nel corso del giudizio sulla sussistenza dei presupposti dell'istanza risarcitoria, non è seguita alcuna specifica quantificazione dei danni sofferti a causa in particolare della seconda ordinanza, che ha ordinato la chiusura immediata dell'esercizio dell'attività di somministrazione e bevande esercitata nei locali di Via Mogno 442 a far data da oggi 29.07.2019 fino al 25.07.2019 compreso.

Il riferimento all'importo settimanale medio di fatturato del pubblico esercizio in alta stagione, contenuto nel ricorso introduttivo, richiama un criterio del tutto generico nonché errato, in quanto non vi è prova che l'attività danzante sanzionata dall'amministrazione, per la quale il ricorrente aveva anche effettuato la denuncia alla SIAE, si svolgesse tutte le sere.

In definitiva, la domanda risarcitoria va respinta.

5. La soccombenza reciproca giustifica la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.
P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie la domanda di annullamento nei sensi precisati in motivazione e per l'effetto annulla gli atti impugnati. Respinge la domanda risarcitoria.
Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio del giorno 11 dicembre 2020 e del giorno 9 marzo 2021, tenutesi da remoto con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE

Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO