

**EDILIZIA ED URBANISTICA: Destinazione d'uso di un immobile - Elementi da cui è desumibile - Nel caso di manufatto realizzato in epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio - Individuazione - Riferimento al combinato disposto ex artt. 23-ter, comma 2, e 9-bis, comma 1-bis, del D.P.R. n. 380/2001.**

**Cons. Stato, Sez. IV, 6 dicembre 2022, n. 10670**

*“[...] L'art 23, comma 2, del D.P.R. n. 380/2001 prevede che “la destinazione d'uso dell'immobile o dell'unità immobiliare è quella stabilita dalla documentazione di cui all'articolo 9-bis, comma 1-bis”; tale disposizione prevede, a sua volta, che “lo stato legittimo dell'immobile o dell'unità immobiliare è quello stabilito dal titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che ne ha legittimato la stessa e da quello che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. Per gli immobili realizzati in un'epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio, lo stato legittimo è quello desumibile dalle informazioni catastali di primo impianto ovvero da altri documenti probanti, quali le riprese fotografiche, gli estratti cartografici, i documenti d'archivio, o altro atto, pubblico o privato, di cui sia dimostrata la provenienza, e dal titolo abilitativo che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. ....”.*

*Ne discende che la destinazione d'uso di un immobile realizzato ante 1967 è quella desumibile da “documenti probanti”, in generale, quali, tra gli altri, i documenti d'archivio o altri atti, pubblici o privati, di cui sia dimostrata la provenienza [...]”.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2022 il Cons. Luca Monteferrante e uditi per le parti gli avvocati presenti o considerati tali ai sensi di legge, come da verbale.

#### FATTO e DIRITTO

1. In data 14 novembre 2018, la società Sinerfin s.p.a. ha chiesto al Comune di Senise il rilascio di un permesso di costruire per la ristrutturazione di un immobile in proprietà, sito in via Papa Giovanni XXIII; il titolo edilizio è stato concesso in data 19 luglio 2019 e, ultimati i lavori, la società ha depositato, in data 1 dicembre 2021, una segnalazione certificata per l'agibilità parziale dell'immobile.

Contestualmente, la società Qui Discount s.p.a., facente parte del medesimo gruppo imprenditoriale di Sinerfin s.p.a., ha chiesto, in data 2 maggio 2019, l'autorizzazione al trasferimento della sede di una media struttura di vendita presso detto immobile.

In data 23 ottobre 2020, il S.U.A.P. del Comune di Senise ha chiuso la relativa istruttoria, ritenendo integrata la fattispecie del silenzio-assenso sull'istanza; quindi, in data 17 gennaio 2022, il supermercato è stato aperto al pubblico.

In data 19 gennaio 2022, la Qui Discount s.p.a. ha ceduto in fitto il ramo d'azienda (cui è riferibile la struttura di vendita in questione) alla società A & G s.r.l.s.

In data 21 febbraio 2022, il Comune di Senise ha disposto l'annullamento in autotutela della segnalazione certificata di agibilità, presentata in data 1 dicembre 2021, sul presupposto che detto immobile non potrebbe essere adibito ad attività commerciale in quanto "la destinazione d'uso originaria è quella di deposito, essendo catastalmente identificato come C2" e poiché "trattasi di immobile realizzato ante '67, per cui la destinazione d'uso si desume dalla classificazione catastale dello stesso immobile, non esistendo titoli abilitativi per la realizzazione dello stesso"; conseguentemente, con provvedimento prot. n. 1610 del 23 febbraio 2022, il Comune ha disposto il divieto di prosecuzione di tale attività;

Entrambe le determinazioni comunali sono stante impugnate dalla Sinerfin s.p.a., dalla Qui Discount s.p.a. e dalla A & G s.r.l.s. dinanzi al T.a.r. per la Basilicata per chiederne l'annullamento sulla scorta dei seguenti motivi:

- a) Quanto al provvedimento di annullamento in autotutela della segnalazione certificata di agibilità:
  2. l'atto sarebbe illegittimo per difetto assoluto di istruttoria, contraddittorietà e violazione del principio del *contrarius actus*, avendo il Comune del tutto pretermesso la disamina dei precedenti titoli abilitativi variamente riferibili, nel tempo, all'immobile per cui è causa (licenza di commercio al minuto rilasciata dal Sindaco del Comune di Senise in data 3 settembre 1949; dichiarazione di abitabilità del Sindaco del Comune di Senise del 26 settembre 1955; licenza per l'esercizio del commercio di vendita al pubblico di merci rilasciato dal Sindaco del Comune di Senise in data 12 gennaio 1967; autorizzazione al commercio al minuto in sede fissa rilasciata dal Sindaco del Comune di Senise in data 24 novembre 1973), nonché, da ultimo, dello stesso permesso di costruire concesso, in data 19 luglio 2019, per la ristrutturazione del medesimo immobile, a fronte di un'istanza di rilascio nella quale era stata dichiarata espressamente la finalità di destinarlo ad attività commerciale;
  3. l'atto avrebbe violato il diritto di difesa dei deducenti, non essendo stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento prescritta *ex art.* 7 della L. n. 241/1990;

4. difetterebbero i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, sanciti dall'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990, tenuto conto:

i) dell'irragionevolezza dei tempi (l'atto, pur adottato nel termine dei 12 mesi dal deposito della segnalazione certificata di agibilità, è intervenuto dopo il rilascio del permesso di costruire in data 19 luglio 2019 e l'avvio dell'attività commerciale);

ii) della carenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento, atteso che l'immobile ha, da sempre, destinazione commerciale e ricade in un'area destinata dal vigente strumento urbanistico all'insediamento di attività commerciali;

iii) della lesione dell'affidamento del destinatario (Sinerfin s.p.a. ha acquistato l'immobile per destinarlo ad attività commerciale e ha ottenuto il permesso di costruire n. 14/2019 al dichiarato fine di insediare una media struttura di vendita; Qui Discount s.p.a. ha ottenuto il trasferimento dell'autorizzazione commerciale presso l'immobile *de quo*, al solo fine di attivare una media struttura di vendita; A & G. s.r.l.s. ha acquisito il ramo d'azienda ed effettuato il subingresso nell'attività al fine di esercitare l'attività);

5. il Comune avrebbe disposto direttamente l'annullamento della segnalazione certificata di agibilità senza verificare preventivamente la possibilità di conformazione, considerato che l'immobile non solo è conforme ma ricade in un'area in cui è espressamente ammessa la destinazione commerciale;

6. l'atto violerebbe l'art. 9-*bis*, comma 1-*bis*, del D.P.R. n. 380/2001, in quanto i precedenti titoli abilitativi – variamente riferibili, nel tempo, all'immobile per cui è causa (licenza di commercio al minuto rilasciata dal Sindaco del Comune di Senise in data 3 settembre 1949; dichiarazione di abitabilità del Sindaco del Comune di Senise del 26 settembre 1955; licenza per l'esercizio del commercio di vendita al pubblico di merci rilasciata dal Sindaco del Comune di Senise in data 12 gennaio 1967; autorizzazione al commercio al minuto in sede fissa rilasciata dal Sindaco del Comune di Senise in data 24 novembre 1973) – avrebbero legittimato la destinazione commerciale dello stesso; ciò varrebbe a fortiori per il permesso di costruire n. 14/2019, con il quale sono stati assentiti lavori di ristrutturazione proprio per lo svolgimento dell'attività commerciale in questione;

7. la destinazione d'uso di un immobile andrebbe verificata sulla base dei titoli abilitativi ad esso riferibili e non già, come erroneamente ritenuto dal Comune, della sua categoria catastale.

B) Quanto al provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività commerciale:

8. l'atto, poiché fondato unicamente sul provvedimento di annullamento della segnalazione certificata di agibilità, sarebbe affetto da illegittimità derivata per le ragioni dinanzi esposte;

9. inoltre, l'esercizio dell'attività commerciale andrebbe ritenuta autonomamente assentita in virtù dell'intervenuta autorizzazione al trasferimento di sede di esercizio di una media struttura di vendita.

2. Con sentenza n. 583 del 2 agosto 2022 il T.a.r. per la Basilicata ha respinto il ricorso.

3. Le società Sinerfin S.p.A., Qui Discount S.p.A. e A & G. S.r.l.s., hanno interposto appello avverso la predetta sentenza chiedendone la riforma in quanto erronea, previa sospensione degli effetti in via cautelare.

Con ordinanza n. 4205 del 30 agosto 2022 è stata accolta la domanda di sospensione della esecutività della sentenza appellata, presentata in via cautelare.

Si è costituito in giudizio il Comune di Senise per resistere all'appello contrastando le argomentazioni addotte a fondamento del gravame.

Alla udienza pubblica del 17 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione, previo deposito di memorie con le quali le parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive.

L'appello è fondato.

Gli appellanti deducono la erroneità della sentenza del T.a.r. che ha respinto il ricorso sulla scorta delle seguenti motivazioni:

1. ha escluso la destinazione d'uso commerciale dell'immobile, "atteso che l'immobile risulta classificato catastalmente come deposito e con tale *qualitas* è descritto nello stesso contratto con cui la ricorrente Sinerfin lo ha acquistato, in data 30 marzo 2005, dal Consorzio Agrario Regionale della Lucania e Taranto";

2. ha escluso "l'esistenza di alcun atto comunale modificativo, secondo le dovute forme procedurali, della ridetta destinazione d'uso";

3. ha escluso l'idoneità dei precedenti titoli riferiti all'immobile ai fini di una legittimazione del suo utilizzo a fini commerciali, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 9-bis, comma 1-bis, del D.P.R. n. 380/2001, "per l'assorbente ragione che trattasi di titoli essenzialmente non afferenti all'ambito urbanistico-edilizio";

4. non ha ritenuto di poter parimenti valorizzare il titolo edilizio di cui al permesso di costruire n. 14/2019, in quanto richiesto e concesso esclusivamente "Per la realizzazione di opere edili di riqualificazione, adeguamento strutturale e funzionale dell'immobile urbano ubicato in Senise alla Via Papa Giovanni XXIII", dunque senza alcun riferimento ad una destinazione d'uso dell'immobile diversa da quella risultante dalla relativa classificazione catastale;

5. non ha ritenuto decisivo l'assenso tacito maturato sull'istanza – presentata in data 2 maggio 2019 – di trasferimento della sede di esercizio di media struttura di vendita presso detto immobile,

essendo stato ivi evidenziato dalla stessa richiedente Qui Discount che “la media struttura potrà essere concretamente e legittimamente ... esercitata solo se sussistenti i requisiti urbanistico-edilizi riguardanti la destinazione d’uso commerciale dei locali”;

6. ha ritenuto applicabile l’art. 11 delle Norme Tecniche di Attuazione del Regolamento Urbanistico comunale che, dopo aver evidenziato come “la destinazione d’uso legittimamente in atto nell’immobile è quella stabilita dall’ultimo titolo abilitativo assentito”, prescrive che “In mancanza di tale provvedimento, è quella risultante dalla classificazione catastale attribuita all’immobile”; classificazione che, nel caso di specie, è quella di deposito;

7. ha infine ritenuto sussistenti i presupposti per il legittimo esercizio del potere di autotutela *ex art. 21-nonies* della L. n. 241/1990, affermando, al contempo, il carattere vincolato del provvedimento per superare, ai sensi dell’art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, la dedotta violazione dell’obbligo di comunicazione di avvio del procedimento imposto dall’articolo 7 della medesima legge.

Gli appellanti hanno contestato la fondatezza delle predette motivazioni ed hanno chiesto la riforma della sentenza appellata per i seguenti motivi di doglianza:

1. *error in iudicando* – violazione di legge (artt. 1, 2, 3 e 21-*nonies* l. n. 241/1990; art. 9-*bis* del d.p.r. n. 380/2001; art. 97 cost.) – eccesso di potere (difetto assoluto di istruttoria, violazione del giusto procedimento e del principio del *contrarius actus* – contraddittorietà – illogicità – travisamento).

Secondo quanto affermato dal T.a.r. l’immobile non avrebbe destinazione commerciale in quanto classificato in catasto come deposito. Tale affermazione tuttavia si pone in contrasto con quanto previsto dall’articolo 23-*ter*, comma 2, in combinato disposto con l’art. 9-*bis*, comma 1-*bis* del D.P.R. n. 380/2001 secondo cui la destinazione d’uso di un immobile realizzato ante 1967 – come quello per cui è causa – è quella desumibile, tra l’altro, dai documenti d’archivio o altro documento pubblico di cui sia dimostrata la provenienza. Nella specie sia prima che dopo il 1967, il Comune di Senise ha rilasciato numerosi titoli di assenso e segnatamente:

- licenza di commercio al minuto rilasciata dal Sindaco del Comune di Senise in data 03.09.1949;
- dichiarazione di abitabilità rilasciata dal Sindaco del Comune di Senise del 26.09.1955;
- licenza per l’esercizio del commercio di vendita al pubblico di merci, rilasciato dal Sindaco del Comune di Senise in data 12.01.1967;
- autorizzazione al commercio al minuto in sede fissa rilasciata dal Sindaco del Comune di Senise in data 24.11.1973.

Detti titoli sarebbero idonei a stabilire la destinazione commerciale dell'immobile, ai sensi dell'articolo 23-ter, comma 2 del D.P.R. n. 380/2001, in combinato disposto con l'art. 9 bis, comma 1 bis del medesimo D.P.R. n. 380/2001.

Tale destinazione sarebbe altresì confermata, da ultimo:

– dal permesso di costruire n. 14/2019, che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio ai fini dell'insediamento proprio dell'attività commerciale in contestazione, come rappresentato nella relazione tecnico descrittiva dell'intervento;

– dall'assenso tacito formatosi sull'istanza presentata in data 2 maggio 2019 di trasferimento della sede di esercizio di media struttura di vendita presso detto immobile.

2. *Error in iudicando*– violazione di legge (artt. 1, 2, 3 e 21-nonies l. n. 241/1990; art. 9-bis del d.p.r. n. 380/2001; art. 97 cost.) – eccesso di potere (difetto assoluto di istruttoria, violazione del giusto procedimento e del principio del *contrarius actus* – contraddittorietà – illogicità – travisamento.

L'affermazione del T.a.r. secondo cui l'immobile non avrebbe destinazione commerciale in base all'art. 11 delle N.T.A., sarebbe erronea, trattandosi di affermazione tardiva – in quanto inammissibilmente esibita solo nel corso del giudizio e non a corredo della motivazione del provvedimento impugnato – male applicata, stante la destinazione commerciale chiaramente indicata nell'ultimo titolo edilizio rilasciato con conseguente inapplicabilità della classificazione catastale e, comunque, recessiva – e come tale da disapplicare – rispetto al chiaro disposto di cui all'articolo 9 bis, comma 1-bis del D.P.R. n. 380/2001.

3. – *error in iudicando* violazione di legge (artt. 1, 2, 3 e 21-nonies l. n. 241/1990; art. 9 bis del d.p.r. n. 380/2001; art. 97 cost.) – eccesso di potere (difetto assoluto di istruttoria, violazione del giusto procedimento e del principio del *contrarius actus*– contraddittorietà – illogicità – travisamento.

Il T.a.r. avrebbe inoltre errato nel ritenere sussistenti i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela ex art. 21-nonies della L. n. 241/1990 e nell'affermare che il disposto annullamento della segnalazione certificata di agibilità sarebbe atto vincolato, in tal modo escludendo la violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento.

Le appellanti hanno infine riproposto i motivi di ricorso articolati in primo grado a loro dire “di fatto non valutati o, comunque, non correttamente dal giudice di prime cure”.

Si è costituito in giudizio il Comune di Senise per resistere all'appello contestando i motivi ivi dedotti e concludendo per la loro reiezione argomentando diffusamente circa la correttezza delle motivazioni della sentenza del T.a.r..

4. Tanto premesso in fatto può ora passarsi all'esame dei motivi dell'appello.

Il primo motivo di appello è fondato.

L'art 23, comma 2, del D.P.R. n. 380/2001 prevede che "la destinazione d'uso dell'immobile o dell'unità immobiliare è quella stabilita dalla documentazione di cui all'articolo 9-bis, comma 1-bis"; tale disposizione prevede, a sua volta, che "lo stato legittimo dell'immobile o dell'unità immobiliare è quello stabilito dal titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che ne ha legittimato la stessa e da quello che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. Per gli immobili realizzati in un'epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio, lo stato legittimo è quello desumibile dalle informazioni catastali di primo impianto ovvero da altri documenti probanti, quali le riprese fotografiche, gli estratti cartografici, i documenti d'archivio, o altro atto, pubblico o privato, di cui sia dimostrata la provenienza, e dal titolo abilitativo che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. ....".

Ne discende che la destinazione d'uso di un immobile realizzato ante 1967 è quella desumibile da "documenti probanti", in generale, quali, tra gli altri, i documenti d'archivio o altri atti, pubblici o privati, di cui sia dimostrata la provenienza.

Nel caso di specie non è contestato che l'immobile sia stato realizzato prima del 1967 e che il Comune di Senise, in relazione allo stesso, abbia rilasciato nel tempo i seguenti titoli:

- licenza di commercio al minuto rilasciata dal Sindaco del Comune di Senise in data 03.09.1949;
- dichiarazione di abitabilità rilasciata dal Sindaco del Comune di Senise del 26.09.1955;
- licenza per l'esercizio del commercio di vendita al pubblico di merci rilasciata dal Sindaco del Comune di Senise in data 12.01.1967;
- autorizzazione al commercio al minuto in sede fissa rilasciata dal Sindaco del Comune di Senise in data 24.11.1973.

Detti titoli rappresentano senza dubbio "documenti probanti" la destinazione commerciale dell'immobile in parola, ai sensi del combinato disposto degli articoli 23-ter, comma 2, e 9-bis, comma 1-bis, del D.P.R. n. 380/2001, rispetto alla quale la classificazione catastale, che notoriamente rileva primariamente a fini fiscali, riveste carattere recessivo e sussidiario, come tale utilizzabile in mancanza di documenti probanti, quale previsione di chiusura del sistema.

Sul punto il T.a.r. ha osservato che "non consta l'esistenza di alcun atto comunale modificativo secondo le dovute forme procedurali, della ridetta destinazione d'uso" ed, in particolare, che

detti plurimi atti di assenso non sarebbero idonei a legittimare la destinazione d'uso commerciale “per l'assorbente ragione che trattasi di titoli essenzialmente non afferenti all'ambito urbanistico-edilizio”.

Tali motivazioni non possono tuttavia essere condivise, in primo luogo perché alcun atto modificativo era richiesto trattandosi di destinazione che nasce come ad uso commerciale sicché non v'era alcuna necessità di innovare il regime giuridico della destinazione d'uso dell'immobile in essere a quella data.

Inoltre, contrariamente a quanto opinato dal T.a.r., la fonte primaria non riconosce rilevanza probatoria specificatamente ai “titoli afferenti all'ambito urbanistico-edilizio” al fine di dimostrare la destinazione d'uso dell'immobile bensì fa riferimento genericamente a “documenti probanti” e, in via esemplificativa, agli atti ivi individuati per comprovare la destinazione d'uso in essere.

Tra questi atti devono essere sicuramente annoverati i certificati amministrativi che sono documenti pubblici, nella specie attestanti il legittimo esercizio dell'attività commerciale presso l'immobile in questione, valendo tali documenti pubblici, di provenienza certa e non contestata, a dimostrare, quali indizi gravi, precisi e concordanti la destinazione commerciale dell'immobile.

Né del resto può essere svilita la rilevanza del permesso di costruire n. 14/2019, in quanto – secondo il T.a.r. – richiesto e concesso esclusivamente “Per la realizzazione di opere edili di riqualificazione, adeguamento strutturale e funzionale dell'immobile urbano ubicato in Senise alla Via Papa Giovanni XXIII”, dunque senza alcun riferimento ad una destinazione d'uso dell'immobile diversa da quella risultante dalla relativa classificazione catastale”, atteso che l'istante non aveva motivo per chiedere il cambio di destinazione d'uso in presenza di un immobile da tempo utilizzato con finalità commerciale, essendo l'intervento finalizzato al recupero funzionale del fabbricato per renderlo utilizzabile rispetto alla destinazione commerciale di cui era già in possesso e di cui si fa cenno – per contestualizzare le finalità dell'intervento – nella relazione tecnica illustrativa allegata alla richiesta di permesso di costruire. In questo senso è proprio la natura non innovativa del titolo in relazione alla destinazione d'uso che concorre, nel quadro indiziario complessivo, a confermare il preesistente e mai contestato utilizzo a fini commerciali dell'immobile.

Anche il secondo motivo di appello è fondato nella parte in cui gli appellanti censurano la motivazione della T.a.r. laddove afferma che l'immobile non avrebbe destinazione commerciale in base all'art. 11 delle Norme Tecniche di Attuazione del Regolamento Urbanistico comunale; tale disposizione, dopo aver evidenziato come “la destinazione d'uso legittimamente in atto nell'immobile è quella stabilita dall'ultimo titolo abilitativo assentito”, prescrive che “In mancanza



di tale provvedimento, è quella risultante dalla classificazione catastale attribuita all'immobile"; classificazione che, nel caso di specie, è quella di deposito.

Il Comune di Senise anche nel corso del presente giudizio ha richiamato e ribadito tale tesi difensiva che tuttavia non può essere condivisa in quanto, come eccepito dalle parti appellanti, il provvedimento impugnato in primo grado non risulta giustificato sulla base di tale presupposto normativo sicché il richiamo alla menzionata disposizione delle N.T.A. integra una non consentita integrazione della motivazione in giudizio che ha precluso alle appellanti di impugnare, nelle forme di rito, la predetta disposizione, in uno al provvedimento attuativo lesivo, perché in contrasto con gli articoli 23-ter, comma 2, e 9-bis, comma 1 bis, del D.P.R. n. 380/2001, nella parte in cui attribuisce valore probatorio esclusivo alle risultanze catastali, in mancanza di titolo edilizio che specifichi la destinazione d'uso dell'immobile.

Sul punto la difesa comunale eccepisce in senso contrario che l'art. 11 delle N.T.A. sarebbe espressamente richiamato nel corpo del provvedimento impugnato sicché non ricorrerebbe alcuna ipotesi di integrazione postuma della motivazione.

La difesa non può essere condivisa.

Nell'ordinanza n. 419 del 21.02.2022 impugnata in primo grado è testualmente riportato "...che il regime urbanistico dell'area sulla quale insiste il fabbricato risulta destinata e classificata "A.I. – Attrezzature Integrate" (Tav. P3 del R.U): in queste zone è possibile realizzare nuove volumetrie e/o ampliare quelle esistenti (art. 45 N.T.A.), mentre le destinazioni d'uso consentite sono indicate all'art. 11 delle N.T.A.: tra le destinazioni d'uso sono consentite quelle per grandi strutture commerciali di vendita al dettaglio (superficie di vendita superiore a 1.500 mq) e Centri Commerciali...".

Da una lettura piana del passaggio motivazionale risulta che il richiamo all'articolo 11 delle NTA è stato finalizzato esclusivamente a chiarire, in via generale, la destinazione d'uso dell'area dove insiste il fabbricato in questione in modo da escludere che possano ivi essere localizzate "medie" strutture di vendita – quale quella degli appellanti – ma non opera anche al fine di affermare il carattere vincolate della classificazione catastale per gli immobili in cui la destinazione d'uso non sia indicata nel titolo edilizio.

La modalità del richiamo non era pertanto lesiva proprio perché non finalizzata a rendere vincolante la classificazione catastale in mancanza di titoli edilizi recanti la disciplina della destinazione d'uso, sicché la diversa prospettazione con cui nel presente giudizio il predetto richiamo è stato operato integra la motivazione con un presupposto giustificativo ulteriore, violando il menzionato principio generale che vieta un tale *modus procedendi* in quanto determina uno sconfinamento del processo di

formazione della decisione amministrativa oltre la soglia del giudizio, con conseguente violazione del diritto di difesa degli interessati ed alterazione dell'oggetto attizio del giudizio impugnatorio.

Fondato è anche il terzo motivo di appello con il quale le appellanti censurano la sentenza del T.a.r. nella parte in cui ha qualificato come vincolato il provvedimento di autotutela con l'effetto di escludere, ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, il carattere viziante della omessa comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, prescritta, in via generale, dall'articolo 7 della medesima legge.

Il potere di autotutela è un potere connotato da ampia discrezionalità amministrativa, dovendo la scelta in ordine al riesame di una precedente decisione essere preceduta da una approfondita comparazione degli interessi pubblici e privati implicati.

Trattandosi di provvedimento discrezionale, il Comune, per escludere la portata viziante della violazione procedimentale, era onerato della prova circa la irrilevanza degli eventuali contributi partecipativi rispetto al contenuto della decisione finale.

Alla luce di quanto emerso nel corso del giudizio è emerso invece il carattere non solo rilevante ma decisivo dei contributi partecipativi che, laddove tempestivamente rappresentati nel corso della istruttoria, avrebbero potuto orientare l'amministrazione in senso diverso rispetto alla scelta di interdire la segnalazione certificata, tenuto conto sia degli elementi in fatto esibiti (autorizzazioni commerciali rilasciate nel tempo) sia della interpretazione prospettata della normativa vigente che disciplina la fattispecie.

L'ordinanza n. 419 del 21.2.2022 impugnata è dunque illegittima anche per violazione delle garanzie partecipative presidiate dall'articolo 7 della legge n. 241 del 1990, oltre che per insussistenza della dedotta illegittimità allegata per giustificare l'annullamento.

Può conseguentemente farsi luogo all'assorbimento degli ulteriori motivi di censura appuntati avverso l'esercizio del potere di autotutela e riferiti alla assenza degli ulteriori presupposti sostanziali di esercizio del potere normativamente tipizzati (ragionevolezza del lasso di tempo intercorso; sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento; tutela del legittimo affidamento dei destinatari degli effetti del provvedimento) come pure degli ulteriori motivi di appello – nelle varie declinazioni prospettate del difetto di istruttoria – e di quelli articolati nel giudizio di primo grado e riproposti nel presente giudizio, atteso che dal loro esame le parti appellanti non potrebbero ritrarre alcuna ulteriore utilità giuridica.

Dalla illegittimità della ordinanza n. 419 del 21.2.2022 segue, in via consequenziale, anche la necessità di disporre l'annullamento dell'ordinanza 1610 del 23.2.2022 – recante il divieto di prosecuzione dell'attività commerciale – in quanto affetta da illegittimità derivata.

In conclusione l'appello deve essere accolto e, previa riforma della sentenza appellata, vanno conseguentemente annullati i provvedimenti impugnati in primo grado.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Senise alla rifusione, in favore delle parti appellanti, delle spese del doppio grado di giudizio che liquida complessivamente in euro 3000,00 oltre IVA, CAP e spese generali come per legge e con diritto alla restituzione del contributo unificato versato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Nicola D'Angelo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere, Estensore

Riccardo Carpino, Consigliere

IL SEGRETARIO

---