Pubblicato il 21/11/2023

N. 09963 /2023 REG.PROV.COLL.
N. 09420/2020 REG.RIC.

Firmato digitalmente

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 numero di registro generale 9420 del 2020, proposto da
Comune di Macomer, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonello Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Cagliari, via Ada Negri 32;

contro

[redacted] rappresentati e difesi dall'avvocato Pasquale Cerbo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Raffaella Chiummiento in Roma, via Salaria 103;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda) n. 405/2020, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di [redacted] e di [redacted];

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2023 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati viste le conclusioni come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda l'attività commerciale svolta al piano terra dell'immobile sito nel Comune di Macomer, in Corso Umberto I, censite al catasto urbano del medesimo Comune sotto la categoria C/1 (commerciale) al foglio 29, particella 970.

2. I signori [redacted] sono comproprietari di detto immobile e hanno stipulato, il 29 agosto 2018, un contratto di affitto del negozio di cui al subalterno 1 con la signora [redacted] intenzionata a trasferirvi un'attività commerciale di fioraia.

3. Il 29 settembre 2018 la signora [redacted] ha avviato il procedimento di scia *ex* art. 34 l.r. Sardegna n. 24 del 2016 presso lo Sportello unico delle attività produttive di Macomer per il "*trasferimento attività di commercio al dettaglio di fiori, piante e composizioni floreali*".

4. Il 28 ottobre 2018 il Comune di Macomer ha comunicato un preavviso di provvedimento negativo (preannuncio di provvedimento interdittivo) ai sensi dell'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990.

5. Il Comune di Macomer, con nota 29 gennaio 2019 n. 1674, ha adottato il provvedimento interdittivo e l'atto confermativo il successivo 20 marzo 2019.

6. I signori [redacted] hanno proposto ricorso al Tar Sardegna, con il quale hanno impugnato la determinazione dirigenziale del Comune di Macomer 29 gennaio 2019 n. 1674 e l'allegata proposta di provvedimento interdittivo 22 gennaio 2019 n. 1319, la nota recante

controdeduzioni 20 marzo 2019 n. 5197 e, per quanto occorrer possa, del preavviso di provvedimento negativo 16 ottobre 2018 n. 20241, nonché tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

7. Con motivi aggiunti i ricorrenti hanno gravato la determinazione del Dirigente dello Sportello unico attività produttive del Comune di Macomer 19 luglio 2019 n. 14034 e l'allegata proposta di provvedimento interdittivo 11 luglio 2019 n. 13609, nonché tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi espressamente compreso, per quanto occorrer possa, il preavviso di provvedimento negativo 2 luglio 2019 n. 12878.

Con i motivi aggiunti i signori hanno altresì chiesto la declaratoria dell'illegittimità degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo del presente giudizio, ai sensi dell'art. 34 comma 3 c.p.a. e, in ogni caso, la condanna del Comune di Macomer a risarcire *pro quota* i ricorrenti nella misura complessiva di € 37.995,07, oltre agli interessi da rivalutazione, o comunque nella diversa misura ritenuta di giustizia.

8. Il Tar, con sentenza 20 luglio 2020 n. 405, ha dichiarato la cessazione della materia del contendere relativamente all'atto introduttivo del gravame, ha accolto la domanda impugnatoria avanzata con i motivi aggiunti e, per l'effetto, annullato la determinazione del Comune di Macomer 19 luglio 2019 n. 14034 e relativi atti presupposti indicati in epigrafe, nonché ha respinto la domanda di risarcimento del danno.

9. La sentenza è stata appellata dal Comune di Macomer con ricorso n. 9420 del 2020.

I signori hanno proposto appello incidentale.

10. All'udienza del 19 ottobre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

11. L'appello è fondato.

L'appello incidentale è infondato.

12. In via pregiudiziale si rileva l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità dell'appello dedotta con appello incidentale in ragione del fatto che non sarebbe stato impugnato il capo della sentenza che accoglie la censura sul decorso dei termini per l'adozione dei provvedimenti impugnato con il ricorso introduttivo.

Nondimeno quel capo della sentenza contiene un *obiter dictum* sulla correttezza della statuizione cautelare relativa alla censura sul decorso dei termini dedotta con il ricorso introduttivo, sul quale è stata dichiarata la cessazione della materia del contendere.

L'omessa impugnazione non rileva quindi sull'ammissibilità dell'appello che ha riguardo all'accoglimento dei motivi aggiunti, riguardanti atti successivi a quelli per i quali è stato dedotto il decorso dei termini con la domanda introduttiva del giudizio.

13. Prima di scrutinare il merito della controversia si riassumono per sommi capi le vicende di fatto che interessano la presente controversia.

In data 21 settembre 2018, i signori gli attuali appellati (comproprietari dell'immobile suddetto in forza di successione ereditaria) hanno stipulato con la signora un contratto di locazione avente ad oggetto il subalterno 1 per l'esercizio di attività commerciale (risulta dal contratto depositato).

In data 29 settembre 2018 la signora ha presentato al Comune di Macomer una dichiarazione sostitutiva *ex* art. 31 comma 4 della l.r. n. 24 del 2016 per il trasferimento dell'attività di commercio al dettaglio di fiori, piante e composizioni floreali nell'unità immobiliare sita in Corso Umberto 1 n. 111, Foglio 29, mappale 970, subalterno n. 1 (come risulta dalla dichiarazione depositata).

Con nota n. 20241 del 16 ottobre 2018 l'Amministrazione ha comunicato i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

In data 2 novembre 2018, oltre il termine indicato per il contraddittorio, il signor (comproprietario dell'immobile concesso in locazione alla Sig.ra

ha risposto al preavviso di diniego affermando l'intervenuto mutamento di destinazione d'uso dell'immobile. Con successiva nota 19 novembre 2018 il medesimo signor presentava integrazioni alle osservazioni già effettuate.

La nota n. 1319 del 22 gennaio 2019 contiene la motivata proposta di provvedimento interdittivo in cui, riscontrata ogni singola osservazione, si ritiene inaccoglibile l'istanza della signora

Con determinazione 29 gennaio 2019 n. 1674 il Comune di Macomer, in conformità alla citata proposta, ha ordinato la cessazione immediata dell'attività della Sig.ra di commercio al dettaglio di fiori e piante e composizioni floreali.

In data 20 febbraio 2019 il signor ha inviato ulteriori osservazioni mediante le quali ha contestato la legittimità del provvedimento interdittivo.

Sul ricorso introduttivo avverso gli atti da ultimo richiamati è stata dichiarata dal Tar la cessazione della materia del contendere, con statuizione non impugnata.

Il Comune di Macomer ha infatti "*annullato in autotutela il provvedimento inibitorio impugnato con l'atto introduttivo del gravame e ha avviato contestualmente un procedimento per l'emanazione di un provvedimento inibitorio in autotutela ai sensi dell'art. 19, comma 4, l. 241/1990*" (così dalla sentenza gravata).

Nel presente grado di giudizio il *thema decidendum* è quindi limitato ai successivi atti, la determinazione 19 luglio 2019 n. 14034 e l'allegata proposta di provvedimento interdittivo 11 luglio 2019 n. 13609, nonché gli atti presupposti, connessi e consequenziali, compreso, per quanto occorrer possa, il preavviso di provvedimento negativo 2 luglio 2019 n. 12878.

Rispetto a detti atti il Tar ha accolto la domanda demolitoria ritenendo fondati due mezzi contenuti nei motivi aggiunti: disparità di trattamento ("*ingiustificata disparità di trattamento fra due situazioni identiche e, per altro verso, la contraddittorietà insita nelle decisioni assunte dall'amministrazione con*

riferimento ai due subalterni”) e lesione dell’affidamento (“*in considerazione dell’avvenuto cambio di destinazione d’uso risalente nel tempo (fine 1965) e conseguente svolgimento di attività commerciale nei locali in questione per oltre cinquant’anni*”).

14. Riassunto il fatto, possono esaminarsi i motivi di appello.

15. Con il primo motivo l’appellante ha dedotto l’erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha condiviso “*il rilievo dei ricorrenti in ordine ad una ingiustificata disparità di trattamento fra due situazioni identiche e, per altro verso, la contraddittorietà insista nelle decisioni assunte dall’Amministrazione con riferimento ai due subalterni*”.

15.1. Il motivo è fondato.

15.2. L’impugnato provvedimento negativo dell’Amministrazione in relazione alla scia presentata dalla signora per il trasferimento di una attività di commercio al dettaglio di fiori, piante e composizioni floreali nel subalterno 1 è motivato facendo (innanzitutto) riferimento alla destinazione residenziale e non commerciale dell’immobile.

Al riguardo si osserva quanto segue in relazione agli atti depositati che riguardano il subalterno 1, oltre che il subalterno 2 (mentre non risulta adeguatamente comprovata l’affermazione di parte appellata, già ricorrente in primo grado, circa un asserito smarrimento degli atti da parte del Comune).

In data 20 luglio 1962 le signore (danti causa degli appellati) hanno presentato istanza per l’approvazione di un progetto per la costruzione di casa di “*civile abitazione*” nel Comune di Macomer, Corso Umberto I (così dal documento depositato).

Il suddetto progetto di civile abitazione risulta approvato da parte della Commissione edilizia del Comune di Macomer il 20 luglio 1962 (così dal visto 21 luglio 1962, apposto sul documento depositato).

Dalla lettura della dichiarazione, depositata in giudizio, di inizio e fine lavori resa dal Sindaco di Macomer in data 14 aprile 1965, emerge che “*le sig.re*

e hanno iniziato i lavori di ricostruzione di una casa di civile abitazione sita nel Corso Umberto I° in data 20.1.1964 e li hanno portati a termine il 10.4.1965". A fronte di tale esplicita qualificazione della destinazione d'uso dell'immobile ("*civile abitazione*" appunto) parte appellata, già ricorrente in primo grado, non può utilizzare il riferimento, ivi contenuto, alla presenza di due "*saloni*" a piano terra per sostenere che detto certificato riconosca (e legittimi) la presenza di due negozi.

Né, di conseguenza, il riferimento ai due saloni contenuto nel certificato di abitabilità 16 aprile 1965 (peraltro avente altra finalità e contenuto, non afferente alla destinazione urbanistica dell'immobile), non ai due negozi, può comportare il riconoscimento della destinazione commerciale.

In data 10 ottobre 1969, le stesse signore hanno chiesto il rilascio di licenza edilizia per la sopraelevazione, rilasciata dalla Commissione edilizia in data 23 marzo 1970, secondo quanto risulta nel progetto approvato, avente come destinazione d'uso sempre la "*civile abitazione*". In particolare, il progetto allegato reca ""sopraelevazione casa di civile abitazione", laddove la specificazione di "civile abitazione" è evidentemente riferita alla casa, di cui si chiede la sopraelevazione. Sicché può affermarsi che il titolo del 1970, che prova detto progetto, conferma la natura di civile abitazione dell'intero immobile.

Né la raffigurazione, nel prospetto dell'immobile fronteggiante Corso Umberto I, di due infissi è idonea ad attestare che il progetto comprendesse due negozi (e quindi che implicitamente riconoscesse la destinazione commerciale dello stesso).

Pertanto la costruzione, attualmente suddivisa nei subalterni 1 e 2, risulta avere destinazione di civile abitazione.

A fronte di detta destinazione, riconosciuta da provvedimenti aventi natura urbanistica ed edilizia, vi sono atti, aventi una finalità diversa, che riportano altri contenuti:

- in data 4 febbraio 1970 il Comune di Macomer ha concesso al signor

, licenza a esercitare il commercio per la vendita al pubblico di merci ("*calzolerie, cuoiami, articoli per calzolai, pelletterie, valigerie*", così dalla licenza depositata) in Corso Umberto I (senza specificare il subalterno);

- l'immobile è censito al catasto del Comune di Macomer per la categoria C/1 (commerciale) al foglio 29, particella 970, sub. 1 e 2 (così dalla visura catastale depositata);
- il subalterno 2 nel certificato di agibilità del 24 dicembre 2003 risulta avere "*destinazione d'uso commerciale*".

Dette circostanze non sono idonee a imprimere una diversa destinazione urbanistica degli immobili.

Innanzitutto il permesso di costruire e il certificato di agibilità sono collegati a presupposti diversi e hanno contenuto e finalità non sovrapponibili.

In particolare il certificato di agibilità rilasciato dal Comune in data 16 aprile 1965 è comunque superato dalla presenza di una licenza edilizia, cioè di un provvedimento successivo e avente natura edilizia e urbanistica, datata 23 marzo 1970, che riporta la dicitura della destinazione d'uso di "*civile abitazione*", e comunque prende atto della sussistenza dei requisiti d'igiene, salubrità e sicurezza degli ambienti "Visto il certificato di ispezione dell'Ufficiale sanitario in data 14.4.1965".

Infatti "*il certificato di agibilità ha la funzione di accertare che l'immobile al quale si riferisce è stato realizzato nel rispetto delle norme tecniche vigenti in materia di sicurezza, salubrità, igiene, risparmio energetico degli edifici e degli impianti (come espressamente recita l' art. 24 t.u. edilizia), mentre il rispetto delle norme edilizie ed urbanistiche è oggetto della specifica funzione del titolo edilizio, con la conseguenza che i diversi piani possano convivere sia nella forma fisiologica della conformità dell'edificio ad entrambe le tipologie normative sia in quella patologica di una loro divergenza*".

La diversa struttura e funzione dei due titoli comporta che i suddetti certificati non possano avere valenza sostitutiva dei titoli edilizi (Cons. St., sez. VI, 13 gennaio

2020 n. 316).

In secondo luogo, l'accatastamento ha valore a fini fiscali ma "*alle risultanze catastali non può essere riconosciuto un autonomo valore probatorio anche ai fini dell'individuazione dell'effettiva destinazione d'uso*" (Cons. St., sez. VII, 8 marzo 2023 n. 2461).

A tale ultimo riguardo si rileva che non è applicabile al caso di specie la previsione di cui all'art. 9-*bis* comma 1-*bis* del d.P.R. n. 380 del 2001, in base alla quale per gli interventi per i quali non era obbligatorio acquisire il titolo edilizio, come (in tesi) il mutamento di destinazione d'uso senza opere, occorre fare appunto riferimento alle informazioni catastali di primo impianto.

Innanzitutto la previsione è stata introdotta dopo l'adozione del provvedimento impugnato e quindi non poteva essere presa in considerazione dall'Amministrazione (con l'art. 10 comma 1 lett. d) n. 1) del d.l. 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020 n. 120), di talché il mancato rispetto di essa non può costituire motivo di illegittimità del provvedimento.

In secondo luogo, "*ai sensi dell'art. 9 bis d.P.R. 380/2001, lo stato legittimo dell'immobile è quello corrispondente ai contenuti dei rispettivi titoli abilitativi*" (Cons. St., sez. VI, 1 settembre 2022, n. 7621).

Né detto criterio di esame dello stato legittimo di un immobile dal punto di vista edilizio e urbanistico può essere messo in dubbio dalla previsione contenuta nel comma 1-*bis* dell'art. 9-*bis* del d. P.R. n. 380 del 2001.

Con detta previsione infatti lo stato legittimo dell'immobile o dell'unità immobiliare continua ad essere quello stabilito dai titoli edilizi, che continua ad avere rilevanza dirimente in punto di stato legittimo di tipo urbanistico ed edilizia (titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che ne ha legittimato la stessa e 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: "*Lo stato legittimo dell'immobile o dell'unità immobiliare è quello stabilito dal titolo abilitativo*", così il primo periodo del comma 1-*bis*.

La modifica legislativa, contenuta nel secondo periodo del comma 1-bis ("*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, o da altri documenti probanti*"), ha avuto proprio lo scopo di dare soluzione ai casi in cui il titolo edilizio non sussista.

Il riferimento al presupposto temporale (abilitante l'utilizzo di documenti diversi dal titolo abilitativo) della "*epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio*" è da intendersi in tal senso, come si desume dall'ultimo periodo del comma 1-*bis*, in base al quale la possibilità di avvalersi di documenti diversi dal titolo edificatorio si applica "*altresì nei casi in cui sussista un principio di prova del titolo abilitativo del quale, tuttavia, non sia disponibile copia*".

L'elemento dirimente è evidentemente la sussistenza, o meno, del titolo, non della normativa di riferimento.

Del resto, il contenuto del titolo edilizio e la funzione tipica di attestare lo stato dell'immobile, che l'ordinamento gli riconosce, non consente che venga smentito da un documento, come quello catastale, avente altra finalità.

Del resto, proprio considerando il disposto dell'art. 9-*bis*, il Consiglio di Stato ha affermato che "i *dati catastali non sono decisivi ai fini dell'accertamento della conformità urbanistico-edilizia di un immobile*", atteso che "*il catasto si basa sulle comunicazioni e dichiarazioni dei soggetti interessati, sulle quali l'amministrazione finanziaria – non competente in materia di vigilanza edilizia – può, al più, esercitare un riscontro formale* ab externo" (Cons. St., sez. VI, 1 settembre 2022, n. 7621, in riferimento a un cambio di destinazione d'uso).

Atteso quindi che l'eventuale valenza dei certificati catastali rileva solo in mancanza di titoli edificatori, circostanza che non ricorre nel caso di specie, dove vi sono due titoli edilizi (quello del 1962 e quello del 1970) che fanno riferimento alla

costruzione di una civile abitazione, non possono essere utilizzati i dati catastali al fine di comprovare lo stato legittimo dell'immobile, non rilevando a tal fine neppure l'asserita circostanza che sin dal primo accatastamento l'immobile avesse destinazione commerciale (smentita dal titolo edilizio del 1970) .

Del resto, la sentenza citata da parte appellata, già ricorrente in primo grado, non è dirimente nel caso di specie, in quanto si riferisce a un immobile costruito prima del 1967 e rispetto al quale non sussistono titoli edilizi dell'epoca ma altri "*documenti probanti*", quali la licenza di commercio al minuto, la dichiarazione di abitabilità, la

licenza per l'esercizio del commercio di vendita al pubblico di merci e l'autorizzazione al commercio al minuto (Cons. St., sez. IV, 6 dicembre 2022 n. 10670).

Nel caso di specie invece sussiste il titolo edilizio del 1962 e quello del 1970, con le conseguenze sopra esposte.

In ogni caso, quanto ai dati catastali, il Consiglio di Stato, pur valutando la portata dell'art. 9-bis comma 1-bis del d.P.R. n. 380 del 2001, rileva che "*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*" (Cons. St., sez. IV, 6 dicembre 2022 n. 10670).

Neppure può avere una valenza probatoria diretta l'annotazione, datata 1965, sui registri catastali di una "*demolizione e ricostruzione con cambio di destinazione*", non meglio precisata, con riferimento ai suddetti subalterni. E ciò anche in ragione del fatto che la licenza edilizia per la sopraelevazione rilasciata dalla Commissione edilizia in data 23 marzo 1970 riporta la dicitura della destinazione d'uso di "*civile abitazione*".

Pertanto, dai provvedimenti depositati non è comprovato che l'immobile, composto dai subalterni 1 e 2, abbia, dal punto di vista edilizio ed urbanistico, una (legittima)

destinazione urbanistica di natura commerciale.

Né a detta conclusione può pervenirsi ritenendo, in uno con parte appellata, già ricorrente in primo grado, che la modifica della destinazione d'uso sia intervenuta senza formalità, in ragione del fatto che il mutamento di destinazione d'uso in un periodo precedente al 1985 non richiedeva (in tesi) particolari formalità: *"infatti, prima della l. 47/1985 (e, a fortiori, come nel caso di specie prima della l. 10/1977 e della l. 765/1967) il cambio di destinazione d'uso senza opere era considerata attività del tutto libera (cfr. CGARS 20 marzo 2017, n. 118; Corte cost. 11 febbraio 1991, n. 73; TAR Toscana, sez. III, 30 agosto 2018, n. 1164), tanto più in assenza di pianificazione urbanistica comunale, come nel caso in esame (il piano di fabbricazione a Macomer è stato approvato soltanto successivamente agli eventi, nel 1966)*".

In disparte la valutazione della fondatezza dell'assunto, non è provato che detto asserito cambio di destinazione d'uso sia avvenuto senza opere prima del 1985.

La licenza edilizia per la sopraelevazione rilasciata dalla Commissione edilizia in data 23 marzo 1970 riporta la dicitura, nei termini sopra illustrati, della destinazione di "*civile abitazione*", quindi un'eventuale mutamento della destinazione d'uso non può che essere avvenuta successivamente.

Non si può quindi concordare con parte appellata, già ricorrente in primo grado, circa il fatto che "*non era necessario chiedere alcuna autorizzazione per conseguire la destinazione d'uso commerciale, semplicemente perché all'epoca in cui il mutamento (senza opere) è avvenuto (1965) non era prescritta alcuna approvazione, né dalla legge, né dalla normativa di livello comunale*".

In ogni caso, neppure è comprovato che l'asserito mutamento di destinazione sia avvenuto (dopo il 1965) e prima del 1985, atteso che la licenza commerciale che viene addotta per comprovare detto mutamento è del 4 febbraio 1970, quindi precedente alla licenza urbanistica del 23 marzo 1970, che riporta la dicitura di civile abitazione. Anche il contratto di locazione di Corso Umberto 111, in tesi riguardante il subalterno 1, è del 1995, quindi successivo al 1985.

E ciò al pari degli ulteriori elementi portati a supporto che, oltre a riguardare il solo subalterno 2, non sono conferenti dal punto di vista temporale, in quanto successivi anch'essi al 1985: il certificato di agibilità è del 2003 e la dichiarazione unica autocertificativa è datata 2018.

Sulla base delle suddette considerazioni non vi sono i presupposti per ritenere che gli immobili abbiano potuto usufruire di un cambio di destinazione urbanistica avvenuto senza formalità prima del 1985 (e ciò senza necessità di indagare sulla fondatezza dell'assunto).

Né sono presenti atti che formalmente abbiano conferito la destinazione urbanistica di natura commerciale agli immobili, pur essendo necessario, almeno dopo il 1985, con la conseguenza che risulta recessivo l'argomento il lungo lasso temporale (di oltre cinquant'anni) trascorso, durante il quale il Comune nulla ha obiettato sullo svolgimento dell'attività commerciale al suo interno che fonda la presunta destinazione urbanistica di tipo commerciale sull'allegato (ma non comprovato) lungo lasso temporale (di oltre cinquant'anni) trascorso, durante il quale sarebbe stata svolta un'attività commerciale.

In particolare non sono richiamati atti che formalmente abbiano conferito la destinazione urbanistica di natura commerciale al subalterno 1.

L'elemento che supporta la diversa conclusione di parte appellata, già ricorrente in primo grado, è la licenza commerciale del 4 febbraio 1970 (che reca il riferimento al fatto che "*la presente licenza sostituisce la n. 784 del 13.3.1967 già intestata alla sig.ra* [redacted]", licenza del 1967 che non viene definita).

Essa, indipendentemente dal subalterno di riferimento (invero parte appellante e parte appellata la interpretano, sul punto, in modo diverso e quest'ultima allega anche delle fotografie di Corso Umberto 111), non ha natura urbanistica, contenendo l'autorizzazione all'esercizio di un'attività commerciale, e non presuppone l'avvenuto cambio di destinazione urbanistica dell'immobile in quanto l'interrelazione tra titoli edilizi e commerciali è predicabile a partire dalla

legge n. 426 del 1971 (Cons. St., sez. V, 21 aprile 2021 n. 3209).

Infine, come già sopra illustrato, essa è precedente alla licenza del 23 marzo 1970, avente specificamente natura urbanistica, che riporta la dicitura di civile abitazione.

Una licenza commerciale precedente non può attestare quindi una modifica di destinazione urbanistica dell'immobile e in particolare del subalterno 1, oggetto di controversia.

La destinazione urbanistica di tipo commerciale del subalterno 1, oggetto di controversia, all'epoca di adozione del provvedimento impugnato non è stata quindi comprovata ed è la parte che presenta la scia per l'esercizio di un'attività commerciale che deve comprovarla.

Non avendo adempiuto all'onere probatorio il requisito risulta mancante, divenendo quindi ostativo rispetto allo svolgimento dell'attività di fiori di cui alla scia oggetto del provvedimento qui impugnato.

E ciò in quanto all'epoca di adozione di detto provvedimento nel rilascio dell'autorizzazione commerciale occorre tenere presenti i presupposti aspetti di conformità urbanistico-edilizia dei locali in cui si intende svolgere l'attività, sicché il diniego di esercizio di attività di commercio deve ritenersi legittimo ove fondato su rappresentate e accertate ragioni di illegittimità dello stato dei locali (Cons. St., sez. V, 21 aprile 2021 n. 3209).

Una volta compiuto tale accertamento la circostanza che il subalterno 2, che costituisce il parametro per l'accertamento della disparità di trattamento, abbia (in tesi) una destinazione urbanistica di tipo commerciale non è idonea a superare il vincolo di legge che regolamenta attualmente l'esercizio di attività commerciali.

L'accertamento del vizio di disparità di trattamento presuppone infatti la sussistenza di due situazioni paragonabili trattate diversamente e la legittimità degli atti riguardanti la situazione, fra le due, che funge da parametro di riferimento dell'(ingiustizia dell')altra.

Il vizio di disparità di trattamento è infatti configurabile solo in caso di identità di situazioni di fatto e di conseguente irragionevole diversità del trattamento riservato

alle stesse e non può essere dedotto al fine di rivendicare l'eventuale applicazione in proprio favore di posizioni giuridiche riconosciute ad altri soggetti in modo illegittimo o di cui comunque non sia provata la legittimità.

Nel caso di specie, le situazioni che vengono paragonate sono quelle che caratterizzano il subalterno 1 (oggetto di controversia) e il subalterno 2, che avrebbe (in tesi) una legittima destinazione commerciale. In particolare, secondo la tesi del ricorrente, accolta dal Tar, dal momento che il subalterno 1 e il subalterno 2 sono stati oggetto della stessa pratica edilizia, non vi potrebbero essere motivi per differenziare il trattamento da riservare al subalterno 1 in merito alla destinazione commerciale, riconosciuta (in tesi) al subalterno 2.

Nondimeno innanzitutto non risulta comprovata la destinazione urbanistica di tipo commerciale del subalterno 2 e la legittimità agli atti che lo riguardano.

Parte appellata, già ricorrente in primo grado, ha ritenuto di comprovare la destinazione del subalterno 2 sulla base del certificato di agibilità del 2003, la cui mancanza di portata probatoria circa la destinazione urbanistica dell'immobile è già stata argomentata sopra, e della dichiarazione unica autocertificativa presentata il 9 luglio 2018, che proverebbe l'esercizio continuo di attività commerciale all'interno del subalterno 2. Tuttavia essa riporta all'interno una dichiarazione circa il fatto che "*nell'immobile oggetto di intervento non è attualmente esercitata alcuna attività*" (punto 4.4), così venendo meno la prova dell'esercizio dell'attività commerciale nel subalterno 2.

Né da detta ultima dichiarazione e in particolare dal fatto che il Comune nulla avrebbe obiettato sulla dichiarazione autocertificativa per il trasferimento nel subalterno 2 di una nuova attività commerciale può desumersi la legittimità della destinazione, atteso che detto titolo abilitante si fonda sull'autoresponsabilità del privato e non è comprovato che ne ricorressero i presupposti: se anche l'Amministrazione non è intervenuta in quell'occasione non può da ciò desumersi che il successivo intervento sul (diverso) subalterno 1 sia illegittimo per disparità di

trattamento in quanto a tal fine dovrebbe comprovarsi che la mancata attivazione sul subalterno 2 sia fondata su una dichiarazione munita dei requisiti di legge.

Pertanto, detti documenti non comprovano, anche in ragione di quanto sopra illustrato, che il subalterno 2 abbia destinazione urbanistica di tipo commerciale, né la legittimità di detta situazione.

La condizione del subalterno 2 non è quindi idonea a costituire il parametro del giudizio di disparità di trattamento.

Infatti, il vizio di disparità di trattamento non costituisce uno strumento attraverso il quale superare il principio di legalità: "*in applicazione del principio di legalità, la legittimità dell'operato dell'amministrazione non può comunque essere inficiata dall'eventuale illegittimità compiuta in altra situazione*" (Cons. St., sez. II, 15 settembre 2020 n. 5451).

Il principio di legalità definisce infatti uno dei tratti strutturali dello Stato di diritto, svolgendo una funzione garantista rispetto alla tutela dei diritti.

Esso prescrive che i poteri esercitati dalla pubblica amministrazione devono trovare la propria fonte in una previsione legislativa e non possono essere creati per altra via, quali prassi amministrativa o pronunce giurisprudenziali (Cons. St., sez. II, 25 maggio 2020 n. 3314).

In tale contesto il vizio di disparità di trattamento assicura l'attuazione di detto principio anche oltre i casi espressamente normati ma non può, pena il mancato rispetto dei capisaldi dello Stato di diritto, costituire uno strumento per ampliare gli effetti di atti illegittimi, o di cui comunque non sia provata la legittimità, al di là del proprio ambito applicativo, fondato sulla regola per cui i provvedimenti amministrativi producono effetti finché non sono annullati (anche se illegittimi).

Il vizio di disparità di trattamento infatti non "*è configurabile quando il termine di raffronto consiste in precedenti atti non conformi a legge, essendo evidente che colui che sia stato illegittimamente escluso da un determinato beneficio non può invocare l'eventuale illegittimità commessa a favore di altri al fine di ottenere che essa venga compiuta anche in proprio favore, specialmente in presenza di attività*

vincolata dell'Amministrazione" (Cons. St., sez. V, 23 dicembre 2019 n. 8718).

Pertanto non può essere censurata l'Amministrazione per avere, al momento della valutazione della scia, applicata la normativa vigente, che impone alla parte che presenta la scia per l'esercizio di un'attività commerciale di comprovare la destinazione urbanistica commerciale dell'immobile.

La mancanza di titolo edilizio condiziona negativamente la (permanente) legittimità del titolo annonario e che tale interrelazione tra titoli edilizi e commerciali è predicabile già nel vigore della legge n. 426 del 1971 (Cons. St., sez. V, 21 aprile 2021 n. 3209). E ciò in quanto non è tollerabile l'esercizio dissociato, addirittura contrastante, dei poteri che fanno capo allo stesso ente per la tutela di interessi pubblici distinti, specie quando tra questi interessi sussista un obiettivo collegamento, come è per le materie dell'urbanistica e del commercio (Cons. St., sez. V, 29 maggio 2018 n. 3212).

16. Con il secondo motivo è dedotta l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha accolto la censura fondata sull'asserita lesione dell'affidamento.

16.1. Il motivo è infondato.

16.2. Nessun affidamento può essersi formato sulla destinazione commerciale del subalterno 1: "*svolgimento nel subalterno 1 per decenni di un'attività commerciale legittimamente assentita (doc. 5) e mai contestata o vietata prima dal Comune*", così nell'appello incidentale.

Laddove invece non può rilevare, anche per le ragioni sopra svolte, che impediscono di ravvisare nel caso di specie il vizio di disparità di trattamento, l'eventuale affidamento ingenerato con riferimento alla destinazione di cui al subalterno 2. E ciò anche in ragione del fatto che l'interesse del destinatario dell'atto e dei controinteressati che deve essere valutato ai sensi dell'art. 21-novies della legge n. 241 del 1990 si misura con il contenuto dell'atto, nel caso di specie relativo al solo subalterno 1.

Oggetto del provvedimento impugnato è lo svolgimento dell'attività di vendita di

fiori da parte della signora .

E' quindi rispetto a detta attività che deve misurarsi la legittimità del provvedimento impugnato.

Ai sensi dell'art. 21-novies della legge n. 241 del 1990 deve essere valutato l'interesse del destinatario dell'atto e dei controinteressati dello stesso. Per atto non si intende l'atto che costituisce esercizio dell'autotutela ma l'atto oggetto di autotutela, cioè quell'atto favorevole che è oggetto di ritiro attraverso il provvedimento impugnato. Il riferimento, nel caso di specie, è alla scia.

Il destinatario, il cui interesse deve essere valutato ai sensi dell'art. 21-novies della legge n. 241 del 1990, è la titolare dell'interesse a svolgere detta attività, cioè colei che ha presentato la scia, la signora .

I controinteressati rispetto alla scia non sono gli attuali appellati, già ricorrenti in primo grado.

In tale contesto la norma non richiede di valutare la posizione di questi ultimi ma la posizione della signora .

Ella non può vantare alcun affidamento rispetto all'operato comunale circa la situazione dell'immobile locato nel periodo precedente alla stipulazione del contratto di locazione, in quanto i rapporti della medesima con il Comune, riguardanti appunto detto immobile, sono iniziati proprio a seguito della presentazione della scia per la vendita dei fiori.

Pertanto, nel caso di specie manca il presupposto di fatto (svolgimento per decenni di un'attività commerciale legittimamente assentita e mai contestata o vietata prima dal Comune) declinato da parte appellata, già ricorrente in primo grado, per ritenere che la signora vantasse un affidamento nei confronti dell'operato comunale circa lo svolgimento dell'attività nel subalterno 1.

La signora infatti solo con la scia oggetto dei provvedimenti gravati ha inteso trasferire la propria attività in detto immobile.

Il preteso affidamento, pur dovendo essere valutato dall'Amministrazione ai fini dell'adozione del provvedimento inibitorio in autotutela ai sensi del combinato

disposto dell'art. 19 comma 4 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 21-*novies* della stessa legge, non si è formato nei termini voluti da parte appellata, già ricorrente in primo grado, e quindi non risulta ostativo rispetto al provvedimento di autotutela.

A ciò si aggiunge che l'eventuale esercizio di attività commerciale nel subalterno 1, non accompagnata da atti che la legittimino, così come sopra illustrato, non può comunque fondare un affidamento incolpevole nei confronti del Comune.

Invero, per i motivi sopra illustrati, non è comprovata la destinazione urbanistica commerciale del subalterno 1, oggetto di controversia, e non si rinvengono atti dell'Amministrazione comunale che riconoscano, dal punto di vista urbanistico, la destinazione commerciale.

Non vi è quindi un provvedimento favorevole sulla cui stabilità il privato possa fondare il proprio affidamento.

Non viene quindi in evidenza nel caso di specie la necessità, sottolineata dalla giurisprudenza comunitaria, di valutare l'affidamento circa l'esistenza di una situazione di vantaggio, assicurata a un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa.

Peraltro, "*affinché un affidamento sia legittimo è necessario un requisito oggettivo, che coincide con la necessità che il vantaggio sia chiaramente attribuito da un atto all'uopo rivolto e che sia decorso un arco temporale tale da ingenerare l'aspettativa del suo consolidamento, e un requisito soggettivo, che coincide con la buona fede non colposa del destinatario del vantaggio (l'affidamento non è quindi legittimo ove chi lo invoca versi in una situazione di dolo o colpa)*".

Nel caso di specie manca un provvedimento che espressamente riconosca al subalterno 1 la destinazione voluta da parte ricorrente in primo grado.

L'ordinamento non può infatti tutelare l'affidamento circa il protrarsi di una situazione non fondata su atti legittimi.

17. Tanto basta per accogliere l'appello presentato dal Comune.

18. Rimane da scrutinare il motivo riproposto (non esaminato dal Tar in quanto

assorbito) dall'appellante incidentale, già ricorrente in primo grado.

19. Con detto motivo l'appellante incidentale ha dedotto la mancata considerazione, nel provvedimento impugnato, delle ragioni di interesse pubblico e degli "degli interessi dei destinatari e dei controinteressati» richieste dall'art. 21-*novies* della legge n. 241 del 1990 per rimuovere gli effetti della scia, non potendo queste coincidere con il ripristino della legalità.

19.1. Il motivo è infondato.

19.2. La sussistenza di un vizio di illegittimità dell'atto oggetto dell'autotutela rappresenta il presupposto necessario, ma non sufficiente, affinché l'amministrazione lo annulli d'ufficio.

L'esito del procedimento dipende dalla verifica della presenza anche di altri presupposti.

In particolare, per quanto di interesse in questa sede, devono sussistere ragioni di interesse pubblico, che vadano oltre il mero ripristino della legalità violata, e deve essere effettuata una valutazione comparata e bilanciata degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Oggetto di controversia è qui la determinazione 19 luglio 2019 n. 14034 e l'allegata proposta di provvedimento interdittivo 11 luglio 2019 n. 13609, nonché il preavviso di provvedimento negativo 2 luglio 2019 n. 12878.

La nota n. 13834 del 16 luglio 2019 contiene la motivata proposta di provvedimento interdittivo in cui, riscontrata ogni singola osservazione, si ritiene inaccoglibile l'istanza della signora per i seguenti motivi:

"*1. Inosservanza delle disposizioni contenute nei regolamenti settoriali, ai sensi dell'art. 44 comma 1 lettera a) del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii., in quanto l'attività commerciale non è conforme per il profilo urbanistico perché contrasta con la destinazione d'uso residenziale assentita con licenze edilizie del 21/07/1962 e del 23/03/1970;*

2. Inosservanza dell'art. 48 delle Norme di Attuazione del P.U.C. "Monetizzazione degli oneri per mancata reperibilità di standards urbanistici", art. 12 del

Regolamento edilizio e Deliberazione del Consiglio Comunale n. 76 del 10/09/2002, per omessa monetizzazione parcheggi per il trasferimento e l'avvio della nuova attività commerciale di cui alla pratica SUAPE n. 2235 prot. n. 19077 del 01/10/2018;

3. Inosservanza del mutamento della destinazione d'uso da residenziale a commerciale, con omessa trasmissione di una SCIA a firma di un tecnico abilitato, ai sensi del comma 7 articolo 11 della Legge Regionale n. 23/85 e ss.mm.ii.; omesso contributo degli oneri concessori, ai sensi dell'art. 16 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii. e art. 3 comma 2 citata da L.R. n. 23/85 e ss.mm.ii, afferenti il volume commerciale in deduzione dal volume residenziale assentito".

Detta motivazione contempera, da un lato, l'interesse al ripristino della legalità e, dall'altro lato, l'interesse del privato allo svolgimento dell'attività commerciale nei locali di cui al subalterno 1.

L'interesse pubblico che giustificherebbe il ripristino della legalità violata è evidenziato dall'Amministrazione nel senso che, a fronte delle suddette circostanze, sussiste non solo l'interesse al ripristino della legalità violata ma (anche) l'interesse dell'utenza pubblica che, per casi del tutto simili, ha ottemperato in conformità ai medesimi regolamenti.

Da quanto sopra si desume innanzitutto che è stato considerato l'interesse del destinatario dell'atto laddove si individua la modalità di superamento del problema della destinazione urbanistica dell'immobile attraverso la richiesta del cambio di destinazione d'uso con corresponsione dei relativi oneri.

Detto raffronto rende evidente, come ammesso dallo stesso appellante incidentale ("*i sigg.* *avrebbero potuto risolvere ogni problema pagando gli oneri per il cambio di destinazione*"), la discrasia esistente fra la legalità violata e l'onere che l'Amministrazione ritiene che il privato debba soddisfare al fine di superare gli impedimenti allo svolgimento di detta attività, a tutto vantaggio della prima.

L’interesse pubblico ulteriore rispetto al ripristino della legalità violata è individuato, a valle della suddetta impostazione, nell’interesse dei consociati che rispettano la disciplina urbanistica a che non vi siano deroghe non giustificate.

Nel caso di specie quindi, secondo la prospettazione dell’amministrazione, il privato avrebbe potuto superare il problema con uno sforzo ragionevole, con la conseguenza che il Comune non ha ravvisato motivi afferenti alla posizione del destinatario dell’atto per non ripristinare la legalità violata, attesa l’aspettativa dei consociati che si sono sforzati di rispettare la regolamentazione di settore (così individuando anche l’interesse pubblico ulteriore rispetto al mero rispristino della legalità violata).

Così facendo l'amministrazione ha indicato non solo i profili di illegittimità ma anche le concrete ragioni di pubblico interesse, diverse dal mero ripristino della legalità, che lo hanno indotto a porre nel nulla la fattispecie abilitante basata sulla scia: il ridotto sforzo del destinatario dell’atto per l’ottemperanza alla prescrizione urbanistica e l’aspettativa dei consociati (aspetti, peraltro, non contestati nel merito con i ricorsi di primo e secondo grado).

Tanto è sufficiente per ritenere che il provvedimento impugnato non violi l'art. *21-novies* della legge n. 241 del 1990, il quale ha riconfigurato il relativo potere attribuendo all'amministrazione un coefficiente di discrezionalità che si esprime attraverso la valutazione dell'interesse pubblico in comparazione con l'affidamento del destinatario dell'atto: *“In materia i presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi sono costituiti dall'originaria illegittimità del provvedimento e dall'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità violata), tenendo* anche conto delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari” (Cons. St., sez. VI, 28 febbraio 2023 n. 2022).

19.3. Tanto basta per respingere il motivo riproposto.

20. Con l’appello incidentale è stato altresì impugnato il capo della sentenza con il quale il Tar ha ritenuto infondata la domanda risarcitoria.

20.1. Il Tar, in particolare, ha disatteso la domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 1227 comma 2 c.c., posto che i ricorrenti avrebbero potuto agevolmente evitare il danno in questione addivenendo, in via provvisoria e con riserva e fatto comunque salvo l'esperimento del presente giudizio, alla soluzione prospettata dal Comune, di richiedere il cambio di destinazione d'uso con corresponsione dei relativi oneri.

20.2. Il mezzo non merita accoglimento in quanto l'esito del presente giudizio in relazione alla domanda demolitoria, ritenuta da respingere, pur se diverso da quanto deciso in primo grado, rende a maggior ragione inaccoglibile la domanda di risarcire i danni derivanti dalla pretesa, ma non accertata, illegittimità del provvedimento impugnato.

21. In conclusione, l'appello principale deve essere accolto e l'appello incidentale respinto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, devono essere respinti i motivi aggiunti presentati in primo grado (il capo della sentenza riguardante il ricorso introduttivo, con il quale il Tar ha dichiarato la cessata materia del contendere, non è stato invece gravato, come sopra precisato).

22. La particolarità e la novità delle questioni sottese alla presente controversia giustificano la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge i motivi aggiunti dedotti in primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO