

Autorizzazioni commerciali

Consiglio di Stato Sez. Quinta - Dec. del 29.03.2010, n. 1785

**Sul ricorso numero di registro generale 9401 del 2008, proposto da:
M. M. S.p.A**

contro

Comune di Carate Brianza, rappresentato e difeso dagli avv. Claudio De Portu, Roberto Rossi, con domicilio eletto presso Claudio De Portu in Roma, via G. Mercalli n. 13; Regione Lombardia, rappresentata e difesa dagli avv. Antonella Forloni, Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, 7;

per la riforma

della sentenza del TAR LOMBARDIA - MILANO SEZIONE IV n. 2940/2008, resa tra le parti, concernente ISTANZA DI RILASCIO AUTORIZZAZIONE COMMERCIALE PER MEDIA STRUTTURA DI VENDITA.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2009 il Cons. Giancarlo Montedoro e uditi per le parti gli avvocati Andrea M., per delega dell'Avv. Luigi M., P., per delega dell'Avv. S., De P. e Tedeschini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

Fatto

Con il ricorso di primo grado la società odierna appellante ha impugnato il provvedimento prot. 2350 del 1 agosto 2006 del Comune di Carate Brianza, relativo ad istanza di autorizzazione commerciale per media struttura di vendita da realizzarsi nell'ambito dell'insediamento di via (...), angolo via (...), a firma del Direttore Generale, ed ogni altro presupposto consequenziale e comunque connesso, ivi inclusi il parere del responsabile del settore Territorio ed Urbanistica prot. 1065 VAR del 18 luglio 2006 , del parere del settore di Polizia locale Commercio ed Ecologia prot. 1081RPL del 20 luglio 2006 nonché, per quanto occorrer possa, della delibera della Giunta Regionale n. 7/15761 del 18 dicembre 2003 , punto 2, nella parte in cui stabilisce che la specifica previsione commerciale, secondo le categorie delle strutture di vendita sopra richiamate, costituisce “condizione necessaria per il rilascio degli atti abilitativi urbanistico-edilizi o commerciali, la generica previsione commerciale senza applicazione della tipologia di struttura ammette esclusivamente gli esercizi di vicinato”.

Con il primo motivo si lamentava la violazione e falsa applicazione dell'art. 8, comma 4, del decreto_legislativo_114_1998 per aver emesso un provvedimento di diniego dopo che si era

formato, ai sensi della norma sopra indicata, il silenzio- assenso. Vi era pertanto carenza di potere in concreto e violazione del principio del ne bis in idem.

Il secondo motivo censura la violazione dei principi generali in materia di autotutela, laddove si volesse qualificare il provvedimento impugnato in via principale come atto di autotutela, per mancanza di contraddirittorio, violazione del principio di cui all'art. 97 Cost. e difetto di motivazione circa le ragioni che avrebbero spinto ad adottare il nuovo provvedimento.

Il terzo motivo contesta la mancata applicazione dell'art. 10 bis della legge_241_1990 laddove sempre si ritenesse che non si fosse formato un provvedimento per silenzio assenso.

Il quarto motivo lamenta l'errata applicazione degli artt. 6 ed 8 del d.lgs. 114/1998, e degli artt. 14 della legge regionale n. 14 del 1999 e 30 del regolamento regionale n. 3 del 2000, poiché si richiede l'esistenza di una specifica previsione urbanistica circa l'assentibilità delle medie strutture di vendita, non accontentandosi di una generica destinazione commerciale dell'immobile, dimenticando che si trattava non di una nuova struttura ma di un esercizio già esistente.

Il quinto motivo riguarda l'eventuale illegittimità della delibera regionale impugnata laddove dovesse ritenersi applicabile anche ad esercizi commerciali già esistenti.

Il sesto censura il mancato adeguamento dello strumento urbanistico alle previsioni dell'art. 30 del regolamento regionale n. 3 del 2000.

Il settimo contesta il fatto che, pur in mancanza di criteri per il rilascio di autorizzazioni commerciali nel programma triennale per lo sviluppo commerciale, il diniego sia stato adottato senza applicare i criteri individuati a livello regionale in violazione dell'art. 41 Cost.

La Regione Lombardia ed il Comune di Carate Brianza si costituivano chiedendo il rigetto del ricorso.

Il Tribunale amministrativo regionale, con la sentenza impugnata, dopo aver rigettato il primo ed il secondo motivo, ha accolto il terzo, il sesto ed il settimo motivo di ricorso ritenendo che il Comune di Carate Brianza, non avendo adottato né visto approvare la variante generale di adeguamento dello strumento urbanistico a quanto richiesto dall'art. 8 del d.lgs. n. 114 del 1998 entro i sei mesi di cui all'art. 30 del regolamento regionale n. 3 del 2000, non potesse negare sic et simpliciter l'autorizzazione all'apertura di una media struttura di vendita, ed ha annullato il diniego impugnato ai fini di un riesame dopo aver dato attuazione a quanto previsto dalla legge statale e da quella regionale.

Appella M. M. in via principale, riproponendo i primi due motivi del ricorso di primo grado (con i primi due motivi di appello pag. 5-13 dell'atto di appello), criticando la sentenza perché ha subordinato il riesame all'adozione della variante generale così prevedendo una sospensione a tempo indefinito dell'istruttoria sull'istanza di autorizzazione, una sorta di divieto assoluto ed indiscriminato di apertura di medie strutture di vendita in assenza della variante urbanistica , che, invece, dovrebbe ritenersi consentita trattandosi di struttura immobiliare già esistente prima della riforma di liberalizzazione del commercio ed in armonia con il PRG vigente che classifica la zona in cui è sito l'immobile da destinare a media struttura di vendita come zona destinata all'insediamento di attività commerciali, senza nulla specificare perché ciò non era richiesto all'epoca di adozione dello strumento urbanistico.

In ultimo vengono anche riproposti i motivi del ricorso di primo grado dichiarati assorbiti.

Il Comune di Carate Brianza si è costituito per resistere all'appello ed ha proposto appello incidentale sulle statuzioni di accoglimento.

Si è costituita anche la Regione Lombardia per resistere al ricorso in appello.

La causa è stata discussa all'udienza del 17 novembre 2009, ed il collegio se ne è riservata la decisione.

Diritto

L'appello è fondato e va accolto mentre l'appello incidentale del Comune è irricevibile per tardività.

L'appello incidentale improprio è rivolto contro capi autonomi della sentenza gravata ovvero è diretto a far valer un autonomo interesse e ad esso si applica il termine per l'impugnazione della sentenza previsto dalla legge per l'appello principale.

In tal senso si è ritenuto che all'appello incidentale improprio - rivolto avverso capi della sentenza autonomi da quelli impugnati con l'appello principale ovvero volto a far valere un autonomo interesse - si applica il termine previsto per l'appello principale (sessanta giorni dalla notifica della sentenza o un anno dalla sua pubblicazione). La «ratio» sottesa a detto orientamento è logicamente granitica: poiché l'appello incidentale improprio è nella sostanza un appello autonomo, che ha la medesima natura di quello principale, deve seguirne il regime (Consiglio Stato, sez. VI, 22 aprile 2008 , n. 1837).

L'appello incidentale c.d. proprio o subordinato (conformemente al combinato disposto di cui all'art. 37 del t.u. n. 1054 del 1924 e di cui all'art. 29, l. Tar), costituisce il rimedio incidentale di carattere subordinato volto ad eliminare la soccombenza dell'appellato nei confronti dell'appellante, e si pone quale strumento geneticamente subordinato rispetto alla proposizione del ricorso principale ed allo scopo principale di paralizzare l'azione ex adverso proposta, per l'ipotesi della sua ritenuta fondatezza in sede di gravame, secondo la logica della c.d. impugnazione condizionata. Invece, l'appello incidentale c.d. improprio si caratterizza per non essere sostanzialmente rivolto avverso il medesimo capo della sentenza gravato attraverso l'appello principale (ovvero, avverso un capo rispetto ad esso connesso o dipendente) e si connota, soprattutto, piuttosto per una marcata autonomia tanto nei presupposti (autonomia dell'interesse alla proposizione dell'appello), tanto sotto il profilo funzionale; in tal modo si configura quale conseguenza dell'introduzione nell'ambito del rito amministrativo della previsione di cui all'art. 333 c.p.c., nella logica del *simultaneus processus*. (Consiglio Stato, sez. VI, 17 ottobre 2008, n. 5042).

Nella specie l'appello incidentale è stato proposto senza alcun nesso di subordinazione logica rispetto all'appello principale, avverso un capo della sentenza immediatamente lesivo per l'amministrazione perché di accoglimento di alcuni dei motivi proposti dalla società ricorrente in primo grado e per azionare l'autonomo interesse dell'amministrazione comunale a vedere riformata la sentenza nei capi in cui aveva stabilito una soccombenza della parte pubblica , ossia l'interesse a non riesaminare l'istanza neanche subordinatamente all'approvazione della variante urbanistica imposta dalla legge statale e dalla legge regionale.

Né si dica che l'appello principale è rivolto in parte avverso gli stessi capi della sentenza investiti dall'appello incidentale che in tal modo non meriterebbe la qualificazione di appello incidentale improprio.

I motivi da C) ad F) dell'appello principale (pag. 13-26) non sono diretti, se non sul piano meramente formale, avverso le statuzioni favorevoli di accoglimento parziale della sentenza (ciò sarebbe inammissibile se non si accompagnasse ad ulteriori deduzioni e precisazioni) ma mirano piuttosto a criticare la sentenza sotto ulteriori e diversi profili sostenendo le autonome ragioni dell'appellante volte ad ottenere un immediato pronunciamento (tacito od espresso) sulla sua istanza: essi quindi sono rivolti avverso la sentenza nella parte in cui non ha ritenuto che, in definitiva, vi fosse un obbligo del Comune di provvedere a prescindere dall'adeguamento alla normativa urbanistica; essi sono motivi con i quali si ripropongono i motivi di primo grado già accolti, sostenendo che il giudice di primo grado ha errato nel valutarne la portata nella parte motiva della sentenza e mirano quindi ad ottenere un accoglimento degli stessi motivi proposti in primo grado con diversa motivazione (ritenendo che vi sia una violazione fra chiesto e pronunciato).

L'impugnativa del Comune proposta in via incidentale è, in definitiva, qualificabile come appello incidentale improprio, perché è rivolta avverso la sentenza da soggetto soccombente (al pari di quello proponente l'appello principale) nel giudizio di primo grado, che dunque fa valere un autonomo (se pure coincidente con quello dell'appellante principale) interesse a proporre gravame avverso la sentenza stessa e propone una domanda, riferita in parte, ma solo formalmente, allo stesso capo della sentenza medesima impugnato principaliter, che la parte avrebbe potuto utilmente proporre anche mediante appello principale (C. Stato, IV: 15 maggio 2002, n. 2597; 6 maggio 2003,

n. 2364; 15 novembre 2004, n. 7449; 10 giugno 2005, n. 3068; 26 maggio 2006, n. 3193; da ultimo, 31 maggio 2007, n. 2806 e 19 maggio 2008, n. 2299; CdS IV 28 novembre 2008 n. 5811).

La sentenza appellata è stata notificata al Comune di Brianza nel domicilio eletto in data 2 settembre 2008 mentre l'appello incidentale è stato notificato solo in data 3 gennaio 2009, quindi ben oltre il termine di sessanta giorni previsto per legge (art. 28, comma 2, della legge sui Tar n. 1034 del 1971).

Non v'è dubbio alcuno poi che residui un interesse della M. M., anche dopo l'approvazione del nuovo PGT (atto prodotto sub lett. u) delle produzioni in grado di appello della M. M.), all'esame del motivo relativo al silenzio-assenso che consentirebbe all'impresa appellante di esercire quale "diritto acquisito" - (prima ed) - indipendentemente dalle previsioni di piano sopravvenute (vedasi in proposito in senso conforme sulla sussistenza e la permanenza dell'interesse alla decisione le ammissioni contenute nella memoria integrativa del Comune di Carate Brianza del 5 novembre 2009).

Nel merito occorre valutare la questione relativa alla natura meramente programmatica od immediatamente precettiva dell'istituto del silenzio assenso di cui alla legge c.d. Bersani di liberalizzazione del commercio (decreto legislativo n. 114 del 1998), ed alla possibilità di applicare l'art. 8, comma 4, del decreto legislativo n. 114 del 1998 indipendentemente dalla fissazione degli indirizzi generali da parte delle regioni e dal conseguente adeguamento delle previsioni dei piani urbanistici ai dettami della stessa legge.

In proposito nella giurisprudenza amministrativa di primo grado sono maturati due indirizzi interpretativi: secondo il primo di essi deve ritenersi che l'anzidetta disposizione abbia carattere immediatamente precettivo.

Ciò sarebbe coerente con i principi di celerità, di efficienza e di trasparenza dell'azione amministrativa, espressamente sanciti, nel nostro ordinamento, dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, la quale ha previsto che le domande di autorizzazione per l'apertura, il trasferimento di sede e l'ampliamento delle mede strutture di vendita (quale è quella interessata dalla presente controversia) "devono ritenersi accolte qualora non venga comunicato il provvedimento di diniego" entro il termine stabilito dal Comune, "comunque non superiore ai novanta giorni dalla data di ricevimento".

Ciò comporterebbe - come è stato affermato in giurisprudenza anche per altri ipotesi analoghe - che il Comune possa stabilire, per la formazione del c.d. silenzio-assenso, un termine inferiore a quello previsto dalla legge; ma, qualora ciò non faccia ovvero ometta una qualsiasi determinazione sul punto (come sembra che si sia verificato nella specie), la norma non sarebbe inoperante - e non consentirebbe al Comune di sottrarsi alla sua imperatività - ma il silenzio-assenso si formerebbe regolarmente decorso il termine indicato dalla legge.

Questo effetto non sarebbe impedito, poi, come erroneamente mostra di ritenere il Comune, dalla mancata adozione di atti deliberativi considerati presupposto indispensabile per il rilascio dell'autorizzazione, in quanto dalla legge in alcun modo emerge la previsione di una siffatta condizione e, del resto, sarebbe contraddittorio ammettere, da un lato, la previsione di un termine e consentire, dall'altro, l'elusione dello stesso o la sua proroga sine die in relazione ad un comportamento dovuto da parte del Comune ed illegittimamente omesso dallo stesso (Tar Abruzzo L'Aquila 8 febbraio 2003, n. 27).

A tenore di un differente indirizzo la norma avrebbe carattere meramente programmatico; si è così ritenuto che in tema di autorizzazione amministrativa all'esercizio del commercio in medie strutture di vendita l'art. 8, comma 4, d.lg. 31 marzo 1998, n. 114, prevede che per la configurabilità del silenzio assenso il comune debba emanare apposite norme procedurali nell'ambito delle quali inserire, quindi, anche tale istituto; pertanto, attesa la natura programmatica della norma, in assenza di tali regole procedurali, non è configurabile alcun silenzio assenso. (T.A.R. Lazio, sez. II, 3 novembre 2003, n. 9397).

In un caso occorso innanzi al Tar del Lazio si è analogamente ritenuto che "l'invocato articolo 8, comma 4, del decreto legislativo n. 114/1998 ("Il comune adotta le norme sul procedimento

concernente le domande relative alle medie strutture di vendita; stabilisce il termine, comunque non superiore ai novanta giorni dalla data di ricevimento, entro il quale le domande devono ritenersi accolte qualora non venga comunicato il provvedimento di diniego, nonché tutte le altre norme atte ad assicurare trasparenza e snellezza dell’azione amministrativa e la partecipazione al procedimento ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche”) reca norme programmatiche per le Amministrazioni comunali e non immediatamente precettive in favore dei privati: in attesa delle norme sul procedimento previste nella disposizione vigono le disposizioni transitorie (applicate dal Comune) di cui agli articoli 51 e seguenti della legge regionale 18 novembre 1999, n. 33, e non quelle sul silenzio-assenso genericamente invocate nel ricorso” (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 5 settembre 2003, n. 7446).

In tal senso si è orientato (sia pure con qualche oscillazione) anche il Tar per la Lombardia (con sentenza Sez. III 14 maggio 2003, n. 1781) che ha ritenuto che, in materia di autorizzazione all’apertura delle medie strutture di vendita, non possa trovare applicazione il modulo procedimentale delineato dall’art. 19 della legge 241 del 1990, la cui operatività è esclusa dalla presenza di una specifica disciplina di settore, che subordina il rilascio delle relative autorizzazioni, anche nella forma del silenzio assenso, alla preventiva fissazione di criteri generali per l’insediamento e la localizzazione delle medie strutture commerciali.

Ed ha poi continuato osservando che il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, recante la riforma della disciplina relativa al settore del commercio, prevede, all’art. 8, che “l’apertura, il trasferimento di sede e l’ampliamento della superficie (fino ai limiti di cui all’articolo 4, comma 1, lettera e), di una media struttura di vendita sono soggetti ad autorizzazione rilasciata dal comune competente per territorio, anche in relazione agli obiettivi di cui all’articolo 6, comma 1”, e stabilisce altresì che il comune, sulla base delle disposizioni regionali e degli obiettivi indicati all’art. 6, debba adottare i criteri per il rilascio delle autorizzazioni e fissare le norme sul procedimento da seguire in sede di esame delle domande, prevedendo un termine non superiore a novanta giorni entro il quale le domande medesime si considerano accolte.

Il cit. art. 6 prevede che le regioni “entro un anno dalla data di pubblicazione del presente decreto, definiscono gli indirizzi generali per l’insediamento delle attività commerciali” (comma 1°) e “fissano i criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale” (comma 2°), al fine di consentire, tra l’altro, l’individuazione, a mezzo della pianificazione urbanistica, delle aree destinate all’insediamento delle grandi e medie strutture di vendita; la disposizione pone inoltre a carico dei comuni l’obbligo di adeguare i propri strumenti urbanistici ai suindicati indirizzi regionali, prevedendo anche l’intervento sostitutivo della Regione in caso di inerzia comunale.

Sulla base di tali premesse il Tar Lombardia ha concluso che “contrariamente a quanto la ricorrente mostra di ritenerne, la mancata adozione dei suindicati indirizzi generali impedisce il prodursi degli effetti delle comunicazioni di inizio attività per le medie strutture di vendita e, più radicalmente, esclude la stessa possibilità di invocare il meccanismo del silenzio assenso, la cui operatività richiede la preventiva fissazione di criteri idonei ad orientare l’espansione della rete distributiva e la conformità dell’iniziativa alla disciplina programmatica e regolamentare delineata in attuazione del disegno di riforma del settore commerciale.”.

Aderisce alla tesi della natura programmatica dell’art. 8, comma 4, del decreto legislativo n.114 del 1998 anche la sentenza impugnata.

Ritiene il Collegio che la norma di cui all’art. 8, comma 4, del decreto legislativo n. 114 del 1998 sia immediatamente precettiva e che quindi vada preferito il primo dei due indirizzi interpretativi citati.

In primo luogo va rimarcata la specialità della disciplina sul commercio, che detta una previsione particolare rispetto all’istituto del silenzio-assenso disciplinato dalla legge n. 241 del 1990.

Ciò comporta che l’art. 8 d.lg. n. 114 del 1998, che ha demandato ai comuni la facoltà di stabilire, ai fini dell’assenso all’apertura delle medie strutture di vendita, un termine comunque non superiore a novanta giorni per la maturazione del silenzio accoglimento, in caso mancata adozione di una specifica disciplina comunale non renda efficace il termine ordinario di sessanta giorni di cui all’art.

19, l. n. 241 del 1990, trovando la materia disciplina esclusiva nella previsione speciale suddetta con conseguente preclusione a configurare la formazione del silenzio significativo in un termine inferiore a quello, ivi stabilito, di giorni novanta. (T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 11 dicembre 2006, n. 2889).

Conviene ricordare il tenore dell'art. 8, comma 3, e del comma 4 del più volte citato decreto legislativo riguardante le medie strutture di vendita:

"3. Il comune, sulla base delle disposizioni regionali e degli obiettivi indicati all'art. 6, sentite le organizzazioni di tutela dei consumatori e le organizzazioni imprenditoriali del commercio, adotta i criteri per il rilascio delle autorizzazioni di cui al comma 1.

4. Il comune adotta le norme sul procedimento concernente le domande relative alle medie strutture di vendita; stabilisce il termine, comunque non superiore ai novanta giorni dalla data di ricevimento, entro il quale le domande devono ritenersi accolte qualora non venga comunicato il provvedimento di diniego, nonché tutte le altre norme atte ad assicurare trasparenza e snellezza dell'azione amministrativa e la partecipazione al procedimento ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche."

Orbene non v'è dubbio che il legislatore abbia inteso, con l'art. 8 in esame, introdurre una norma di semplificazione procedimentale al fine di liberalizzare, per quanto possibile, il settore del commercio, originariamente disciplinato da una legislazione incentrata su rigidi strumenti pianificatori.

Va altresì considerato, che, sul piano letterale, non vi sono argomenti decisivi per ritenere che, in caso di inerzia delle regioni e dei comuni nell'adozione dei dovuti atti di indirizzo programmatico, resti inoperante l'istituto del silenzio assenso di cui all'art. 8 del decreto legislativo n. 114 del 1998.

La norma infatti prevede solo un regolamento del Comune, di carattere procedimentale, sul presupposto che il Comune possa fissare anche un termine per provvedere minore di novanta giorni, ma in caso di assenza di tale regolamento deve semplicemente ritenersi applicabile il termine generale previsto dalla legge statale di novanta giorni (e non il termine di cui alla legge n. 241 del 1990).

Sul piano sistematico va considerato che il silenzio assenso risulta ormai il modulo generalizzato di conclusione del procedimento amministrativo (art. 20 della l. n. 241 del 1990 come modificato dalla legge n. 80 del 2005).

La regola generale posta dalla legge n. 241 del 1990 in tema di silenzio assenso infatti prevede che "fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2.".

A fronte di tale disciplina di generalizzazione della regola del silenzio-assenso appare anacronistica e inadeguata rispetto alle esigenze della moderna economia di mercato, un'impostazione, proprio nel campo commerciale, volta a ritenere meramente programmatica la norma di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 114 del 1998 che va considerata normativa antesignana rispetto - non all'istituto del silenzio assenso ma - alle riforme di liberalizzazione dell'anno 2005 (legge n. 15 del 2005 e legge n. 80/2005) e, quindi, da interpretare in modo coerente rispetto al sistema giuridico complessivamente considerato.

Senza dire che sarebbe contraddittorio ammettere, da un lato, la previsione di un istituto di semplificazione dell'azione amministrativa e consentire, dall'altro, l'elusione dello stesso o la sua proroga sine die in relazione ad un comportamento dovuto da parte del Comune o dalla Regione ed illegittimamente omesso dai medesimi enti pubblici.

È impossibile sostenere che l'istituto del silenzio assenso sia applicabile o meno in dipendenza della decisione della p.a. di dotarsi di un piano.

E comunque, l'adozione di criteri regionali programmati e la integrazione della pianificazione territoriale commerciale ed urbanistica da parte del Comune non è senza limiti di tempo, essendo

questi previsti sia dalla legge statale per la regione in un anno (art. 6), ed in sei mesi per il comune (art. 30 regolamento regionale 3/2000), termini ampiamente decorsi alla data di adozione del provvedimento impugnato. L'inutile decorso del termine senza adeguamento della pianificazione urbanistica indica la carenza di interesse ad adeguarla, e non può vanificare l'esercizio del diritto ad ottenere la richiesta autorizzazione ed alla formazione del silenzio-assenso, pena la vanificazione delle finalità della legge 114/98 di liberalizzazione del commercio.

Ne consegue che, essendo decorso il termine di novanta giorni dalla presentazione della domanda (avvenuta in data 5/4/2006) la domanda doveva considerarsi accolta sin dal 4/7/2006, trattandosi di immobile preesistente la riforma del commercio, situato in zona a destinazione commerciale generica (art. 21 NTA) e per il quale non è stata prospettata alcuna condizione ostativa all'accoglimento della domanda che non consistesse, in buona sostanza, nella necessità di adeguamento degli strumenti urbanistici alla legge di liberalizzazione del commercio ed alla zonizzazione specifica del territorio comunale (adeguamento che doveva avvenire entro un termine, fissato dalla disciplina regionale ma fatto decorrere inutilmente dal Comune come rileva la sentenza di primo grado).

Va annullato conseguentemente l'atto di diniego di autorizzazione non avente i caratteri dell'atto di autotutela ed adottato senza contraddirittorio con l'interessato.

Assorbiti i restanti motivi.

Le spese seguono la soccombenza liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, nel contraddirittorio delle parti, sul ricorso in appello in epigrafe indicato e sull'appello incidentale proposto dal Comune così provvede:

Dichiara irricevibile l'appello incidentale.

Accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata annulla gli atti impugnati in primo grado per le causali di cui in parte motiva.

Condanna le parti soccombenti al pagamento, in favore dell'appellante principale, delle spese processuali che liquida in euro 5.000, oltre accessori come per legge.

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

Depositata in Segreteria il 29.03.2010