



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 in appello iscritto al numero di registro generale 707 del 2020, proposto da

Comune di Torre Annunziata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonia Romano, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio D'Aloia in Roma, via Emilio de' Cavalieri, n. 11;

***contro***

O.L.M.I. s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Di Lieto e Virginia Fuorvito, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sez. III, n. 3581/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di O.L.M.I. s.r.l.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, il Cons. Stefano Fantini; sono presenti in collegamento da remoto gli avvocati Antonia Romano, Andrea Di Litto e Virginia Fuorvito;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1.-Il Comune di Torre Annunziata ha interposto appello nei confronti della sentenza 1 luglio 2019, n. 3581 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. III, che ha accolto il ricorso della O.L.M.I. s.r.l.s. avverso l'ordinanza comunale n. 7 in data 4 febbraio 2019, con la quale il dirigente del S.U.A.P. le aveva ingiunto di non proseguire l'attività industriale (di costruzione di macchinari) svolta nei locali dell'immobile ubicato alla via Settetermini, civico n. 3. L'ordinanza veniva motivata nella considerazione che l'immobile, detenuto dalla O.L.M.I. in forza di contratto di locazione risalente al 27 settembre 2017, era abusivo e privo di agibilità.

2. - Con il ricorso in primo grado la O.L.M.I. s.r.l.s. impugnava l'ordinanza precludente la prosecuzione della propria attività industriale, deducendone l'illegittimità per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, in ragione della pendenza della domanda di sanatoria presentata dalla Linplastic (precedente utilizzatrice del manufatto) e comunque per eccesso di potere sotto plurimi profili sintomatici, anche nella considerazione che alle domande di S.C.I.A. commerciale non era stato opposto alcun motivo ostativo.

3. - La sentenza appellata ha accolto il ricorso ritenendo assorbente la prima censura, incentrata sulla mancata comunicazione di avvio del procedimento, vizio

ritenuto non superabile dalla previsione dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, nella considerazione che la società Linplastic aveva presentato, ai sensi della legge n. 326 del 2003, domanda per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria. Su tale istanza erano intervenuti i pareri negativi, atti con caratura endoprocedimentale, ma non anche il provvedimento conclusivo del procedimento di sanatoria edilizia.

4.- Con il ricorso in appello il Comune di Torre Annunziata ha dedotto l'inammissibilità del ricorso introduttivo, eccezione disattesa dal primo giudice, e censurato la statuizione che ha accolto il motivo di violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, nell'assunto che l'ordinanza era provvedimento vincolato, in quanto la società O.L.M.I. aveva esercitato abusivamente un'attività industriale in un immobile abusivo, privo di agibilità.

5. - Si è costituita in resistenza la O.L.M.I. s.r.l.s., eccependo l'inammissibilità del ricorso in appello in quanto notificato presso il domicilio eletto (e non presso il domicilio reale, come invece necessario essendo stato notificato nel periodo feriale, oltre il termine semestrale), e comunque la sua infondatezza nel merito.

6. - All'udienza pubblica del 26 novembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Occorre anzitutto esaminare l'eccezione di inammissibilità del ricorso in appello sollevata dalla società O.L.M.I. nella considerazione che lo stesso non è stato notificato presso il domicilio reale della società, ma presso quello eletto, adempimento, per l'appellata, non consentito in quanto la notificazione è avvenuta il 17 gennaio 2020, oltre i sei mesi dalla pubblicazione della sentenza appellata, utilizzando il periodo di sospensione feriale.

L'eccezione è infondata.

Occorre considerare che l'art. 330, comma 3, Cod. proc. civ. richiede la notifica personale come luogo di notificazione dell'impugnazione che avvenga “*dopo un anno dalla pubblicazione della sentenza*”, se ancora ammessa dalla legge.

La giurisprudenza amministrativa ha peraltro inteso tale norma nel senso che la notificazione non debba avere luogo personalmente, dopo un anno dalla pubblicazione della sentenza, qualora l'appello sia notificato oltre l'anno solare, ma nel termine comprendente la sospensione prevista dalla legge 7 ottobre 1969, n. 742, applicandosi in tale ipotesi la regola generale prevista dall'art. 330, comma 1, Cod. proc. civ. (così Cons. Stato, IV, 27 giugno 2007, n. 3746).

In ogni caso e risolutivamente, nel caso di specie la notificazione è avvenuta presso il domicilio digitale eletto dai procuratori costituiti nel giudizio di primo grado, in conformità della disciplina sul PAT.

2. - Deve essere disattesa anche la seconda eccezione di inammissibilità, argomentata nella considerazione che il Comune appellante non avrebbe sottoposto a censura la *ratio decidendi* incentrata sull'illegittimità dell'ordinanza di cessazione dell'attività industriale in quanto adottata prima che l'amministrazione si fosse pronunciata sulla domanda di condono edilizio presentata dalla Linplastic s.r.l.

Invero, a bene considerare, la pendenza del procedimento di sanatoria non costituisce autonoma motivo della pronuncia di primo grado, quanto piuttosto argomento finalizzato a dimostrare l'insostenibilità della tesi del provvedimento vincolato che non avrebbe potuto assumere un contenuto diverso anche nel caso in cui fosse stato garantito il contraddittorio procedimentale.

3. - Il primo motivo di appello critica la statuizione di rigetto dell'eccezione di inammissibilità svolta dall'amministrazione comunale nell'assunto che le doglianze avverso il parere negativo all'istanza di condono, come pure avverso i provvedimenti di accertamento dell'abusività del manufatto (che sono il

presupposto dell'ordinanza gravata), dei quali si lamenta la mancata comunicazione, avrebbero potuto essere fatti valere solamente dalla società che ha presentato l'istanza di sanatoria e che è l'unica destinataria dei medesimi.

Il motivo è almeno in parte fondato, nei termini che seguono.

La sentenza ha respinto l'eccezione di inammissibilità, rilevando che *«a prescindere dalla pretesa conoscenza del carattere abusivo dell'immobile, l'interesse a ricorrere, nei suoi elementi indefettibili della concretezza e dell'attualità, si è materializzato solo con la notifica dell'ordinanza n. 7 del 4 febbraio 2019, in quanto è da questo atto che l'amministrazione ha vietato di proseguire l'attività industriale svolta»*.

Si tratta di statuizione formalmente corretta, ma non condivisibile nella misura in cui, nel capo successivo, la sentenza afferma la portata invalidante della mancata comunicazione di avvio del procedimento nella considerazione che *«l'immobile nel quale la ricorrente conduce l'attività industriale risulta al momento abusivo perché costruito in assenza di titolo edilizio»*, pendendo al riguardo la domanda per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria presentata (in data 10 dicembre 2004) dalla società Linplastic prima che la ricorrente avesse in quell'immobile insediato la propria attività produttiva.

Detto in altri termini, è vero che l'interesse a ricorrere nei confronti dell'ordinanza che ha vietato la prosecuzione dell'attività industriale è divenuto attuale con la conoscenza della medesima, ma è altrettanto vero che la O.L.M.I. non era legittimata a dedurre come vizio la mancata conclusione del procedimento di sanatoria, del quale non è stata parte, non potendosene strumentalmente avvalere in quanto soggetto estraneo all'efficacia (astrattamente) dichiarativa e costitutiva del medesimo. Va cioè detto che, quand'anche ci sia un'opponibilità a terzi del provvedimento di condono, tale efficacia riflessa non può postularsi in relazione ad un'istanza di condono, dalla quale origina l'aspettativa di nuovo provvedimento.

4. - Il secondo motivo critica la sentenza per non avere rilevato la natura dovuta e vincolata dell'ordinanza che ha disposto il divieto di prosecuzione dell'attività industriale nell'immobile abusivo, con conseguente irrilevanza della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990. Allega l'amministrazione che ai sensi degli artt. 24 e seguenti del d.P.R. n. 380 del 2001 l'esercizio dell'attività industriale o commerciale presuppone il previo rilascio del certificato di agibilità (o, meglio, il consolidarsi della S.C.I.A.), nella fattispecie insussistente, per quanto emerge dalla documentazione in atti, sì da risultare irrilevante la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento. Deduce l'appellante, ancora, che la società O.L.M.I. non ha presentato alcuna S.C.I.A. commerciale al Comune di Torre Annunziata relativamente all'attività esercitata nell'immobile di via Settetermini (ma solo una richiesta di parere all'Azienda U.S.L.), dovendosi dunque ravvisare l'esercizio abusivo di attività industriale in immobile abusivo e dunque privo di agibilità.

Anche tale motivo è fondato.

La sentenza esclude l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, in presenza di un difetto di contraddittorio procedimentale, solamente in ragione della pendenza del procedimento di sanatoria edilizia. E' questo, un profilo, che, come esposto, la ricorrente non aveva legittimazione a dedurre in giudizio; né sono emerse ragioni ulteriori idonee ad escludere l'inevitabilità/ineluttabilità del provvedimento, nella consapevolezza che, anche a ritenere il provvedimento discrezionale, e non solo formalmente viziato, spettava al privato allegare quali sarebbero stati gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione di avvio, non potendosi limitare a dedurre la mancata comunicazione della notizia, fermo restando poi l'onere dell'amministrazione di dimostrare che, ove anche questi elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato. E' consolidata infatti la

giurisprudenza nel ritenere che l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 contempla due distinte ipotesi di salvaguardia del provvedimento affetto da vizi formali; in caso di omessa comunicazione di avvio del procedimento, in particolare, ove l'atto non abbia contenuto necessitato, l'amministrazione è chiamata a dimostrare in giudizio che lo stesso non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato in concreto. Tale prova, tuttavia, non ha carattere illimitato, estendendosi a qualsivoglia allegazione ed argomentazione che sarebbe potuta provenire dal ricorrente; è infatti il privato che deve portare in giudizio le argomentazioni che avrebbe veicolato nel procedimento, onde consentire all'amministrazione di dimostrarne l'irrilevanza ai fini degli esiti dello stesso (tra le tante, Cons. Stato, II, 4 giugno 2020, n. 3537).

5. - L'accoglimento dei motivi scrutinati comporta l'accoglimento dell'appello; peraltro, per completezza di esposizione, osserva il Collegio che va accolto, alla luce di quanto precedentemente esposto (specie al punti *sub* 3), anche il terzo motivo, con il quale viene criticata la statuizione secondo cui, in pendenza di condono, può essere proseguita l'attività nell'immobile abusivo; ciò a prescindere da ogni approfondimento in ordine alla natura (endoprocedimentale, ovvero di archiviazione) del parere negativo intervenuto nel corso del procedimento di sanatoria.

6. - In definitiva, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, il ricorso introduttivo va respinto.

La peculiarità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**

**Carlo Saltelli**

**IL SEGRETARIO**