Pubblicato il 05/08/2019

N. 04260/2019 REG.PROV.COLL.
N. 05950/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5950 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Antonio Piccirillo, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Vergara, con domicilio fisico eletto presso lo studio di quest'ultimo in Napoli, via Monte di Dio, 66, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Orta di Atella, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Pasqualina Rosaria Ferrara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento del Comune di Orta di Atella prot. n.11182 del 4 settembre 2013 avente ad oggetto l'accertamento dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione n. 15 del 29 settembre 2012 ed acquisizione del bene immobile, nonché della stessa all'ordinanza di demolizione n. 15 del 29 settembre 2012 e ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, comunque lesivo dell'interesse di parte ricorrente tra cui tutti gli atti dell'istruttoria che ha preceduto le suddette ordinanze

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Orta di Atella;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2019 la dott.ssa Rosalba Giansante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Antonio Piccirillo è proprietario dell'unità immobiliare sita in via Clanio angolo via Carusone n. 5 per averla acquistata in data 8 giugno 2005.

L'immobile in questione fa parte di un complesso residenziale, costituito da due fabbricati realizzati in forza del permesso di costruire n. 29 del 3 marzo 2003, rilasciato in favore di Massimo e Maria Comune, e ultimati nel gennaio del 2004, come risultante dal certificato di collaudo depositato al Genio Civile il 2 aprile 2004 e dall'accatastamento del 18 marzo 2004.

Parte ricorrente ha ricevuto il provvedimento prot. n.11182 del 4 settembre 2013, avente ad oggetto l'accertamento dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione n. 15 del 29 settembre 2012 ed acquisizione del bene immobile.

Con ricorso, depositato in data 17 dicembre 2013, Antonio Piccirillo, assumendo che l'ordinanza di demolizione n. 15 del 29 settembre 2012 non gli sarebbe stata mai notificata, ha chiesto l'annullamento sia del suddetto provvedimento del Comune di Orta di Atella prot. n.11182 del 4 settembre 2013, avente ad oggetto l'accertamento dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione n. 15 del 29 settembre 2012 ed acquisizione del bene immobile, che della stessa all'ordinanza di demolizione n. 15 del 29 settembre 2012, in riferimento alla quale si è riservato di presentare motivi aggiunti, allorché il provvedimento gli sarà noto nel suo contenuto.

Con sentenza non definitiva n. 6400 del 31 ottobre 2018 questa Sezione ha accolto il ricorso relativamente alla parte in cui censura il provvedimento prot. gen. 11182 del 4 settembre 2013, in accoglimento dell'assorbente "*motivo di diritto con cui parte ricorrente lamental'adozione dell'ordine di demolizione nei confronti di altri soggetti (i titolari delpermesso di costruire) e l'omessa notifica di tale ordine nei suoi confronti*" e, per l'effetto, ha annullato tale provvedimento ed ha ordinato al Comune di Orta di Atella il deposito dell'ordinanza di demolizione n. 15 del 29 dicembre 2012 e i relativi atti procedimentali, rimandando al prosieguo del giudizio ogni decisione inerente all'impugnativa di quest'ultima ordinanza; con la medesima sentenza è stata fissata l'udienza pubblica del 27 febbraio 2019 per il prosieguo del giudizio.

All'udienza pubblica del 27 febbraio 2019, in accoglimento dell'istanza di parte ricorrente, è stato disposto il rinvio della trattazione della causa all'udienza pubblica del 10 luglio 2019, al fine di consentire la proposizione del ricorso per motivi aggiunti avverso la suddetta ordinanza di demolizione, inviatagli dal Comune di Orta di Atella.

Con atto ritualmente notificato e depositato in data 21 marzo 2019, Antonio Piccirillo a seguito della conoscenza integrale dell'ordinanza di demolizione n. 15/2012, già oggetto di impugnazione con il ricorso introduttivo, ha riproposto i motivi di diritto già dedotti avverso tale provvedimento con il ricorso introduttivo ed ha dedotto ulteriori vizi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.

In data 10 giugno 2019 si è costituito a resistere in giudizio il Comune di Orta di Atella deducendo l'infondatezza del ricorso e rappresentando in particolare che, come accertato dal dirigente dell'area tecnica nella relazione prot. n. 36 del 4 giugno 2019, la richiamata (*rectius*: le richiamate) DIA è inesistente agli atti di esso Comune considerato che dall'elenco storico degli atti protocollati in data 31 luglio 2003 i riferimenti numerici identificativi della DIA cui il ricorrente si riporta - pur volendoli considerare entrambi: e precisamente il n. 8919 (alla pagina 2 in fatto del ricorso per motivi aggiunti) e il n. prot. 8969 (indicato alla pagina 6 del ricorso per motivi aggiunti) - farebbero riferimento a due istanze presentate non solo da due soggetti diversi rispetto al ricorrente, ma aventi anche oggetti e uffici destinatari del tutto estranei alla procedura urbanistica che si ritiene aver avviato, ed in particolare: al prot. n. 8919 del 31 luglio 2003 risulta un'istanza presentata da Candili Angelo, avente ad oggetto il deposito di una copia ICI, mentre al prot. 8969 del 31 luglio 2003 risulta depositato un atto dal notaio Antonio De Luise, relativo ad un dispositivo decreto inerente al minore V.G.. Pertanto, allo stato, l'unico manufatto legittimamente assentito sarebbe quello approvato con la concessione edilizia n. 29 del 3 marzo 2003. Ha, pertanto, concluso chiedendo il rigetto del ricorso stesso.

Parte ricorrente ha prodotto una memoria di replica nella quale ha precisato che la circostanza che nei propri atti difensivi la denuncia di inizio attività del 31 luglio 2003 viene talvolta indicata con il n. prot. 8969 anziché con il n. prot. 8919, è frutto di un errore materiale e, pertanto, ha rettificato tale errore. Ha inoltre eccepito la tardività ed inutilizzabilità dei documenti e della memoria depositati dal Comune il 10 giugno 2019, in quanto prodotti in violazione dei termini di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a..

In data 9 luglio 2019 parte resistente ha prodotto una ulteriore memoria nella quale ha chiesto di essere autorizzata al deposito della documentazione *ex* art. 54 c.p.a. rappresentando che, in particolare, la ricerca dello stralcio dello storico del protocollo comunale alla data del 31 luglio 2003 ha richiesto maggior tempo per gli addetti comunali, stante il lungo lasso di tempo intercorso, circa 16 anni, ed attesa la rilevanza degli atti. Alla luce della ritenuta falsità della DIA prot. 8969 del 31 luglio 2019, depositata dal ricorrente all'atto della sua costituzione in giudizio, l'ente comunale resistente ha chiesto, ai sensi dell'art. 77, comma 1, c.p.a., la fissazione di un termine entro cui poter proporre innanzi al giudice ordinario competente la relativa procedura di querela di falso.

All'udienza di discussione del 10 luglio 2019 il difensore di parte resistente si è riportato all'istanza, già versata in atti, contenente la suddetta richiesta di concessione di termini per la proposizione di querela di falso *ex* art. 77 c.p.a., chiedendo in subordine di essere autorizzato al deposito tardivo *ex* art. 54 c.p.a. per le motivazioni comunque precisate nell'istanza stessa. Il difensore di parte ricorrente ha chiesto che venga assicurata l'integrità del contraddittorio nel caso in cui il Collegio dovesse autorizzare, *ex* art. 54 c.p.a., il deposito tardivo. Alla medesima udienza pubblica la causa è passata in decisione.

Il Collegio innanzitutto rigetta l'istanza del Comune di Orta di Atella di concessione di termini per la proposizione della querela di falso, richiesta ai sensi dell'art. 77, comma 1, c.p.a. in riferimento alla ritenuta falsità della DIA prot. n. 8919 del 31 luglio 2003, depositata dal ricorrente all'atto della sua costituzione in giudizio, in quanto tale proposizione non è pregiudiziale rispetto alla decisione del presente giudizio, che è maturo per la decisione. Ciò per la risolutiva circostanza che, come si espliciterà di seguito nel merito, le opere non potevano essere assentite in base ad una mera D.I.A. e, pertanto la suddetta DIA prot. 8919 del 31 luglio 2003 non è rilevante al fine del decidere.

Occorre, preliminarmente esaminare anche l'eccezione di tardività ed inutilizzabilità dei documenti e della memoria depositati dal Comune il 10 giugno 2019, sollevata da parte ricorrente, in quanto prodotti in violazione dei termini di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a., e la richiesta di parte resistente di autorizzazione al deposito tardivo della medesima documentazione, ai sensi dell'art. 54 c.p.a..

Al riguardo la condivisibile giurisprudenza, già fatta propria da questa Sezione e dalla quale il Collegio non ha motivo di discostarsi, è consolidata nel ritenere che i termini fissati dall'art. 73 c.p.a. per il deposito di memorie difensive e documenti abbiano carattere perentorio e siano sottratti alla disponibilità delle parti (TAR Campania, Napoli, Sezione VIII, 23 gennaio 2017, n. 450, 28 agosto 2017, n. 4125), in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico sostanziale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice, con la conseguenza che la loro violazione conduce alla inutilizzabilità processuale delle memorie e dei documenti presentati tardivamente, da considerarsi *tamquam non essent* (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2015, n. 1335, TAR Campania, Napoli, Sezione VI, 11 ottobre 2016, n. 4661).

E' stato tuttavia puntualizzato che, sebbene in generale i termini previsti dall'art. 73 comma 1, c.p.a. per il deposito in giudizio di documenti e memorie siano perentori e, in quanto tali, non possono essere superati neanche ove sussistesse accordo delle parti, tuttavia il loro deposito tardivo deve ritenersi ammesso, in via del tutto eccezionale, nei casi di dimostrazione dell'estrema difficoltà di produrre l'atto nei termini di legge, così come previsto dall'art. 54, comma 1, dello stesso codice del processo amministrativo (cfr. Cons. Stato, Sez IV, n. 916 del 2013, TAR Campania, Napoli, Sezione VIII, 23 gennaio 2017, n. 450 e 28 agosto 2017, n. 4125 cit.).

Applicando le coordinate giurisprudenziali sopra tracciate, in applicazione dell'art. 73, comma 1, c.p.a., si perviene alla conclusione della utilizzabilità unicamente della memoria prodotta dal Comune di Orta di Atella in data 10 giugno 2019, in quanto tempestivamente prodotta, e della inutilizzabilità per tardività della documentazione, non potendo trovare accoglimento la richiesta di autorizzazione al deposito tardivo, ai sensi dell'art. 54 c.p.a..

Ed invero, pur ritenendo condivisibile la circostanza, riferita anche nella difesa orale dall'avvocato dell'ente locale resistente, che la ricerca dello stralcio dello storico del protocollo comunale alla data del 31 luglio 2003 possa aver richiesto maggior tempo per gli addetti comunali, stante il lungo lasso di tempo intercorso, circa 16 anni, il Collegio non può non rilevare che parte ricorrente già con il ricorso introduttivo, depositato in data 17 dicembre 2013, aveva dedotto la rilevanza della DIA prot. 8919 del 31 luglio 2003 e, pertanto, atteso il tempo trascorso da tale data all'udienza di discussione, celebrata il 10 luglio 2019, si ritiene non sussistano i presupposti per poter ammettere in via del tutto eccezionale la produzione tardiva della documentazione depositata in data 10 giugno 2019 dal Comune di Orta di Atella, ai sensi dell'art. 54, comma 1, c.p.a.; pertanto la produzione in giudizio di tale documentazione, ed in particolare della relazione prot. n. 36 del 4 giugno 2019 del dirigente dell'area tecnica, deve ritenersi inammissibile.

Passando al merito del ricorso, la domanda di annullamento dell'ordinanza di demolizione n. 15 del 29 settembre 2012 è infondata e va, come tale, respinta.

Con il ricorso introduttivo (pag. 9 e ss.) Antonio Piccirillo ha dedotto le seguenti censure avverso l'ordinanza di demolizione:

VI Violazione degli artt. 27 ss. del D.P.R. n. 380/2001, violazione dell'art. 3 della L. n. 241/1990, inesistenza dei presupposti, travisamento dei fatti.

L'ordinanza di demolizione n. 15/2012 conterrebbe una descrizione e valutazione assolutamente inesatta delle opere qualificate come abusive e dei titoli rilasciati dal Comune, frutto di un travisamento dei fatti e di un'istruttoria lacunosa e superficiale, che avrebbe portato, conseguentemente, all'erroneo inquadramento dell'intervento edilizio realizzato;

VII Violazione degli artt. 3, 10, 22 ss., 31, 32, 33, 34 e 37 del D.P.R. n. 380/2001, violazione dell'art. 2 L. R. n. 19/2001, inesistenza dei presupposti di fatto, illogicità, difetto di istruttoria.

Non si tratterebbe di "intervento di nuova costruzione", in quanto l'intervento sarebbe stato già assentito in forza di permesso di costruire n. 29 del 3 marzo 2003 e di denuncia di inizio attività 31 luglio 2003 prot. n. 8919. Tenuto conto dell'assoggettabilità delle opere contestate al regime della DIA, il Comune avrebbe dovuto applicare l'art. 37 D.P.R. n. 380/2001 (interventi eseguiti in assenza o in difformità della denuncia di inizio attività). In ogni caso, essendo il manufatto a piano terra/rialzato ed al piano terzo conforme a quello assentito con precedenti titoli edilizi, avrebbe potuto applicarsi, al più, l'art. 34 D.P.R. n. 380/2001 che disciplina gli "interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire", con applicazione della sola sanzione pecuniaria. In via ancora subordinata, avrebbe dovuto trovare applicazione, a tutto concedere, l'art. 33 del D.P.R. n. 380/2001, che concerne la ristrutturazione abusiva, e non l'art. 31, che riguarda gli interventi di nuova costruzione.

VIII Violazione dell'art. 3 della L. n. 241/1990, carenza di motivazione, difetto di istruttoria, violazione principio di affidamento, proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza.

Il Comune non avrebbe dato contezza alcuna dell'interesse pubblico perseguito con la disposta demolizione, anche considerando il notevole lasso di tempo trascorso dalla realizzazione dell'abuso.

IX Violazione degli artt. 7 e 8 della L. n. 241/1990, eccesso di potere, difetto di istruttoria, illogicità per la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento sanzionatorio.

Con l'atto depositato in data 21 marzo 2019 il Piccirillo ha proposto motivi aggiunti avverso l'ordinanza di demolizione già impugnata con il ricorso introduttivo, da qualificarsi nuovi motivi (c.d. classici) in quanto con essi parte ricorrente non ha impugnato un ulteriore provvedimento, ma ha addotto nuove ragioni a sostegno della domanda già proposta con il ricorso introduttivo, afferenti la medesima ordinanza di demolizione, deducendo le seguenti ulteriori censure:

II) Violazione degli artt. 23, 27 ss. e 31 del D.P.R. n. 380/2001, violazione degli artt. 3, 7, 21 quinquies e 21 nonies della L. n. 241/1990, violazione dell'art. 7 del Regolamento edilizio comunale, eccesso di potere per inesistenza e/o erroneità dei presupposti, contraddittorietà, travisamento dei fatti.

Parte ricorrente lamenta che l'ordinanza di demolizione non sarebbe stata adottata, né notificata nei confronti dei soggetti previsti dall'art. 31 D.P.R. 380/01: il responsabile della realizzazione delle opere ed il proprietario degli immobili; ed infatti Massimo Comune e Maria Comune non sono responsabili della esecuzione delle opere e non erano più da molto tempo proprietari delle stesse alla data del 29 settembre 2012 di adozione e notifica dell'ordinanza n. 15/2012. Il provvedimento sarebbe altresì illegittimo per difetto di istruttoria in quanto, contrariamente a quanto indicato dal Comune - nessun sopralluogo sarebbe stato effettivamente svolto (se non forse solo attraverso una superficiale visione dei luoghi dall'esterno dei 2 fabbricati), e certamente lo stesso non si sarebbe tenuto in contraddittorio con i soggetti interessati, tra cui in particolare con il ricorrente proprietario dell'appartamento al piano terzo (sub 15). Inoltre il Comune avrebbe omesso di innanzitutto di considerare che i fabbricati sono stati realizzati non solo in virtù di concessione edilizia n. 29 del 3 marzo 2003, ma anche della successiva DIA prot. 8919 del 31 luglio2003, che sarebbe stata completamente ignorata nell'ordinanza impugnata, con la quale sarebbero state assentite proprio le varianti contestate dal Settore Urbanistica comunale, ed in particolare il cambio di destinazione d'uso del piano terra e del piano sottotetto.

L'ordinanza impugnata sarebbe illegittima anche per mancata applicazione dell'art. 34, comma 2 ter del D.P.R. 380/2001, sulla cd. "tolleranza di cantiere", ai sensi del quale "non si ha parziale difformità del titolo abilitativo in presenza di violazioni di altezza, distacchi, cubatura o superficie coperta che non eccedano per singola unità immobiliare il 2 per cento delle misure progettuali". Poiché le effettive difformità esistenti rispetto ai titoli edilizi costituiti dalla C.E. n. 29/2003 e dalla DIA del 31 luglio 2003, quanto alla unità immobiliare del ricorrente (ma anche con riferimento alle altre unità immobiliari), non supererebbero la indicata percentuale del 2% delle misure progettuali, esse non costituiscono neppure "parziale difformità" dai