

**Pubblicato il 19/01/2018**

**Sent. n. 177/2018**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 861 del 2009, proposto da Procopio Giuseppe e Melia Maria, elettivamente domiciliati in Catanzaro, via Lungomare n. 117, presso lo studio dell'avv. Girolamo Milioto, che li rappresenta e difende;

contro

il Comune di Davoli, in persona del Sindaco in carica, elettivamente domiciliato in Catanzaro, via Daniele n. 35, presso lo studio dell'avv. Domenico Poerio, che lo rappresenta e difende;

per l'annullamento

dell'ordinanza n. 5 del 4 maggio 2009 del Responsabile dell'Ufficio tecnico -urbanistico del Comune di Davoli, con la quale è stata ingiunta la demolizione di opere abusive;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Vista l'ordinanza n. 623 del 17 settembre 2009, con la quale è stata accolta l'istanza cautelare proposta dal ricorrente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella udienza straordinaria per la definizione dell'arretrato del 15 dicembre 2017 il dott. Giovanni Iannini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

**FATTO e DIRITTO**

Con ordinanza n. 5 del 4 maggio 2009 il Responsabile dell'Ufficio tecnico -urbanistico del Comune di Davoli ha ingiunto al sig. Giuseppe Procopio la demolizione di opere abusive, eseguite in difformità rispetto alla DIA del 31 luglio 2006, consistenti nella tamponatura di un vano scala esterno al fabbricato, per un'altezza di 6,50 m. e un diametro di 4,80 m., con conseguente aumento della volumetria di circa 120,00 mc.

L'ordinanza è stata emessa sulla base di un sopralluogo effettuato il 27 febbraio 2009 da ufficiali e agenti di P.G., coadiuvati dai tecnici comunali arch. Orlando Pittelli e geom. Gregorio Cosentino.

Il sig. Giuseppe Procopio e la sig.ra Maria Melia hanno proposto ricorso avverso il provvedimento che ha ordinato la demolizione, deducendone l'illegittimità e chiedendone l'annullamento, con vittoria di spese.

Si è costituito il Comune di Davoli resistendo al ricorso.

Con ordinanza n. 623 del 17 settembre 2009 è stata accolta l'istanza cautelare proposta dal ricorrente.

In data 14 novembre 2016 parte ricorrente ha presentato istanza di fissazione di udienza ai sensi dell'art. 82 c.p.a.

Alla pubblica udienza del 15 dicembre 2017 la causa è stata assegnata in decisione.

Parte ricorrente ha dedotto, innanzi tutto, la violazione dell'art. 4, comma 3, della legge n. 47/1985 ed eccesso di potere per difetto di motivazione e di presupposto, rilevando, da un lato, che la menzionata norma di legge condizionerebbe l'emissione del provvedimento di demolizione al previo ordine di sospensione dei lavori e, dall'altro, che nel provvedimento non sarebbe esposto l'iter logico seguito nell'adozione della misura repressiva, essendoci un mero rimando al verbale di sopralluogo della polizia municipale.

Il motivo è infondato.

Il provvedimento di sospensione ha quale unica funzione quella di evitare che siano portate a compimento attività edilizie abusive e si rende necessario quando le opere siano in corso di esecuzione.

Nel caso in questione la tamponatura delle scale è stata già eseguita, per cui un provvedimento di sospensione sarebbe stato inutile.

Ciò fermo restando che i ricorrenti non possono invocare l'emissione di un provvedimento che, per sua natura, ha effetti negativi nella sfera giuridica degli amministrati.

Quanto al difetto di motivazione, parte ricorrente non specifica quali siano gli aspetti rimasti nell'ombra, considerato che nei provvedimenti di natura vincolata, quale quello in questione, è sufficiente che siano indicate le ragioni per le quali sono stati emessi, che nel caso di specie consistono nella realizzazione senza alcun titolo di una volumetria di 120 mc.

Con una seconda censura i ricorrenti hanno dedotto un profilo di incompatibilità del responsabile del procedimento arch. Orlando Pittelli, la cui madre, precedente proprietaria dell'immobile in questione, ha subito procedura espropriativa promossa da una banca, in esito alla quale il bene è pervenuto agli odierni ricorrenti.

Il Collegio ritiene che la censura in questione sia priva di fondamento.

Va premesso, al riguardo, che il provvedimento che ordina la demolizione ha carattere assolutamente vincolato, nel senso che, rilevato l'abuso, esso deve essere necessariamente emesso.

Le motivazioni che possano avere spinto il funzionario pubblico a compiere determinate attività potrebbero rilevare sul piano di eventuali responsabilità anche di natura penale.

Esse, tuttavia, sono del tutto ininfluenti sul piano della legittimità di un provvedimento di natura vincolata, che non può essere affetto da vizio di eccesso di potere e, in particolare, da sviamento, che è vizio proprio della funzione discrezionale.

Con ulteriore censura i ricorrenti hanno rilevato la violazione dell'art. 27 del D.P.R. n. 380/2001, evidenziando che l'amministrazione, nel valutare l'attività edilizia compiuta sulla base della DIA del 31 luglio 2006, che contemplava il completamento dei balconi e della scala e il rifacimento dell'intonaco sia interno che su tutte le facciate esterne, avrebbe dovuto prendere in considerazione il Regolamento edilizio del Comune di Davoli. In esso si stabilisce che "*Devono intendersi per volumi tecnici, a fini dell'esclusione del calcolo del volume virtuale, i volumi strettamente necessari a contenere gli impianti tecnici...*" e che "*...sono considerati volumi tecnici il vano scala, il vano ascensore, gli atrii condominiali di ingresso agli edifici...*".

Osserva il Collegio che la giurisprudenza ha chiarito che "*Per individuare la nozione di volume tecnico, come tale escluso dal calcolo della volumetria, occorre fare riferimento a tre parametri: il primo, positivo, di tipo funzionale, dovendo esso avere un rapporto di strumentalità necessaria con l'utilizzo della costruzione; il secondo e il terzo, negativi, ossia ricollegati, rispettivamente, all'impossibilità di soluzioni progettuali diverse e ad un rapporto di necessaria proporzionalità che deve sussistere fra le esigenze edilizie e il volume realizzato; quest'ultimo deve essere completamente privo di una propria autonomia funzionale, anche potenziale, in quanto esclusivamente destinato a contenere gli impianti serventi di una costruzione principale, che non possono essere ubicati all'interno di essa. L'applicazione di tali parametri induce a concludere che i volumi tecnici degli edifici, per essere esclusi dal calcolo della volumetria, non devono assumere le caratteristiche di*

vano chiuso, utilizzabile e suscettibile di essere abitato” (Tar Campania, Napoli, sez. III, 28 agosto 2017 n. 4142; in materia anche Consiglio di Stato, sez. IV, 04/05/2010, n. 2565).

I volumi tecnici sono solo quelli destinati a contenere impianti e possono essere considerati tali, quindi indifferenti ai fini della volumetria, nella stretta misura in cui siano destinati allo scopo.

D'altra parte, ciò si desume dalla stessa previsione del Regolamento di edilizio, laddove fa riferimento ai “...volumi strettamente necessari a contenere gli impianti tecnici...”.

Ne discende che il vano scala non può essere considerato un volume tecnico, con conseguente infondatezza della censura.

I ricorrenti, nell'ambito del motivo in questione, hanno ripreso le argomentazioni relative alla necessità di emissione dell'ordine di sospensione dei lavori. A tal proposito valga quanto in precedenza evidenziato.

I ricorrenti hanno dedotto, inoltre, la violazione dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001, rilevando che nella DIA del 31 luglio 2006 è stato dichiarato che i lavori consistevano nel completamento dei balconi e della scala e nel rifacimento dell'intonaco sia interno che delle facciate esterne.

Essi hanno evidenziato che il vano scale risultava già “tamponato” da barre metalliche, non sufficienti alla protezione dell'incolumità degli utilizzatori della scala.

Si tratta di argomento evidentemente infondato, atteso che la tamponatura, vale a dire la chiusura con materiali usati in edilizia, è cosa del tutto diversa dall'installazione di barre metalliche, che non realizzano la chiusura del vano e non determinano aumento di volumetria, ma hanno esclusivamente funzione estetica e/o di sicurezza.

Con altro ordine di censure i ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 12 della legge n. 47/1985, il cui testo è ora riprodotto nell'art. 34 del D.P.R. n. 380/2001, che, con riferimento alle opere eseguite in parziale difformità dispone che “*Quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla legge 27 luglio 1978, n. 392, della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a cura della agenzia del territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale*”.

L'intento del legislatore sarebbe stato quello di salvaguardare l'opera edile, anche se realizzata in parziale difformità, e a ciò conseguirebbe l'obbligo delle amministrazioni di adottare misure alternative alla demolizione.

L'assunto è chiaramente infondato.

L'intento della norma non è quello di salvaguardare le opere realizzate in parziale difformità, ma il resto delle opere edili conformi, imponendo l'applicazione della misura alternativa nei soli casi in cui la rimozione delle opere difformi potrebbe compromettere le altre opere, realizzate in aderenza al titolo edilizio.

Nel caso di specie si tratta solo della chiusura di un vano scala, la cui rimozione non avrebbe alcun effetto sulle altre opere realizzate e, in genere, sull'edificio.

Ne consegue l'infondatezza del rilievo secondo cui la mancata adozione delle misure alternative avrebbe violato il divieto di aggravamento. Ciò fermo restando che il riferimento al divieto di aggravamento appare fuor di luogo, riguardando esso l'esecuzione di passaggi procedurali non necessari.

I ricorrenti hanno dedotto, altresì, la violazione degli artt. 7 e 8 della legge n. 47/1985, modificati dagli artt. 31 e 32 del D.P.R. n. 380/2001, per i quali, secondo gli stessi, la demolizione può essere ordinata solo in caso di assenza di licenza, totale difformità dell'opera o in presenza di variazioni essenziali.

Alla stregua dell'art. 8 potrebbero considerarsi variazioni essenziali, che importano la demolizione, solo gli aumenti consistenti di cubatura. Nel caso di specie si tratterebbe solo della chiusura di un vano scale, che costituisce l'unico accesso ai piani superiori.

Le censure in questione, dedotte invero in modo piuttosto generico, toccano sostanzialmente il problema dell'applicabilità della sanzione della demolizione.

A tale riguardo acquisisce rilevanza una norma già contemplata dall'art. 8 della legge n. 47/1985 e oggi riprodotta nel secondo comma dell'art. 32 del D.P.R. n. 380/2001, per la quale non possono considerarsi variazioni essenziali quelle che incidono sull'entità delle cubature accessorie.

Si tratta dei c.d. locali strumentali, quale può essere sicuramente considerato un vano scala. L'aumento di volumetria realizzato mediante la chiusura di esso non può, quindi, importare la sanzione della demolizione.

In proposito parte ricorrente ha evidenziato che l'immobile in questione non è situato in zona soggetta a vincolo, il che implica che non assume rilievo, ai fini della necessità dell'acquisizione del permesso di costruire, la modificazione della sagoma dell'edificio, conseguente alla chiusura del vano scale.

Ne consegue l'accoglimento del ricorso e l'annullamento del provvedimento impugnato.

Le spese del giudizio devono essere poste a carico del Comune soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune di Davoli, in persona del Sindaco in carica, alla rifusione delle spese del giudizio in favore dei ricorrenti, che liquida in complessivi € 1.500,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 15 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente, Estensore

Francesco Tallaro, Referendario

Germana Lo Sapio, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO