

Pubblicato il 09/06/2021

Sent. n. 1152/2021

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 768 del 2021, proposto da [omissis], rappresentati e difesi dall'avvocato Gregorio Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alessandro Rizzo in Catanzaro, via F. Crispi n. 151;

contro

Comune di Davoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Pitaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Responsabile del Settore tecnico urbanistico del Comune di Davoli, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

dell'ordinanza per la demolizione di opere edilizie abusive e ripristino dello stato dei luoghi;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2021 la dott.ssa Martina Arrivi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I ricorrenti sono comproprietari di un fabbricato destinato a civile abitazione di due piani fuori terra nel Comune di Davoli, censito al relativo catasto al [omissis], per il quale hanno ottenuto il permesso di costruire n. [omissis] per eseguire lavori di «*realizzazione scala esterna e sopraelevazione del tetto di copertura di un fabbricato per civile abitazione*».

Sulla scorta del sopralluogo eseguito il [omissis], il Comune di Davoli, con ordinanza n. [omissis], ha ingiunto ai proprietari la demolizione e la riduzione in pristino di una serie di opere eseguite in assenza e in difformità del titolo edilizio. Esse, sinteticamente, consistono:

- nell'aver reso abitabile il sottotetto, elevandone l'altezza oltre quanto autorizzato e realizzandovi una cucina, due camere e due bagni;
- nella costruzione di tre balconi (due sulla pianta del sottotetto e uno al primo piano) e di un abbaino (al piano sottotetto), nell'ampliamento di un altro balcone (al primo piano);
- nella realizzazione di una lavanderia al primo piano;

- nell'ampliamento e nella modifica del portico al piano terra;
- nella realizzazione della scala esterna in difformità al progetto originario.

2. Con il ricorso in epigrafe, i deducenti hanno impugnato l'ordinanza di demolizione chiedendone la sospensione in via cautelare.

(I) Con il primo motivo, mediante un esame analitico e isolato di ciascuna contestazione effettuata dal Comune, i ricorrenti hanno allegato l'insussistenza dei presupposti della demolizione, contestando l'erroneità delle misurazioni delle altezze, osservando che alcune opere siano rappresentate nel progetto allegato all'istanza del permesso di costruire mentre altre costituiscano variazioni non essenziali del titolo edilizio e, infine, deducendo che alcune contestazioni poggino su violazioni della normativa sismica, estranea alla competenza comunale.

(II) Con il secondo motivo di ricorso, hanno contestato il richiamo, compiuto nel provvedimento, all'art. 31 in luogo dell'art. 33 d.p.r. 380/2001, osservando che, poiché i lavori effettuati consistono nella ristrutturazione edilizia di un fabbricato esistente, il Comune non avrebbe potuto ingiungere la demolizione dell'intero bene paventandone l'eventuale acquisizione al patrimonio pubblico.

(III) Con il terzo motivo, i ricorrenti hanno dedotto che il responsabile del procedimento avrebbe dovuto astenersi per incompatibilità (art. 6 *bis* l. 241/1990), in quanto destinatario – assieme ad altri funzionari del Comune – di una serie di denunce penali presentate da [omissis] nel [omissis] nonché di pubbliche lamentele effettuate da quest'ultimo in ordine all'illegittimità di alcune lottizzazioni.

(III) Con il quarto motivo di ricorso, hanno lamentato che il provvedimento sia uno strumento di ritorsione nei confronti di [omissis], quale autore delle suddette denunce e quale oppositore politico del Sindaco in carica.

3. Si è costituito il Comune di Davoli, chiedendo il rigetto del ricorso e domandando, *ex art. 89 cod. proc. civ.*, la cancellazione di alcune espressioni in esso contenute, poiché ritenute offensive e sconvenienti.

4. Stante la manifesta infondatezza del ricorso, la causa viene definita con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

5. In rito, va respinta l'istanza di cancellazione delle espressioni contenute nel ricorso, in quanto le stesse non superano per continenza e contestualizzazione la soglia dell'offensività prevista dall'art. 89 cod. proc. civ., mantenendosi nei limiti dell'esercizio del diritto di difesa.

6. Nel merito, deve essere dapprima analizzato il terzo motivo di ricorso, stante la riconducibilità dell'incompatibilità del funzionario al vizio d'incompetenza. La fondatezza di tale motivo inibirebbe la valutazione delle restanti censure sostanziali, essendo impedito al giudice di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati (art. 34, comma 2, cod. proc. amm.), tali dovendosi considerare le valutazioni di spettanza dell'organo competente cui il procedimento dovrebbe essere assegnato in caso di annullamento dell'atto per incompetenza (per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5).

La relativa doglianza è infondata, giacché la presentazione di denunce, come anche le pubbliche accuse di scorretta amministrazione dell'urbanistica comunale, non possono essere considerate motivo di astensione obbligatoria del funzionario. Per opinione consolidata, infatti, il conflitto d'interessi, rilevante ai sensi dell'art. 6 *bis* l. 241/1990, coincide con le ipotesi d'incompatibilità di cui all'art. 51 cod. proc. civ., che rivestono carattere tassativo e sfuggono, di conseguenza, a ogni tentativo di manipolazione analogica. Pertanto, la presentazione di denuncia in sede penale non costituisce causa di legittima ricasazione perché inidonea a creare una situazione di causa pendente – per la natura oggettiva della giurisdizione penale – o di grave inimicizia – che deve essere reciproca, trovare fondamento esclusivamente in rapporti personali ed estrinsecarsi in documentate e inequivocabili circostanze di conflittualità (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577; T.A.R. Ancona, Sez. I, 26 marzo 2019, n. 175).

7. Del pari infondato è il primo motivo di ricorso, giacché la documentazione istruttoria depositata in giudizio dimostra l'abusività delle opere realizzate dai ricorrenti.

In primo luogo, va chiarito che gli interventi edilizi non possono essere considerati in via atomistica e parcellizzata, occorrendo invece recuperare una visione d'insieme che ne metta in risalto il collegamento funzionale e l'impatto complessivo sull'assetto urbanistico del territorio (T.A.R.

Napoli, Sez. VII, 12 giugno 2018, n. 3915; T.A.R. Firenze, Sez. III, 30 aprile 2019, n. 630; T.A.R. Napoli, Sez. II, 30 aprile 2020, n. 1607). Infatti, «*in materia di abusivismo edilizio l'obbligo di demolizione si configura come un dovere di restitutio in integrum dello stato dei luoghi e ha ad oggetto il manufatto abusivo, le opere accessorie e quelle complementari, ossia l'edificio abusivo complessivamente considerato*» (Cons. Stato, Sez. VI, 12 settembre 2017, n. 4322).

Ebbene, tenendo a mente che il permesso di costruire n. 6/2012 aveva assentito unicamente la realizzazione di una scala esterna e la sopraelevazione della copertura dell'edificio, le opere concretamente realizzate sono da considerarsi, nel loro complesso, abusive, poiché realizzate in difformità rispetto al titolo edilizio e, per la maggior parte, neppure contemplate in esso.

Invero, l'unica opera effettivamente assentita consiste nella realizzazione della scala esterna al fabbricato. Tuttavia, essa è stata edificata in forma elicoidale, anziché a doppia rampa, e con spostamento rispetto al confine di proprietà, determinando – mediante modifiche sostanziali dei parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato e della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza – una variazione essenziale rispetto al progetto approvato (art. 32, comma 1, lett. c), d.p.r. 380/2001).

Gli altri interventi non sono, come anticipato, neppure ricompresi nel permesso di costruire.

Non lo è, in particolare, la conversione del sottotetto, tenuto conto che quanto assentito (elevazione della copertura del tetto) non include il cambio di destinazione d'uso. Sul punto, va ricordato che la trasformazione, anche mediante le opere interne, del sottotetto in residenza abitabile, è un intervento di ristrutturazione edilizia cd. pesante, soggetto a permesso di costruire *ex art. 10, comma 1, lett. c)*, d.p.r. 380/2001 (T.A.R. Napoli, Sez. VII, 19 marzo 2018, n. 1696; T.A.R. Genova, Sez. I, 25 marzo 2019, n. 262; T.A.R. Milano, Sez. II, 26 gennaio 2021, n. 239).

Il permesso di costruire neppure contemplava la creazione e l'estensione dei balconi, dell'abbaino e del portico, opere del pari soggette a permesso di costruire *ex art. 10, comma 1, lett. c)*, d.p.r. 380/2001 poiché, pur non comportando un aumento della volumetria o della superficie utile, variano comunque l'aspetto estetico dell'edificio e comportano un mutamento apprezzabile del relativo prospetto (Cons. Stato, Sez. I, 9 maggio 2012, n. 380; T.A.R. Catania, Sez. II, 19 maggio 2015, n. 1345; T.A.R. Palermo, Sez. I, 28 aprile 2020, n. 828; T.A.R. Napoli, Sez. IV, 7 luglio 2020, n. 2902; T.A.R. Roma, Sez. II, 21 aprile 2021, n. 4664).

Del pari abusiva è la lavanderia creata al primo piano, sul pianerottolo all'interno del vano scala. Sebbene l'opera sia di per sé unicamente interna, essa è parte integrante della complessiva ristrutturazione abusiva del fabbricato e, dunque, è – al pari dei restanti interventi – suscettibile di demolizione.

8. La fonte normativa del potere demolitorio va, invero, individuata nell'art. 33 d.p.r. 380/2001 e non nell'art. 31, richiamato nel provvedimento. Tuttavia, «*la carente o erronea indicazione degli estremi della normativa di riferimento nel provvedimento impugnato non assume rilievo in termini di legittimità, laddove non impedisca di individuare i presupposti di fatto o le ragioni di diritto sottesi al provvedimento stesso*» (Cons. Stato, Sez. III, 18 luglio 2011, n. 4353). Di conseguenza, anche l'avvertimento circa l'eventuale acquisizione del bene nel caso di inottemperanza all'ordine va ritenuta un errore materiale, inidoneo di per sé a invalidare l'atto. D'altro canto, poiché l'acquisizione gratuita è un provvedimento autonomo, il suo richiamo nell'ordine di demolizione non può spiegare effetti lesivi sulla sfera giuridica del privato.

9. Stante la correttezza degli accertamenti eseguiti dal Comune e della misura repressiva assunta, si rivela infondata anche l'ultima censura, con cui i ricorrenti si dolgono che il potere sia stato sviato dalla sua causa tipica ai fini di una ritorsione personale. Va ulteriormente precisato che l'ordine di demolizione è atto strettamente vincolato ai presupposti, come tale incensurabile per le figure sintomatiche dell'eccesso di potere (Cons. Stato, Sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4301; T.A.R. Trieste, Sez. I, 1 marzo 2017, n. 83).

10. Il ricorso deve, pertanto, essere respinto. Le spese processuali, liquidate in dispositivo, seguono l'ordinario criterio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna i ricorrenti in solido al pagamento, in favore del Comune di Davoli, delle spese di giudizio, liquidate in euro 1.653,00 per compensi, oltre spese generali, I.V.A. e C.P.A. come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2021, tenutasi in modalità telematica ai sensi del combinato disposto degli artt. 25 d.l. 137/2020, conv. in l. 176/2020 e s.m.i., e 4, comma 1, d.l. 28/2020, conv. in l. 70/2020, con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Arturo Levato, Referendario

Martina Arrivi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Martina Arrivi

IL PRESIDENTE

Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO