

TAR Lombardia (Milano) - Sentenza n. 3221/2026

Sezione Seconda - la variazione essenziale esclude l'art. 34-ter c. 4 - Deposito 16/06/2026

Pubblicato il 16/06/2026

N. 03221/2026 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 632 del 2025, proposto da IMMOBILIARE ALMA CASA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Bruno Santamaria e Tommaso Santamaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

COMUNE DI MELZO, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Pellicani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Luciano Manara, n. 1;

per l'annullamento

dell'ordinanza n. 9/2024, a firma del Responsabile del Settore Gestione del territorio, avente ad oggetto "la messa in pristino rispetto allo stato autorizzato rappresentato nella Pratica Edilizia di riferimento PE 31/2005 a proprie spese entro il termine di 90 (novanta) giorni dalla notifica della presente ordinanza, con riferimento ai piani secondo e sottotetto delle unità immobiliari a destinazione residenziale identificate catastalmente al foglio 6 mappale 1327 sub. 8 e sub. 9 site in Melzo, Via Piave 1/a, trattandosi di opere comportanti variazioni essenziali rispetto al titolo abilitativo edilizio";

di ogni atto e/o provvedimenti, preordinato, consequenziale e comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2026 il dott. Stefano Celeste Cozzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame, la società Immobiliare Alma Casa s.r.l. impugna l'ordinanza n. 9/2024 del 7 gennaio 2025 con la quale il Comune di Melzo ha ordinato, ad essa quale autore dell'abuso ed agli attuali proprietari, la rimessione in pristino, ai sensi degli artt. 31 e 32 del d.P.R. n. 380 del 2001 nonché dell'art. 54, primo comma, lett. b), di un abuso edilizio accertato presso due unità abitative catastalmente identificate al foglio 6 mappale 1327 sub. 8 e sub. 9. Tale abuso, qualificato come variazione essenziale ai titoli edilizi che hanno assentito la costruzione (permessi di costruire n. 131/2004 e n. 31/2005), consiste in particolare: a) nella creazione di due sottotetti abitabili adibiti a zona notte (uno per ogni unità immobiliare) che hanno determinato un incremento volumetrico; b) nella creazione di pareti finestrate in violazione della distanza di 10 metri dalle pareti antistanti prevista

dall'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968.

Si è costituito in giudizio, per resistere al ricorso, il Comune di Melzo.

La Sezione, con ordinanza n. 336 del 26 marzo 2025, ha accolto l'istanza cautelare motivando solo in punto di periculum.

Nel corso del giudizio, le parti hanno depositato memorie insistendo nelle loro conclusioni.

La causa è stata trattenuta in decisione in esito all'udienza del 7 maggio 2026.

In ragione dell'infondatezza nel merito del ricorso, si può prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalla parte resistente.

Con il primo motivo parte ricorrente sostiene che le opere oggetto dell'ordinanza impugnata sarebbero state sanate a seguito della presentazione, nell'anno 2006, di una domanda di accertamento di conformità e a seguito del rilascio del certificato di agibilità. A questo proposito l'interessata osserva che: a) nessun rilievo avrebbe il mancato pagamento dell'oblazione prevista dall'art. 36, secondo comma, del d.P.R. n. 380 del 2001 posto che tale inadempimento non avrebbe inciso sulla formazione del titolo edilizio ma avrebbe tutt'al più consentito all'Amministrazione di agire per ottenere il pagamento forzoso; b) il certificato di agibilità sarebbe stato rilasciato, a seguito di un sopralluogo effettuato dal tecnico comunale, sulla base degli stessi progetti allegati alle istanze di rilascio dei permessi di costruire che rappresenterebbero chiaramente la presenza di sottotetti aventi le caratteristiche dell'abitabilità; il suo rilascio dimostrerebbe quindi che l'Amministrazione ha ritenuto legittime le opere realizzate. L'interessata lamenta infine la mancata applicazione, nel caso concreto, delle disposizioni agevolative contenute negli artt. 9-bis, comma 1-bis, e 34-ter, quarto comma, del d.P.R. n. 380 del 2001.

Queste censure vengono riprese nel secondo motivo di ricorso, nel quale l'interessata sostiene altresì che le opere di cui si discute dovrebbero qualificarsi, non già come variazioni essenziali, ma come variazioni parziali, con conseguente possibilità di fiscalizzazione dell'abuso. Nello stesso motivo parte ricorrente rileva poi che: a) le modifiche fisiche realizzate in difformità da quanto rappresentato nel progetto (diversa collocazione di muri interni) rientrerebbero nel concetto di tolleranze costruttive di cui all'art. 34-bis del d.P.R. n. 380 del 2001; b) l'affermazione, contenuta nel provvedimento impugnato, secondo cui non sarebbero state nel concreto rispettate le distanze fra pareti finestrate sarebbe contraddittoria rispetto all'altra affermazione, sempre contenuta nel provvedimento impugnato, secondo cui non vi sarebbero state modifiche di sagoma. Parte ricorrente invoca infine l'art. 2-bis, comma 1-quater, del d.P.R. n. 380 del 2001 che, a suo dire, consentirebbe il recupero dei sottotetti in deroga alla distanza prevista dall'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968.

Ritiene il Collegio che queste censure siano del tutto infondate.

Come noto, l'art. 36, terzo comma, del d.P.R. n. 380 del 2001 stabilisce che, in caso di mancata risposta da parte dell'amministrazione all'istanza di rilascio del permesso di costruire in sanatoria, si forma su tale istanza un provvedimento tacito di rigetto che l'interessato ha l'onere di impugnare negli ordinari termini di legge (cfr. fra le tante T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 3 aprile 2026, n. 2247).

La giurisprudenza ha poi chiarito che il provvedimento di sanatoria previsto dal citato art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 non può essere sostituito dal certificato di agibilità posto che quest'ultimo non certifica la compatibilità della costruzione alle vigenti norme urbanistico edilizie, ma svolge la diversa funzione di garantire che la costruzione stessa sia idonea ad essere utilizzata per le destinazioni ammissibili. Sebbene a tale scopo sia necessario verificare che le prescrizioni del titolo edilizio siano state rispettate, atteso che l'utilizzazione non sarebbe legittima in presenza di difformità, non vale però il reciproco, in quanto la circostanza che l'edificio sia utilizzabile non costituisce ostacolo giuridico alla repressione degli abusi edilizi (cfr. fra le tante, T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 22 settembre 2020, n. 3964).

Ciò chiarito va a questo punto osservato che non è contestato che all'istanza di accertamento di conformità presentata dalla ricorrente nell'anno 2006, avente ad oggetto le medesime opere prese in considerazione dall'ordinanza impugnata, non è seguita l'emissione di un atto di accoglimento; ne consegue che su di essa si è formato un provvedimento tacito di rigetto che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare nei termini di legge. Il mancato versamento dell'oblazione è quindi del tutto irrilevante ai fini che qui interessano, essendo come detto decisiva l'assenza di un atto esplicito di accoglimento dell'istanza di sanatoria.

Si deve pertanto ritenere che le suddette opere, in quanto non assentite da alcun titolo edilizio, siano da considerare abusive, a nulla rilevando, per le ragioni anzidette l'avvenuto rilascio del certificato di agibilità.

Né si può ritenere in senso contrario che, nel caso specifico, per determinare lo stato legittimo delle unità immobiliari oggetto del provvedimento impugnato, il certificato di agibilità rilasciato dal Comune di Melzo possa costituire principio di prova ai sensi dell'art. 9-bis, comma 1-bis, ultimo periodo, del d.P.R. n. 380 del 2001. Questa norma ha infatti il fine di determinare lo stato legittimo degli immobili nei casi di incertezza, quando cioè non vi sia la disponibilità dei titoli abilitativi. Nel caso concreto, i titoli abilitativi esistono e sono disponibili: si tratta, come detto, dei permessi di costruire n. 131/2004 e n. 31/2005, che la ricorrente ha violato realizzando le opere di cui si discute. Non vi sono quindi i presupposti per applicare la disposizione contenuta nel citato art. 9-bis, comma 1-bis, ultimo periodo, del d.P.R. n. 380 del 2001.

Neppure è applicabile nella fattispecie la disposizione, invocata dalla ricorrente, di cui all'art. 34-ter, quarto comma, del d.P.R. n. 380 del 2001, che equipara alle cd tolleranze costruttive gli interventi eseguiti in parziale difformità per i quali sia stato rilasciato il certificato di agibilità. I sottotetti abitabili abusivamente realizzati dalla stessa ricorrente determinano infatti un aumento significativo della volumetria oltre quella originariamente assentita, e si qualificano perciò, non già come variazioni parziali, ma come variazioni essenziali che giustificano l'irrogazione della sanzione demolitoria ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. b), d.P.R. n. 380/2001 (cfr. in questo senso Consiglio di Stato, sez. VII, 26 gennaio 2026, n. 637).

Anche ai fini dell'applicabilità dell'art. 34-ter, quarto comma, del d.P.R. n. 380 del 2001 manca quindi un presupposto essenziale consistente, come detto, nell'esistenza di un abuso qualificabile come variazione parziale.

Quanto appena riferito porta poi ad escludere che l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere alla fiscalizzazione dell'abuso ai sensi dell'art. 34 del d.P.R. n. 380 del 2001, posto che anche questa norma si applica solo per le variazioni parziali.

Del tutto infondate sono infine le censure con cui la ricorrente, procedendo ad una ricostruzione parcellizzata dell'abuso, sostiene che le modifiche fisiche realizzate in difformità da quanto rappresentato nel progetto (diversa collocazione di muri interni) rientrerebbero nel concetto di tolleranze costruttive di cui all'art. 34-bis del d.P.R. n. 380 del 2001, e che l'apertura delle finestre nei sottotetti non rilevarebbe ai fini della violazione della norma, contenuta nell'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968, in materia di distanze fra pareti finestrate.

In proposito si osserva che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la valutazione degli abusi edilizi deve compiersi, non già in maniera parcellizzata, ma in un'ottica complessiva e globale, posto che la considerazione atomistica dei singoli interventi non consente di comprendere il nesso funzionale che li lega e, in definitiva, l'effettiva portata dell'operazione (cfr. fra le tante, T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 5 marzo 2024, n. 629).

Ne consegue che ciò che risulta decisivo ai fini che qui interessano è che la realizzazione delle finestre non previste in progetto e la diversa collocazione dei muri hanno contribuito alla creazione dei sottotetti

dotati dei requisiti dell'abitabilità e, quindi, alla realizzazione di un abuso nel complesso qualificabile come variazione essenziale che giustifica l'applicazione della sanzione demolitoria. In quanto elementi di questo abuso, anche l'apertura delle finestre e la diversa collocazione dei muri devono essere quindi sanzionati con l'ordine di ripristino.

Per tutte queste ragioni va ribadita l'infondatezza delle censure in esame.

Il ricorso va pertanto respinto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna la ricorrente al rimborso delle spese di giudizio che si liquidano in euro 2.000 (duemila), oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2026 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Stefano Celeste Cozzi

Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO

[Fonte: https://mdp.giustizia-amministrativa.it/visualizza/?nodeRef=&schema=tar_mi&nrg=202500632&nomeFile=202603221_01.html&subDir=Provvedimenti]