

N. 02801/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01902/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 1902 del 2019, proposto da -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorella Fumarola e Luigi Vernile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il loro studio in Milano, Via Podgora, 3;

contro

Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Paola Cozzi, Maria Lodovica Bognetti, Alessandra Montagnani Amendolea, Elena Maria Ferradini e Anna Maria Pavin, con domicilio digitale come da PEC da Registro PP.AA. e con domicilio fisico eletto presso gli uffici dell'Avvocatura Comunale in Milano, via della Guastalla 6;

per l'annullamento

- del silenzio rigetto formatosi sulla pratica edilizia presentata dalla ricorrente in data 22 marzo 2019, prot. p. -OMISSIS-/2019 per l'ottenimento di permesso di costruire

in sanatoria ai sensi dell'articolo 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, avente ad oggetto il recupero ai fini abitativi di un sottotetto esistente in Milano, via -OMISSIS-al piano 5;

- di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 9 novembre 2023 il dott. Giuseppe Nicastro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso meglio specificato in epigrafe, notificato il 19/07/2019 e depositato il successivo 12/09/2019, la ricorrente, premettendo di essere proprietaria di un piccolo appartamento sito in Milano (51,3 mq), in Via -OMISSIS-, al piano 4° in un edificio di recente costruzione, realizzato nell'ambito del P.I.I. -OMISSIS-, già di proprietà della Coop. -OMISSIS-, impugna il silenzio rigetto formatosi sull'istanza ex art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 presentata in data 22 marzo 2019, assunta al prot. n. -OMISSIS-/2019, per l'ottenimento di un permesso di costruire in sanatoria, avente ad oggetto il recupero ai fini abitativi di un sottotetto esistente nel suddetto immobile al quinto piano.

Come emerge dalla relazione tecnico illustrativa, a firma del tecnico incaricato, ed allegata all'istanza di sanatoria, "Dall'ultimo titolo autorizzativo depositato l'appartamento risulta così composto:

- al piano 4° da locale soggiorno/camera con cottura e bagno con relativo antibagno,
- al piano 5° sottotetto s.p.p. con secondo bagno.

Il sottotetto s.p.p. era già dotato di tutti gli impianti: riscaldamento a pavimento ed impianto elettrico autorizzati con la licenza di costruzione dello stabile.

Nel periodo compreso tra dicembre 2018 e gennaio 2019 la nuova proprietà ha eseguito le seguenti opere:

PIANO 4°

- Formazione di una spalletta nella zona cottura
- Modifica dell'antibagno

PIANO 5°

- Recupero del sottotetto ai fini abitativi con apertura di n. 2 nuove portefinestre e rimozione del riempimento/supporto a soffitto (escluso bagno già autorizzato e cabina armadio)
- Spostamento di n.1 porta interna".

In particolare, precisa il professionista incaricato, "struttura e stratigrafia di copertura non sono state modificate e sono rimaste le stesse indicate nei precedenti titoli abilitativi" mentre "Le nuove aperture (n. 2 portefinestre) affacciano sulle logge esistenti, non immediatamente visibili dall'esterno, ed eseguite con la stessa tipologia di serramento già presente."

Avverso il silenzio rigetto formatosi sull'istanza di sanatoria, è insorta la ricorrente deducendo un unico motivo di ricorso di "Violazione e falsa applicazione dell'art. 36 dpr 380/2001, degli artt. 2 e ss. e dell'art. 19 l.241/19090, degli artt. 63 e ss l.r.

Lombardia n. 12/2005 – eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità e irragionevolezza manifesta - difetto di istruttoria e di motivazione.”.

A dire di parte ricorrente, il silenzio rigetto:

- si sarebbe formato oltre il termine di sessanta giorni decorrenti dalla presentazione dell'istanza, atteso che il Comune “in violazione dell'art. 36 cit. e dell'art. 2 della L.241/90” avrebbe “ritenuto, pur in difetto di qualsivoglia previsione normativa o regolamentare che consenta di differire il termine di conclusione del procedimento” di spostare “di 45 giorni la data di conclusione del procedimento”;
- il silenzio rigetto sarebbe viziato da “difetto di istruttoria e di motivazione”.

L'istanza di sanatoria sarebbe da accogliere in quanto:

- “il recupero di sottotetto riguarda un immobile ultimato da oltre quattro anni”;
- “il recupero del sottotetto è realizzato per finalità abitative e risulta conforme a tutti i requisiti previsti dall' art. 63 della L.R. 12/2005”;
- “il recupero del sottotetto riguarda un immobile non soggetto ad alcuna previsione vincolistica, rispetta i requisiti igienico sanitari ai sensi dell'art. 20 del DPR 380/2001, non comporta sopraelevazione, è ricompreso in una zona dotata delle opere di urbanizzazione, non è assoggettato a vincolo di salvaguardia di alcuna natura, è conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione (fine 2018) sia al momento della richiesta”;
- “il recupero del sottotetto è a titolo oneroso. Non risulta conforme all'interesse pubblico ritardare il versamento da parte del privato dei contributi urbanizzativi.”.

Conclude chiedendo l'annullamento del “silenzio rigetto formatosi sull'istanza di permesso di costruire in sanatoria del 22 marzo 2019, nonché della previsione di differimento del termine di conclusione del procedimento, dando atto della

sussistenza di tutti i requisiti di conformità urbanistico-edilizia per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria richiesto il 22 marzo 2019”.

2. In data 17/09/2019, si è costituito il Comune di Milano che, in vista dell’udienza di discussione del ricorso, ha depositato documenti e memoria.

3. Parte ricorrente, a seguito della nomina di nuovi procuratori dopo la rinuncia al mandato dell’originario procuratore, ha depositato documenti e memoria, nonché, in data 19.10.2023, memoria di replica.

4. All’udienza di smaltimento del 9 novembre 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. I motivi di ricorso sono infondati.

5.1 Occorre premettere che, come chiarito di recente dalla Corte Costituzionale, “L’art. 36 t.u. edilizia disciplina l’«accertamento di conformità», vale a dire il permesso in sanatoria ottenibile per interventi realizzati in difetto del, o in difformità dal, titolo edilizio, alla condizione che le opere siano rispondenti alla disciplina urbanistico-edilizia vigente tanto al momento di realizzazione dell’opera, quanto al momento dell’istanza.

Il legislatore, dunque, consente in via generale la regolarizzazione postuma di abusi difettosi nella forma, ma non nella sostanza, in quanto privi di danno urbanistico.

L’istituto si distingue nettamente dalle ipotesi del condono edilizio in cui la legge, in via straordinaria e con regole ad hoc, consente di sanare situazioni di abuso, perpetrate sino ad una certa data, di natura sostanziale, in quanto difformi dalla disciplina urbanistico-edilizia (tra le altre, sentenze n. 68 del 2018, n. 232 e n. 50 del 2017).”

Come affermato da Corte Cost. n. 42/2023 “Il legislatore prevede un procedimento a iniziativa di parte in cui l’onere di dimostrare la cosiddetta doppia conformità delle

opere è a carico del richiedente (tra le altre, Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 2 maggio 2022, n. 3437; sezione sesta, sentenza 9 marzo 2016, n. 936). L'amministrazione è tenuta a pronunciarsi con adeguata motivazione entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta «si intende rifiutata».

La formula normativa è interpretata dalla giurisprudenza amministrativa – nel tempo divenuta sostanzialmente unanime e condivisa anche da questa Corte (sentenza n. 232 del 2017) – come previsione di una fattispecie di silenzio con valore legale di diniego della proposta istanza (cosiddetto silenzio-rigetto) e non come mera inerzia nel provvedere (cosiddetto silenzio-inadempimento).

La ratio del silenzio-rigetto viene rinvenuta in plurimi elementi.

In primo luogo, la previsione è ritenuta rispondente alla necessità della difesa del corretto assetto del territorio dagli abusi edilizi, la cui repressione costituisce attività doverosa per l'amministrazione (artt. 27 e 31 del d.P.R. n. 380 del 2001).

Il legislatore impone all'autorità comunale di ordinare la demolizione delle opere abusive, senza gravarla della previa verifica della loro sanabilità (da ultimo, Consiglio di Stato, sezione settima, sentenza 12 dicembre 2022, n. 10897), e, piuttosto, pone in capo al privato – che, violando la legge, ha omesso di chiedere preventivamente il necessario titolo edilizio e si è, così, sottratto al previo controllo di conformità alla pianificazione urbanistica – l'onere di proporre l'istanza di sanatoria e quello di impugnare il suo eventuale diniego, anche tacito.

A ciò si deve aggiungere la considerazione che in molti casi, come accaduto nella vicenda oggetto del giudizio a quo, la domanda di conformità è presentata a seguito dell'emanazione dell'ordinanza di demolizione nella quale l'amministrazione ha già esplicitato i caratteri dell'abuso (Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 3 aprile 2006, n. 1710).

In secondo luogo, la definizione del procedimento di sanatoria con i tempi certi del silenzio-rigetto si coordina con la disposizione dell'art. 45 t.u. edilizia relativa alla persecuzione penale degli abusi edilizi: questa prevede la sospensione del procedimento penale sino alla decisione amministrativa sull'istanza di titolo in sanatoria, in ragione dell'effetto estintivo dei reati contravvenzionali derivante dal suo accoglimento; ma, al contempo, tale sospensione richiede un contenimento temporale non potendo il processo penale arrestarsi sine die (Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenze 21 novembre 2019-16 marzo 2020, n. 10083, 16 gennaio 2020-25 maggio 2020, n. 15752 e 18 gennaio 2006-23 marzo 2006, n. 10205).

Infine, la previsione del silenzio significativo è anche nell'interesse del privato, cui è in tal modo consentita una sollecita tutela giurisdizionale (per tutte, nella giurisprudenza amministrativa, Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 2 ottobre 2017, n. 4574, oltre alla sopra richiamata giurisprudenza penale)" (ibid.).

“Quanto al piano processuale, dalla qualificazione del silenzio sull'istanza di sanatoria in termini di rigetto discendono importanti conseguenze.

Ne deriva, infatti, che il privato, con l'impugnazione del provvedimento tacito, non può far valere difetti di motivazione o lacune nel procedimento, attesa l'incompatibilità logica di tali vizi con la fattispecie del silenzio significativo, dovendo, piuttosto, dolersi del suo contenuto sostanziale di rigetto (Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 19 novembre 2018, n. 6506), vale a dire della tacita valutazione di insussistenza della conformità.

In sostanza, con il delineato sistema di tutela è traslato in fase processuale l'onere incombente sul privato in fase procedimentale.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'onere probatorio del privato è diversamente modulato a seconda che si qualifichi il potere di sanatoria in termini vincolati o tecnico-discrezionali: dalla prima, prevalente impostazione è richiesto al ricorrente di fornire prova piena della doppia conformità; dal secondo indirizzo è richiesto al ricorrente di fornire la prova della non implausibilità della doppia conformità, in termini idonei a sconfiggere la negativa definizione del procedimento. Dall'assolvimento del richiesto onere probatorio, discende l'annullamento del silenzio-rigetto, con il conseguente obbligo dell'amministrazione a provvedere espressamente sull'istanza in termini conformati a seconda all'accertamento compiuto in sentenza.

Nella riedizione del potere, l'amministrazione sarà, quindi, o totalmente vincolata dal compiuto riscontro giudiziale della doppia conformità o fortemente condizionata dalle indicazioni giudiziali sui necessari riscontri istruttori o, infine, continuerà a vantare margini di valutazione tecnico-discrezionali" (Corte Cost. n. 42/2023).

5.2. Alla luce di tali coordinate ermeneutiche vanno esaminati i motivi di ricorso con i quali parte ricorrente deduce che il silenzio rigetto si sarebbe formato oltre il termine di sessanta giorni decorrenti dalla presentazione dell'istanza stabilito dal legislatore, e che lo stesso sarebbe viziato da "difetto di istruttoria e di motivazione".

5.3. Tali motivi sono infondati.

Può prescindere dall'affrontare la questione relativa all'astratta ammissibilità e legittimità di un provvedimento di proroga del termine previsto direttamente dalla legge per la formazione del silenzio rigetto in subjecta materia, dal momento che, nel caso di specie, non sussiste alcun provvedimento con cui il Comune "ha differito il termine di conclusione del procedimento stabilito dalla legge".

Parte ricorrente deposita, infatti, una scheda della pratica edilizia dalla quale risultano i termini del procedimento con la mera indicazione “conclusione prevista entro il 05/07/2019”.

Tale comunicazione, di natura non provvedimento e non autonomamente impugnabile, non ha determinato né la proroga né la sospensione del termine previsto dall'art. 36 T.U. Edilizia.

Come chiarito dalla pacifica giurisprudenza formatasi in materia, con principi che il Collegio condivide, “Pur nel sistema introdotto dagli artt. 2 e 3, l. n. 241/1990, il silenzio serbato dall'Amministrazione Comunale sull'istanza di accertamento di conformità di cui all'art. 36, d.P.R. n. 380/2001, ha natura di atto tacito di reiezione dell'istanza e, quindi, di silenzio significativo e non di silenzio rifiuto. Ne discende che, una volta decorso il termine di 60 giorni, si forma il silenzio diniego (o silenzio rigetto), che può essere impugnato dall'interessato in sede giurisdizionale nel prescritto termine decadenziale di sessanta giorni, alla stessa stregua di un comune provvedimento” (cfr. T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, 14/06/2022, n. 4000; TAR Campania, Salerno, sez. II n. 1735/2023 del 17/07/2023).

Di tale circostanza sembra consapevole parte ricorrente, che ha, tempestivamente, notificato il ricorso nel termine di sessanta giorni dalla formazione del silenzio rigetto sull'istanza ex art. 36 cit..

5.4. Parimenti infondata è la censura con la quale si deduce il “difetto di istruttoria e di motivazione”.

Ed invero, “La carenza di motivazione non inficia il rigetto silenzioso della domanda di sanatoria edilizia, essendo l'obbligo di motivazione imposto solo per il caso in cui il Comune intenda accogliere la domanda di conservazione, e ciò allo scopo di tutelare la collettività e gli eventuali controinteressati rispetto alla determinazione di

sanare un abuso edilizio. Si è al riguardo condivisibilmente affermato che l'obbligo di 'adeguata motivazione' non può che riguardare, nella formulazione della norma, l'ipotesi in cui l'Amministrazione ritenga di accogliere la richiesta di accertamento di conformità; l'imposizione di siffatto obbligo, in tale caso, appare altresì coerente con la ragione dell'istituto, trattandosi di sanare ex post un abuso edilizio. La P.A. non può sottrarsi - nell'interesse dell'intera collettività e degli eventuali proprietari confinanti - all'onere di specifica e puntuale esposizione delle ragioni, in fatto e in diritto, che consentono di legittimare l'opera realizzata sine titulo; il privato, peraltro, non vede diminuito il proprio diritto di difesa per il fatto di non potere dedurre il vizio di difetto di motivazione dell'impugnato silenzio-diniego, ben potendo allegare che l'istanza di sanatoria sia meritevole di accoglimento, per la sussistenza della prescritta doppia conformità delle opere abusive realizzate, adducendo un valido principio di prova” (T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, 14/03/2015, n. 1561).

Infatti, “Ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001, ove il Comune non si pronunci espressamente entro il termine di 60 giorni dalla presentazione dell'istanza, sulla stessa si forma una fattispecie tipica di silenzio significativo in senso sfavorevole al richiedente, il c.d. silenzio-diniego che va impugnato, alla stregua di un provvedimento esplicito di rigetto, entro il termine decadenziale, adducendo, tuttavia, esclusivamente, ragioni di diritto tese a comprovare la sanabilità degli abusi, con esclusione del deficit di motivazione, del quale la fattispecie in questione è ope legis strutturalmente carente, oltre che di tutti gli altri vizi formali del procedimento, quali ad esempio la mancanza di pareri o del preavviso dei motivi ostativi all'accoglimento” (T. A. R. Lazio – Roma, Sez. II, 11/06/2020, n. 6394).

5.4. Ne discende che il Collegio può farsi carico di analizzare esclusivamente la doglianza dedotta con l'atto introduttivo del giudizio, con la quale parte ricorrente

specifica le ragioni di fatto e di diritto tese a comprovare l'asserita sanabilità degli abusi in questione.

A tal proposito va ribadito che ai sensi dell'art. 36 T. U. Ed. le censure dedotte in ricorso devono essere tali da consentire la verifica della (doppia) conformità urbanistica ("In caso di interventi realizzati in assenza di permesso costruire, o in difformità, l'accertamento di conformità postula la doppia conformità dell'intervento alla disciplina urbanistica e edilizia vigente al momento della realizzazione dell'opera e al momento della presentazione della domanda": T.A.R. Liguria, Sez. I, 20/06/2022, n. 509), su cui si fonda il giudizio, circa la sanabilità degli abusi, verifica che al contrario il Comune (non licenziando alcun provvedimento espresso, nel termine di giorni sessanta dalla presentazione della medesima istanza, ex art. 36, comma terzo, d. P. R. 380/2001, e così determinando la formazione del tacito rigetto, circa la stessa), ha, invece, evidentemente concluso in senso negativo. Orbene, è altrettanto pacifico, in giurisprudenza, che "è onere del soggetto interessato alla sanatoria dell'abuso edilizio dare prova della c.d. doppia conformità urbanistica dell'opera da sanare, sia con riferimento al momento della realizzazione della stessa, che al momento della presentazione della relativa istanza di sanatoria, così come previsto dall'art. 36, d.P.R. n. 380/2001; ciò in quanto la prova circa l'epoca di realizzazione delle opere edilizie e la relativa consistenza è nella disponibilità dell'interessato e non della P.A., dato che solo l'interessato può fornire gli inconfutabili atti, documenti o gli elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'addotta sanabilità del manufatto, dovendosi in ogni caso fare applicazione del principio processualcivilistico in base al quale la ripartizione dell'onere della prova va effettuata secondo il principio della vicinanza della prova" (T.A.R. Lombardia – Brescia, Sez. I, 1/03/2021, n. 197).

Nella specie, può ritenersi che detta prova non sia stata fornita.

5.5. Emerge ex actis, e si tratta di circostanza sostanzialmente pacifica, che, come dedotto dal Comune di Milano, “il progetto, assentito con più titoli edilizi, prevedeva la realizzazione di un complesso immobiliare composto da 4 edifici, che esauriva completamente la SLP disponibile prevista dal PII”.

A tale affermazione parte ricorrente controdeduce che “secondo l’art. 64 comma 2 della L.R. 12/05, il recupero ai fini abitativi dei sottotetti esistenti è ammesso anche in deroga ai limiti ed alle prescrizioni degli strumenti di pianificazione comunale vigenti ed adottati”.

La censura non coglie nel segno e non è sufficiente a dimostrare la sostanziale sanabilità del manufatto.

Come chiarito da questo Tribunale, con principi che il Collegio condivide, “ai sensi dell’art. 63 commi 1 e 2, l. rg. Lombardia 11 marzo 2005 n. 12, il recupero a fini abitativi dei sottotetti (per essi intendendosi i volumi sovrastanti l’ultimo piano degli edifici) "costituisce un ampliamento volumetrico ammissibile solo se compatibile con le prescrizioni dettate dalla disciplina urbanistica vigente e, quindi, nel rispetto degli indici di edificabilità e dei parametri stabiliti dagli strumenti urbanistici comunali, salve le ipotesi derogatorie da detta disciplina espressamente dettate" (Consiglio di Stato sez. IV 04 febbraio 2008 n. 298; TAR Milano, Lombardia, I 06 dicembre 2016 n. 2305), con la conseguenza che "ai sensi dell’art. 63 commi 1 e 2, l. rg. 11 marzo 2005 n. 12, il recupero volumetrico a scopo residenziale del piano sottotetto non può prescindere dall’esistenza dell’edificio e del sottotetto medesimo - da intendersi come vero e proprio volume preesistente - e deve avvenire nel rispetto delle prescrizioni igienico-sanitarie e di abitabilità previste dai regolamenti

vigenti" (Consiglio di Stato sez. IV 20 febbraio 2013 n. 1058).” (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 27/07/2018 n.1858).

Ed ancora, come statuito dal Consiglio di Stato: "Nella regione Lombardia, ai sensi dell'art. 63 commi 1 e 2, l. rg. Lombardia 11 marzo 2005 n. 12, il recupero a fini abitativi dei sottotetti (per essi intendendosi i volumi sovrastanti l'ultimo piano degli edifici) costituisce un ampliamento volumetrico ammissibile solo se compatibile con le prescrizioni dettate dalla disciplina urbanistica vigente e, quindi, nel rispetto degli indici di edificabilità e dei parametri stabiliti dagli strumenti urbanistici comunali, salve le ipotesi derogatorie da detta disciplina espressamente dettate".

"Ai sensi della legge della regione Lombardia n. 15 del 1996 (art. 3) il recupero del sottotetto a fini abitativi era qualificato come intervento di ristrutturazione, a norma dell'art. 31, comma 1, lett. d), della legge 5 agosto 1978, n. 457; la stessa norma, al comma 3, stabiliva che "il recupero dei sottotetti è ammesso anche "in deroga ai limiti ed alle prescrizioni di cui agli artt. 14, 17 19 e 22 della L.R. 15 aprile 1975, n. 51 "Disciplina urbanistica del territorio regionale e misure di salvaguardia per la tutela del patrimonio naturale e paesistico" e successive modificazioni ed integrazioni, nonché in deroga agli indici o parametri urbanistici ed edilizi previsti dagli strumenti urbanistici generali vigenti ed adottati".

Il recupero volumetrico a scopo residenziale del piano sottotetto in base alla citata legge regionale non poteva prescindere dall'esistenza dell'edificio e del sottotetto medesimo (da intendersi come vero e proprio volume preesistente) e doveva avvenire nel rispetto delle prescrizioni igienico-sanitarie e di abitabilità previste dai regolamenti vigenti, salvo quanto disposto dal comma 6 dell'art. 1 della legge medesima ("il recupero abitativo dei sottotetti è consentito purché sia assicurata per ogni singola unità immobiliare l'altezza media ponderale di m 2,40, ulteriormente

ridotta a m 2,10 per i comuni posti a quote superiori a m 1000 di altitudine sul livello del mare, calcolata dividendo il volume della parte di sottotetto la cui altezza superi m 1,50 per la superficie relativa").

Gli interventi edilizi finalizzati al recupero dei sottotetti potevano comportare l'apertura di finestre, lucernari, abbaini e terrazzi per assicurare l'osservanza dei requisiti di aeroilluminazione; nonché, ove lo strumento urbanistico generale comunale vigente risultasse approvato dopo l'entrata in vigore della legge regionale 15 aprile 1975 n. 51, modificazioni delle altezze di colmo e di gronda e delle linee di pendenza delle falde, purché nei limiti di altezza massima degli edifici posti dallo strumento urbanistico ed unicamente al fine di assicurare i parametri di altezza media prescritti dalla legge regionale (art. 2).

Da ciò derivava, pertanto, che le modifiche di altezza e volumetria, ai sensi della citata normativa regionale, potevano ritenersi ammissibili solo laddove strettamente necessarie a rendere abitabili i predetti volumi, con conseguente esclusione di quelle trasformazioni, che si sostanziassero nella creazione di nuove volumetrie, che venissero in qualsiasi modo ad eludere (o, meglio, ad eccedere) lo scopo unico, cui il legislatore regionale aveva funzionalizzato le modifiche medesime" (Cons. St., IV, 30 maggio 2005, n. 2767).

Siffatte trasformazioni potevano avvenire, come s'è visto, in deroga ad ogni previsione urbanistica comunale, comprese, quindi, quelle in tema di limiti quantitativi di natura volumetrica.

Tale essendo il quadro risultante dall'ormai abrogata legge regionale n. 15/1996 e dagli interventi giurisprudenziali e legislativi ad essa successivi (va ricordato che tale legge è stata successivamente modificata dalla legge regionale n. 18/1997 e dalla legge regionale n. 22/1999, oltre che fatta oggetto di interpretazione autentica con

l.r. n. 18/2002, tutte abrogate dall'art. 104 della citata legge n. 12/2005): il Capo I del Titolo IV della nuova legge regionale n. 12/2005, ribadisce il principio generale del "favor" per il recupero a fini abitativi dei sottotetti esistenti (commi 1 e 2 dell'art. 63) e definisce il sottotetto esistente come volume soprastante l'ultimo piano degli edifici "esistente al momento della presentazione della domanda di permesso di costruire ovvero della denuncia di inizio attività" (commi 2 e 4 dell'art. 63).

Questi i tratti fondamentali della nuova disciplina:

- scompare la definizione aprioristica di qualunque intervento sui sottotetti come intervento di ristrutturazione, sì che l'intervento proposto sarà di volta in volta da qualificarsi sulla base delle "definizioni degli interventi edilizi" recate dall'art. 27 della legge ed il titolo abilitativo necessario sarà quello previsto dagli artt. 33 e 41 in stretta relazione con la operata qualificazione;
- scompare la possibilità di eseguire dette trasformazioni in deroga ad indici e parametri stabiliti dagli strumenti urbanistici comunali (ed in particolare dalle rispettive norme tecniche di attuazione), sì che sarà in relazione alle previsioni di questi ultimi (circa la tipologia di interventi ammissibili in ciascuna zona, le possibili limitazioni nell'ambito di una determinata tipologia, le definizioni di volume e le modalità di computo della volumetria, circa gli indici di edificabilità, ecc.) che un intervento siffatto potrà essere assentito o meno;
- rimane la sola deroga alle "condizioni di abitabilità previste dai regolamenti vigenti" (art. 63, commi 5 e 6), rappresentata da una "altezza media ponderale di m 2,40, ulteriormente ridotta a m 2,10 per i comuni posti a quote superiori a m 1000 di altitudine sul livello del mare, calcolata dividendo il volume della parte di sottotetto la cui altezza superi m 1,50 per la superficie relativa";

- rimane la possibilità che detti interventi comportino "modificazioni delle altezze di colmo e di gronda e delle linee di pendenza delle falde" (salvo il perdurante impedimento rappresentato dai "limiti di altezza massima degli edifici posti dallo strumento urbanistico"), nonché "l'apertura di finestre, lucernari, abbaini e terrazzi" (art. 64), ma ciò, si badi, non è previsto che avvenga in deroga alle prescrizioni di piano, sì che la norma pare indirizzata più al momento della pianificazione che a quello del rilascio o acquisizione del titolo abilitativi.

Se ne può nel complesso dedurre che l'evidente ratio perseguita dal Legislatore regionale del 1996 (quella di favorire la creazione di nuove residenze attraverso il razionale recupero dei sottotetti e di evitare per tale via un ulteriore consumo di nuovo territorio altrimenti necessario per la soddisfazione dei bisogni delle famiglie) viene sì condivisa dal primo intervento legislativo del 2005, ma in un'ottica e con una disciplina più restrittiva, che si concretizza nella espunzione di quelle norme, che prima consentivano la realizzabilità degli interventi in questione in deroga agli indici o parametri urbanistici ed edilizi.

In sintesi, nell'ottica del legislatore della legge regionale n. 12/2005 la controversa possibilità di deroga (o di sanatoria) non può dunque assolutamente riguardare lo sviluppo dell'edificio in termini di superficie e/o di volumetria, altezze e/o distacchi: ciò al fine di non sacrificare oltre misura gli interessi della collettività con l'aggravamento incontrollato di equilibri urbanistici spesso delicati.

Il più recente intervento del legislatore regionale, con legge 27 dicembre 2005, n. 20 (pubblicata nel BURL del 30.12.05, supplemento ordinario n. 52), ha novellato l'art. 64 della legge regionale n. 12/2005, disponendo, tra l'altro (comma 2), che "il recupero ai fini abitativi dei sottotetti esistenti è classificato come ristrutturazione edilizia ai sensi dell'articolo 27, comma 1, lettera d)" e, inoltre, che "esso non richiede

preliminare adozione ed approvazione di piano attuativo ed è ammesso anche in deroga ai limiti ed alle prescrizioni degli strumenti di pianificazione comunale vigenti ed adottati, ad eccezione del reperimento di spazi per parcheggi pertinenziali secondo quanto disposto dal comma 3".

Proprio tale successivo intervento legislativo, che ha espressamente reintrodotta le previsioni derogatorie eliminate dall'originaria legge n. 12/2005, peraltro apponendo nuove prescrizioni e condizioni alla operatività delle deroghe stesse, vale a segnare, in virtù del suo obiettivo contenuto, un netto elemento di discontinuità tra le previsioni della l.r. n. 15/1996, quelle della prima versione della l.r. n. 12/2005 e quelle risultanti dalla sua successiva revisione.

La legge regionale n. 20/2005, quindi, non fa altro che confermare che l'interesse dei Comuni a tutelare l'assetto urbanistico del territorio e la densità in queste degli edifici anche in relazione agli interventi di recupero dei soggetti può recedere solo in presenza di espresse previsioni normative, in assenza delle quali nessuna ipotesi di deroga alle norme dei piani regolatori generali e dei regolamenti edilizi locali può considerarsi "implicita" o comunque esistente per effetto di disinvolute interpretazioni estensive di ambiti derogatori, in quanto tali assolutamente tassativi (Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 298; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 06/12/2016 n.2305).

In altri termini, per pacifico orientamento di questo Tar (ex plurimis: Tar Lombardia, Milano, sez. II, 9 marzo 2021, n. 619) l'abusivo mutamento di destinazione d'uso dei locali dei sottotetti da locali deposito o magazzini, senza permanenza di persone, a vani abitabili certamente modifica i parametri edilizi della costruzione, comportando un non indifferente aggravio del carico urbanistico.

Con la conseguenza che *“rendere abitabile un sottotetto di un immobile determina necessariamente un aumento dell’altezza urbanisticamente rilevante dello stesso, a prescindere da una sua avvenuta effettiva sopraelevazione fisica”* sicché *“laddove si ammettesse la derogabilità dell’altezza massima – contemporaneamente anche minima – si darebbe vita alla realizzazione di un nuovo piano dell’edificio che snaturerebbe l’attività di recupero del sottotetto”* (TAR Milano sez. II n. 1351/2021; TAR Milano sez. I n. 242/2021).

Coerentemente con tale orientamento, questo Tribunale, anche di recente, ha chiarito che *“gli interventi di recupero dei sottotetti finalizzati alla realizzazione di nuove unità immobiliari sono subordinati al reperimento di spazi per parcheggio da destinarsi a pertinenza di tali nuove unità. La finalità della norma è evidentemente quella di assicurare che, così come previsto dalla vigente normativa primaria, ad ogni nuova abitazione (in questo caso ottenuta tramite il recupero del sottotetto) sia correlato un nuovo spazio destinato a parcheggio.”* (TAR Lombardia, Milano, sez. II n. 2675/2023, n. 2631/2023, n. 1036/2023, n. 842/2023, n. 1676/2022, secondo cui *“la norma che vieta il superamento dei limiti di altezza previsti dagli strumenti urbanistici, è senza dubbio quella di evitare che attraverso il recupero abitativo dei sottotetti esistenti vengano nei fatti eluse o violate le prescrizioni urbanistiche vincolanti in tema di altezza massima di edifici.”*; TAR Lombardia, Milano, sez. II, n. 1565/2022 che chiarisce che in tali casi *“il sottotetto è stato realizzato in difformità dai titoli edilizi rilasciati, determinando così un incremento di volume rilevante sotto il profilo edilizio e paesaggistico.”*; TAR Lombardia, Milano, sez. II, n. 89/2022, sez. IV n. 395/2022, sez. I n. 242/2021, sez. II n. 2232/2020, sez. II n. 2138/2020: *“le regole di riferimento consentono il recupero prevedendo al contempo la corresponsione degli oneri e del contributo commisurato al costo di costruzione ancorando il quantum debeatur alla volumetria o alla superficie lorda che è resa abitativa in forza dell’intervento. Adoperando il criterio di interpretazione letterale, risulta evidente come la somma dovuta sia chiaramente connessa alla nuova entità o porzione abitativa a cui si*

riferisce il titolo.”; Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 aprile 2023 n. 3640, secondo cui “l’art. 19 della l.r. 11.3.2005, n.12 si pone l’obiettivo di parametrare la superficie resa abitabile mediante il recupero dei sottotetti con il posto auto; quindi in sostanza di realizzare posti auto in rapporto alla superficie del sottotetto dovendosi a tal fine guardare alla funzione dei medesimi, ossia alla loro fruibilità in relazione alla superficie trasformata. La citata disposizione infatti fa riferimento ad una superficie del parcheggio pertinenziale in relazione alla “volumetria resa abitativa”. Ne consegue che lo spazio funzionale alla utilizzazione del parcheggio pertinenziale si pone in una sorta di rapporto sinallagmatico con la “volumetria resa abitativa” per cui gli spazi destinati alla manovra e la relativa corsia non possono essere ricompresi nella superficie dei posti auto”).

Nella fattispecie all'esame del Collegio, l'intervento proposto prevedeva al quinto piano:

- il recupero del sottotetto ai fini abitativi;
- l'apertura di n. 2 nuove portefinestre;
- la rimozione del riempimento/supporto a soffitto (escluso bagno già autorizzato e cabina armadio);
- lo spostamento di n. 1 porta interna.

Le difese di parte ricorrente e le deduzioni del Comune di Milano si soffermano sulla questione relativa all'applicabilità della speciale disciplina in materia di sottotetti.

Parte ricorrente, tuttavia, non fornisce (né la prova piena né) la prova della non implausibilità della doppia conformità, in termini idonei a sconfessare la negativa definizione del procedimento.

In particolare, né nell'istanza (e nella relativa relazione tecnico illustrativa) né nell'atto introduttivo del giudizio si dimostra la doppia conformità, a tacer d'altro, della sostanziale realizzazione di un nuovo piano abitabile, né dell'apertura delle nuove portefinestre.

Per pacifica giurisprudenza, infatti, la modifica dei prospetti mediante l'apertura di finestra e di porta comporta la necessità del previo permesso di costruire (Consiglio di Stato sez. VI, 30/05/2011 n. 3223) e, in questa sede, manca la prova della doppia conformità di tale modifica del prospetto in base allo strumento urbanistico comunale vigente.

Senza dire che se rimane la possibilità che gli interventi di recupero dei sottotetti comportino "l'apertura di finestre, lucernari, abbaini e terrazzi" (art. 64) "ciò, si badi, non è previsto che avvenga in deroga alle prescrizioni di piano" (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 06/12/2016 n. 2305).

Quanto, poi, al recupero del sottotetto ai fini abitativi, le difese spiegate in vista dell'udienza, non superano il rilievo che né l'istanza né il ricorso introduttivo dimostrano la doppia conformità alla luce della disciplina urbanistica vigente e, quindi, non provano il rispetto degli indici di edificabilità e dei parametri stabiliti dagli strumenti urbanistici comunali.

6. Conclusivamente, il ricorso è infondato e va rigettato.

7. Sussistono giusti motivi per compensare integralmente le spese di giudizio, attesa la complessità delle questioni giuridiche e il silenzio serbato dagli uffici competenti sull'istanza di sanatoria.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679

del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare parte ricorrente e l'Amministrazione resistente.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Mauro Gatti, Presidente FF

Giuseppe Nicastro, Referendario, Estensore

Guido Gabriele, Referendario

L'ESTENSORE
Giuseppe Nicastro

IL PRESIDENTE
Mauro Gatti

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.