

Pubblicato il 16/06/2025

N. 02296/2025 REG.PROV.COLL.
N. 00477/2024 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 477 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, rappresentati e difesi dagli avvocati Antonio Giacalone, Maria Vittoria Sala, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Buscate, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Aldo Travi, Elena Travi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Annalisa Caru', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Micaela Chiesa in Milano, via dei Piatti 11;

Parco Lombardo della Valle del Ticino, non costituito in giudizio;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

- dell'ordinanza di demolizione e rimessa in pristino (n.1 del 12.01.2024) per la realizzazione di opere edilizie eseguite in difformità da titolo abilitativo presso fabbricato residenziale sito in Buscate, Via -OMISSIS-n. XX e XX, censito al N.C.E.U. del Comune di Buscate al Fg. XX, mappale XXX sub.X-X, emanata dal Comune di Buscate (consegnata *brevi manu* in data 14.02.2024 ai sigg. -OMISSIS- e -OMISSIS-).

Per quanto occorrer possa, di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso al provvedimento qui impugnato, di contenuto anche ignoto, laddove lesivo dei diritti dei ricorrenti, tra i quali a mero titolo esemplificativo si indica:

- l'avviso di avvio del procedimento *ex art.7 L. 241/1990* del 28.11.2023 prot.12768 (consegnato *brevi manu* in data 03.12.2023 ai Sigg.ri -OMISSIS- e -OMISSIS-).

Con espressa riserva di motivi aggiunti per gli atti non potuti conoscere o disporre.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS-in data 11\2\2025:

per l'annullamento

anche per l'ulteriore motivo qui dedotto, degli atti già gravati con il ricorso introduttivo ovvero:

- dell'ordinanza di demolizione e rimessa in pristino (n.1 del 12.01.2024) per la realizzazione di opere edilizie eseguite in difformità da titolo abilitativo presso fabbricato residenziale sito in Buscate, Via -OMISSIS-n. XX e XX, censito al N.C.E.U. del Comune di Buscate al Fg. XX, mappale XXX sub.X-X, emanata dal Comune di Buscate (consegnata *brevi manu* in data 14.02.2024 ai sigg. -OMISSIS- e -OMISSIS-).

Per quanto occorrer possa, di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso al provvedimento qui impugnato, di contenuto anche ignoto, laddove lesivo dei diritti dei ricorrenti, tra i quali a mero titolo esemplificativo si indica:

- l'avviso di avvio del procedimento *ex art.7 L. 241/1990* del 28.11.2023 prot.12768 (consegnato *brevi manu* in data 03.12.2023 ai Sigg.ri -OMISSIS- e -OMISSIS-) (doc.2).

Con espressa riserva di motivi aggiunti per gli atti non potuti conoscere o disporre.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Buscate e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2025 il dott. Luigi Rossetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I ricorrenti sono proprietari di un immobile ad uso civile abitazione sito in Buscate (MI), Via -OMISSIS-n. XX e XX, censito al N.C.E.U. del Comune di Buscate al Fg.11, mappale 301 sub.2-3. Gli stessi sono titolari del diritto di superficie sul terreno sul quale sorge l'edificio, mentre la proprietà del suolo è in capo al Comune di Buscate.

Il fabbricato è stato costruito nell'ambito di un Piano di edilizia economica e popolare (PEEP) approvato dal Comune di Buscate nel 1977, in virtù del quale il terreno in questione (all'epoca catastalmente identificato al Fg.11, mappale 154/BB) era stato assegnato ai sigg. -OMISSIS--OMISSIS- e -OMISSIS- (danti causa degli odierni ricorrenti) nonché alla stessa Sig.ra -OMISSIS-.

La convenzione urbanistica, *ex art.35 Legge 22 ottobre 1971 n.861*, veniva stipulata il 20.10.1977 dal Comune di Buscate, mentre il diritto di superficie in favore dei predetti assegnatari veniva costituito in data 24.02.1981.

La durata del diritto di superficie veniva fissata in anni novantanove, rinnovabili, con l'obbligo previsto in capo ai concessionari di "*utilizzare l'area*

esclusivamente per la costruzione sulla medesima di un edificio ad uso abitazione di tipo economico e popolare”.

I suddetti assegnatari realizzavano il fabbricato oggetto del presente giudizio, attraverso la concessione edilizia n.53 dell'11.09.1981 (pratica edilizia n.14/1981), e lo adibivano ad abitazione delle famiglie -OMISSIS- e -OMISSIS-. La Tavola 1 allegata alla suddetta concessione determina la lunghezza totale del Lotto, lungo Via -OMISSIS- (lato ovest), in mt. 21,75.

Successivamente, gli stessi assegnatari richiedevano e ottenevano la concessione edilizia n.69 del 28.07.1983 per la realizzazione della recinzione su via -OMISSIS-.

All'esito della conclusione dei lavori e previa ispezione svolta dall'Ufficiale sanitario, in data 3.10.1983, il Comune di Buscate rilasciava certificato di abitabilità/agibilità dell'immobile.

Con Legge Regionale n. 4 del 06.03.2002 (pubblicata sul BURL 1° suppl. ord. al n. 10 dell'08.03.2002), il Comune di Buscate entrava a far parte del perimetro del Parco Lombardo del Ticino. In ragione di ciò, il mappale oggetto del presente giudizio veniva assoggettato a vincolo paesaggistico ai sensi dell'art.142 lett.f) D.Lgs 42/2004 ss.mm.ii.

Nell'anno 2009, il subalterno 3 perveniva, per successione ereditaria, alla sig.ra -OMISSIS-, la quale ne diveniva proprietaria insieme alla madre sig.ra -OMISSIS-.

Nel 2011 il subalterno 2 perveniva (prima per successione e poi in forza di compravendita) ai coniugi sigg.ri -OMISSIS- e -OMISSIS-.

In data 10.10.2023, su segnalazione del controinteressato -OMISSIS-, il Comune di Buscate effettuava un sopralluogo al fine di verificare lo stato dei luoghi dell'immobile.

All'esito del predetto sopralluogo, veniva rilevato che l'immobile risultava realizzato in difformità rispetto alla concessione edilizia n.53 dell'11.09.1981, ed in particolare rilevava che la distanza dal fabbricato prospiciente il lato sud non rispetta i 10 metri previsti dall'art.9 DM 1444/1968.

In data 03.12.2023 i ricorrenti ricevevano comunicazione di avvio procedimento per l'adozione di provvedimenti sanzionatori.

Con successiva ordinanza n. 1 del 12.01.2024 il Comune di Buscate ingiungeva la demolizione e rimessa in pristino delle opere ritenute difformi dalla concessione edilizia n.53 dell'11.09.1981.

Con ricorso, munito d'istanza cautelare, notificato in data 06.03.2024 e regolarmente depositato, i ricorrenti impugnavano gli atti in epigrafe meglio indicati, deducendo i seguenti motivi di censura:

I) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art.31 D.P.R. 380/2001. Violazione del principio di affidamento. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria, ingiustizia manifesta;*

II) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art.31 D.P.R. 380/2001. Violazione e/o falsa applicazione dell'art.221 R.D. 27 luglio 1934, n. 1265 (T.U. leggi sanitarie). Violazione e/o falsa applicazione dell'art.3 L.241/1990. Violazione del principio di affidamento. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà dei provvedimenti, illogicità, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, ingiustizia manifesta;*

III) *Violazione del principio di affidamento. Violazione e/o falsa applicazione dell'art.97 Costituzione. Violazione del principio di proporzionalità. Violazione e/o falsa applicazione dell'art.8 CEDU. Eccesso di potere per difetto di motivazione e ingiustizia manifesta;*

IV) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art.35 D.P.R. 380/2001. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti, violazione del procedimento, difetto di istruttoria;*

V) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art.167 d.lgs. 42/2004 e dell'art.34 comma 2 D.P.R. 380/2001. Violazione del principio di buon andamento e del dovere di collaborazione tra P.A. e cittadino. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria, sviamento, ingiustizia manifesta;*

In data 26.03.2024 si costituisce il controinteressato con atto di mero stile, chiedendo che il ricorso venga dichiarato nullo, irricevibile, inammissibile e

comunque respinto perché infondato in fatto ed in diritto, con vittoria di spese.

In data 03.04.2024 si costituisce, con atto di mero stile, il Comune di Buscate, chiedendo che il ricorso e l'istanza cautelare siano respinti perché infondati.

In data 05.04.2024 l'amministrazione intimata e il controinteressato depositano memorie con le quali integrano le proprie argomentazioni difensive, confermando le conclusioni rassegnate in sede di costituzione.

Con ordinanza cautelare n. 340 del 10.04.2024, la Sezione respingeva l'istanza cautelare.

Con ordinanza n.2009 del 29.05.2024 il Consiglio di Stato, in riforma della predetta ordinanza, sospendeva l'efficacia del provvedimento gravato.

Nelle more del giudizio, in data 17 dicembre 2024, l'Amministrazione comunale ha evaso l'istanza di accesso presentata dai ricorrenti, volta a ottenere l'ostensione della documentazione afferente il Piano di edilizia economico e popolare in cui il fabbricato oggetto di causa si inserisce.

Alla luce della documentazione acquisita, con atto di motivi aggiunti, notificato in data 11.02.2025 e regolarmente depositato, i ricorrenti deducono un ulteriore motivo di censura:

VI) Violazione e/o falsa applicazione dell'art.9 D.M.1444/1968; Violazione e/o falsa applicazione della delibera di consiglio comunale n.42 del 30.04.1977 e relativi Allegati; Violazione e/o falsa applicazione dell'art.9 L.167 del 18 aprile 1962. Eccesso di potere per contraddittorietà tra provvedimenti, illogicità, sviamento, carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti, errata motivazione.

In vista dell'udienza di discussione le parti si scambiano memorie e repliche ex art. 73 c.p.a.

All'udienza del 25.03.2024 l'affare passa in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di censura, parte ricorrente premette che, nel corso del tempo, l'immobile dei ricorrenti sarebbe stato oggetto di due concessioni edilizie:

(i) la concessione edilizia n.53 dell'11.09.1981, per la realizzazione di abitazione bifamiliare, e (ii) la concessione edilizia n.69 del 28.07.1983, per la realizzazione della recinzione su via -OMISSIS-.

La prima riporta una misura del Lotto lungo la Via -OMISSIS- pari a 21,75 metri, così dettagliata: 5 mt di distanza del fabbricato dal confine sud; 5 mt di distanza del fabbricato dal confine nord e 11,75 mt la misura del fabbricato lato ovest.

La seconda, una misura complessiva del Lotto, sempre lungo la Via -OMISSIS-, pari a 19,45 metri, rispetto ad una misura del fabbricato, sul lato ovest, rimasta di 11,75 mt.

Secondo la prospettazione dei ricorrenti, il titolo abilitativo a cui fare riferimento sarebbe solo quello del 1983, in quanto ultimo titolo edilizio. Solo a quest'ultimo bisognerebbe riferirsi per determinare la legittimità, sia della lunghezza del Lotto, sia delle distanze dai confini nord e sud. Tale titolo legittimerebbe una distanza dal confine sud e dal confine nord inferiore ai 5 mt e, di conseguenza, una distanza dal fabbricato prospiciente lato sud, inferiore ai 10 mt previsti dall'art. 9 DM 1444/1968, contestata dall'amministrazione comunale nel provvedimento gravato.

Parte ricorrente lamenta che il Comune resistente, nell'adozione del provvedimento impugnato, avrebbe fatto riferimento esclusivamente alla concessione edilizia n. 53 del 1981, senza tener conto del titolo successivo. Facendo riferimento a quest'ultimo titolo, invece, non sussisterebbero le illegittimità rilevate attraverso il provvedimento gravato. Difatti, la concessione edilizia del 1983 n. 69, avendo assentito una lunghezza del lotto inferiore a quella assentita nella precedente concessione (19,45 metri anziché 21,75 metri), avrebbe di conseguenza implicitamente assentito delle distanze dai confini inferiori a quelle indicate sul primo titolo edilizio (quindi, inferiori a 5 metri). La lunghezza lato ovest del fabbricato (11,75 metri) non sarebbe mai mutata e sarebbe stata sempre evincibile in fase istruttoria.

La lunghezza del lotto oggi rilevabile lungo la Via -OMISSIS- (19,45 metri) sarebbe esattamente quella indicata nella concessione edilizia del 1983 rilasciata dal Comune e mai annullata.

Lo stato di fatto sarebbe identico allo stato di diritto e, di conseguenza, non potrebbe essere sostenuta l'esistenza di alcuna difformità. Nulla sarebbe mai stato nascosto o omesso ai tecnici del Comune.

Tale circostanza non consentirebbe al Comune neanche di adottare un provvedimento di annullamento *ex art. 21 nonies* L. 241/90 rispetto alla concessione edilizia del 1983, nell'ipotesi in cui fosse ravvisabile un errore dei tecnici comunali: a tale soluzione sarebbero ostativi sia il decorso del termine di legge, sia l'assenza di una falsa rappresentazione dei fatti da parte del privato. La lunghezza del lotto lungo la via -OMISSIS-, pari a 19,45 metri (e quindi inferiore a quella precedentemente assentita), sarebbe stata chiaramente indicata a progetto.

La concessione edilizia del 1983, rilasciata oltre quaranta anni addietro, si sarebbe consolidata e, con essa, le misurazioni e le distanze dai confini ivi assentite.

Non potrebbe essere considerato abuso la minore distanza dal confine, in violazione dell'art. DM 1444/1968, poiché essa sarebbe stata assentita dal Comune.

In relazione ad altro profilo di censura, parte ricorrente osserva che nel 1983 il Comune di Buscate rilasciava certificato di abitabilità/agibilità dell'immobile. Inoltre, nel 2011 e nel 2015 lo stesso Comune recepiva, senza eccepire alcunché, comunicazioni di inizio lavori di manutenzione ordinaria *ex art.27 lett.a)* L.R. n.12/2005. Tale elemento avrebbe ulteriormente contribuito ad alimentare il legittimo affidamento in capo al privato proprietario circa la legittimità dell'immobile.

Il motivo di ricorso non è condivisibile.

L'edificazione dell'immobile è stata assentita attraverso la concessione edilizia n. 53 del 1981 il cui progetto prevedeva un'estensione totale del lotto di mt

21,75 ed un'esatta rappresentazione della distanza di 5 mt dal confine per il fabbricato (11.75 mt), sia nella parte sud, sia nella parte nord. Ciò avrebbe consentito il rispetto della distanza di 10 mt dal fronte finestrato del fabbricato vicino.

La lunghezza del fabbricato realizzato è di 11,75 mt, come da progetto, ma il Lotto, a differenza di quanto indicato nella tavola originaria allegata alla concessione edilizia del 1981, ha una lunghezza di mt.19,45 e non di mt. 21,75.

La successiva Concessione n. 69 del 1983 ha riguardato l'assenso all'installazione di una parziale recinzione e non anche l'assenso ad una lunghezza del lotto inferiore a quella assentita nella precedente concessione, nonostante in tale occasione sia stata indicata la effettiva lunghezza del lotto di 19,45 mt, inferiore rispetto a quella rappresentata nella concessione che ha abilitato l'edificazione dell'immobile. Vi è da rilevare, che nella stessa concessione edilizia del 1981 era stata prevista, tra le "condizioni speciali", la necessità di altra concessione edilizia per realizzazione della recinzione.

La Concessione del 1983, quindi, ha riguardato un intervento specifico e puntuale, previsto dall'originaria concessione, nettamente diverso dall'edificazione dell'immobile. La mera rappresentazione, nell'elaborato grafico allegato all'istanza di concessione del 1983, di misure del Lotto difformi da quelle indicate nel titolo abilitativo dell'edificazione, non *"equivale a loro legittimazione o, comunque, approvazione da parte dell'autorità comunale"* (Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VII, Sent.1382/2025).

Peraltro, la rappresentazione contenuta nell'elaborato grafico allegato alla seconda concessione non risulta idonea a consentire all'amministrazione di rilevare la difformità tra quanto precedentemente assentito, in termini di distanza del fabbricato dal confine e di distanza tra fronti finestrati, e quanto, secondo la prospettazione dei ricorrenti, implicitamente conseguito con l'assenso alla recinzione. L'amministrazione, in sostanza, oltre a non essere stata chiamata a tanto, non è stata neanche posta nelle condizioni di svolgere

un'adeguata attività istruttoria in merito alla prospettata interrelazione tra quanto presentato nel progetto d'installazione della recinzione (conformazione recinzione su due prospetti e lunghezza del lotto) e l'effetto che ne sarebbe indirettamente derivato sul piano della distanza tra fronti finestrati. Ciò in ragione dell'assenza, nel progetto della recinzione, dell'indicazione delle effettive distanze del fabbricato dal confine. La circostanza impedisce di ritenere che possa ritenersi perfezionato una sorta di implicito assenso ad una riduzione delle distanze.

La diversità degli interventi assentiti con le concessioni edilizie del 1981 e del 1983, esclude che possa ritenersi perfezionato, in capo ai ricorrenti, un qualche tipo di affidamento sulla legittimità di un complessivo intervento edificatorio, il cui stato legittimo deriverebbe da un titolo edilizio avente ad oggetto, esclusivamente, la realizzazione parziale della recinzione. Ciò, a parere del Collegio, esclude che sussista la necessità di intervenire in autotutela sulla concessione del 1983, atteso che dalla stessa non è derivato alcun effetto di autorizzare la “riduzione” delle distanze, sul presupposto di un presunto errore commesso dai tecnici comunali.

Il secondo ed il terzo motivo di ricorso possono essere congiuntamente esaminati attesa la loro stretta connessione.

Attraverso il predetto articolato censorio, parte ricorrente osserva che la legittimità dell'immobile sarebbe ulteriormente avvalorata dalla circostanza che il Comune di Buscate, in data 03.10.1983, ha rilasciato il certificato di agibilità/abitabilità *ex art. 221 R.D. 27 luglio 1934, n. 1265*.

La predetta disposizione, oggi abrogata, prevedeva il rilascio dell'autorizzazione, purché la costruzione fosse “*stata eseguita in conformità del progetto approvato, che i muri siano convenientemente prosciugati e che non sussistano altre cause di insalubrità*”. Il rilascio da parte del Comune di Buscate del suddetto certificato contrasterebbe in modo evidente con la contestazione mossa nel provvedimento impugnato, ovvero il mancato rispetto delle distanze tra fabbricati di cui all'art.9 DM 1444/1968, che, come noto, sono prescritte dal

legislatore proprio a tutela delle esigenze collettive igienico-sanitarie. Tale condotta dell'Ente denoterebbe un eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà tra provvedimenti nonché dell'illogicità dell'azione amministrativa.

Inoltre, per la giurisprudenza amministrativa la conformità urbanistica dell'opera sarebbe requisito imprescindibile ai fini del rilascio dell'agibilità/abitabilità di un immobile. Se l'immobile fosse stato difforme rispetto a quanto assentito, il certificato di agibilità/abitabilità non avrebbe potuto né dovuto essere rilasciato. Quest'ultimo, peraltro, neanche potrebbe essere oggetto di annullamento in autotutela in quanto atto amministrativo ormai consolidato, non più rimovibile dal mondo del diritto.

In ogni caso, anche a voler ritenere non rilevante il predetto certificato ai fini della legittimità dell'immobile, in via subordinata parte ricorrente deduce che il rilascio dello stesso andrebbe comunque ad ingenerare un forte affidamento nel privato in ordine alla legittimità dell'immobile, cui accordare specifica tutela. La circostanza imporrebbe all'Amministrazione di adeguatamente motivare l'interesse pubblico specifico ed attuale all'eliminazione delle opere abusive, per le quali tempo prima aveva riconosciuto il certificato di abitabilità. Di quest'ultimo, il provvedimento impugnato, non terrebbe in alcun modo conto.

Inoltre, prosegue parte ricorrente, qualora si ritenesse l'immobile difforme da quanto assentito, l'ordinanza di demolizione sarebbe comunque illegittima poiché adottata, a distanza di oltre quaranta anni, nei confronti di chi non potrebbe essere considerato responsabile dell'asserito abuso. Solo uno degli attuali ricorrenti, difatti, sarebbe proprietario fin dall'edificazione. Anche il decorso del tempo dalla commissione dell'abuso farebbe sorgere nel privato una situazione di affidamento tutelabile alla conservazione dell'intervento abusivo, tale da imporre all'amministrazione un obbligo motivazionale rafforzato in ordine alla sussistenza di un concreto interesse pubblico all'adozione della misura ripristinatoria, diverso dal mero ripristino della

legalità violata. Di tale onere motivazionale rafforzato non vi sarebbe traccia nel provvedimento impugnato.

Sotto altro profilo, a distanza di oltre quarant'anni dalla realizzazione delle opere abusive, risulterebbe violato anche il principio di proporzionalità tra violazione contestata e sanzione irrogata, espressione del principio di buon andamento di cui all'art.97 Costituzione. Nel caso concreto, la destinazione abitativo-residenziale dell'edificio evocherebbe maggiormente il principio di proporzionalità, in forza del quale la sanzione in concreto irrogata al trasgressore dovrebbe essere proporzionata alla gravità della violazione commessa. Si tratterebbe di principio affermata dalla Corte EDU in relazione all'art. 8 della Convenzione.

Nel caso di specie, inoltre, si evidenzia che l'immobile oggetto di demolizione sarebbe stato realizzato proprio nell'ambito di un Piano di edilizia economico e popolare (PEEP) e da sempre è destinato ad uso abitazione delle famiglie -OMISSIS- e -OMISSIS-. Attualmente il subalterno 2 (piano primo) è l'abitazione dei coniugi -OMISSIS- e -OMISSIS-, i quali vi risiedono con i figli minorenni; al subalterno 3 (piano rialzato) vive la Sig.ra -OMISSIS- con la madre anziana Sig.ra -OMISSIS- e la figlia piccola. Per entrambi i nuclei familiari, l'immobile in questione costituisce "prima casa" e, ove questo venisse demolito in tutto o in parte, gli odierni ricorrenti vedrebbero irrimediabilmente e gravemente compromesse e lese le proprie primarie esigenze abitative.

Data l'esiguità dello scostamento rispetto ai 5 mt e l'assenza di pregiudizio per l'igiene e la sanità pubblica, l'amministrazione avrebbe dovuto effettuare un giudizio di bilanciamento tra l'eventuale sanzione da irrogare ed il sacrificio imposto alla proprietà privata.

Invece, il provvedimento demolitorio impugnato renderebbe gli odierni ricorrenti destinatari di una sanzione assolutamente sproporzionata rispetto all'interesse pubblico che l'amministrazione dovrebbe perseguire con la propria azione.

Il Collegio non condivide.

La prevalente giurisprudenza configura il certificato di abitabilità quale titolo non idoneo ad attestare la conformità urbanistica ed edilizia. Tuttavia, in considerazione della peculiarità della fattispecie concreta, nella quale l'edificazione dell'immobile in questione si innestava nell'ambito di un PEEP per il quale il Comune si è fatto promotore e garante dell'operazione urbanistica ed è sancita in Convenzione la sussistenza di un dovere di controllo costante dei lavori in capo all'Ufficio tecnico, anche a voler ritenere che una qualche funzione di attestazione della regolarità dei lavori effettuati possa essere svolta dal certificato di abitabilità, il rilascio dello stesso non potrebbe mai rendere legittima un'edificazione per la quale risulta oggettivamente riscontrata la violazione delle distanze *ex art. 9 DM 1444/1968*, trattandosi di norma inderogabile e per la quale, al fine di escluderne l'operatività, neanche sarebbe consentito l'effettivo riscontro dell'assenza del pregiudizio di ordine sanitario e igienico.

Si tratta di un'edificazione realizzata secondo prescrizioni contrastanti con l'art. 9 D.M. 1444/1968, notoriamente qualificata quale disciplina di interesse generale, derogabile solo *“nel caso di gruppi di edifici che formino oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con previsioni planovolumetriche”*, *ex art 9 D.M. 1444/1968*, ultimo comma, e in altri casi espressamente previsti dalla legge. Nessuna di tali previsioni, come sarà confermato in prosieguo, risulta applicabile alla fattispecie concreta.

La misura ripristinatoria, inoltre, deve dirigersi, come indicato dall'art. 31 d.P.R. 380/2001, anche contro il proprietario del bene, purché si trovi nella “condizione” di ripristinare l'ordine giuridico violato. La stessa, avendo carattere reale, prescinde dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile (l'estraneità agli abusi può rilevare sotto altri profili) e trova, quindi, applicazione anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la *res* tale da poter

assicurare la restaurazione dell'ordine giuridico violato (C.d.S., Ad. plen., Sentenza n. 9 del 17 ottobre 2017).

Di talché, il provvedimento demolitorio appare correttamente rivolto nei confronti degli attuali proprietari, benché non responsabili dell'abuso.

Quanto al profilo dell'affidamento che le complessive circostanze concrete avrebbero ingenerato in capo ai ricorrenti (pianificazione nell'ambito di un PEEP e connesso ruolo del Comune di garante dell'operazione urbanistica, repressione dell'illecito ad oltre quaranta anni dalla realizzazione dell'abuso, assenza di colpevolezza, rilascio del certificato di abitabilità, peraltro con parere del tecnico comunale) le deduzioni in ricorso risulterebbero positivamente apprezzabili poiché evidenziano una situazione antiggiuridica verosimilmente incolpevole o comunque un sicuro affidamento del privato rispetto all'operato dell'amministrazione e alla legittimità delle distanze. Ciò potrebbe, in astratto, rendere meritevole di accoglimento il profilo di censura che impone un'adeguata motivazione sull'interesse pubblico attuale al ripristino dello stato dei luoghi.

Tuttavia, come più sopra già rilevato, la previsione di cui all'art. 9 del D.M. 1444/1968, per giurisprudenza granitica, assume carattere inderogabile, poiché tesa al rispetto di principi fondamentali in termini di salubrità. Sicché, il semplice accertamento della sua violazione è sufficiente a radicare l'illegittimità di una costruzione realizzata a distanza inferiore a 10 mt dal fronte finestrato di altro edificio, a prescindere da qualsiasi valutazione comparativa degli interessi contrapposti che si pongono al di là del mero ripristino della legalità violata.

Quanto alla contestata carenza di proporzionalità del provvedimento impugnato, il Collegio considera quanto segue.

È noto che il principio di proporzionalità, con riferimento all'attività provvedimentale amministrativa, presuppone l'esercizio dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Il vaglio di proporzionalità consente di verificare se l'amministrazione procedente, nel contemperamento

degli interessi pubblici e privati che formano la “trama” della “zolla sociale” su cui interviene, abbia adottato un provvedimento amministrativo che persegua l’interesse pubblico imponendo una determinazione amministrativa idonea e necessaria al raggiungimento dello scopo, con sacrificio per il privato giusto e tollerabile.

Il provvedimento impugnato, tuttavia, è un atto a carattere vincolato, per il quale, al momento dell’adozione, non possono sussistere margini di valutazione di proporzionalità.

Alcuni arresti giurisprudenziali della Corte EDU affrontano il tema della proporzionalità della misura ripristinatoria, non con riguardo alla fase della sua emanazione ma a quella della sua esecuzione. In tali fattispecie, assume rilievo il diritto all’abitazione riconosciuto dall’art. 8 della CEDU, per cui: “1. *Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.* 2. *Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*”. Rispetto alla limitazione di tale diritto, la Corte EDU ha affermato il principio per cui il ricorrente ha diritto a contestare la sproporzione della demolizione mediante l’accesso “*a una procedura che permetta di valutare adeguatamente la proporzionalità della demolizione rispetto alle loro condizioni personali*” (CEDU, Sez. V, Sent. n. 46577/15 del 21 aprile 2016, Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria) e, sul presupposto che il concetto di domicilio si estende agli immobili edificati illegalmente, è stato ribadito che “*poiché la perdita del proprio domicilio è una delle più gravi forme di ingerenza, ogni persona che rischia tale perdita – anche se non vulnerabile – deve in linea di principio poter far valutare la proporzionalità della misura da un tribunale indipendente, alla luce dei principi dell’articolo 8. Deve potersi contestare l’atto amministrativo che provoca la perdita della casa per la sua*

eventuale sproporzione rispetto alle condizioni personali?” (CEDU, Sez. II, Sent. n. 44817/18 del 4 agosto 2020, Kaminskas c. Lithuania).

La giurisprudenza del giudice penale interno si è adeguata a tali coordinate ermeneutiche, evocando il rispetto del principio di proporzionalità nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione dallo stesso adottato, e non anche per la fase di condanna. (*ex multis* Cass. Penale, Sez. III, n. 35008 del 18 settembre 2024).

La giurisprudenza amministrativa maggioritaria opta per la verifica della proporzionalità con esclusivo riferimento alla fase esecutiva del provvedimento. In tale prospettiva: *“il diritto all'abitazione, riconducibile agli artt. 2 e 3 Cost. e all'art. 8 CEDU, non è tutelato in termini assoluti, ma è temperato con altri valori di pari rango costituzionale, come l'ordinato sviluppo del territorio e la salvaguardia dell'ambiente, che giustificano, secondo i criteri della necessità, sufficienza e proporzionalità, l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo, sempre che tale provvedimento si riveli proporzionato rispetto allo scopo che la normativa edilizia intende perseguire, rappresentato dal ripristino dello status preesistente del territorio”* (C.d.S., Sez. VI., Sent. n. 1254/2023).

Nella fattispecie concreta, la necessità di ripristinare le distanze di legge imporrebbe l'arretramento di un lato della costruzione di 1,04 mt e, quindi, una riduzione delle dimensioni dell'abitazione.

Tale attività di ripristino è stata valutata da una specifica relazione tecnica di parte, prodotta dai ricorrenti. Dalla stessa si evince inequivocabilmente che *“l'eventuale demolizione delle opere strutturali realizzate in difformità dal titolo abilitativo comporta con certezza una totale e grave compromissione dell'omogeneità e dell'equilibrio statico del fabbricato e sarebbe gravemente lesiva dell'assetto statico delle restanti strutture portanti dell'edificio realizzate in conformità alla allora vigente normativa urbanistico-edilizia. In sostanza, essendo il fabbricato realizzato conformemente al titolo abilitativo ma traslato e ruotato rispetto alla posizione prevista, per riportare lo stesso allo stato autorizzato l'unica possibilità sarebbe quella della demolizione totale e completa ricostruzione”*. A fronte delle conclusioni del perito e delle connesse deduzioni

di esigenze abitative che i ricorrenti assumono essere prevalenti rispetto all'interesse pubblico alla tutela del territorio, *"le considerazioni in merito alla proporzionalità della demolizione quale sanzione applicabile rispetto all'illecito edilizio e alle reali condizioni di vita e di salute del trasgressore e della sua famiglia non incidono sulla legittimità del provvedimento repressivo sanzionatorio, che comunque costituisce strumento del potere vincolato che l'amministrazione deve esercitare in subiecta materia, ma attengono, semmai, alla diversa fase dell'esecuzione di detto provvedimento, condizionando, se del caso, l'attività dell'amministrazione competente ad eseguire l'ordine di demolizione attraverso la messa in campo di ogni più adeguato strumento di cautela e prudenza che deve manifestarsi idoneo a mitigare l'impatto pregiudizievole nel solo caso in cui sia obiettivamente dimostrato che il trasgressore e la sua famiglia versino in condizioni fisiche e materiali più che significativamente compromesse"* (Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2023 n. 1254, nonché, in termini, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II , 16 febbraio 2023, n. 2465, T.A.R. Lazio, II quater, n. 794/2025, T.A. R. Lazio – Roma, Sez. 2-quater, Sent. 6 marzo 2025 n. 4840).

Sulla base di quanto sopra osservato, anche tale profilo di censura è infondato, ma il Comune non potrà non rendersi disponibile nella individuazione delle modalità esecutive più idonee a garantire la “tollerabilità” del ripristino, rispetto all’irregolarità di un’edificazione per la quale, sullo stesso ente, incombeva uno specifico obbligo di vigilanza.

Con il quarto motivo di ricorso i ricorrenti osservano che l’immobile *de quo* sorge su un terreno sul quale gli stessi sono titolari del solo diritto di superficie. Il proprietario del suolo è il Comune di Buscate. In ragione di quanto sopra, lamentano che, nel caso in esame, avrebbe dovuto trovare applicazione l’art.35 D.P.R.380/2001 e non l’art.31 del medesimo decreto, che invece l’amministrazione richiama nell’ordinanza impugnata.

Il Comune di Buscate, erroneamente applicando nel caso di specie l’art. 31, non avrebbe rispettato il procedimento prescritto dall’art.35 e ciò costituirebbe un ulteriore motivo di illegittimità dell’atto impugnato.

Inoltre, l'ordine di demolizione impugnato sarebbe stato emanato nei confronti degli odierni ricorrenti “*in qualità di proprietari dell'immobile oggetto del presente provvedimento*” (tale è la dicitura testuale ivi riportata), e non nei confronti dei “*responsabili dell'abuso*” come invece prescritto dall'art.35.

Nel caso di specie, il provvedimento demolitorio avrebbe dovuto essere indirizzato, a tutto concedere, alla sola sig.ra -OMISSIS-, la quale, tra i ricorrenti, è l'unica che può essere eventualmente qualificata “responsabile dell'abuso”, ma non di certo ai sigg. -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS- i quali, come sopra indicato, sono unicamente aventi causa in buona fede dei proprietari originari e responsabili dell'eventuale abuso.

L'ordine di demolizione assunto deriva dalla totale omessa applicazione dell'art.35 DPR 380/2001 in favore dell'art.31.

La censura è infondata.

L'applicabilità dell'art.35 del T.U.E. presuppone l'assenza di qualsiasi titolo che attesti la proprietà privata di quanto realizzato sull'area pubblica. In buona sostanza, il riferimento, nella disposizione invocata, al solo “responsabile” dell'abuso, ne consente l'applicabilità a tutte quelle situazioni in cui questi non possa in alcun modo divenire proprietario di ciò che ha costruito su suolo pubblico (cfr. Cons.di Stato, Sez. II, Sent. 9799/2023).

Nella fattispecie concreta, i ricorrenti rivestono la qualità di proprietari superficiali dell'edificio realizzato sull'area di proprietà dell'amministrazione. Ciò in forza del diritto di superficie, concesso con atto del 24.02.1981, proprio al fine di costruire sull'area un edificio ad uso abitazione, ai sensi e per gli effetti della Legge n.865/1971. La sussistenza di tale titolo, difatti, ha consentito di configurare in capo agli stessi i tre distinti profili che caratterizzano il diritto di superficie: (i) lo *ius ad aedificandum* (diritto di costruire sopra un suolo altrui); (ii) il diritto di mantenere la proprietà di ciò che si è costruito (proprietà superficiale); (iii) il diritto di acquistare la proprietà di una costruzione già realizzata, separatamente rispetto alla

proprietà del suolo. Quanto sopra è sufficiente a qualificare i ricorrenti quali destinatari di obblighi *propter rem*, compreso l'obbligo demolitorio.

La fattispecie, pertanto, risulta correttamente sussunta dal Comune nell'ambito dell'art. 31 DPR 380/2001.

Con il quinto motivo di censura, i ricorrenti lamentano che la difformità tra lo stato di fatto e lo stato di diritto, contestata nel caso di specie, avrebbe potuto essere regolarizzata attraverso l'accertamento di compatibilità *ex art.167 D. Lgs.42/2004* e successiva procedura di "fiscalizzazione" *ex art.34 comma 2 D.P.R.380/2001*.

Sussisterebbero i presupposti di cui all'art. 167 comma 4 DLgs. 42/2004, in quanto l'intervento oggetto di censura, rientrerebbe pacificamente tra i lavori che non hanno determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati. L'immobile *de quo* non avrebbe storicamente subito alcuna modificazione a far data dalla sua realizzazione.

Sussisterebbero, inoltre, i presupposti di cui all'art. 34 comma 2 D.P.R. 380/2001, in quanto la demolizione delle opere difformi non potrebbe avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità. In concreto, non sarebbe possibile una demolizione parziale. Peraltro, la "fiscalizzazione" non risulterebbe nella specie impedita dal vincolo paesaggistico *ex art.142 lett. f) D.Lgs. 42/2004* gravante sull'immobile, in considerazione della circostanza che il Comune di Buscate ha fatto ingresso nel Parco Lombardo del Ticino nell'anno 2002 e dunque l'apposizione del suddetto vincolo è di gran lunga successiva alla realizzazione dell'abuso.

Sulla base di quanto sopra osservato, il Comune di Buscate avrebbe ben potuto e dovuto invitare il ricorrente a formalizzare le suddette procedure, in ossequio al principio di leale collaborazione che deve informare il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, nonché al principio di buon andamento. Ciò invaliderebbe il provvedimento per eccesso di potere sotto il profilo del travisamento e dell'erronea valutazione dei presupposti, del difetto di istruttoria, dello sviamento e dell'ingiustizia manifesta.

La censura è infondata.

Va in primo luogo rilevato che l'ordinanza n. 1 del 12.01.2024 del Comune di Buscate ha ad oggetto opere edilizie eseguite in difformità dal titolo abilitativo. L'applicazione dell'art. 31 del d.P.R. 380/2001 è imposta dalla natura di "Variazione essenziale" della modifica edilizia rilevata, sostanziandosi in una minor distanza dal confine lato sud di mt. 1,04, con conseguente riduzione della distanza di mt. 10 dal fronte finestrato dell'edificio del controinteressato, in violazione dell'art. 9 DM 1444/1968. Ciò comporta una modifica *"delle distanze minime, fissate dalle vigenti disposizioni, dell'edificio dalle altre costruzioni e dai confini di proprietà, in misura superiore a metri 0,50 ovvero in misura superiore a dieci centimetri dalle strade pubbliche o di uso pubblico, qualora l'edificio sia previsto in fregio ad esse"*, indicata dall'art. 54 comma 1 lett. c.2 della L.R. 12/2005, quale fattispecie di "Variazione essenziale".

La situazione concreta, pertanto, non appare suscettibile nell'invocata previsione di cui all'art. 34 comma 2 d.P.R. 380/2001 (cd. fiscalizzazione). Invero, la disposizione invocata ha ad oggetto gli interventi eseguiti in "parziale difformità" dal titolo ed è, peraltro, utilizzabile nella fase esecutiva del ripristino.

In ogni caso, il mancato invito alla regolarizzazione della situazione di fatto, attraverso le procedure previste dalla legge, non è causa d'invalidità nell'adozione del provvedimento di demolizione. Il Comune non è tenuto a svolgere alcun tipo di invito o di verifica in tal senso, neppure in ossequio al principio di leale collaborazione del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, nonché ai principi di economia e buon andamento della pubblica amministrazione.

Con il sesto motivo di ricorso, proposto con atto di motivi aggiunti diretto a censurare lo stesso provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo, parte ricorrente osserva che, con delibera di consiglio comunale n.42 del 30 aprile 1977, il Comune di Buscate ha approvato il Piano di zona da destinare all'edilizia economica e popolare ex Legge n. 167 del 18 aprile 1962.

L'immobile interessato dall'abuso oggetto del presente contenzioso è stato fabbricato nell'ambito del predetto Piano di zona.

Tra gli elaborati che accompagnano il Piano vi è anche il “*Compendio delle norme urbanistico-edilizie per l'esecuzione del piano*” (Allegato E), attraverso il quale vengono indicate una serie di norme e parametri per disciplinare l'edificazione nel comparto.

Ebbene, da tale documento si evince chiaramente che per gli edifici residenziali realizzati all'interno del Piano di zona, il Comune di Buscate avrebbe fissato una distanza minima dai confini pari a 4 metri. La predetta previsione inficerebbe il provvedimento impugnato, anche in considerazione del comma 3 dell'art. 9 DM 1444/1968 che così prevede: “*Sono ammesse distanze inferiori a quelle indicate nei precedenti commi, nel caso di gruppi di edifici che formino oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con previsioni planovolumetriche*”.

Nella fattispecie concreta, il Piano di zona da destinare alla costruzione di alloggi a carattere economico e popolare approvato il 30 aprile 1977 dal Comune di Buscate, rivestirebbe pacificamente valore di piano particolareggiato e dunque sarebbe idoneo a derogare all'art.9 DM 1444/1968.

In tema di distanze, il Piano di zona *de quo* prescriverebbe un unico parametro da rispettare nell'ambito del suo perimetro, ovvero 4 metri dai confini, senza nulla specificare in merito alle distanze tra fabbricati. L'Amministrazione avrebbe fissato nel proprio piano attuativo una prescrizione chiara, precisa e univoca, vigente su tutto il comparto, che abrogherebbe e sostituirebbe quella di cui al citato art.9.

Conseguentemente decadrebbe ogni contestazione relativa all'asserita violazione dell'art.9 D.M.1444/1968, concludendosi per la pacifica conformità urbanistica-edilizia del fabbricato degli odierni ricorrenti, che non si discosterebbe dalla prescrizione comunale che impone il distacco di 4 metri dai confini.

La censura è infondata.

L'abuso posto a base dell'ordinanza di demolizione riguarda un intervento edilizio realizzato in difformità dal titolo abilitativo. Il parametro di legittimità va, quindi, necessariamente individuato in ciò che è stato autorizzato con la concessione edilizia n.53 dell'11.09.1981, difforme da quanto effettivamente realizzato con riferimento alle distanze dai confini e tra fabbricati, *ex art 9 DM 1444/1968*. La prescrizione del Piano di zona, che prevede la possibilità di costruire alla distanza di mt. 4 dal confine, non assume una diretta rilevanza nel caso concreto, né potrebbe mai rappresentare una "deroga" al rispetto della distanza tra edifici *ex art. 9 DM 1444/1968*. L'ultimo comma di tale disposizione prevede la possibilità di derogare alle distanze indicate *"nel caso di gruppi di edifici che formino oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con previsioni planovolumetriche"*. Il titolo edilizio rilasciato è autonomo e riguarda l'edificazione di un solo edificio. Il Piano di zona non prevedeva deroghe alle distanze tra fabbricati e non conteneva, così come l'Allegato E, alcuna rappresentazione planivolumetrica degli edifici da realizzare.

La censura è, pertanto, infondata.

Sulla base di quanto sopra rilevato, il ricorso introduttivo e l'atto di motivi aggiunti vanno entrambi respinti.

La peculiarità della fattispecie suggerisce l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

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 degli articoli 5 e 6 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.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere

Luigi Rossetti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luigi Rossetti

IL PRESIDENTE

Maria Ada Russo

IL SEGRETARIO

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