

Pubblicato il 03/07/2017

Sent. n. 868/2017

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 69 del 2008, proposto da:

Rosangela Pilenga, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Giavazzi, domiciliato ex art. 25 cpa presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Carlo Zima, 3;

contro

Comune di Bergamo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Silvia Mangili, Vito Gritti, domiciliato ex art. 25 cpa presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Carlo Zima, 3;

Consorzio del Parco Regionale dei Colli di Bergamo, non costituitosi in giudizio;
nei confronti di

Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Brescia, via S. Caterina, 6;
per l'annullamento

- DEL PROVVEDIMENTO COMUNALE 31/10/2007, RECANTE IL DINIEGO SULL'ISTANZA DI CONDONO EDILIZIO PROPOSTA DALLA RICORRENTE;

- DI OGNI ALTRO ATTO PREGRESSO, CONSEGUENTE E CONNESSO, E IN PARTICOLARE DEL DECRETO DEL CONSORZIO DEL PARCO DEL 30/10/2006, RECANTE IL PARERE SFAVOREVOLE;

e per la condanna

- AL RISARCIMENTO DEL DANNO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Bergamo e di Ministero per i Beni e le Attività Culturali;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2017 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. La ricorrente riferisce di essere proprietaria di un immobile e dell'area pertinenziale boschiva di 6500 m² in Via Allegrezza n. 15 a Bergamo.

B. Rappresenta in punto di fatto che, nel corso del 1997, ha delimitato il proprio terreno con una recinzione, per meglio isolare e proteggere gli animali allevati e salvaguardare la coltivazione delle piante. Afferma, altresì, che detta recinzione è costituita da una rete metallica di circa 1 metro di

altezza, ed è sostenuta da pali in legno di castagno infissi nel terreno, la cui finitura superiore è formata da filo spinato mentre la maglia inferiore risulta più larga per consentire il passaggio di piccoli animali selvatici (cfr. fotografie doc. 3).

C. Il Consorzio del Parco Regionale dei Colli, ritualmente interpellato, ritenendo che fosse necessario acquisire una preventiva autorizzazione amministrativa, ingiungeva alla ricorrente il ripristino dello stato dei luoghi e irrogava la sanzione pecuniaria con due distinte ordinanze. Detti provvedimenti sono stati impugnati innanzi al giudice ordinario (Tribunale di Bergamo). Nel frattempo, alla luce della sopravvenienza legislativa (D.L. 269/2003), la ricorrente presentava all'amministrazione comunale domanda di condono avente ad oggetto la predetta recinzione, e inoltrava domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica al Consorzio.

D. Con l'atto gravato in questa sede il Comune negava il rilascio del richiesto condono edilizio, richiamando il parere contrario espresso dal Consorzio nell'allegato decreto del 30/10/2006. Quest'ultimo afferma che l'intervento ricade in zona B2 di P.T.C. (riserva naturale parziale di interesse forestale dei boschi di Astino e dell'Allegrezza) ed è pertanto sottoposto a vincolo di inedificabilità assoluta per effetto dell'art. 9 della L.r. 8/91. Inoltre l'area è inserita in un sito di importanza comunitaria (SIC) e della Rete Natura 2000.

E. Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, la ricorrente impugna il diniego in epigrafe, deducendo i seguenti motivi in diritto:

a) Violazione dell'art. 10-*bis* della L. 241/90, dell'art. 5.1.1. della DGR 15/3/2006, eccesso di potere per difetto di motivazione e carenza di istruttoria, in quanto non è stato instaurato il contraddittorio procedimentale, e la ricorrente non ha potuto prendere preventivamente cognizione delle ragioni ostative all'accoglimento della sua domanda;

b) Violazione dell'art. 42 della Costituzione, del D.L. 269/2003 conv. in L. 326/2003, dell'art. 32 della L. 47/85, dell'art. 149 del D. Lgs. 42/2004, del DPR 380/2001, degli artt. 2 e 3 della L.r. 31/2004, dell'art. 9 della L.r. 8/91, eccesso di potere per irragionevolezza manifesta ed erronea valutazione dei presupposti di fatto, dato che il diniego è stato emesso sull'erroneo presupposto che la recinzione costituisca "edificazione" e necessiti quindi di una preventiva autorizzazione amministrativa; si tratta, viceversa, di un intervento che non richiede né permesso di costruire né DIA, dato che è una semplice estrinsecazione lecita dello *ius excludendi alios* immanente al diritto di proprietà; a differenza di quanto affermato dal Consorzio, l'art. 9 della L.r. 8/91 non pone alcun vincolo di inedificabilità assoluta per la zona B2, mentre il divieto di cui al n. 16 dell'art. 9 investe le recinzioni costituite almeno da un cordolo di cemento;

c) Violazione dell'art. 181 del D. Lgs. 42/2004, del D. Lgs. 269/2003 conv. in L. 326/2003, dell'art. 32 della L. 47/85, del DPR 380/2001, della L.r. 31/2004, eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità manifesta, erronea valutazione dei presupposti di fatto, dato che la recinzione può essere oggetto di accertamento di compatibilità paesaggistica, purché i lavori non abbiano determinato la creazione di superfici utili o di volumi, né un aumento delle superfici utili o dei volumi legittimamente realizzati;

d) Violazione dell'art. 1 della L. 308/2004, del D.L. 269/2003 conv. in L. 326/2003, dell'art. 32 della L. 47/85, eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, in quanto il Consorzio, nel rendere il parere, ha inspiegabilmente omesso di considerare l'istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica presentata dal ricorrente il 31/1/2015; la L. 308/2004 ha introdotto una sorta di sanatoria paesaggistica di portata generale, in cui ben può essere ricompresa che la modesta recinzione realizzata dalla ricorrente; la ricorrente ha completato l'opera abusiva nel 1997 e ha presentato l'istanza nel termine utile del 31/1/2005, per cui la stessa avrebbe avuto titolo per ottenere un provvedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica (cd. straordinaria).

F. La ricorrente insiste inoltre per il riconoscimento del risarcimento del danno.

G. Si è costituito in giudizio il Comune di Bergamo, chiedendo la reiezione del gravame nel merito. Si è altresì costituito il Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

H. Nella memoria del 10/5/2017, la ricorrente precisa di avere originariamente promosso tre giudizi, riguardanti tre differenti provvedimenti di diniego delle domande di sanatoria: per il deposito attrezzi

(r.g. 848/2009), per il pergolato (r.g. 849/2009) e per la recinzione (r.g. 69/2008). Relativamente ai primi due ricorsi, all'udienza del 10/11/2016 l'esponente ha dichiarato di non avere più interesse alla loro definizione, cosicché gli stessi sono stati dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse (cfr. sentenze di questo T.A.R. n. 1580/2016 e 1581/2016). La controversia "superstite" investe il diniego di sanatoria sulla recinzione lato nord/ovest/sud con rete metallica sorretta da pali di legno di castagno conficcati nel terreno.

I. Il Comune, nella memoria di replica, puntualizza che il diniego costituiva atto dovuto a seguito del parere contrario espresso dal Consorzio, e che l'art. 6 del DPR 380/2001 elenca gli interventi a edilizia libera senza comprendere le recinzioni.

L. Alla pubblica udienza del 7/6/2017 il gravame introduttivo è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

La Società ricorrente censura il provvedimento con il quale il Comune di Bergamo (sulla base del parere sfavorevole del Consorzio del Parco Regionale dei Colli) ha riscontrato negativamente l'istanza di condono edilizio per la realizzazione di una recinzione.

1. Il ricorso impugnatorio è fondato e merita accoglimento (cfr. doglianze sostanziali di cui alle lettere b, c e d dell'esposizione in fatto), nei limiti di seguito illustrati.

1.1 Il Collegio si riporta anzitutto alla consolidata giurisprudenza in tema di recinzioni, riassunta nella recente sentenza della Sezione – 26/4/2017 n. 553. In particolare, sull'aspetto urbanistico è stato sottolineato che *<<... in via generale, la posa di una recinzione – manufatto essenzialmente destinato a delimitare una determinata proprietà allo scopo di separarla dalle altre, di custodirla e difenderla da intrusioni – è solo diretta a far valere lo ius excludendi alios che costituisce il contenuto tipico del diritto dominicale, e per pacifica giurisprudenza persino la presenza di un vincolo dello strumento pianificatorio non può incidere (di per sé) negativamente sulla potestà del dominus di chiudere in qualunque tempo il proprio fondo ai sensi dell'art. 841 del c.c. (T.A.R. Campania Napoli, sez. II – 4/2/2005 n. 803; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II – 11/2/2005 n. 367). E' stato osservato che il titolo abilitativo edilizio non è necessario per modeste recinzioni di fondi rustici senza opere murarie, e cioè per la mera recinzione con rete metallica sorretta da paletti di ferro o di legno (senza muretto di sostegno), in quanto entro tali limiti il manufatto rientra appunto tra le manifestazioni del diritto di proprietà che comprende lo "ius excludendi alios" (C.G.A. Sicilia, sez. consultive – 18/12/2013 n. 1548; T.A.R. Campania Salerno, sez. II – 11/9/2015 n. 1902; T.A.R. Umbria – 18/8/2016 n. 571 e la citata giurisprudenza). 4.1 Solamente la recinzione che presenti un elevato impatto urbanistico deve essere preceduta da un titolo abilitativo del Comune, mentre tale atto non risulta necessario in presenza di trasformazioni che – per l'utilizzo di materiale di scarso impatto visivo e per le dimensioni dell'intervento – non comportino un'apprezzabile alterazione ambientale, estetica e funzionale: la distinzione tra esercizio dello jus aedificandi e dello jus excludendi alios va rintracciata quindi nella verifica concreta delle caratteristiche del manufatto (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. III – 6/2/2015 n. 938, che risulta appellata e che richiama Consiglio di Stato, sez. V – 9/4/2013 n. 922). È quindi al tipo di recinzione in concreto che occorre guardare per stabilire se si tratti dell'uno o dell'altro tipo di manufatto: un esempio del secondo tipo è la modesta recinzione di fondo rustico senza opere murarie, con rete metallica sorretta da paletti di ferro o di legno; occorre, invece, la concessione, quando la recinzione è costituita da un muretto di sostegno in calcestruzzo con sovrastante rete metallica (T.A.R. Toscana, sez. III – 27/2/2015 n. 320, che risulta appellata). Nella fattispecie esaminata, il posizionamento di una semplice rete metallica priva di basamento in calcestruzzo la rende (potenzialmente) legittima anche in assenza di titolo abilitativo, per cui si rivela fondato il quarto motivo di ricorso, con le precisazioni che seguono. In proposito, il Comune è tenuto ad avviare un approfondimento istruttorio (coinvolgendo l'autorità preposta alla tutela del vincolo) per apprezzare in concreto le caratteristiche della recinzione>>>.* Si richiama altresì l'ulteriore precedente di questa Sezione 17/2/2016 n. 246. Le caratteristiche della recinzione – una rete metallica

di circa 1 metro di altezza, sostenuta da pali in legno di castagno infissi nel terreno – la rendono classificabile tra quelle che non esigono il rilascio del titolo abilitativo edilizio (cfr. anche T.A.R. Umbria – 18/8/2016 n. 571).

1.2 Con riguardo all'ulteriore profilo della presenza di vincoli di tutela ambientale, questo T.A.R. ha puntualizzato (cfr. sentenza 12/1/2016 n. 30) che, *“in generale, la presenza di un vincolo paesistico non costituisce un impedimento insuperabile all'introduzione ex novo di recinzioni al servizio della proprietà privata. Come tutti gli altri interventi edilizi, anche le recinzioni sono da considerare ammissibili quando non impediscano la fruizione delle componenti del paesaggio tutelate dal vincolo (v. TAR Brescia Sez. II 7 aprile 2011 n. 530)”*. Ciò significa che la recinzione “leggera” in una zona sottoposta a vincolo paesaggistico impone che l'autorità preposta esprima il proprio parere, dando conto dell'effettivo impatto del manufatto nel contesto tutelato e della sua tollerabilità nella zona destinata ad ospitarlo.

1.3 Appare pertanto condivisibile la prospettazione di parte ricorrente, nel senso che anche il divieto introdotto dall'art. 9 comma 3 n. 16 della L.r. 13/4/1991 n. 8 – *“Piano territoriale di coordinamento del parco dei colli di Bergamo”* – deve essere interpretato in modo conforme ai principi sopra enunciati. In particolare, la disposizione statuisce che in zona B2, di *“riserva naturale parziale dei boschi di Astino e dell'Allegrezza”* è vietato *“costruire recinzioni, fatte salve le recinzioni temporanee delle sole aree oggetto di interventi di miglioramento forestale”*. Da un lato l'utilizzo della locuzione “costruire” evoca il compimento di opere in muratura, e dall'altro più in generale appare preferibile un approccio coerente con la facoltà unanimemente riconosciuta proprietario di delimitare il fondo di proprietà.

1.4 In conclusione, la presenza del vincolo ambientale (sotteso a un valore costituzionalmente tutelato) impone un fattivo coinvolgimento dell'autorità istituzionalmente preposta alla sua salvaguardia, la quale è tenuta a pronunciarsi sull'interferenza in concreto della recinzione (in relazione alle sue caratteristiche tipologiche) sul territorio circostante.

2. La fondatezza delle censure sostanziali rende irrilevante l'esame della doglianza di natura formale.
3. Deve essere infine respinta la domanda risarcitoria, per totale assenza di prova del pregiudizio asseritamente patito.

Le spese di giudizio possono essere compensate, per la soccombenza reciproca e la natura interpretativa della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando accoglie la domanda caducatoria in epigrafe nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Stefano Tenca

IL PRESIDENTE

Giorgio Calderoni

IL SEGRETARIO