

Pubblicato il 25/09/2018

**Sent. n. 907/2018**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1145 del 2011, proposto da Giovanni Contessa, Isabella Contessa, Domenica Contessa, rappresentati e difesi dall'avvocato Emanuele Corli, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, via Carini, 1;

contro

Comune di Marcheno non costituito in giudizio;

nei confronti

Attilio Bertussi non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento prot. n. 4437 emesso in data 1/6/2011 che comunica che "l'intervento di realizzazione di recinzione...si colloca in ambito gravato da vincolo idrogeologico e da vincolo ambientale", nonchè di qualsiasi atto connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2018 la dott.ssa Alessandra Farina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con provvedimento assunto in data 1 giugno 2011 il responsabile dell'Ufficio Edilizia Privata del Comune di Marcheno comunicava ai ricorrenti che l'avvenuta realizzazione di un intervento edilizio, consistente nella realizzazione di una recinzione sul mappale 294, foglio 14, necessitava dei necessari titoli abilitativi, trattandosi di opera realizzata in ambito gravato da vincolo idrogeologico (L. 3267/23) e da vincolo ambientale (art. 142, lettera c) D.lgs. n. 42/2004), invitando i ricorrenti a presentare istanza di regolarizzazione ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001.

La suddetta comunicazione interveniva all'esito del procedimento amministrativo di verifica della regolarità edilizia dell'intervento, sollecitato da un confinante (odierno controinteressato, cui è fatto espressamente riferimento nell'atto impugnato), preceduta dalla comunicazione ex art. 10 bis della L. 241/90, in risposta alla quale i ricorrenti avevano formulato le loro osservazioni, evidenziando la natura delle opere realizzate.

Contro tale atto insorgono i ricorrenti, proprietari dell'area sulla quale insiste la recinzione, contestandone la legittimità per i seguenti profili:

- Violazione delle garanzie di partecipazione, in quanto, pur avendo i ricorrenti svolto osservazioni a confutazione delle argomentazioni poste a fondamento della comunicazione del Comune, nessuna deduzione è stata riportata nel provvedimento in risposta alle argomentazioni spese dagli istanti; per le medesime ragioni il provvedimento risulta affetto dal vizio di difetto di motivazione, non risultando esternate le ragioni che hanno consentito di superare le osservazioni dei proprietari.

- Violazione di legge con riferimento all'art. 6 e 31 del D.P.R. 380/01, nonché eccesso di potere per travisamento ed erroneità dei presupposti, motivazione insufficiente, approssimativa ed illogica, in quanto l'azione dell'amministrazione, anche se sollecitata da privati, deve valutare la situazione di fatto e di diritto, individuando correttamente la natura delle opere realizzate e quindi la loro rilevanza urbanistico-edilizia.

Nella fattispecie, l'amministrazione ha ritenuto che la realizzazione della recinzione (o meglio la sostituzione della preesistente) - costituita da una rete metallica appoggiata sul terreno e sostenuta da paletti in ferro conficcati a terra, senza alcun muretto di supporto - necessitasse di titolo edilizio, trattandosi, al contrario, di un'attività edilizia libera, non comportante trasformazione del territorio, riconducibile all'attività di delimitazione della proprietà ai sensi dell'art. 841 cod. civile.

Il Comune non ha svolto un'adeguata istruttoria, la quale avrebbe consentito di accertare che trattasi di mera sostituzione di recinzione preesistente, non comportante modifiche della terreno, espressione dello *ius excludendi alios*, che come tale non richiede il rilascio di titolo edilizio.

- Violazione di legge con riferimento agli artt. 142, comma 1, lettera c) e 149 D.lgs. 42/2004, in quanto la ricordata natura dell'intervento, pur se eseguito in ambito tutelato, riconducibile agli interventi di manutenzione ordinaria o, al massimo, di manutenzione straordinaria, non lo assoggetta ad autorizzazione paesaggistica, giustamente disposto dall'invocato art. 149.

- Violazione dell'art. 7 del R.D. 3267/23, nonché errata rappresentazione dei presupposti, in quanto il richiamato vincolo idrogeologico non rileva nella fattispecie, trattandosi di intervento che non ha inciso sul deflusso delle acque e più in generale sulla consistenza dei terreni.

Da ultimo il provvedimento risulta affetto da difetto di motivazione e perplessità del contenuto, non avendo indicato la tipologia del titolo edilizio necessario per le opere contestate.

L'amministrazione intimata non si è costituita in giudizio, così come il controinteressato, Bertussi Attilio, cui il ricorso è stato parimenti notificato.

In prossimità dell'udienza di merito parte ricorrente ha prodotto ulteriore documentazione comprovante la natura degli interventi realizzati.

All'udienza pubblica del 20 settembre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## **DIRITTO**

In via preliminare il Collegio non può esimersi dall'osservare come il provvedimento impugnato si sia limitato a comunicare la ritenuta abusività delle opere realizzate dai ricorrenti al fine di definire il confine di proprietà, invitandoli alla regolarizzazione ex art. 36 D.P.R. 380/01, senza tuttavia assumere alcun provvedimento sanzionatorio.

Tuttavia, considerato che detto provvedimento può costituire il presupposto per un ordine di demolizione o per l'irrogazione di una sanzione pecuniaria, essendo stata comunque contestata la realizzazione di un intervento in assenza di titolo edilizio, si ritiene sussista l'interesse all'annullamento dell'atto impugnato.

Nel merito, in assenza di controdeduzioni dell'amministrazione intimata, sebbene regolarmente notificata, il ricorso è meritevole di accoglimento per le seguenti considerazioni.

Il Collegio si riporta anzitutto alla consolidata giurisprudenza in tema di recinzioni, riassunta nella recente sentenza della Sezione n. 553 del 26/4/2017. 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). È 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 "jus 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).... 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) >>. (cfr. anche TAR Brescia, n. 869/17 e n. 246/16).

In termini più generali anche il giudice d'appello ha confermato il principio testè ricordato, ribadendo che la realizzazione della recinzione non richiede un idoneo titolo edilizio solo in presenza di una trasformazione che, per l'utilizzo di materiale di scarso impatto visivo e per le dimensioni dell'intervento, non comporti un'apprezzabile alterazione ambientale, estetica e funzionale, con la conseguenza che la distinzione tra esercizio dello ius aedificandi e dello ius excludendi alios ex art. 831 cod. civ. va rintracciata nella verifica concreta delle caratteristiche del manufatto.

Le caratteristiche della recinzione oggetto di contestazione - una rete metallica sostenuta da pali in ferro infissi nel terreno, in sostituzione di quella preesistente costituita da pali in legno, senza alcun basamento in cemento o altro sostegno - 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).

Nel caso in esame, tuttavia, detta indagine non è stata compiuta dall'amministrazione comunale, la quale, pur in presenza delle specifiche osservazioni dei ricorrenti, ha ritenuto, senza alcuna specifica argomentazione, che l'intervento de quo necessitasse di titolo edilizio e di autorizzazione paesaggistica.

In realtà, la natura dell'intervento, che nella specie è consistito nella sostituzione delle recinzione preesistente, rientra fra le attività libere e sotto il profilo del rispetto della vincolo paesaggistico, espressamente richiamato nel provvedimento impugnato, può essere ricondotto nell'ambito degli interventi di manutenzione ordinaria o di manutenzione straordinaria, i quali, in virtù del disposto dell'art. 149, comma 1 lettera a) D.lgs. 42/04, non richiedono il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Alle medesime conclusioni e per le stesse ragioni non assume rilevanza l'invocata esistenza del vincolo idrogeologico, tenuto conto ancora una volta della tipologia dell'intervento contestato, non essendo, peraltro, stata evidenziata alcuna criticità in tal senso.

Per dette ragioni il ricorso va accolto con conseguente annullamento del provvedimento impugnato. Considerato che allo stato la procedura non risulta aver avuto alcun ulteriore sviluppo, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere

Alessio Falferi, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

Alessandra Farina

**IL SEGRETARIO**