



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6906 del 2020, proposto da Ercole Di Baia e Dolores Di Baia, rappresentati e difesi dagli avvocati Giuseppe Ruta e Margherita Zezza, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;

***contro***

Comune di Piedimonte Matese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Renato Labriola, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Napoli (Sezione Sesta) n. 03607/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Piedimonte Matese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2022 il Cons. Alessandro Maggio e udito per la parte appellante l'avvocato Margherita Zezza.

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

I sig.ri Ercole Di Baia e Dolores Di Baia sono proprietari, nel Comune di Piedimonte Matese, dell'immobile, catastalmente individuato al foglio 500 mappali 1379-1380 e 5665, costituito da un fabbricato e da un'adiacente area di pertinenza, costituita da un cortile interno, di ridotte dimensioni, interposto tra il fabbricato di loro proprietà e altro edificio, originariamente incluso all'interno della stessa particella catastale e, di seguito, venduto e frazionato.

Con ordinanza 9/4/2019, n. 3 il Comune di Piedimonte Matese, ritenuto che i sig.ri Di Baia avessero ostruito, con una recinzione in legno e rete metallica e con due cancelli, realizzati in assenza di titolo edilizio e paesaggistico, una diramazione della via pubblica Torano Coperto - San Rocco, coincidente con la citata area cortilizia, ha ingiunto loro di provvedere alla rimozione delle dette opere e al ripristino dello stato dei luoghi.

Avverso l'ordinanza i sig.ri Di Baia hanno proposto ricorso al T.A.R. Campania – Napoli, il quale, con sentenza 18/8/2020, n. 3607, lo ha respinto.

La sentenza è stata, quindi, appellata dai sig.ri Di Baia.

Per resistere al ricorso si è costituita in giudizio l'amministrazione comunale appellata.

Entrambe le parti, con successive memorie, hanno meglio illustrato le rispettive tesi difensive.

Con ordinanza 22/2/2021, n. 1551 è stata disposta una verifica finalizzata ad *“Accertare se i cancelli e la recinzione metallica di cui, con l’ordinanza n. 3 del 9 aprile 2019, il comune di Piedimonte Matese ha ingiunto la rimozione siano situati su area demaniale”*.

Depositati in giudizio gli elementi istruttori richiesti, le parti hanno ulteriormente argomentato le proprie tesi anche alla luce degli esiti della disposta verifica.

Alla pubblica udienza del 10/2/2022 la causa è passata in decisione.

In via preliminare va affrontata l’eccezione con cui il comune appellato deduce che l’appello sarebbe inammissibile per difetto di legittimazione attiva, dato che l’ordine di demolizione non sarebbe stato eseguito nel termine di 90 giorni di cui all’art. 31 del D.P.R. 30/6/2001 n. 380, e ciò avrebbe comportato l’automatica acquisizione gratuita delle opere abusive al patrimonio comunale.

L’eccezione è infondata.

Al riguardo è sufficiente rilevare che l’eventuale accoglimento del gravame travolgerebbe l’ordinanza di demolizione e con essa l’invocato effetto acquisitivo.

Con un’ulteriore eccezione il Comune denuncia che la controversia apparterebbe alla giurisdizione del giudice ordinario e non a quella del giudice amministrativo, in quanto costituirebbe oggetto del contendere non l’illegittimità dell’ordinanza di demolizione sotto il profilo urbanistico-edilizio, ma la carenza del potere comunale di adottarla stante la natura privata e non demaniale dell’area d’intervento.

L’eccezione è inammissibile.

E invero, come si ricava dall’art. 9 del c.p.a., nel processo amministrativo la decisione sulla questione di giurisdizione, implicita nel rigetto del ricorso di primo grado, passa in giudicato se, gravata la decisione sul merito, la controparte che intenda contestare la giurisdizione non proponga, sul punto, apposito appello incidentale (Cons. Stato, A.P. 26/4/2018, n. 4; Sez. V, 8/8/2016, n. 3539; Sez. III, 9/5/2012, n. 2675; Cons. Giust. amm. Sicilia, Sez. Giur., 11/6/2010, n. 881).

L’appello va, quindi, esaminato nel merito.

Con un unico articolato motivo d'appello si denuncia, tra l'altro, l'errore commesso dal Tribunale nel ritenere che le opere in contestazione necessitassero di titolo edilizio e paesaggistico e che l'area su cui ricadono i manufatti fosse demaniale.

E invero:

- a) essendo le opere di limitata consistenza la loro realizzazione non sarebbe stata subordinata ad alcun atto di assenso;
- b) l'amministrazione comunale non avrebbe fornito alcun elemento certo a sostegno della asserita natura demaniale dell'area d'intervento.

I mezzi di gravame così sinteticamente riassunti meritano accoglimento.

Con riguardo alla doglianza *sub a)* va rilevato che, l'apposizione di cancelli e recinzioni, funzionali alla delimitazione della proprietà se, come nello specifico, di modeste dimensioni (la recinzione misura mt 3,30, uno dei due cancelli è visivamente lungo circa un terzo della detta recinzione e l'altro ha una lunghezza di mt 3,80) si inquadra tra gli interventi di finitura di spazi esterni di cui all'articolo 6, comma 1, lettera *e-ter*), del D.P.R. 30/6/2001, n. 380, applicabile *ratione temporis*, per cui rientra fra le ipotesi di edilizia libera (Cons. Stato, Sez.VI, 2/1/2020, n. 34 si vedano anche Cons. Stato, Sez. VI, 29/11/2019, n. 8178; 4/1/2016, n.10; Sez. IV, 15/12/2017, n. 5908 e 14/6/2018, n. 3661; Sez. II, 12/10/2020, n. 6048, secondo cui costituisce *jus receptum* il principio in base al quale non è necessario un idoneo titolo edilizio per la realizzazione di una recinzione nel caso in cui sia posta in essere una trasformazione dalla quale, per l'utilizzo di materiale di scarso impatto visivo e per le dimensioni ridotte dell'intervento, non derivi un'apprezzabile alterazione ambientale, estetica e funzionale).

Quanto al profilo paesaggistico, occorre osservare che, ai sensi dell'art. 146, comma 1, del D. Lgs. 22/1/2004, n. 42, sono, a tal fine, rilevanti soltanto quegli

interventi che siano in grado di introdurre “*modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione*”.

Orbene, i manufatti realizzati dai sig.ri Di Baia, data la loro limitata consistenza e considerato che nella specie non consta l'esistenza di specifiche prescrizioni particolarmente restrittive, non risultano suscettibili di incidere sul bene paesaggistico protetto (Cons. Stato, Sez. VI, 20/11/2013, n. 5513).

Oltre a ciò occorre rilevare che gli odierni appellanti, senza essere smentiti, hanno affermato che il vincolo paesaggistico sull'area è stato introdotto, con l'approvazione del piano paesaggistico, solo a partire dall'anno 2000, mentre i manufatti sono ad esso precedenti.

In relazione alla doglianza *sub b)*, parte appellante ha correttamente rilevato che il comune non ha fornito alcun elemento di prova a sostegno dell'affermata natura demaniale dell'area interessata.

Nella specie deve, peraltro, escludersi che possa operare la presunzione di demanialità di cui all'art. 22 della L. 20/3/1865, n. 2248 all. F, dato che la stessa, non si riferisce ad ogni area comunicante con la strada pubblica, ma solo a quelle che, per l'immediata accessibilità, appaiono integranti della funzione viaria della rete stradale, così da costituire pertinenza della strada

(Cons. Stato, Sez. V, 21/11/2017, n. 5385; Cass. Civ. Sez. II, 2/2/2017, n. 2795; 10/3/2006, n. 5262).

Nel caso che occupa il Comune non ha, però, addotto alcun elemento atto a consentire l'applicazione di tale presunzione.

D'altra parte, nemmeno la disposta verifica ha consentito di aggiungere elementi di chiarezza in ordine alla supposta natura demaniale dell'area d'intervento, dato che il perito ha risposto al quesito affermando, con formula dubitativa, che: “*si suppone approssimativamente, orientativamente e presumibilmente che la recinzione metallica alla via Torano coperto sia su area demaniale, in prossimità della particella*

*5665, mente il cancello in ferro alla via San Rocco si in parte su area demaniale e in parte sulla particella 1380”.*

Va, infine, rilevato che, una volta escluso che le contestate opere insistano su suolo pubblico, è del tutto ininfluenza che le stesse siano idonee a incidere sulla viabilità cittadina, come sostenuto dal comune nei suoi scritti difensivi.

L'appello va, in definitiva, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della gravata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado, conseguentemente annullando il provvedimento con esso impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Alessandro Maggio**

**Giancarlo Montedoro**

IL SEGRETARIO

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT