

# **BGer 1C 300/2021 vom 8. Februar 2023**

Bundesgericht, 2023-02-08, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_300\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_300_2021)

FR: TF 1C 300/2021 du 8 février 2023

IT: TF 1C 300/2021 del 8 febbraio 2023

## **Regeste**

Licenza edilizia a posteriori per la sistemazione di un orto/giardino e la posa di una recinzione | Pianificazione territoriale e diritto pubblico edilizio

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Il Tribunale federale vaglia d'ufficio e con pieno potere cognitivo se e in che misura un ricorso può essere esaminato nel merito ( DTF 148 V 265 consid. 1.1).

### **E. 1.2**

Inoltrato tempestivamente contro una decisione finale dell'ultima istanza cantonale in materia edilizia, il ricorso in materia di diritto pubblico è, di massima, ammissibile. La legittimazione dei ricorrenti è pacifica.

#### **E. 1.2.1**

Con la sentenza impugnata sono state annullate la decisione governativa e quella municipale del 21 novembre 2018 e gli atti ritornati al Municipio affinché, visto che riguardo alla "sistemazione dell'orto/giardino" fanno difetto gli accertamenti necessari, li completi, raccolga un nuovo avviso cantonale e si pronunci di nuovo sugli altri interventi edilizi realizzati o previsti dai ricorrenti. In tale misura si è in presenza di una decisione incidentale, di rinvio, che non causa alcun pregiudizio irreparabile ai ricorrenti, poiché essa lascia un determinato margine di apprezzamento alle autorità inferiori ( art. 93 cpv. 1 lett. a LTF ; DTF 144 V 280 consid. 1.2; 142 II 20 consid. 1.2; sentenza 1C\_655/2020 del 3 novembre 2021 consid. 1.4). Gli insorgenti, rettamente, non contestano quindi la decisione di rinvio.

#### **E. 1.2.2**

Per quanto concerne invece il quesito della recinzione litigiosa, la Corte cantonale ha confermato in maniera definitiva la decisione municipale di diniego della licenza edilizia. Al riguardo si è quindi in presenza di una decisione parziale ai sensi dell' art. 91 lett. a LTF , assimilabile a una decisione finale che, anche per motivi di economia processuale, può essere giudicata indipendentemente dagli altri interventi effettuati o richiesti sul fondo dei ricorrenti e contro la quale il rimedio esperito è di principio ammissibile (sulla decisione parziale in materia edilizia vedi sentenze 1C\_554/2021 del 10 marzo 2022 consid. 2.3, 1C\_578/2019 del 25 maggio 2020 consid. 1 e 1C\_396/2009 del 9 febbraio 2010 consid. 1.2, apparsa in: RtiD II-2010 n. 23 pag. 93; in generale cfr. DTF 146 III 254 consid. 2.1 e 2.1.1).

### **E. 1.3**

L'atto di ricorso è redatto, legittimamente ( art. 42 cpv. 1 LTF ), in lingua tedesca. Non vi sono comunque motivi per scostarsi dal principio secondo cui il procedimento si svolge di regola nella lingua della decisione impugnata, in concreto quella italiana ( art. 54 cpv. 1 LTF ).

#### **E. 1.4**

Le conclusioni dei ricorrenti di annullare tutte le decisioni cantonali e comunali inerenti alla recinzione litigiosa sono inammissibili. A causa del carattere devolutivo del ricorso, tali atti sono infatti sostituiti dalla sentenza del Tribunale cantonale amministrativo, di modo che solo quest'ultima pronuncia può essere oggetto di litigio (art. 86 cpv. 1 lett. d LTF; DTF 146 II 335 consid. 1.1.2). Inammissibile è pure la generica richiesta secondo la quale il Tribunale federale dovrebbe chiarire la situazione per tutti gli altri casi analoghi. Esso, nell'interesse dell'economia processuale, non deve infatti occuparsi di questioni meramente teoriche o di cause che esulano dall'oggetto del litigio, dovendosi pronunciare solo sul caso concreto sottoposto al suo giudizio ( DTF 141 II 307 consid. 6.2; cfr. anche DTF 144 IV 81 consid. 2.3.1 e rinvii; 140 IV 74 consid. 1.3.1).

#### **E. 1.5**

Con il ricorso in materia di diritto pubblico si può far valere in particolare la violazione del diritto federale ( art. 95 lett. a LTF ), che il Tribunale federale applica d'ufficio ( art. 106 cpv. 1 LTF ). Secondo l' art. 42 cpv. 1 e 2 LTF , il ricorso dev'essere tuttavia motivato in modo sufficiente, spiegando nei motivi perché l'atto impugnato viola il diritto. Il Tribunale federale, che non è un'istanza di appello, esamina in linea di principio solo le censure sollevate ( DTF 147 I 73 consid. 2.1; 146 IV 297 consid. 1.2).

#### **E. 2.1**

Il ricorso si incentra e si esaurisce in sostanza sul fatto che la recinzione in questione sarebbe necessaria per proteggere il loro orto e in particolare i raccolti da greggi di pecore che pascolerebbero liberamente e da animali selvatici (caprioli, cervi, cinghiali, volpi, tassi).

#### **E. 2.2**

La Corte cantonale ha ricordato, rettamente, che per gli interventi fuori delle zone edificabili è applicabile la normativa federale, che presuppone la necessità di un'autorizzazione. Ha rilevato che sono conformi alla zona agricola gli edifici e gli impianti che sono necessari alla coltivazione agricola o all'orticoltura ( art. 16a LPT ). Ha sottolineato che l' art. 34 cpv. 5 OPT dispone che gli edifici e gli impianti per l'agricoltura esercitata a titolo ricreativo, come nel caso in esame, non sono considerati conformi alla zona agricola. Ha poi osservato che secondo la costante prassi sono considerati impianti quelle installazioni artificiali e durature collegate al suolo in maniera relativamente stabile e atte a influire sulle utilizzazioni e che pertanto necessitano di un permesso di costruzione. Ha accertato che nella fattispecie la recinzione litigiosa, che cinge un'area di oltre 700 m<sup>2</sup>, è alta 1 m ed è costituita da una rete metallica a maglie larghe di tipo "Knotengitter", sostenuta da pali in alluminio (4 x 4 cm) fissati direttamente nel suolo, che si estende su tutto il perimetro del fondo, ad eccezione di un tratto dove sorge un muro di sostegno. I giudici cantonali ne hanno concluso ch'essa è chiaramente suscettibile di alterare in maniera rilevante il paesaggio agricolo in cui è collocata, motivo per cui l'hanno assimilata a un impianto soggetto ad autorizzazione, richiamando al riguardo la giurisprudenza, con la quale i ricorrenti non si confrontano.

### **E. 2.3**

I ricorrenti sostengono che, contrariamente a quanto ritenuto dalle autorità cantonali, la recinzione litigiosa sarebbe mobile e comunque amovibile, motivo per cui non potrebbe essere ritenuta un impianto fisso e potrebbe pertanto essere autorizzata sulla base dell'art. 22 cpv. 2 lett. a e dell' art. 24 LPT anche fuori delle zone edificabili.

### **E. 2.4**

La tesi non regge. In effetti, secondo l' art. 97 cpv. 1 LTF , gli interessati possono censurare l'accertamento dei fatti soltanto se è stato svolto in modo manifestamente inesatto, vale a dire arbitrario ( DTF 147 I 73 consid. 2.2; 145 V 188 consid. 2), o in violazione del diritto ai sensi dell' art. 95 LTF e l'eliminazione del vizio può essere determinante per l'esito del procedimento. Essi devono motivare la censura in modo chiaro e preciso, conformemente alle esigenze poste dall' art. 106 cpv. 2 LTF ( DTF 147 IV 73 consid. 4.1.2). Per motivare l'arbitrio non basta tuttavia criticare semplicemente la decisione impugnata contrapponendole, come in concreto, un'interpretazione propria, ma occorre dimostrare per quale motivo l'accertamento dei fatti o la valutazione delle prove sono manifestamente insostenibili, si trovano in chiaro contrasto con la fattispecie, si fondano su una svista manifesta o contraddicono in modo urtante il sentimento della giustizia e dell'equità ( DTF 148 II 121 consid. 5.2; 143 IV 241 consid. 2.3.1). Non basta quindi che la decisione impugnata sia insostenibile nella motivazione, ma occorre che lo sia anche nel risultato ( DTF 143 I 321 consid. 6.1), ciò che spetta ai ricorrenti dimostrare ( DTF 144 III 145 consid. 2). Non risulta per contro arbitrario dal semplice fatto che anche un'altra soluzione potrebbe entrare in linea di conto o sarebbe addirittura preferibile ( DTF 148 II 121 consid. 5.2). In concreto la motivazione e la conclusione dei giudici cantonali non sono per nulla arbitrarie.

#### **E. 2.4.1**

Il rilievo ricorsuale, secondo cui l'art. 3 lett. g del regolamento di applicazione del 9 dicembre 1992 della legge edilizia cantonale (RL 705.110) non assoggetta a licenza edilizia la sistemazione di orti e giardini con le usuali attrezzature di arredo, è ininfluenza, visto che tale normativa disciplina le costruzioni all'interno della zona edificabile.

#### **E. 2.4.2**

Anche l'assunto secondo cui le opposizioni dei vicini alla posa della recinzione avrebbero dovuto essere respinte perché essi non sarebbero toccati da tale opera è privo di pregio. L'autorità comunale e quella cantonale devono esaminare infatti d'ufficio la legalità delle opere realizzate senza la necessaria autorizzazione, soprattutto se sono ubicate fuori della zona edificabile. A ciò nulla muta una fotografia prodotta dai ricorrenti il 9 novembre 2022, quindi dopo la scadenza del termine di ricorso e pertanto tardivamente, la quale proverebbe che nel 1933 l'orto sarebbe stato recintato. Questo mezzo di prova è inammissibile. Secondo l' art. 99 cpv. 1 LTF possono essere adottati nuovi fatti e nuovi mezzi di prova soltanto se ne dà motivo la decisione dell'autorità inferiore, requisito non adempiuto in concreto visto che nulla impediva loro, adottando la dovuta diligenza, di produrre questa fotografia già dinanzi alle autorità cantonali. Nova in senso improprio sono infatti inammissibili ( DTF 144 V 35 consid. 5.2.4; 143 V 19 consid. 1.2). Si può comunque rilevare che tale mezzo di prova è ininfluenza, visto che si riferisce a una situazione anteriore all'entrata in vigore, il 1° gennaio 1980, della LPT, e che non si tratta della medesima recinzione.

### **E. 2.5**

Nella fattispecie è pacifico, e i ricorrenti lo riconoscono, che l'orto in questione è utilizzato per un'attività agricola a scopo di svago ai sensi dell' art. 34 cpv. 5 OPT . Secondo questa norma gli edifici e gli impianti per l'agricoltura esercitata a titolo ricreativo non sono considerati conformi alla zona agricola. I giudici cantonali hanno quindi stabilito che già per questo motivo la tesi dei ricorrenti, secondo la quale la recinzione potrebbe essere realizzata poiché conforme ai criteri dell' art. 16a LTP , secondo cui sono conformi alla zona agricola gli edifici e gli impianti che sono necessari alla coltivazione agricola o all'orticoltura, e ai presupposti dell' art. 34 cpv. 4 OPT , è infondata. Hanno quindi escluso che la recinzione potrebbe beneficiare di un permesso ordinario giusta l' art. 22 LPT , visto che non è conforme alla zona agricola. Limitandosi a ribadire il loro assunto, i ricorrenti non dimostrano perché questa conclusione, peraltro corretta, sarebbe lesiva del diritto federale. Il generico assunto secondo cui gli art. 16a LPT e 34 OPT sarebbero applicabili soltanto a impianti voluminosi non compatibili con la zona agricola è infondata (sentenza 1C\_371/2021 del 15 settembre 2022 consid. 43).

### **E. 2.6**

Sostengono che l' art. 34 cpv. 5 OPT (cfr. al riguardo sentenza 1C\_516/2016 del 5 dicembre 2017 consid. 5) sarebbe troppo restrittivo e che adottando tale norma il Consiglio federale avrebbe abusato del suo potere di apprezzamento, sconfinando nell'arbitrio ( art. 9 Cost. ) perché la sua applicazione condurrebbe a risultati ingiusti. Al riguardo i ricorrenti non si confrontano tuttavia con la motivazione adottata dai giudici cantonali per dichiarare infondata questa censura. La critica è quindi irricevibile per carenza di motivazione ( art. 42 LTF ; sui severi criteri per impugnare ordinanze del Consiglio federale cfr. DTF 141 II 169 consid. 3.3 e 3.4; 139 II 460 consid. 2.1 e 2.3).

### **E. 2.7**

I ricorrenti richiamano l' art. 24e cpv. 4 LPT relativo alla tenuta di cavalli. Questa norma recita che le recinzioni che servono al pascolo e che non hanno ripercussioni negative sul paesaggio sono autorizzate anche quando gli animali sono tenuti nella zona edificabile. Visto che la loro abitazione dista 25 m dal fondo litigioso e che le due particelle costituirebbero al loro dire unità funzionale, ne deducono che la recinzione litigiosa dovrebbe essere ammessa. Ciò poiché l'agricoltura a scopo di hobby dovrebbe essere parificata alla tenuta di animali a scopo di hobby. Ora, con questo semplice assunto essi non dimostrano affatto perché, applicando correttamente l' art. 34 cpv. 5 OPT , che disciplina volutamente in maniera differente la fattispecie in esame da quella della tenuta di animali a scopo ricreativo, distinzione espressamente voluta dal legislatore federale, la Corte cantonale avrebbe disatteso il diritto federale. La tesi ricorsuale secondo cui tale differenziazione indicherebbe che si sarebbe in presenza di una lacuna legislativa poiché le due fattispecie, differenti, dovrebbero essere disciplinate in maniera analoga, è priva di fondamento, visto che il legislatore le ha disciplinate, sebbene in maniera diversa da quella auspicata dai ricorrenti (sulla lacuna legislativa vedi DTF 146 III 169 consid. 4.2.2; 146 V 121 consid. 2.5; 145 IV 252 consid. 1.6.1).

### **E. 2.8**

La Corte cantonale ha poi osservato che l'attività agricola esercitata a titolo ricreativo non adempie il requisito dell'ubicazione vincolata, ritenuto che all'interno della zona agricola questa condizione corrisponde sostanzialmente a quella della conformità di zona ai sensi degli art. 22 cpv. 2 lett. a LPT e 16a LPT, motivo per cui non può essere rilasciata

un'autorizzazione eccezionale sulla base dell' art. 24 LPT . Ha aggiunto che alla realizzazione della recinzione si oppone inoltre l'interesse pubblico prevalente a mantenere per principio libere da costruzioni le zone agricole. I ricorrenti non contestano queste conclusioni, peraltro corrette. Ora, quando la decisione impugnata, come in concreto, si fonda su diverse motivazioni indipendenti e di per sé sufficienti per definire l'esito della causa, i ricorrenti sono tenuti, pena l'inammissibilità, a dimostrare che ognuna di esse viola il diritto ( DTF 142 III 364 consid. 2.4 in fine; 138 I 97 consid. 4.1.4).

### **E. 3.1**

I ricorrenti accennano al fatto che il piano regolatore sarebbe stato approvato all'incirca nel 1970 (nel 1991 secondo la decisione impugnata). Ne deducono, implicitamente, che la zona edificabile risulterebbe quindi eccessivamente esigua, motivo per cui si dovrebbe procedere a una revisione dello stesso. La Corte cantonale ha ritenuto che i generici accenni ricorsuali non dimostrano la necessità di procedere a un controllo pregiudiziale del piano regolatore sulla base dell' art. 21 cpv. 2 LPT (al riguardo vedi DTF 144 II 41 consid. 5.1 e 5.2; cfr. sentenza 1C\_290/2019 del 13 maggio 2020 consid. 3.1; cfr. anche DTF 148 II 417 consid. 3). Ciò a maggior ragione ritenuto ch'essi non hanno spiegato perché il fondo litigioso dovrebbe essere attribuito alla zona edificabile, visto il notorio sovradimensionamento delle stesse nel Cantone Ticino. Ha precisato inoltre che all'ampliamento della zona edificabile osterebbero gli art. 38a LPT e l' art. 52a OPT , che disciplina il diritto transitorio della modifica della LPT del 15 giugno 2012; le zone edificabili non possono pertanto essere aumentate senza dezonarne almeno la stessa superficie nel quadro della medesima decisione ( DTF 142 II 415 consid. 2 e 3; sul tema vedi sentenza 1C\_466/2021 del 16 gennaio 2023 consid. 3 e rinvii). I ricorrenti non contestano questi argomenti, anch'essi corretti.

### **E. 3.2**

La circostanza che il nucleo vecchio del paese è piccolo e sarebbe circondato da zone agricole e da altre zone non edificabili è ininfluente, come il fatto che l'orto in questione disterebbe soltanto 25 m dalla casa dei ricorrenti. Vista l'importanza del principio fondamentale della separazione fra comprensorio edificabile e quello non edificabile, il fatto che l'opera litigiosa non è un impianto di notevoli dimensioni e che si trova nelle vicinanze di un'abitazione non è in effetti determinante (vedi al riguardo le sentenze 1C\_371/2021, citata, consid. 4.3, 1C\_240/2020 del 26 febbraio 2021 consid. 5.5, 1C\_10/2019 del 15 aprile 2020 consid. 5.4 e 1C\_8/2010 del 29 settembre 2010 consid. 2).

### **E. 4.1**

Giova rilevare infine che anche riguardo alla pretesa disparità di trattamento le critiche ricorsuali non reggono. La Corte cantonale ha infatti rettamente sottolineato che il diritto alla parità di trattamento ( art. 8 cpv. 1 Cost. ) non prevale di massima sul principio di legalità e precisato perché in concreto non erano comunque adempiute le condizioni per riconoscere una parità di trattamento nell'illegalità. Ha accertato infatti che non è dimostrato che le situazioni evocate dai ricorrenti sarebbero paragonabili, sia dal profilo fattuale che giuridico, al caso in esame, né essi hanno indicato se le stesse sarebbero state formalmente autorizzate o no. Ha constatato inoltre che per di più nessuna delle situazioni da loro invocate appare, per dimensioni ed entità, paragonabile al caso litigioso. I giudici cantonali hanno aggiunto che i ricorrenti non hanno dimostrato che si sarebbe in presenza di una "prassi" non conforme al diritto, dalla quale l'autorità comunale non intenderebbe scostarsi, stabilendo che la vertenza in questione dimostra piuttosto il contrario, ritenuto inoltre che

nella risposta al gravame il Municipio ha indicato che intende comunque procedere alla verifica dei casi menzionati dagli insorgenti.

#### **E. 4.2**

Anche riguardo a questa tematica la decisione impugnata è motivata in maniera sufficiente, poiché si esprime, e compiutamente, su tutti i punti decisivi e pertinenti per il giudizio ( DTF 147 IV 409 consid. 5.3.4; 146 IV 297 consid. 2.2.7). I ricorrenti neppure tentano di dimostrare che questi accertamenti fattuali sarebbero stati effettuati in maniera arbitraria, motivo per cui essi sono vincolanti per il Tribunale federale ( art. 105 cpv. 1 LTF ). Non trattandosi di casi analoghi, una disparità di trattamento non è ravvisabile. In effetti, il diritto all'uguaglianza di trattamento nell'illegalità può essere ammesso in via eccezionale soltanto quando non in un caso isolato e neppure in alcuni casi, bensì secondo una prassi costante, un'autorità avrebbe derogato alla legge e darebbe a vedere che anche in futuro non deciderà in modo conforme alla stessa, condizione non riscontrabile nella fattispecie ( DTF 146 I 105 consid. 5.3.1; 139 II 49 consid. 7.1; 132 II 485 consid. 8.6). Per di più, i ricorrenti parrebbero disattendere che di massima il Tribunale federale non sarebbe vincolato da una prassi cantonale in contrasto con il diritto federale, dato che deve garantirne la corretta applicazione (cfr. DTF 122 II 446 consid. 4a in fine). I ricorrenti misconoscono inoltre che la garanzia della proprietà ( art. 26 cpv. 1 Cost. ) non tutela la proprietà in maniera illimitata, ma soltanto nei limiti fissati nell'interesse pubblico dall'ordinamento giuridico, segnatamente in concreto quelli in materia pianificatoria ed edilizia ( DTF 146 I 70 consid. 6.1; 145 I 156 consid. 4.1).

#### **E. 5**

Il ricorso, in quanto ammissibile, dev'essere pertanto respinto. Le spese seguono la soccombenza ( art. 66 cpv. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.