

Pubblicato il 15/07/2020

N. 00928/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 01491/2019 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 Toscana**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1491 del 2019, proposto da Regina Esther Christina Purrmann Hesselberger, rappresentata e difesa dall'avvocato Carolina Picchiotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Servi 38;

*contro*

Ente Parco Nazionale **Arcipelago Toscano** - Isole di Toscana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso la cui sede è domiciliato per legge in Firenze, via degli Arazzieri 4;

*nei confronti*

Comune di Portoferraio, non costituito in giudizio;

*per l'annullamento*

dell'ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi emessa ai sensi dell'art. 29 L. 06.12.1991 n. 394 e con la quale l'Ente Parco **Arcipelago Toscano** ha disposto la "demolizione ..del cancello dei relativi pilastri che lo sostengono e

di tutte quelle opere ad esso connesse compresa la recinzione....per ripristinare la libera fruizione del sentiero escursionistico n. 251”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente Parco Nazionale **Arcipelago Toscano** - Isole di Toscana;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84 co. 5 del d.l. n. 18/2020, come modificato dall'art. 4 del d.l. n. 28/2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2020 il dott. Pierpaolo Grauso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La signora Regina Esther Christina Purrmann Hesselberger è proprietaria nel Comune di Portoferraio, all'Isola d'Elba, di un compendio immobiliare costituito da terreni e annessi fabbricati, ricadente nel territorio del Parco Nazionale dell'**Arcipelago Toscano**.

Ella impugna l'ordinanza del 29 – 30 agosto 2019, mediante la quale l'Ente gestore del Parco le ha ingiunto di demolire il tratto di recinzione e relativo cancello posti a chiusura dello stradello di accesso alla proprietà. Ad avviso dell'Ente Parco, il manufatto sarebbe stato realizzato in assenza del nulla osta richiesto dall'art. 13 della legge n. 394/1991 e ostacolerebbe altresì l'accesso al sentiero escursionistico n. 251, destinato alla libera fruizione collettiva.

Il ricorso è affidato a un unico, articolato, motivo in diritto.

1.1. Resiste al gravame l'Ente Parco dell'**Arcipelago Toscano**, difeso dall'Avvocatura dello Stato.

1.2. Nella camera di consiglio dell'11 dicembre 2019, il collegio ha sospeso l'esecuzione del provvedimento impugnato, avuto riguardo al prevalente interesse alla conservazione della *res controversa* nelle more della definizione del giudizio.

1.3. La causa è stata trattenuta in decisione senza discussione nell'udienza del 4 giugno 2020, tenutasi da remoto in video conferenza ai sensi dei commi quinto e sesto dell'art. 84 cit., come modificato dall'art. 4 del d.l. n. 28/2020.

2. L'Ente Parco Nazionale **Arcipelago Toscano** ha ordinato alla signora Purrmann Hesselberger di demolire il tratto di recinzione e relativo cancello di chiusura della strada di accesso alla sua proprietà, nel Comune di Portoferraio.

Come accennato in narrativa, l'ordine di demolizione riposa su un duplice assunto: da un lato, il cancello sarebbe stato realizzato in assenza di nulla osta dell'Ente Parco, oltre che dei necessari titoli edilizi e paesaggistici; dall'altro, esso impedirebbe l'accesso al sentiero escursionistico di uso collettivo oggi contrassegnato dal n. 251 (già n. 51), che, partendo dalla strada provinciale n. 27 in località Albereto giunge in località Forno, passando dalla Punta Penisola. Con l'unico motivo di impugnazione, la ricorrente deduce che le opere sarebbero presenti *in loco* da tempo immemorabile e mai sarebbero state oggetto di contestazioni. Il cancello sarebbe stato semplicemente sostituito nel 2009 con uno delle medesime fattezze, previa comunicazione al Comune di Portoferraio; e, nel 2013, sarebbe stato corredato di un impianto di videosorveglianza a causa del continuo perpetrarsi di atti vandalici e incendi appiccati da estranei all'interno della proprietà, previo nulla osta della competente Soprintendenza e dello stesso Ente Parco.

Trattandosi di opere di edilizia libera rientranti fra le manifestazioni tipiche del diritto di proprietà, né il cancello, né il tratto di recinzione, richiederebbero il preventivo rilascio di titoli edilizi o paesaggistici. Essendo poi preesistenti all'approvazione del Piano del Parco, neppure sarebbero soggetti alla relativa disciplina sanzionatoria, tanto più che l'ordinanza impugnata non risulterebbe motivata sotto il profilo ambientale e/o paesaggistico, ma unicamente volta a ripristinare il transito pedonale sul sentiero che attraversa la proprietà della ricorrente.

Quanto a quest'ultimo, la signora Purrmann Hesselberger nega l'esistenza di qualsivoglia diritto di uso pubblico o collettivo, tenuto anche conto, a monte, della mancanza di un percorso escursionistico da ripristinare. Il sentiero in questione non risulterebbe, infatti, inserito nel catasto della Rete Escursionistica Toscana, istituita dalla legge regionale n. 17/1998, e neppure nella cartografia del Parco e in quella del C.A.I..

La difesa dell'Ente Parco sostiene, dal canto suo, che negli atti di compravendita della proprietà della ricorrente sarebbe esplicitamente menzionata una servitù attiva di passo pedonale per l'accesso al mare ed alla strada vicinale di Forno-Viticcio, a conferma dell'uso pubblico pedonale del sentiero intercluso dall'apposizione del cancello. Il sentiero n. 251 risulterebbe, inoltre, cartografato in numerosi atti di natura pubblica e documentato in pubblicazioni specialistiche appositamente dedicate all'attività escursionistica predisposte dalla ex Comunità Montana dell'Elba e Capraia, dal Corpo Forestale dello Stato e dal C.A.I. fino dal 1987.

La ricorrente replica che la servitù di passo descritta negli atti di provenienza del compendio di sua proprietà riguarderebbe particelle differenti da quelle interessate dalla presenza del cancello. Il sentiero n. 251 non coinciderebbe affatto con lo stradello di accesso al suo fondo e, in ogni caso, mancherebbe la prova dell'uso pubblico rivendicato dall'amministrazione.

2.1. Il ricorso è infondato.

2.1.1. La ricorrente assume che il cancello posto a chiusura della strada di accesso alla sua proprietà, e i tratti di recinzione in muratura che lo sorreggono, risalirebbero quantomeno agli anni '60 dello scorso secolo e sarebbero stati costruiti in forza di concessione rilasciata dal Comune di Portoferraio nel 1963.

L'assunto è confutato dall'amministrazione procedente, la quale, nel provvedimento impugnato, evidenzia come detta concessione si riferisse alla sola realizzazione di una strada poderale. D'altro canto, in giudizio la ricorrente non ha fornito prove certe circa l'epoca di realizzazione dell'opera,

la cui esistenza nella foggia attuale è attestata a partire dal 2008 (si veda il materiale fotografico allegato al ricorso), sebbene diversi degli esposti indirizzati all'Ente Parco per denunciare la chiusura del cancello (sui quali si tornerà *infra*) riferiscano della sua esistenza sin da epoca anteriore.

Nel vigore del d.lgs. n. 42/2004, la realizzazione in zona vincolata di una cancellata del tipo di quella che chiude il fondo di proprietà della ricorrente (cancello metallico sostenuto da tratti di recinzione in muratura, uno dei quali a diretto contatto con una parete rocciosa, l'altro che si prolunga fino al margine della scarpata) esige il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, ancorché possa considerarsi un'opera di rilevanza minore (per fattispecie analoga cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 gennaio 2019, n. 181).

Conferma in via interpretativa se ne trae dalla previsione dell'art. 1 del d.P.R. n. 139/2010, pur non applicabile *ratione temporis* ai fatti di causa, che identifica la realizzazione o modifica di cancelli, recinzioni, o muri di contenimento del terreno come interventi di lieve entità soggetti ad autorizzazione paesaggistica semplificata, mentre sottratti ad autorizzazione sono gli interventi di manutenzione, sostituzione e adeguamento di cancelli e recinzioni (si veda l'allegato 1, punto n. 11, del medesimo d.P.R., riprodotto dall'allegato 2, punto B.21 del d.P.R. n. 31/2017).

Si aggiunga che l'art. 3 delle misure di salvaguardia allegate al d.P.R. 22 luglio 1996, istitutivo del Parco Nazionale dell'**Arcipelago Toscano**, faceva divieto di realizzare, nelle zone agricole, “*qualsiasi tipo di recinzione, ad eccezione di quelle necessarie alla sicurezza delle abitazioni, degli impianti tecnologici e di quelle accessorie alle attività agro-silvo-pastorali, purché realizzate secondo tipologie e materiali tradizionali, e delle delimitazioni temporanee a protezione delle attività zootecniche*”, ed è di tutta evidenza che la recinzione e il cancello di proprietà della ricorrente non rispondono a dette caratteristiche costruttive.

La conclusione in ordine alla necessità dell'autorizzazione non muta, peraltro, collocando la realizzazione del cancello nei passati anni '60, posto che il

vincolo paesaggistico gravante sull'area è stato apposto con d.m. 2 marzo 1953.

Se così è, la realizzazione del cancello avrebbe richiesto il preventivo rilascio di nulla osta dell'Ente Parco, ai sensi dell'art. 13 della legge n. 394/1991, indipendentemente dalla necessità o meno anche di un separato titolo edilizio (a fronte di un'attività edilizia libera non è escludere, com'è noto, che possa comunque occorrere l'assenso ai fini paesaggistici, stante la reciproca autonomia dei due piani valutativi dell'impatto dell'opera).

2.1.2. Lo stradello di accesso alla proprietà della ricorrente, chiuso dal cancello in questione, insiste sulle particelle catastali 364 e 365, cui si riferisce appunto il provvedimento impugnato.

Non vi è coincidenza con le particelle 62, 63, 67 e 242, pure comprese nella proprietà Purrmann e gravate da servitù di uso pubblico per l'accesso al mare e alla strada vicinale Forno – Viticcio, come risulta dagli atti di provenienza del terreno (i contratti di compravendita del 16 aprile 1970 e del 22 luglio 2004). Va dunque rinvenuta altrove la fonte del diritto collettivo di transito pedonale sullo stradello, la cui tutela concorre, come si è visto, a fondare la motivazione dell'iniziativa assunta dall'Ente Parco nei confronti della ricorrente.

Preliminarmente, occorre peraltro verificare se effettivamente il percorso dello stradello coincida con quello del sentiero escursionistico n. 251, già n. 51, come sostiene l'amministrazione resistente.

Al riguardo, la ricorrente ha inserito nella propria memoria difensiva *ex art. 73 c.p.a.* un estratto di cartografia che mostra il cancello posizionato sul versante sud della proprietà lungo la “*strada di accesso... coincidente con sentiero n. 251*” (così recita la relativa legenda).

La medesima cartografia mostra un altro tracciato interno alla proprietà Purrmann, a est del primo e con andamento grossomodo parallelo, nel tratto iniziale, che viene indicato come “*sentiero n. 51*” (colorato in azzurro) e che,

secondo la ricorrente, non esisterebbe più da decenni, così come il sentiero n. 251 sarebbe stato tracciato solo cartograficamente a partire dal 2017.

Di contro, l'esistenza di un percorso pedonale che, partendo dalla località Forno, conduce alla Punta Penisola consentendone il periplo è descritta in una delle guide escursionistiche prodotte dall'Ente Parco, dove compare come sentiero n. 50, che, raggiunta e superata la Punta, prosegue verso est fino al congiungersi con il sentiero n. 49 per ritornare a Forno in direzione sud, descrivendo una sorta di anello; ovvero, in direzione nord, per raggiungere la località Viticcio (il riferimento è alla "Guida ai sentieri dell'Elba" del 1987, patrocinata dal Corpo Forestale dello Stato, dall'allora Comunità Montana dell'Elba e Capraia, dal C.A.I. di Livorno). Il sentiero n. 51 è quello che, proseguendo a est oltre l'incrocio con il sentiero n. 49, giunge fino alla località Le Cime.

La corrispondente cartografia del 1987 (allegato I48 dell'Ente Parco) attesta la sostanziale corrispondenza, nel tratto iniziale partendo da sud, fra il sentiero n. 50 e quella che la ricorrente indica come strada di accesso alla proprietà coincidente con il sentiero n. 251. Più in dettaglio, la cartografia mostra in rosso il tracciato del sentiero, inizialmente pressoché sovrapposto a quello di una strada carrabile, la stessa che compare nelle carte topografiche regionali prodotte o indicate da entrambe le parti.

Proseguendo l'analisi delle carte escursionistiche in atti, in quelle più recenti non compare più un sentiero contraddistinto dal n. 50.

In particolare, nelle carte del 2000 (allegati I50 e I51) il sentiero assume il n. 51, mentre mantiene il n. 49 la strada Forno – Viticcio.

Le carte del 2006 e del 2009 (allegati I52 e I53) riportano anch'esse un sentiero n. 51 che attraversa la proprietà della ricorrente. Esso, tuttavia, non coincide con la strada carrabile, che compare nelle stesse cartografie più a ovest, ed è invece sovrapponibile al "*sentiero n. 51*" evidenziato in colore azzurro nella cartografia allegata dalla ricorrente.

Nella cartografia del 2017, le numerazioni cambiano con l'aggiunta di un "2" anteposto ai numeri originari. Il sentiero n. 49 (Forno – Viticcio) diventa n. 249, il n. 51 diviene n. 251 e torna a coincidere con il sentiero che raggiunge la Punta Penisola sovrapponendosi, di fatto, alla strada topograficamente indicata come carrabile.

La stessa rappresentazione e numerazione compaiono nella carta dello "Stato di consistenza dei sentieri", commissionato dall'Ente Parco nel 2016.

I dati in rassegna, se opportunamente riordinati, conducono a risultati sufficientemente chiari.

Le carte escursionistiche mostrano l'esistenza di un sentiero pedonale che, dalla località Forno, procede verso ovest per poi svoltare a destra, in direzione nord, e proseguire all'interno della proprietà della ricorrente fino alla Punta Penisola, quindi voltare a est e giungere fino all'incrocio con la strada Forno – Viticcio (sentiero n. 49, che, come detto, forma con il sentiero n. 51 un vero e proprio anello con partenza e arrivo a Forno). Esso ha assunto prima il n. 50, poi il n. 51 e infine il n. 251, e coincide con il tracciato della strada carrabile segnata anche sulle cartografie regionali. Si tratta del percorso utilizzato dal personale dell'Ente Parco per accedere alla proprietà della ricorrente, fino alla chiusura del cancello per cui è causa, prima munito di apposito varco pedonale (si veda la relazione allegata dall'Ente Parco sub F26).

Alcune delle carte, invero, con il n. 51 indicano un percorso differente, che pure attraversa la proprietà della ricorrente, ma che, partendo da Forno, procede in direzione nord in parallelo alla più volte menzionata strada carrabile (ubicata più a ovest), fino a incrociare il sentiero n. 49 (Forno – Viticcio).

La cartografia allegata dalla ricorrente riporta entrambi i percorsi: il primo, rappresentato dalla strada di accesso alla proprietà (in colore viola), chiusa dal cancello, che procede in direzione nord e, all'altezza della Punta, incontra una deviazione verso est indicata come "sentiero n. 251" (in colore verde), che finisce poi nella strada Forno – Viticcio; il secondo (in colore azzurro), a est

del primo e allo stesso inizialmente parallelo, che da Forno procede verso nord per poi piegare verso est e incrociare anch'esso il sentiero n. 49.

Secondo la numerazione adoperata della ricorrente, il primo percorso coinciderebbe con il sentiero identificato nelle carte escursionistiche più recenti come n. 251, e il secondo con il non più esistente sentiero n. 51.

Indipendentemente dalla numerazione identificativa, la circostanza che la strada di accesso alla proprietà della ricorrente coincida con un sentiero di rilevanza escursionistica collocato lungo il versante più occidentale della Punta Penisola può considerarsi sufficientemente documentata, quantomeno a livello cartografico, almeno dal 1987.

Le risultanze cartografiche trovano riscontro in una consistente serie di esposti e segnalazioni, talora cumulativi, indirizzati all'Ente Parco da associazioni di tutela ambientale e da cittadini (allegato E delle produzioni dell'Avvocatura dello Stato).

Gli esposti coprono l'arco temporale compreso tra il 2004 e il 2019, successivo all'acquisto della proprietà da parte della signora Purrmann Hesselberger, e univocamente lamentano l'impossibilità di accedere al sentiero a seguito della chiusura del cancello, ovvero del varco pedonale lasciato aperto dalla proprietà pur dopo la realizzazione del cancello (dagli esposti si comprende che il varco è stato più volte chiuso e riaperto).

Il sentiero – identificato dagli esponenti talora con il n. 50, talora con il n. 51 o con il n. 251, coerentemente con le risultanze cartografiche già esaminate – è descritto in tutti gli esposti come da sempre liberamente accessibile dagli escursionisti nell'ambito del “circuito trekking di Punta Penisola” (così l'esposto di Legambiente del 28 aprile 2012) e regolarmente indicato dalla segnaletica del C.A.I., del Parco Nazionale e della locale associazione “Amici del Forno”, oltre che, come si è visto, nelle guide escursionistiche.

Nel complesso, si dispone dunque di un quadro indiziario coerente con l'affermazione incidentale, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., dell'utilizzo del sentiero da parte di una collettività indifferenziata e per la soddisfazione di esigenze di

carattere generale afferenti alla fruizione sostenibile degli ambienti naturali ora inclusi nel perimetro del Parco Nazionale dell'**Arcipelago Toscano**. Che la pratica dell'escursionismo risponda a finalità di ordine generale è testimoniato dalla legge regionale toscana n. 17/1998, che, nell'ambito delle azioni tese alla conoscenza, valorizzazione e tutela del patrimonio ambientale, delle tradizioni locali e dei caratteri culturali e storici del paesaggio **toscano**, favorisce lo sviluppo dell'attività escursionistica quale mezzo per realizzare un rapporto equilibrato con l'ambiente e per sostenere uno sviluppo turistico compatibile, e promuove il recupero della viabilità storica, la realizzazione della rete escursionistica e dei sentieri, nonché la realizzazione di attrezzature correlate (art. 1).

Né, ai fini dell'accertamento dell'uso collettivo, rileva l'inserimento o meno del sentiero nel catasto della Rete Escursionistica Toscana, istituito dalla stessa l.r. n. 17/1998. L'inserimento nel catasto, ove presente, può certo costituire un elemento presuntivo della destinazione escursionistica, ma la sua assenza nella specie è supplita dagli altri elementi di prova, numerosi e concordanti, sin qui rilevati.

Sulla base degli stessi elementi, il titolo sotteso all'affermazione dell'esistenza dell'uso collettivo si identifica nel comportamento della collettività contrassegnato dalla diffusa convinzione di esercitare sul sentiero un proprio diritto: convinzione chiaramente attestata dai reiterati esposti raccolti dalle autorità competenti, ivi compreso l'Ente Parco resistente, ogniqualevolta è stata riscontrata dai fruitori dei percorsi escursionistici la chiusura del cancello di accesso al sentiero oggi identificato come n. 251; e avvalorata non soltanto dalle caratteristiche dei luoghi, tali da non consentire di distinguere l'attuale viabilità di accesso alla proprietà della ricorrente dagli altri sentieri presenti nel Parco, ma anche dal comportamento tenuto nel corso degli anni dai proprietari dei terreni attraversati dal sentiero n. 251, i quali, fino all'acquisto da parte dell'odierna ricorrente, risultano avervi sempre consentito il transito

pedonale (e anche dopo l'acquisto da parte della signora Purrmann, il sentiero ha continuato almeno per un periodo a rimanere accessibile).

Del resto, la stessa esistenza di una servitù di passo – documentata dagli atti di acquisto – sulle particelle 62, 63, 67 e 242 conferma, e non smentisce, la tesi dell'Ente Parco. Su quelle particelle transita, infatti, il segmento del sentiero n. 251 che, provenendo dalla strada di ingresso nella proprietà della ricorrente, chiusa dal cancello, conduce al sentiero n. 49: un segmento che costituisce, cioè, parte integrante del percorso circolare con partenza e ritorno a Forno, ciò che rende del tutto verosimile che nel corso del tempo l'uso collettivo abbia riguardato l'intero percorso, e non un solo tratto intermedio (che poi la servitù non compaia negli atti di acquisto di tutti i terreni attraversati dal sentiero in questione si spiega agevolmente, fra l'altro, con il fatto che fino all'acquisto da parte della signora Purrmann le particelle 62, 63, 67 e 242 sono appartenute a proprietari diversi da quelli dei rimanenti terreni che compongono la proprietà della ricorrente).

3. Alla luce delle considerazioni che precedono, il provvedimento impugnato resiste alle censure dedotte in ambedue in suoi capi motivazionali.

L'impugnazione va pertanto respinta.

3.1. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e condanna la ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 3.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in video conferenza secondo quanto disposto dall'articolo 84, comma 6, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Pierpaolo Grauso**

**IL PRESIDENTE**  
**Saverio Romano**

IL SEGRETARIO