Sul potere autorizzatorio esercitato dalla Soprintendenza nel caso di richieste dirette al superamento delle barriere architettoniche in costanza di edifici privati vincolati per motivi storico-artistici

Nicola Posteraro
(Dottore e Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano; abilitato allo svolgimento delle funzioni di Professore Associato di Diritto amministrativo)

Abstract
Lo scritto verifica quanto e se il diritto ad accedere agli edifici di interesse culturale vantato dalle persone disabili trovi un limite nell'interesse pubblico alla conservazione del bene vincolato per motivi storico-artistici. Il tema è particolarmente sentito nell'ambito dell'edilizia privata: copiosa la giurisprudenza amministrativa che, anche negli ultimi anni, si è pronunciata sull'argomento, adita da chi aveva contestato la legittimità di un diniego opposto dalla competente Soprintendenza alla sua richiesta di adeguamento del bene tramite installazione di un ascensore. Nella prima parte dello scritto, si studia il rapporto sussistente tra i due interessi in oggetto (quello all'accessibilità, vantato dai singoli, e quello alla conservazione del bene vincolato, tutelato dall'amministrazione pubblica cui è demandato il potere di preservarlo). Nella seconda parte ci si concentra, invece, sul potere autorizzatorio della Soprintendenza, cui è espressamente demandato, dal diritto positivo, il compito di verificare che l'intervento progettato sia davvero compatibile con le tutelate caratteristiche storiche dell'edificio su cui occorre intervenire. Nella terza parte dell'analisi, infine, alla luce della giurisprudenza amministrativa intervenuta sul punto, si verifica quali siano i vizi da cui risultino essere maggiormente afflitti i provvedimenti di diniego opposti dall'amministrazione e quale sia l'intensità del sindacato del g.a. che si trovi a dovere decidere della loro invalidità.

The paper verifies whether and to what extent the right of people with disabilities to access to buildings of cultural interest is limited by the public interest in the conservation of the property for historical and artistic reasons. The theme is particularly relevant in the private building sector: the Italian administrative judges has often to verify the legitimacy of the refusal of the competent authority to the requests of people asking to install an elevator in a building under cultural and artistic heritage constraints. The first part of the paper will focus on the relationship between the two interests at hand (that of accessibility, claimed by individuals, and that of the conservation of the tied asset, protected by the public administration). In the second part, the power of authorization of the Superintendency is examined: it has to verify that the planned intervention is compatible with the historical characteristics of the building where action should be taken. Finally, the third part of the analysis, in light of the administrative case-law, will assess when and why the denial measures of the relevant authority are in general unlawful and how the administrative judge, in that case, decides on their invalidity.

Sommario: 1. Premessa; 2. Superamento delle barriere architettoniche, edifici culturali e fruizione del patrimonio culturale; 3. Accessibilità agli edifici culturali e interesse alla conservazione dei beni sottoposti a vincolo storico-artistico: il caso degli edifici privati; 4. Il potere autorizzatorio della Soprintendenza; 5. Del provvedimento di diniego opposto dalla Soprintendenza: sui vizi di legittimità maggiormente ricorrenti e sul sindacato del giudice amministrativo

1. Premessa

In questo lavoro, ci si propone di verificare quanto e se il diritto ad accedere agli edifici di interesse culturale vantato dalle persone disabili trovi un limite nell'interesse pubblico alla conservazione del bene vincolato per motivi storico-artistici.
Il tema è particolarmente sentito nell'ambito dell'edilizia privata: copiosa la giurisprudenza amministrativa che, anche negli ultimi anni, si è pronunciata sull'argomento, adita da chi aveva contestato la legittimità di un diniego opposto dalla competente Soprintendenza alla sua richiesta di adeguamento del bene tramite installazione di un ascensore[1].

[1] Secondo la costante giurisprudenza, "l'installazione di un ascensore rientra fra le opere dirette ad eliminare le barriere architettoniche, di cui all'art. 27, comma 1, della legge 3 marzo 1971, n. 118, e all'art. 1, comma 1, del d.P.R. 27 aprile 1978, n. 384 […]" (Cass. civ., sez. II, 27 dicembre 2011, n. 28920, in *Imm. e propr.*, 2012, 192; sul punto, cfr. anche Cass. civ., sez. VI, 9 marzo 2017, n. 6129, in *CED Cassazione*; Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2014, n. 102, in *Urb. e appalti*, 2014, 477; Cass. civ., sez. II, 20 aprile 2005, n. 8286, in *Foro it.*, 2006, I, 198; Cass. civ, sez. II, 29 luglio 2004, n. 14384, in *Foro it.*, 2006, I, 199). I lavori di installazione di ascensori risultano pienamente riconducibili agli interventi di rimozione di barriere architettoniche, essendo l'impianto idoneo a rimuovere l'ostacolo costituito dalle scale dei palazzi a più piani, "non affrontabili in assoluto da soggetti deambulanti con sussidi ortopedici" o con "ridotte capacità di compiere sforzi fisici". Ciò anche quando l'installazione dell'ascensore non abbia totalmente eliminato gli ostacoli impeditivi, ma solo migliorato la fruibilità dell'immobile. È irrilevante la circostanza che la quota di prima fermata dell'ascensore coincida con il piano rialzato e mai con il piano terreno dell'edificio (mantenendo in tal modo ulteriori rampe di alcuni scalini non superabili autonomamente da persone disabili) in quanto né la legge n. 13/1989 né le relative norme di attuazione del D.M. n. 236/1989 impongono la "totale" rimozione delle barriere. Cfr. Cons. Stato, sez. VI , 5 marzo 2014 , n. 1032, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, I , 672 (che conferma peraltro l'orientamento di primo grado del TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 14 maggio 2007, n. 4347, in *giustizia-amministrativa.it*). La giurisprudenza ha chiarito che sono opere di "eliminazione delle barriere architettoniche" solo quelle tecnicamente necessarie a garantire l'accessibilità, l'adattabilità e la "visitabilità" degli edifici privati e non quelle dirette alla migliore fruibilità

Nella prima parte dello scritto, si studia il rapporto sussistente tra i due interessi in oggetto (quello all'accessibilità, vantato dai singoli, e quello alla conservazione del bene vincolato, tutelato dall'amministrazione pubblica cui è demandato il potere di preservarlo): esiste davvero, tra di essi, come spesso si afferma, una aprioristica incompatibilità?
Nella seconda parte ci si concentra, invece, sul potere autorizzatorio della Soprintendenza, cui è espressamente demandato, dal diritto positivo, il compito di verificare che l'intervento progettato sia davvero compatibile con le tutelate caratteristiche storiche dell'edificio su cui occorre intervenire.
Nella terza parte dell'analisi, infine, alla luce della giurisprudenza amministrativa intervenuta sul punto, si verifica quali siano i vizi da cui risultino essere maggiormente afflitti i provvedimenti di diniego opposti dall'amministrazione e quale sia l'intensità del sindacato del g.a. che si trovi a dovere decidere della loro invalidità.

2. Superamento delle barriere architettoniche, edifici culturali e fruizione del patrimonio culturale

Il concetto di accessibilità è stato introdotto, a livello normativo, nel nostro ordinamento, nell'ambito delle strutture edilizie e delle immediate pertinenze. In questo settore, essa viene intesa come possibilità, anche per le persone con ridotta o impedita capacità motoria o sensoriale, di raggiungere l'edificio e le sue singole unità immobiliari e ambientali, di entrarvi agevolmente e di fruirne spazi e attrezzature in condizioni di adeguata sicurezza e autonomia[2].

dell'edificio e alla maggior comodità dei residenti (TAR Campania, Salerno, sez. II, 19 aprile 2013, n. 952, in *Foro amm. TAR*, 2013, 1317; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 24 febbraio 2012, n. 87, in *Giur. merito*, 2012, 1406 ss., con nota di G. Ferrari, *Superamento ed eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati e pubblici aperti al pubblico nella giurisprudenza del giudice delle leggi, amministrativo e ordinario*; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 8 novembre 2011, n. 526, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3540) e che l'intervento innovativo è legittimo a condizione che sia idoneo, anche se non ad eliminare del tutto, quantomeno ad attenuare sensibilmente le condizioni di disagio nella fruizione del bene primario dell'abitazione (cfr. Cass. civ., sez. II, 12 aprile 2018, n. 9101, in *Dir. e giust.*, 16 aprile 2018, annotata da E. Valentino).

[2] La definizione è quella di cui alla lettera G) dell'art. 2 del decreto dei Ministro dei lavori pubblici 14 giugno 1989, n. 236 (*Prescrizioni tecniche necessarie a garantire l'accessibilità, l'adattabilità e la visitabilità degli edifici privati e di edilizia residenziale pubblica, ai fini del superamento e dell'eliminazione delle barriere architettoniche*). Occorre precisare che l'accessibilità non è correlata ai soli immobili/edifici; essa, al contrario, va garantita con riferimento

Sul piano pratico, il suddetto concetto è strettamente connesso a quello di barriera architettonica: al fine di garantire "l'entrata agevole" in un edificio già esistente, occorre eliminare, infatti, tutti quegli ostacoli esistenti che la renderebbero altrimenti impossibile (o, comunque, difficile)[3].

La normativa italiana in tema di superamento delle barriere architettoniche è di tipo avanzato[4]; essa, composta da disposizioni immediatamente precettive - direttamente attuative, tra gli altri, dell'art. 32 Cost.[5]-, attribuisce alle persone disabili, nella prospettiva della giurisprudenza nazionale, un vero e proprio diritto soggettivo all'eliminazione delle barriere architettoniche[6]. Inoltre, fa sì che la tu-

---

a tutti i "luoghi di interesse culturale" (centri storici, aree archeologiche, parchi e giardini storici, siti di interesse paesaggistico). In genere, sull'argomento, cfr. A. Tamaro, *Le barriere architettoniche: normativa e modelli progettuali in favore degli invalidi civili*, Roma, 1983; Id., *Barriere architettoniche: strumenti per il loro superamento*, Rimini, 1990; I. Argentin, *Eliminazione barriere architettoniche, progettare per un'utenza ampliata*, Roma, 2004; G. Del Zanna, *Progettare l'accessibilità*, Palermo, 1999.

[3] Ci si riferisce agli edifici già esistenti perché, a rigore, nel caso di nuove costruzioni non si tratta di "superare barriere architettoniche", ma di progettare e costruire secondo regole che consentano fin dall'inizio una effettiva e piena accessibilità dei singoli al nuovo edificio culturale.

[4] Le disposizioni in materia di accessibilità e di superamento delle barriere architettoniche, secondo la giurisprudenza costituzionale (da ultimo, cfr. Corte cost., 5 maggio 2014, n. 111, in *Giur. cost.*, 2014, 2014), attengono alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

[5] Il Giudice delle leggi ha da tempo evidenziato come qualsiasi norma che impedisca o ostacoli l'accessibilità e, quale riflesso necessario, la socializzazione dei portatori di *handicap*, comporti anche una lesione del loro fondamentale diritto alla salute (cfr., ad esempio, Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167, in *Corr. giur.*, 2000, 177 ss., con nota di A. Palmieri, *Accesso all'abitazione e tutela dei disabili: nuovi orizzonti per l'art. 1052 c.c.*). In questo senso, anche la recente Cass. civ., sez. II, 28 marzo 2017, n. 7938, in *Giur. it.*, 2018, 69 ss., con nota di G. Sicchiero, *Dalla solidarietà costituzionale alla solidarietà condominiale*, secondo cui le disposizioni in materia di eliminazione di barriere architettoniche costituiscono norme imperative ed inderogabili, direttamente attuative, in verità, non solo dell'art 32 Cost., ma anche dell'art. 42 Cost.

[6] Cfr. Cass. civ., sez. III, 23 settembre 2016, n. 18762, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, I , 728, che parla di un vero e proprio diritto soggettivo delle persone disabili all'accesso agli edifici (ovvero, di un loro diritto all'eliminazione delle barriere architettoniche). In quest'ottica, poiché le disposizioni appaiono idonee a far ritenere prive di qualsivoglia legittima giustificazione la discriminazione o la situazione di svantaggio in cui si vengano a trovare le persone disabili, è a loro consentito il ricorso alla tutela antidiscriminatoria quando l'accessibilità sia impedita o limitata (a prescindere dall'esistenza di una norma regolamentare apposita che attribuisca la qualificazione di barriera architettoni-

tela delle persone disabili sia oggi concretamente considerata come un interesse primario dell'intera collettività[7], da soddisfare con interventi diretti sia a creare *ex novo* ambienti inclusivi, sia a rimuovere ostacoli - barriere architettoniche, appunto - esistenti[8], preclusivi

ca ad un determinato stato dei luoghi).

[7] I giudici della Corte di cassazione hanno spiegato che, in tema di eliminazione delle barriere architettoniche, la legge (e, in particolare, la n. 13/1989, su cui, meglio, *infra*) costituisce l'espressione di un principio di solidarietà sociale, ma persegue anche finalità di carattere pubblicistico, perché favorisce l'accessibilità agli edifici nell'interesse generale (Cass. civ., sez. II, 12 aprile 2018, n. 9101, cit.; nello stesso senso, cfr. Cass. civ., sez. II, 28 marzo 2017, n. 7938, cit. e, prima ancora, Cass. civ., sez. II, 25 ottobre 2012, n. 18334, in *Giur. it.*, 2013, 294, con nota di G. Tucci, oltre che Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167). Secondo Cass. civ., sez. II, 28 marzo 2017 n.7938, cit., proprio perché la legge in questione, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, esprime il principio secondo il quale i problemi delle persone affette da una qualche specie invalidità devono essere assunti dall'intera collettività, ha in tal senso imposto in via generale che nella costruzione di edifici privati e nella ristrutturazione di quelli preesistenti, le barriere architettoniche siano eliminate indipendentemente dalla effettiva utilizzazione degli edifici stessi da parte di persone disabili, trattandosi comunque di garantire diritti fondamentali (Corte cost., 10 maggio 1999 n.167, cit.; Cass. civ. sez. II 25 ottobre 2012 n.18334, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2017, n. 4824, in *Foro amm.*, 2017, 2028) e non di accordare diritti personali ed intrasmissibili a titolo di concessione alla persona disabile in quanto tale (cfr. anche Cass. civ., sez. II, 26 febbraio 2016, n. 3858, in *Imm. e propr.*, 2016, 327). Al riguardo, rileva quell'orientamento giurisprudenziale, formatosi in tema di applicazione della legge n. 13/1989, che riconosce in via generale ai singoli condomini la legittimazione a richiedere l'eliminazione delle barriere architettoniche, anche in assenza di soggetti disabili nel condominio, "essendo unicamente rilevante l'obiettiva attitudine dell'edificio, anche privato, ad essere fruito da parte di qualsiasi soggetto", prescindendosi quindi dall'esistenza di un diritto reale o personale di godimento in capo a soggetti portatori di disabilità (TAR Sicilia, Catania, sez. I, 13 maggio 2016, n. 1321, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 5 aprile 2007, n. 1122, in *Foro amm. TA*R, 2007, 1274).

[8] La norma statale si riferisce a "tutte le opere edilizie riguardanti edifici pubblici e privati aperti al pubblico che sono suscettibili di limitare l'accessibilità e la visitabilità di cui alla sezione prima del presente capo". Il rinvio alla sezione I del Capo III della Parte II del TUE, dedicata alla disciplina della "Eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati", esclude ogni dubbio sul fatto che l'obbligo di conformazione opera per i progetti relativi non solo alla costruzione di nuovi edifici, ma anche alla ristrutturazione di interi edifici, come prescrive espressamente l'art. 77 del TUE. E d'altro canto, confermano la prospettiva i successivi commi dell'art. 82 del TUE, che fanno riferimento, fra gli altri, agli interventi soggetti a DIA (comma 3) e alle modifiche della destinazione d'uso (comma 5) (in questo senso, Corte cost., 18 ottobre 2016, n. 272, in *Giur. cost.*, 2016, 2324). Come rilevato da A. Arenghi, *Venezia, accessibilità ai ponti*, in *Ananke*, 69, 2013, 92, tuttavia, la normativa italiana in materia di superamento delle barriere architettoniche "è, di fatto, pensata per le nuove costruzioni, e si adatta con molte difficoltà al costruito, specie se sottoposto a vincolo di carattere monumen-

dello sviluppo della persona e dello svolgimento di una sua normale vita di relazione[9].
Tuttavia, non sembra che, nell'ambito degli edifici di interesse culturale, venga sempre correttamente interpretata da chi sia tenuto ad applicarla. Pare, anzi, che, come si è già cercato di dar conto in altre occasioni[10], i problemi riscontrati dalle persone disabili che vogliano accedere a siffatti immobili siano ancora numerosi.

3. Accessibilità agli edifici culturali e interesse alla conservazione dei beni sottoposti a vincolo storico-artistico: il caso degli edifici privati

Come rilevato anche dagli studi di architettura intervenuti sul punto, in via generale sembra che si tenda *ex ante* a reputare che l'interesse a ottenere l'abbattimento delle barriere architettoniche non possa essere soddisfatto laddove l'intervento atto a garantirlo sia da apprestare su di edifici di interesse storico-artistico; pare, cioè, che l'interesse pubblico alla conservazione del bene vincolato venga considerato sicuramente destinato a prevalere, *ex se*, su quello vantato dalle persone con particolari necessità ad accedere liberamente agli edifici tutelati.
Tuttavia, la prospettiva non può essere condivisa: non esiste una aprioristica incompatibilità tra i suddetti interessi[11]. È errato, quindi, ritenere che l'interesse alla conservazione del bene culturale (di cui è depositaria l'amministrazione deputata alla tutela degli edifici sottoposti a vincolo, cui va concretamente presentato il progetto di intervento redatto secondo le prescrizioni di legge) sia un interesse destinato a prevalere sempre su quello all'accessibilità. Esso, al contrario, è un interesse che può anche recedere, laddove si accerti che, in concreto, non sussistano limiti all'applicazione delle regole

---

tale" (su questo ultimo aspetto, vd. *infra*).

[9] Cass. civ., sez. II, 25 ottobre 2012, n. 18334, cit.; Cass. civ., sez. II, 28 marzo 2017, n. 7938, cit. Per un *excursus* sull'evoluzione della normativa italiana ed internazionale si rimanda a: A. Ornati, *Architettura e barriere. Storia e fatti delle barriere architettoniche in Italia e all'estero*, Milano 2000; F. Marafini, *Barriere architettoniche*, Roma, 2007.

[10] Per l'analisi di questo aspetto, sia consentito rinviare a N. Posteraro, *Dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale: problemi e prospettive*, in *Munus*, 2019, 3, in corso di pubblicazione.

[11] Recentemente, tra le tante, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2017, n. 4824, cit. Prima ancora, Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 543, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(predisposte dall'ordinamento) dirette al soddisfacimento del diritto delle persone disabili a ottenere l'eliminazione delle barriere architettoniche.

Infatti, se è vero che la tutela del patrimonio storico e artistico è stata innalzata a principio fondamentale della Costituzione (art. 9 Cost.) e che "i cataloghi di principi fondamentali che da quasi un secolo aprono le costituzioni contemporanee hanno l'essenziale funzione di sottrarre il loro oggetto, per l'importanza definitiva che riveste per l'interesse generale, alla disponibilità delle contingenti maggioranze politiche come all'alea delle continue comparazioni con altri interessi", è altrettanto vero che il rilievo costituzionale di un interesse non ne determina la prevalenza assoluta e incondizionata, ma comporta la necessità che tale interesse sia sempre preso in considerazione nei possibili bilanciamenti compiuti dal legislatore (o dalle pubbliche amministrazioni)[12].

Sono le stesse norme, dopotutto, a confermare questa asserzione: ci si riferisce, in particolare, agli artt. 4 e 5 della legge n. 13 del 1989, i quali, nel momento in cui regolano, sul piano procedurale, il caso in cui l'interesse tutelato dall'intervento da apprestare per il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati possa scontrarsi con valori storicamente e/o artisticamente rilevanti e tanto forti da dovere essere tutelati da una amministrazione posta dall'ordinamento a garanzia della loro tutela, riconoscono, indirettamente, che l'intervento diretto al superamento degli ostacoli possa/debba essere apprestato anche su edifici sottoposti a vincolo[13].

E anzi, sembra che, per come le disposizioni sul tema sono state "strutturate", i termini della questione possano addirittura essere "capovolti": pare, cioè, che il legislatore, pur escludendo la assoluta "vigenza di un principio di superabilità e derogabilità assoluta e automatica dei vincoli posti sugli immobili per finalità di tutela storico

---

[12] Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in *Foro it.*, 2005, I, 327. In effetti, risulta difficile "pensare ad una legge, o ad una teoria che voglia tutelare il monumento e non le persone, ad una cultura che prescinda dall'uso nel senso più ampio del termine" (A. Bellini, *La pura contemplazione non appartiene all'architettura*, in *TeMa*, 1, 1998, 2): è insomma impossibile credere che due valori fondamentali da salvaguardare, come quello della tutela delle testimonianze storico-artistiche presenti in un edificio e quello della sua fruibilità, siano necessariamente incompatibili.

[13] Nello stesso senso, A. Arenghi, *Venezia, accessibilità ai ponti*, cit., 92.

culturale (…)"[14], abbia *ex ante* - legittimamente[15]- considerato l'interesse alla conservazione del patrimonio vincolato di regola *recessivo* di fronte all'interesse all'accessibilità (*recte*, di fronte alla "garanzia della dignità della persona e del diritto alla salute (artt. 2, 3 e 32)")[16], stabilendo che esso possa prevalere soltanto in casi del tutto eccezionali (laddove, cioè, l'intervento obbligatorio da apprestare possa arrecare un pregiudizio serio al bene immobile oggetto di tutela)[17].

4. Il potere autorizzatorio della Soprintendenza

Concretamente, l'apprestamento di certi interventi sui beni vin-

---

[14] In questo senso, TAR Campania, Napoli, sez. IV, 15 settembre 2011, n. 4402, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, I , 1717; TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 28 settembre 2011, n. 7597, in *Giur. merito*, 2011, 3196; TAR Umbria, 17 gennaio 2000, n. 17, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Le norme riconoscono, infatti, che l'eliminazione delle barriere architettoniche, benché rappresenti certamente un obiettivo meritevole della normativa edilizia, perché diretto a migliorare concretamente la qualità della vita delle persone con particolari necessità, può confliggere con l'altrettanto meritevole necessità di tutelare il patrimonio artistico e culturale della Nazione (Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016, n. 905, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, I , 285, punto 15 e Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 682, in *Foro amm.*, 2014, 503, punto 3).

[15] Sul fatto che i valori primari possano essere bilanciati dal legislatore ordinario, cfr. G. Sciullo, *'Interessi differenziati' e procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 83 ss.; A. Morrone, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale*, in *Enc. dir.*, *Annali II-2*, Milano 2008, 185 e ss.

[16] Cfr. G. Sciullo, *A proposito delle valutazioni di compatibilità rispetto a vincoli storico-artistici e paesaggistici*, in Aedon, 2018, 2. Corte cost., 4 luglio 2008, n. 251, in *Giur. cost.*, 2008, 2931, punto 11; TAR Sicilia, Palermo, 4 febbraio 2011, n. 218, in *Foro amm. TAR*, 2011, 642 ; F. Pellizzer, *Commento agli artt. 4-6 della legge 9 gennaio 1989, n. 3*, in *Le Nuove leggi civile commentate*, 1991, 356 e M. Brocca, *Barriere architettoniche e beni culturali: interessi a confronto*, in *Urb. e appalti*, 2007, 11.

[17] "È certo che il legislatore ha esplicitamente ammesso il sacrificio dellinteresse insito nei beni vincolati allorché lo richiedano esigenze di protezione di soggetti con disabilità" (Cfr. G. Sciullo, *A proposito delle valutazioni di compatibilità rispetto a vincoli storico-artistici e paesaggistici*, cit.). Secondo Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2017, n. 4824, cit., la legge, nelle disposizioni in commento, "afferma la prevalenza dell'interesse alla protezione della persona svantaggiata di fronte alla tutela del patrimonio artistico, interesse che può soccombere solo in casi eccezionali"; il Collegio precisa che è proprio "da tale prevalenza" che "deriva per l'Amministrazione un onere motivazionale particolarmente intenso circa il serio pregiudizio per il bene storico-artistico derivante dall'intervento di eliminazione delle barriere architettoniche" (sull'onere motivazionale rafforzato, cfr. infra). Nello stesso senso, TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 25 luglio 2017, n. 8928, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 2 marzo 2018, n. 2343, in *Foro amm.*, 2018, 498.

colati può ledere le peculiarità materiche e formali che di esso si vogliono salvaguardare; ma, in questo senso, assumerà una certa importanza, da un parte, la creatività del progettista, il quale potrà realizzare un progetto di intervento proponendo l'apprestamento di "soluzioni alternative", diverse da quelle "minime" previste dalla legge[18]; dall'altra, il ruolo svolto dall'autorità preposta alla tutela del vincolo, cui è espressamente demandato, dal diritto positivo di cui s'è dato conto *supra*, il compito di verificare che l'intervento progettato (secondo le norme di legge, ovvero con proposte di soluzioni alternative) sia davvero compatibile con le -tutelate- caratteristiche storiche dell'edificio su cui occorre intervenire (e che, dunque, non ricorra una eccezione atta a sovvertire, in concreto, la suesposta regola).

Nel caso degli edifici privati, la motivazione di un diniego presuppone un livello di pregiudizio più elevato rispetto a quello generalmente previsto dall'art. 20, comma 1, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (cui deve attenersi l'autorità di tutela tenuta ad autorizzare l'intervento ai sensi dell'art. 21 dello stesso Codice dei beni cul-

[18] Tale possibilità, sia per gli edifici privati che per quelli pubblici, è prevista espressamente dalla legge (cfr. art. 7.2 del decreto del Ministro dei lavori pubblici 14 giugno 1989, n. 236, per quanto attiene agli edifici privati, e art. 19, comma 5, del d.P.R. n.503/1996 per quanto riguarda gli edifici pubblici). "La soluzione alternativa deve essere migliorativa rispetto a quanto prospettato dal DM 236 del 1989, e ciò costituisce una sfida quando si opera in contesti storici": così, A. Arenghi, *Accessibilità agli edifici storici e vincolati*, in *progettapertutti*.org, 2005, il quale specifica che "il progettista ha il compito di concepire una soluzione che contemperi la salvaguardia dei messaggi testimoniali in esso racchiusi, la conservazione della materia della fabbrica perché unica ed irripetibile, l'adeguamento alle attuali esigenze prestazionali sia per una piena e sicura fruibilità del bene da parte di tutti, sia per una preservazione del bene stesso" (A. Arenghi, *Gli apparecchi elevatori. Criteri di scelta, nuove proposte e stato della normativa*, in *TeMa*, 1998, 1, 52). "Intervenire su un edificio storico", continua l'a. "diventa quindi particolarmente impegnativo e presuppone che il progettista non solo conosca la storia, i materiali e le tecniche costruttive dell'architettura su cui interviene, ma che sia anche aggiornato circa le metodologie e le tecnologie moderne, che sappia correlare le diverse normative attualmente in vigore in tema di abbattimento delle barriere architettoniche, di salvaguardia del valore storico–artistico dell'immobile e di sicurezza, che si riferisca a una 'utenza reale' (consapevole anche del fatto che soluzioni a favore di un tipo di disabilità possono a volte diventare ostacolo per altri tipi di disabilità) e abbia ben presente la destinazione d'uso. Il progetto diventa quindi un'operazione di sintesi, non standardizzato o definito a priori, ma calato di volta in volta nel contesto specifico, in cui tutte le componenti in gioco, barriere architettoniche comprese, devono venire accuratamente valutate e studiate fin dall'inizio, dal momento in cui si organizzano gli spazi e si scelgono le funzioni da attribuire all'edificio".

turali e del paesaggio): la Soprintendenza, ricevuto il progetto di intervento, può concretamente negare l'autorizzazione a intervenire sul bene vincolato laddove accerti che l'attività edile da porre in essere andrebbe ad arrecare un pregiudizio "serio" al bene oggetto di tutela (art. 4, comma 4, legge n. 13/1989). A essa spetta quindi il delicato compito di dar corso, in concreto, al collegamento delle disposizioni di tutela del Codice con quelle della legislazione in tema di contrasto delle barriere architettoniche[19] e di valutare, in questi casi, non l'"esistenza" del pregiudizio eventuale che il bene tutelato potrebbe subire per effetto dell'intervento edilizio progettato, ma la sua "rilevanza".

Per effetto delle indicate disposizioni, dunque, tenuto conto del rilievo sociale che assumono le opere necessarie ad eliminare le barriere architettoniche, l'amministrazione adita può in sostanza consentire l'alterazione di un bene culturale vincolato che, altrimenti, non potrebbe essere alterato[20].

La risposta deve pervenire nei centoventi giorni successivi alla presentazione della richiesta e la mancata pronuncia sull'istanza di autorizzazione in questo termine di legge equivale ad assenso[21]: si trat-

---

[19] Cfr. Cons. Stato, 12 febbraio 2014, n. 682, cit.

[20] È per questo che la giurisprudenza ha precisato che il livello del *"serio pregiudizio"* per il diniego di autorizzazione è richiesto soltanto quando si tratta di equiparare con nuove opere l'accessibilità delle persone con disabilità a quella, già materialmente esistente, delle persone senza disabilità. Non già per innalzare, con innovazioni – per caratteri, funzionalità e dimensioni – essenzialmente di uso generale, il livello materiale di accessibilità di entrambe. In un siffatto caso il livello del diniego rimane quello ordinario della mera non compatibilità, posto che il riferimento all'accessibilità dei disabili non può essere utilizzato a pretesto per eludere e superare la soglia ordinaria di valutazione (TRGA Bolzano, 31 agosto 2018, n. 264, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[21] Interessante, in questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2014, n. 1032, cit.: nella pronuncia si dà conto dell'assenso formatosi in costanza d'una istanza presentata ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge n. 39/1989. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2014, n. 1032, cit., che qualifica come "perentorio" il termine di 120 giorni e afferma che "la formulazione della norma, che prevede...l'assenso con prescrizioni o il diniego motivato ma solo in presenza di serio pregiudizio del bene tutelato, rende realmente marginale la possibilità di sospendere il termine perentorio in questione, se non nell'ipotesi eccezionale di istanza gravemente incompleta e inidonea a consentire l'avvio di qualsiasi istruttoria". Sulla istanza inidonea a consentire l'avvio di qualsiasi istruttoria, se si vuole, N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, 167 e ss. TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 14 maggio 2007, n. 4347, cit., ha sul punto rilevato che "l'istituto del silenzio assenso per gli interventi volti a superare le barriere architettoniche trova applicazione anche nei riguardi di immobili oggetto di vincolo storico-artistico, in virtù dell'espresso richiamo al comma 2 dell'art. 4 effettua-

ta di una ipotesi di silenzio-assenso in tema di patrimonio culturale che, non apparendo affatto coerente con quanto disposto dall'art. 20, comma 4, legge n. 241/1990, potrebbe essere considerata incompatibile col dettato costituzionale[22].

A questo proposito, occorre evidenziare che il serio pregiudizio legittimante l'esercizio negativo del potere autorizzativo non va inteso come danneggiamento fisico dell'immobile, bensì come rischio di nocumento per il valore tutelato con il vincolo[23]; esso (che

---

to dall'art. 5 della legge n. 13/1989. (...) Il problema del coordinamento tra le norme generali che impongono la previa autorizzazione per le modifiche sugli immobili oggetto di vincolo storico-artistico e la normativa speciale volta ad agevolare l'autonomia di movimento dei soggetti disabili è stato perciò risolto, a monte, dal legislatore, estendendo l'istituto di semplificazione in esame ai procedimenti autorizzatori delle opere di rimozione delle barriere architettoniche, sicché le relative previsioni, in quanto *lex specialis*, prevalgono rispetto all'ordinaria disciplina dettata in via generale a tutela degli immobili di elevato pregio culturale".

[22] Cfr. G. Sciullo, *A proposito delle valutazioni di compatibilità rispetto a vincoli storico-artistici e paesaggistici*, cit., il quale evidenzia che "detta previsione (da porsi presumibilmente in rapporto con il particolare interesse sociale che ha inteso soddisfare), a quanto consta, non è stata fatta oggetto, nei non pochi anni della sua vigenza, né di questioni di legittimità costituzionale né di rilievi critici da quanti hanno espresso contrarietà all'istituto del silenzio assenso in tema di patrimonio culturale". Sul rapporto tra silenzio assenso e interessi sensibili, cfr. ID., *Gli interessi sensibili in recenti prese di posizione del Consiglio di Stato*, in *Riv. giur. urb*., 2016, 56 e ss. Com'è noto, recentemente, il Consiglio di Stato ha rilevato che dalla giurisprudenza costituzionale non è evincibile un principio di insuperabile incompatibilità tra silenzio assenso ed interessi pubblici sensibili, posto che essa si limita a "esaminare la questione con riferimento ai rapporti tra legislazione regionale e legislazione statale, sancendo la preclusione per il legislatore regionale di introdurre ipotesi di silenzio assenso ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge nei procedimenti diretti alla tutela di interessi sensibili" (Cons. Stato, comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640, in *Giornale dir. amm*., 2017, 95 ss., con nota di C. Vitale, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: il parere del Consiglio di Stato*; Cons. Stato, ad. plen., 27 luglio 2016, n. 17, in *Foro it*., 2016, III, 530). Per una critica a questa impostazione, cfr. G. Mari, *L'obbligo di provvedere e rii medi preventivi e successivi alla relativa violazione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 178 e ss., che richiama, nelle riflessioni, G. Sciullo, *"Interessi differenziati" e procedimento amministrativo*, cit.

[23] Nel decidere, l'amministrazione deve evidentemente tener conto di quell'autorevole orientamento giurisprudenziale che, per quanto attiene alla portata del vincolo, esclude la possibilità di circoscrivere l'efficacia del vincolo storico–artistico alle sole parti di un edificio che siano specificamente individuate nel decreto impositivo e ritiene al contrario che le imposizioni riguardino l'immobile nella sua globalità. Pertanto, il fatto che la motivazione del decreto impositivo del vincolo faccia specifico e prevalente riferimento ad alcune caratteristiche esterne dell'edificio, non è di per sé sufficiente per ritenere che il vincolo sia circoscritto alle sole parti esterne (e, segnatamente, a quelle testualmente evidenziate nella motivazione del citato decreto) e non si estenda, invece,

ben può riguardare solo singoli elementi dell'immobile, componenti della complessiva connotazione storico-artistica che è a base della qualificazione di bene culturale[24]) si può rintracciare nel caso in cui l'intervento progettato, se assentito, comporterebbe una "chiara e sicura" menomazione del *pregio culturale* dell'edificio[25].
Dalla lettura delle norme emerge che il legislatore non fa assurgere la circostanza dell'impossibilità di soluzioni alternative a criterio determinante rispetto al rilascio dell'autorizzazione (l'inesistenza di soluzioni alternative, cioè, non può indirizzare in modo differente la scelta negativa[26]). Tuttavia, laddove l'istante abbia prospet-

anche alle parti interne, e a parti esterne diverse da quelle specificamente considerate. In altri termini, non si può ritenere che l'ambito oggettivo di estensione del vincolo debba ricavarsi esclusivamente dalla sua motivazione. Ciò perché, in sede di motivazione, l'Amministrazione può limitarsi a menzionare, anche a titolo esemplificativo, soltanto alcuni degli elementi caratteristici da cui può desumersi il particolare valore storico - artistico del relativo immobile, inteso nel suo insieme. Diversamente opinando, si giungerebbe al paradosso di dover descrivere analiticamente, nel provvedimento di vincolo, il particolare pregio di ogni singola porzione dell'immobile, con l'effetto pratico di dover escludere dal regime di bene culturale quelle parti di minor prestigio e di rendere il vincolo stesso nel suo complesso contraddittorio e di assai difficile gestione. In realtà l'edificio sottoposto a vincolo storico – artistico va considerato, dal punto di vista della sua funzione di testimonianza materiale di civiltà come un organismo unitario, dove il carattere meritevole di tutela culturale di alcune sue porzioni si estende senz'altro alle altre, salvo che, nel caso concreto, non sia testualmente precisato il contrario per specifiche ragioni (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2013, n. 3545, in *Foro amm. CDS*, 2013, 2135). Secondo Cons. Stato, 12 febbraio 2014, n. 682, cit., "del resto, basta osservare che l'art. 21, comma 4, del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22.1.2004, n. 42) stabilisce che "l'esecuzione di opere e lavori di qualunque genere su beni culturali è subordinata ad autorizzazione del soprintendente" e non limita l'efficacia di detta previsione ai soli elementi menzionati nel decreto di vincolo".

[24] Cons. Stato, 12 febbraio 2014, n. 682, cit.

[25] Cons. Stato, 12 febbraio 2014, n. 682, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 543, cit. A questo proposito, cfr. G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale*, *discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 2016, 3, il quale, riferendosi al caso in cui l'amministrazione debba decidere se apporre vincolo sul bene, oppure no, precisa che "[l']oggetto del vincolo […] non è la cosa in sé, ma il bene culturale che essa rappresenta e di cui costituisce il supporto (…)"; l'a. giunge consequenzialmente ad affermare che, pena il contrasto della preservazione col principio di proporzionalità, va esclusa "dall'azione di tutela la preservazione di elementi aggiuntivi alla res, non intrinseci al suo pregio storico-artistico e dunque all'identità storica del manufatto che ha condotto al vincolo (ad esempio, una pur apprezzabile pavimentazione novecentesca in un palazzo barocco non appare un valore salvaguardato dal vincolo e perciò non si addice alla sua tutela)".

[26] *Contra*, se non ci si inganna, Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2015, n. 5845, in *Dir. e giust.*, 12 gennaio 2016, annotata da M. Bombi), che sembra ammettere la illegittimità

tato delle soluzioni alternative, esse dovranno necessariamente "entrare a far parte del provvedimento finale", posto che l'amministrazione, ai sensi dello stesso art. 5, sarà tenuta a considerarle nel motivare l'eventuale diniego che voglia opporre all'istanza di intervento[27].

Infine, è opportuno precisare che, ai sensi del comma 1 dell'art. 5 della legge n. 13/1989, la Soprintendenza, nel momento in cui provveda sulla domanda di autorizzazione avanzata dall'istante, può anche decidere di impartire, se necessario, apposite prescrizioni.

Sembra, così, che la disposizione consenta alla p.A. di agire in due modi differenti.

Da un lato, essa può decidere di impartire prescrizioni al fine di mitigare gli effetti degli interventi da assentire, rendendo ancora più lieve la (non seria) alterazione del bene tutelato[28]: la Soprin-

---

del provvedimento di diniego per non avere la p.A., tra le altre cose, "parametrato la serietà del pregiudizio alle alternative possibili - ivi compresa quella dell'installazione di un impianto servo scala (in tal modo evidenziando un ulteriore profilo di divergenza rispetto alle previsioni di cui all'articolo 4 della l. 13 del 1989)". L'errore commesso dalla pronuncia si evince, poi anche dalla parte della sentenza in cui si legge che il Collegio ha chiesto al CTU nominato di esprimere le proprie valutazioni anche "con riferimento a tutte le alternative possibili e prospettabili (comma 5 dell'articolo 4 della l. 13 del 1989)" (le valutazioni erano da esprimere in ordine al seguente quesito: "se, in base allo stato di fatto riscontrabile in loco, nonché in relazione alla documentazione in atti e alle ulteriori circostanze nel caso di specie rilevanti, possa ritenersi che la realizzazione degli interventi previsti nell'ambito dell'originaria richiesta di nulla-osta (realizzazione di un impianto ascensore da posizionare nel vano scala dello stabile) fosse idonea ad arrecare un 'serio pregiudizio' al bene tutelato ai sensi del comma 4 dell'articolo 4 della l. 13 del 1989").

[27] La norma espressamente precisa che l'amministrazione deve motivare anche con riferimento a tutte le alternative eventualmente prospettate dall'interessato.

[28] Lo stesso principio vale nel caso in cui gli interventi siano da effettuare su beni paesaggistici vincolati; in questo caso, tuttavia, l'amministrazione deve provvedere entro novanta giorni da quando l'istanza è stata presentata. Pure in tale eventualità, l'amministrazione, nel verificare che l'intervento progettato non arrechi un serio pregiudizio al bene, può impartire, ove necessario, apposite prescrizioni: lo dispone espressamente il comma 1 dell'art. 4; non è chiaro, quindi, perché delle pronunce intervenute sul tema abbiano specificato che "[p]ur mancando un richiamo a tale espressa previsione nel precedente comma 4, il potere di imporre prescrizioni per mitigare gli effetti di un pregiudizio (non serio) al bene tutelato, determinato da un intervento edilizio progettato al fine di eliminare le barriere architettoniche, deve ritenersi pacificamente consentito, facendo applicazione dei principi generali in materia, anche alle amministrazioni cui spetta l'esercizio delle funzioni di tutela paesaggistica" (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016, n. 905, cit.).

tendenza, cioè, accertata a monte la fattibilità dell'intervento progettato, può prescrivere all'istante di agire sul bene vincolato in un modo che, diverso da quello -comunque autorizzabile- inizialmente progettato, riesce a ridurre l'impatto che l'intervento, sebbene non capace di arrecare un pregiudizio serio, comunque, inevitabilmente, arreca (essa potrebbe ad esempio dettare prescrizioni sull'uso dei materiali e dei colori da utilizzare, nell'ottica di raggiungere l'effetto di mitigare l'impatto dell'intervento prospettato -e autorizzato perché inidoneo ad arrecare serio pregiudizio- e di rendere, quindi, ancora meno evidente l'alterazione, di base non seria, del bene tutelato).

Dall'altro, in costanza d'un progetto che, così per come formulato, non potrebbe essere assentito perché arrecherebbe un serio pregiudizio, può impartire prescrizioni al fine di rendere edotto il privato del fatto che l'intervento non autorizzabile può essere in verità assentito nel caso in cui venga realizzato con le modifiche da essa indicate nel provvedimento di assenso (il potere di impartire prescrizioni può diventare, così, potere di indicare soluzioni alternative a quelle pensate[29])[30]. La disposizione, in tal modo, riconosce alle pp.AA. il potere di agire al fine di evitare di emanare un provvedimento di diniego che andrebbe inutilmente a ledere l'interesse del disabile all'accessibilità e che porterebbe il privato a chiedere una nuova autorizzazione, in costanza di un progetto nuovo e magari ancora una volta non del tutto compatibile.

In entrambi i casi, comunque, l'amministrazione emana una autorizzazione che appare "condizionata"[31].

Per come strutturato dalle norme (la legge afferma che l'amministrazione, ove necessario, "può" impartire prescrizioni), il potere di impartire prescrizioni appare discrezionale nell'*an*: il suo mancato esercizio, dunque, non può costituire motivo di illegittimità dell'opposto diniego[32].

Tuttavia, se si accede alla teoria della generale doverosità nell'*an* del potere pubblico (sulla base del fatto che, come rilevato in

---

[29] Anche se, invero, potrebbe leggersi solo come potere di "correggere" il progetto presentato in modo che diventi accettabile sul piano tecnico, non anche come potere di proporre soluzioni alternative del tutto "sostitutive" a quelle proposte.

[30] In questo senso sembra vada Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016, n. 905, cit.

[31] In questo stesso senso, G. Sciullo, *A proposito*, cit.

[32] Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 543, cit.; Cons. Stato, 12 febbraio 2014, n. 682, cit.

apertura, la legge sul superamento delle barriere architettoniche persegue anche finalità di carattere pubblicistico, perché favorisce l'accessibilità agli edifici nell'interesse generale) e si ritiene dunque che la pubblica amministrazione, al ricorrere dei presupposti di legge -quindi, "ove necessario"-, debba necessariamente attivarsi per valutare come e se esercitare il potere attribuitole dalle norme, si perviene a una diversa soluzione[33]: può infatti ritenersi viziato da illegittimità, in quest'ottica, quel provvedimento amministrativo negativo che, nella motivazione, non dia conto del perché la pubblica amministrazione decidente, valutata obbligatoriamente, in costanza d'un procedimento in corso, l'opportunità di farlo, abbia ritenuto di non potere impartire delle prescrizioni atte a rendere assentibile un progetto che, per come pensato, appariva tecnicamente non autorizzabile[34].

5. Del provvedimento di diniego opposto dalla Soprintendenza: sui vizi di legittimità maggiormente ricorrenti e sul sindacato del giudice amministrativo

Alla luce dello studio della giurisprudenza che è intervenuta sul punto (adita da chi -istante- abbia dovuto sopportare un rifiuto), sembra potersi affermare che i provvedimenti di diniego rilasciati dalle Soprintendenze difficilmente assolvono all'onere motivazionale particolarmente intenso che viene espressamente richiesto dalla legge[35].

Il più delle volte, essi non contengono la specificazione della natura e della serietà del pregiudizio che l'intervento arrecherebbe al

---

[33] Sulla doverosità nell'*an* dei poteri pubblici, sia consentito rimandare alla bibliografia citata in N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, cit., 65 (nota 104).

[34] Sembra orientarsi in questo senso, ad esempio, TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 2 marzo 2018, n. 2343, cit. Anche il succitato Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016, n. 905, cit., sembra invero deporre a favore di questa prospettiva. La norma, allora, quando utilizza il verbo "potere" (la p.A. "può") si riferisce alla discrezionalità nel *quid*, non a quella nell'*an*.

[35] Sul fatto che l'onere di motivazione sia particolarmente intenso, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014 n. 682, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2015, n. 5845, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016, n. 905, cit. La giurisprudenza ritiene che suddetto onere sia correttamente assolto dall'amministrazione, qualora questa "evidenzi l'esistenza del grave pregiudizio al bene tutelato" (Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 543, cit.; Cons. Stato, 12 febbraio 2014, n. 682, cit.).

bene[36], oltre che della sua concreta rilevanza sia in rapporto alle caratteristiche proprie del bene culturale su cui l'intervento andrebbe ad apprestarsi[37], sia in rapporto al complesso in cui l'opera si colloca[38].

Numerosi, dunque, sono i provvedimenti amministrativi di diniego annullati per difetto di motivazione, per non avere l'Amministrazione declinato (identificato ed esternato[39]) in maniera esplicita gli elementi che caratterizzano il pregiudizio e la sua serietà, in rapporto alle caratteristiche proprie del bene culturale. In concreto, il giudice sindaca la legittimità del provvedimento perché ravvisa la sussistenza di elementi di contraddizione o di carenza motivazionale capaci di tradursi in gravi incongruenze dell'iter argomentativo posto a fondamento del provvedimento negativo impugnato[40].

---

[36] TRGA Bolzano, 27 aprile 2017, n. 146, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "la natura e la serietà del pregiudizio" va riferita alle caratteristiche che ne giustificano la tutela.

[37] Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 682, cit.

[38] Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 15 settembre 2011, n. 4402, cit. e TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 28 settembre 2011, n. 7597, cit., secondo cui "nel provvedimento con il quale la soprintendenza esprima diniego ai fini della realizzazione di un'opera preordinata al superamento delle barriere architettoniche debbano essere compiutamente esternate le reali e dimostrabili ragioni di pregiudizio che il progettato intervento è suscettibile di arrecare all'interesse di tutela del quale l'Amministrazione è portatrice". Sul punto, cfr. anche TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 25 settembre 2018, n. 9557, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "il pregiudizio al bene tutelato non conduce di per sé al diniego di autorizzazione, ma deve essere specificamente valutato in relazione alle esigenze di tutela poste a base della richiesta di rimozione delle barriere architettoniche con l'analisi del singolo intervento, "contestualizzata con riferimento al complesso edilizio entro il quale l'opera si colloca".

[39] Cons. Stato, 12 febbraio 2014, n. 682, cit.

[40] TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 25 settembre 2018, n. 9557, cit., che ha giudicato illegittimo il provvedimento impugnato perché basato "solo su un generico riferimento alle dimensioni del cortile, alle aperture insistenti e alle tracce di graffito presenti, senza neppure specificare se tali elementi siano direttamente interessati dal progetto dell'ascensore, e, comunque, senza alcuno specifico esame del particolare e rilevante pregio di tali elementi dell'edificio rispetto alla situazione personale della ricorrente, secondo quanto era stato indicato dal giudice d'appello". Rilevante, tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 2017, n. 1878, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2017, n. 4824, cit. e TRGA Bolzano, 27 aprile 2017, n. 146, cit. (nel caso di specie, il Collegio rileva che l'amministrazione, nel provvedimento di diniego, "non assolve all'onere di motivazione rafforzata richiesto dalla legge, posto che non indica le ragioni per cui un detto intervento, che non interferisce con alcuno degli elementi stilistici ed architettonici evidenziati nei provvedimenti istitutivi del vincolo, dovrebbe considerarsi foriero di effetti così pregiudizievoli per il rilievo storico-culturale dell'e-

Se è vero che nei casi suddetti il bilanciamento tra i coinvolti interessi costituzionalmente rilevanti è stato a monte operato dal legislatore, è altrettanto vero, consequenzialmente, che l'autorità di tutela adita dall'istante, al pari di quanto si verifica nel caso di cui all'art. 21[41], non è chiamata a ponderare interessi differenti, nel momento in cui esercita il potere di autorizzazione ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge n. 13/1989: essa ha solo il compito di operare un raffronto fra un fatto (l'intervento progettato) e un tutelato interesse rilevante (storico-artistico), allo scopo di valutare se, in costanza di un bilanciamento a monte effettuato dal legislatore, il fatto sia tale da arrecare o meno un *serio* pregiudizio al bene vincolato[42].

Il potere che essa esercita, così, coerentemente con quanto generalmente affermato in tema di tutela del patrimonio culturale[43], può essere ricondotto nell'alveo della discrezionalità tecnica[44] (*recte*, delle valutazioni tecniche)[45].

---

dificio").

[41] Così, G. Sciullo, *A proposito*, cit., secondo cui "La struttura del giudizio di compatibilità (…) non è dissimile negli altri casi di valutazione degli interventi su beni culturali o paesaggistici, disciplinati dagli artt. 21, comma 4, e 146, comma 8, del d.lgs. n. 42/2004. In essi muta sì l'obiettivo della valutazione (è da apprezzare non un serio pregiudizio, ma un pregiudizio *tout court*), ma la struttura della valutazione e degli esiti sul provvedimento autorizzatorio non cambiano: si apprezza un fatto in rapporto all'interesse tutelato e la lesione che si ravvisi in ordine a questo è di ostacolo al rilascio dell'autorizzazione". L'a., nella parte finale dello scritto, rileva che si potrebbe auspicare "[l]a soluzione di affidare (…) all'autorità di tutela il potere di procedere a un bilanciamento fra l'interesse alla conservazione del patrimonio culturale e gli altri interessi di volta in volta coinvolti (…)".

[42] Sul potere discrezionale puro come frutto di ponderazione di interessi, si v., per tutti, M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939, 77 e ss.; Id., *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993, 49. Di recente, R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 95 e ss.

[43] Cfr. G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale*, cit., il quale rileva che tutela del patrimonio culturale e discrezionalità tecnica da sempre, per la giurisprudenza del Consiglio di Stato e per la dottrina, rappresentano un "binomio inscindibile".

[44] La valutazione tecnica, in questo caso, è dunque servente rispetto al vincolo amministrativo stabilito dal legislatore.

[45] Nello stesso senso, G. Sciullo, *A proposito*, cit., il quale afferma che non appare "del tutto improprio parlare complessivamente di giudizio 'tecnico-discrezionale'", anche se dà conto del fatto che il giudizio della Soprintendenza "ha una doppia articolazione: a) come valutazione compiuta sulla base di cognizioni specialistiche delle caratteristiche dell'intervento prospettato, e come tale essa è da ricondursi agli apprezzamenti tecnici; b) come valutazione dell'incidenza dell'intervento sull'interesse culturale o paesaggistico, che è 'discrezionale' nel senso che si risolve nell'apprezzamento dell'inte-

Non sono condivisibili, quindi, quelle sentenze che (probabilmente facendo invero erroneamente coincidere i due diversi tipi di discrezionalità[46]) ravvisano, nei casi in commento, un potere pienamente discrezionale della p.A.[47]; né quelle che, pur riportando il potere *de quo* nell'area delle valutazioni tecniche, a conferma della erronea coincidenza di cui si diceva, rilevano, poi, la illegittimità del diniego opposto dall'amministrazione sulla base di un "mancato contemperamento" degli interessi coinvolti[48].
Quanto al sindacato del g.a., occorre evidenziare che la giurisprudenza amministrativa, in certi casi, seppure chiamata a scrutinare la sussistenza di eventuali vizi di eccesso di potere, ha in via generalizzata precisato che il potere esercitato dalla Soprintendenza nel procedimento a istanza di parte di cui agli artt. 4 e 5 della legge n. 13/1989 può essere sindacato dal giudice amministrativo "solo per difetto o insufficienza di motivazione (allorché non risultino, almeno in modo non sufficiente, illustrate le ragioni che sorreggono la valutazione), ovvero per eccesso di potere per irragionevo-

---

resse che l'autorità di tutela ha in cura".

[46] Si veda, ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 543, cit.; non convince, invero, TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 2 marzo 2018, n. 2343, cit., che sembra parlare, nel caso di specie, di potere discrezionale puro, volto a contemperare le esigenze di tutela dei richiedenti con la "serietà" del pregiudizio arrecato al bene tutelato.

[47] *Contra*, ad esempio, se non ci si inganna, Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 543, cit., la quale afferma che "le valutazioni effettuate dalla Soprintendenza, in questo caso, sono caratterizzate da un'ampia sfera di discrezionalità amministrativa (invero, probabilmente equiparando, come detto, discrezionalità pura e discrezionalità tecnica).

[48] Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 25 settembre 2018, n. 9557, cit.; TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 2 marzo 2018, n. 2343, cit.; TRGA Bolzano, 27 aprile 2017, n. 146, cit. Interessante, a questo proposito, quella giurisprudenza amministrativa che, in tema di legittimazione a ricorrere avverso il diniego opposto dalla Soprintendenza, afferma che "appare (…) preferibile un'interpretazione estensiva in ordine alla legittimazione a ricorrere contro il diniego della Soprintendenza, peraltro, senza stravolgere il carattere personale dell'interesse legittimo e la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, onde l'interesse in questione assurga a dignità di posizione qualificata e differenziata, mediante uno stabile collegamento con una situazione concreta di disabilità, nel senso che, salvo che non sia disabile lui stesso, l'interessato deve provare che l'unità immobiliare di cui è proprietario deve ospitare un portatore di handicap, nonché di avere un concreto interesse alla rimozione delle barriere architettoniche, interesse anche di natura meramente familiare e comprovabile pure in base a criteri presuntivi (...)" (Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 543, cit.).

lezza[49] o illogicità"[50].
Tuttavia, si dovrebbe forse più correttamente affermare che il suddetto potere risulta sindacabile in via giudiziale con riguardo a qualsiasi vizio di legittimità riscontrabile, incluso l'eccesso di potere in ogni sua figura sintomatica (comprese, ad esempio, la disparità di trattamento[51] e il difetto dell'istruttoria)[52].
Non è questa la sede per indugiare su siffatti aspetti, posto che l'analisi necessiterebbe di un approfondito studio del tema della cd. discrezionalità tecnica; in ogni caso, questi orientamenti sembrano porsi del tutto a sostegno di quella recente dottrina che, in tema, ha rilevato come l'indirizzo introdotto dalla giurisprudenza amministrativa nel 1999[53] si sia consolidato, nel tempo, limitatamente alle

---

[49] Secondo F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità nelle decisioni* amministrative, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2019, 1 e ss., "contrariamente a quello che l'espressione suggerisce, la verifica della ragionevolezza nei giudizi che applicano concetti giuridici indeterminati si risolve dunque nella rinuncia alla ragionevolezza: affinché l'opinione del giudice non prevalga sull'opinione dell'amministratore, il parametro giudiziale della ragionevolezza è soddisfatto se l'apprezzamento dell'amministrazione non è manifestamente irragionevole. Nel momento stesso in cui dichiara che l'azione amministrativa è soggetta al principio di ragionevolezza, il giudice si astiene dalla valutazione secondo ragionevolezza, perché soltanto l'irragionevolezza manifesta è oggetto di un possibile "accertamento" giudiziale".

[50] TRGA Bolzano, 31 agosto 2018, n. 264, cit. Anche secondo Cons. Stato, 12 febbraio 2014, n. 682, cit., le valutazioni tecniche circa la cura e la salvaguardia dell'interesse culturale e la compatibilità di un progettato intervento "si possono esprimere in un'ampia gamma di considerazioni riservate alla valutazione tecnica dell'autorità amministrativa preposta, salvi i limiti, sindacabili dal giudice amministrativo, della logicità, ragionevolezza, non contraddizione e dell'obbligo di motivazione".

[51] Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 543, cit., secondo cui "in sede di esame delle istanze di autorizzazione, vòlte a modificare la struttura o il prospetto di un bene sottoposto a vincolo architettonico, è del tutto irrilevante quanto abbia fatto l'amministrazione in precedenza, in relazione ad altri beni, ad esempio, consentendo modificazioni dello stato dei luoghi; in ogni caso, quand'anche in precedenza la Soprintendenza abbia autorizzato opere comportanti la diminuzione della visibilità di elementi costruttivi di alcuni edifici (quali, ad esempio, la tromba delle scale), l'amministrazione ben può in altri casi ravvisare esigenze di tutela dei medesimi elementi costruttivi che si trovino in altri edifici, anche al peculiare scopo di perpetuarne l'immagine e la memoria". In questo senso, rileva anche Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 2012, n. 3401, in *Foro amm. CDS*, 2012, 1610, secondo cui "l'eccesso di potere per disparità di trattamento si può infatti configurare solo sul presupposto, di cui l'interessato deve dare la prova rigorosa, dell'identità assoluta della situazione considerata".

[52] In questo senso, invece, Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 2017, n. 1878, cit.

[53] Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro amm.*, 2000, 422 ss., con nota di L. Perfetti, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica.*

valutazioni tecniche delle Autorità amministrative indipendenti[54]: la giurisprudenza amministrativa è in genere restia a "spingersi oltre"; anche se, a onor del vero, occorre rilevare che non mancano casi in cui, proprio nell'ambito del diritto dei beni culturali, il giudice amministrativo ha verificato l'attendibilità delle operazioni tecniche quanto alla correttezza dei criteri utilizzati e della loro applicazione[55] -ha verificato, cioè, che queste non avessero esorbitato dai margini dell'opinabilità[56]-[57].

---

[54] Così, F. Trimarchi Banfi, *Razionalità e ragionevolezza*, cit.

[55] Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1257, in *Foro amm.*, 2015, 2293.

[56] La legge che la Soprintendenza è chiamata ad applicare fa riferimento a una nozione - quale quella di pregiudizio, che, anche se riempita di contenuto tramite la richiesta "serietà", non trova nella legge stessa una definizione in tutto e per tutto puntuale: di modo che la sua individuazione in concreto richiede un tipo di valutazione di carattere tecnico, che, tanto nei suoi presupposti generali quanto nella sua specifica applicazione ai singoli casi, presenta margini di evidente opinabilità. Nei casi in questione, ci troviamo, quindi, di fronte ad una di quelle cd. *soft sciences* caratterizzate da un particolare grado di opinabilità, i cui risultati, *ex post*, restano dunque non dimostrabili e oggettivamente non da tutti condivisibili. Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 543, cit., parla di giudizi connotati da un inevitabile margine di opinabilità e precisa che "non appare ulteriormente sindacabile la sfera d'inevitabile opinabilità pertinente alle valutazioni in ordine ai valori storici ed artistici, la compatibilità con tali valori degli interventi sul bene e l'eventuale gravità della menomazione arrecata ai valori tutelati".

[57] E che dunque non fossero fuoriuscite dalle ragioni per cui il potere stesso è dato dalla legge (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1257, cit.). Si parla, in questi casi, di sproporzione tra l'uso concreto della discrezionalità tecnica e la realtà della situazione da preservare: il potere che si manifesta con l'atto amministrativo deve essere esercitato in modo che sia effettivamente congruo e rapportato allo scopo legale per cui è previsto - Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3669, in *Foro amm.*, 2015, 1991 -; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1257, cit., che sottolinea che l'atto va annullato qualora "risulti che il risultato raggiunto dall'Amministrazione, a prescindere dalla sua fisiologica opinabilità, fuoriesce dai limiti di naturale elasticità sottesi al concetto giuridico indeterminato, che l'Amministrazione è tenuta ad applicare". Sul punto, sempre attuale anche Cass. civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *CED Cassazione*. Si tratta di orientamento pacifico che solo la *full jurisdiction* di matrice CEDU potrebbe mettere in discussione (cfr. F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, in particolare, 117 e ss.). Sul punto, si vedano le osservazioni di G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale*, cit. Ritiene che la distinzione tra sindacato estrinseco e sindacato intrinseco sia priva di senso, G. Clemente Di San Luca, *Il sindacato giurisdizionale sulla valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *giustamm.it*, 2016, secondo cui il giudice, mediante il sindacato intrinseco, "rileva, dalla osservazione dell'atto, e dell'*iter* procedimentale che è stato seguito per emanarlo, la sussistenza di una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere".