

Pubblicato il 18/10/2017

N. 04824/2017REG.PROV.COLL.
N. 04443/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4443 del 2013, proposto dal Ministero per i beni e le attività culturali, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

la signora -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Martinelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Blumenstihl,71;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

della sentenza del TAR Lazio, sede di Roma, sezione II bis, 5 marzo 2013 n.2346, resa fra le parti, che ha accolto il ricorso n. 484/2013, proposto per l'annullamento:

a) della nota 17 ottobre 2012 prot. n.16292 del Soprintendente per i beni architettonici e paesaggistici per il Comune di Roma, di diniego

dell'autorizzazione di cui all'art. 21 comma 4 d. lgs. 22 gennaio 2004 n.42 per la realizzazione di un ascensore a servizio dell'interno 6, piani secondo e terzo subalterno 27, nel palazzo situato a Roma, -OMISSIS- angolo via -OMISSIS-;

b) della nota 30 agosto 2012 prot. n.13952 della stessa Soprintendenza, di preavviso di diniego;

c) di ogni altro atto annesso, connesso e consequenziale;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2017 il Cons. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Paola Saulino e l'avv. Martinelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente appellata è proprietaria di un appartamento situato a Roma, in -OMISSIS-, all'angolo con via -OMISSIS-, nello storico palazzo Salomoni Alberteschi, sottoposto a vincolo di particolare interesse culturale come da decreto 24 maggio 1955 (doc. 4 in I grado ricorrente appellata, copia del decreto di vincolo) e con propria istanza del giorno 31 luglio 2012, ha chiesto alla competente Soprintendenza di essere autorizzata a realizzarvi un ascensore, situato nel cortile interno del palazzo stesso, "in relazione alla legge 13/89" sul superamento delle barriere architettoniche, data la propria età avanzata (doc. 5 in I grado ricorrente appellata, copia istanza).

Con il provvedimento 17 ottobre 2012 meglio indicato in epigrafe (doc. 1 in I grado ricorrente appellata, copia di esso), motivato con riferimento al preavviso di diniego, la Soprintendenza ha respinto il progetto, ritenendo

che “le opere progettate non siano compatibili con i criteri della tutela monumentale dell’edificio in quanto l’inserimento della progettata torre di elevazione nel cortile... anche se temporaneo, verrebbe ad alterare gravemente le valenze storiche, artistiche, architettoniche e tipologiche di un cortile che, contrariamente a quanto ritenuto nella relazione tecnica storica allegata, presenta caratteri stilistici e di pregio dell’ambiente edilizio romano” (doc. 2 in I grado, copia prediniego).

Contro tale diniego, la ricorrente appellata ha proposto ricorso in primo grado, e ne ha sostenuto l’illegittimità, chiedendo che esso fosse annullato e che “il Giudice amministrativo, ove ritenuto opportuno” volesse “ammettere CTU per accertare se la realizzazione dell’ascensore ... possa comportare un serio pregiudizio per l’immobile sottoposto a tutela” (ricorso di primo grado, p. 13 in fine).

Con la sentenza meglio indicata in premesse, il TAR ha accolto il ricorso; in motivazione ha in particolare sostenuto che il diniego sarebbe stato immotivato per contrasto con un precedente diniego pressoché identico, anche se riferito ad un progetto di maggiore impatto, nonché per contrasto con una nota 18 giugno 1976 prot. n.8960 (doc. 19 ricorrente in I grado, copia di essa) della Soprintendenza, che avrebbe escluso uno specifico interesse architettonico del cortile e per l’inerzia della Soprintendenza di fronte a sette unità di condizionamento aria ivi già collocate, e di ben maggiore impatto visivo. Ciò posto, il TAR ha condannato la Soprintendenza a rilasciare “senza ulteriore indugio” il provvedimento di autorizzazione.

Contro tale sentenza, il Ministero per i beni e le attività culturali - MIBAC ha proposto impugnazione, con appello contenente due motivi, il secondo subordinato alla reiezione del primo:

- con il primo motivo, deduce difetto di motivazione della sentenza impugnata sotto ciascuno dei tre profili da essa valorizzati per annullare il

diniego. Sotto il profilo delle vicende del precedente diniego, deduce che esse si sarebbero svolte diversamente. Infatti, il defunto marito della ricorrente appellata ebbe ad ottenere due sentenze del TAR Lazio, la prima del 21 gennaio 2009 n.478, che aveva annullato per difetto di motivazione il diniego opposto ad un primo progetto; la seconda del 23 novembre 2009 n.11154, che aveva imposto di provvedere a fronte di un silenzio rifiuto. Peraltro, il ricorso contro il nuovo diniego successivamente emesso era stato respinto con sentenza dello stesso TAR 4 febbraio 2011 n.1045. Sotto il profilo della nota 8960/1976, deduce che l'amministrazione ben avrebbe potuto mutare opinione, e sotto il profilo dell'esistenza di impianti di condizionamento altrettanto lesivi del bene, ma tollerati, deduce in sintesi che l'eventuale tolleranza non darebbe diritto a commettere un ulteriore abuso;

- con il secondo motivo, deduce eccesso di potere giurisdizionale, quanto alla parte della decisione che ha imposto l'emanazione del provvedimento, potere al giudice non spettante.

Ha resistito la ricorrente con memoria 23 luglio 2013, in cui:

- in via preliminare, deduce la inammissibilità del ricorso in quanto proposto dal Ministero e non dal suo organo periferico autore del provvedimento;

- nel merito, chiede che il ricorso sia respinto, difendendo la motivazione della sentenza di primo grado. In particolare, quanto al secondo motivo di appello, sostiene di avere in sostanza chiesto con il proprio ricorso anche la condanna all'emanazione del provvedimento;

- in via incidentale, ripropone il secondo motivo di primo grado, dichiarato assorbito, e deduce illegittimità per violazione dell'art. 4 della l. 9 gennaio 1989 n.13, che consente di denegare l'autorizzazione in esame solo in caso di "*serio pregiudizio*" del bene tutelato, che nella specie non sussisterebbe.

Con ordinanza 31 luglio 2013 n.2371, la Sezione ha accolto la domanda

cautelare, ritenendo di dover dar prevalenza all'interesse a non alterare lo stato dei luoghi fino alla decisione di merito.

Con memorie 14 luglio 2017 per l'amministrazione e 26 luglio 2017 per la ricorrente appellata, nonché con replica 4 settembre 2017 per quest'ultima, le parti hanno ribadito le rispettive difese, sottolineando l'amministrazione l'unitarietà del MIBAC come parte processuale.

All'udienza del giorno 28 settembre 2017, la Sezione ha trattenuto il ricorso in decisione.

DIRITTO

1. Sono fondati tanto l'appello principale, quanto l'appello incidentale, e ciò comporta l'accoglimento del ricorso originario nei termini che seguono.

2. E' anzitutto infondata l'eccezione di inammissibilità proposta in via preliminare dall'appellante incidentale: come è notorio, e come risulta già dal provvedimento che lo ha istituito, d. lgs. 20 ottobre 1998 n.368, l'attuale Ministero per i beni e le attività culturali è configurato come un plesso amministrativo unitario, nel quale le Soprintendenze sono organi periferici, per i quali non è prevista alcuna legittimazione esclusiva a proporre azioni in giudizio, legittimazione che spetta in generale al Ministero per tutte le materie di sua competenza.

3. Nel merito, i due motivi di appello principale vanno esaminati congiuntamente, in quanto connessi fra loro, e risultano entrambi fondati.

Infatti, i tre profili valorizzati dal Giudice di primo grado per fondare la decisione risultano non pertinenti.

4. Sotto il primo di essi, considerato nella prima parte del primo motivo, non è contestato in fatto che il precedente progetto per un'installazione analoga, sul quale la Soprintendenza ebbe ad esprimersi nei termini ricordati in premesse, non portò al rilascio di alcuna autorizzazione. A parte ogni altro rilievo sulla possibile diversità fra tale progetto e quello attuale per cui è causa, è quindi certo che l'amministrazione in proposito non si era

in alcun modo vincolata in positivo.

5. Sotto il secondo profilo, considerato nella seconda parte del secondo motivo, basta ricordare il costante insegnamento giurisprudenziale per cui il legittimo operato dell'amministrazione non è inficiato dall'eventuale illegittimità della sua precedente condotta con riguardo a situazioni analoghe. 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: così fra le molte C.d.S. sez. VI 11 giugno 2012 n.3401.

6. Sotto il terzo profilo, oggetto del secondo motivo di appello, è senz'altro vero che la possibilità di condannare l'amministrazione al rilascio di un provvedimento è prevista in modo espresso dall'art. 34 comma 1 lettera c) c.p.a. La stessa norma però prevede che ciò avvenga soltanto *“nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3”*, ovvero *“solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”*, fermo il limite di carattere generale dell'art. 34 comma 2, per cui *“In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*.

Nel caso di specie, la pronuncia adottata dal Giudice di primo grado, che è consistita in un annullamento, essenzialmente, per difetto di motivazione, supera i limiti indicati, se non altro perché è stata adottata senza un'esplicita considerazione del progetto presentato, dalla quale non si potrebbe secondo logica prescindere per dire se residuano o no margini per l'esercizio della discrezionalità in materia.

7. L'accoglimento dell'appello principale comporta che si debba esaminare l'appello incidentale, che è a sua volta fondato.

L'appellante incidentale, infatti, invoca a proprio favore l'applicabilità della l. 13/1989, recante *“Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle*

barriere architettoniche negli edifici privati?”, e in particolare dell’art. 4 di essa, che come si vedrà stabilisce un regime di favore per le opere come quella per cui è causa.

8. La normativa descritta è effettivamente applicabile al caso di specie.

Sotto il profilo oggettivo, l’opera per cui è causa è un ascensore, che rientra fra i “*meccanismi per l’accesso ai piani superiori?*” considerati in modo espresso dall’art. 1 comma 3 lettera a) della legge fra gli interventi volti ad eliminare le barriere in questione.

Sotto il profilo soggettivo, come chiarito di recente da Cass. civ. sez. II 28 marzo 2017 n.7938, la normativa di favore di cui alla l. 13/1989 si applica anche quando si tratti di persone anziane le quali, pur non essendo portatrici di disabilità vere e proprie, soffrano comunque di disagi fisici e di difficoltà motorie. La legge in questione infatti, 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, e in tal senso ha 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 - così C. cost. 10 maggio 1999 n.167 e Cass. civ. sez. II 25 ottobre 2012 n.18334- e non di accordare diritti personali ed intrasmissibili a titolo di concessione alla persona disabile in quanto tale, come affermato da Cass. civ. sez. II 26 febbraio 2016 n.3858.

Di conseguenza, delle norme stesse si impone un’interpretazione estensiva, nel senso appena visto, e quindi risulta applicabile il regime di favore previsto dalla legge in esame

9. Secondo l’art. 4 della stessa, in particolare, gli interventi volti ad eliminare le barriere architettoniche previsti dall’art. 2 della legge, ovvero quelli volti a

migliorare le condizioni di vita delle persone svantaggiate nel senso descritto, si possono effettuare anche su beni sottoposti a vincolo come beni culturali, e la relativa autorizzazione, come previsto dal comma 4, *“può essere negata solo ove non sia possibile realizzare le opere senza serio pregiudizio del bene tutelato”*, precisandosi al comma 5 che *“Il diniego deve essere motivato con la specificazione della natura e della serietà del pregiudizio, della sua rilevanza in rapporto al complesso in cui l'opera si colloca e con riferimento a tutte le alternative eventualmente prospettate dall'interessato”*.

Si tratta di un onere di motivazione particolarmente intenso, poiché l'interesse alla protezione della persona svantaggiata può soccombere di fronte alla tutela del patrimonio artistico solo in casi eccezionali: così C.d.S. sez. VI 12 febbraio 2014 n.682, 28 dicembre 2015 n.5845 e 7 marzo 2016 n.705, quest'ultima relativa ad un caso del tutto simile al presente, in cui si è ritenuto illegittimo il diniego di autorizzazione ad installare un ascensore in un palazzo sito nella stesa zona di quello per cui è causa, osservando che mancava un serio pregiudizio, trattandosi di impianto non visibile dalla pubblica strada.

10. Applicando i principi appena ricostruiti al caso di specie, il diniego va annullato, dato che la sua motivazione non tiene conto della circostanza, non contestata in causa, per cui la ricorrente appellante incidentale era ultrasettantenne già all'epoca della domanda, e quindi poteva con ogni verosimiglianza beneficiare della disciplina di favore di cui all'art. 4 commi 4 e 5 della l. 13/1989. L'annullamento, lo si ricorda per chiarezza, riguarda il provvedimento indicato in dispositivo, e non la nota 30 agosto 2012 prot. n.13952 di preavviso del diniego, che è pacificamente atto endoprocedimentale non autonomamente lesivo.

L'amministrazione, nel riesaminare la pratica, dovrà allora tenere conto delle circostanze suindicate, ovvero della situazione personale dell'istante e della conseguente applicabilità delle norme della l. 13/1989 di cui si è detto.

11. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano così come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n.4443/2013 R.G.), accoglie l'appello principale, accoglie l'appello incidentale e per l'effetto accoglie il ricorso e annulla, ai sensi di cui in motivazione, la nota 17 ottobre 2012 prot. n.16292 del Soprintendente per i beni architettonici e paesaggistici per il Comune di Roma.

Condanna l'amministrazione intimata appellante a rifondere alla ricorrente appellata le spese dell'intero giudizio, spese che liquida in € 5.000 (cinquemila/00) complessivi, oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art.22, comma 8 d.lgs. 196/2003, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Francesco Gambato Spisani

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.