

*Cons. Stato, Sez. VI, Sent., (data ud. 09/12/2021) 12/01/2022, n. 219*

**CONCESSIONI E AUTORIZZAZIONI AMMINISTRATIVE**

**EDILIZIA E URBANISTICA** › Concessione edilizia, in genere

*Intestazione*

REPUBBLICA ITALIANA  
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 3023 del 2020, proposto da A.R. di E.L. & C. S.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicoletta Felli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Firenze, via delle Mantellate n. 8;

contro

Comune di Firenze, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Annalisa Minucci, Antonella Pisapia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio n. 15; Regione Toscana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Nicola Gentini, Barbara Mancino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio Firenze, Prato e Pistoia, non costituito in giudizio; T. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Ugo Franceschetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Giuseppe Lo Pinto in Roma, via Vittoria Colonna 32; Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 01229/2019, resa tra le parti, concernente dichiarazione di inefficacia di scia.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Firenze e di Regione Toscana e di T. S.r.l. e di Ministero per i Beni e le Attività Culturali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 dicembre 2021 il Cons. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti gli avvocati Felli Nicoletta, Lo Pinto Giuseppe, Franceschetti Ugo.

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

### ***Svolgimento del processo***

Parte ricorrente, la società A.R., ha appellato la sentenza n. 1229/2019 del Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Sezione Terza, sui ricorsi riuniti R.G. n. 691/2018 e n. 1299/2018, pubblicata in data 11.09.2019

In particolare, la T. S.r.l. è proprietaria di un appartamento per civile abitazione in Firenze, Costa S. Giorgio 30, all'interno della ex chiesa dei Santi Cristina e Agostino, munito di terrazza panoramica con affaccio sul Lungarno.

L'unità immobiliare soprastante, adibita a studio, è di proprietà dell'odierna appellante. Quest'ultima, in forza di segnalazione certificata di inizio attività presentata il 24 novembre 2017, nel febbraio 2018 ha intrapreso e in breve tempo portato a termine lavori di restauro e risanamento conservativo per la riapertura di due finestre sulla facciata dello stabile, in corrispondenza della terrazza posta al livello inferiore.

Trattandosi di edificio vincolato, l'intervento è stato preceduto dal nulla osta della Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per la Città Metropolitana di Firenze e le Province di Prato e Pistoia, rilasciato per atto del 26 settembre 2017.

L'assenso della Soprintendenza si basa sulla preventiva esecuzione di uno studio termografico, che avrebbe rivelato la probabile preesistenza delle aperture, poi murate, di foggia analoga ad altre sei finestre presenti sulla facciata, a livello del sottotetto, anch'esse in precedenza murate ma più "leggibili" perché tamponate solo parzialmente e comunque ben visibili al di sotto dell'intonaco esterno, rimosso durante lavori di ripristino.

Avverso tale riapertura - o apertura - delle due finestre, la T. S.r.l. ha impugnato dinanzi al T.A.R. Toscana, con il ricorso di cui al n. 691/2018 R.G., il nulla osta della Soprintendenza e l'autorizzazione paesaggistica che ha presunto essere stata rilasciata per lo stesso intervento dal Comune di Firenze, contestando la preesistenza delle aperture.

Con motivi aggiunti, il gravame è stato esteso in corso di causa al nulla osta rilasciato dalla medesima Soprintendenza il 17 aprile 2018, in variante al progetto autorizzato originariamente e, in particolare, per la parziale modifica (traslazione) della posizione delle finestre.

Frattanto, il Comune di Firenze - dietro sollecitazione di T. S.r.l. e del Condominio di C. S. G. 30 - aveva peraltro provveduto a ingiungere all'appellante la sospensione dei lavori, in realtà già conclusi, e a dichiarare, con ordinanze del 19 giugno e del 12 luglio 2018, in autotutela, ai sensi dell'art. 21-nonies della L. n. 241 del 1990, l'inefficacia della S. in virtù della quale l'intervento era stato eseguito, nonché della successiva S. in variante, relativa alla traslazione delle finestre.

La motivazione dei provvedimenti comunali fa riferimento a tre aspetti, che possono essere così sintetizzati:

- mancanza dell'autorizzazione condominiale circa l'inserimento delle finestre sulla facciata, parte comune dell'edificio;

- mancata trasmissione del progetto all'ufficio tecnico regionale ai fini dell'autorizzazione prevista dagli artt. 93 e 94 del D.P.R. n. 380 del 2001, trattandosi di immobile ricadente in zona sismica. Sul punto, il Comune rinvia alle note del Settore Sismica della Regione Toscana in data 18 maggio e 11 giugno 2018, ove si afferma che, all'esito di sopralluogo, la preesistenza delle finestre non potrebbe dirsi dimostrata in modo palese. L'ufficio regionale, prendendo posizione sui risultati dell'indagine termografica, ne smentisce l'univocità, sostenendo che essi avrebbero dovuto essere confermati da ulteriori saggi e documentazione fotografica, da raccogliersi in ultimo al momento della demolizione della parete, a riprova e convalida di quanto inizialmente ipotizzato; e, in considerazione dei dubbi residui, conclude in via cautelativa e secondo il principio di precauzione per la necessità di una specifica progettazione antisismica, se del caso da presentare in sanatoria;

- inosservanza delle distanze previste dal codice civile tra le finestre e la terrazza sottostante, di proprietà T., non contenendo la pratica edilizia alcuna indicazione al riguardo.

Infatti, anche il Settore Sismica della Direzione Ambiente ed Energia della Regione Toscana si era interessato alla vicenda, ancora una volta su sollecitazione di T. S.r.l.; e, dopo aver verificato lo stato dei luoghi, aveva attestato - rivolgendosi alla proprietà e al Comune - la necessità di predisporre, ai sensi dell'art. 182 L.R. toscana n. 65 del 2014, un progetto a sanatoria comprovante la rispondenza delle finestre alle normative antisismiche vigenti al momento della loro apertura e a quelle attuali, ovvero un apposito progetto di adeguamento.

Gli atti e provvedimenti adottati dal Comune di Firenze e dalla Regione sono stati a loro volta impugnati dall'odierno appellante con il ricorso iscritto al n. 1299/2018 R.G.

A sostegno dell'azione la società A.R., come primo motivo del ricorso n. 1299/2018, ha criticato la scelta dell'amministrazione comunale di recepire acriticamente le valutazioni espresse dal Settore Sismica della Regione, essendo evidente che i funzionari regionali non avrebbero inteso esprimere un dato tecnico oggettivo, ma una loro personale "opinione", oltretutto smentita per tabulas dai risultati della termografia.

Il Comune avrebbe trascurato l'opposto giudizio tecnico della Soprintendenza, che aveva ritenuto la termografia concludente circa la preesistenza delle due aperture sulla facciata, senza oltretutto tenere conto del fatto che gli stessi tecnici della Regione avevano rilevato la presenza nella parete di architravi metalliche, elementi che costituirebbero la dimostrazione certa della preesistenza delle aperture. L'istruttoria comunale sarebbe stata inoltre insufficiente per essere stata omessa l'audizione dei muratori chiamati a eseguire l'intervento, i quali avrebbero potuto confermare le caratteristiche della muratura rinvenuta.

Con il secondo motivo, la società A.R. ha invocato l'art. 1102 c.c. per contestare che l'intervento richiedesse il consenso del condominio.

Con il terzo motivo, si afferma che gli eventuali diritti dei terzi asseritamente lesi dal titolo edilizio troverebbero tutela unicamente dinanzi al giudice civile e non giustificerebbero l'esercizio dei poteri amministrativi di annullamento d'ufficio, che, in ogni caso, potrebbero venire esercitati solo in presenza di ragioni di pubblico interesse e tenendo in considerazione gli interessi dei destinatari oltre che quelli dei controinteressati, valutazione di cui non vi sarebbe traccia di sorta negli atti impugnati.

Con il quarto motivo, infine, la società ricorrente deduce che le ordinanze impuginate sarebbero viziate anche sotto il profilo della competenza, giacché l'adozione di eventuali provvedimenti ripristinatori riferiti a immobili vincolati

spetterebbe alla Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio, titolare della tutela del vincolo.

L'adito T.A.R., con la sentenza impugnata in questa sede di appello, ha riunito i due ricorsi e:

- ha accolto il ricorso n. 691/2018 R.G. e per l'effetto, preso atto della rinuncia al capo di domanda diretto dalla ricorrente T. S.r.l. nei confronti del Comune di Firenze, ha annullato i provvedimenti ivi impugnati;
- ha rigettato il ricorso n. 1299/2018 R.G.

In particolare, la sentenza in questa sede gravata, per quanto riguarda il rigetto del ricorso n. 1299/2018 R.G., ha ritenuto in sede motivazionale:

- che i poteri esercitati dal Comune non hanno esorbitato i suoi poteri di vigilanza sui diversi profili attinenti alla violazione della disciplina urbanistico-edilizia, essendo stato l'intervento in autotutela circoscritto agli aspetti edilizi della S. presentata dalla società A.R.;
- che la decisione del Comune di adeguarsi alle valutazioni del Settore Sismica della Regione sia stata coerente con la delicatezza dell'interesse tutelato dagli artt. 93 e 94 del D.P.R. n. 380 del 2001 e che tale scelta che non può ritenersi viziata per essere stata omessa l'audizione del personale incaricato di eseguire l'intervento. Il Settore Sismica della Regione Toscana aveva espresso il parere secondo cui la termografia ante intervento poteva ritenersi utile solo in fase di prima valutazione, fermo restando la necessità di ulteriori saggi e documentazione fotografica, da eseguirsi al momento della demolizione delle presunte tamponature, per confermare l'ipotesi della preesistenza. Tali ulteriori saggi e ulteriore documentazione fotografica non risultano essere stati acquisiti. Pertanto "Anche a voler condividere, cioè, la valutazione della Soprintendenza circa l'idoneità dei risultati probabilistici dell'indagine termografica a garantire la tutela del vincolo... questo non rende illegittima la pretesa della Regione di avvalersi, al diverso fine della sicurezza antisismica dell'edificio, di un metro di giudizio più severo e di esigere che l'ipotesi avallata in prima battuta dalla termografia trovasse un successivo riscontro";
- che il mancato rispetto della disciplina in materia antisismica implicasse la contrarietà dell'intervento all'art. 1122 c.c., che fa divieto ai condomini di eseguire opere suscettibili di arrecare danno alla stabilità e alla sicurezza dell'edificio, indipendentemente dall'eventuale assenso del condominio, peraltro nel caso di specie mancante;
- la correttezza dell'operato del Comune nell'aver ritenuto che le segnalazioni certificate presentate dall'odierna appellante fossero viziate nella parte in cui non attestavano - con il corredo delle relative misurazioni - il rispetto della distanza imposta tra le finestre e la terrazza di proprietà della T. S.r.l. dall'art. 905 c.c.; norma che si applica anche in ambito condominiale, qualora occorra risolvere conflitti fra le singole porzioni in proprietà esclusiva. La circostanza che l'unità immobiliare soprastante la terrazza di proprietà T. già disponesse di un'apertura sulla facciata in questione risulterebbe irrilevante, posto che la realizzazione di due aperture di dimensioni ben maggiori di quella preesistente (inglobata in una delle nuove finestre) comporta comunque un vistoso e non consentito aggravio della servitù di veduta rivendicata dalla società A.R.;
- l'esistenza delle ragioni di interesse pubblico che legittimano il ricorso all'autotutela, che sono indicate espressamente dal Comune di Firenze nell'ordinanza n. 478/2018 e mutate dalla successiva ordinanza n. 521/2018, quali afferenti ai principi di prudenza a tutela dell'incolumità pubblica e privata sottesi alle valutazioni del Settore Sismica regionale e recepiti dal Comune. Si verte, inoltre, in una di quelle situazioni in cui l'interesse pubblico tutelato dall'amministrazione

precedente ha rilievo "autoevidente" e prevale di per sé sull'affidamento rivendicato dalla parte privata;

per quanto riguarda l'accoglimento del ricorso n. n. 691/2018 R.G. la medesima sentenza ha ritenuto:

- di respingere l'eccezione di irricevibilità per tardività dell'impugnativa avverso il nulla osta rilasciato dalla Soprintendenza Archeologia Belle Arti di Firenze, Pistoia e Prato il 26 settembre 2017, prot. n. (...), in quanto nel cartello di cantiere, apposto sin dall'inizio dei lavori, recante gli estremi del nulla osta rilasciato dalla Soprintendenza e della S. presentata al Comune di Firenze, la descrizione delle opere ("opere di restauro e risanamento conservativo") è generica al punto di non consentire in alcun modo di apprezzarne le possibili ricadute negative a carico delle proprietà confinanti, con l'ulteriore conseguenza che neppure può ipotizzarsi nei confronti dei vicini - a partire da T. S.r.l. - un onere di immediata attivazione. Deve farsi applicazione della regola generale, che identifica il dies a quo dal quale decorre il termine per impugnare nella conclusione delle opere, o comunque nel momento della piena conoscenza del contenuto dei titoli abilitativi, il ricorso risulta notificato tempestivamente l'ultimo giorno utile;

- la fondatezza del motivo di ricorso basato sul difetto di istruttoria. L'istruttoria espletata dalla Soprintendenza fiorentina ai fini del rilascio del nulla osta alla riapertura delle finestre è consistita nell'acquisizione degli elaborati tecnici e della documentazione fotografica prodotta dalla proprietà, inclusi i risultati dell'indagine termografica eseguita sulla parete interessata. Gli atti impugnati, in motivazione, si limitano a un generico rinvio a quanto allegato alla pratica, senza esprimere alcuna autonoma valutazione aggiuntiva circa gli esiti dell'istruttoria; e poiché della preesistenza delle finestre non vi sono evidenze documentali storiche, l'autorizzazione alla loro riapertura non può che reputarsi fondata, da parte della Soprintendenza, sui risultati della termografia, unico riscontro della possibile presenza di tamponature nascoste dagli intonaci della parete.

Lo studio termografico non ha offerto, tuttavia, conclusioni certe, evidenziando "probabili tamponature di aperture preesistenti" e ciò avrebbe dovuto suggerire l'esecuzione di ulteriori verifiche nella fase di esecuzione dei lavori, a maggior ragione a seguito della richiesta di variante presentata dalla proprietà e motivata in ragione della non perfetta coincidenza fra i risultati della termografia e il concreto stato dei luoghi, quale rilevato, ma non documentato, nel corso dei lavori.

L'odierna appellante ha gravato quest'ultima sentenza deducendo i seguenti rubricati motivi di ricorso:

I - ILLEGITTIMITA' DELLA SENTENZA APPELLATA; INSUFFICIENZA ED ERRONEITA' DELLA MOTIVAZIONE; ILLOGICITA', TRAVISAMENTO DEI FATTI.

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 19 E 21 NONIES DELLA L. n. 241 del 1990 E DELL'ART. 146 DELLA L.R.T. N. 65 DEL 2014; ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DEI PRESUPPOSTI. ERRORE.

La parte appellante critica la sentenza in questione rilevando che "non risulta condivisibile l'affermazione che la questione della preesistenza (o meno) delle finestre, posta alla base dei provvedimenti comunali di inefficacia della S. assunti in via di pretesa autotutela - ma invero ad esclusiva tutela di terzi - a lavori ultimati, non comporti alcuna "sovrapposizione" tra le valutazioni comunali e quelle compiute dalla Soprintendenza circa la compatibilità dell'intervento con il vincolo gravante sullo stabile e, dall'altro, che non fosse da scrutinare con attenzione l'obbligo di una stringente e precisa motivazione - secondo i principi consolidati - dei provvedimenti adottati dall'amministrazione comunale in via di (pretesa) autotutela, sulla base di un mero "dubbio", riguardante oltretutto soltanto una delle due

finestre oggetto della pratica edilizia dichiarata inefficace; ciò, peraltro, a fronte del precedente provvedimento di autorizzazione rilasciato dalla Soprintendenza e dei diritti del soggetto destinatario dell'atto che aveva già ultimato, sulla base delle pratiche edilizie presentate (ed esaminate), i lavori edilizi oggetto delle stesse".

Nessun rilievo è stato dato alla circostanza che la S. n. 11504/2017 avesse a oggetto la riapertura di due finestre preesistenti sulla facciata condominiale e fosse basata espressamente sulle risultanze della termografia eseguita e allegata alla pratica e sul nulla osta della Soprintendenza rilasciato su tali specifici presupposti (in ragione della conoscenza dei luoghi e degli studi già eseguiti), espressamente esaminati dal competente Servizio edilizia privata del Comune. Nessun rilievo è stato dato anche al fatto che, per espressa indicazione della Soprintendenza, l'intervento in questione non fosse soggetto ad autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 149 del Codice beni culturali.

L'amministrazione comunale, inoltre, sarebbe stata onerata dal rilevare nel termine di cui all'art. 19, comma 3 e 6 bis L. n. 241 del 1990, tutte le carenze della segnalazione eventualmente esistenti ovvero imporre opere o modalità costruttive ritenute necessarie. Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti inibitori, infatti, l'amministrazione perde il potere di rilevare carenze documentali della pratica edilizia, che ben avrebbero potuto essere, in quella sede, evidenziate, ove in effetti sussistenti.

La medesima parte appellante rileva come "La Soprintendenza competente, dunque, sulla base delle conclusioni di tale studio termografico e della pregressa approfondita conoscenza del complesso architettonico, così come anche ripercorso negli atti, riteneva di rilasciare, ai sensi dell'art. 21, comma 4, del D.Lgs. n. 42 del 2004, il nulla osta alla proprietà per la riapertura delle due finestre già esistenti sulla facciata laterale dell'immobile senza porre alcuna condizione o imporre cautele. D'altra parte non appare neppure ipotizzabile che la Soprintendenza di Firenze, preposta istituzionalmente alla tutela dei beni culturali e che notoriamente adotta parametri di giudizio assai conservativi nell'esercizio dei propri poteri di tutela dei beni oggetto di vincolo, abbia rilasciato, senza prescrizioni, un provvedimento di nulla osta per la riapertura delle due finestre sulla facciata dell'edificio e su un prospetto "visibile" dello stesso se non avesse avuto la piena certezza della conclusività degli accertamenti effettuati quanto alla preesistenza delle aperture stesse".

Solo dopo il rilascio del nullaosta è stata presentata la S. con l'esplicita indicazione che l'oggetto dell'intervento era costituito dalla riapertura delle due finestre già esistenti sulla facciata dell'edificio, quali ricavabili dallo studio termografico che si allegava.

Laddove, quindi, l'amministrazione comunale al momento dell'esame di una pratica edilizia volta ad un intervento di "ripristino" di una situazione pregressa avesse ritenuto la documentazione offerta a supporto della preesistenza non sufficiente o non idonea avrebbe dovuto, in quella stessa sede, richiedere eventuali ulteriori accertamenti o imporre eventuali cautele o modalità esecutive dei lavori ovvero sospendere la segnalazione stessa. Ciò che non è avvenuto. Trattandosi di intervenire su aperture che la stessa Soprintendenza aveva ritenuto essere già esistenti, non sussisteva l'obbligo di presentare un progetto al Genio civile, non andandosi ad alterare la statica originaria della struttura dell'edificio. Non sussistevano dunque, contrariamente a quanto asserito dal Primo Giudice, elementi di opinabilità al momento dell'esecuzione dei lavori.

Al contrario anzi, A.R. aveva tutti gli elementi - ivi compreso l'esame analitico della documentazione presentata, comprensiva della termografia già analizzata dalla Soprintendenza, anche da parte del Comune - per ritenere che i

lavori di riapertura delle finestre fossero confermati nella loro piena fattibilità, non esistendo dunque alcuna indicazione di segno contrario che imponesse di documentare l'attività edilizia che si andava a svolgere.

I tecnici regionali intervenuti hanno ritenuto non conclusiva la documentazione esistente (termografia), pur non mettendo in dubbio l'evidenza non discutibile dell'apertura posta sulla sinistra della facciata (vista dall'esterno) dalla stessa ricavabile, ma esprimendo esclusivamente un'incertezza (del tutto soggettivo) sulla seconda apertura, posta a destra, incertezza peraltro relativa essenzialmente alla sua effettiva dimensione, e benché, tramite l'uso del pacometro (strumento tecnico dai medesimi impiegato di loro iniziativa), venisse rilevata la presenza di architravature metalliche in corrispondenza con le aperture ovvero di un elemento di conferma del medesimo dato ricavato dalla termografia.

La parte appellante, in sostanza, rileva che, a fronte di un'opinione espressa in termini del tutto dubitativi e, oltretutto, contraddittori, il Comune di Firenze avrebbe dovuto necessariamente tenere in considerazione il fatto che, al contrario, l'amministrazione preposta alla tutela del vincolo aveva ritenuto esauriente e conclusiva quella stessa documentazione rilasciando l'espresso atto di autorizzazione e disporre un obbligatorio approfondimento istruttorio, del tutto mancato.

E ciò, in particolare, visto il tempo trascorso, l'intervenuta ultimazione dei lavori e l'insussistenza di concreto pericolo, ma anche considerati gli altri elementi disponibili, ivi compresa la dichiarazione del tecnico incaricato da A.R., peraltro supportata anche dalla dichiarazione dell'imprenditore edile, circa il fatto che il tamponamento rinvenuto fosse costituito da materiale non coeso legato insieme da malta di calce e non ammorsato nella muratura portante.

L'obbligo per l'amministrazione di verificare con scrupolo la sussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio del potere di "ritiro" (ex art. 21 nonies L. n. 241 del 1990) imponeva questo necessario approfondimento istruttorio, tenuto conto che non si poteva prescindere dalla puntuale verifica dell'illegittimità dell'atto poi annullato e- dalla individuazione dell'interesse pubblico effettivamente tutelato e dalla considerazione dell'interesse del destinatario dell'atto. Circostanza che il Primo Giudice non ha correttamente censurato.

Errata si paleserebbe, inoltre, l'affermazione contenuta nella sentenza circa l'asserita irrilevanza degli accertamenti successivamente compiuti dal Settore Sismica, ovverosia dell'ulteriore sopralluogo compiuto in data 1.8.2018, non essendo stata ritenuta determinante la circostanza che l'accertamento che gli architravi presenti fossero, oltre che corrispondenti all'apertura, di antica fattura (per il materiale impiegato), ovverosia di un ulteriore elemento di conferma del dato ricavato dalla termografia, in quanto la presenza di architravi di antica fattura, a detta del Primo Giudice, impedirebbe di escludere che "esse non siano di nuova posa in opera".

Non risulterebbe neppure accurata l'affermazione che la presenza di architravi non sarebbe evidenziata dallo studio termografico, perchè, da un lato, smentita dalla circostanza che lo stesso Settore Sismica esprime la sussistenza di un dubbio solo con riferimento ad una delle due aperture e, dall'altro, sconfessata dalla presenza di una maggiore brillantezza rilevata dalla termocamera nella porzione sottogronda, sotto l'aggetto del tetto, così come accade nella porzione di facciata sottostante, in corrispondenza delle altre finestre ivi presenti, ove si verifica lo stesso fenomeno.

Il Comune di Firenze avrebbe dovuto tenere soprattutto in considerazione che la preesistenza delle aperture era stata ritenuta certa dalla Soprintendenza, principalmente interessata a non consentire possibili abusi sugli immobili vincolati, non veniva invero fondatamente messa in dubbio da quanto ipotizzato dal Settore Sismica.

Inoltre, la presentazione di specifico progetto è esclusa dall'art. 93 del D.P.R. n. 380 del 2001 e dall'art. 169 L.R.T. n. 65 del 2014, alla luce di quanto anche espressamente disposto dall'art. 12 del Regolamento regionale n. 36/R (Decr.

P.G.R.T. n. 36/R del 9.7.2009), per gli interventi di riapertura di finestre preesistenti, già dotate di architravatura, in quanto strutturalmente non significativi, il primo giudice avrebbe dovuto rilevare che non vi erano i presupposti per ritenere viziata la segnalazione certificata e per dar luogo al provvedimento di ritiro, provvedimento in ordine al quale risultavano altresì insussistenti - alla luce degli accertamenti compiuti - le ragioni di pubblico interesse concreto e attuale di rischio per la pubblica e privata incolumità, comprovato oltretutto dal mancato esercizio di poteri di intervento da parte del settore regionale a ciò preposto.

Infine, l'asserita violazione dell'art. 1122 c.c. oltre che inesistente non sarebbe stata nemmeno rilevata nel provvedimento gravato di ritiro della S..

II - ILLEGITTIMITA' DELLA SENTENZA APPELLATA, INSUFFICIENZA ED ERRONEITA' DELLA MOTIVAZIONE SOTTO ULTERIORE PROFILO; TRAVISAMENTO DEI FATTI, ILLOGICITA'; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 19 E 21 NONIES DELLA L. n. 241 del 1990, DELL'ARTT. 145 E 146 DELLA L.R.T. N. 65 DEL 2014, DELL'ART. 905 C.C.; ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DEI PRESUPPOSTI, SVIAMENTO. ERRORE.

Erronea risulterebbe inoltre la sentenza anche nella parte in cui ha rilevato la violazione della normativa sulle distanze, dal momento che la distanza posta dall'art. 905 c.c. è rispettata nel caso di preesistenza di una finestra nel caso di fabbricati condominiali e, in ogni caso, decorso il termine per l'esercizio di poteri inibitori, soltanto l'individuazione di uno specifico interesse pubblico avrebbe potuto giustificare il ricorso all'esercizio dell'autotutela prefigurato dall'art. 21 nonies L. n. 241 del 1990 ove vi fossero stati dei reali profili di illegittimità nella S..

Tale interesse non può coincidere con la mera legittimità dell'atto, nè con l'interesse del privato al rispetto della distanza dalle vedute. L'eventuale aggravio di una servitù di veduta esistente avrebbe al più potuto rilevare sotto il profilo privatistico, ma mai giustificare l'annullamento delle segnalazioni certificate. Inoltre, la terrazza, rispetto alla quale la esponente T. ha lamentato il mancato rispetto delle distanze, non appare legittimata da alcun apposito titolo reperibile presso il Comune.

III - ILLEGITTIMITA' DELLA SENTENZA APPELLATA, INSUFFICIENZA ED ERRONEITA' DELLA MOTIVAZIONE SOTTO ULTERIORE PROFILO; TRAVISAMENTO DEI FATTI, ILLOGICITA'; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 19 E 21 NONIES DELLA L. n. 241 del 1990, DELL'ART. 146 DELLA L.R.T. N. 65 DEL 2014; ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DEI PRESUPPOSTI, ERRORE.

La sentenza appare errata e meritevole di annullamento anche laddove ha ritenuto che le ragioni di interesse pubblico che legittimano l'autotutela sarebbero state indicate dal Comune, nel richiamo a principi di prudenza a tutela della incolumità pubblica e privata, di modo che il riferimento alle disposizioni in tema di rischio sismico, sarebbero di per sé sufficienti ad integrare il presupposto ed esonererebbero il Comune dalla considerazione degli interessi della destinataria dell'atto.

Difetta, in ogni caso, nell'atto comunale gravato davanti al TAR, qualsiasi apprezzamento dell'interesse dei destinatari dell'atto stesso, essendo mancata una motivata ponderazione fra i diversi interessi in gioco.

IV - ILLEGITTIMITA' DELLA SENTENZA APPELLATA PER OMESSA PRONUNCIA; CARENZA DI MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 19 E 21 NONIES DELLA L. n. 241 del 1990 SOTTO ULTERIORE PROFILO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 145 DELLA L.R. n. 65 del 2014.

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1102 E 1117 C.C. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DEI PRESUPPOSTI, ERRORE. SVIAMENTO.

La parte appellante, inoltre, in funzione dell'assorbimento operato dal T.A.R. fiorentino, ancorchè lo stesso abbia in realtà dato conto delle censure riguardanti le valutazioni operate dal Comune sulle distanze, riproduce i motivi di gravame a suo dire non direttamente esaminati dal giudice di prime cure nella sentenza appellata.

In particolare, la parte appellante contesta l'affermata necessità dell'autorizzazione da parte del condominio, quale "proprietario" della parte comune costituita dalla facciata nel cui ambito viene inserita la finestra. L'art. 145 della L.R. n. 65 del 2014 (ma così anche il T.U. Edilizia) prevede che la S. sia presentata dal proprietario "o da chi ne abbia titolo". Ciò in quanto "Come noto, in materia di condominio, il codice civile (art. 1102 c.c.) - per come interpretato in maniera granitica anche dalla giurisprudenza - riconosce il diritto di ciascun proprietario della cosa comune, come viene ritenuta la facciata, di farne uso, anche per un fine esclusivamente proprio, e di realizzare interventi sulla cosa comune (per il miglior godimento della proprietà esclusiva), purché non alteri la destinazione della cosa comune e consenta il pari uso degli altri condomini. Poiché l'apertura di finestre sul muro comune di facciata non incide sulla destinazione del muro stesso e non impedisce, essendo le finestre aperte in corrispondenza della proprietà privata, il pari uso da parte degli altri condomini (fra le tante, Cass. 3.1.2014 n. 53), la Società A.R. S.a.s. aveva pieno "titolo" a presentare la S., senza provvedersi di alcuna autorizzazione al riguardo del Condominio nella specie non richiesta".

V - ILLEGITTIMITA' DELLA SENTENZA APPELLATA PER OMESSA E/O CARENTE MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 27, 33 E 37 D.P.R. n. 380 del 2001. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 199 DELLA L.R. n. 65 del 2014. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DEI PRESUPPOSTI, ERRORE. INCOMPETENZA.

La parte appellante ripropone, altresì, il vizio di incompetenza delle ordinanze emesse dal Dirigente del Servizio Edilizia Privata del Comune di Firenze per annullare d'ufficio le due S. spettando alla Soprintendenza la competenza a vigilare sull'osservanza del vincolo e ordinare l'applicazione delle misure e sanzioni previste dalle norme vigenti.

VI - ILLEGITTIMITA' DELLA SENTENZA. IRRICEVIBILITA' DEL RICORSO R.G. N. 691/2018 PER TARDIVITA'

Parte appellante ritiene errata la sentenza impugnata anche nella parte in cui ha ritenuto di respingere l'eccezione di tardività del ricorso proposto da T. S.r.l. (R.G. n. 691/2018), sollevata da A.R., per l'annullamento dei nulla osta della Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio di Firenze all'esecuzione dei lavori di riapertura delle ricordate finestre da parte della medesima appellante. Tale ricorso era stato notificato in data 30 aprile 2018 e, quindi, tardivamente rispetto all'inizio dei lavori avvenuto in data 12 febbraio 2018.

Nel caso di specie si contestava l'an dell'edificazione, in quanto si esclude tout court la possibilità di operare aperture sulla facciata, il termine decadenziale per l'impugnazione dei titoli edilizi decorre dall'inizio dei lavori.

Come risulta dai documenti in atti, i lavori hanno avuto inizio in data 12.2.2018 con l'immediata collocazione del ponteggio sulla terrazza di proprietà T.. Sul cartello di cantiere venivano esattamente riportati tutti gli estremi degli atti autorizzativi dei lavori (ivi compreso il nulla osta rilasciato dalla Soprintendenza).

L'apposizione del cartello in data 8.2.2018, ma ancora più la circostanza stessa (non contestata) della collocazione del ponteggio all'interno della proprietà della Società T. in data 12.2.2018, sul piano della terrazza oggetto delle sue

doglianze e con il suo evidente consenso all'accesso, non poteva lasciare dubbio di sorta sull'intervento edilizio progettato. Di talché, visto che la proprietaria dell'immobile sottostante contesta la possibilità stessa di realizzazione dell'intervento e che i lavori iniziavano immediatamente sulla facciata proprio per non ingombrare più del necessario la proprietà privata altrui, la medesima avrebbe avuto l'onere di proporre ricorso nel rispetto del termine di sessanta giorni dalla data di inizio dei lavori.

Inoltre, a riprova certa della tardività sta nel fatto che in data 27.2.2018 (e non in data 28.2.2018 come indicato dalla ricorrente in prime cure) la Società T. poteva scrivere ad A.R. nel merito dei lavori, richiamando espressamente la descrizione dei lavori oggetto della S. come attinenti alla "riapertura delle finestre in facciata, come si evince dallo studio fotogrammetrico già esistenti, ad oggi murate, con le stesse caratteristiche di quelle aperte nella proprietà adiacente", senza che fosse intervenuto alcun fatto nuovo rispetto al momento di inizio dei lavori.

Fra la data dell'apposizione del cartello e di inizio dei lavori (8.2.2018 ovvero 12.2.2018) e la data presa a riferimento dal Primo Giudice come dies ad quem per il decorso del termine decadenziale (lettera del 27.2.2018), cioè, non si verificava alcun fatto determinante la conoscenza (né domanda di accesso agli atti né la conclusione dei lavori) diverso dalla consultazione della pratica edilizia in via telematica allegata alla ricordata lettera, quale rilevabile dal cartello di cantiere apposto il precedente 12.2.2018, che rendeva immediatamente percepibile per la ricorrente T. la (asserita) lesività dell'intervento ovvero ben prima di avere accesso agli atti relativi e ben prima del completamento dei lavori. Appare evidente, pertanto, che una tale conoscenza avrebbe dovuto essere fatta coincidere con il momento di inizio dei lavori, anziché con la data successiva della lettera, nella quale del resto si ricollega espressamente l'esecuzione di lavori potenzialmente lesivi alla "presenza di impalcature sulla terrazza di proprietà" ed alla descrizione esaustiva degli stessi nella pratica di S. consultata in via telematica.

La parte appellante ha sostenuto che analoga ragione di irricevibilità per tardività si presenterebbe rispetto al ricorso per motivi aggiunti con cui la Società T. ha impugnato il nulla osta prot. n. (...) del 17.4.2018, considerata anche l'ultimazione dei lavori in data 26.4.2018, notificato soltanto in data 18.9.2018 e, dunque, tardivo con conseguente improcedibilità del ricorso per motivi aggiunti.

VII - ILLEGITTIMITA' E/O ERRONEITA' DELLA SENTENZA. INAMMISSIBILITA'. MOTIVAZIONE INSUFFICIENTE E GENERICA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 21 E SS. D.Lgs. n. 42 del 2004.

La sentenza del T.A.R. della Toscana appare censurabile, e deve essere annullata, anche laddove ha ritenuto fondato il primo motivo di ricorso (avverso il primo nullaosta) ed il secondo motivo aggiunto (avverso il nullaosta in variante) proposti in prime cure dalla Società T..

Le motivazioni dell'accoglimento si fondano nella sostanza sulla ritenuta incertezza circa la preesistenza delle aperture (rectius, di una delle aperture), valutazione che, illegittimamente, il giudice a quo pretende di sovrapporre alla diversa valutazione compiuta dalla Sovrintendenza. Quest'ultima, infatti, proprio sulla base della documentazione storica esistente e sugli approfondimenti eseguiti, aveva indicato di effettuare l'indagine termografica, ritenendo all'evidenza i risultati di tale approfondimento, unitamente alle complessive valutazioni degli elementi architettonici e storici del complesso, tali da giustificare il provvedimento di consenso all'intervento.

La valutazione del giudice di prime cure ha riguardato profili riservati all'amministrazione competente e non tiene conto dell'istruttoria eseguita e del fatto che la stessa ha avuto, alla luce del provvedimento favorevole assunto della

Soprintendenza, un significato conclusivo.

Né appare condivisibile il rilievo, sprovvisto di qualsivoglia dato di supporto, circa il fatto che lo svolgimento dell'indagine tecnica da parte di una società privata renderebbe di per sé (in assenza di qualsivoglia elemento corroborante tale ipotesi) inattendibili le risultanze documentali di tale approfondimento tecnico, ritenute invece dall'amministrazione statale competente del tutto conclusive tanto da rilasciare, sulla base di queste unitamente alle evidenze storiche e architettoniche in suo possesso, il proprio nulla osta.

Non risulta vero che non vi fossero evidenze documentali storiche circa la preesistenza delle aperture, non corrisponde al vero che la termografia non offra conclusioni certe e non è vero che non vi fosse coincidenza fra i risultati della termografia ed il concreto stato dei luoghi.

Le rappresentazioni storiche dell'immobile - che pur ritraggono il lato opposto dell'edificio - mostrano il sottotetto della chiesa, come un unico corpo di fabbrica, con la presenza di aperture, al di sotto dell'imposta del tetto, disposte lungo tutto lo sviluppo della facciata ad evidenziare che così si presentava la struttura.

A conferma che la facciata era stata in precedenza "tamponata" avrebbe significato documentale anche il contenuto della pratica di sanatoria depositata in atti, nella quale si parla di "riapertura" della finestra laterale (sulla stessa parete ove oggi sono le finestre in discussione che l'hanno inglobata). Si rileverebbe anche inconsistente l'argomento che la finestra posta sulla destra della facciata (guardando dall'esterno dell'immobile) si sovrapporrebbe al camino, con la relativa canna fumaria, oggetto della sanatoria edilizia (1986) in atti.

Si tratterebbe, in realtà, di una conclusione non giustificata dai dati documentali, in quanto la planimetria dello stato "rilevato" allegata alla domanda di condono edilizio evidenzia lo spessore dell'ampio ringrosso della parete destinato ad ospitare il grande camino in muratura nonché la distanza della stessa canna fumaria (che probabilmente andava a riconnettersi con un antico "sbocco" sulla copertura) dalla parete esterna.

Ciò che rende perfettamente compatibile la presenza del camino con l'apertura preesistente ed all'epoca della realizzazione del camino tamponata, ma la cui presenza spiega, invero, la parzialmente diversa immagine restituita in quel caso dalla termografia.

Si sono costituiti nel giudizio di appello il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, il Comune di Firenze e la Regione Toscana e la T. S.r.l., resistendo all'appello.

L.T. S.r.l. oltre a difendersi rispetto ai motivi di ricorso formulati dall'appellante, al fine di non incorrere nelle decadenze previste dall'articolo 101, comma 2, D.Lgs. n. 104 del 2010, nella denegata ipotesi di accoglimento delle censure di parte appellante, ha riproposto i motivi assorbiti dalla pronuncia del T.A.R. Toscana oggetto del presente gravame.

E' seguito il deposito di memorie e memorie di replica delle parti.

L'appello è stato trattenuto in decisione all'udienza pubblica del 9.12.2021.

### ***Motivi della decisione***

1) Il ricorso si palesa infondato per quanto riguarda i motivi di appello nei confronti della parte della sentenza che ha rigettato il ricorso 1299/2018 R.G..

Come indicato nella parte in fatto, la sentenza gravata, nel ritenere legittimo il provvedimento di annullamento in

autotutela, ha evidenziato l'aspetto relativo al rispetto della normativa antisismica e, in particolare, le valutazioni del Settore Sismica della Regione, secondo le quali, al fine di escludere la necessità di depositare il progetto delle opere al Genio civile per le relative verifiche, sarebbero stati necessari ulteriori approfondimenti sugli esatti termini della preesistenza delle aperture (saggi e documentazione fotografica), a fronte dell'incertezza derivante dai soli rilievi termografici (ritenuti sufficienti dalla Soprintendenza al fine del nulla osta paesaggistico).

In tale contesto, il Collegio ritiene pertinenti i rilievi della sentenza di prime cure inerenti alla legittimità della valutazione della Regione, recepita dal Comune, che ha ritenuto di doversi avvalere, al diverso fine della sicurezza antisismica dell'edificio, di un metro di giudizio più severo di quello tenuto dalla Soprintendenza nel valutare gli interessi paesaggistici, ritenendo necessario che l'ipotesi avallata in prima battuta dalla termografia dovesse trovare un successivo riscontro in ulteriori elementi.

Gli esiti della termografia hanno fornito solo dei riscontri indiziari per dedurre la preesistenza delle aperture oggetto di scia, ma hanno lasciato un certo grado di incertezza sull'effettiva esistenza delle stesse, sull'esatta ubicazione e, sicuramente, sulle dimensioni ed di tali supposti finestre, come anche indicato in sede di confutazione del settimo motivo di appello inerente all'annullamento dei nulla osta della Soprintendenza.

I tecnici regionali, infatti, hanno espressamente ritenuto non conclusivi gli esiti della termografia esprimendo rilevanti dubbi sulla preesistenza di almeno una delle due finestre e, comunque, nessun elemento concreto sulle dimensioni di tali ipotetiche aperture (nota Regione Toscana dell'11.6.2018).

Anche l'aver trovato la presenza di architravature metalliche in corrispondenza con le aperture non risulta un elemento decisivo rispetto all'accertamento quantomeno delle dimensioni e posizionamento delle preesistenti finestre (nota Regione Toscana del 6.8.2018 che mette anch'essa in dubbio la preesistenza delle aperture).

Analoghi dubbi sono riportati nella successiva nota regionale del 10.10.2018.

Lo stesso studio termografico posto alla base dell'istruttoria del nulla osta alla realizzazione delle opere riporta la preesistenza in termini di solo di probabilità riferendo il rapporto della termografia che "le immagini termografiche ottenute dai rilevamenti effettuati nella parete hanno permesso di

evidenziare probabili tamponature di aperture preesistenti come si può constatare dalla diversa di tipologia tessitura muraria".

Le suindicate valutazioni della sentenza di primo grado non appaiono viziate da travisamento dei fatti o da profili di irragionevolezza o illogicità, stante anche il carattere prudenziale che ben può supportare le scelte in materia di normativa antisismica, che possono essere prese in senso conservativo nel caso di margini di incertezza fattuali.

All'atto della presentazione della scia (successiva al rilascio del nulla osta paesaggistico) non è stato quindi compiutamente dimostrato che l'apertura (o riapertura) delle finestre non andasse ad alterare la statica originaria della struttura dell'edificio, perché le nuove finestre fossero corrispondenti (anche nelle dimensioni e ubicazione) a quelle preesistenti, al fine di sottrarre l'intervento all'obbligo di presentare un progetto al Genio civile.

Né tali dubbi appaiono completamente fugati, a parere del Collegio, dagli ulteriori accertamenti, intervenuti dopo il deposito della sentenza di primo grado, di cui alla relazione allegata agli atti dell'appello del 16/02/2021, che non chiarisce in modo certo l'esistenza e le dimensioni delle aperture.

D'altra parte l'onere di dimostrare i presupposti di legittimità della scia grava su chi la presenta e tale onere, seppure può risultare attenuato, non può essere del tutto ribaltato sol perché il Comune agisce in autotutela.

Ciò comporta la legittimità dell'intervento in autotutela del Comune che, prendendo in esame un aspetto differente dal profilo paesaggistico considerato dalla Soprintendenza ha ritenuto fosse necessario, anche in un'ottica prudenziale ben possibile nell'ambito della materia antisismica, il deposito progetto al Genio civile, in assenza di elementi tali dimostrare con certezza la conformità al preesistente.

In tal senso, precisati i termini dell'intervento in autotutela del Comune, è evidente come non vi sia stata alcuna sovrapposizione di valutazioni tra le competenze del Comune e quelle della Soprintendenza, essendo l'intervento in autotutela inerenti a profili edilizi, sui quali è indubitabile la competenza dell'Ente locale.

Né è sostenibile quanto dedotto da parte appellante secondo cui trascorso il termine per l'intervento inibitorio in caso di scia di cui all'art. art. 19, comma 3 e 6 bis L. n. 241 del 1990, le carenze documentali della scia non sarebbero più rilevabili.

L'Amministrazione, infatti, ben può intervenire in autotutela qualora risulti mancante un presupposto di legittimità della scia quale il deposito del progetto al Genio civile.

Inquadrata la questione nei giusti termini, la sentenza si palesa legittima anche per quanto riguarda l'aspetto della sussistenza dell'interesse pubblico sottostante all'intervento in autotutela, in quanto il profilo antisismico, evidenziato nel provvedimento gravato, comporta la funzionalità alla tutela di interessi pubblici, quali l'incolumità pubblica e privata, che non possono che essere ritenuti prevalenti rispetto a quelli del privato a mantenere le opere edilizie realizzate.

Corretta risulta al riguardo la valutazione della sentenza di primo grado che ha considerato "autoevidente" la pregnanza dell'interesse pubblico perseguito con l'annullamento in autotutela.

2) Il Collegio rileva, quindi, come il rigetto del motivo di appello relativo a un capo della sentenza autonomamente idoneo a sorreggere di per sé la decisione assunta, comporta la reiezione del gravame.

In tal caso, infatti, il rigetto del motivo di appello su un capo di sentenza autonomamente determinante, in caso di plurime rationes decidendi, rende inammissibile per carenza d'interesse la censura delle restanti rationes, qualora, come nel caso di specie, la prima sia di per sé idonea a sorreggere la pronuncia sul punto (Consiglio di Stato sez. III, 04/05/2015, n.2236).

Fermo quanto anzidetto, il Collegio, anche ai fini dell'effetto conformativo della sentenza, ritiene di dover scrutinare anche gli altri motivi di appello.

3) Fondata è la censura che contesta la violazione delle norme sulle distanze, fondata sull'assunto che la distanza posta dall'art. 905 c.c. risulterebbe rispettata in quanto sulla parete era già esistente una finestra ancorchè di dimensioni minori e, in ogni caso, decorso il termine per l'esercizio di poteri inibitori, soltanto l'individuazione di uno specifico interesse pubblico avrebbe potuto giustificare il ricorso all'esercizio dell'autotutela prefigurato dall'art. 21 nonies L. n. 241 del 1990 ove vi fossero stati dei reali profili di illegittimità nella S..

Il Collegio rileva come sia corretto l'assunto della sentenza gravata secondo cui la disciplina urbanistico-edilizia da osservarsi ai fini del rilascio dei titoli edilizi è ordinariamente integrata dalle disposizioni del codice civile in materia di

distanze fra le costruzioni, ivi comprese quelle in materia di distanze dalle vedute, dirette non soltanto a regolare rapporti privatistici, ma anche a tutelare l'interesse pubblico a una corretta edificazione.

Nel caso di specie, tuttavia, la violazione delle distanze sarebbe verificata a causa di un aggravio di una servitù di veduta, per l'apertura delle due finestre a una distanza dalla terrazza di proprietà T. S.r.l. inferiore a quella prevista dall'art. 905 c.c., in ampliamento di una già esistente apertura di dimensioni più modeste (inglobata in una delle nuove finestre).

Tale situazione è sostanzialmente inerente a una controversia di stampo privatistico sull'esercizio di servitù di veduta, venendo in rilievo più che altro interessi privati.

In questo specifico caso, pertanto, risultava assente un profilo motivazionale di tutela dell'interesse pubblico tale da giustificare l'esercizio del potere di autotutela ex art. 21-nonies della L. n. 241 del 1990.

4) Infondata è la censura inerente all'assenza della necessità del consenso di condominio per l'apertura delle finestre sulla facciata dell'edificio, che secondo l'appellante non sarebbe necessaria ai sensi dell'art. 1102 del codice civile, che riconosce il diritto di ciascun proprietario della cosa comune, come viene ritenuta la facciata, di farne uso, anche per un fine esclusivamente proprio, e di realizzare interventi sulla cosa comune (per il miglior godimento della proprietà esclusiva), purché non alteri la destinazione della cosa comune e consenta il pari uso degli altri condomini.

Secondo l'appellante, poiché l'apertura di finestre sul muro comune di facciata non incide sulla destinazione del muro stesso e non impedisce, essendo le finestre aperte in corrispondenza della proprietà privata, il pari uso da parte degli altri condomini l'appellante aveva pieno "titolo" a presentare la S., senza provvedersi di alcuna autorizzazione al riguardo del Condominio nella specie non richiesta.

Sul tema il Collegio ben conosce la giurisprudenza civilistica in materia di condominio, recentemente richiamata anche da questa Sezione (Cons. Stato, sez. VI, 17/09/2021, n.6345), secondo cui la regola generale desumibile dall'art. 1120 c.c. è nel senso che ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne uso secondo il loro diritto (sull'applicazione di tale principio al condominio degli edifici anche cfr. Corte cass., Sez. II, 8 luglio 2000 n. 8886; Cass. civ. Sez. II, 09/06/2010, n. 13874; Cass. civ. Sez. II, 19/07/2018, n. 19265).

Nella giurisprudenza civile si registra, infatti, un orientamento in base al quale l'utilizzazione, da parte del singolo condomino, del muro perimetrale dell'edificio per le sue particolari esigenze, è legittima purché non alteri la natura e la destinazione del bene, non impedisca agli altri di farne un uso analogo e non arrechi danno alle proprietà individuali di altri condomini, atteso che il condomino di un edificio può apportare al muro perimetrale comune, senza il bisogno del consenso degli altri condomini, tutte le modifiche che consentono di trarre dal bene comune una particolare utilità aggiuntiva, purché non impedisca agli altri condomini di farne un uso analogo.

Ciò nel rispetto dei limiti dell'art. 1120 c.c. che vieta le innovazioni che alterano il decoro architettonico, e per innovazione in senso tecnico giuridico deve intendersi non qualsiasi mutamento o modifica della cosa comune, ma solo quelle modificazioni che ne alterino l'entità sostanziale o ne mutino la destinazione originaria, mentre le modificazioni che mirino a potenziare o a rendere più comodo il godimento della cosa comune e ne lascino immutata la consistenza e la destinazione, non possono definirsi innovazione nel senso suddetto (Corte cass., Sez. II, 5 novembre 2002 n. 15460).

La giurisprudenza amministrativa ha, tuttavia, rilevato come occorra il consenso del condominio quando uno dei

condomini intenda realizzare (o sanare), come nel caso di specie, opere che modifichino la facciata dell'edificio (Cons. Stato Sez. V, 21/10/2003, n. 6529; T.A.R. Campania Napoli Sez. VI, 16/11/2020, n. 5253).

Questo principio ha una portata generale e si applica anche quando l'interessato ritenga che le innovazioni sulle parti comuni non avrebbero alcuna rilevanza estetica, non essendo rimesso allo stesso considerare irrilevanti le innovazioni sotto il profilo estetico, qualora sia verificata la loro incidenza sostanziale sulla facciata dell'edificio condominiale.

Il "decoro architettonico" delle facciate costituisce, infatti, bene comune dell'edificio e pertanto ogni lavoro che su di esso sensibilmente incide, necessita dell'assenso dell'assemblea dei condomini, a prescindere dal giudizio sul risultato estetico dei lavori progettati (Cons. Stato, Sez. IV, 26 giugno 2012, n. 3772; Cass. II, 30/8/2004, n. 17398).

L'assenza del consenso dei condomini è un presupposto che il Comune deve accertare in sede istruttoria, secondo criteri di ragionevolezza, e si presenta come condizionante la legittimità del titolo abilitativo per la realizzazione delle opere.

Nel caso di specie l'intervento ha inciso indubbiamente in modo sostanziale sulla facciata dell'edificio ed è pacifico la mancanza di assenso del condominio alla realizzazione delle opere in questione, che al contrario era necessario.

5) Per quanto riguarda le censure di appello inerenti all'accoglimento del ricorso n. 691/2018 R.G. per l'annullamento del nulla osta rilasciato dalla Soprintendenza Archeologia Belle Arti di Firenze, Pistoia e Prato il 26 settembre 2017, prot. n. (...), e il successivo nulla osta in variante del 17 aprile 2018, prot. n. (...), impugnato con motivi aggiunti, le stesse si rivelano infondate.

In primo luogo il Collegio rileva l'infondatezza della censura inerente la mancata declaratoria di irricevibilità del ricorso per tardività dell'impugnativa proposta da T. S.r.l. per l'annullamento dei nulla osta della Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio di Firenze il 26 settembre 2017, prot. n. (...) all'esecuzione dei lavori di riapertura delle ricordate finestre da parte della medesima appellante.

L'adito T.A.R. ha ritenuto di far decorrere il termine per impugnare non dall'inizio dei lavori del 12 febbraio 2018, bensì dal 28 febbraio 2018, ovverosia dalla data della contestazione scritta della legittimità dei lavori inoltrata ad A.R. dal legale della società T., che menziona la descrizione dei lavori oggetto di scia indicati come attinenti alla riapertura delle finestre in facciata, rispetto alla quale il ricorso si palesa tempestivo.

Come indicato nella parte in fatto, la sentenza ha respinto l'eccezione di irricevibilità per tardività in quanto il cartello di cantiere, recante gli estremi del nulla osta rilasciato dalla Soprintendenza e della S.C.I.A., era generico quanto alla descrizione delle opere; in tal modo facendo applicazione della regola generale, che identifica il dies a quo dal quale decorre il termine per impugnare per il terzo nella conclusione delle opere o, qualora precedente, nel momento della piena conoscenza del contenuto dei titoli abilitativi.

Il Collegio rileva come sia corretto l'assunto del T.A.R. che, in materia di impugnativa di titoli abilitativi edilizi da parte del terzo, applicabile anche al nullaosta soprintendentizio, fa decorrere il termine decadenziale per impugnare dall'inizio dei lavori, allorché si contesti l'an dell'edificazione, mentre ove si contesti il quomodo, il termine inizia a decorrere dalla fine dei lavori o dal momento in cui sia materialmente apprezzabile la reale portata dell'intervento.

In particolare, la giurisprudenza anche di questa Sezione ha precisato che il termine per impugnare il titolo abilitativo decorre dalla piena conoscenza del provvedimento, che ordinariamente s'intende avvenuta al completamento dei lavori,

a meno che non sia data prova di una conoscenza anticipata da parte di chi eccepisce la tardività del ricorso anche a mezzo di presunzioni semplici (Cons. Stato Sez. VI, 09/01/2020, n. 191).

La "piena conoscenza", ai fini della decorrenza del termine per la impugnazione di un titolo edilizio rilasciato a terzi viene individuata nell'inizio dei lavori, nel caso si sostenga che nessun manufatto poteva essere edificato sull'area; laddove si contesti il quomodo (distanze, consistenza ecc.), al completamento dei lavori o, in relazione al grado di sviluppo degli stessi, nel momento in cui si renda comunque palese l'esatta dimensione, consistenza, finalità, del manufatto in costruzione.

Il completamento dei lavori è, quindi, considerato indizio idoneo a far presumere la data della piena conoscenza del titolo edilizio, salvo che venga fornita la prova di una conoscenza anticipata (Cons. Stato Sez. II, 11/11/2019, n. 7692).

L'esposizione del cartello di cantiere non integra, in sé, una forma di conoscenza legale del titolo edilizio (Cons. Stato Sez. IV, 21/10/2019, n. 7151).

Nel caso di specie, peraltro, non è contestato che il cartello di cantiere fosse stato esposto e che lo stesso riportasse gli estremi della scia indicando che era in corso un intervento di ristrutturazione; tuttavia a causa della genericità delle indicazioni del suddetto cartello di cantiere non vi è prova che la T. S.r.l. fosse a conoscenza, al momento dell'inizio dei lavori della consistenza dell'intervento in questione, ovvero sia che lo stesso riguardasse la (ri)apertura di due finestre, né che lo fosse in un momento antecedente dal 28 febbraio 2018 in cui ha contestato tramite il suo legale la legittimità dei lavori facendo menzione della loro entità.

Non è sostenibile che il ricorso abbia contestato l'an dell'edificazione, in quanto nella tipologia della ristrutturazione edilizia rientrano diversi tipi di intervento edilizio di assoluto differente grado di invasività, ricomprendendo sia opere interne che esterne, e lesività per i terzi.

Ben quindi era possibile che un intervento di ristrutturazione non fosse lesivo per gli interessi del T. S.r.l. e, comunque, che fosse legittimo.

Né, per quanto indicato, risulta nemmeno sostenibile che il termine di impugnativa decorresse dalla data di inizio lavori del 12.2.2018 e a tale riguardo è irrilevante che in quella data sia stato montato un ponteggio, perché quest'ultimo elemento poco rileva sulla natura ed entità delle opere; e ciò indipendentemente dalla questione se ci fosse o meno il consenso da parte dell'originario ricorrente in ordine collocazione del ponteggio o del fatto che tutti i condomini fossero stati avvisati dell'inizio dei lavori.

In tal senso non ha neppure rilievo la circostanza (in realtà nemmeno effettivamente provata) che dalla data di apposizione del cartello di cantiere e di inizio lavori a quella della lettera di contestazione non sia intervenuto alcun fatto nuovo determinante la conoscenza (né domanda di accesso agli atti, né la conclusione dei lavori) diverso dalla consultazione della pratica edilizia in via telematica allegata alla ricordata lettera.

Da ciò parte appellante fa discendere che il momento di conoscenza della lesività dovesse ricorrere già al momento dell'installazione del cartello o dell'inizio dei lavori.

Tale affermazione, infatti, si risolve in una semplice congettura, con mero valore indiziario e non probante, anche perché lo stesso grado di sviluppo dei lavori mette il terzo interessato progressivamente in condizione di comprendere la natura ed entità dell'intervento, e, in ogni caso, l'unico elemento certo nell'attestare la conoscenza della reale

consistenza dei lavori rimane la lettera di contestazione presa correttamente a riferimento dalla sentenza gravata come termine di decorrenza dei termini per impugnare.

Quanto alla tempestività dei motivi aggiunti con cui la Società T. ha impugnato il nulla osta prot. n. (...) del 17.4.2018, contestata dall'appellante in considerazione del fatto che i lavori sono stati ultimati in data 26.4.2018, mentre il ricorso per motivi aggiunti è stato notificato in data 18.9.2018, il Collegio rileva che l'eccezione di tardività non ha ragion d'essere.

Al riguardo, tuttavia, non rileva quanto dedotto dalle difese della società T., che l'eccezione di tardività sia stata proposta per la prima volta in sede di appello, in quanto il giudice di secondo grado può rilevare anche d'ufficio l'insussistenza delle condizioni dell'azione di primo grado, quali la legittimazione al ricorso e l'insussistenza dell'interesse a ricorrere (Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2021, n. 8222; Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4), e a maggior ragione la tardività del ricorso.

L'infondatezza della censura deriva dalla circostanza che il nulla osta prot. n. (...) del 17.4.2018 non è quello iniziale riportato nel cartello di cantiere e in base al quale si sono avviati i lavori, bensì un nulla osta in variante.

Non è, quindi, applicabile il criterio dell'inizio del decorso del termine dal termine dei lavori o dal momento in cui sia materialmente apprezzabile la reale portata dell'intervento, ma si deve applicare l'ordinario criterio di effettiva conoscenza dell'atto lesivo, intervenuta solo a seguito dell'accesso agli atti della Soprintendenza intervenuto in data 19.6.2018.

6) Risulta, altresì, infondato anche il settimo e ultimo motivo di appello, formulato avverso la sentenza gravata nella parte in cui ha ritenuto fondato il primo motivo del ricorso introduttivo (avverso il primo nullaosta) e il secondo motivo aggiunto (avverso il nullaosta in variante) proposti in prime cure dalla Società T..

La sentenza ha sostanzialmente accolto il ricorso per difetto di istruttoria da parte dell'amministrazione che avrebbe concesso il nulla osta iniziale e quello in variante a fronte di una situazione istruttoria - consistita nella sola acquisizione degli elaborati tecnici e della documentazione fotografica prodotta dalla proprietà e in sostanza basate sulle risultanze dell'indagine termografica - che lasciava molti margini di incertezza sulla preesistenza delle aperture in questione, pure a fronte dell'assenza di evidenze documentali storiche in ordine all'esistenza di tali finestre.

L'appellante ha indicato che non sussisterebbe un margine di incertezza sulla preesistenza delle finestre e che la termografia e gli altri documenti allegati darebbero piena evidenza delle preesistenti aperture.

Nel suo giudizio il T.A.R., nel valutare l'operato della Soprintendenza, avrebbe dovuto agire "nell'ottica della più accorta tutela del vincolo", accedendo tali valutazioni nella sfera riservata all'amministrazione competente. Ciò senza tener conto dell'istruttoria eseguita e della circostanza che la Soprintendenza è l'autorità specificamente preposta alla tutela del vincolo e particolarmente attenta ed interessata alla conservazione dell'edificio, che ben ne conosce le vicende di quest'ultimo e le necessità di tutela del vincolo, avendo compiuto negli anni continui sopralluoghi e rilievi. Anche perché la parte dell'edificio in origine destinata a chiesa (a suo tempo dedicata ai SS. Agostino e Cristina e ridotta nel tempo alle condizioni di rimessa di autovetture e di magazzino), con l'annessa sacrestia, è stata oggetto di un intervento di restauro e di recupero di carattere filologico, che ha consentito alla Soprintendenza di acquisire un'approfondita conoscenza dello stato di fatto dell'edificio.

Le rappresentazioni storiche dell'immobile, pur ritraendo il lato opposto dell'edificio, mostrano il sottotetto della chiesa

con la presenza di aperture, al di sotto dell'imposta del tetto, disposte lungo tutto lo sviluppo della facciata ad evidenziare che così si presentava la struttura. Non rilevarebbe, inoltre, la circostanza che l'indagine tecnica è stata svolta da una società privata e, inoltre, la presenza del camino sarebbe compatibile con l'apertura preesistente ed all'epoca della realizzazione del camino tamponata, spiegando anche la parzialmente diversa immagine restituita in quel caso dalla termografia.

Tali argomentazioni, tuttavia, a parere del Collegio non sono idonee dimostrare l'erroneità della sentenza sul punto.

In primo luogo, il T.A.R. non ha sconfinato nell'ambito di valutazioni tecniche riservate all'Amministrazione, ben potendo il giudice amministrativo, anche in presenza di rilevanti ambiti di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, rilevare, come nel caso di specie, i difetti di istruttoria del procedimento e valutare gli aspetti ragionevolezza e illogicità del provvedimento finale.

In secondo luogo, la Soprintendenza si è essenzialmente basata sulla termografia presentata dalla società richiedente, senza nessuna verifica o indagine ulteriore, anche con riguardo alla piena attendibilità degli esiti dell'indagine termografica, rispetto alla quale, rimangono degli aspetti dubbi, come già indicato in sede di confutazione dei motivi di appello nei confronti della parte della sentenza che ha rigettato il ricorso 1299/2018 R.G.

Ciò tanto più in quanto nessun elemento di certezza ha reso la termografia, e nessun approfondimento è stato effettuato, circa le effettive dimensioni delle aperture che si sono date per preesistenti.

Inoltre, non ci sono rappresentazioni storiche dirette della facciata interessata (ma solo dell'altro lato dell'edificio) e, come rilevato nella gravata sentenza, il tratto di facciata interessato dall'apertura delle finestre non costituisce diretta prosecuzione di quello corrispondente all'unità immobiliare vicina.

Come rilevato nella medesima sentenza, è vero che il tecnico incaricato dalla società A.R. ha riferito che il tamponamento delle finestre sarebbe stato costituito da mattoni sodi non ammortati nella muratura portante all'esterno, ma tale affermazione non risulta comprovata da elementi obiettivi. Infine, la presenza di architravi non è evidenziata dallo studio termografico e quelle rinvenute in corrispondenza delle finestre, all'esito degli ulteriori sopralluoghi e dei saggi eseguiti sulle murature nell'estate del 2018, pur appearing di antica fattura e arrugginite, potrebbero essere di più recente posa in opera.

Se gli esiti della termografia hanno fornito solo dei riscontri indiziari per dedurre la preesistenza delle aperture oggetto di scia, ma hanno lasciato un certo grado di incertezza sull'effettiva esistenza delle stesse, sull'esatta ubicazione e, sicuramente, sulle dimensioni ed di tali supposti finestre.

I tecnici regionali, infatti, hanno espressamente ritenuto non conclusivi gli esiti della termografia esprimendo rilevanti dubbi sulla preesistenza di almeno una delle due finestre e, comunque, nessun elemento concreto sulle dimensioni di tali ipotetiche aperture (nota Regione Toscana dell'11.6.2018).

Anche l'aver trovato la presenza di architravature metalliche in corrispondenza con le aperture non risulta un elemento decisivo rispetto all'accertamento quantomeno delle dimensioni e posizionamento delle preesistenti finestre (nota Regione Toscana del 6,8,2018 che mette anch'essa in dubbio la preesistenza delle aperture).

Lo stesso studio termografico posto alla base dell'istruttoria del nulla osta alla realizzazione delle opere riporta la preesistenza in termini di solo di probabilità riferendo il rapporto della termografia che "le immagini termografiche

ottenute dai rilevamenti effettuati nella parete hanno permesso di evidenziare probabili tamponature di aperture preesistenti come si può constatare dalla diversa di tipologia tessitura muraria".

In sostanza, l'elemento della preesistenza delle finestre avrebbe meritato quantomeno un approfondimento istruttorio, presentando elementi di incertezza sull'an della preesistenza e, in ogni caso, non essendo acclarata la dimensione delle stesse, risultata solo presumibile.

Né, come indicato, tali dubbi appaiono fugati, a parere del Collegio, dagli ulteriori accertamenti, intervenuti dopo il deposito della sentenza di primo grado, di cui alla relazione allegata agli atti dell'appello del 16/02/2021.

7) Per le suesposte ragioni l'appello va rigettato.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le specifiche circostanze inerenti al ricorso in esame costituiscono elementi che militano per l'applicazione dell'art. 92 c.p.c., come richiamato espressamente dall'art. 26, comma 1, c.p.a. e depongono per la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

### ***P.Q.M.***

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 01229/2019,

Compensa le spese di lite.

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

### ***Conclusione***

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore