

**Pubblicato il 12/10/2021**

**Sent. n. 1207/2021**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 456 del 2016, proposto da [omissis], rappresentata e difesa dall'avvocato Pier Vettor Grimani, con domicilio eletto presso il suo studio in Venezia, S. Croce, 466/G;

contro

Comune di Venezia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Ballarin, Antonio Iannotta, Nicoletta Ongaro, domiciliataria *ex lege* in Venezia, S. Marco, 4091;

per l'annullamento

del provvedimento prot. [omissis], con il quale il Dirigente della Direzione Sportello Unico Edilizia Servizio Condono Edilizio ha respinto la domanda presentata dalla ricorrente volta ad ottenere il riesame del provvedimento del [omissis] di diniego di condono edilizio relativo a un immobile in [omissis], nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Venezia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2021 la Dr.ssa Daria Valletta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con il ricorso introduttivo del giudizio la [omissis] ha impugnato il provvedimento con cui il Comune di Venezia ha negato il riesame, in senso favorevole all'istante, del diniego di condono edilizio opposto in relazione all'immobile abusivamente realizzato sul fondo della ricorrente.

Avverso tale provvedimento sono stati articolati i seguenti motivi di impugnazione:

1) in primo luogo, si lamenta la mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza *ex art. 10 bis L. 241/90*;

2) con il secondo motivo si lamenta l'illogicità dell'atto nella parte in cui in esso si osserva che la ricorrente non avrebbe indicato gli estremi dei provvedimenti di sanatoria rilasciati in relazione ad altri immobili, e adottati a riprova della disparità di trattamento asseritamente posta in essere dall'Amministrazione; la motivazione addotta sul punto sarebbe, in ogni caso, irragionevole, essendo possibile operare una riduzione della fascia di rispetto cimiteriale; infine, si osserva che il provvedimento avente ad oggetto l'autorizzazione di tale riduzione sarebbe stato di competenza del Consiglio Comunale e non già del dirigente.

Si è costituito in giudizio il Comune di Venezia, chiedendo la reiezione del gravame.

All'udienza in data 23.09.2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Con il ricorso in disamina la [omissis] ha impugnato il diniego di riesame, in senso favorevole all'istante, del provvedimento del Comune di Venezia di rigetto dell'istanza di condono di un capannone abusivamente realizzato dalla ricorrente sul fondo di sua proprietà, e collocato all'interno della fascia di rispetto cimiteriale.

Occorre premettere che il provvedimento di diniego di condono è stato oggetto di ricorso straordinario al Capo dello Stato, respinto in data [omissis] (cfr. doc. 5 della produzione di parte resistente).

E' seguita l'adozione dell'ordinanza di demolizione prot. n. [omissis], a sua volta impugnata dinanzi a questo T.A.R.: il ricorso è stato in parte dichiarato inammissibile e in parte respinto, con accoglimento del solo motivo di censura relativo alla mancata indicazione nell'atto degli estremi dell'area da acquisire (cfr. Tar Veneto, Sez. II, 30.11.2016, nr. 21/2017).

2. Con il primo motivo di ricorso si lamenta che l'Amministrazione resistente non avrebbe comunicato all'istante i motivi ostativi di cui all'art. 10 *bis* L. 241/90: il motivo è infondato.

Ed infatti, secondo quanto affermato in maniera costante dalla giurisprudenza, l'istituto del cd. "preavviso di rigetto", di cui all'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990, ha lo scopo di far conoscere alle amministrazioni, in contraddittorio rispetto alle motivazioni da esse assunte in base agli esiti dell'istruttoria espletata, quelle ragioni, fattuali e giuridiche, dell'interessato, che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante, appunto, dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso fra le parti (cfr. Cons. Stato, VI, 6 agosto 2013, n. 4111; id., III 27 giugno 2013, n. 3525; id. III, 1 agosto 2014, n. 4127).

La conseguenza applicativa di tale principio è quella per cui la formale comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza non è necessaria quando tali motivi siano noti all'istante e questi sia stato già posto in grado di interloquire in merito ai medesimi.

Come si è in precedenza rilevato, il diniego di condono è già stato oggetto di ricorso straordinario che è stato respinto, ed è dunque divenuto inoppugnabile: ne consegue che il ricorrente ha già avuto ampiamente modo di sviluppare le proprie considerazioni in punto di illegittimità dell'atto.

In ogni caso, versandosi nell'ambito di costruzione abusivamente realizzata all'interno della fascia di rispetto cimiteriale, il provvedimento di diniego risulta avere natura vincolata: di qui l'applicabilità del primo periodo, secondo comma, dell'art. 21 *octies* L.241/90.

Con il secondo motivo di gravame si deduce che l'Amministrazione avrebbe dovuto attivarsi al fine di verificare l'effettiva esistenza, solo genericamente lamentata dalla ricorrente, di provvedimenti di segno contrario rispetto a quello qui in esame adottati in casi analoghi, a riprova della disparità di trattamento posta in essere dal Comune di Venezia ai danni della Sig. Bertotto: è sufficiente osservare sul punto che il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento non può essere dedotto al fine di invocare l'applicazione in proprio favore di posizioni giuridiche riconosciute ad altri soggetti in modo illegittimo, in quanto, in applicazione del principio di legalità, la legittimità dell'operato della pubblica amministrazione non può comunque essere inficiata dall'eventuale illegittimità compiuta in altra situazione. In termini: *“Nessuno può invocare la disparità di trattamento, a fronte di provvedimenti illegittimi adottati dalla Pubblica Amministrazione, nei confronti di terzi, al fine di reclamare eguale illegittimità in proprio favore; peraltro, in caso di presunta contraddittoria valutazione di situazioni limitrofe e conseguente disparità di trattamento, il destinatario di un provvedimento legittimo non può invocare, come sintomo di eccesso di potere, il provvedimento più favorevole illegittimamente adottato nei confronti di un terzo che si trovi in analoga situazione, in quanto il relativo vizio di eccesso di potere è configurabile solo in caso di assoluta identità di situazioni di fatto e di conseguente assoluta irragionevole diversità del trattamento riservato alle stesse; né tale vizio può essere dedotto quando viene rivendicata l'eventuale applicazione in proprio*

*favore di posizioni giuridiche riconosciute ad altri soggetti in modo illegittimo” (cfr. Cons. St. sez. IV, 27/07/2018, n.4611).*

Infine, la ricorrente lamenta che l’Amministrazione avrebbe dovuto valutare la possibilità di autorizzare il mantenimento dell’edificio in deroga al vincolo cimiteriale, e che, comunque, l’eventuale provvedimento negativo rientrerebbe nella competenza del Consiglio comunale: anche tale deduzione non coglie nel segno, avuto riguardo alla circostanza che nessuna autorizzazione alla deroga del vincolo risulta intervenuta prima della presentazione dell’istanza di condono, né avrebbe potuto legittimamente intervenire, posto che, non sono ammissibili deroghe al vincolo cimiteriale per interessi privati (cfr. Cons. Stato sez. VI 27 luglio 2015 n. 3667): invero, dato il carattere sostanzialmente assoluto del vincolo cimiteriale, la giurisprudenza amministrativa ha costantemente ritenuto che lo stesso precluda il rilascio della concessione in sanatoria, senza neppure la necessità per l’amministrazione di compiere ulteriori valutazioni in ordine alla concreta compatibilità dell’opera con i valori da esso tutelati (cfr. Cons. St., Sez. VI, 29.10.2020, nr. 6835; Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2007, n. 1933).

E’ ancora da aggiungere che del tutto destituita di fondamento è la pretesa di parte ricorrente di attribuire al provvedimento in disamina il valore di diniego di autorizzazione alla deroga del vincolo, in quanto tale adottato da un soggetto incompetente, essendosi l’Amministrazione limitata a rilevare la carenza di una autorizzazione in deroga alla data dell’istanza di riesame.

3. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.

Il regolamento delle spese di lite segue la soccombenza.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore della parte resistente, che si liquidano in complessivi euro 3.000,00, oltre accessori di legge, se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l’intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente

Marco Rinaldi, Primo Referendario

Daria Valletta, Referendario, Estensore

L’ESTENSORE

Daria Valletta

IL PRESIDENTE

Alberto Pasi

IL SEGRETARIO