

Pubblicato il 16/06/2021
N. 00811/2021 REG.PROV.COLL.
N. 02030/2007 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2030 del 2007, proposto da
Fallimento Vivaldi s.r.l. in Liquidazione, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Pier Vettor Grimani, con domicilio eletto presso il suo studio in
Venezia, S. Croce, 466/G;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria ex lege in Venezia,
San Marco, 63;

Magistrato Alle Acque di Venezia, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) *quanto al ricorso principale:*

del provvedimento prot. 6688 del 3.7.07, pervenuto il 10.7.07, con il quale il Dirigente
dell'Ispettorato Generale per la Laguna di Venezia Marano e Grado e per l'attuazione della legge per
la salvaguardia di Venezia del Magistrato alle Acque di Venezia ha respinto la domanda presentata
dalla ricorrente volta ad ottenere la concessione ad occupare uno specchio acqueo della laguna di
Venezia ed una porzione dell'argine prospiciente nel Comune di Quarto d'Altino località
Portegrandi, nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

b) *quanto ai motivi aggiunti:*

del provvedimento prot. 7575/07 del 5.12.07, pervenuto il 12.12.07, con il quale il Dirigente
dell'Ispettorato Generale per la Laguna di Venezia Marano e Grado e per l'attuazione della legge per
la salvaguardia di Venezia del Magistrato alle Acque di Venezia ha respinto la domanda presentata
dalla ricorrente volta ad ottenere la concessione ad occupare uno specchio acqueo della laguna di
Venezia ed una porzione dell'argine prospiciente nel Comune di Quarto d'Altino località
Portegrandi, nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza di smaltimento dell'arretrato del giorno 11 maggio 2021 il dott. Marco
Rinaldi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso principale e successivi motivi aggiunti la parte ricorrente ha impugnato i provvedimenti
in epigrafe descritti con i quali il Magistrato alle Acque di Venezia le ha negato il rilascio delle
concessioni demaniali per l'occupazione di uno spazio acqueo per l'ormeggio di imbarcazioni e di
un argine in prossimità della darsena di Portegrandi, deducendone l'illegittimità per violazione di
legge ed eccesso di potere.

Si è costituito in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti facendo una lunga digressione su altri contenziosi intercorsi tra le parti e chiedendo il rigetto delle impugnative avversarie.

All'udienza straordinaria in epigrafe indicata la causa è passata in decisione.

Il ricorso e i motivi aggiunti meritano accoglimento per l'assorbente considerazione che i provvedimenti impugnati non sono stati preceduti della comunicazione dei motivi ostativi di cui all'art. 10 bis della L. 241/90.

La disposizione introdotta dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 (art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241) stabilisce che nei procedimenti ad istanza di parte (fatte salve alcune eccezioni, qui non ricorrenti) il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda; entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti; la comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo; infine, dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni deve darsi ragione nella motivazione del provvedimento finale.

Come chiarito dalla giurisprudenza, il c.d. preavviso di rigetto, nel caso di procedimento iniziato a seguito di istanza di parte, riveste un ruolo fondamentale nello svolgimento delle funzioni ampliative o conformative della posizione giuridica del privato; la richiamata disposizione mira a dar luogo ad un contraddittorio endoprocedimentale a carattere necessario, anticipando di fatto il meccanismo dialettico che ha luogo nel processo (arg. ex T.A.R. Sardegna, sez. I, 3 marzo 2015, n. 397).

In particolare, la comunicazione prevista dall'art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 è finalizzata all'instaurazione di una ulteriore fase di contraddittorio procedimentale, che consente al richiedente di articolare fino ad un momento prima del provvedimento negativo, ulteriori ragioni a sostegno della propria posizione di interesse legittimo e permette, al tempo stesso, una utile rimediazione della vicenda all'Amministrazione procedente alla quale vengono forniti nuovi elementi di valutazione; l'istituto del c.d. preavviso di diniego, sorto con il chiaro intento di potenziare la dialettica procedimentale in un'ottica di favore per il privato, finisce con l'assicurare che ogni momento del procedimento immediatamente precedente l'adozione del provvedimento sia utile all'Amministrazione per pervenire alla scelta discrezionale migliore (arg. ex T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 14 gennaio 2016, n. 87).

Nella fattispecie in esame, tale comunicazione non è stata effettuata e, trattandosi di procedimento ad istanza di parte, sussiste la dedotta violazione (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 28 dicembre 2009, n. 9603).

Si aggiunga che un'applicazione corretta dell'art. 10 bis della legge n.241 del 1990 esige, non solo che l'Amministrazione enunci compiutamente nel preavviso di provvedimento negativo le ragioni che intende assumere a fondamento del diniego, ma anche che le integri, nella determinazione conclusiva (ovviamente, se ancora negativa), con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio predecisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione (Cons. St., sez. I, 25 marzo 2015, n.80 e sez. VI 2 maggio 2018 n. 2615).

Infatti, solo il modus procedendi appena descritto permette che la disposizione di riferimento assolva la sua funzione di consentire un effettivo ed utile confronto dialettico con l'interessato prima della formalizzazione dell'atto negativo, evitando che si traduca in un inutile e sterile adempimento formale (peraltro neppure rispettato nel caso di specie).

Il Collegio non ignora l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale lo scopo dell'istituto del c.d. preavviso di rigetto, di cui all'art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 viene meno - ed è di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento - nei casi in cui il contenuto

dell'atto finale non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia in quanto vincolato, sia in quanto, sebbene discrezionale, sia stata raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità, posto che le norme in materia di partecipazione procedimentale devono essere interpretate avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la loro inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la Pubblica Amministrazione, sicché il mancato c.d. preavviso di rigetto – nell'assetto anteriore alla modifica dell'art. 21-octies della l. n. 241 del 1990, disposta con l'art. 12, comma 1, lett. *i*, d.l. n. 76 del 2020, nel testo risultante dalla legge di conversione – non comporta l'automatica illegittimità del provvedimento finale, quando, in ipotesi, possa trovare applicazione l'art. 21-octies della stessa legge, secondo il quale il giudice non può annullare il provvedimento per vizi formali che non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale di un provvedimento, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (arg. ex T.A.R. Lazio, Roma, sez. I quater, 14 aprile 2020, n. 3911).

Nel caso in esame, tuttavia, non è possibile affermare che sia stata raggiunta la prova della concreta e sostanziale non modificabilità dei provvedimenti negativi (dinieghi di concessione demaniale) opposti alle domande avanzate dalla società ricorrente né è possibile escludere a priori, a fronte degli elementi dedotti da parte istante anche in sede giudiziale, che il procedimento potesse concludersi diversamente.

L'accoglimento del motivo relativo alla violazione dell'art. 10 bis della L. 241/90 assume carattere assorbente ed esime il G.A. dall'esame degli ulteriori profili di illegittimità dedotti dalla ricorrente. La necessità, infatti, per il Giudicante di ritenere concluso il proprio sindacato dopo la positiva definizione delle censure relative alla mancata adozione del preavviso di diniego va rinvenuta nel fatto che un esame degli ulteriori motivi di ricorso, individuando profili di legittimità o di illegittimità del provvedimento impugnato, finirebbe per vanificare l'obbligo, incombente jussu iudicis sull'Amministrazione, di reiterare il procedimento, comunicando il preavviso di rigetto, valutando le osservazioni presentate dal privato e dando conto di tale effettiva valutazione nella motivazione del provvedimento (Consiglio di Stato Sezione III, sentenza 15 ottobre 2019, n. 7019). Per quanto sin qui esposto, il ricorso e i motivi aggiunti deve essere accolti, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della problematicità delle questioni che hanno dato origine alla vertenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2021, tenutasi da remoto mediante videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe La Greca, Presidente

Marco Rinaldi, Primo Referendario, Estensore

Nicola Bardino, Referendario

L'ESTENSORE
Marco Rinaldi

IL PRESIDENTE
Giuseppe La Greca

IL SEGRETARIO