

**Consiglio di Stato**  
**Sezione VI**  
**Sentenza 14 luglio 2014, n. 3623**

**FATTO E DIRITTO**

1. L'odierno appellante ha impugnato innanzi il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto:

- il provvedimento prot. 148276 del 4 aprile 2012 di revoca di concessione di spazio acqueo n. 40267 del 1° maggio 2010 intestata al sig. G. Andrea in rio di S. Zan Degolà a S. Croce;

- il provvedimento di prot. 33307 del 15 aprile 2012 con cui il Comune di Venezia ha rilasciato concessione per l'occupazione permanente di spazi acquei al sig. A. Fabrizio nel medesimo spazio acqueo revocato al ricorrente;

- tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali anche non noti, ivi compreso il parere favorevole della Commissione per la salvaguardia di Venezia nr. 33027 del 24 gennaio 2011 e l'autorizzazione paesaggistica prot. n. 92324 del 2 marzo 2011, la nota prot. 324343 del 3 agosto 2011 e la nota 52669 del 3 febbraio 2012 adottate dal Corpo di polizia municipale servizio navigazione - sezione spazi acquei, e, per quanto di necessità, i verbali di sopralluogo della Polizia municipale sezione spazi acquei non noti, nonché l'ignoto provvedimento di rimozione dell'imbarcazione;

e in via subordinata l'art. 4, comma 11, del Regolamento per la circolazione acquea del Comune di Venezia (approvato con d. C.C. 216/1996 e n. 205/1997, modificato ed integrato con d. C.C. n. 145/2010 e d. C.C. n. 64/2011).

L'odierno appellante ha chiesto la condanna al risarcimento del danno.

L'odierno appellante ha impugnato altresì l'articolo 4-bis, primo comma, lett. b), del Regolamento per la circolazione acquea sopra indicato, norma non espressamente indicata nell'originario oggetto, ma del tutto coincidente con quella impugnata e di cui all'art. 4, comma 11, e logicamente oggetto dell'originaria impugnazione.

2. Per la ricostruzione della vicenda si rinvia a quanto dedotto nel ricorso in appello dal sig. G., nei limiti rilevanti per la decisione del ricorso.

«Il sig. Andrea G., in data 1 maggio 2010, ha ottenuto dal Comune di Venezia il rilascio della concessione n. 40267 per l'occupazione di uno spazio acqueo in rio San Zan Degolà nel sestiere di Santa Croce. L'appellante è subentrato nella titolarità della concessione prima intestata alla madre, sig. Rossana R., a seguito di rinuncia della stessa, la quale già dal 5 settembre 2007 aveva ottenuto il titolo. Già allora la madre sig.ra R. precisava che l'uso del natante riferito allo spazio acqueo in questione veniva utilizzato dal figlio Andrea G.

Nella domanda di concessione del 5 ottobre 2009 veniva, altresì, indicato il tipo di imbarcazione, ovvero un tipico sandolo veneziano.

All'epoca della domanda ed al rilascio della concessione, le finestre del sig. A.», odierno appellato «risultavano con inferriate, così come, peraltro, si presentavano sin dal giugno 2007, epoca in cui la sig.ra Rossana R. otteneva la concessione.

In data 6 ottobre 2008 il sig. A. ha presentato domanda di concessione di spazio acqueo, in rio San Zan Degolà, indicando uno spazio acqueo e tre spazi alternativi. Solo uno degli spazi si riferiva alla zona sotto le finestre di sua proprietà, ma da un lato, esso non coinvolgeva la concessione del sig. Andrea G., dall'altro lato, lo spazio individuato si sovrapponeva con altra concessione (n. 6546 prot. 86236/2003).

Non avendo ottenuto lo spazio acqueo voluto, il sig. A., tre anni dopo (2011), ha presentato domanda di autorizzazione edilizia per la rimozione delle inferriate in questione, poi ottenuta. Rimosse le inferriate, e in relazione alla propria istanza già respinta, ha chiesto la revoca della concessione rilasciata al ricorrente, "in quanto la stessa occupa uno spazio acqueo fronte finestre prive di inferriate (art. 4, comma 11, Regolamento viabilità acquee) poste al p.t. dell'immobile di proprietà". Il tutto con il chiaro intento di ottenere a proprio favore lo spazio acqueo occupato dall'appellante.

Il Comune di Venezia, per quanto sopra e in "riferimento alla domanda prot. 417593 del 6 ottobre 2008, tesa ad ottenere uno spazio acqueo in rio S. Zan Degolà e al Vs. parere negativo prot. 508501 del 1° dicembre 2008" ha avviato il procedimento di verifica dell'occupazione degli spazi acquee in Rio San Degolà di due concessioni: la n. 40267 ovvero lo spazio acqueo occupato dalla barca del ricorrente (c.d. "sandolo"), e la n. 6546 ovvero lo spazio acqueo occupato da una barca da diporto (c.d. "topa").

Il Comune di Venezia, da un lato, ha disposto la revoca della concessione di cui l'appellante era titolare dal 4 aprile 2012, dall'altro lato, ha rilasciato sulla base della domanda del 6 ottobre 2008, una nuova concessione (n. 33307 in data 15 aprile 2012) per l'occupazione del medesimo spazio acqueo al sig. A.

L'Amministrazione ha poi provveduto alla rimozione dell'imbarcazione, nonostante le istanze di proroga presentate dall'appellante».

3. Con la sentenza appellata (TAR Veneto, 13 luglio 2012, n. 1003, in forma semplificata) il giudice di primo grado ha dichiarato inammissibile il ricorso: "Considerato che, se la ratio dell'art. 4, XI comma, del regolamento per la circolazione acquee è quello di tutelare la proprietà privata assicurando un'adeguata protezione agli immobili da possibili intrusioni, allora la disposizione ivi contenuta - che consente l'occupazione dello spazio acqueo prospiciente a finestre sprovviste di inferriate subordinatamente al consenso del proprietario - confligge inevitabilmente con la predetta ratio, atteso che la tutela si fornisce non già condizionando l'ormeggio del natante agli umori del proprietario della finestra, ma vietando sic et simpliciter qualsiasi utilizzo dello spazio ad essa antistante (per es., la ratio dell'autorizzazione al passo carraio è di consentire all'avente diritto l'accesso al sito retrostante: sicché è fatto divieto a tutti - opportunamente sanzionato -, anche al proprietario del sito, di utilizzare il passo per posteggiare un autoveicolo): il richiamato art. 4, XI comma è, dunque, illegittimo perché, lungi dal garantire l'antintrusione, rende il proprietario della finestra al "pianoterra" priva di protezione ed affacciata sull'acqua soltanto arbitro della concessione dell'ormeggio sottostante: il che contrasta palesemente con la normativa in materia di concessione di spazi demaniali;

che, tuttavia, il ricorso si appalesa inammissibile per difetto di interesse in quanto il ricorrente ha ommesso di impugnare il successivo art. 4-bis, I comma, lett. b) del medesimo regolamento che prevede che, su domanda, le concessioni permanenti per l'occupazione di spazi acquei sono assegnate al «l'avente titolo, in caso di spazi antistanti... unità immobiliari situate a piano terra e con fori-finestra sprovvisti di inferriate di protezione»: sicché, anche qualora si espungesse dall'ordinamento l'art. 4, XI comma, del regolamento, la revoca della concessione all'odierno ricorrente ed il successivo rilascio della concessione al controinteressato troverebbero comunque giustificazione e fondamento nella richiamata norma regolamentare di cui all'art. 4-bis, I comma, lett. b)".

4. Con il ricorso in appello il sig. G. ha dedotto quanto segue.

"A) Primo motivo di appello - Il primo e terzo motivo di ricorso, e le regole processuali. L'interpretazione della domanda e l'eventuale disapplicazione dei regolamenti.

Con il primo motivo di ricorso si è lamentata la violazione di legge, l'eccesso di potere, l'abuso di diritto. In particolare il ricorrente con il primo motivo di ricorso ha lamentato che tutta la vicenda si gioca sull'equivoco.

È pacifico che il regolamento comunale richiede l'assenso dei proprietari e, come modificato nel maggio 2011, dell'avente titolo all'utilizzo dell'immobile per consentire il rilascio di concessioni sotto le finestre prive di inferriate. Il tutto con lo scopo evidente di proteggere la proprietà privata dal "pericolo" connesso alla presenza di una barca. Ma nessuna forma di interferenza o preferenza nella scelta del concessionario può essere collegata alla proprietà stessa. Il proprietario non può scegliere il concessionario. È quindi inammissibile che un proprietario neghi l'assenso al concessionario presente, per favorire altri aspiranti concessionari e/o se stesso.

Con il terzo motivo di ricorso, in via subordinata, si è lamentata l'illegittimità e richiesta la disapplicazione dell'art. 4, comma 11, del Regolamento per la Circolazione acqua nel Comune di Venezia laddove rimette all'arbitrio dei privati. Difetto assoluto di attribuzione del potere. In particolare il ricorrente ha lamentato che, l'art. 4, comma 11, del Regolamento per la circolazione acqua nel Comune di Venezia (approvato con d. C.C. 216/1996 e s.m.i., con d. C.C. 145/2010 e d. C.C. 64/2011), laddove stabilisce la necessità del "nulla osta da parte dell'avente titolo all'utilizzo dell'immobile", nell'ipotesi di fori-finestra al piano terra sprovvisti di inferriate di protezione. Ed infatti, se il comportamento del sig. A. è legittimo e lo sono anche gli atti del Comune, allora è illegittima la disposizione del regolamento in quanto rimette alla discrezionalità, o meglio, all'arbitrio del privato il potere pubblicistico di scelta del concessionario dello spazio acqueo. La cosa non ha senso. O sussiste un'esigenza di tutela della proprietà, sicché in assenza di inferriate non è consentita l'occupazione di spazi acquei prospicienti ad unità immobiliari situate al piano terra, oppure la tutela della proprietà soccombe rispetto al potere pubblicistico di concessione dello spazio acqueo. O, in terzo caso, il proprietario può preferire la tutela della proprietà e negare l'uso, ma non può farlo per consentirlo a se stesso. Ed infatti, non è ammissibile che in un medesimo contesto, in cui la situazione di fatto risulti essere assolutamente identica, la concessione venga revocata ad un soggetto e concessa ad un altro, com'è avvenuto nel caso che ci occupa, solo per scelta del proprietario delle finestre".

"A.3. I poteri di disapplicazione dell'atto regolamentare.

Per altro verso il TAR ha poi ommesso di esercitare i poteri di disapplicazione dell'atto regolamentare per la parte che si ritenesse non impugnata, pur avendo espressamente riconosciuto l'illegittimità del contenuto del regolamento medesimo. Secondo lo stesso TAR, infatti, l'art. 4 del regolamento "palesamente contrasta con la normativa in materia" di concessioni. Se così è, allora contrasta palesamente anche l'art. 4-bis che si sposa esattamente con l'art. 4. In questo modo il TAR ha erroneamente lasciato che nell'ordinamento permangano atti puntuali e regolamentari che lo stesso TAR ha giudicato come illegittimi. A fronte dell'accertamento della illegittimità della norma dell'art. 4 e della non creduta impossibilità di annullare l'art. 4-bis, il TAR doveva allora disapplicare la norma illegittima e asseritamene non annullabile".

5. Il Comune di Venezia, con memoria datata 6 marzo 2013, ha dedotto, per quel che qui interessa, che difetta di fondamento giuridico la tesi sub A.3 dell'atto introduttivo del presente giudizio, laddove si pretende l'errore del T.A.R. Veneto nell'aver "omesso di esercitare i poteri di disapplicazione dell'atto regolamentare per la parte che si ritenesse non impugnata, pur avendo espressamente riconosciuto l'illegittimità del contenuto del regolamento medesimo".

Infatti, nessuna norma prevede il potere del giudice amministrativo di disapplicare una norma nazionale, anche se di fonte secondaria, come nel caso di specie. Invero, tale facoltà non si rinviene nell'art. 34 c.p.a., che pure reca l'elencazione dei possibili contenuti delle sentenze di merito pronunciate dal giudice amministrativo.

Nel caso in esame si è in presenza di una pronuncia di rito, stante l'avvenuta declaratoria di inammissibilità del ricorso, e dunque trova applicazione l'art. 35 c.p.a., che parimenti - e a maggior ragione - esclude il potere disapplicativo del giudice.

6.1. L'appellato signor A., con memoria datata 20 marzo 2013, ha dedotto, per quel che qui interessa, che l'impugnativa di qualsivoglia norma del Regolamento per la circolazione acquea del Comune di Venezia è inammissibile in quanto non sono state intimate tutte le altre autorità deputate all'approvazione del suddetto regolamento che, ai sensi dell'art. 517 del regolamento di esecuzione del Codice della navigazione, sono il Magistrato alle acque, la Capitaneria di porto e l'Ispettorato di porto della regione. Tutte tali autorità che concorrono all'approvazione del regolamento e a tutte le successive modifiche dovevano essere intimate ai sensi dell'art. 41 c.p.a. senza possibilità di successiva integrazione o sanatoria.

In secondo luogo le due norme in questione sono comunque diverse.

L'art. 4 prevede in sostanza che il proprietario o utilizzatore dell'immobile sia interpellato qualora altri intendano occupare lo spazio acqueo prospiciente le sue finestre d'acqua.

L'art. 4-bis che ha natura sostanziale configura come atto vincolato il rilascio della concessione di spazio acqueo in favore dell'avente titolo e non è stato in alcun modo impugnato in primo grado.

L'appellato sostiene altresì che la censura svolta dall'appellante è inammissibile in quanto il TAR non avrebbe potuto disapplicare, come richiesto dall'appellante, l'art. 4-bis in quanto sarebbe stato violato l'art. 73, comma 3, c.p.a. che, come noto, impone al giudice, se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio di

indicarla in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.

Non avendo il Giudice di primo grado ravvisato alcuna ipotesi di disapplicazione non ha attivato il contraddittorio su questione rilevabile d'ufficio.

Il rilievo circa la mancata disapplicazione dell'art. 4-bis è ancora inammissibile per violazione dell'art. 104 che non consente la proposizione di domande nuove in grado d'appello ed ancora inammissibile per difetto di specificità della censura ex art. 101 c.p.a. in quanto anche in secondo grado non si comprende quale norma di rango legislativo contrasterebbe con l'art. 4-bis del regolamento comunale.

In tema di disapplicazione al giudice amministrativo è consentito disapplicare, ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo, la norma secondaria di regolamento, qualora essa contrasti in termini di palese contrapposizione con il disposto legislativo primario, cui dovrebbe dare esecuzione.

Orbene non è dato sapere con quale norma legislativa vi sarebbe questa palese contrapposizione né tanto meno di quale norma legislativa il regolamento comunale darebbe illegittima esecuzione.

6.2. L'appellato ritiene ancora erronea la motivazione della sentenza impugnata allorché afferma l'illegittimità della norma (art. 4 del Regolamento) impugnata.

L'appellato afferma che se la ratio della norma fosse solo quella di tutelare la proprietà privata, nessuna imbarcazione (né del ricorrente, né del resistente, né di altri) potrebbe essere ormeggiata sotto le finestre d'acqua (così come non potrebbe essere ormeggiata alcuna imbarcazione sotto alcuna finestra d'acqua a Venezia, imponendo in tal caso la revoca di centinaia di concessioni rilasciate da decenni).

Ma se così fosse difetterebbe l'interesse del ricorrente a perseguire simile percorso ipotetico in quanto comunque la sua concessione andava revocata.

L'appellato ritiene poi non pertinente l'analogia con i passi carrai perché questi si pongono in corrispondenza di un passaggio di veicoli, rispetto a un sito retrostante, ciò che accade nel caso di fori o finestre d'acqua, le quali non sono poste in corrispondenza di alcun passaggio di natanti.

L'appellato conclude quindi affermando:

- l'art. 4-bis del regolamento non è stato oggetto d'impugnativa né in via principale né con motivi aggiunti in primo grado;
- lo stesso art. 4-bis non può essere autonomamente impugnato in secondo grado in violazione dell'art. 104, I comma c.p.a. né tanto meno ricorre l'ipotesi di cui all'art. 104 ultimo comma c.p.a.;
- l'impugnativa è comunque inammissibile (come già dell'art. 4) per difetto di notifica del ricorso alle amministrazioni emananti;

- la previsione dell'art. 4-bis è stata eccepita in primo grado da Comune e controinteressato con valenza paralizzante dell'impugnativa avversaria. L'art. 4-bis delinea le ipotesi di rilascio delle concessioni di spazio acqueo e connota come atto vincolato la concessione emessa in favore del controinteressato sig. A. con le ricadute ex art. 21-octies l. 241/90 e non ne costituisce invece la motivazione;

- al TAR non è stata proposta dal ricorrente alcuna domanda di disapplicazione dell'art. 4-bis del regolamento, né è stata indicata la norma di rango legislativo che in tesi risulterebbe contraddetta dal regolamento di esecuzione;

- il TAR, anche se lo avesse voluto, non avrebbe potuto disapplicare l'art. 4-bis in quanto non è stato attivato alcun contraddittorio sul punto ex art. 74 c.p.a. La domanda di disapplicazione ora proposta dall'appellante si palesa nuova in violazione dell'art. 104 c.p.a.;

- la domanda di disapplicazione è generica ed immotivata in violazione dell'art. 101, comma 1, c.p.a. né ancora una volta viene indicata quale sarebbe la norma di rango legislativo in tesi violata dal regolamento di esecuzione.

7.1. Il Collegio osserva preliminarmente che il potere di disapplicazione degli atti regolamentari è principio da lungo tempo recepito dal giudice amministrativo.

"Al giudice amministrativo è consentito disapplicare, ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo, la norma secondaria di regolamento, qualora essa contrasti in termini di palese contrapposizione con il disposto legislativo primario, cui dovrebbe dare esecuzione" (Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2535).

"Il giudice amministrativo, in applicazione del principio della gerarchia delle fonti, può valutare direttamente, attraverso lo strumento della disapplicazione del regolamento, il contrasto tra provvedimento e legge, eventualmente annullando il provvedimento a prescindere dell'impugnazione congiunta del regolamento" (Cons. Stato, sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 5098).

"Al giudice amministrativo è consentito disapplicare, ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo, la norma secondaria di regolamento, qualora essa contrasti con il disposto legislativo primario, del quale è intesa a dare esecuzione" (Cons. di Stato, sez. VI, 12 aprile 2000, n. 2183).

7.2. Ciò premesso il Collegio ritiene di dover ancora preliminarmente osservare che l'istituto della disapplicazione di una norma regolamentare, per la sua intima struttura, non richiede che siano evocate in giudizio le autorità che quel regolamento hanno adottato, perché quell'atto, dopo la pronuncia del giudice, conserva la sua efficacia nell'ordinamento giuridico; la notificazione del ricorso è indispensabile allorché la pronuncia del giudice elimini dall'ordinamento gli atti impugnati, perché l'autorità emanante ha l'interesse, tutelato dall'art. 24 della Costituzione, alla loro conservazione.

7.3. L'eccezione relativa all'omessa notificazione a tutte le autorità che hanno partecipato alla formazione del Regolamento per la circolazione acquee del Comune di Venezia, a parte le osservazioni dell'appellante, resta superata ove il giudice degradi la richiesta di

annullamento a richiesta di disapplicazione, che, come evidenziato al paragrafo precedente, non richiede l'evocazione in giudizio delle autorità emananti.

7.4. La disapplicazione è operazione ermeneutica che può essere compiuta anche d'ufficio dal giudice e, pertanto, non richiede apposita richiesta da parte del ricorrente.

7.5. La deduzione dell'appellato, circa l'impossibilità di operare la disapplicazione del regolamento in assenza di apposita indicazione, così come previsto dall'art. 73, comma 3, c.p.a., nel caso di specie è irrilevante perché alla questione di diritto ha fatto esplicito riferimento l'appellante nel ricorso in appello: si tratta, quindi, di questione già sottoposta al contraddittorio delle parti, non già rilevata d'ufficio dal giudice.

7.6. Il Collegio osserva preliminarmente che, in sede d'appello, possono esser denunciati, con pertinenti censure, tutti i vizi, che l'appellante ritiene di individuare nella sentenza appellata.

In questa prospettiva l'appellante non può esser privato del bene della vita cui aspira se il giudice di primo grado abbia scelto di adottare una sentenza in forma semplificata, senza pronunciare sulla possibile disapplicazione del regolamento.

Poiché la disapplicazione attiene all'interpretazione delle norme che disciplinano il rapporto controverso, può essere disposta d'ufficio e, quindi, per la prima volta in grado d'appello.

8.1. L'appellato, così come evidenziato in precedenza, ha censurato la sentenza evidenziandone, a suo giudizio, palesi contraddizioni che dovrebbero condurre necessariamente a una pronuncia di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di interesse perché l'interpretazione fornita dal giudice di primo grado comporterebbe l'impossibilità assoluta di un rilascio di concessione di spazio acqueo dinanzi a una finestra priva di adeguate protezioni.

L'appellante ha in contrario dedotto (sia a pagina 7 della memoria datata 10 giugno 2013, che a pagina 10 della memoria datata 20 giugno 2013): «L'eccezione è inammissibile in quanto, a tutto voler concedere, controparte avrebbe dovuto proporre appello incidentale avverso quel capo della sentenza del TAR Veneto che ha affermato che la norma regolamentare "contrasta con la normativa in materia di concessione di spazi demaniali". Punto della sentenza che invece è passata in giudicato».

8.2. A prescindere dalla fondatezza della deduzione, l'appellante ha comunque indicato le norme che dovrebbero presiedere a una pronuncia di disapplicazione, richiamando (pagina 21 memoria datata 10 giugno 2013) la normativa in materia di concessione di spazi demaniali (art. 36 e 37 del codice della navigazione), nonché gli art. 3, 42 e 97 della Costituzione.

Il giudice adito ritiene quindi di poter condividere quanto affermato nella sentenza impugnata.

"L'art. 4, XI comma, del Regolamento per la circolazione acqua del Comune di Venezia è illegittimo perché, lungi dal garantire l'antintrusione, rende il proprietario della finestra al «pianoterra», priva di protezione ed affacciata sull'acqua, soltanto arbitro della

concessione dell'ormeggio sottostante: il che contrasta palesemente con la normativa in materia di concessione di spazi demaniali".

8.3. La suddetta ragione consente la disapplicazione sia del predetto art. 4, comma XI, che del successivo art. 4-bis, comma 1, lett. b), per contrasto con le norme indicate dall'appellante.

Da ciò ne consegue l'annullamento degli atti impugnati, limitatamente al:

- provvedimento prot. 148276 del 4 aprile 2012 di revoca di concessione di spazio acqueo n. 40267 del 1° maggio 2010 intestata al sig. G. Andrea in rio di S. Zan Degolà a S. Croce;
- provvedimento di prot. 33307 del 15 aprile 2012 con cui il Comune di Venezia ha rilasciato concessione per l'occupazione permanente di spazi acquei al sig. A. Fabrizio nel medesimo spazio acqueo revocato al ricorrente;
- provvedimento di rimozione dell'imbarcazione.

L'annullamento di tali atti è infatti sufficiente per la tutela del bene della vita cui aspira l'appellante.

9. La richiesta di risarcimento va al contrario rigettata non essendo stata fornita prova adeguata del danno subito.

10. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, annulla:

- il provvedimento prot. 148276 del 4 aprile 2012 di revoca di concessione di spazio acqueo n. 40267 del 1° maggio 2010 intestata al sig. G. Andrea in rio di S. Zan Degolà a S. Croce;
- il provvedimento di prot. 33307 del 15 aprile 2012 con cui il Comune di Venezia ha rilasciato concessione per l'occupazione permanente di spazi acquei al sig. A. Fabrizio nel medesimo spazio acqueo revocato al ricorrente;
- il provvedimento di rimozione dell'imbarcazione.

Rigetta la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

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