



Ricc. nn. 2538/05 – 1487/07 – 838/07

Sent. n. 3550/08

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, seconda Sezione, con l'intervento dei signori magistrati:

Claudio Rovis Presidente f.f.

Riccardo Savoia Consigliere, relatore

Marco Morgantini Referendario

**Avviso di Deposito
del
a norma dell'art. 55
della L. 27 aprile
1982 n. 186
*Il Direttore di Sezione***

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi riuniti:

n. 2538/05 proposto da Condominio Casa Smeralda A in persona dell'amministratore Claudio Anastasia, e dell' Immobiliare Andrusia S.a.S, in persona del legale rappresentante p.t., Ernesto Drusian, rappresentati e difesi dall'avv.to Annamaria Tassetto, Franco Zambelli e Filippo Cazzagon, con domicilio eletto presso gli stessi in Venezia-Mestre, v. Cavallotti, 22

CONTRO

il Comune di S.Michele al Tagliamento, in persona del Sindaco pro tempore, già rappresentato e difeso dall'avv.to Massimo Carlin, ora rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Borella, Franco Stivanello Gussoni e Stefania Piovesan ed elettivamente domiciliato in Venezia, Dorsoduro 3593, come da mandato a margine del controricorso;

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro

p.t. rappresentato e difeso e domiciliato ex lege dalla e presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Venezia, S. Marco, Palazzo Reale;

Capitaneria di porto di Venezia, in persona del Comandante p.t. non costituito in giudizio;

Regione Veneto, in persona del presidente della giunta regionale, non costituito in giudizio;

e nei confronti

della ditta La Maison di Silvia Mengo & C., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Cattivera, con domicilio presso la segreteria del T.A.R. ai sensi dell'art. 35 del R.D. 26.6.1924 n. 1054;

con intervento ad opponendum

di Boomerang. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele Casetta, Antonio Munari e Alberto Munari, con elezione di domicilio presso lo studio dell'ultimo in Venezia, Piazzale Roma 464;

per l'annullamento

previa sospensione dell'esecuzione, del permesso di costruire 19.9.2005 n. 10156/0/05 rilasciato dal Comune di San Michele al Tagliamento alla ditta "La Maison" per la costruzione di un fabbricato da destinare a residenza turistico-alberghiera; dell'autorizzazione paesistica 28.4.2005 n. 10156/0/05 prot. n. 17543;

del parere del responsabile dell'istruttoria 15.4.05;

del parere della commissione edilizia integrata 15.4.05;

della nota del dirigente dei Servizi Edilizia Privata e Urbanistica del comune del 4.5.05;

del parere del servizio LLPP 23.12.04;

del parere del servizio P.M. 4.12.04;

dei provvedimenti 28.4.04 a firma del dirigente dei Servizi Edilizia Privata e Urbanistica n.17543 e 17560 ;

del parere AULLS n.10 del 4.8.05;

degli effetti della dichiarazione di conformità del progetto alla normativa antincendio del 10.8.05;

degli effetti della dichiarazione del tecnico progettista relativamente all'adeguamento alle prescrizioni del servizio LLPP;

annullamento o disapplicazione dell'art.15 del regolamento edilizio del Comune e delle eventuali delibere regionali di approvazione delle modifiche introdotte con le delibere C.C. n. 173 del 17.10.80 e 311 del 20.12.85;

delle intese raggiunte tra Comune e Capitaneria di Porto;

della deliberazione n. 92 del 28 settembre 2004 avente oggetto “Ridelimitazione di ambiti di intervento e/o U.M.I. all'interno del piano particolareggiato della zona di ricomposizione di Bibione; della comunicazione n. 41184 del 5 ottobre 2004 indirizzata all'amministratore del condominio Smeralda, di ogni altro atto connesso;

e per la condanna dell'amministrazione comunale di San Michele al Tagliamento al pagamento al risarcimento del danno;

del ricorso n. 1487/07 proposto da HOLIDAY TERME S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, SAVOY S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, HOTEL PRINCIPE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, tutti rappresentati e difesi dagli avv.ti Ivone Cacciavillani, Chiara Cacciavillani e Giorgia Baldan, con domicilio presso la segreteria del T.A.R. ai sensi dell'art. 35 del R.D. 26.6.1924 n. 1054;

CONTRO

il Comune di San Michele al Tagliamento in persona del Sindaco pro tempore, già rappresentato e difeso dall'avv.to Massimo Carlin, ora rappresentato e difeso dagli avv.ti Alberto Borella, Stefania Piovesan e Franco Stivanello Gussoni, con elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, Dorsoduro 3593;

e nei confronti di

Boomerang. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele Casetta, Antonio Munari e Alberto Munari, con elezione di domicilio presso lo studio dell'ultimo in Venezia, Piazzale Roma 464;

La Maison s.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore,

con intervento ad adiuvandum

del Condominio Casa Smeralda “A”, in persona dell’amministratore pro tempore, Claudio Anastasia nonché di Immobiliare Andrusia S.a.S, in persona del legale rappresentante p.t., Ernesto Drusian, rappresentati e difesi dall’avv.to Annamaria Tassetto e Franco Zambelli, con domicilio eletto presso il secondo in Venezia- Mestre, v. Cavallotti, 22

PER

l’annullamento, previa sospensione dell’esecuzione, del permesso di costruire 19.9.2005 n. 10156/0/05 rilasciato dal Comune di San Michele al Tagliamento alla ditta “La Maison” per la costruzione di un fabbricato da destinare a residenza turistico-alberghiera; dell’autorizzazione paesistica 28.4.2005 n. 10156/0/05 prot. n. 17543 rilasciata dal Comune di San Michele al Tagliamento; dell’atto di proroga del termine per l’inizio lavori 8.9.2006 e di quello di ulteriore proroga del medesimo termine del 30.11.2006; di tutti gli atti di adozione e approvazione della variante al piano particolareggiato della zona di ricomposizione di Bilione;

del ricorso 838/2007 proposto da CONDOMINIO CASA SMERALDA A, in persona dell’amministratore pro tempore, S.R.L. IMMOBILIARE ANDRUSIA, in persona del legale rappresentante pro tempore e da VOLTOLINA MARIA e VOLTOLINA SILVANA, rappresentati e difesi dagli avv.ti Annamaria Tassetto e Franco Zambelli, con elezione di domicilio presso lo studio degli stessi in

Mestre, Via Cavallotti 22;

CONTRO

il Comune di S.Michele al Tagliamento, in persona del Sindaco pro tempore, già rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Carlin, ora rappresentato e difeso dagli avv.ti Alberto Borella e Franco Stivanello Gussoni, con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in Venezia, Dorsoduro 3593;

la Commissione edilizia integrata del Comune di S.Michele al Tagliamento, in persona del legale rappresentante pro tempore,

e nei confronti

della S.a.s. La Maison di Mengo Daniele & C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mauro Bonato ed Erika Guarnieri, con domicilio presso la segreteria del T.A.R. ai sensi dell'art. 35 del R.D. 26.6.1924 n. 1054;

e della S.r.l. Boomerang, in persona del legale rappresentante pro tempore,

PER

l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, del provvedimento comunale 12.3.2007 n. 9064 con il quale non è stata dichiarata la decadenza del permesso di costruire n. 10156/0/05 rilasciato in data 19.9.2005 alla ditta La Maison, del provvedimento di volturazione alla S.r.l. Boomerang 30.11.2006, del verbale 27.2.2007 n. 7191, del provvedimento 8.9.2006 n. 36564, del provvedimento 30.11.2006 n. 47804 e del permesso di costruire 19.9.2005 n. 10156/0/05, nonché per

il risarcimento del danno.

Visti i ricorsi, ritualmente notificati e depositati presso la segreteria , con i relativi allegati;

Visti gli atti e documenti depositati col ricorso;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Michele al Tagliamento, depositato il 3.8.2007-12.10.2007 e della S.r.l. Boomerang, depositato il 3.9.2007, quanto al secondo ricorso;

visti gli atti di intervento ad adiuvandum e ad opponendum nei primi gravami;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di S. Michele al Tagliamento, dell'Avvocatura dello stato e della ditta controinteressata nel primo e terzo gravame;

viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti di causa;

Uditi alla pubblica udienza del 6 marzo 2008 relatore il cons. Riccardo Savoia, i procuratori delle parti costituite come da verbale d'udienza;

ritenuto in fatto e diritto:

FATTO E DIRITTO

1. Con delibera di Giunta Regionale n. 5000 del 2 ottobre 1979 è stato approvato il Piano Particolareggiato “Zona di Ricomposizione di

Bibione.” All’interno di tale piano particolareggiato è stato costituito un unico comparto, costituito dai terreni identificati nei mappali al foglio 49 n. 431, 147, 430, 506; il mappale 431 è attualmente di proprietà della controinteressata, mentre i restanti mappali risultano di proprietà dei Condomini “Smeralda” A e “Smeralda” B.

Su tale ultimo mappale sarebbe iscritta una servitù di parziale inedificabilità.

Con delibera n. 274 del 22 dicembre 1993 il Consiglio comunale di San Michele al Tagliamento decideva, da un lato, di scorporare il comparto costituito dai mappali sopra citati dall’area Progetto 4 dello stesso piano particolareggiato, interessato alla realizzazione del complesso termale, dall’altro di sanare la maggiore cubatura realizzata sui lotti citati attribuendo al comparto l’ulteriore cubatura di metri cubi 7000.

E ciò con l’intento di ripristinare la possibilità edificatoria nel lotto rimasto inedificato, nell’interesse dell’intero comparto, pur valendo le preclusioni costituite dal vincolo derivante dalla riportata nota di trascrizione.

A distanza di circa dieci anni con delibera n. 92 del 28 settembre 2004, il Consiglio comunale ha deliberato di ridelimitare all’interno del Piano Particolareggiato della Zona di Ricomposizione di Bibione il comparto costituito come si è detto dai ricordati mappali dividendolo in due porzioni, di cui la prima costituita dal solo mappale 431 di proprietà della società controinteressata, la seconda dai restanti

mappali, e ciò con l'intento di privare la prevalente porzione del comparto originario della potenzialità edificatoria residuale, anche in relazione al vincolo di cui alla nota di trascrizione.

La delibera veniva inviata al solo amministratore dei Condomini “Smeralda” A e “Smeralda” B.

Tali atti venivano impugnati con ricorso n.3400/04, respinto dalla sezione con sentenza n.3187/07.

2. Nel frattempo, tuttavia, erano stati rilasciati i titoli edificatori di cui in epigrafe, sicchè viene proposto il primo dei ricorsi odierni contestando la legittimità dei permessi di costruire.

3. Il ricorso, oltre a riproporre le censure avverso gli atti presupposti già esaminate nella sentenza n. 3187/07, deduce l'illegittimità del permesso di costruire:

1) per non avere considerato l'amministrazione comunale l'insussistenza del titolo a fronte dell'esistenza di una servitù di inedificabilità a carico del fondo;

2) per non aver acquisito il parere ex art.55 cod. nav. della competente Capitaneria di porto;

3) per non aver congruamente motivato in ordine alla compatibilità dell'intervento con il vincolo paesaggistico insistente sull'area;

4) per aver violato la direttiva CEE n. 92/43 essendo il mappale inserito nell'ambito di un sito di importanza comunitaria (SIC) e nella Zona Speciale di Protezione (ZPS), non risultando compiuta la

prescritta valutazione di incidenza ambientale;

- 5) per essere stata composta la Commissione edilizia anche dal Sindaco con violazione del principio di separazione fra organi politici e di gestione;
- 6) per difetto di motivazione;
- 7) per violazione dell'art.7 della legge n.241/90 per non essere stato il Condominio preventivamente notiziato del rilascio del permesso di costruire, pur essendo nota all'amministrazione la contrarietà all'intervento e rivestendo conseguentemente la qualità di controinteressato, se non altro sotto il profilo meramente procedimentale e partecipativo, obbligatorio destinatario dell'avviso di avvio del procedimento di rilascio del titolo edilizio.

Oltre all'annullamento degli atti in epigrafe, si chiede la condanna al risarcimento del danno.

Si sono costituite le amministrazioni comunale e statale, mentre la controinteressata ha spiegato intervento ad opponendum, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione dei ricorrenti , concludendo per la reiezione nel merito.

4. Con il secondo dei ricorsi in trattazione i medesimi atti vengono gravati da parte dei rappresentanti di alcune strutture ricettive alberghiere insistenti nelle aree contermini, contestando la legittimità dell'intervento per motivi congruenti con quelli dedotti e sopra indicati sub 2), 3), 4), 5); vengono poi contestate con un quinto motivo le proroghe concesse alla controinteressata non essendo state assunte per

“fatti sopravvenuti indipendenti dalla volontà del titolare del permesso”, secondo quanto stabilito dall’art.15 del DPR n. 380/01.

Le parti resistenti, costitutesi anche in tale secondo gravame, ne hanno eccepito l’inammissibilità e irricevibilità, chiedendo la reiezione nel merito; il Condominio, l’Immobiliare Andrusia nella diversa ragione sociale medio tempore adottata e due dei condomini hanno spiegato intervento ad adiuvandum.

Le medesime proroghe, nonché l’atto con cui il comune ha archiviato l’avviato procedimento volto a dichiarare la decadenza e la volturazione alla aente causa Boomerang sono stati impugnati con il terzo ricorso.

All’odierna udienza, dopo discussione, le cause sono state trattenute in decisione.

5. Preliminariamente i ricorsi vanno riuniti per evidente connessione oggettiva e soggettiva.

6. Si può prescindere dall’esame delle eccezioni preliminari e pregiudiziali attesa l’infondatezza dei gravami.

6.1 E infatti con sentenza n.3187/07, bensì impugnata dagli odierni ricorrenti nel gravame n. 2538/05, con domanda di sospensione tuttavia poi rinunciata, sicchè la detta pronuncia è allo stato esecutiva con ogni conseguente effetto in termini di rilevanza, la Sezione ha riconosciuto la legittimità degli atti presupposti e della riatribuzione alla controinteressata di una quota edificatoria dopo che per la costruzione dei condomini si era ecceduta la disponibilità

esistente.

6.2. La vicenda in esame, avuto riguardo non alla prospettazione della parti, ma alla documentazione in atti, può essere così riassunta.

Con deliberazione della Giunta municipale n. 1166 del 5.11.1993 è stata adottata la variante al Piano Particolareggiato della Zona di Ricomposizione di Bibione “Area Progetto 4”.

Effettuate le prescritte pubblicazioni venivano presentate quattro osservazioni. L’osservazione 2 veniva presentata dall’arch. Ongaretto, tecnico incaricato della società Mc Bell’s, il quale osservando:

- che con la delibera in oggetto il terreno di proprietà della società, avente una potenzialità edificatoria di metri cubi 3780, viene reso inedificabile provocando un grave danno economico alla società stessa;

- che la volumetria sottratta rimane inserita nella possibile volumetria realizzabile dell’Area Progetto 4 a favore della società Ischia srl;

- che non esiste nessuna servitù prediale volontaria non apparente, avente a oggetto, quale fondo servente, il lotto di proprietà della società, e quale contenuto l’obbligo di non edificare costruzioni superiori a un piano, non essendo stata la servitù trascritta a suo tempo con la conseguente non opponibilità ai terzi acquirenti del fondo servente quali la società;

chiedeva:

- che il terreno venisse di nuovo inserito nell’Area Progetto 4;

- che il limite di edificazione venisse spostato, eventualmente per il solo lotto di proprietà, al limite di piano;

che il lotto venisse individuato come area autonoma all'interno di un comparto più generale;

che la volumetria di metri cubi 3780, a completamento dell'isolato esistente, venisse classificata come residenziale, visto che la quota alberghiera verrebbe realizzata all'interno dell'area "Progetto 4" in maniera più razionale e unitaria dalla società Ischia srl.

Con la delibera n.274 del 22.1.21993, avente a oggetto variante al Piano Particolareggiato Zona di Ricomposizione di Bibione ai sensi della L.R. n.47/93 e n.61/85, venivano esaminate le osservazioni con approvazione della variante.

In sede di relazione l'assessore all'urbanistica aveva ricordato che i criteri fondamentali con cui l'amministrazione comunale ha affrontato la variante al piano particolareggiato della zona di ricomposizione di Bibione e in particolare dell'Area "progetto 4" sono:

- conservazione dei disposti della precedente normativa del piano, riguardo alla volumetria massima insediabile, salvo per quanto riguarda la sub area 1 per la quale viene inserita la destinazione a impianto termale polifunzionale che non era prevista;

- aggiornamento di quanto ormai superato rispetto alle indicazioni prescrittive per meglio conseguire la finalità di realizzazione dell'impianto termale;

- ridefinizione del perimetro dell'area di progetto, per

ricomprendervi, peraltro senza aumento di volumetria, tutte le aree occorrenti alla completezza compositiva dell'impianto termale talassoterapico ed escluderne le aree già prevalentemente edificate (lotti su via Ariete) non funzionali alla completezza del progetto.

Quanto all'esame delle osservazioni, a parte il rilievo costituito dalla controdeduzione all'osservazione 2, ove si afferma "comunque con lo scomputo di circa 7000 metri cubi "eccedenza Smeraldo"(evidentemente si riferiva ai condomini Smeralda A e B) l'indice volumetrico si approssima a quanto richiesto dall'osservante, l'osservazione del tecnico Mc Bell's, con proposta di accoglimento parziale viene così interpretata:" l'istante osserva che avendo riferito la verifica della volumetria degli edifici Smeralda all'intera area stralciata ivi compreso il lotto di proprietà Mc Bell's non edificato, ai fini della determinazione dell'eccedenza volumetrica edificata rispetto alla volumetria fondiaria di Piano particolareggiato pari a 3mc/mq automaticamente consegue una edificabilità residua pari a zero per il lotto inedificato." Dunque " al fine di ripristinare la capacità edificatoria originaria del lotto si propone al Consiglio comunale di deliberare nel senso che la verifica dell'eccedenza volumetrica dei due edifici Smeralda esistenti venga commisurata al loro solo lotto di pertinenza e quindi determinata in mc 7000 anziché mc 3200 come previsto nel dispositivo di delibera adottato, punto 6 lett.A; la relativa volumetria venga integralmente detratta dal volume residuo edificabile in area di Progetto 4. Così operando viene lasciata all'area di proprietà

della ditta Mc Bell's srl , sotto il profilo urbanistico, la volumetria originaria, e di incaricare l'ufficio tecnico di aggiornare gli elaborati in tal senso.”

Respingeva l'osservazione per il resto, precisando tuttavia, al punto 3, che “la costituzione per il lotto di proprietà di una unità minima di intervento sarà esaminata su specifica richiesta e determinata dal Consiglio comunale in linea con i numerosi precedenti ...come previsto dall'art.4 delle NTA di Piano particolareggiato”.

Sulla scorta della ricordata proposta il Consiglio comunale così deliberava:

“si accoglie parzialmente l'osservazione dell'arch. Ongaretto... poiché il computo dell'eccedenza volumetrica degli edifici “Smeralda” deve riferirsi non all'intera area stralciata dall'area Progetto 4 lungo la via Ariete comprendente il lotto inedificato di proprietà Mc Bell's srl, bensì solo ai lotti di competenza dei due edifici; di conseguenza l'eccedenza volumetrica viene determinata in mc.7000 anziché mc.3200 come previsto nella delibera di adozione.

Conseguentemente il Consiglio ... delibera di sostituire il periodo che recita” dal calcolo delle volumetrie di competenza si detrae il volume di mc.7000 pari all'esistente eccedenza volumetrica edificata sulle aree a sud della duna demaniale consortile e lungo la via Ariete escluse ora dal perimetro dell'Area Progetto come da punto 3 della presente delibera”, con il seguente testo: “fermo il disposto del punto 3 lett. A della presente delibera, dal calcolo delle volumetrie di

competenza si detrae il volume di 7000 mc pari all'esistente eccedenza volumetrica dei Condomini “Smeralda” edificati a sud della duna demaniale consortile e lungo la via Ariete rispetto alla volumetria di competenza dei rispettivi lotti”.

In data 19.8.2004 la società La Maison , avente causa della Mc Bell's srl presentava istanza di ridelimitazione di ambito di intervento e/o U.M.I..

Il Comune accoglieva l'istanza osservando:

- dato atto che i due richiesti ambiti di intervento all'interno del piano particolareggiato interessano aree di rispettiva proprietà della società “La Maison” di Silvia Mengo &C e dei Condomini “Smeralda” A e B;
- considerato che la suddetta richiesta è motivata dalla finalità di consentire la progettazione autonoma, in modo tale che ognuno dei proprietari possa edificare quanto previsto senza far aderire o partecipare altri soggetti alla realizzazione dei fabbricati;
- rilevato che per quanto attiene agli aspetti urbanistici l'area viene classificata dal Piano Particolareggiato della Zona di Ricomposizione, approvato con delibera della Giunta Regionale del Veneto n.5000 del 2 ottobre 1979, recepito dal Piano Regolatore Generale del comprensorio di Bibione approvato con DGR 28 febbraio 1985, n. 938;
- evidenziato che per la stessa area è stata attuata una variante parziale al Piano Particolareggiato con deliberazione 274/1993 con la quale è

stato ridefinito l'ambito e le modalità di intervento previste, riclassificando i terreni individuati all'interno di un'unica UMI e sottraendoli all'area Progetto 4 nella quale erano precedentemente inseriti;

- rilevato che nel dispositivo di controdeduzione alle osservazioni alla variante al Piano Particolareggiato contenuto nella citata deliberazione consiliare n. 274 è stato dato atto che i Condomini, sviluppando complessivamente una volumetria edificata (circa 16.000 metri cubi) maggiore di quella massima ammessa per la superficie fondiaria di pertinenza sottraggono, di fatto, al lotto inedificato oggi di proprietà della società “La Maison”, la propria (rectius: la sua) capacità edificatoria;
- evidenziato che con la delibera medesima il Consiglio comunale ha inteso restituire al lotto inedificato la propria capacità edificatoria in relazione all'indice fondiario previsto dal Piano Particolareggiato ;
- accertato che l'edificio, in conformità a quanto previsto con la delibera n. 274/1993 svilupperà la sola volumetria derivante dalla capacità edificatoria del terreno in proprietà.”

Orbene nella citata sentenza la sezione ha osservato che “La dettagliata ricostruzione è stata necessaria per porre alcuni punti fermi: i Condomini hanno pacificamente ecceduto la capacità edificatoria loro spettante, sicchè dovendosi stralciare una area non più ricompresa nell'Area Progetto 4, ed esistendo un lotto inedificato, se l'eccedenza volumetrica da calcolarsi si riferisse all'intera

superficie dell'area, compreso il lotto inedificato, si opererebbe in modo evidentemente illegittimo, privilegiando proprio chi aveva costruito in eccedenza; dunque il calcolo dell'eccedenza stessa deve essere riferita al solo lotto di competenza dei Condomini, sicchè la stessa è di 7000 mc e non di 3200 mc: si noti la delibera consiliare n.274/93 laddove sostituisce l'espressione contenuta nella delibera di adozione “si detrae il volume di mc.3200 pari all'esistente eccedenza volumetrica edificata sulle aree a sud della duna e lungo la via Ariete e escluse ora dal perimetro dell'area progetto” (dunque tutte le aree, compreso il lotto della controinteressata), con “ si detrae il volume di mc.7000 pari all'esistente eccedenza volumetrica dei Condomini Smeralda ... rispetto alla volumetria di competenza dei rispettivi lotti”, essendo dunque chiaro, nell'intento del Comune, che l'operazione non mirava a restituire all'intero comparto l'eccedente volumetria, quanto a garantire al soggetto che aveva visto sottratte quote di capacità edificatoria complessiva del lotto dall'edificazione in eccedenza (la “volumetria di competenza dei rispettivi lotti”) la realizzazione di un intervento subordinato (cfr. relazione assessorile) alla presentazione di specifica richiesta per la costituzione di una unità minima.”(cfr. sent. N.3187/07)

7. I ricorsi oggi in esame dunque riguardano i permessi di costruire richiesti per la realizzazione dell'intervento legittimato dalla riattribuzione di capacità edificatoria sopra illustrata.

8. Il motivo sub 1 è infondato, risultando agli atti la sentenza con

cui il Giudice Monocratico del Tribunale Ordinario di Venezia, Sezione Distaccata Tribunale di Portogruaro ha respinto la domanda confessoria di accertamento della sussistenza di una servitù, sicchè nessuna inedificabilità può essere eccepita sul punto dalle ricorrenti.

8.1 Anche il motivo sub 2 (3 del ricorso n.1487/07) deve essere respinto; la tesi postulante la necessità del parere della Capitaneria di porto ex art.55 Cod. nav. va esclusa in quanto la disposizione, secondo cui “l'esecuzione di nuove opere entro una zona di trenta metri dal demanio marittimo è sottoposta all'autorizzazione del capo del compartimento” prevede che (l'autorizzazione) “non è richiesta quando le costruzioni sui terreni prossimi al mare sono previste in piani regolatori ... già approvati dall'autorità marina”, e risulta agli atti come la realizzazione dell'immobile de quo fosse prevista nel Piano particolareggiato dell'Arenile di Bibione; inoltre dalla nota 14.4.06 della Capitaneria di porto risulta che “i lavori non si estenderanno alla fascia di rispetto di cui all'art.55 cod. nav.”, sicchè il rilievo è infondato.

8.2 La terza dogliananza (quarta nel ricorso n.1487/07) attiene al difetto di motivazione sull'autorizzazione paesaggistica, posto che l'unica espressione giustificativa del rilascio del provvedimento abilitativo è compendiata nella frase “ l'intervento è compatibile con le esigenze di tutela dell'area vincolata con la specifica normativa”.

Ora se è vero che la terminologia adottata sembra riferibile a ogni tipo di intervento autorizzato, non ponendo in luce perché l'opera

sia ritenuta compatibile, è anche vero che la locuzione de qua non è altro che la conclusione della istruttoria che ha considerato le ragioni favorevoli e quelle contrarie alla realizzazione, e se è vero che l'autorizzazione deve comunque essere motivata, sia in caso di diniego, posto che l'atto negativo risultava richiedere la motivazione anche prima che la legge n.241/90 recasse l'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi, sia in caso positivo, non essendo predicabile una sorta di diniego implicito inteso come riconduzione al regime di vincolo – in altri termini: la condizione normale del bene è il vincolo, solo in caso di deroga sarebbe dunque postulabile una motivazione che dia conto della compatibilità dell'intervento -, scopo dell'autorizzazione è peraltro quello di amministrare il vincolo, garantendo la conservazione dei valori oggetto di tutela ed è pertanto necessario che il provvedimento autorizzativo renda palese che non vengono consentite trasformazioni in contrasto con il pregio dell'ambiente.

E' avendo riguardo alla configurazione della zona in cui insiste l'intervento che si accerta l'insussistenza del vizio dedotto, posto che il litorale di Bibione risulta quasi completamente antropizzato, con edifici di rilevante dimensione; e se è del tutto priva di pregio la tesi sostenuta dalle resistenti postulante la legittimità dell'autorizzazione per mancato annullamento della Soprintendenza, quasi che l'atto comunale ritrovi nell'esercizio del potere ministeriale i propri requisiti di conformità a norma, va anche osservato che la doglianza è del tutto

generica, non sostenuta, cioè, dalle specifiche ragioni che invece avrebbero dovuto deporre per un diniego dell'autorizzazione.

8.3 Del pari è infondata la censura concernente l'identità del soggetto che ha effettuato sia la valutazione di conformità edilizio-urbanistica del progetto, sia la compatibilità paesaggistico ambientale dell'intervento, posto che il parere definitivo è stato espresso dalla Commissione edilizia integrata.

8.4 Il motivo n.4) in entrambi i ricorsi è infondato, perché risulta che l'area in esame non è ricompresa nelle aree di tutela menzionate dai ricorrenti.

8.5 Il motivo n.5) - rubricato sub 1) nel secondo ricorso- affronta la questione della illegittima composizione della Commissione edilizia comunale con violazione del principio di separazione fra organi di gestione e quelli politici.

Va osservato in proposito che la composizione è prevista da norma regolamentare comunale - art.15 R.E. – discendente dall'art.113 della L.R. n.61/85 – non abrogato dalla LR n.11/04 - , e che la sesta sezione del Consiglio di stato ha affermato il principio della derogabilità da parte della regione della disciplina statale sulla competenza al rilascio dei titoli edilizi attenendo la materia all'organizzazione degli enti locali; dunque è legittima la inclusione del sindaco nella commissione edilizia comunale (cfr. n. 547/06).

Conseguentemente è privo di pregio, seppur plausibilmente esposto, il richiamo all'art.1 del regolamento edilizio laddove recita”

il presente regolamento obbliga in quanto non contrasti con atti normativi primari (leggi sia statali che regionali)”.

Né risulta sollevata alcuna eccezione di legittimità costituzionale della norma regionale di cui l'articolo regolamentare costituisce testuale riproduzione.

8.6 Il motivo n.6 si rivela infondato, posto che non compete all'amministrazione l'allegazione effettiva di tutti gli atti richiamati per relationem, ma solo la puntuale indicazione e la messa a disposizione, oltre che la –esplicita- dichiarazione di assunzione degli stessi quale base fondante del provvedimento – ciò che nella prassi si indica come obbligo di “far propri” gli atti richiamati stessi.

8.7 Infine anche il settimo motivo non ha pregio, in applicazione al disposto dell'art.21 octies della legge n.241/90 , secondo comma seconda parte, laddove esclude l'annullabilità – ma non l'illegittimità dell'atto adottato senza l'avviso previo di avvio del procedimento – nella specie necessario in quanto i ricorrenti avevano, con la loro precedente azione, acquisito quel ruolo di controinteressato partecipativo o procedimentale, inserendosi appunto nel procedimento edilizio sotteso – tutte le volte che l'amministrazione costituitasi in giudizio dimostri l'ineluttabilità del provvedimento; il che, lungi dal configurare una motivazione postuma intesa come nuova, non significa altro che consentire all'amministrazione la puntuale esplicitazione o di ragioni già emergenti dall'istruttoria e rimaste inespresso, o di richiami normativi prima non citati, ovvero delle

giustificazioni sottese alla scelta discrezionale a monte dell'atto (cfr. sulla differenza tra motivazione e giustificazione CDS, VI, 9.3.1992, n. 174, in Cons.St. 1992, I, 488, e Tar Marche 2.2.1995 , n. 53, in TAR, 1995, I, 1775).

A prescindere dunque dall'utilità dell'acquisizione istruttoria della parte ricorrente il permesso rilasciato risulta legittimamente adottato.

9. Quanto all'impugnazione degli atti presupposti il Collegio non può che richiamarsi a quanto già osservato con la sentenza della sezione n. 3187/07, secondo cui “ i ricorrenti avrebbero dovuto impugnare la delibera n.274/93, con cui sono stati scolpiti i prodromi della successiva azione comunale oggi impugnata.

E' con tale delibera infatti che non viene disposto lo scorporo attuando un trasferimento all'intero comparto, come sostengono gli istanti, ma solo, come detto, avuto riguardo ai lotti di pertinenza, sicchè era evidente fin da allora che avendo i Condomini già sfruttato, anche in eccesso, la loro capacità edificatoria, non avrebbero potuto godere di quote aggiuntive di volumetria, che invece veniva garantita alla sola proprietaria del lotto inedificato e al solo ed esclusivo fine di salvarne la edificabilità.

La mancata impugnazione di detta delibera, già all'epoca e neppure unitamente alla delibera di redelimitazione, comporta l'inammissibilità delle censure volte all'affermazione dell'illegittimità dell'atto impugnato per sottrazione ai Condomini di

capacità edificatoria...”

Se ciò valeva per i ricorrenti ex ricorso n. 2538/05, vale a anche per quelli ex ricorso n. 1487/07, posto che in attuazione di tale variante hanno predisposto – e realizzato- nei sedimi di proprietà progetti edilizi, sicchè le ditte erano certamente a conoscenza del predetto strumento urbanistico.

10. Infine anche i rilievi avverso le concesse proroghe, di cui al secondo ricorso, sono infondati, essendo le stesse giustificate la prima dal fatto che con ordinanza sindacale l’attività edilizia era stata limitata per tutto il periodo della stagione balneare, la seconda perché con il Comune erano in corso trattative per la definizione di modalità costruttive.

11. Più incisive risultano invece contro gli atti di proroga le censure contenute nel terzo ricorso, non tanto come aggressione diretta – posto che, come si vedrà infra la proposizione del ricorso avverso detti atti si rivela tardiva – quanto come presupposto per la richiesta di adozione di decadenza dall’impugnato permesso di costruire, il cui procedimento, avviato proprio a seguito di diffida dei ricorrenti, si è concluso con l’archiviazione impugnata in via principale.

Con il terzo gravame infatti si impugnano gli atti di proroga e il permesso di costruire già gravati ; il ricorso avverso tali atti è tuttavia tardivo e la prova della irricevibilità è offerta proprio dalla diffida rivolta all’amministrazione a dichiarare la decadenza del titolo

edificatorio.

Risulta infatti che alla data della diffida - 12.2.2007- i ricorrenti erano pienamente a conoscenza dei provvedimenti di proroga assunti medio tempore, anzi era proprio la contestazione della legittimità degli stessi a radicare la postulata decadenza; dunque il ricorso notificato il 7.5.07 si appalesa tardivamente proposto.

12. I ricorrenti, peraltro, contestano in via principale l'atto con cui il Comune ha archiviato la domanda di decadenza, posto che i lavori non sarebbero mai concretamente stati iniziati.

Le doglianze non sono fondate, alla luce delle deduzioni introdotte nel procedimento dalla controinteressata Boomerang srl., laddove risulta l'avvio dei lavori e la demolizione di manufatto preesistente, funzionale alla realizzazione dell'intervento di cui al permesso di costruire eppertanto da esso discendente, pur se il concreto titolo legittimante deriva da una DIA ulteriormente presentata; ciò che infatti l'amministrazione deve rilevare è se il titolare del permesso di costruire abbia o meno una seria intenzione edificatoria e verificare, alla luce di tale parametro, gli interventi realizzati.

E già si è detto che le proroghe risultavano ampiamente giustificate; ma è proprio l'amministrazione che col suo comportamento ha legittimato la richiesta di proroga, sia per l'instaurazione di trattative sia per la paralisi obbligata di ogni tipo di intervento edilizio durante la stagione balneare.

13. I ricorrenti poi deducono la violazione dell'art.10 bis della legge n. 241/90 osservando che prima del definitivo provvedimento di diniego dell'istanza-diffida di procedere alla decadenza sarebbe dovuto essere attivato il sub procedimento ivi previsto comportante il preavviso di diniego, consentendo così agli stessi istanti di controdedurre ulteriormente.

13.1 La fattispecie è invero del tutto anomala e merita una attenta disamina.

L'art. 10 bis risulta applicabile ai soli atti a istanza di parte; è evidente che la pronuncia di decadenza è tipico atto d'ufficio, sicchè risulta escluso nella normalità della sua applicazione; ma quid iuris nel caso in cui l'azione d'ufficio sia eccitata da un terzo mediante diffida?

Il Collegio non aderisce alla tesi dell'applicabilità della "sanatoria" ex art.21 octies secondo comma seconda parte, che riguarda solo la comunicazione di avvio del procedimento, ritenendo che il legislatore, introducendo la norma ex art.10 bis, sembra aver preso atto della nuova caratterizzazione del rapporto fra cittadino e amministrazione, cui spetta verificare la compatibilità dell'istanza con l'interesse pubblico.

Ma la sostituzione dei controlli con la responsabilizzazione del cittadino, l'introduzione sempre più spinta di procedure tacite di formazione dell'atto amministrativo spostando a monte, appunto, la individuazione dei parametri di legittimità dell'atto e lasciando

all'amministrazione o il solo potere inibitorio – o l'annullamento postumo dell'atto formatosi – DIA e silenzio assenso -, ovvero di moduli concertativi atipici, oggi conseguibili del tutto indipendentemente dall'esistenza di un'espressa previsione normativa – cfr il nuovo testo dell'art.11 della legge n. 241/90 come risultante dopo le modifiche introdotte con le riforme del 2005 – inducono l'interprete a ritener che la negazione della soddisfazione della pretesa vada configurata come del tutto eccezionale, talmente eccezionale che il legislatore, a meno che non si configuri come ineluttabile per effetto del carattere vincolato, ha apprestato un ulteriore strumento di comparazione di interessi come quello dell'art.10 bis.

Anzi il paradosso è che tale fase è fase obbligata e necessitata, posto che dalla determinazione dell'amministrazione di concludere il procedimento con un diniego discende la automatica protrazione del termine procedimentale, avendo il legislatore ancorato l'interruzione del procedimento – interruzione, non sospensione, con il che il procedimento riprende ab initio, - non alla presentazione delle osservazioni ma alla mera comunicazione; di più, è prevista l'impossibilità di adozione diretta di un diniego se prima non si procede alla comunicazione di preavviso di diniego.

Dunque lo sforamento, del termine procedimentale, che costituisce uno dei presidi a tutela del richiedente, legittimandolo in caso di mancato rispetto ad attivare il rito speciale del silenzio,

dipende dall'arbitrium merum dell'amministrazione per la sola ragione dell'intenzione di futura adozione di un diniego; ma se così è, deve intendersi che il nuovo termine offerto all'amministrazione è un nuovo spatum deliberandi per valutare gli elementi eventualmente apportati con le osservazioni (privato che fino all'adozione del provvedimento espresso è privo di tutela, non potendo impugnare il preavviso perché atto non lesivo, né avviare il giudizio sul silenzio perché il termine per la conclusione del procedimento si è dilatato per effetto della sola determinazione pubblica, sicchè neppure gli gioverebbe non presentare alcuna osservazione, si ripete, operando la detta dilatazione temporale in via automatica), eventualmente riaprendo l'istruttoria - si ricordi che il preavviso di diniego deve essere inviato a conclusione dell'istruttoria-e acquisendo – ma la norma non lo precisa – anche le posizioni di eventuali controinteressati, o soggetti già intervenuti.

Anzi quello che parte della dottrina ha definito dialogo forzoso può risultare molto più utile della mera comunicazione di avvio del procedimento ex art.7 proprio perché previsto nella fase immediatamente antecedente alla decisione finale ove l'amministrazione ha piena conoscenza della pratica e dei motivi che ritiene ostino all'accoglimento della domanda.(sull'inassimilabilità delle due ipotesi di comunicazione previa cfr., ma con diverse motivazioni, TAR Campania, sez. IV, 12 aprile 2006, n. 3562, TAR Puglia, sez.II, 28 maggio 2006, n. 2125, TAR Piemonte, sez. I, 26

ottobre 2005, n. 3296).

Dunque il vizio di mancata comunicazione previa del preavviso di diniego , se si trattasse nel caso di specie di atto iniziativa di parte, sussisterebbe.

Tuttavia la pronuncia di decadenza si configura come atto d'ufficio, tanto è vero che l'amministrazione comunale ha inviato alla parte la comunicazione ex art.7 di avvio del procedimento, e ciò del tutto indipendentemente dalla modalità seguita per l'attivazione del procedimento, sicchè la diffida ha la sola funzione di far determinare l'amministrazione all'adozione del provvedimento; ma una volta che questa abbia autonomamente deciso di avviare il procedimento di decadenza e , acquisite le deduzioni delle parti interessate, decida per l'archiviazione dello stesso, la posizione del diffidante è del tutto recessiva per non dire irrilevante di fronte all'azione pubblica.

In altri termini due sono i procedimenti, quello cui mira la diffida e quello deciso dalla PA; la pretesa del diffidante è dunque soddisfatta con l'avvio del procedimento di decadenza, le cui vicende sono tuttavia governate esclusivamente dalla amministrazione, la quale richieste le deduzioni delle parti si determina discrezionalmente; e ciò è esattamente quanto avvenuto.

Attesa l'infondatezza, si può prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari di inammissibilità del terzo gravame.

I ricorsi vanno dunque dichiarati in parte irricevibili e in parte respinti.

La domanda di risarcimento del danno va conseguentemente respinta.

La complessità della vicenda giustifica la compensazione tra le parti costituite delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione seconda, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti:

quanto al ricorso n. 2538/05:

dichiara il ricorso in epigrafe in parte irricevibile e in parte lo respinge.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Quanto al ricorso n. 1487/07:

dichiara il ricorso in epigrafe in parte irricevibile e in parte lo respinge.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

Quanto al ricorso n. 838/07:

dichiara il ricorso in epigrafe in parte irricevibile e in parte lo respinge.

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

Così deciso in Venezia, in camera di consiglio il 6 marzo 2008.

Il Presidente f.f.

L'estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Terza Sezione