Consiglio di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 265

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2102/2008 proposto dalla Soc. MICENUS a r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia, Giuseppe Greco, Francesco Ferrazza e Antonio Campagnola ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, Via Lutezia, n. 8;

contro

il Comune di Fiumicino, in persona del Sindaco pro-tempore, non costituito;

l'E.N.A.C., Ente Nazionale per l'Aviazione Civile, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è per legge domiciliato;

la Soc. AEROPORTI di ROMA S.p.A. in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luca Leone e Enzo Cardi, con domicilio eletto in Roma, Via Appennini, n. 46, presso lo studio dei medesimi;

e, nei confronti

della Commissione di Riserva della Riserva Naturale del Litorale Romano, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;

ENAV, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito;

del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio, in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è per legge domiciliato;

per l'annullamento o la riforma

della sentenza del TAR Lazio sede di Roma Sezione III ter n.1757/2008 del 26/2/2008.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 25 novembre 2008, relatore il Consigliere Cons. Fabio Taormina ed uditi, altresì, gli avvocati Clarizia, l'avv. dello Stato Di Palma, Cardi e Leone;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

Con il ricorso di primo grado (e con successivo ricorso per motivi aggiunti) era stato chiesto dalla società odierna appellante, l'annullamento:

dell'ordinanza n. 11/2007 del 28 giugno 2007, contenente la dichiarazione di urgenza ed indifferibilità dell'intervento di "Abbattimento ostacoli alla navigazione aerea per testata 07 della pista 2 (07/25)" oltre all'ordine di provvedere all'abbattimento di quegli ostacoli nel termine di 180 giorni dal ricevimento dell'atto, nonché delle note dell'ENAC del 29 giugno 2007 di trasmissione dell'ordinanza n. 11/07 e del 5.4.2007, n. 22609 di richiesta di emanazione dell'ordinanza.

Essa, premettendo di essere proprietaria di aree poste tra il sito aeroportuale di Fiumicino ed il litorale marino, ricadenti nella prosecuzione ideale della pista n. 2 dell'aeroporto e ricomprese nell'ambito della Riserva Naturale del Litorale Romano, e che la Conferenza dei Servizi, indetta dalla direzione dell'ENAC, in data 29 luglio 1999 aveva approvato un progetto d'intervento, il quale ha previsto l'abbattimento di 425 alberi e la riconfigurazione di circa 10 ettari di pineta aveva chiesto l'annullamento dell'ordinanza suindicata e degli altri atti in epigrafe indicati, deducendo le seguenti censure:

eccesso di potere per mancanza, errore e travisamento dei presupposti, illogicità, perplessità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e difetto di motivazione, manifesta ingiustizia - incompetenza, poiché l'atto impugnato si basava sugli accertamenti tecnici e sugli esiti della conferenza dei servizi tenutasi nel luglio 1999 quando erano diversi i requisiti tecnici da verificare e diverse erano le normative di riferimento, pur essendo richiamati in premessa i dd. llgs. 96/2005 e 151/2006, che hanno riformulato le disposizioni del Codice della Navigazione.

L'odierna appellante ha evidenziato che l'oggetto della materia è una realtà mutevole con la conseguenza che non sarebbe stato possibile assumere a riferimento i rilievi e gli accertamenti compiuti a distanza di oltre otto anni addietro, rendendo perplessa ed inadeguata l'azione amministrativa in violazione dei principi generali e delle disposizioni specifiche.

L'ordinanza impugnata, poi, non aveva tenuto in debito conto le osservazioni formulate dalla originaria ricorrente, senza, peraltro, che ne fosse stata fornita adeguata motivazione.

Mancherebbero anche le ragioni di urgenza, posto che la vegetazione è preesistente alla stessa realizzazione dell'aeroporto e la vicenda si trascinava da oltre nove anni. Il nuovo progetto di sistemazione non poteva assumere come validi i nulla-osta ed i pareri espressi in altri diversi contesti.

L'odierna appellante ha posto l'accento, infine, sulla scarsa credibilità della documentazione prodotta a supporto della pretesa esigenza di procedere all'abbattimento di oltre 400 alberature, in quanto con essa si assumerebbe che le alberature da abbattere interferirebbero con un gradiente di salita del 1,8% anziché del 2%, come previsto dalla normativa tecnica. Inoltre, lo studio sulla scelta degli alberi da abbattere sarebbe inattendibile, poiché si basa su un censimento delle alberature sottostanti l'area proiettata a terra dalla TOCS (superficie di salita al decollo), che farebbe coincidere "al centimetro" le altezze. Ciò non sarebbe compatibile con alberi con sviluppo naturale.

Ha puntualizzato che, essendo la pista interessata perfettamente funzionante e utilizzata senza che si siano presentati problemi di pericolosità, l'intervento in questione sarebbe suggerito da ragioni di potenziamento della struttura aeroportuale, mentre sarebbero totalmente assenti le ragioni di sicurezza, con la conseguenza che verrebbero meno il carattere della necessità e di urgenza, sottolineando, inoltre, come la Commissione di riserva si sia sempre pronunciata in maniera interlocutoria sul progetto di abbattimento delle essenze arboree della Pineta Coccia di moro, rappresentando la necessità di un esame approfondito finalizzato alla individuazione di un progetto di riqualificazione che "possa compensare al meglio un

intervento radicale e traumatico, come quello previsto potrebbe risultare per l'ecosistema esistente".

Dalla rilevata carenza dei requisiti della indifferibilità ed urgenza, la odierna appellante ha fatto derivare quale ulteriore profilo di illegittimità dell'ordinanza impugnata il vizio di incompetenza. Infatti, in base all'art. 7, comma 2, dello Statuto dell'Ente, tale atto sarebbe di competenza del Direttore generale dell'ENAC, il quale sarebbe legittimato ad adottare i provvedimenti necessari e urgenti atti a garantire la sicurezza - dovendone informare tempestivamente il Presidente per la successiva sottoposizione alla ratifica del Consiglio di amministrazione nella prima seduta - solo in presenza dei predetti requisiti della indifferibilità ed urgenza.

Con ricorso per motivi aggiunti, depositato il 20.11.2007, la Società appellante ha dedotto poi: la illegittimità derivata dall'invalidità di atto presupposto per violazione degli art. 2 e 4 del decreto legislativo 25 luglio 1997, n. 250; degli artt. 2, 3, 4 e 5 del D.M. 3 giugno 1999, nonché dell'art. 36 della L.R. Lazio 28 ottobre 2002, n. 39 e, infine, degli artt. 9 e 10 del relativa Regolamento 18 aprile 2005, n. 7.

L'azione amministrativa de qua si fondava sul progetto dell'8.9.2003, il quale non risultava fosse stato autorizzato e approvato dall'Ente, cui, pertanto, non era riferibile. Esso era stato redatto dall'Ing. Passatelli, soggetto estraneo alla struttura dell'Ente e, quindi, in difetto di delibera di affidamento di incarico. Inoltre, mancava della sottoscrizione di un tecnico agroforestale abilitato, come richiesto dalla normativa vigente.

Sono inoltre stati rilevati i seguenti vizi:

eccesso di potere per contraddittorietà fra preambolo e dispositivo del provvedimento; vizio del procedimento; difetto di presupposto legittimante, violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 per difetto e perplessità della motivazione; violazione del principio dell'affidamento, illegittimità derivata dall'invalidità di atto presupposto, sotto diverso ed ulteriore profilo.

Sotto un primo profilo, si è sottolineato il carattere novativo del progetto rispetto a quello di cui alla Conferenza dei servizi del 1999, con conseguente illegittimità dell'ordinanza impugnata, la quale indicava -quale presupposto legittimante per la sua adozione- il progetto del 1999.

Con un secondo profilo di censura si è rilevata la profonda difformità del nuovo elaborato tecnico da quello del 1999, che non tiene, peraltro, conto delle varie condizioni poste dalle amministrazioni intervenute, sicché l'atto impugnato era da considerarsi a propria volta invalido.

L'odierna appellante aveva poi sottoposto allo scrutinio giudiziale di primo grado i seguenti vizi:

illegittimità derivata dall'invalidità di atto presupposto per violazione dell'art. 14 della legge n, 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 340 del 2000; violazione del principio di autolimitazione della discrezionalità amministrativa; eccesso di potere sotto vari profili.

Il progetto n. 50797 del 2003, pur avendo ad oggetto opere ricadenti in aree sottoposte a vincoli di varia natura, non era stato oggetto di Conferenza di servizi decisoria, come previsto dalla legge n. 340 del 2000. L'esame da parte della Conferenza di servizi

appariva tanto più necessario, poiché le Amministrazioni intervenute nella Conferenza dei servizi del 1999 avevano espresso un assenso condizionato.

Si denunciava, inoltre, la violazione del principio di autolimitazione della discrezionalità amministrativa, segnalando la contraddittorietà tra il progetto, il quale, al paragrafo 2, afferma testualmente che "il Territorio interessato dall'intervento (…) è tutelato in termini paesaggistici, ambientali da una serie di vincoli da leggi e strumenti urbanistici le cui prescrizioni richiedono specifica autorizzazione per gli interventi da effettuare" e la determinazione in concreto assunta dall'ENAC di eseguire le opere, prescindendo da preventivi atti di assenso;

la mancanza dei prescritti nulla osta in relazione al regime specifico dell'area e della Riserva sia con riferimento ai profili organizzativi e di distribuzione delle competenze (la Regione non era stata coinvolta nel procedimento, pur essendo titolare di specifiche competenze) sia in relazione ai profili di tutela sostanziale.

Ad avviso della originaria ricorrente, inoltre, illegittimamente, nel caso di specie, non era stato disposto alcun indennizzo, (come pure previsto dall'art. 714, secondo comma cod. nav. nel caso di ostacoli preesistenti). Il fatto che il progetto avesse previsto di realizzare misure compensative degli abbattimenti su altre aree di proprietà della Società non assoggettate al vincolo nascente dal cono di volo era abnorme, imponendo un "facere" non procedimentalizzato e in violazione di norme costituzionali.

Infine, venivano sollevate le censure di illegittimità derivata, eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di presupposti, contraddittorietà sotto ulteriore profilo fra preambolo e dispositivo, travisamento dei fatti, illogicità, sviamento della causa tipica; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 707, 708, 709 e 714 cod. nav.; violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 per difetto di motivazione, poiché dall'esame del progetto emergeva l'assoluta carenza di istruttoria volta a comprovare la sussistenza di effettivo, concreto ed attuale pericolo per l'incolumità pubblica, solo genericamente affermato, come pure difettava uno studio circa l'idoneità del mezzo prescelto per perseguire l'interesse pubblico, tutelato dalla disposizione invocata (art. 714 cod. nav.).

Ciò che rilevava, in particolare, nella specie, era l'assenza dello stato di pericolo o di necessità, poiché la navigazione aerea si svolgeva, come, peraltro, si era sempre svolta, in condizioni di massima sicurezza.

Dette condizioni non potevano ritenersi insussistenti per il solo fatto che gli aeromobili "widen body" non possono né atterrare né decollare sulla pista 07/25. D'altro canto, neppure era da condividere quanto affermato dall'Ente sulla penalizzazione della pista, avendola dovuta accorciare di 400 metri per la presenza degli alberi, costituenti ostacolo per decolli verso il mare. Invero, la pista, originariamente, riportava una lunghezza di 2.550 metri, portata, successivamente, a 3.309 metri e la penalizzazione dei 416 m. riguardava la sola pista 07, che valeva, peraltro, solo per gli atterraggi per pista 07 e non per i decolli verso il mare.

Infine,la Società odierna appellante ha rilevato che, nel progetto contestato non erano state individuate le zone da sottoporre a vincolo nelle aree limitrofe agli aeroporti, sicché non poteva legittimamente essere esercitato il potere di ordinanza ex art. 714

cod. nav; che l'asserita situazione di pericolo era preesistente al piano regolatore aeroportuale, sicché, eventualmente, la disposizione da applicare avrebbe dovuto essere il secondo comma dell'art. 714 cod. nav., che prevedeva una indennità da corrispondere all'espropriando.

Con la sentenza in epigrafe i primi Giudici hanno respinto l'impugnazione di primo grado.

Essi hanno, in via preliminare, rigettato l'eccezione di incompetenza.

Tenendo presente la circostanza che l'art. 687 del cod. nav. prevede che "l'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC), nel rispetto dei poteri di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, nonché fatte salve le competenze specifiche degli altri enti aeronautici, agisce come unica autorità di regolazione tecnica, certificazione e vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile, mediante le proprie strutture centrali e periferiche," ne avevano fatto conseguire che la competenza del Direttore generale dell'ENAC, cui era riservata una funzione di coordinamento operativo dei servizi, delle articolazioni territoriali, nonché di indirizzo tecnico-amministrativo, ricomprendeva l'adozione dei provvedimenti urgenti diretti ad assicurare l'esercizio dell'attività amministrativa che riguarda l'Ente nel suo complesso.

Ciò, però, non escludeva, secondo i Giudici di prime cure, che le singole strutture territoriali dell'Ente fossero autorizzate a provvedere nelle specifiche materie ad esse affidate, con la conseguenza che, nella specie, il provvedimento impugnato doveva ritenersi legittimamente adottato dal Direttore dell'Aeroporto, (appunto, struttura dell'ENAC, preposta alla regolazione dello spazio aereo di sua pertinenza, specificamente deputata alla decentralizzazione delle funzioni operative e amministrative dell'Ente).

In ogni caso, attesa la assoluta necessità di eliminare gli ostacoli non compatibili con la sicurezza della navigazione aerea, l'ENAC era comunque obbligato ad emanare l'ordine previsto dall'art. 714 del codice della navigazione, sicchè ai sensi dell'art. 21 octies della legge 7 agosto 1990, n. 241 il provvedimento impugnato, ove pure fosse stato adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, non sarebbe stato annullabile in quanto, per la sua natura vincolata, non potrebbe avere un contenuto diverso da quello oggetto di contestazione.

In punto di fatto, il Tar ha rilevato che il provvedimento impugnato era stato adottato ai sensi dell'art. 714 del codice della navigazione. Tale disposizione attribuisce all'ENAC il potere di ordinanza qualora si presenti la necessità di procedere alla eliminazione di ostacoli non compatibili con la sicurezza della navigazione aerea.

Nella specie, hanno osservato testualmente i primi Giudici, "l'Ente ha fatto uso corretto di tale potere. Del resto la classificazione di un oggetto come "ostacolo alla navigazione aerea" è determinata sulla base del Regolamento ENAC per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, in particolare dell'art. 4, che definisce le superfici di rispetto, le loro caratteristiche e descrive le azioni da intraprendere nel caso di ostacoli che "forino" le superfici stesse. Giova chiarire che la superficie di rispetto, relativa sia al decollo che all'atterraggio, è costituita dalla superficie limite di salita al decollo (c.d. Take off Climb Surface) ed è determinata in

base a regole rigide e definita dal Cap. 4 del regolamento dell'Ente come un "Piano inclinato con origine oltre la fine della pista…", onde qualsiasi elemento esistente che interferisca con detto piano inclinato costituisce ostacolo per la navigazione aerea e rappresenta un pericolo per la sicurezza e l'incolumità pubblica.

Nella specie, dai rilievi eseguiti dall'Ente, risulta che l'altezza delle alberature non è compatibile con la superficie limite di salita al decollo (TOCS), come definita dal predetto cap. 4 del Regolamento per la costruzione degli aeroporti, e non consente l'utilizzo della pista da parte della totalità degli aeromobili."

Né costituiva motivo di illegittimità la circostanza del perdurare della situazione di pericolo, e neppure il decorso temporale poteva comportare una sorta di consumazione del potere di ordinanza, essendo sufficiente la dimostrazione dell'attualità del pericolo e della idoneità del provvedimento a porvi rimedio.

Il progetto riguardante l'abbattimento degli alberi e la riconfigurazione della pineta Coccia di Morto aveva coinvolto svariate amministrazioni ed aveva richiesto l'indizione di apposita Conferenza dei Servizi: a ciò doveva aggiungersi la riscontrata esigenza di approntare un successivo elaborato tecnico relativo alle modalità di attuazione dell'intervento. Trattasi di attività preparatoria che ha richiesto un notevole lasso di tempo ma non aveva inciso sulla rilevanza della situazione di pericolo che, anzi, era stata accentuata ed aggravata dalla costante crescita degli alberi, i quali hanno raggiunto un'altezza incompatibile con la sicurezza della navigazione aerea e non più tollerabile."

Né poteva compete ai privati stabilire se un determinato ostacolo fosse o meno idoneo a determinare uno stato di pericolo.

Sul punto il Tar ha tenuto presente che la Direzione Centrale Regolazione Aeroporti dell'ENAC, nella nota 5 aprile 2007, prot. 22609/Dirigen/Cap, aveva evidenziato come "la mancata esecuzione degli interventi programmati potrebbe pregiudicare a breve anche l'adeguatezza delle misure compensative messe in atto al fine di garantire il prescritto livello di sicurezza delle operazioni di decollo dalla pista 25, dato il rilevante numero di alberi che superano l'altezza limite, ed ha affermato che le precitate misure compensative, consistenti nell'arretramento del punto di decollo di 400 mt., limitano l'impiego della pista 25 e condizionano di fatto l'operatività dell'intero aeroporto," sicché – ha concluso- si imponeva l'adozione di apposita ordinanza dichiarativa dell'urgenza ed indifferibilità dell'esecuzione degli interventi.

Con riferimento ai motivi aggiunti proposti dalla odierna appellante, i primi Giudici ne hanno affermato la irricevibilità, in parziale accoglimento delle eccezioni proposte dalle appellate amministrazioni secondo cui la tardiva conoscenza del progetto sarebbe stata imputabile al comportamento negligente della società istante.

Neppure poteva invocarsi utilmente la disposizione che obbliga l'amministrazione a produrre in giudizio, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, tanto l'atto impugnato che gli atti e documenti in base ai quali il primo è stato adottato, trattandosi, invero, di adempimenti tutti successivi alla scadenza del termine per la proposizione del gravame.

Comunque, la produzione in giudizio di documenti da parte dell'amministrazione autorizza alla presentazione di motivi aggiunti solo qualora si tratti di documenti nuovi ovvero di documenti dei

quali la parte ignorava l'esistenza, potendo negli altri casi essere esercitato tempestivamente il diritto di accesso.

La società appellante, già ricorrente in primo grado, ha censurato la predetta sentenza chiedendone l'annullamento in quanto viziata da errore ed illegittima, ribadendo dette considerazioni nelle note d'udienza depositate.

Ha riproposto all'uopo, le tematiche già oggetto di doglianza nel giudizio di primo grado.

Ha rilevato la non sanabilità del vizio di incompetenza denunciato; la risalenza nel tempo (e, addirittura, la preesistenza rispetto all'edificazione della pista) della macchia alberata per cui è causa; l'inesistenza di situazione di pericolo alcuna, anche stante la (quantomento parziale) fruibilità della pista, il cui utilizzo era precluso unicamente per ragioni prudenziali soltanto a particolari tipologie di veicoli,(i c.d. "widen body");ha osservato che, avendo l'amministrazione disatteso la regola di cui all'art.1 c. IV della legge n. 205/2000, nessun vizio di tardività attingeva il ricorso per motivi aggiunti da essa proposto.

Ha quindi riproposto nel ricorso in appello le doglianze contenute nel ricorso per motivi aggiunti il cui esame era stato omesso dai Giudici di prima istanza.

L'appellata Soc. AEROPORTI di ROMA S.p.A. si è costituita depositando una articolata memoria controdeducendo su ogni doglianza del ricorso in appello, e chiedendo di respingersi il medesimo, evidenziando tra l'altro il rischio di paralisi che correva l'aeroporto laddove fosse ulteriormente precluso l'utilizzo della pista in questione.

Alla camera di consiglio del 28.3.2008 fissata per l'esame dell'istanza cautelare di sospensione della esecutività della sentenza appellata la controversia, su richiesta delle parti, è stata rinviata al merito.

Alla pubblica udienza del 6 giugno 2008 la Sezione ha reso una decisione interlocutoria con la quale, - in considerazione della circostanza che la conferenza di servizi che si pone all'origine della controversia ebbe luogo in tempo assai risalente (1999) – ha disposto acquisirsi una complessiva relazione che desse atto delle seguenti circostanze:

1) copia del piano aeroportuale del Comune di Fiumicino;

2) documentati e motivati chiarimenti in ordine ai vincoli urbanistici, paesaggistici ambientali/naturalistici, insistenti sull'area, a far data dal 1998;

3) ogni altro atto, chiarimento o documento ritenuto utile ai fini della pronuncia sull'appello in esame.

L'appellata amministrazione Enac ha ottemperato al decisum istruttorio.

Aeroporti di Roma SPA e Micenus SRL hanno depositato memorie successivamente all'espletamento dell'istruttoria insistendo nelle rispettive richieste e conclusioni.

DIRITTO

Il primo incombente che pertiene alla Sezione riposa nella necessità di perimetrare il materiale cognitivo e le domande sottoposte alla delibazione della Sezione e dalla stessa esaminabili.

A tal fine, la prima questione da risolvere attiene alla lamentata inesattezza della statuizione dei primi Giudici che ha

dichiarato irricevibile perché tardivo il ricorso per motivi aggiunti dell'odierna appellante.

La doglianza è fondata e merita di essere accolta nei termini che seguono.

I primi Giudici hanno distinto, nell'ambito del ricorso per motivi aggiunti, proposto in primo grado, la tempestività delle singole doglianze ivi veicolate.

Hanno esattamente (pag. 19 e 20 della appellata decisione)dichiarato la irricevibilità del quarto motivo (relativo alla omessa previsione dell'indennizzo) in quanto risultante dal testo del provvedimento impugnato, e ben deducibile tempestivamente con il ricorso introduttivo del giudizio.

Tale statuizione è esatta (il che tuttavia non implica, per ciò che meglio si dirà di seguito, la impossibilità per la Sezione di tenere conto della relativa doglianza articolata a pag 27 del ricorso in appello -"dedicata" alla riproposizione dei motivi dichiarati irricevibili in primo grado-).

Hanno altresì dichiarato irricevibili le altre censure, in quanto anticipatamente "conoscibili", secondo il canone dell'ordinaria diligenza, dall'odierna appellante se soltanto la stessa avesse esercitato il proprio diritto di accesso agli atti.

Tale statuizione deve essere riformata.

Invero il punto dal quale è necessario muovere riposa nella – pacifica - circostanza del deposito di atti e documenti da parte dell'amministrazione nel corso del giudizio di primo grado; e nella considerazione (ritenuta pacifica dal Tar) che taluni di tali atti non erano stati precedentemente conosciuti dalla odierna appellante, originaria ricorrente in primo grado: essa pertanto propose ricorso per motivi aggiunti.

In proposito, come è noto, il novellato testo dell'art. 21 della legge n. 1034/1971, (nella parte di interesse) dispone che:

"L'amministrazione, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di deposito del ricorso, deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati, e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio.

Dell'avvenuta produzione del provvedimento impugnato, nonché degli atti e dei documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, deve darsi comunicazione alle parti costituite.

Ove l'amministrazione non provveda all'adempimento, il presidente, ovvero un magistrato da lui delegato, ordina, anche su istanza di parte, l'esibizione degli atti e dei documenti nel termine e nei modi opportuni .

Analogo provvedimento il Presidente ha il potere di adottare nei confronti di soggetti diversi dall'amministrazione intimata per atti e documenti di cui ritenga necessaria l'esibizione in giudizio. In ogni caso, qualora l'esibizione importi una spesa, essa deve essere anticipata dalla parte che ha proposto istanza per l'acquisizione dei documenti."

Tale eventualità processuale, non può dirsi integrare, nella qualificazione che di essa è stata data dalla dottrina e dalla giurisprudenza, una "fase istruttoria" nel senso classico del termine: costituisce semmai una precondizione del corretto svolgimento del giudizio, tesa a consentire al Collegio (ma anche alle parti, posto

che è necessario comunicarlo alle medesime) la integrale cognizione di ogni aspetto della controversia.

E'importante quanto a tale aspetto sottolineare che la Sezione ha in passato chiarito la ratio sottesa all'istituto in oggetto affermando che "è da ritenere che l'ordinanza ex art. 1, l. n. 205/2000 non sia autonomamente impugnabile, ferma la possibilità di contestarne la legittimità in sede di merito, tenuto conto che l'ordinanza prevista dalla richiamata norma è strettamente inerente all'istruttoria della fase incidentale, e che, nel sistema previsto da detta norma, esiste una stretta correlazione tra il diritto alla conoscenza e il diritto alla difesa - dal legislatore prospettata con l'espressa previsione della possibilità di conoscere con il rimedio "de quo" gli atti amministrativi sì da poter approntare una più efficace attività difensiva ed indirizzare, quindi, la successiva attività istruttoria." (Consiglio Stato, sez. VI, 22 gennaio 2002, n. 401).

L'ordinanza, pertanto, supplisce ad un deficit conoscitivo: giudiziale o delle parti che ne possono eventualmente sollecitare l'emissione.

La previsione in esame si pone quale completamento armonico, sotto il profilo della conoscenza di ogni aspetto dell'azione amministrativa, del più ampio complesso di disposizioni tese a regolare il diritto di accesso.

Al contempo, - per sinteticamente delimitare il quadro delle disposizioni che interferiscono con la fattispecie in esame - continua a permanere, nel rito processuale amministrativo, l'obbligo (sia pur sprovvisto di sanzione) per l'amministrazione di depositare il provvedimento e gli atti su cui si fonda, e, sotto il profilo sostanziale, l'onere di comunicare agli istanti i provvedimenti resi nei loro confronti e gli atti su cui si fondano.

Interferisce invece marginalmente, con la fattispecie in esame, la vexata quaestio concernente la sussistenza dell'onere di immediata impugnazione del provvedimento del quale si percepisca la carica lesiva, a dispetto della mancata conoscenza di tutto o parte del supporto motivazionale di esso, ovvero della possibilità (a fini deflattivi del contenzioso) che i termini di impugnazione non decorrano sino a che il destinatario non venga messo a conoscenza dell' intero supporto sotteso all'azione amministrativa.

Il punto importante da approfondire però - e tale aspetto non è stato colto dai primi Giudici - riposa nella considerazione che l'accesso agli atti rimane pur sempre un diritto, e non un onere del destinatario del provvedimento amministrativo.

Per meglio puntualizzare tale aspetto: è dovere dell'amministrazione (già a monte dell'azione amministrativa, ex art. 7 della legge n. 241/1990) allorchè rende un provvedimento di qualsivoglia natura rendere edotto il destinatario non soltanto del contenuto precettivo, ma dell'intero tessuto istruttorio su cui esso si fonda.

Ove ciò non faccia, al privato interessato è data la facoltà (facoltà, si badi, non dovere) di esercitare il diritto di accesso;

ma dal mancato esercizio di tale diritto non può discendere a carico del medesimo alcuna conseguenza sfavorevole, in termini di valutazione della tempestività dell'impugnazione e della completezza della medesima.

E le disposizioni prima menzionate di cui all'art. 21 della legge 2034/1971, comprovano pienamente tale ricostruzione: che altrimenti, non avrebbe avuto senso una simile previsione normativa, nella parte in cui è riferibile anche alle parti, dovendosi presupporre che le medesime, sempre e comunque, in quanto onerate all'accesso agli atti, versino nella situazione di integrale conoscenza dei medesimi, ovvero di mancata conoscenza degli stessi (ad essa "imputabile" a cagione del mancato esercizio dell'accesso, e pertanto non "sanabile processualmente" mercè la possibilità di gravare ulteriormente gli atti non conosciuti).

L'obiezione confliggente con tale ricostruzione è nota, e muove da pur condivisibili esigenze di buon funzionamento dell'amministrazione.

Essa paventa il rischio che l'azione amministrativa sia a lungo soggetta ad impugnative, anche a distanza di un rilevante torno di tempo, a scapito dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici che certamente costituisce interesse degno di massima considerazione.

Ed a tale ultima esigenza si richiamano le pronunce del Consiglio di Stato citate dai primi Giudici a sostegno della statuizione di irricevibilità (massime, la sentenza n. 1692/2004 resa dalla Sezione VI).

Senonchè, deve evidenziarsi che, da un canto, la situazione in esame non è omogenea a quella contemplata dalla decisione predetta (laddove ricorreva l'ipotesi di omessa attivazione del privato per l'impugnazione di un atto che doveva comunque essere emesso dall'amministrazione entro termini prefissati, a cagione della validità biennale della graduatoria scolastica).

Sotto altro profilo, ed avuto invece riguardo al tema pertinente all'oggetto del giudizio (mancata ostensione spontanea di atti da parte dell'amministrazione) di tale rischio di incertezza è eventualmente attributaria la stessa amministrazione, che, in prima battuta, ha omesso di rendere edotto il destinatario della propria azione di ogni aspetto ad essa sotteso.

E da tale considerazione appare corretto al Collegio farne discendere il principio che dal mancato esercizio del diritto di accesso non possono inferirsi conseguenze pregiudizievoli sulla sfera giuridica del privato in tema di decorrenza del termine per impugnare con motivi aggiunti nuovi atti lesivi conosciuti successivamente, ovvero di arricchire l'impugnazione originariamente proposta con ulteriori profili di illegittimità.

Del resto la giurisprudenza amministrativa già in un recente passato aveva ricostruito la sistematica dei rapporti intercorrenti tra impugnazione principale e ricorso per motivi aggiunti nei termini che seguono: "nel processo amministrativo il presupposto necessario per la proposizione di motivi aggiunti, ai fini della deduzione di ulteriori vizi di legittimità dell'atto impugnato, consiste nell'ignoranza dei vizi stessi al momento della proposizione del ricorso introduttivo, non imputabile al deducente e riconducibile a comportamenti delle controparti, come il deposito di nuovi atti in corso di causa, oppure l'emersione aliunde di fatti o di circostanze nuove e significative, in precedenza non conosciuti, né conoscibili. La piena conoscenza di un provvedimento si verifica, ai fini della decorrenza del termine per la sua impugnazione, con la conoscenza della sua esistenza e della sua lesività, mentre la successiva acquisizione del contenuto integrale e degli atti del procedimento

legittima solo l'eventuale proposizione di motivi aggiunti, in relazione agli aspetti non conosciuti prima.”(Consiglio Stato , sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5394).

Come è agevole riscontrare, e come peraltro risulta dalla ricostruzione cronologica resa nella stessa decisione impugnata la condotta processuale dell’odierna appellante si è pienamente conformata a tale modus procedendi, ed essa doveva essere valutata alla stregua della impostazione secondo cui “il diritto di accesso, stabilito di cui all'art. 22 l. 7 agosto 1990 n. 241, non implica alcun "onere di accesso " nel caso in cui l'amministrazione non abbia trasmesso con il provvedimento l'atto istruttorio, da cui sia stata tratta, per rinvio, la motivazione del provvedimento impugnato, in quanto la disposizione contenuta nell'art. 3 comma 3 legge citata, pone a carico dell'amministrazione l'obbligo della relativa trasmissione, nel caso di motivazione "per relationem"; conseguentemente, in caso di omessa trasmissione, ove le ragioni del provvedimento negativo non siano chiaramente desumibili da un determinato atto, genericamente citato nelle premesse, è sempre possibile integrare il ricorso con motivi aggiunti allorché, in corso di causa, sia chiarita, dall'amministrazione, la fonte della decisione negativa adottata.” (Tribunale sup.re acque, 15 aprile 2004, n. 44).

Il relativo capo della sentenza contenente la statuizione di irricevibilità deve quindi essere riformato.

Quanto alle conseguenze pratiche della riforma di tale capo della decisione di primo grado la Sezione condivide l’orientamento costante della giurisprudenza amministrativa secondo il quale “l'omessa pronuncia su una o più censure proposte col ricorso giurisdizionale non configura un error in procedendo tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado, ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato ad eliminare integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo del merito della causa.” (Consiglio Stato , sez. IV, 19 giugno 2007, n. 3289).

Tale principio opera altresì allorchè la omissione di pronuncia sia ascrivibile all’omesso esame di un ricorso per motivi aggiunti, come già in passato affermato dalla Sezione: “l' omesso esame da parte del giudice di primo grado di motivi aggiunti dedotti dal ricorrente, ove non assorbiti da punti pregiudiziali della decisione impugnata, concretano vizio "in procedendo" che non comporta l'annullamento della decisione con rinvio della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 35 l. n. 1034 del 1971, dovendo il giudice di appello ritenere la causa e procedere all'esame di tutti i motivi anche se non esaminati in primo grado, al fine di definire la controversia. “.(Consiglio Stato sez. VI, 13 febbraio 1987, n. 46 , ma, anche, sez. VI, 01 dicembre 1986, n. 881).

La superiore tesi -fondata peraltro sul tenore letterale dell’art. 35 della Legge n. 1034/1971 che individua tassativamente le ipotesi di annullamento con rinvio delle decisioni di primo grado- sebbene all’apparenza distonica rispetto al principio della integralità del c.d. “doppio grado di giurisdizione” persegue esigenze di celerità processuale ed unitarietà della decisione delle controversie che, nel bilanciamento degli interessi, appaiono senz’altro prevalenti.

In armonia con tale insegnamento deve affermarsi che pertiene quindi alla Sezione il compito di esaminare le doglianze contenute nel ricorso per motivi aggiunti erroneamente dichiarato irricevibile.

Così perimetrato il novero delle questioni esaminabili dalla Sezione si può passare all'esame delle doglianze proposte dall'appellante.

Deve essere respinta quella relativa al dedotto vizio di incompetenza.

Deve in proposito evidenziarsi che l'invocato art. 4 del d. lvo 25.7.1997 n. 250, nella parte di interesse così dispone: "il direttore generale adotta, in caso di urgenza, i provvedimenti indifferibili necessari a garantire la continuità e la sicurezza dell'esercizio, che devono essere sottoposti alla ratifica del consiglio di amministrazione nella prima seduta utile".

L'art. 7 del DM 3.6.1999, invece, ai primi due commi, dispone che:

"Il direttore generale partecipa, con voto consultivo, alle riunioni del consiglio di amministrazione, al quale propone l'emanazione dei provvedimenti che ritiene necessari; cura, avvalendosi dei competenti uffici dell'Ente, l'istruttoria e l'esecuzione delle delibere del consiglio di amministrazione; sovrintende all'attività di tutti gli uffici ed unità operative, assicurando il coordinamento operativo dei servizi, delle articolazioni territoriali, nonché l'unità di indirizzo tecnico-amministrativo; esegue, riferendone al presidente, ogni altro compito che gli sia attribuito dal consiglio di amministrazione.

Il direttore generale adotta, in caso di urgenza, i provvedimenti indifferibili necessari a garantire la continuità e la sicurezza dell'esercizio dell'azione amministrativa dell'Ente e ne informa tempestivamente il presidente per la successiva sottoposizione alla ratifica del consiglio di amministrazione nella prima seduta utile."

La disposizione da ultimo citata, contiene una previsione generale, che lungi dal costituire specificazione in senso restrittivo del precetto legislativo ne chiarisce in realtà il significato: essa si riferisce infatti all'azione amministrativa complessivamente intesa dell'Ente.

Ma v'è un' altra disposizione, assai più perspicua, che è stata esattamente tenuta presente dai primi Giudici.

E' quella dell'art. 687 del codice della navigazione, che così dispone:

"L'ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC), nel rispetto dei poteri di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, nonchè fatte salve le competenze specifiche degli altri enti aeronautici, agisce come unica autorità di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile, mediante le proprie strutture centrali e periferiche, e cura la presenza e l'applicazione di sistemi di qualità aeronautica rispondenti ai regolamenti comunitari

Le attribuzioni e l'organizzazione dell'ENAC e degli altri enti aeronautici sono disciplinate dalle rispettive norme istitutive, nonchè dalle norme statutarie ed organizzative."

L'attività di regolazione, vigilanza, e controllo, è pertanto esercitata dall'Ente, ex lege, mediante (anche) le proprie strutture periferiche.

Il che esclude la fondatezza della censura di incompetenza formulata dall'appellante.

Censura che peraltro, sia detto per incidens, appare distonica anche rispetto ad una razionale organizzazione di un Ente che si articola in strutture periferiche, e che provvede a sì delicati compiti, che possono richiedere interventi d'urgenza a garanzia della sicurezza degli scali: ove spinta alle estreme conseguenze la tesi della incompetenza postulerebbe che le strutture periferiche dovrebbero attendere l'intervento degli organi centrali per provvedere a qualsivoglia urgente necessità locale.

Essa, nella sua impostazione, è smentita dal disposto di cui all'art. 10 del citato DM 3.6.1999, che così dispone (la rubrica è intestata: Struttura organizzativa e articolazione territoriale.):

"La struttura dell'Ente, basata su logiche organizzative orientate ad assicurarne la massima flessibilità operativa, si articola, in relazione alle esigenze funzionali dirette a garantire efficacia, efficienza, economicità dell'azione amministrativa e dei servizi resi all'utenza, in struttura centrale e territoriale.

La struttura territoriale si articola in modo da garantire la distribuzione delle attività sul territorio con modalità di decentramento funzionale, nel rispetto della legislazione del settore, con possibilità di prevedere unità operative all'estero presso le sedi di rappresentanza delle organizzazioni internazionali in materia di aviazione civile.

Il consiglio di amministrazione definisce l'organizzazione dell'Ente nel rispetto dei princìpi e dei criteri di funzionamento enunciati nei precedenti commi."

La doglianza di incompetenza non è aderente al dato normativo e teleologico e pertanto deve essere disattesa.

Anche il terzo motivo di censura merita reiezione.

Ciò sotto una pluralità di angoli prospettici.

Deve sul punto rammentarsi che il vaglio degli elementi di fatto sottesi all'azione amministrativa, e della portata dei medesimi, è di competenza dell'amministrazione; tali valutazioni, ove involgano questioni tecniche (come nel caso di specie) sono sindacabili unicamente sotto il profilo dell'abnormità e della manifesta erroneità.

L'accertamento della natura di ostacolo degli alberi; la valutazione di pericolosità dei medesimi; la inibizione della pista ad una particolare tipologia di velivoli, costituiscono manifestazioni infungibili di discrezionalità tecnica, che nel caso di specie non appare in alcun modo irragionevolmente esercitata.

Esattamente la impugnata decisione ha ribadito che non pertiene ai privati sostituirsi all'amministrazione procedente, neppure mercè l'ausilio di elaborati tecnici, potendo questi ultimi al più essere utilizzabili ai fini dimostrativi della complessiva inattendibilità del dato tecnico preso in esame dall'amministrazione.

Così non appare nel caso di specie, né sotto il profilo dell'accertamento della pericolosità che sotto l'angolo prospettico della doverosità delle misure né, infine, con riferimento al parametro dell'urgenza (si veda in tema di risalenza della situazione di pericolo, Consiglio Stato, sez. V, 25 febbraio 2003, n. 1057) e pertanto la relativa doglianza deve essere disattesa.

Come del pari appare priva di alcun decisivo rilievo, al Collegio, la circostanza, più volte rammentata nel ricorso in

appello, relativa alla preesistenza degli alberi rispetto all'aeroporto.

Ove da essa se ne volesse fare inferire un deficit di "preveggenza" in capo all'amministrazione, che -per mera ipotesi di studio- avrebbe errato ad ubicare ivi la pista (o, addirittura, l'aeroporto), essa appare palesemente infondata: ne dovrebbe discendere che l'amministrazione avrebbe dovuto conoscere – al momento della stessa edificazione della pista- sviluppo ed incremento dei traffici aeroportuali, progresso tecnico relativo ai velivoli in corso d'utilizzazione, ed anche, come affermato dall'appellante, la progressione in altezza della pineta, etc.

Ed il passaggio conseguente, sarebbe quello per cui, avendo all'epoca mal calcolato tali elementi, ne discenderebbe la "condanna" alla perpetua inutilizzabilità (rectius, alla utilizzabilità parziale) della pista -ovvero addirittura, portando alle estreme conseguenze tale tesi, dell'intero insediamento aeroportuale-.

La doglianza è certamente infondata, come reso palese peraltro dalla previsione di cui al comma II dell'art. 714 del Codice della Navigazione che espressamente contempla la preesistenza di ostacoli o di situazioni di pericolo rispetto al piano aeroportuale o al piano regolatore aeroportuale.

Ed è altresì inaccoglibile il profilo di doglianza articolato nel ricorso in appello secondo cui la finalità perseguita dall'amministrazione sarebbe quella di potenziare lo scalo piuttosto che quella di garantire la sicurezza.

Essa appare al Collegio sollecitare un (inammissibile) sindacato di merito sulla scelta amministrativa: che attraverso il "prolungamento utilizzatorio" della pista - consentendosene la fruibilità a velivoli cui allo stato è preclusa – si potenzi lo scalo è conseguenza indubbia.

Ma che allo stato l'utilizzo mutilato della stessa sia dovuto ad ostacoli che ne pregiudichino la sicurezza è stato accertato in termini rigorosi da parte dell'amministrazione, costituisce supporto motivazionale adeguato della appellata ordinanza, ed integra presupposto legittimante della medesima.

Le censure concernenti la legittimità intrinseca dell'ordinanza ed il supporto motivazionale della stessa sono pertanto infondate sia con riguardo al preteso difetto dei presupposti legittimanti, sia sotto il profilo dell'asserita carenza dei requisiti di necessità ed urgenza, sia sotto il profilo dell'assenza di periculum.

Ma l'appellante non si è limitata – come esposto nella premessa in fatto- a censurare competenza e legittimità oggettiva dell'impugnato provvedimento, avendo ribadito in appello numerose doglianze afferenti il procedimento seguito dall'amministrazione.

A tal proposito, infatti, si rammenta che con il secondo motivo di censura proposto nel ricorso in appello – già primo motivo del ricorso di primo grado- si lamenta l'asserito malgoverno delle regole del corretto amministrare e la carenza di attualità della valutazione amministrativa di necessità resa ex art. 714 del codice della navigazione, a cagione della risalenza dei lavori tenutisi in conferenza di servizi (1999).

La carenza di atti di assenso incondizionato resi in quella sede, e la diversità del progetto presentato nel 2003 rispetto a quello del 1999, renderebbero viziata l'azione amministrativa.

Tale doglianza appare connessa con quella rubricata al punto 1 e 2 del ricorso per motivi aggiunti (invalidità derivata il progetto del 2003 sotteso all'ordinanza, ed oggettiva differenza del progetto del 2003 sotteso all'ordinanza con quello del 1999) e con il terzo motivo ivi contenuto (mancata convocazione della conferenza di servizi con riferimento al progetto del 2003).

Talune delle doglianze ivi contenute –che comunque verranno affrontate congiuntamente- meritano accoglimento, come meglio si esporrà nel prosieguo della decisione.

E' opportuno premettere che in un recente passato la Sezione ha affrontato tematiche assimilabili a quelle per cui è causa nella decisione n. 1109/2008 del 12 febbraio 2008: rispetto alle conclusioni ivi raggiunte non ritiene sussistano elementi per mutare convincimento.

A questo proposito si sottolinea che appare infondata e carente sotto il profilo probatorio la doglianza (più puntualmente articolata nel terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti) relativa alla omessa acquisizione del nulla- osta dell'Ente gestore della riserva naturale ove insiste l'area (ricompresa nella riserva naturale Statale del Litorale Romano) ai sensi della legge n. 394/1991 (pagg 23 e segg del ricorso in appello).

Invero deve rammentarsi che la legge quadro disciplinante le aree protette recante n. 394/1991 detta un complesso sistema protettivo che si compone, tra le altre, di tre distinte disposizioni (artt. 11-13 della legge citata).

Essa prevede la predisposizione di un regolamento e di un piano (artt. 11 e 12 citati), in ossequio all'esigenza di addivenire a quella che è definita, secondo una fortunata espressione della dottrina e della giurisprudenza, una "disciplina partecipata del parco".

Prevede altresì, per le opere da eseguirsi all'interno del parco, il rilascio di un nulla-osta (art. 13 della legge citata) che, secondo la dizione letterale della norma, è teso a verificare "la conformità tra le disposizioni del piano e del regolamento" e l'intervento modificatorio che si intende eseguire.

Ciò posto, ed avuto riguardo alle circostanze di fatto da ultimo menzionate, deve fornirsi risposta negativa alla questione concernente la necessità di acquisire il nulla-osta ai sensi dell' art. 13 della legge n. 394/1991.

In ordine a tale tematica è bene tenere presente che non si riscontra, in dottrina ed in giurisprudenza, una sostanziale convergenza di opinioni: al contrario, si sono confrontate, nel tempo, una pluralità di antitetiche prospettazioni.

La tesi negativa, che muove dalla dizione letterale del richiamato art. 13 della legge n. 394/1991, è stata in passato a più riprese postulata dalla giurisprudenza amministrativa e da quella di legittimità penale.

Si è infatti affermato, al riguardo, che "l'art. 13 l. 6 dicembre 1991 n. 394, che disciplina il rilascio del nulla osta da parte dell'ente parco a concessioni o autorizzazioni relative a interventi, impianti ed opere all'interno dei parchi nazionali, e prevede un termine di sessanta giorni per la formazione del silenzio - assenso, si applica solo dopo l'approvazione del piano e del regolamento del parco. In attesa della formazione e approvazione del piano e del regolamento di un parco nazionale, operano le misure di

salvaguardia previste dall'art. 6 e i divieti di cui all'art. 11 l. 6 dicembre 1991 n. 394, che possono essere integrati da misure dettate dal provvedimento di istituzione dell'ente parco. Il nulla osta di competenza dell'ente parco ai sensi dell'art. 13 l. 6 dicembre 1991 n. 394 e l'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 7 l. 29 giugno 1939 n. 1497 (ora art. 151 t.u. n. 490 del 1999) sono atti diversi e concorrenti, attribuiti ad autorità differenti e preposte alla cura di interessi solo in parte coincidenti; pertanto, l'autorizzazione paesaggistica non tiene luogo del nulla osta nè delle misure di salvaguardia dettate dal provvedimento istitutivo del parco nazionale. "(T.A.R. Toscana Firenze, sez. I, 19 febbraio 2002, n. 288).

La ratio di tale orientamento è stata efficacemente chiarita dalla Suprema Corte di Cassazione nella sentenza di seguito riportata (Cassazione penale , sez. III, 27 giugno 1995, n. 10407) secondo la quale, "il nulla osta previsto dall'art. 13 della legge n. 394-1991 è inscindibilmente ed esclusivamente collegato alla verifica della conformità dell'intervento progettato alle disposizioni del piano e del regolamento del parco, rispettivamente previsti e disciplinati dagli artt. 12 ed 11 della medesima legge quadro sulle aree protette……..Ove una disciplina "partecipata" del parco sussista, deve esserne verificato il rispetto; ove essa manchi, invece, la richiesta del nulla osta previsto dall'art. 13 della legge n. 394-1991 si risolverebbe in un mero formalismo, in un adempimento assolutamente superfluo per l'inesistenza di una disciplina "propria" alla quale possa riferirsi la valutazione dell'intervento progettato. Ulteriori elementi possono essere addotti a sostegno di quest'orientamento.

In sede di elaborazione della legge quadro sulle aree protette, l'art. 15 del testo unificato inviato alla I Commissione dalla VIII Commissione della Camera in data 16.11.1988 (in Atti Parlamentari, Camera, 1964-10 Bollettino Commissioni, 287, 61) distingueva, ai fini della richiesta del nulla osta, tra situazione antecedente o successiva all'approvazione del piano del parco e stabiliva che, dopo l'approvazione del piano, il nulla osta non era necessario per le zone di promozione (per quelle zone, cioè, più estesamente modificate dai processi di autorizzazione nelle quali sono consentite attività compatibili con le finalità del parco e finalizzate al miglioramento della vita socio-culturale delle collettività locali e al miglior godimento del parco da parte dei visitatori).Questa impostazione - che non ricollegava il rilascio del nulla osta all'esistenza del piano - venne però abbandonata nel prosieguo dei lavori preparatori, tanto che l'art. 14 della bozza redatta nel dicembre 1989 del Comitato ristretto in seno all'VIII Commissione della Camera ricollegava la richiesta di nulla osta, rispettivamente, al regime del silenzio-diniego e del silenzio-assenso a seconda che gli interventi per i quali il nulla osta era richiesto si dovessero effettuare nelle zone A, B, C (ossia le zone maggiormente protette in relazione agli ecosistemi ospitati) oppure nella zona di promozione.

Tale previsione palesava il nuovo orientamento del legislatore: il nulla osta era indissolubilmente legato alle prescrizioni del piano, alle quali si ancorava il differenziato procedimento di formazione dell'atto amministrativo. Non vi era spazio per una diversa valutazione ricollegabile ad atti diversi eventualmente emanati dagli organi dell'Ente. Ed il testo definitivo dell'art. 13 della legge n. 394-1991, pur non contenendo più l'anzidetta differenziazione, ha letteralmente ricollegato il rilascio del nulla osta al piano ed al

regolamento del parco quali unici parametri di riferimento per la valutazione dello intervento prospettato."

Più di recente, però, la giurisprudenza penalistica ha decisamente superato tale restrittivo orientamento ponendo le premesse per l' affermazione di un principio, radicalmente opposto, per cui il nulla-osta sarebbe sempre e comunque necessario per le opere che si intendano eseguire all'interno dei confini del Parco, non essendo il medesimo condizionato alla previa approvazione del piano e del regolamento di cui agli artt.11 e 12 della legge n. 394/1991.

Ci si è spinti ad affermare, infatti, che "In tema di tutela delle aree protette, a seguito della entrata in vigore di norme di salvaguardia deve essere richiesto il nulla osta di cui all'art. 13 l. 6 dicembre 1991 n. 394, anche se le disposizioni di salvaguardia sono sopravvenute al rilascio del titolo edilizio abilitativo, ma in epoca anteriore all'inizio dei lavori."(Cassazione penale , sez. III, 04 novembre 2005, n. 2645).

Tale prospettazione costituisce sviluppo di una precedente pronuncia della III Sezione Penale del Supremo Collegio, secondo cui "L'operatività dell'art. 13 comma 1 l. 6 dicembre 1991, n. 394, nella parte in cui stabilisce che "il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti ed opere all'interno del parco è sottoposto al preventivo nulla osta dell'Ente parco" e della correlativa sanzione penale prevista dal successivo art. 30 comma 1, non sono subordinati alla previa approvazione del nuovo piano e del nuovo regolamento del parco, previsti dagli articoli 11 e 12 della stessa legge. In mancanza di detta approvazione occorre, infatti, fare riferimento ai piani paesistici, territoriali o urbanistici ed agli altri eventuali strumenti di pianificazione di cui è menzione nel succitato art. 12 comma 7, i quali restano in vigore fino al momento della loro prevista sostituzione con il nuovo piano." (Cassazione penale, sez. III, 27 maggio 1999, n. 11537, ma anche, Sezione III, 19 marzo 1998, n. 692).

La ratio di tale orientamento riposa – è dato leggere nella parte conclusiva della sentenza da ultimo richiamata - nella necessità della affermazione di un "regime unitario all'interno di qualsiasi parco nazionale a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge quadro del 1991……." ritenuta dal Supremo Collegio, preferibile rispetto a quella propugnante "un inammissibile regime differenziato a seconda che il parco sia dotato o meno del "Piano" e del "Regolamento": e, quindi, ad un'applicazione della norma non uniforme nel tempo e nel territorio, in quanto subordinata alle vicende particolaristiche dei singoli enti parco e delle altre amministrazioni locali, investite di un qualche ruolo nelle procedure di approvazione di detti strumenti; con conseguente introduzione di un limite di dubbia costituzionalità all'obbligatorietà di una legge penale in tal modo circoscritta ai soli parchi retti dalle amministrazioni più diligenti nell'ottemperare alle disposizioni della legge 394 e non operante nei territori di tutti gli altri, perciò lasciati anche con riguardo alle zone più protette, (soprattutto dopo l'abrogazione dell'art. 5 del r.d. 2124 del 1923), alla variabile iniziativa individuale, estemporanea ed occasionale di privati e di enti locali."

Detta sentenza, poi, richiama espressamente una pronuncia del Consiglio di Stato (la n. 1734 del 1998, Sezione IV) i cui principi sono stati da ultimo riaffermati con la decisione che di seguito si riporta, secondo cui

"Per la realizzazione degli interventi, opere e costruzioni in aree protette (parchi nazionali, regionali, riserve naturali) occorrono tre distinti ed autonomi provvedimenti: la concessione edilizia, l'autorizzazione paesaggistica ed il nulla osta dell'ente parco. Questi ultimi sono, in ogni caso, il frutto di una duplice valutazione, anche se rimessi ad un unico organo (il che comunque non si verifica nel caso di specie) e mantengono la loro autonomia ad ogni effetto in quanto espressione di due discipline concorrenti, onde il n.o. del parco, nè il suo diniego, fanno venire meno la necessità dell'autorizzazione paesaggistica."(Consiglio Stato , sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 714).

Sia la Cassazione penale, però, che il Consiglio di Stato, hanno tracciato un discrimen – in tema di operatività del suesposto principio postulante l'applicabilità necessaria alle nuove opere dell'art.13 della legge 394/1991 anche in assenza di piano e regolamento – con riguardo alla preesistenza o meno della riserva/parco rispetto alla data di approvazione della legge-quadro suindicata.

Ha affermato in proposito, infatti, la Sezione, che "per gli enti parco preesistenti all'entrata in vigore della l. 6 dicembre 1991 n. 394, la realizzazione di interventi all'interno del parco è subordinata al preventivo nulla osta ai sensi dell'art. 13, a prescindere dall'esistenza del regolamento e del piano previsti dai precedenti art. 11 e 12.(Consiglio Stato , sez. VI, 19 luglio 2006, n. 4594).

La decisione suindicata, nel corpo motivo, non a caso si ricollega alla citata sentenza della III Sezione della Cassazione penale n. 11537/1999, laddove è dato leggere che essa è favorevole all'orientamento che "che per i parchi già esistenti, non subordina la necessità del menzionato n.o. all'approvazione del nuovo piano del parco e del nuovo regolamento".

Non intende la Sezione discostarsi da tale orientamento e pertanto può sul punto concludersi che, avuto riguardo alla circostanza che – come lealmente ammesso dall'appellante - l'area è stata inserita nella riserva naturale successivamente alla legge n. 394/1991 (e precisamente nel 1996) e che, all'epoca in cui si tenne la conferenza di servizi del 1999 non è stato provato che si fosse previamente dotato del regolamento e del piano previsti ex artt. 11 e 12 della legge-quadro suddetta, non si rendeva necessaria l'acquisizione del nulla-osta di cui all'art.13 della legge citata.

Peraltro neppure è stato provato dall'appellante che nel 2003 (data di presentazione del "nuovo" progetto) o sinanco al momento dell'adozione dell'ordinanza impugnata sia stato formato o approvato alcun piano o regolamento.

Meritano invece accoglimento due delle censure formulate dall'appellante con riferimento al procedimento che ha condotto alla emissione dell'ordinanza.

Come risulta dalla documentazione versata in atti a seguito dell'istruttoria disposta dal Collegio, l'area era vincolata già ante 31.12.1998 ai sensi dell'art. 1 quinquies della legge n. 431/1985.

La circostanza dedotta dalla appellata Aeroporti di Roma SPA secondo cui il Piano Territoriale Paesistico Regionale sarebbe stato approvato successivamente alla emissione del provvedimento impugnato (pag 7 della memoria in atti) è ininfluente rispetto alla circostanza

che l'area era già vincolata (per utilizzare una fortunata espressione della dottrina c.d. "vincolo ope legis") sotto il profilo paesaggistico già in precedenza. E tale è rimasta (sulla durata indeterminata del vincolo ex lege 341/1985 si veda, tra le tante, Consiglio Stato , sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7971).

La mancata acquisizione del relativo nulla-osta/atto di assenso (incontestata da parte delle appellate amministrazioni) vizia l'azione amministrativa.

Al contempo, appare esatta la deduzione dell'appellante circa il mancato ricorso alla conferenza di servizi successivamente al 1999, e tanto più laddove il progetto sotteso all'ordinanza era stato reso in data assai successiva (2003).

In disparte le modifiche all'istituto in questione intervenute nel 2000 ad opera della legge n. 340, ed in disparte la sostanziale obbligatorietà della stessa –esattamente evidenziata dall'appellante società- con riferimento al comma II del novellato art. 14 della legge n. 241/1990, un aspetto della problematica merita di essere evidenziato.

Dalla conferenza di servizi del 1999 alla redazione del progetto intervenuto nel 2003 trascorsero quattro anni; ed altrettanti ne trascorsero da tale ultima data a quella di emissione del provvedimento impugnato.

La costante giurisprudenza amministrativa, ha sempre postulato, allorchè vengano presi in esame interessi costituzionalmente protetti in massimo grado (quale è, nel caso di specie, quello ambientale) e per di più soggetti a modificazioni a cagione della mutevolezza della realtà sulla quale incidono, che le valutazioni in merito ai medesimi possiedano il carattere dell'attualità (si veda, in proposito, Consiglio Stato , sez. VI, 31 gennaio 2007, n. 370. che, sia pur relativa alla procedura di VIA, esprime principi trasponibili all'odierno procedimento).

Che sull'area in questione fossero intervenute modificazioni, sia in termini giuridici, che – come può intuirsi dall'ultimo capoverso della nota Enac depositata il 25.9.2008 in ottemperanza all'ordinanza istruttoria della Sezione, con riferimento agli aspetti idorgeologici-naturalistici appare evidente.

Perdipiù, l'amministrazione aveva proceduto mediante conferenza di servizi già nel 1999, e detto modulo organizzativo, che avrebbe consentito la contestuale ponderazione di tutti gli interessi, a fronte di un novum rappresentato dal progetto del 2003, non è stato reiterato.

Sebbene appaiono destituite di fondamento le doglianze concernenti la "irriferibilità" all'amministrazione procedente del progetto del 2003 (trattandosi di uno studio comunque fatto proprio dall'amministrazione medesima), deve affermarsi che tale modus procedendi non appare alla Sezione espressione del corretto agire amministrativo, non fornisce garanzie circa la correttezza dell'approfondimento istruttorio ponderativo sotteso all'ordinanza (che è comunque aspetto ben diverso rispetto a quello, disatteso dalla Sezione, relativo alla esclusività delle valutazioni concernenti lo stato di pericolo, pertinenti in via esclusiva all'amministrazione procedente) e pertanto anche la relativa censura deve essere accolta (per incidens, che il progetto del 2003 avesse contenuto "novativo" rispetto agli studi tenuti in considerazione nel 1999 fu circostanza rilevata dallo stesso Ministero dell'Ambiente, come lealmente ammesso

dall'appellata società a pag. 29 della memoria di costituzione per l'udienza del 28.3.2008).

In ultimo, un particolare aspetto deve essere evidenziato.

L'ordinanza impugnata, contrariamente alla previsione di cui al comma II dell'art. 714 del codice della navigazione, non prevedeva alcun indennizzo in favore della società destinataria del provvedimento.

La relativa censura – proposta con i motivi aggiunti- è stata dichiarata dai primi Giudici tardiva perché -in quanto l'omessa previsione risultava dal testo del provvedimento impugnato- si sarebbe dovuta proporre con il ricorso principale, non giustificandosi alcuna dilazione quanto al necessario rispetto dei termini perentori di impugnazione (e, lo si è detto in premessa, tale affermazione è senz'altro corretta, ad avviso del Collegio).

Pur tuttavia, non appare inopportuno interrogarsi sulla natura della disposizione predetta.

Deve rammentarsi in proposito, che v'è concordanza di opinioni, nella giurisprudenza civilistica ed amministrativa, circa l'affermazione secondo la quale "non ha carattere espropriativo, e dunque non è suscettibile di indennizzo il vincolo di inedificabilità imposto alle aree aeroportuali, che rientra nei limiti di godimento stabiliti dalla legge per intere categorie di beni in relazione alla situazione degli stessi rispetto a beni ed interessi della p.a." (si veda, Cassazione civile , sez. I, 11 novembre 1978, n. 5175, Consiglio Stato , sez. IV, 23 gennaio 1986, n. 42).

Senonchè, in ipotesi di ordine di abbattimento,il predetto comma II dell'art. 714 del codice della navigazione prevede con disposizione specifica a connotato tassativo (e non già discrezionale, come si evince dall'espressione "è corrisposta") la previsione di un indennizzo.

Che la macchia alberata preesistesse rispetto al 1995 (data di approvazione del Piano di sviluppo aeroportuale) è incontestabile; del pari non è contestato che il provvedimento impugnato abbia omesso di provvedere in ordine all'indennizzo predetto.

Tale previsione costituisce, ad avviso del Collegio, elemento essenziale del provvedimento da adottarsi ex art. 714 c.n.; la omessa menzione del medesimo vizia l'atto amministrativo, e rientra nel paradigma di cui all'art. 21 septies della legge n. 241/1990.

In via generale, deve infatti ribadirsi che le nullità dei provvedimenti amministrativi sono tassative o vanno ricondotte alla mancanza di elementi essenziali dell'atto o ad ipotesi di incompetenza assoluta dell'organo che adotta il provvedimento od alla violazione di giudicato; a quest'ultimo proposito l'art. 21 septies l. 7 agosto 1990 n. 241, nell'individuare le diverse ipotesi di nullità tra cui la violazione di giudicato, ha in parte anche valore ricognitivo della dottrina preesistente con conseguente applicabilità ai giudizi in corso (cfr. ad es. Consiglio Stato , sez. VI, 20 ottobre 2005 , n. 5903).

Tale omissione, investendo un elemento essenziale del provvedimento, integra l'ipotesi di vizio di nullità, dovendosi affermare che la nullità dei provvedimenti dinanzi al giudice amministrativo è rilevabile d'ufficio, alla stregua dei principi generali in tema di nullità e dell'art. 1421 cc, evidentemente applicabili anche nel processo amministrativo in specie nelle ipotesi in cui, come nella fattispecie in esame, la validità ed esecutività

del provvedimento costituisca oggetto della controversia (si veda, sulla rilevabilità ex officio dei vizi integranti nullità in senso tecnico, Consiglio Stato , sez. IV, 06 novembre 1996, n. 1190).

Conclusivamente, l'appello deve essere accolto, nei termini di cui alla motivazione che precede, ed in riforma della impugnata decisione deve essere accolto il ricorso di primo grado con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese processuali sostenute dalle parti in relazione alla particolarità e complessità delle questioni giuridiche sottese alla controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Sezione sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello in epigrafe,lo accoglie nei termini di cui alla motivazione e, per l'effetto, in riforma della appellata decisione, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 25 novembre 2008, dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone Presidente
Paolo Buonvino Consigliere
Aldo Scola Consigliere
Roberto Garofoli Consigliere
Fabio Taormina Consigliere Rel. Presidente
CLAUDIO VARRONE
Consigliere Segretario
FABIO TAORMINA GLAUCO SIMONINI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 20/01/2009
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA