

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DEL CONSIGLIO DI STATO**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Marzo 2012

Processo amministrativo. Appello. Abuso del processo

Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 marzo 2012, n. 1209 - Pres. Trotta, Est. Castiglia

Qualora l'amministrazione ammetta il candidato con riserva alle successive fasi dell'iter concorsuale, omettendo di rinnovare la valutazione censurata come disposto in sede cautelare, non può successivamente contestare la decisione con cui il TAR dichiara la cessazione della materia del contendere stante il superamento delle prove e la conseguente immissione in ruolo del candidato, a ciò ostandovi il generale divieto di abuso del processo.

[Link al testo della sentenza](#)

Con la sentenza in rassegna la IV sezione del Consiglio di Stato, ha fatto applicazione dei principi enunciati dall'Adunanza generale nella nota sentenza 23 marzo 2011, n. 3 sul divieto di abuso del processo, inteso quale esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa, in violazione del principio di non contraddittorietà, evidenziando che l'amministrazione avrebbe dovuto piuttosto procedere all'immediato rinnovo della valutazione attitudinale censurata in sede cautelare piuttosto che proporre appello avverso la sentenza del TAR che si limitava a prendere atto dei successivi sviluppi dell'iter concorsuale, conclusosi con la nomina e l'immissione in ruolo del ricorrente.

Concorsi a pubblici impieghi. Ammissione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 marzo 2012, n. 1271 - Pres. FF. Leoni, Est. Taormina

Sebbene gli accertamenti medici eseguiti in sede concorsuale siano tendenzialmente infungibili ed irripetibili, il giudice amministrativo, seppure nelle forme del sindacato c.d. "debole", può valutare l'attendibilità del giudizio tecnico espresso dalla commissione medica, utilizzando le diverse risultanze medico-legali acquisite dall'interessato presso strutture pubbliche a breve distanza di tempo dalla visita medica tenutasi in sede concorsuale e confermate in sede giudiziale dalla verifica a tal fine disposta dal collegio.

[Link al testo della sentenza](#)

Nel caso di specie la situazione di pregresso arruolamento, la brevità del lasso di tempo intercorrente tra gli accertamenti negativi svolti in sede concorsuale e quelli cui si è sottoposto l'appellato volontariamente presso strutture pubbliche e, successivamente, in sede di verifica (torno temporale nel complesso non superiore a sei mesi), hanno indotto il collegio a non ritenere applicabile il principio di irripetibilità degli esami svolti in sede concorsuale

Processo amministrativo. Interesse.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 marzo 2012, n. 1349 - Pres. Trotta, Est. Rocco

Nell'ipotesi in cui una ordinanza di protezione civile, impugnata in sede giurisdizionale, sia successivamente recepita, nella parte contestata, in una norma di legge, la tutela giurisdizionale si attua attraverso l'incidente di costituzionalità e la verifica di conformità alle pertinenti disposizioni del diritto comunitario, al qual fine occorre tuttavia attendere l'adozione dei provvedimenti applicativi che ne rendano attuale l'effetto lesivo con la conseguenza che il ricorso pendente va dichiarato improcedibile, non potendo il giudice amministrativo promuovere d'ufficio la verifica di legittimità costituzionale e comunitaria dello ius superveniens in relazione a questioni in concreto non rilevanti.

[Link al testo della sentenza](#)

La sentenza – relativa al termovalorizzatore di Acerra - contiene una articolata esposizione delle problematiche connesse agli strumenti di tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento, con particolare riferimento alle condizioni per la proposizione dell'incidente di costituzionalità e per la verifica di conformità al diritto comunitario.

Edilizia e urbanistica.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 marzo 2012, n. 1449 - Pres. Numerico, Est. Sabatino

Il vincolo di destinazione d'uso alberghiero di un immobile ha natura intrinsecamente temporanea. Sono illegittime le NTA di un comune che comportino una limitazione sine die alla possibilità di mutamento di destinazione d'uso di un immobile adibito a fini ricettivi, in quanto determinano una compressione delle facoltà proprietarie oltre il limite consentito.

[Link al testo della sentenza](#)

Vedi Corte cost., 28 gennaio 1981, n. 4 e Cons. St., IV, 6 ottobre 2011, n. 5487

Processo amministrativo. Istruzione e Prove

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 marzo 2012, n. 1453 - Pres. Numerico, Est. Sabatino

Sono ammissibili nuovi mezzi di prova in appello, ai sensi dell'art. 104 c.p.a., quando la prova è indispensabile per la risoluzione della controversia (requisito oggettivo) oppure allorquando la parte sia stata impossibilitata a produrla in primo grado per fatti a sé non imputabili (requisito soggettivo).

La prova nel giudizio di appello può ritenersi indispensabile non quando se ne assuma la mera rilevanza ma allorquando sia tale da trasformare radicalmente l'esito della decisione, in relazione ad almeno una delle domande proposte.

A fortiori nel giudizio di primo grado, dove non opera la norma di chiusura di cui all'art. 104 c.p.a., se la prova documentale appare indispensabile, va acquisita e posta a fondamento della decisione anche se depositata oltre il termine perentorio di cui all'art 73, comma 1, .c.p.a.

[Link al testo della sentenza](#)

La sentenza in rassegna, sulla scorta del principio di diritto affermato in motivazione, ha riformato la sentenza di prime cure che anziché dichiarare l'improcedibilità del ricorso in materia di accesso ai documenti amministrativi lo ha accolto, ritenendo tardiva la produzione del Comune che attestava il rifiuto dell'interessato a prendere visione dei documenti oggetto della domanda di ostensione.

Edilizia. Opere di urbanizzazione

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 marzo 2012 n. 1481 - Pres. Giaccardi, Est. Veltri

L'art. 35 comma 12, della l. n. 865/71 (così come successivamente sostituito e modificato dall'art. 3, comma 63, l. n. 662/96 e dall'art. 7 l. n. 136/99), contempla un meccanismo di integrale copertura dei costi sostenuti dall'amministrazione per l'acquisizione delle aree ricomprese nel piano e per la relativa urbanizzazione, con una finalità precipua di agevolazione per l'edilizia popolare resa esplicita dal livello sensibilmente più basso dell'indennità di espropriazione rispetto al valore venale delle aree (argomento invero depotenziato dai recenti interventi del giudice delle leggi e del legislatore), e dal collegamento del corrispettivo ai costi reali ed effettivi di urbanizzazione delle aree di Piano - traslabili sul concessionario o sull'acquirente in proporzione al volume edificabile, ma comunque non oltre il limite di quanto dovuto ai sensi della l. n. 10/77 e succ. mod.- e che dunque serve a "depurare" l'edificazione in zona PEEP dalla ripartizione dei pesi della trasformazione edilizia del più ampio comprensorio territoriale cui, invece, è finalizzato ordinariamente il computo dei costi di costruzione e del contributo di urbanizzazione, di modo che sia condizionata solamente dai costi da essa stessa generati. In sostanza, il "corrispettivo" delle opere di urbanizzazione è obbligazione diversa e sostitutiva del "contributo" di urbanizzazione, in quanto collegata, in considerazione anche della limitatezza territoriale del piano, ai costi concretamente sostenuti e documentati per corredare la zona di piano dalle necessarie opere di urbanizzazione primaria e secondaria. Solo quando i costi, in proporzione al volume edificabile all'interno del piano, risultino più elevati di quelli previsti in via regolamentare ed astratta in relazione all'urbanizzazione della generalità del territorio, l'obbligazione è quantitativamente ed ex lege limitata, in funzione agevolativa, entro l'ammontare del "contributo" di urbanizzazione, finendo per identificarsi con essa (Cfr. art. 35 comma 12 della l. n. 865/71 nella parte in cui pone quale limite massimo, quanto dovuto ai sensi della l. n. 10/77, e successive modificazioni).

[Link al testo sentenza](#)

Responsabilità civile della pubblica amministrazione. Ragionevole durata del processo (l. 24 marzo 2001 n. 89)

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 marzo 2012 n. 1484 - Pres. Giaccardi, Est. Castiglia

Nel giudizio per l'esecuzione del giudicato che condanna l'Amministrazione a corrispondere l'equa riparazione ai sensi della legge n. 89 del 2001 persiste la legittimazione passiva del Ministero della giustizia. (1)

[Link al testo sentenza](#)

1. Vedi, in tal senso, ex plurimis, Cons. St., sez. IV, 23 agosto 2010, n. 5897; Id., 23 dicembre 2010, n. 9342.

Osserva il Consiglio di Stato che nel giudizio di ottemperanza le parti conservano la stessa posizione processuale che avevano in quello terminato con la pronuncia di condanna, non potendosi pervenire, per quanto riguarda in particolare la fattispecie all'esame, ad una diversa identificazione della parte passiva solo perché l'art. 1, comma 1225, secondo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ha previsto che "al fine di razionalizzare le procedure di spesa ed evitare maggiori oneri finanziari conseguenti alla violazione di obblighi internazionali, al pagamento degli indennizzi procede, comunque, il Ministero dell'economia e delle finanze". La menzionata disposizione non muta le regole sulla legittimazione passiva nel giudizio di ottemperanza, nel quale la parte pubblica deve ritenersi soggettivamente intesa, secondo l'ordinaria disciplina di rappresentanza in giudizio delle Amministrazioni statali, come parte necessariamente presente nel giudizio di cognizione a quo. Del resto il richiamo alla sola fase del "pagamento", contenuto nella indicata norma, non comporta effetti espansivi sulla legittimazione passiva nei relativi giudizi di ottemperanza, spettante all'Amministrazione condannata nel giudizio stesso, quanto, piuttosto, un mero riparto di competenze fra Amministrazioni statali nell'ambito del procedimento contabile di liquidazione delle somme a tal titolo dovute. Incombe sull'Amministrazione condannata (quando, come avviene nei giudizi di cui si tratta, il legislatore abbia individuato un'Amministrazione diversa tenuta al pagamento) l'onere di porre in essere, ai fini dell'adempimento al giudicato (la cui puntuale verifica è appunto l'oggetto del giudizio di ottemperanza), tutti gli atti necessari al compimento, da parte della seconda, della fase di pagamento, del cui esatto e tempestivo esito rimane comunque responsabile, nei confronti del creditore, il soggetto nei cui confronti sia stata pronunciata la sentenza passata in giudicato, al fine ultimo di far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione (Cons. St., sez. V, 3 ottobre 1997, n. 1108; sez. IV, 15 aprile 1999, n. 626; sez. IV, 17 ottobre 2000, n. 5512; sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2447; sez. IV, 23 agosto 2010, n. 5897).

Edilizia. Mutamento destinazione d'uso

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 marzo 2012 n. 1488 - Pres. Trotta, Est. Greco

L'inserimento di un'area in zona per la quale lo strumento urbanistico prevede la destinazione a "residenza", "attività terziarie e ricettive" ed altre consimili, ma non anche ad attrezzature "pubbliche" o "collettive", non consente che nella zona possa essere realizzato un edificio di culto, in quanto esso rientra tra le attrezzature "pubbliche" o "collettive", per la cui realizzazione devono essere riservate adeguate aree, individuate in sede di formazione degli strumenti urbanistici generali (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004 n. 8026).

La nozione di "centro culturale" dal punto di vista urbanistico configura un'opera di interesse collettivo, ossia una categoria logico-giuridica certamente distinta rispetto a quella delle opere pubbliche in senso stretto, ma che tuttavia comprende quegli impianti ed attrezzature che, sebbene non destinati a scopi di stretta cura della p.a., siano idonei a soddisfare bisogni della collettività, ancorché vengano realizzati e gestiti da soggetti privati (p.es. un centro polifunzionale fruibile dalla generalità dei consociati come il Centre Pompidou di Parigi). (1)

[Link al testo sentenza](#)

1. Osserva il Consiglio di Stato che, per converso, nella fattispecie oggetto di giudizio si trattava più semplicemente di un immobile destinato a ospitare i locali di un'associazione religiosa di fede mussulmana, in stretta connessione con lo svolgimento delle attività in cui si manifestano gli scopi istituzionali di essa, in tal modo soddisfacendo bisogni specifici e non esigenze primarie della

generalità dei consociati; a nulla rilevando che, nella specie, gli uffici potessero essere frequentati non dai soli associati, ma anche da qualsiasi altro interessato (ciò che si verifica, ad esempio, anche nella sede di un partito o di un'associazione sindacale, senza che perciò solo questa possa essere assimilata a un servizio di interesse generale). Alla luce siffatte considerazioni, è stata ritenuta corretta l'impostazione del Comune, che aveva ricondotto l'intervento de quo alla categoria dei "servizi alla residenza" (consentiti dalla destinazione urbanistica dell'area interessata).

Espropriazione per pubblica utilità. Acquisizione sanante

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 marzo 2012 n. 1514 - Pres. Trotta, Est. Veltri

L'art. 42 bis DPR n. 327/2001i, pur facendo salvo il potere di acquisizione sanante in capo alla P.A., non ripropone lo schema processuale previsto dal comma 2 dell'originario art. 43, che attribuiva all'amministrazione la facoltà e l'onere di chiedere la limitazione alla sola condanna risarcitoria, ed al giudice il potere di escludere senza limiti di tempo la restituzione del bene, con il corollario dell'obbligatoria e successiva emanazione dell'atto di acquisizione. L'eliminazione della descritta facoltà inibisce, sul piano processuale, l'emersione dell'interesse pubblico all'acquisizione dell'immobile, sia pur in sanatoria, dovendosi del resto escludersi che l'interesse, pur dedotto ed argomentato dalla difesa dell'amministrazione nelle proprie memorie, costituisca o possa costituire (venuta meno la peculiare norma di cui al 43 comma 2) oggetto e frutto di quella ponderata valutazione degli "interessi in conflitto" che il legislatore demanda esclusivamente all'amministrazione nell'ambito della naturale sede procedimentale. (1).

[Link al testo sentenza](#)

1. Afferma ancora il Consiglio di Stato che l'art. 42 bis non regola più invece i rapporti tra azione risarcitoria, potere di condanna del giudice e successiva attività dell'amministrazione, sicché ove il giudice, in applicazione dei principi generali condannasse l'amministrazione alla restituzione del bene, il vincolo del giudicato eliderebbe irrimediabilmente il potere sanante dell'amministrazione (salva ovviamente l'autonoma volontà transattiva delle parti) con conseguente frustrazione degli obiettivi avuti a riferimento dal legislatore. A questo punto, i principi derivanti dall'interpretazione sistematica delle norme citate e le possibilità insite nel principio di atipicità delle pronunce di condanna, ex art. 34 lett. c. c.p.a., impongono una limitazione della condanna all'obbligo generico di provvedere ex art. 42 bis, salvi gli effetti vincolanti degli accertamenti compiuti nella sede giudiziaria in cui esiti sono irretrattabili.

Contratti pubblici nei settori ordinari. Aggiudicazione

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 marzo 2012 n. 1766 - Pres. Numerico, Est. Sabatino

Il meccanismo del silenzio assenso prefigurato dall'art. 12, comma 1, d. lgs. n. 163/06 riguarda solo l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, mentre l'aggiudicazione definitiva richiede una manifestazione di volontà espressa dell'Amministrazione, ossia un provvedimento.

[Link al testo sentenza](#)

Processo amministrativo. Atto impugnabile

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 marzo 2012 n. 1829 - Pres. Giaccardi, Est. Forlenza

Non è condivisibile l'orientamento secondo cui un parere vincolante, una volta espresso, può (anzi deve) essere oggetto di immediata ed autonoma impugnazione entro il termine decadenziale previsto per il ricorso giurisdizionale, giacché esso: - in primo luogo, nega la distinzione tra funzione di amministrazione attiva e funzione consultiva, pur mantenuta dalla norma; - in secondo luogo, determina un "trasferimento" di potestà provvedimentale che, per un verso, annulla la categoria stessa dei pareri vincolanti (rendendo questi atti sostanziale espressione di amministrazione attiva); per altro verso, svuota programmaticamente di contenuto il potere provvedimentale, di fatto trasferendolo in capo ad organi diversi da quelli individuati dalla legge, in evidente contraddizione con il principio di legalità (in senso formale) (1).

[Link al testo sentenza](#)

In virtù del principio espresso in massima, il Consiglio di Stato ha ritenuto fondato l'appello, nella parte in cui con lo stesso si censurava la declaratoria di inammissibilità del ricorso in I grado, per omessa impugnazione del parere reso dal Consorzio ASI, nell'ambito del procedimento volto ad ottenere la concessione edilizia in sanatoria (cd. condono edilizio).

La pronuncia si discosta dall'orientamento giurisprudenziale il quale ritiene immediatamente impugnabili, tra gli altri, quei particolari atti endoprocedimentali rappresentati dai pareri vincolanti. In particolare, generalmente si sostiene: - che è impugnabile in sede giurisdizionale, in quanto lesiva di posizioni giuridiche, ogni determinazione amministrativa idonea a produrre un definitivo arresto procedimentale, specie per quanto attiene ai c.d. interessi pretensivi (quelli, cioè, che aspettano da un provvedimento positivo della p.a. il loro concreto soddisfacimento), i quali altrimenti non potrebbero essere tutelati se non azionando l'interesse (strumentale) all'eliminazione dell'atto o del comportamento preclusivo del successivo sviluppo del procedimento amministrativo (Cons. St., sez. V, 2 aprile 2001 n. 1902); - con particolare riguardo agli atti endoprocedimentali, che la regola "secondo cui l'atto endoprocedimentale non è autonomamente impugnabile - la lesione della sfera giuridica dell'interessato provenendo in tal caso solo dall'atto conclusivo del procedimento amministrativo - trova eccezione nel caso di : a) atti di natura vincolanti (pareri o proposte) idonei come tali ad esprimere un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva; b) atti interlocutori, idonei ad arrecare un arresto procedimentale capace di frustrare l'aspirazione dell'istante ad un celere soddisfacimento dell'interesse pretensivo prospettato; c) atti soprassessori, i quali rinviando ad un evento futuro ed incerto nell'an e nel quando il predetto soddisfacimento e, quindi, determinano un arresto procedimentale a tempo indeterminato" (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2005 n. 3043; in senso conforme, Cons. St., sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4885). In tutte queste ipotesi, è stato affermato che "ciò che conta è l'effetto preclusivo del successivo sviluppo del procedimento" (Cons. St., sez. VI, n. 3043/2005 cit.; nonché Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2000 n. 5224).