

## OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Aprile 2012

**Processo amministrativo. Ricusazione.**

**Processo amministrativo. Parti e difensori.**

**Atto amministrativo. Nullità ed inesistenza.**

**Responsabilità civile della pubblica amministrazione. Danno non patrimoniale.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957 - Pres. Giaccardi, Est. Forlenza**

*Ai sensi dell'art. 18 cod. proc. amm. è manifestamente infondata un'istanza di ricusazione a valenza "generale", coinvolgente cioè tutti i componenti del Consiglio di Stato in ragione della loro appartenenza all'istituto, non ravvisandosi alcun motivo particolare di interesse o di contrasto con una delle parti idoneo a giustificare l'istanza di ricusazione, tenuto conto che le cause di astensione e ricusazione nel vigente ordinamento sono sempre riferibili direttamente o indirettamente al giudice come persona fisica. (1)*

*Non costituisce causa di ricusazione l'esistenza (tra i membri del collegio ed una delle parti) di meri rapporti occasionati dalla semplice appartenenza al medesimo plesso giudiziario, dalla frequentazione dei medesimi ambienti e contesti lavorativi, dall'iscrizione ad una stessa associazione di categoria, né l'eventuale presentazione da parte del ricorrente di una denuncia penale a carico del giudice relatore che non crea rapporti di "causa pendente" tra il giudice e la parte, né di per sé, ipotesi di inimicizia grave, di cui all'art. 51, n. 3 c.p.c. e neppure il coinvolgimento nei fatti di causa di membri dell'organo di autogoverno o dei vertici del plesso giurisdizionale stante la piena autonomia ed indipendenza di giudizio assicurata ai membri del collegio giudicante dalla Costituzione e dall'assenza di vincoli di subordinazione gerarchica ai sensi degli artt. 101 e 107 Cost.. (2)*

*Non v'è luogo a rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alle previsioni normative con le quali si dispone che le controversie che vedono parte magistrati (o il loro organo di autogoverno) possono essere giudicate da altri magistrati appartenenti al medesimo plesso giudiziario ovvero che tali ultimi giudici possono giudicare della legittimità di atti afferenti alle procedure di concorso per l'accesso alla loro stessa qualifica, trattandosi di scelta rimessa all'ampia discrezionalità di cui gode in materia il legislatore, esercitata peraltro in modo uniforme in relazione a tutti i plessi giurisdizionali ed ai settori della giurisdizione civile, penale ed amministrativa in ossequio ai principi costituzionali di uguaglianza e del giudice naturale precostituito per legge nonché del divieto di costituzione di giudici speciali. (3)*

*Il principio, desumibile dall'art. 18, comma 5, cod. proc. amm., secondo cui allorquando oggetto di ricusazione sia l'intero collegio, l'ulteriore valutazione dell'istanza di ricusazione deve essere effettuata da un collegio avente composizione integralmente diversa, non è applicabile laddove il motivo della ricusazione riposi sostanzialmente nella mera appartenenza all'ordine giudiziario cui la legge affida il potere di giudicare poiché anche nei confronti del nuovo collegio, per quanto non ricusabile, sussisterebbero le medesime ragioni di incompatibilità dedotte con la ricusazione. (4)*

*Non può farsi luogo al secondo giudizio sulla ricusazione prescritto dall'art. 18, comma 5, cod. proc. amm., tutte le volte in cui - per la reiterazione nei confronti del collegio, sia pure per supposte ragioni di volta in volta differenti, ovvero per la sua proposizione alternativamente ora*

*nei confronti dell'uno o dell'altro dei componenti del Collegio – questa appare finalizzata a obiettivi meramente dilatori, al fine cioè di evitare la definizione del giudizio. (5)*

*L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 18 cod. proc. amm. finalizzata a garantire l'ordinato e celere svolgimento del giudizio a tutela del diritto di azione di tutte le parti in giudizio impone di ritenere che la previsione in parola può essere applicata, nella pienezza delle norme ricavabili dalle sue disposizioni, solo in caso di ricusazione che non appaia ictu oculi palesemente inammissibile o infondata e per fatti che, in ogni caso, non possono riferirsi, o comunque, mediatamente o immediatamente, fondarsi su aspetti di comune appartenenza dei giudici (giudicante e parte della causa) al medesimo plesso giudiziario. (6)*

*Il diritto all'autodifesa riconosciuto dall'art. 6 della CEDU non è un diritto assoluto sicché legittimamente gli Stati membri della convenzione possono prevedere per chi agisce in giudizio l'obbligo della difesa tecnica. (7)*

*Nel diritto amministrativo la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi, oggi meglio definiti dal legislatore, in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale in caso di violazione di norme imperative è quella della nullità. (8)*

*Il provvedimento amministrativo, ancorché nullo, ha, tuttavia, una propria efficacia "interinale" (fin tanto che la nullità non venga accertata), solo riconoscendo la quale si rende possibile la stessa definizione dell'atto come provvedimento amministrativo dotato di imperatività che, pertanto, si impone unilateralmente ai suoi destinatari. (9)*

*Gli elementi essenziali del provvedimento il cui difetto ne determina la nullità sono: 1) la totale irrifiribilità del provvedimento ad un organo emanante, in modo tale da rendere impossibile l'imputazione degli effetti del medesimo (es. difetto di sottoscrizione); 2) il difetto di identificazione (e di identificabilità) del destinatario nella cui sfera giuridica gli effetti del provvedimento amministrativo sono destinati a prodursi, incidendo un tale difetto sulla tipicità del provvedimento e sulla possibilità per il destinatario di percepirne l'imperatività. (10)*

*La mancanza degli elementi della volontà e dell'oggetto non determinano, di regola, la nullità del provvedimento ma la sua annullabilità traducendosi, la prima, in vizio del procedimento (in quanto volontà procedimentale) e, la seconda, in un vizio nella cura dell'interesse pubblico primario sub specie di eccesso di potere. (11)*

*L'accertamento della illegittimità di un provvedimento amministrativo - sia che questo avvenga in via principale, quale presupposto di una pronuncia costitutiva di annullamento, sia che avvenga in via incidentale, quale presupposto di una pronuncia di condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno – deve avvenire nel contraddittorio con i soggetti titolari delle posizioni giuridiche che in tale atto trovano il proprio fondamento e che ricevono comunque una compromissione da una pronuncia che, pur senza travolgere l'atto, ne accerti – anche se in via incidentale – l'illegittimità; a tali soggetti va dunque riconosciuta la qualità di parti necessarie del giudizio, come confermato dall'art. 41, comma 2, cod. proc. amm. e devono ritenersi legittimati a proporre impugnazione nell'ipotesi di accoglimento della domanda risarcitoria sul presupposto della accertata illegittimità del provvedimento da cui traggono un'utilità giuridica. (12)*

*Il giudice amministrativo deve giudicare della domanda risarcitoria non solo laddove la stessa sia proposta in via autonoma, senza cioè richiedere anche (e previamente) l'annullamento dell'atto - come ora espressamente previsto dall'art. 30 cod. proc. amm. - ma anche quando si tratti di domanda proposta unitamente a quella di annullamento, e su quest'ultima vi sia stata una pronuncia in rito. (13)*

*Il procedimento di nomina dei membri della commissione di concorso deve essere seguito anche in caso di nomina di un sostituto: è conseguentemente illegittima la nomina di un sostituto in assenza della previa acquisizione del parere del consiglio di presidenza della giustizia amministrativa richiesto dall'art 3 del DPR 17 gennaio 1983 n. 68 per la nomina dei membri della commissione di concorso a consigliere di Stato.*

*Il disagio interiore patito per la partecipazione ad un concorso non formalmente regolare, a prescindere dal suo esito, non è risarcibile a titolo di danno non patrimoniale, non ricorrendo nel caso di specie i presupposti di legge come interpretati dalla giurisprudenza.*

[Link al testo della sentenza](#)

(1) Vedi Cass., sez. un., 21 settembre 2010, n. 20159.  
(2) Vedi Corte cost., 22 luglio 2003, n. 262 e Cass., sez. un., 22 agosto 2007, n. 17823.  
(3) Vedi Cons. St., sez. VI, n. 3173 del 2007 e n. 891 del 2006.  
(9) Vedi Cons. St., sez. IV, n. 5799 del 2011. Precisa sul punto la sentenza in rassegna che i destinatari del provvedimento nullo non possono sottrarsi agli effetti dell'atto, ovvero agire come se l'atto non esistesse e/o fosse improduttivo di effetti, ritenendo ovvero opponendo la nullità dello stesso, ma, onde tutelare le proprie posizioni giuridiche, hanno il potere di agire in giudizio al fine di ottenerne la declaratoria di nullità. Ciò vale anche per la pubblica amministrazione, avverso provvedimenti emanati da altra autorità amministrativa ritenuti nulli, ed avverso i quali la prima amministrazione non è titolare di potere di autotutela.  
(13) Vedi Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2010 n. 8550. Nel caso di specie la domanda di annullamento proposta avverso la mancata ammissione alle prove orali era stata dichiarata irricevibile per tardività.  
(15) Sulla scorta della ricostruzione sistematica dell'art. 2059 c.c. fornita da Cass., sez. un., 11 novembre 2008 n. 26972, la IV sezione del Consiglio di Stato perviene ad escludere la configurabilità di un'ipotesi di danno morale in quanto l'interesse leso non avrebbe rilevanza costituzionale, la lesione non sarebbe comunque grave e il danno sarebbe futile cioè consistente in meri disagi o fastidi; conseguentemente sul punto ha riformato la sentenza di primo grado che invece aveva condannato la Presidenza del Consiglio dei ministri al risarcimento del danno in favore del ricorrente liquidandolo in euro 1000,00.  
Per analogia vicenda processuale cfr. la coeva sentenza Cons. St., sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1958.

## **Urbanistica. Piano insediamenti produttivi.**

### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 aprile 2012, n. 1980 - Pres. FF. Leoni, Est. Taormina**

*Il piano per gli insediamenti produttivi ha efficacia decennale ai sensi dell'art. 27 della legge n. 865 del 1971.*

*Gli atti della procedura espropriativa adottati successivamente alla scadenza del termine decennale sono illegittimi.*

*Il termine decennale di efficacia del piano per gli insediamenti produttivi decorre dalla sua definitiva approvazione da parte del Consiglio comunale e non dalla data dell'avviso sindacale che gli conferisce esecutività ordinandone il deposito presso la segreteria comunale cui va riconosciuta una mera funzione di pubblicità notizia.*

[Link al testo della sentenza](#)

Precisa la sentenza in rassegna che il principio di diritto affermato discende altresì dal divieto generale di imporre vincoli *sine die* o di incerta ed imprevedibile durata allo statuto proprietario; ed infatti l'individuazione del *dies a quo* del termine di efficacia del pip nell'avviso sindacale non consentirebbe di assolvere ad una tale finalità di certezza giuridica: ciò in quanto far decorrere il termine iniziale di esecutività del piano dalla pubblicazione dell'avviso sindacale avrebbe l'effetto di fare dipendere dalla assoluta discrezionalità del sindaco la durata del vincolo imposto sull'area e

ciò tanto più laddove si consideri che la legge non ha previsto termini certi per la effettuazione di tale incombenza di pubblicità.

### **Processo amministrativo. Ricusazione.**

#### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 aprile 2012, n. 1984 - Pres. Numerico, Est. Greco**

*Ai sensi dell'art. 18, commi 4 e 5, cod. proc. amm. l'istanza di ricusazione – anche se indirizzata all'intero collegio giudicante – non ha effetto sospensivo del giudizio laddove, ad un sommario esame, sia ritenuta inammissibile o manifestamente infondata, fermo in ogni caso l'obbligo di fissare una nuova udienza per la decisione definitiva sull'istanza da adottarsi dal collegio previa sostituzione del (o dei) magistrato ricusato.*

*Non si procede all'ulteriore e definitivo giudizio sulla ricusazione tutte le volte in cui - per la reiterazione della stessa nei confronti del giudice, sia pure per supposte ragioni di volta in volta differenti, ovvero per sua proposizione alternativamente ora nei confronti dell'uno ora dell'altro dei componenti del Collegio – questa appare finalizzata a obiettivi meramente dilatori, al fine cioè di evitare la definizione del giudizio.*

*Qualora oggetto di ricusazione sia l'intero collegio giudicante, l'ulteriore valutazione dell'istanza di ricusazione deve essere effettuata da un collegio avente composizione totalmente diversa, a meno che la ricusazione si fondi sulla mera adozione di atti processuali (fissazione di una pluralità di cause nella medesima udienza, mancato accoglimento di istanze, etc.), che, attenendo all'andamento comunque fisiologico del processo, non consentono di ritenere venuta meno la terzietà ed imparzialità del giudice.*

*L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 18 cod. proc. amm. finalizzata a garantire l'ordinato e celere svolgimento del giudizio a tutela del diritto di azione di tutte le parti in giudizio impone di ritenere che la previsione in parola può essere applicata, nella pienezza delle norme ricavabili dalle sue disposizioni, solo in caso di ricusazione che non appaia ictu oculi palesemente inammissibile o infondata e che, per le ragioni stesse su cui è fondata, appaia astrattamente proponibile e/o reiterabile nei confronti di qualunque giudice chiamato a giudicare della controversia.*

[Link al testo della sentenza](#)

Vedi Cons. St., sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1162 e Cons. St., sez. IV, ord. 6 giugno 2011, n. 3406. Precisa la sentenza in rassegna che la non operatività dell'effetto sospensivo dell'istanza di ricusazione – laddove la delibazione preliminare si concluda con un giudizio di inammissibilità o di manifesta infondatezza – si giustifica in attuazione del principio di effettività della tutela onde evitare che con una pluralità di successive istanze di ricusazione venga paralizzata l'attività giurisdizionale secondo quanto precisato anche da Corte cost., 18 marzo 2005, n. 115, e 23 luglio 2002, n. 388 richiamate in motivazione.

### **Edilizia. Permesso di costruire**

#### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 aprile 2012, n. 1986 - Pres. FF. Leoni, Est. Taormina**

*E' legittimo il provvedimento comunale di annullamento d'ufficio di un permesso di costruire che intervenga a sei anni di distanza dal rilascio del titolo abilitativo (e a quattro anni dalla variante successivamente assentita) anche in considerazione del fatto che ai sensi dell'art. 39 d.P.R. n. 380*

del 2001, l'annullamento regionale in autotutela può intervenire sino al decimo anno dal rilascio del permesso di costruire.

[Link al testo della sentenza](#)

Vedi Cons. St., sez. IV, 03 agosto 2010, n. 5170.

La sentenza in rassegna contiene inoltre una puntuale ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali più recenti sui presupposti di esercizio del potere di annullamento in autotutela del permesso di costruire.

### **Pubblico impiego. Risarcimento del danno.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 aprile 2012, n. 1987 - Pres. Trotta, Est. Potenza**

*In caso di illegittima esclusione da un corso di formazione (nella specie per agente di polizia penitenziaria) e di conseguente tardiva immissione nei ruoli dell'amministrazione, va riconosciuto il diritto al risarcimento del danno da ritardata assunzione laddove l'amministrazione abbia con colpa omissivo di dare tempestiva esecuzione ai provvedimenti giurisdizionali favorevoli all'interessato.*

*È legittima la decisione con cui il giudice di primo grado nel quantificare il danno da ritardata assunzione applichi, in forza dell'art. 1226 cod. civ., una decurtazione del 30% degli stipendi dovuti ma non percepiti a causa della ritardata assunzione, sul presupposto della mancata prestazione effettiva della attività lavorativa.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Responsabilità civile della pubblica amministrazione. Danno non patrimoniale.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 aprile 2012, n. 1988 - Pres. Trotta, Est. Potenza**

*Di regola l'illegittima esclusione seguita da un'assunzione in ritardo del dipendente non costituisce titolo per l'applicazione dell'art. 2059 cod. civ. ai fini del risarcimento del danno esistenziale in quanto il riconoscimento del "pretium doloris" è configurabile solo in presenza di comprovati, profondi turbamenti della psiche del concorrente, causati da atti o comportamenti dell'amministrazione.*

[Link al testo della sentenza](#)

Cfr. Cons. St., sez. VI, n.1672 del 2011

### **Processo amministrativo. Esecuzione del giudicato.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 aprile 2012, n. 1995 - Pres. Numerico, Est. De Felice**

*In sede di riesame conseguente ad annullamento di un diniego per difetti procedurali, di motivazione ma anche sostanziali l'amministrazione è obbligata a riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritiene rilevanti, senza possibilità di tornare a decidere dopo di ciò in modo sfavorevole, neppure in relazione a profili ancora non valutati.*

[Link al testo della sentenza](#)

Nel caso di specie la sezione ha escluso che dall'annullamento del diniego discendesse automaticamente il diritto al rilascio del provvedimento non avendo l'amministrazione interamente consumato il proprio potere di provvedere ed ha conseguente dichiarato l'obbligo di riesaminare l'istanza con l'unico vincolo di non reiterare i motivi ostantivi illegittimamente adottati in precedenza e censurati in sede giudiziale.

La pronuncia in rassegna si conforma a quanto statuito con la fondamentale sentenza Cons. St., sez. V, 06 febbraio 1999, n. 134 richiamata in motivazione.

Per una rilettura del richiamato insegnamento giurisprudenziale alla luce del disposto di cui all'art. 34, comma 1, lett. c) del cod. proc. amm. si veda TAR Molise 9 maggio 2011, n. 238.

**Accesso ai documenti. Diritto di accesso.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 aprile 2012, n. 2005 - Pres. Trotta, Est. Castiglia**

*Anche nelle ipotesi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi disciplinate in via regolamentare ai sensi dell'art. 24, comma 6, della l. n. 241 del 1990, l'ostensione dei documenti la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici va comunque assicurata, ai sensi del successivo comma 7, ma l'amministrazione può legittimamente fare ricorso al potere di differimento dell'accesso al fine di contemperare l'interesse pubblico alla riservatezza e alla speditezza delle operazioni concorsuali con quello privato alla contestazione dell'esclusione.*

[Link al testo della sentenza](#)

La IV sezione, sulla scorta del richiamato principio di diritto ed in riforma della sentenza di primo grado, ha conseguentemente ritenuto legittima la previsione dell'art. 4 del decreto ministeriale 25 gennaio 1996, n. 115 - adottato dal Ministero di grazia e giustizia in applicazione dell'art. 24 della l. n. 241 del 1990 - che sottrae all'accesso la documentazione attinente ai lavori delle commissioni giudicatrici di concorso, fino all'esaurimento delle procedure concorsuali ed ha ritenuto legittimo l'operato dell'amministrazione destinataria della richiesta di accesso che ne aveva rinviato il soddisfacimento alla conclusione della procedura concorsuale.

**Urbanistica. Piano di lottizzazione.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 aprile 2012, n. 2045 - Pres. FF. Leoni, Est. Romano**

*Ai sensi dell'art. 16 della legge n. 1150 del 1942 la convenzione di lottizzazione ha efficacia decennale. L'integrale adempimento delle obbligazioni gravanti sul lottizzante non giustifica la proroga dell'efficacia della convenzione di lottizzazione al fine di rendere possibile il completamento delle previsioni edificatorie non attuate, potendo l'interessato agire nelle forme di legge per far valere la situazione di arricchimento ingiustificato che il mancato sfruttamento delle potenzialità edificatorie residue possa avere determinato a vantaggio del comune ed in danno dei lottizzanti.*

*Deve escludersi la configurabilità di una proroga tacita del termine di efficacia di una convenzione di lottizzazione, in conseguenza del rilascio di una concessione edilizia da parte del Comune, ovvero in difetto di una espressa revoca della stessa convenzione o della modifica o della introduzione di un nuovo strumento urbanistico, poiché, per costante indirizzo giurisprudenziale, in*

*materia urbanistico-edilizia, l'amministrazione può correttamente manifestare la propria volontà soltanto mediante atti aventi forma scritta e cioè, avuto presente il caso in esame, o con una nuova convenzione o con un riesame di quella scaduta finalizzato ad una rinnovata valutazione di tutti gli interessi in gioco.*

[Link al testo della sentenza](#)

#### **Concorsi a pubblici impieghi. Ammissione.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 aprile 2012, n. 2046 - Pres. Giaccardi, Est. Sabatino**

*Le valutazioni effettuate dall'amministrazione, tramite l'apposita commissione medica prevista dal bando di concorso, non sono suscettibili di essere contraddette da certificazioni di parte, in quanto le predette commissioni sono gli unici organi abilitati a compiere gli accertamenti di cui si discute.(1)*

*Esami pregressi, sulla base di requisiti disciplinati da diversa normativa, effettuati in tempi diversi e da organi sanitari differenti, non possono costituire una circostanza rilevante, tale da condizionare l'autonoma discrezionalità tecnica della commissione preposta all'accertamento dell'idoneità psico-fisica in sede concorsuale, non potendo perciò ragionevolmente indurre la commissione ad una ripetizione dell'esame sanitario presso strutture sanitarie pubbliche. (2)*

[Link al testo della sentenza](#)

(1) La sentenza richiama Cons. St., sez. III, 24 novembre 2010, n. 2597; *idem*, 11 febbraio 2010, n. 1918

(2) In merito alla seconda massima la sentenza in rassegna richiama Cons. St., sez. VI, 28 agosto 2008, n. 4096.

Si veda tuttavia di recente Cons. St., IV, 6 marzo 2012, n. 1271 che, pur ribadendo il carattere tendenzialmente infungibile ed irripetibile degli accertamenti medici eseguiti in sede concorsuale, precisa che 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.

#### **Processo amministrativo. Esecuzione del giudicato. Commissario ad acta.**

#### **Processo amministrativo. Spese di giustizia**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 aprile 2012, n. 2048 - Pres. Trotta, Est. Veltri**

*Ai sensi dell'art. 57 del testo unico sulle spese di giustizia, la disciplina prevista per la liquidazione, in favore degli ausiliari del magistrato, dell'onorario, delle indennità, delle spese di viaggio e di quelle sostenute per l'adempimento dell'incarico si applica anche al commissario ad acta nonché al consulente da questi nominato, previa autorizzazione del magistrato, per lo svolgimento di attività strumentale rispetto ai quesiti posti con l'incarico.*

[Link al testo della sentenza](#)

#### **Procedimento amministrativo. Conferenza di servizi**

## **Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 aprile 2012 n. 2170 - Pres. Numerico, Est. Taormina**

*Non può essere accolta l'opzione ermeneutica secondo cui, nel vigore del testo originario dell'art 49 comma 2 lett. e) del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (convertito in legge 30 luglio 2010 n. 122, con una modificazione che, ad avviso della odierna appellante aveva natura sostanziale e quindi era irretroattiva, il parere paesaggistico-territoriale, al pari della VIA, VAS e AIA, doveva essere acquisito espressamente e non poteva quindi essere applicato il sistema del silenzio-assenso in caso di assenza del rappresentante dell'amministrazione competente.*

[Link al testo sentenza](#)

La prospettazione dell'amministrazione appellante si fondava sulla circostanza che, al momento dello svolgimento dei lavori della conferenza di servizi, era vigente il testo originario dell'articolo 49, comma 2, lettera e) del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, che così disponeva: "Si considera acquisito l'assenso dell'amministrazione, ivi comprese quelle preposte alla tutela della salute e della pubblica incolumità e alla tutela ambientale, esclusi i provvedimenti in materia di VIA, VAS e AIA, paesaggistico-territoriale il cui rappresentante, all'esito dei lavori della conferenza, non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata." Il testo del predetto comma 7 risultante dalla legge di conversione 30 luglio 2010 n. 122, invece, è il seguente: "si considera acquisito l'assenso dell'amministrazione, ivi comprese quelle preposte alla tutela della salute e della pubblica incolumità, alla tutela paesaggistico-territoriale e alla tutela ambientale, esclusi i provvedimenti in materia di VIA, VAS e AIA, il cui rappresentante, all'esito dei lavori della conferenza, non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata". Secondo l'appellante, all'epoca della vigenza del testo del d.l. (e quindi al momento dell'avvio e della conclusione della conferenza di servizi), la tutela paesaggistico-territoriale (ed il parere relativo) "faceva corpo", sotto il profilo della disciplina applicabile, con la proposizione relativa ai provvedimenti di VIA, VAS ed AIA; e quindi il relativo parere paesaggistico non era "dequotabile" con il silenzio-assenso.

In senso contrario, il Consiglio di Stato afferma che sotto il profilo della esegesi meramente letterale appare evidente che anche il testo del d.l. antecedente alla modifica introdotta nella legge di conversione considerava una previsione a sé stante quella concernente i provvedimenti di VIA, VAS ed AIA (questi ultimi, sì, giammai "dequotabili" mercé silenzio-assenso). La virgola che "chiude" la proposizione relativa a dette procedure e la congiunzione tra VAS ed AIA, infatti, configura (ed è equivalente ad) una parentesi, dopo la quale il termine paesaggistico-territoriale, isolatamente considerato, non fa che riagganciarsi al precedente aggettivo "ambientale". Ne rimane esclusa, in particolare, sotto il profilo letterale, la riconducibilità del termine "paesaggistico-territoriale" alla locuzione "provvedimenti in materia di" che costituisce l'incipit della proposizione relativa a VIA, VAS ed AIA, perché sotto il profilo semantico "provvedimenti in materia di..paesaggistico-territoriale" non avrebbe alcun senso compiuto.

## **Processo amministrativo. Ricorso straordinario (principio di alternatività)**

### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 aprile 2012 n. 2185 - Pres. Leoni, Est. Realfonzo**

*A parte, naturalmente, i casi nei quali vi sia identità formale tra i due provvedimenti impugnati, il cumulo tra rimedio giurisdizionale e rimedio straordinario - seppure debba essere applicato in modo rigoroso e circoscritto- deve però essere comunque escluso quando i due rimedi sono diretti avverso atti, formalmente distinti, ma direttamente consequenziali, e comunque le controversie siano tuttavia connotate da un'obiettiva identità di petitum e di causa petendi. La ratio delle norme*

*che regolano il principio di alternatività è infatti quella di evitare l'inutile proliferazione dei ricorsi ed il pericolo di pronunce contrastanti di organi appartenenti allo stesso ramo di giustizia. La regola dell'alternatività tra il ricorso straordinario al Capo dello Stato e quello giurisdizionale, sancita dall'art. 8 d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, deve sempre ritenersi operante nei casi, come quello in esame, nel quale le due diverse impugnative non solo riguardano atti direttamente connessi e consequenziali, ma nei casi nei quali queste siano sostanzialmente caratterizzate dall'identità del contendere e della relativa "ratio". (1)*

[Link al testo sentenza](#)

1. Vengono richiamati i precedenti Cons. St., sez. III, 15 novembre 2010, n. 1963; Cons. St., sez. I, 29 aprile 2010, n. 584; Cons. St., sez. III, 24 marzo 2009, n. 616; Cons. St., sez. V, 05 febbraio 2007, n. 454; Cons. St., sez. III, 23 settembre 2008, n. 734, Cons. St., sez. IV, 21 aprile 2005, n. 1852; Cons. St., sez. III, 08 gennaio 2010, n. 3719.

### **Beni culturali e paesaggistici. Piano paesaggistico**

#### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 aprile 2012 n. 2188 - Pres. Giaccardi, Est. Castiglia**

*I piani paesaggistici regionali, lungi dall'assolvere una funzione meramente ricognitiva dei beni paesaggistici individuati ex lege, adempiono un ruolo autonomo di individuazione del beni stessi. A questa stregua, il piano paesaggistico può, ai sensi degli artt. 134, lett. c), e 143 del codice dei beni culturali, direttamente qualificare come beni paesaggistici aree ulteriori rispetto a quelle dichiarate tali in via amministrativa o ex lege, purché con un valore specifico da tutelare.*

[Link al testo sentenza](#)

1. Sul punto, la sentenza richiama il precedente Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2011 n. 1366. Proprio in relazione all'art. 142 del codice, la Corte costituzionale ha recentemente statuito (con affermazione dettata per le Regioni a statuto ordinario, e quindi ancor più valida per quelle dotate di una specifica e differenziata competenza legislativa, garantita sul piano costituzionale) che la legislazione regionale può "fungere da strumento di ampliamento del livello della tutela del bene protetto", cosicché quel che rimane inversamente precluso al legislatore regionale è solo l'introduzione di restrizioni all'ambito della tutela (sentenza 19 - 23 marzo 2012, n. 66; e ancor prima sentenza 18 - 29 maggio 2009, n. 164, relativa a una norma legislativa della Valle d'Aosta, ma con enunciazioni di portata generale).

Il Consiglio di Stato, nella specie, ha ritenuto conforme a legge l'art. 17, comma 3, lett. g) delle N.T.A. al P.P.R. della Regione Sardegna anche se letto nel senso di accordare la tutela paesaggistica alla fascia compresa nei trecento metri dal confine della zona umida. Così disponendo, si afferma, la Regione ha operato in maniera del tutto ragionevole, sull'evidente presupposto che le zone umide, al pari di altre aree caratterizzate dalla presenza di acque, meritino di essere tutelate anche con il riconoscimento di una fascia di rispetto.

### **Contratti pubblici nei settori ordinari. Progettazione**

#### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 aprile 2012 n. 2402 - Pres. Numerico, Est. Rocco**

*La disciplina contenuta nell'art. 90, comma 8, del d.lgs n. 163 del 2006 va reputata quale espressione di un principio generale, in forza del quale ai concorrenti ad una procedura di scelta*

*del contraente da parte della pubblica amministrazione deve essere riconosciuta un'omogenea posizione, ex se implicante la più rigorosa parità di trattamento, dovendo comunque essere valutato se lo svolgimento di pregressi affidamenti presso la stessa stazione appaltante possa aver creato, per taluno dei concorrenti stessi, degli speciali vantaggi incompatibili con i principi - propri non soltanto dell'ordinamento italiano, ma anche di quello comunitario - di libera concorrenza e di parità di trattamento. Tale valutazione deve essere effettuata in concreto dalla stazione appaltante, con eventuale sua verifica in punto di legittimità da parte del giudice amministrativo, nel contesto del vizio di eccesso di potere, ove reputato sussistente: tutto ciò nella consapevolezza che la regola generale dell'incompatibilità, come sopra fissata, garantisce la genuinità della gara e che, in tale contesto, non devono essere ricercate ipotesi tipiche, normativamente individuate dal legislatore, ma deve essere valutato se vi sia stata – per l'appunto, in concreto - una differente posizione di partenza nella partecipazione alla procedura per l'affidamento dell'incarico di progettazione, che abbia dato origine a un possibile indebito vantaggio per taluno dei partecipanti (1).*

[Link al testo sentenza](#)

1. Vengono richiamati i precedenti: Cons. St., sez. V, 19 marzo 2007 n. 1302; Cons. St., sez. VI, 2 ottobre 2007 n. 5087; Cons. St., sez. IV, 3 maggio 2011 n. 2650).

Il Consiglio di Stato respinge la tesi dell'appellante secondo la quale l'art. 90, comma 8, del d. lgs. n. 163 del 2005 non esprimerebbe un principio di ordine generale del "sistema" delle gare pubbliche, ma recherebbe una specifica e tassativa ipotesi di limitazione alla partecipazione alla gara, da interpretare in senso restrittivo a tutela dell'iniziativa economica.

Viene, altresì, evidenziato che, secondo la decisione della Corte di Giustizia UE, sez. II, 3 marzo 2005, sussiste invero il contrasto con l'ordinamento comunitario di una disposizione di ordinamento interno che consenta l'esclusione "di una domanda di partecipazione o la formulazione di un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, da parte di una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi", ma solo qualora l'ordinamento interno medesimo non conceda alla persona stessa "la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza". Tale notazione del giudice comunitario rende pertanto possibile, anche per il caso di specie, una lettura "comunitariamente orientata" dell'art. 90, comma 8, del d. lgs. n. 163 del 2006, quale disciplina deputata a garantire la libera concorrenza e la libertà di iniziativa economica (art. 80 e ss. Trattato UE), concedendo comunque all'interessato la prova che la partecipazione in astratto vietata non potrebbe falsare la concorrenza.

## **Magistrati. Incarichi extraistituzionali**

### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 aprile 2012 n. 2486 - Pres. Numerico, Est. Forlenza**

*Né la normativa primaria né la circolare del CSM n. 12046/2009 prevedono, quali elementi ostativi alla concessione dell'assenso per lo svolgimento di un incarico in posizione di fuori ruolo, la preesistenza di illeciti disciplinari ovvero valutazioni professionali di non positiva produttività del magistrato. Pertanto, porre tali circostanze ad ostacolo nella concessione della predetta autorizzazione si risolve in una espansione di fatto del potere sanzionatorio dell'organo competente e nella sostanziale irrogazione di sanzione non prevista né previamente tipizzata dalla legge. (1)*

[Link al testo sentenza](#)

1. In particolare, il Consiglio Superiore della Magistratura aveva negato alla appellante l'autorizzazione allo svolgimento in posizione di fuori ruolo dell'incarico di "collaboratore", presso

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, considerando: - il parere favorevole del Procuratore della Repubblica (ufficio di appartenenza del richiedente), sia pure espresso "sul mero presupposto della insussistenza nel suo ufficio della percentuale pari al 20% di scoperta dell'organico"; - il parere contrario del Consiglio giudiziario, espresso sul rilievo che "dagli atti acquisiti emerge un dato statistico indice di scarsa produttività ed un precedente disciplinare di particolare gravità e risonanza mediatica".