

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DELLA V SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Ottobre 2012

Giurisdizione.

Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2012, n. 5170 - Pres. Baccarini, Est. Gaviano

Alla Commissione Straordinaria di liquidazione non compete, in tema di ammissione alla massa passiva, alcun potere discrezionale o comunque autoritativo, avendo i provvedimenti da essa assumibili valore puramente paritetico-ricognitivo. (1)

La previsione del comma 1 bis, aggiunto all'art. 7 d.l. 29 marzo 2004 n. 80 dalla legge di conversione 28 maggio 2004, n. 140, secondo cui "I ricorsi presentati al Ministero dell'Interno, ai sensi dell' articolo 87, comma 6, del decreto legislativo 25 febbraio 1995, n. 77, e successive modificazioni, e dell' articolo 254, comma 6, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, non ancora decisi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono estinti" non è norma sulla giurisdizione. (2)

[Link al testo sentenza](#)

(1) La sentenza richiama i tratti più salienti – per quanto di interesse ai fini dell'esame della questione di giurisdizione - della disciplina recata dal d.lgs. n. 267 del 2000, compresa quella riguardante la procedura di carattere c.d. semplificato *ex art. 258*, comma 3, mettendo in luce come la specifica funzione della Commissione Straordinaria non è molto diversa da quella tipica di un giudice, culminando anch'essa in una manifestazione di giudizio da compiere secondo diritto e quand'anche nell'esercizio di tale attività accertativa possano emergere elementi apparentemente opinabili, tale funzione non per questo diventa "discrezionale", il che postulerebbe un inesistente potere di scelta tra opzioni diverse in funzione dell'apprezzamento concreto dell'interesse pubblico, bensì essa rimane governata da canoni oggettivi strettamente tecnico-giuridici.

Nel senso della giurisdizione del giudice amministrativo, oltre alle sentenze dei Tar indicati nella motivazione della sentenza di primo grado, si veda già T.A.R. Veneto, sez. I, 10 settembre 1998, n. 1504 e, in dottrina, COSTANTINO, *Prime note sul "fallimento" dei comuni*, in *Foro It.*, 1994, 3345 ss.

(2) La sezione riprende sul punto le proprie decisioni 21 giugno 2006, n. 3712 e 17 maggio 2012, n. 2824.

Contratti pubblici nei settori ordinari. Operatori economici. Consorzi.

Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2012, n. 5171 - Pres. Baccarini, Est. Gaviano

Ai fini della qualificazione di un consorzio come consorzio stabile, gli elementi formali, quali l'uso dello statuto del relativo nomen o il richiamo alla normativa di riferimento non sono necessari, benché indubbiamente utili sul piano della certezza giuridica, mentre ciò che rileva è semmai il fatto oggettivo dell'effettiva esistenza, nel singolo ente, degli attributi richiesti dalla legge (essenzialmente, dagli artt. 34, comma 1, lett. c), e 35, comma 1, del Codice). (1)0

Lo scopo di prendere parte a gare pubbliche in nome e per conto delle imprese socie non deve presentarsi in termini di esclusività e neppure di prevalenza rispetto ai restanti scopi statutari. (2) I consorzi stabili sono chiamati ad indicare alla Stazione appaltante, a pena di esclusione, i consorziati per i quali intendano eventualmente concorrere, ed il relativo obbligo è incondizionato, essendo imposto a monte a prescindere dal fatto della partecipazione o meno alla gara anche di imprese consorziate, in qualsiasi altra forma.(3)

[Link al testo sentenza](#)

(1) Oltre alla giurisprudenza di secondo grado richiamata in motivazione, si veda già T.A.R. Sardegna, I, 7 aprile 2006, n. 507, che aveva affermato, in consapevole contrario avviso rispetto alla determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 11 del 9 giugno 2004, pure richiamata nella motivazione della pronuncia che si annota, che la mancanza delle parole «consorzio stabile» nella ragione sociale della partecipante non costituisce, di per sé, motivo perché questa non sia assoggettata alla relativa disciplina, una volta accertato il possesso dei requisiti di legge (numero dei partecipanti, durata, scopo, comune struttura organizzativa).

(2) In motivazione viene ricordato che il testo originario dell'art. 12 della legge n. 109 del 1994 lo contemplava (“*Si intendono per consorzi stabili quelli ... che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare esclusivamente in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici ...*”), ma che di lì a poco, e significativamente, il medesimo attributo è stato soppresso.

(3) La sezione precisa che il comma 5 dell'art. 36 [nella formulazione successiva al D.l.vo. n. 11 settembre 2008, n. 152, mentre in origine il divieto era inserito nell'art. 37] impone poi effettivamente, ai consorziati così indicati, anche il divieto di partecipazione, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara, ma con ciò si hanno due distinte prescrizioni, ciascuna sanzionata a pena di esclusione, e non già due presupposti necessari che devono coesistere per poter rendere operativa la sanzione espulsiva. D'altronde l'obbligo di indicazione in discorso vale a stabilire in capo a chi, oltre al consorzio stabile, debba essere accertata, tra i consorziati, la titolarità dei requisiti di ammissione di ordine generale, il possesso dei quali si impone, appunto, anche in capo ai consorziati designati per l'esecuzione dell'appalto.

Giurisdizione. Principi generali.

Giurisdizione. *Translatio iudicii.*

Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2012, n. 5173 - Pres. Baccarini, Est. Gaviano

Le sentenze dei giudici ordinari di merito, come quelle dei giudici amministrativi, sono suscettibili di acquisire autorità di giudicato esterno anche in tema di giurisdizione e perciò di spiegare i propri effetti anche al di fuori del processo in cui siano state rese, solo se la statuizione sulla giurisdizione sia accompagnata da una conseguente pronuncia di merito.

Quando la pronunzia esaurisce il proprio contenuto sul terreno della giurisdizione, la stessa non è suscettibile di acquisire autorità di giudicato e di spiegare perciò alcun effetto al di fuori del processo in cui è stata pronunciata e di conseguenza non è in grado di vincolare un giudice diverso ad adeguarsi riconoscendo la propria giurisdizione, valendo in proposito il tradizionale canone per cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione.

*La normativa sulla *translatio* non può essere applicata per disciplinare vicende svolte prima della sua entrata in vigore.*

Il principio stabilito dall'art. 5 c.p.c., secondo il quale la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, senza che abbiano effetto i successivi mutamenti, va interpretato in conformità alla sua ratio, che è

quella di favorire, e non già di impedire, la perpetuatio iurisdictionis; pertanto, ove sia stato adito un giudice privo di giurisdizione al momento della proposizione della domanda, il difetto di giurisdizione non può essere dichiarato qualora la stessa sia sopraggiunta per effetto di una disposizione sopravvenuta.

[Link al testo sentenza](#)

- | |
|---|
| <p>(1) Cass. civ., SS.UU., 13 aprile 2012, n. 5872; 18 dicembre 2008, n. 29531; 5 marzo 2008, n. 5917.
(2) Cass. civ., SS.UU., 22 febbraio 2007, n. 4109.
(3) Cass. civ., SS.UU., 15 marzo 2011, n. 6011.
(4) Principio espresso con riferimento al riconoscimento della giurisdizione amministrativa sulla sorte del contratto di appalto nei casi di annullamento dell'aggiudicazione. In termini Cass. civ., SS.UU., 7 ottobre 2010, n. 20776.</p> |
|---|

Processo amministrativo. Rappresentanza e difesa in giudizio.

Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2012, n. 5277 - Pres. Trovato, Est. Buricelli

Nel nuovo ordinamento delle autonomie locali, in mancanza di una disposizione statutaria che la richieda espressamente, l'autorizzazione alla lite da parte della giunta municipale non costituisce atto necessario ai fini del promuovimento di azioni o della resistenza in giudizio da parte del sindaco, in quanto egli trae la propria investitura direttamente dal corpo elettorale e costituisce, esso stesso, fonte di legittimazione dei componenti della giunta municipale, nel quadro di un sistema costituzionale e normativo di riferimento profondamente influenzato dalle modifiche apportate al Titolo V della Parte II cost. dalla l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, nonché di quelle introdotte dalla L. 5 giugno 2003, n. 131, con ripercussioni anche sull'impianto del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, il cui art. 50, peraltro, indica il sindaco quale organo responsabile dell'amministrazione comunale e gli attribuisce la rappresentanza.

[Link al testo sentenza](#)

- | |
|---|
| <p>(1) Cass. civ., sez. lav., 10 giugno 2010, n. 13968; 2 maggio 2007, n. 10099; Cass. civ., sez. trib., 3 ottobre 2006, n. 21330. Conf. Tar Salerno, I, 24 settembre 2012, n. 1674, massimata nella Sezione TAR.</p> |
|---|

Processo amministrativo. Competenza. Regolamento di competenza. Autorizzazioni e concessioni. Giochi.

Cons. Stato, Sez. V, ord. 17 ottobre 2012, n. 5301 - Pres. Trovato, Est. Caringella

Sussiste la competenza del Tar Lazio, sede di Roma, ai sensi di quanto disposto dall'art. 135, comma 1, lett. quater, d.lgs. n. 104 del 2010, a conoscere di un provvedimento concernente lo svolgimento di attività relativa a giochi pubblici con vincita in denaro, adottato dal Comune esercitando le attribuzioni proprie dell'Autorità di P.S.

[Link al testo ordinanza](#)

Processo amministrativo. Sentenze e altri provvedimenti del giudice. Principi generali.

Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2012, n. 5358 - Pres. Baccharini, Est. Prosperi

La sentenza di primo grado non sottoscritta dal presidente del collegio giudicante deve essere ritenuta d'ufficio, e dunque anche in assenza di specifiche censure, inesistente ai sensi dell'art. 161, comma 2, c.p.c. Conseguentemente, l'appello avverso la medesima esperito è inammissibile per mancanza dell'oggetto.

[Link al testo sentenza](#)

Processo amministrativo. Appello. Legittimazione attiva.

Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2012, n. 5399 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Atzeni

Nel processo amministrativo la legittimazione all'appello va individuata in base al criterio della soccombenza, nel senso che va riconosciuta alle parti che dalla sentenza di primo grado ricevono un effetto giuridico sfavorevole; conseguentemente, nel caso di pronuncia di accoglimento del ricorso di primo grado e di annullamento dell'atto impugnato, la legittimazione spetta non solo all'Autorità emanante, ma anche a chi è portatore di una posizione sostanziale differenziata, diretta a sostenere l'atto annullato, anche in assenza del presupposto per qualificare tale parte come controinteressato.

È quindi legittimato all'appello chiunque abbia subito la lesione, giuridicamente qualificata, ad un bene della vita da parte della sentenza di primo grado; è onere dell'appellante dimostrare l'esistenza di tale presupposto, ed in particolare su quali elementi si basi.

[Link al testo sentenza](#)

Nella fattispecie in esame l'appellante Azienda Trasporti del Comune di Roma, a fronte di una sentenza di primo grado che aveva annullato il piano bus turistici adottato dalla Giunta comunale, non ha assolto a tale onere, e dunque l'appello è stato dichiarato inammissibile.
--

Bosco. Nozione.

Beni culturali e paesaggistici. Beni paesaggistici. Autorizzazione paesaggistica.

Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5410 - Pres. Baccharini, Est. Durante

La nozione di territorio coperto da bosco nella legislazione paesaggistica, ed in particolare nella legge n. 431 del 1985, deve essere enucleata non solo in senso naturalistico, ma anche normativo, riferendosi a provvedimenti legislativi nazionali e regionali, nonché ad atti amministrativi generali o particolari, sicché non è possibile adottare, alla luce della ratio della legge predetta, una concezione quantitativa e restrittiva di bosco, dovendosi includere anche le aree limitrofe che servono per la salvaguardia e l'ampliamento, attesa la significativa differenza tra bosco e territorio coperto da bosco, che implica un elemento tipizzante quella zona.

La prossimità dell'area interessata dall'intervento edilizio a zona boschiva impone l'autorizzazione paesaggistica ex art. 167 d.lgs. n. 42 del 2004 e l'autorizzazione al taglio delle essenze arboree.

È onere non del Comune che ha rilasciato il permesso di costruire, ma di chi intende edificare in zona soggetta a vincolo richiedere all'Amministrazione preposta alla tutela dello stesso il parere.

La circostanza che i ricorrenti disponessero di permesso di costruire e che in forza di tale titolo abbiano effettuato le operazioni di taglio di arbusti, non esclude la configurabilità della violazione in materia paesaggistica.

In caso di costruzione in zona sottoposta a vincolo paesaggistico ed a vincolo forestale occorrono l'autorizzazione forestale al mutamento di destinazione d'uso da foresta a zona antropizzata da parte dell'ente preposto alla tutela boschiva e l'autorizzazione paesaggistica da parte dell'ente preposto alla tutela paesaggistica (nella Regione Lombardia spettanti entrambe alla Provincia), oltre naturalmente al permesso di costruire di competenza comunale.

[Link al testo sentenza](#)

**Edilizia. Abusi. Condono. Concessione in sanatoria.
Processo amministrativo. Interesse a ricorrere. Poteri del giudice.**

Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5553 - Pres. Trovato, Est. Poli

Secondo una consolidata elaborazione giurisprudenziale allorquando viene presentata la domanda di sanatoria diventano inefficaci i precedenti atti sanzionatori (ordine di demolizione o di sospensione dei lavori); conseguentemente, sul piano procedimentale, il Comune è tenuto anzitutto ad esaminare ed eventualmente respingere la domanda di condono, effettuando comunque una nuova valutazione della situazione; dal punto di vista processuale la documentata presentazione di istanza di condono comporta poi l'improcedibilità del ricorso per carenza di interesse avverso i provvedimenti repressivi.

Nel processo di impugnazione del diniego di concessione edilizia in sanatoria sono inammissibili le censure che contestino il carattere abusivo del manufatto, atteso che il procedimento per condono, ai sensi della legge n. 47 del 1985, è ad istanza di parte e richiede una dichiarazione sostitutiva d'atto notorio relativa alla descrizione e collocazione temporale dell'abuso che si intende sanare, la quale assume carattere e natura di atto confessorio per ciò che concerne la realizzazione dell'abuso e la sua collocazione temporale.

Il diniego di sanatoria delle opere abusive per incompatibilità ambientale è notoriamente frutto di una valutazione tecnica ampiamente discrezionale, tipica manifestazione del potere autoritativo dell'Amministrazione che, come tale, si sottrae al sindacato di legittimità, tranne le ipotesi di manifesta abnormità, ovvero macroscopico travisamento dei fatti.

Quanto ai rapporti tra provvedimento di sanatoria edilizia e parere dell'Autorità preposta alla gestione del vincolo paesaggistico, l'Autorità preposta alla tutela del vincolo deve verificarne la sussistenza con riferimento al momento in cui valuta la domanda di sanatoria poiché oggetto del giudizio è l'attuale compatibilità dei manufatti realizzati abusivamente; ciò anche in relazione ad una domanda di concessione edilizia in sanatoria di immobile costruito anteriormente all'imposizione del vincolo, e, comunque, nell'ipotesi di intervento delle determinazioni vincolistiche in un turno di tempo successivo all'entrata in vigore della legge di condono.

Il parere negativo dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo ha valore dirimente, impedendo il rilascio del provvedimento di condono.

[Link al testo sentenza](#)