

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA  
DELLA V SEZ. DEL CONSIGLIO DI STATO**

**(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)**

**Giugno 2013**

**Demanio e patrimonio. Demanialità. Tutela.**

**Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2013, n. 3032 - Pres. Branca, Est. Amicuzzi**

*In base alla generale individuazione legislativa dei beni del demanio Marittimo, contenuta nell'art. 822 c.c., che indica: il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti, e più specificamente nell'art. 28 del c. nav., secondo cui appartengono al demanio marittimo: "a) il lido, la spiaggia, i porti e le rade; b) le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare; c) i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo", la laguna di Venezia appartiene al demanio marittimo. Sebbene, secondo l'art. 1 del r.d.l. n. 1853/1936, abrogato dall'articolo 31, comma 1, della legge 5 marzo 1963, n. 366, "La laguna di Venezia è costituita dal bacino demaniale di acqua salsa che si estende dalla foce del Sile (conca del cavallino) alla foce del Brenta (conca di brondolo) ed è compreso fra il mare e la terra ferma. Essa è separata dal mare da una lingua naturale di terra fortificata per lunghi tratti artificialmente, in cui sono aperte tre bocche o porti ed è limitata verso terra ferma da una linea di confine marcata da appositi cippi o pilastri di muro segnati con numeri progressivi", la estensione del demanio marittimo necessario è determinata da eventi naturali e varia al variare di essi, sicché le operazioni che l'autorità effettua per delimitare detto demanio hanno valore puramente dichiarativo.*

*I beni del demanio marittimo necessario sono tali se ed in quanto ordinati agli usi del mare e, a seconda che acquistino o perdano l'attitudine a servire a tali usi, acquistano o perdono il carattere di bene demaniale; è quindi escluso il carattere di demanio marittimo della parte della laguna di Venezia non utilizzata precipuamente secondo gli usi pubblici del mare.*

[Link al testo sentenza](#)

**Processo amministrativo. Revocazione. Errore di fatto.**

**Processo amministrativo. Spese di giustizia**

**Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210 - Pres. Poli, Est. Lotti**

*Rientrano nella nozione di errore di fatto di cui all'art. 395, n. 4, c.p.c., i casi in cui il giudice, per svista sulla percezione delle risultanze materiali del processo, sia incorso in omissione di pronuncia o abbia esteso la decisione a domande o ad eccezioni non rinvenibili negli atti del processo, mentre non ricorre l'errore di fatto revocatorio nell'ipotesi di erroneo, inesatto o incompleto apprezzamento delle risultanze processuali ovvero di anomalia del procedimento logico di interpretazione del materiale probatorio ovvero quando la questione controversa sia stata risolta sulla base di specifici canoni ermeneutici o sulla base di un esame critico della documentazione acquisita.*

*L'art. 26, co. 2, c.p.a. costituisce una previsione normativa di chiusura dell'ordinamento processuale amministrativo, che consente di approntare, in via generale e residuale, un'adeguata reazione alla violazione del principio internazionale e costituzionale del giusto processo, espressamente richiamato dall'art. 2, comma 1, c.p.a., non diversamente tipizzata.*

[Link al testo sentenza](#)

**Contratti pubblici nei settori ordinari. Bandi, avvisi, inviti. Requisiti di partecipazione e di qualificazione.**

**Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3214 - Pres. Poli, Est. Lotti**

*È nulla la clausola della lex specialis che preveda l'esclusione, dalla procedura di evidenza pubblica, del concorrente che non renda la dichiarazione di cui all'art. 38, comma primo, lett. c), D.Lgs. n. 163 del 2006 in relazione agli amministratori cessati dalla relativa carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, poiché il requisito di cui sopra rileva solo nell'anno e non nel triennio. In circostanze siffatte ha luogo un'ipotesi nullità da intendersi parziale, quindi integrata ex art. 1339 c.c., dalla disposizione di legge, che fissa ad un anno la rilevanza degli oneri di dichiarazione degli amministratori.*

[Link al testo sentenza](#)

**Processo amministrativo. Sospensione del processo.**

**Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2013, n. 3241 (ord.) - Pres. Volpe, Est. Poli**

*Qualora il giudizio pregiudicante sia stato definito con sentenza di primo grado, sottoposta ad impugnazione e quindi non passata in giudicato, è possibile la sospensione del giudizio pregiudicato ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c. e non ai sensi dell'art. 295 c.p.c., per cui, se la sospensione sia fatta a mente di tale ultima norma, il relativo provvedimento è illegittimo, fatto salvo il potere del giudice di qualificare l'atto secondo il suo contenuto sostanziale e di convertirlo, ove sia completo degli elementi strutturali richiesti dalla disciplina sostitutiva.*

[Link al testo ordinanza](#)

L'ordinanza in commento affronta in modo sistematico i rapporti tra sospensione necessaria (ex art. 295 c.p.c. e art. 79 c.p.a.) e sospensione facoltativa (art. 337, comma 2 c.p.c.), quando la questione pregiudiziale è costituita da una sentenza di primo grado impugnata e il cui giudizio d'appello è tuttora pendente.

Sulla conversione formale del provvedimento adottato ex art. 295 c.p.c. in provvedimento adottato ex art. 337, comma 2, c.p.c., cfr. Cass. civ., sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 375.

L'ordinanza è commentata da M. Giovannelli, su *Urb. e app.*, 10, 2013, p. 1035 ss.

**Contratti pubblici nei settori ordinari.**

**Bandi, avvisi, inviti.**

**Processo amministrativo. Legittimazione attiva.**

**Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3404 - Pres. Volpe, Est. Poli**

*In materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorchè vanti un interesse di fatto a che la competizione, per lui res inter alios acta, venga nuovamente bandita: a tale regola generale si può fare eccezione solamente in tre tassative ipotesi, e cioè quando : a) si contesti in radice l'indizione della gara; b) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'Amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; c) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.*

*Si considerano tali le clausole che precludono la partecipazione alla gara in quanto : 1) prescrivono in modo univoco requisiti soggettivi di ammissione o di partecipazione alla gara, arbitrari e discriminatori; 2) introducono situazioni di fatto la carenza delle quali determina in via immediata e diretta l'effetto escludente: c) dissimulano una fattispecie di abnorme restrizione all'accesso alla selezione e quindi alla conseguente tutela, precludendo a priori scelte economiche che l'operatore vorrebbe introdurre nella procedura di gara in chiave competitiva, ferma restando l'impossibilità che l'impresa assente miri, con la propria impugnativa, ad imporre all'Amministrazione condizioni di maggiore convenienza (finanziaria, gestionale, etc.).*

[Link al testo sentenza](#)

### **Professioni e mestieri. Esercenti professioni sanitarie.**

**Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3410 - Pres. Volpe, Est. Poli**

*Successivamente alla riforma del Titolo V della Costituzione, nella materia delle professioni, rientrando nella competenza legislativa concorrente, costituiscono principi fondamentali (come tali riservati alla legge statale) la determinazione delle figure professionali e la definizione degli elementi costitutivi delle modalità formative, per cui non spetta alla legge regionale creare nuove professioni od introdurre diversificazioni in seno all'unica categoria professionale disciplinata dalla legge statale; coerentemente sono ritenuti lesivi i provvedimenti regionali che regolano ultra vires i percorsi professionali sanitari invadendo la competenza statale; la circostanza che il T.U.L.S. contempli ancora formalmente la figura del massaggiatore-capo bagnino degli stabilimenti idroterapici è irrilevante in assenza di una compiuta disciplina di settore armonicamente ricomposta sui due livelli di competenza previsti dalla Costituzione (statale e regionale).*

[Link al testo sentenza](#)

### **Edilizia. Principi generali.**

**Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3429 - Pres. Caringella, Est. Atzeni**

*E' illegittimo il provvedimento con cui il Comune ha disposto lo sgombero dei locali siti in area per la quale il regime urbanistico vigente prevede che in caso di cessazione delle attività produttive esistenti è consentito solamente il recupero a destinazione residenziale.*

*Ed invero nella fattispecie in esame si è avuta solamente la vendita del locale, il cui utilizzo peraltro resta immutato; non si è avuta alcuna opera edilizia, ma solo attività contrattuale, relativa alla disponibilità del bene di cui si tratta.*

*La potestà comunale di disciplinare l'attività edilizia dei proprietari immobiliari non può giungere fino alla limitazione della loro capacità di agire, e quindi disporre dei propri beni, esclusi i casi, palesemente eccezionali, nei quali l'utilizzo di tali poteri non attenga immediatamente ad ipotesi di intervento urbanistico, come nel caso delle convenzioni di lottizzazione.*

[Link al testo sentenza](#)