



**Normativa e giurisprudenza di interesse per la Giustizia
amministrativa
a cura dell'Ufficio studi, massimario e formazione**

Indice

**Consiglio di Stato, Consiglio di giustizia amministrativa per la
Regione siciliana e Tribunali amministrativi regionali**

1. Cons. Stato, sez. VII, 15 settembre 2022, n. 8010, alla Corte di giustizia UE la disciplina di cui all'art. 49 del codice della navigazione;
2. Cons. Stato, Ad. plen., 13 settembre 2022, n. 14, la Plenaria individua il termine di ripresa od instaurazione del procedimento disciplinare nei confronti di un militare in seguito a sentenza penale;
3. Cons. Stato, Ad. plen., 13 settembre 2022, n. 13, sui quesiti sollevati dal C.g.a. in tema di conflitti di competenza;
4. Cons. Stato, sez. VI, 12 settembre 2022, n. 7896, accesso documentale e onere della prova sull'esistenza dei documenti;
5. C.g.a., sez. giur., 12 settembre 2022, n. 949, sul rito elettorale preparatorio;
6. C.g.a., sez. giur., 12 settembre 2022, n. 947, alla Corte costituzionale alcune questioni in tema di obbligo vaccinale per il personale sanitario;
7. Cons. Stato, sez. IV, 9 settembre 2022, n. 7858, nella procedura di correzione di errore materiale le spese seguono la soccombenza in caso di ordinanza;
8. Cons. Stato, sez. IV, 8 settembre 2022, n. 7843, gli obblighi di buona fede che incombono sul privato nei confronti della P.A.;
9. Cons. Stato, sez. IV, 9 settembre 2022, n. 7842, gli effetti della sopravvenienza del provvedimento di acquisizione sul giudizio avviato avverso l'occupazione abusiva;
10. T.a.r. per il Lazio, sez. III-bis, 8 settembre 2022, n. 11680, impedimento da Covid-19 a sostenere una prova concorsuale.

Consiglio di Stato, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e Tribunali Amministrativi Regionali

Le massime sotto riportate comprendono anche quelle pubblicate nella Sezione in evidenza del sito www.giustizia-amministrativa.it.

(1)

Alla Corte di giustizia UE la disciplina di cui all'art. 49 del codice della navigazione.

[Consiglio di Stato, sezione VII, ordinanza 15 settembre 2022, n. 8010, Pres. Giovagnoli, Est. Fratamico](#)

Vertendosi in tema di interpretazione del diritto comunitario, si ritiene, per la rilevanza degli interessi coinvolti e per la complessità dei valori in gioco, di dover sottoporre alla Corte di giustizia UE il seguente quesito: se gli artt. 49 e 56 TFUE ed i principi desumibili dalla sentenza Laezza (C- 375/14) ove ritenuti applicabili, ostino all'interpretazione di una disposizione nazionale quale l'art. 49 cod. nav. nel senso di determinare la cessione a titolo non oneroso e senza indennizzo da parte del concessionario alla scadenza della concessione quando questa venga rinnovata, senza soluzione di continuità, pure in forza di un nuovo provvedimento, delle opere edilizie realizzate sull'area demaniale facenti parte del complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa balneare, potendo configurare tale effetto di immediato incameramento una restrizione eccedente quanto necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito dal legislatore nazionale e dunque sproporzionato allo scopo.

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio studi massimario e formazione.

(2)

La Plenaria individua il termine di ripresa od instaurazione del

procedimento disciplinare nei confronti di un militare in seguito a sentenza penale.

[Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 13 settembre 2022, n. 14, Pres. Frattini, Est. Forlenza](#)

Il procedimento disciplinare nei confronti del personale militare deve essere instaurato o ripreso, ai sensi dell'art. 1392, co. 3, e dell'art. 1393, co. 4, d. lgs. 15 marzo 2010 n. 66, a decorrere dalla data di intervenuta conoscenza della sentenza che conclude definitivamente e complessivamente il processo penale, non assumendo alcun rilievo, ai fini della determinazione del *dies a quo*, il passaggio in giudicato di precedenti sentenze con riferimento a singoli capi di imputazione. La conoscenza della sentenza conclusiva del processo penale deve essere integrale, non essendo sufficiente la mera conoscenza del dispositivo o di estratti della stessa, e legalmente certa, dovendo la stessa irrevocabilità risultare formalmente, secondo le modalità previste dalla legge.

La presente sentenza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio studi massimario e formazione

(3)

La Plenaria si pronuncia sui quesiti sollevati dal C.g.a. in tema di conflitti di competenza.

[Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 13 settembre 2022, n. 13, Pres. Maruotti, Est. Veltri](#)

L'art. 10, comma 5, del d.lgs. n. 373 del 2003 va interpretato come riferito ai conflitti di competenza positivi o negativi, reali o virtuali. Tuttavia la mera pendenza di due procedimenti identici, in assenza di provvedimenti giudiziari che costituiscano invasione della sfera di

competenza riservata, non costituisce un'ipotesi di conflitto. Qualora il T.a.r. per la Sicilia abbia declinato la propria competenza indicando la competenza di un altro T.a.r., il relativo regolamento di competenza va proposto dinanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

La presente sentenza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio studi massimario e formazione

(4)

Accesso documentale e onere della prova sull'esistenza dei documenti.

[Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 12 settembre 2022, n. 7896, Pres. Volpe, Est. De Luca](#)

L'istanza di accesso ai documenti amministrativi deve riferirsi a ben specifici documenti e non può comportare la necessità di un'attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta: l'ostensione degli atti non costituisce uno strumento di controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione nei cui confronti l'accesso viene esercitato, con la conseguenza che l'onere della prova anche dell'esistenza dei documenti, rispetto ai quali si intende esercitare il diritto di accesso, incombe sulla parte che agisce in giudizio. Tuttavia, una volta indicati puntualmente, per categoria, i documenti rispetto ai quali è formulata la domanda ostensiva e aver dimostrato che detti documenti, in virtù di obiettive ragioni collegate alle competenze dell'amministrazione, costituiscono ordinariamente patrimonio dell'archivio dell'ente (anche con riferimento ad uno specifico procedimento), l'onere della prova può dirsi assolto dalla parte interessata, incombendo in capo all'amministrazione il dovere (in ragione del principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato ora previsto nell'art. 1, comma 2-bis, l. 241 del 1990, evidente precipitato del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost.) di

assumersi la responsabilità di dichiarare la mancata detenzione o custodia dei documenti richiesti (onde evitare che la richiesta di accesso sia formulata inutilmente e “al buio” da parte dell'accedente, non potendo quest'ultimo, per espresso divieto recato dall'art. 24, comma 3, l. 241 del 1990, formulare una richiesta meramente perlustrativa e di controllo).

Per l'effetto, specificati i documenti richiesti e la loro correlazione con le competenze istituzionali dell'ente intimato, spetta alla parte resistente assumersi la formale responsabilità di dichiarare e così comprovare, al di là di ogni ragionevole dubbio, se le categorie di atti richiesti, ivi compresi documenti ad essi assimilabili, siano presenti o meno nei propri archivi cartacei o digitali nonché se, parimenti, siano detenuti documenti di tipologia diversa ma recanti i dati di interesse della richiedente. Qualora la parte resistente, personalmente (e non a mezzo del difensore, di regola non legittimato a compiere atti dispositivi della sfera giuridica sostanziale del proprio cliente), si assuma una tale responsabilità, dichiarando l'impossibilità oggettiva e assoluta dell'accesso per l'inesistenza (originaria o sopravvenuta) di quanto richiesto dall'istante, nonché provveda a specificare puntualmente le ragioni per le quali i documenti richiesti non siano stati mai formati ovvero, se formati, non siano più detenuti, il giudice procedente deve prendere atto dell'inesistenza materiale dei documenti *de quibus* e, per l'effetto, rigettare la pretesa ostensiva per carenza del suo oggetto, non potendo ordinarsi l'esibizione, alla luce del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, di documenti non più esistenti o mai formati; ciò sempre che non sussistano elementi probatori contrari, che facciano dubitare della veridicità di quanto dichiarato dalla resistente per potere giudicare sulla fondatezza della pretesa sostanziale della parte ricorrente, occorre valutare l'integrazione dei presupposti fondanti il diritto di accesso documentale, *in primis*, sul piano fattuale, l'esistenza materiale dei documenti richiesti, in assenza dei quali nessuna sentenza di condanna (all'ostensione) potrebbe essere emessa e, dunque, nessuna pronuncia di accoglimento del ricorso potrebbe essere resa; ciò, specie nelle ipotesi, quale quella in esame, in cui è la stessa Amministrazione che, attraverso il rigetto dell'istanza, abbia rappresentato l'inesistenza dei documenti richiesti, in tale modo introducendo una ragione ostativa all'ostensione da deliberare in sede di cognizione, atteso l'obbligo per il giudice procedente di valutare la legittimità delle ragioni di diniego opposte in ambito amministrativo con l'atto censurato in giudizio.

In definitiva, una volta che la parte resistente abbia dichiarato, assumendone la responsabilità, da un lato, quali siano i documenti inesistenti -per i quali vi è, dunque, un'oggettiva e assoluta impossibilità di provvedere alla relativa ostensione -, dall'altro, le ragioni sottese alla loro mancata formazione, nella specie riguardanti l'asserita informalità delle procedure selettive in parola e la supposta assenza di un obbligo di forma scritta, il giudice deve prendere atto dell'inesistenza (allegata e giustificata) dei documenti richiesti, pervenendo al rigetto della pretesa ostensiva per carenza del suo oggetto; salvo che dagli atti di causa emergano elementi istruttori volti a minare la veridicità di quanto dichiarato dalla resistente, circostanza nella specie da escludere.

La sezione ha, inoltre, precisato che la disciplina in tema di accesso civico, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2 *bis*, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013 e dell'art. 2, comma 1, lett. p), d.lgs. n. 175 del 2016, è inapplicabile alle società a partecipazione pubblica quotate (che emettono azioni quotate in mercati regolamentati e che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati).

(5)

Il C.g.a. delinea diversi principi sul rito elettorale preparatorio, con particolare riguardo alla notifica del ricorso alle parti necessarie ed alla sua sanatoria, all'inammissibilità di un'eventuale fase istruttoria e alla impossibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale.

[Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sezione giurisdizionale, 12 settembre 2022, n. 949 – Pres. ed Est. De Nictolis](#)

Nel contenzioso avverso il c.d. procedimento elettorale preparatorio e, segnatamente, avverso i provvedimenti di esclusione di liste o candidati, ai sensi dell'art. 129 c. 3 lett. a) c.p.a., entro il termine di tre giorni il ricorso deve essere, a pena di decadenza, notificato "all'ufficio che ha

emanato l'atto impugnato, alla Prefettura e, ove possibile, agli eventuali controinteressati". Tale previsione, laddove richiede la notifica ai controinteressati solo "ove possibile" contiene un regime di *favor* rispetto alla generalità degli altri ricorsi impugnatori, che invece vanno notificati, a pena di decadenza, ad almeno un controinteressato (art. 41 c. 2, c.p.a.). Non vi è invece alcuna deroga alle regole generali quanto alla notifica alle Amministrazioni resistenti, sicché il ricorso va notificato a tutte quelle Amministrazioni che la legge processuale considera parti necessarie, individuandole nell'Ufficio che ha emanato l'atto impugnato e nel Prefetto. La notifica va fatta ad entrambi entro il termine di decadenza e non è sufficiente la notifica ad una sola di tali due parti pubbliche necessarie. Si tratta di una scelta legislativa puntuale, intenzionalmente difforme rispetto a quella fatta in relazione alla notifica del ricorso post-elezioni, avverso il verbale di proclamazione degli eletti, che invece non vede come parte necessaria il Prefetto (art. 130, c. 3, c.p.a.), e che risponde alla precisa ratio di rendere edotto il Prefetto, deputato a gestire lo svolgimento delle elezioni e vigilare sullo stesso, dei ricorsi elettorali avverso provvedimenti di esclusione di candidati e/o liste, di modo che il Prefetto possa tempestivamente adottare le misure organizzative ed esecutive necessarie in caso di esito vittorioso del ricorso e ammissione "in corsa" di candidati e/o liste inizialmente esclusi, a ridosso della data delle elezioni.

Peraltro, proprio per agevolare le attività di notifica al Prefetto, la giurisprudenza ritiene ammissibile anche una notificazione fatta al Prefetto nella sede reale, anziché presso la competente Avvocatura distrettuale dello Stato.

L'art. 129 c. 3 c.p.a., al pari di ogni previsione relativa alla instaurazione del contraddittorio con parti necessarie, stabilisce una sanzione di decadenza per la mancata notifica entro il termine di legge alle parti necessarie. La decadenza legale è insuscettibile di sanatoria, perché è una regola di ordine pubblico processuale che non rientra nella disponibilità né del giudice, né tantomeno delle parti.

È, peraltro, del tutto irrilevante che l'Avvocatura distrettuale dello Stato si sia costituita davanti al T.a.r. in rappresentanza non solo dell'Ufficio

elettorale ma anche del Prefetto di Palermo. Tale costituzione non può sanare una decadenza verificatasi per legge. Non trova infatti applicazione l'art. 44 c. 3 c.p.a., nel testo riscritto da Corte cost. nn. 132/2021 e 148/2021, a tenore del quale "la costituzione degli intimati sana la nullità della notificazione del ricorso" con effetto *ex tunc*, e anche ove l'esito negativo della notificazione sia imputabile al notificante. Infatti tale previsione riguarda solo il caso di notificazione nulla e non anche quello, che ricorre nella specie, di notificazione inesistente. Senza poter in questa sede illustrare la distinzione dogmatica tra nullità e inesistenza, è comunque di immediata evidenza che una notificazione nulla è una notificazione che, ancorché radicalmente viziata, sia stata comunque posta in essere, nel senso che la parte ha posto in essere attività finalizzate alla notificazione e di cui vi è traccia documentale. Si distingue nettamente dalla notificazione inesistente, perché mai nemmeno tentata.

Nemmeno trova applicazione l'art. 156 c.p.c. circa la sanatoria delle nullità processuali quando l'atto ha comunque raggiunto il suo scopo. Anche tale previsione riguarda solo gli atti nulli e non gli atti inesistenti, in quanto non può mai raggiungere lo scopo un atto che non esiste perché mai posto in essere.

Ha, inoltre, precisato il C.g.a. che ogni attività istruttoria in corso di causa, nel rito elettorale ex art. 129 c.p.a., è preclusa dalla regola espressa secondo cui la causa va decisa con sentenza da pubblicarsi il giorno stesso dell'udienza, senza possibilità di rinvio dell'udienza (art. 129 c. 5 c.p.a.). Corollario di tale rigida scansione processuale è che (i) sono ammesse solo le prove precostituite, (ii) il giudice non può emettere ordini istruttori, (iii) e trova piena espansione la regola generale sul riparto dell'onere probatorio, in base al quale ciascuna parte deve provare i fatti che pone a fondamento della domanda o dell'eccezione.

Ne consegue che la prova a carico della parte privata di una siffatta circostanza, nella fattispecie lo smarrimento da parte dell'Ufficio elettorale di un documento depositato dalla parte, stante l'assenza di una fase istruttoria, può anche essere indiziaria, e tuttavia gli indizi devono essere gravi, precisi e concordanti (art. 2729 c.c.).

Ha poi evidenziato il C.g.a. che l'incidente di costituzionalità è

logicamente e giuridicamente incompatibile con il rito di cui all'art. 129 c.p.a., non potendo la parte ottenere, dall'eventuale accoglimento della questione di costituzionalità, alcuna utilità in termini di conseguimento del bene della vita:

- vuoi in forma specifica, stante l'impossibilità, da parte del giudice che solleva l'incidente di costituzionalità, di sospendere interinalmente e cautelatamente il provvedimento di esclusione dalle elezioni per tale sola ragione, perché ciò integrerebbe gli estremi di un non consentito sindacato di costituzionalità diffuso;

- vuoi per equivalente monetario, in quanto: a) non è ipotizzabile un diritto al risarcimento monetario della perdita della chance di vittoria nelle elezioni, ove la lista fosse stata ammessa, mancando la colpa dell'amministrazione, che è esclusa in radice se il provvedimento applica la legge vigente, fintanto che la stessa vige, e prima della sua declaratoria di incostituzionalità; b) in caso di legge che contrasta con la Costituzione, non è ammesso il risarcimento del danno da illecito legislativo.

(6)

Alla Corte costituzionale alcune questioni in tema di obbligo vaccinale per il personale sanitario.

[Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, ordinanza 12 settembre 2022, n. 947, Pres. De Nictolis, Est. Molinaro](#)

Ritenute le questioni rilevanti e non manifestamente infondate, in relazione alle condizioni dettate dalla Corte costituzionale in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria dei cittadini in ambito vaccinale, ossia non nocività dell'inoculazione per il singolo paziente e beneficio per la salute pubblica, il C.g.a., ai sensi dell'art. 23 comma 2 l. 11 marzo 1953 n. 87, ritenendole rilevanti e non manifestamente infondate, solleva la questione di legittimità costituzionale de:

a) l'art. 4 commi 1 e 2 del d.l. n. 44/2021 (convertito in l. n. 76/2021), nella

parte in cui prevedono l'obbligo vaccinale per il personale sanitario, per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34, 97 della Costituzione, sotto il profilo che il numero di eventi avversi, la inadeguatezza della farmacovigilanza passiva e attiva, il mancato coinvolgimento dei medici di famiglia nel *trriage* pre-vaccinale e comunque la mancanza nella fase di *trriage* di approfonditi accertamenti e persino di *test* di positività/negatività al Covid non consentono di ritenere soddisfatta, allo stadio attuale di sviluppo dei vaccini anti Covid e delle evidenze scientifiche, la condizione, posta dalla Corte costituzionale, di legittimità di un vaccino obbligatorio solo se, tra l'altro, si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze "che appaiano normali e, pertanto, tollerabili";

b) l'art.1 della l. 217/2019, nella parte in cui non prevede l'espressa esclusione dalla sottoscrizione del consenso informato delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, e dell'art. 4, del d.l. n. 44/2021, nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria, per contrasto con gli artt. 3 e 21 della Costituzione;

c) l'art. 4 comma 4, laddove prevede che l'inadempimento all'obbligo vaccinale comporta la sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, per contrasto con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, di cui all'art. 3 della Costituzione, anche in riferimento alla violazione degli artt. 1, 2, 4, 32 comma 1, 33, 35 comma 1 e 36 comma 1 della Costituzione.

(7)

Nella procedura di correzione di errore materiale le spese seguono la soccombenza in caso di ordinanza.

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 9 settembre 2022, n. 7858 – Pres. Poli, Est. Rotondo](#)

In relazione alla procedura di correzione dell'errore materiale, le spese

seguono la soccombenza allorquando, ai sensi dell'art. 86, comma 2, c.p.a., in difetto del consenso delle parti, sulla domanda di correzione ha pronunciato il collegio con ordinanza in sede contenziosa (nella specie la domanda di correzione è stata respinta).

(8)

Gli obblighi di buona fede che incombono sul privato nei confronti della p.a.

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 8 settembre 2022, n. 7843 – Pres. Poli, Est. Rotondo](#)

Viola l'obbligo di buona fede e cooperazione - incumbente sui privati che entrano in relazione con la p.a. a mente dell'art. 1, comma 2 *bis*, l. n. 241 del 1990, il contegno di un soggetto che reitera innumerevoli istanze per ottenere titoli edilizi *contra legem*.

(9)

Gli effetti della sopravvenienza del provvedimento di acquisizione sul giudizio avviato avverso l'occupazione abusiva.

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 9 settembre 2022, n. 7842 – Pres. Poli, Est. Rotondo](#)

Qualora nel corso del giudizio - intentato per ottenere il risarcimento del danno conseguente alla occupazione abusiva, ovvero la restituzione dell'immobile, nonché, in alternativa, l'emanazione della acquisizione straordinaria ex art. 42 *bis* t.u. espropriazioni - sopravvenga il provvedimento di acquisizione ovvero il diniego espresso, la relativa domanda deve ritenersi improcedibile atteso che: a) tutte le aspettative di tutela del privato, risarcitorie e restitutorie, si canalizzano

nell'eventuale contenzioso avente ad oggetto il provvedimento di acquisizione intervenuto nel corso del giudizio che, conseguentemente, si conclude con una declaratoria di improcedibilità dell'originario ricorso di primo grado, sempreché non si sia formato un giudicato restitutorio ovvero non si sia perfezionata la rinuncia abdicativa (Cons. Stato, sez. II, n. 1087 del 2020; sez. IV, n. 3148 del 2018; sez. IV, n. 2765 del 2018; Cass. civ., sez. I, n. 5686 del 2017; sez. I, n. 11258 del 2016); b) è venuto meno l'inadempimento della p.a. all'obbligo di provvedere non venendo in rilievo un atto meramente soprassessorio ma, al contrario, una manifestazione di volontà provvedimentale che, pur non disponendo l'esproprio delle aree, definisce una procedura autoritativa disciplinata dall'art. 42-*bis* (o comunque a esso riconducibile) in relazione alla quale campeggiano interessi legittimi.

(10)

Impedimento da covid-19 a sostenere una prova concorsuale.

[T.a.r. per il Lazio, sez. III-bis, 8 settembre 2022, n. 11680 - Pres. Stanizzi, Est. Caputi](#)

Le situazione dei candidati a pubblici concorsi impediti a sostenere la prova per ragioni legate alla pandemia da covid-19 sono tutelabili mediante lo svolgimento di sessioni suppletive o supplementari: a) nella vigenza dell'art. 10, comma 2, del d.l. n. 44 del 2021, che consente la deroga alla contestualità delle prove, nel rispetto della trasparenza ed omogeneità delle prove somministrate; b) in caso di prova di concorso *computer based* ed articolata mediante quesiti a risposta multipla, dove non sussistono problemi di garanzia dell'anonimato.