



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. IV, 27 luglio 2021, n. 5560, interpretazione restrittiva della nozione di indispensabilità della prova in appello;
2. C.g.a., sez. giur., 27 luglio 2021, n. 759, all'Adunanza plenaria il criterio della *vicinitas* ai fini della legittimazione ad impugnare i singoli titoli edilizi;
3. Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2021, n. 5556, sul *prospective overruling*;
4. Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2021, n. 5502, alla Corte costituzionale la non debenza di interessi e rivalutazione sui debiti insoluti e sulle somme dovute per anticipazioni di cassa già erogate;
5. Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2021, n. 5496, sui regolamenti edilizi comunali, sulla violazione delle distanze e sul principio di prevenzione;
6. Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2021, n. 5454, sull'illegittimo mancato conferimento di un incarico direttivo e sull'impossibilità di ottemperare per sopravvenuto collocamento a riposo;
7. Cons. Stato, sez. IV, 16 luglio 2021, n. 5358, esclude la sussistenza di un rapporto sinallagmatico tra le prestazioni oggetto di una convenzione di lottizzazione.

Consiglio di Stato - Pareri

8. Cons. Stato, sez. I, 9 luglio 2021, n. 1213, sul ricorso per revocazione per mancata trasmissione delle controdeduzioni dell'amministrazione in sede di ricorso straordinario;

Normativa ed altre novità di interesse

9. [Legge 23 luglio 2021, n. 106](#) – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, recante misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali (in G.U. n. 176 del 24 luglio 2021 – S.O. n. 25, in vigore dal 25 luglio 2021).

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, a cura del consigliere Giulia Ferrari.

(1)

Interpretazione restrittiva della nozione di indispensabilità della prova in appello.

[Consiglio di Stato, sezione IV, 27 luglio 2021, n. 5560 – Pres. Poli, Est. Pizzi](#)

La IV sezione ha evidenziato che:

- a) il potere del giudice di appello di acquisire d'ufficio nuove prove, che ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, è da ritenere esercitabile non sempre e comunque, ma solo se le prove non potevano oggettivamente essere prodotte in primo grado: perché la parte non ne aveva la disponibilità, o perché l'esigenza istruttoria è sorta solo in appello;
- b) il potere del giudice di appello di acquisire d'ufficio nuove prove, che ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, non è esercitabile quando la lacuna istruttoria è interamente imputabile alla parte, poiché in ossequio al principio dispositivo (anche con metodo acquisitivo), il potere istruttorio d'ufficio del giudice amministrativo può essere esercitato a soccorso della parte che non ha la disponibilità delle prove, ma non a

supplenza della parte che, pur avendo la disponibilità delle prove, non le abbia prodotte e non adduca giustificazioni per la sua omissione;

c) se la lacuna istruttoria è imputabile ad un'omissione del giudice di primo grado, è ammissibile l'integrazione istruttoria in appello;

d) le norme del processo amministrativo relative ai poteri istruttori d'ufficio del giudice (articoli 63, 64 e 65 c.p.a.) al pari di quelle che stabiliscono il regime delle prove in appello ex art. 104 c.p.a., non distinguono tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva, essendo pertanto in astratto applicabili ad entrambi i tipi di giurisdizione; tuttavia la possibilità di esercizio da parte del giudice amministrativo di poteri istruttori d'ufficio anche in relazione a diritti soggettivi, deve costituire una *extrema ratio*; in tali giudizi la misura e l'ampiezza dell'onere della prova deve essere valutato caso per caso, avuto riguardo al dato sostanziale della disponibilità o meno delle prove in capo alle parti e, su questa base, tarare e calibrare, in modo assai rigoroso, l'esercizio istruttorio "suppletivo" condotto dal giudice;

e) la produzione di "nuovi mezzi di prova" e di "nuovi documenti" nel giudizio di appello è consentita dall'art. 104, comma 2, c.p.a. esclusivamente qualora, alternativamente: i) "il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione"; ii) "la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile";

f) sfugge totalmente all'ambito di applicazione dell'articolo 104, comma 2, c.p.a. il provvedimento impugnato e gli atti del relativo procedimento amministrativo, in quanto, in questi casi, deve farsi applicazione dell'articolo 46, comma 2, c.p.a. (anche in appello ai sensi del rinvio interno di cui all'art. 38 c.p.a.), ed eventuali omissioni del giudice di primo grado (che ometta di provvedere ai sensi dell'articolo 65, comma 3, c.p.a.) devono essere sanate nel secondo grado di giudizio;

g) il predicato della "indispensabilità" – implicita per quei documenti che, preesistenti o successivi, comportano una definizione "in rito" della controversia - deve conseguire ad una valutazione non già della mera rilevanza dei fatti dedotti, ma postula la verificata impossibilità di acquisire la conoscenza di quei fatti con altri mezzi che la parte avesse l'onere di fornire nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge processuale; solo in questo modo

si rende possibile conciliare il potere riconosciuto al giudice dall'art. 63, comma 1, c.p.a., con i divieti, coerenti con il principio dispositivo, di cui all'art. 104 c.p.a. (nozione di "*indispensabilità ristretta*").

(2)

Il C.g.a. rimette all'Adunanza plenaria il criterio della *vicinitas* ai fini della legittimazione ad impugnare i singoli titoli edilizi.

[Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, sentenza non definitiva 27 luglio 2021, n. 759 - Pres. De Nictolis, Est. Molinaro](#)

Sono rimesse all'Adunanza plenaria le seguenti questioni:

- a) se la *vicinitas* è di per sè idonea non solo a legittimare l'impugnazione di singoli titoli edilizi, ma a evidenziare il profilo dell'interesse all'impugnazione;
- b) se, viceversa, la *vicinitas* è idonea a dimostrare la sola condizione della legittimazione a ricorrere, e per l'effetto è necessario che il ricorrente dimostri lo specifico pregiudizio che l'iniziativa edilizia (posta in essere in violazione delle regole di settore) gli provoca;
- c) in questo secondo caso (ai fini di un completo discernimento della questione), se tale dimostrazione deve essere sempre resa o solo nell'evenienza che la *vicinitas* non renda evidente lo specifico vulnus patito dal ricorrente;

d) nel caso in cui l'Adunanza plenaria aderisca all'impostazione di cui ai punti b) o c) come si debba apprezzare l'interesse ad agire nelle cause in cui si lamenta una violazione delle distanze (fra costruzioni) imposte dalla legge urbanistica:

d1) se il solo interesse deducibile sia la lesione della distanza tra l'immobile del ricorrente e quello confinante, o anche la lesione della distanza tra l'immobile confinante e una terza costruzione, non confinate con quella del ricorrente, o, in termini più generali, se rilevino anche le distanze fra due immobili di cui nessuno confinante ma comunque nel raggio visivo del ricorrente legittimato ad agire sulla base del requisito della *vicinitas*;

d2) se, a tal fine, rilevi la conseguenza evincibile di detta violazione, in termini di demolizione dell'intera opera del vicino, indipendentemente dal luogo interessato dalla violazione dedotta.

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

(3)

La VI Sezione si pronuncia sul *prospective overruling* in relazione ai contrasti giurisprudenziali occorsi.

[Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 26 luglio 2021, n. 5556 - Pres. Montedoro, Est. De Luca](#)

Affinché un sopravvenuto indirizzo giurisprudenziale, mediante il ricorso al c.d. *prospective overruling*, possa trovare applicazione in maniera non retroattiva, come, invece, dovrebbe avvenire in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, occorre che l'innovazione giurisprudenziale incida su una regola del processo, sia

imprevedibile ovvero segua ad altra consolidata nel tempo tale da considerarsi diritto vivente, nonché comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa.

Ha chiarito la Sezione che la decorrenza del *dies a quo* di impugnazione non potrebbe essere ancorata al momento in cui in sede giurisdizionale (o di ricorso straordinario) venga accertata l'illegittimità dell'atto lesivo, tenuto conto che *“Una posizione così radicale è del tutto estranea al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'individuazione del dies a quo del termine per proporre ricorso giurisdizionale. Nell'ambito di tale dibattito, anche le posizioni più sensibili ad assicurare l'effettività dei diritti di azione e di difesa del privato, non si spingono sino al punto di pretendere il riconoscimento in sede giurisdizionale della fondatezza della pretesa vantata da soggetti in posizione analoga per far decorrere il termine per impugnare l'atto amministrativo, limitandosi semmai a sostenere la necessità che il privato abbia (almeno) la possibilità di percepire l'illegittimità dell'effetto lesivo. Ma tale possibilità di conoscenza certamente prescinde dall'esistenza di precedenti giurisprudenziali specifici che abbiano già dichiarato l'illegittimità di quell'atto nell'ambito di diversi giudizi instaurati da altri cointeressati”* (Cons. Stato, Ad. plen., n. 11 del 2017).

(4)

La V Sezione rimette alla Corte costituzionale la norma che prevede la non debenza di interessi e rivalutazione sui debiti insoluti e sulle somme dovute per anticipazioni di cassa già erogate.

[Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 21 luglio 2021, n. 5502 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Franconiero](#)

E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 248, comma 4, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, in relazione agli artt. 3, 5, 81, 97, 114 e 118 Cost. nella parte in cui prevede che dalla data in cui è deliberato il dissesto e sino all'approvazione del

rendiconto di cui all'art. 256 del testo unico enti locali, i debiti insoluti a tale data e le somme dovute per anticipazioni di cassa già erogate non producono più interessi né sono soggetti a rivalutazione monetaria.

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

(5)

La VI Sezione si pronuncia sui regolamenti edilizi comunali, sulla violazione delle distanze e sul principio di prevenzione.

[Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 21 luglio 2021, n. 5496 - Pres. Montedoro, Est. Lopilato](#)

Le norme tecniche di attuazione, ove prescrivano la distanza minima di cinque metri dal confine, non vietano l'operatività del principio di prevenzione; la prescrizione contenuta nelle suddette norme, non prevedendo un obbligo inderogabile di rispettare la distanza di cinque metri ma ammettendo talune deroghe, consente l'operatività del predetto principio.

Ha chiarito la Sezione che dal combinato disposto degli artt. 871, 872 e 83 cod. civ. si ricava, in via interpretativa, l'esistenza del cd. principio di prevenzione. Esso comporta che il confinante che costruisce per primo ha una triplice facoltà, potendo edificare: i) rispettando una distanza dal confine pari alla metà di quella imposta dal codice civile; ii) sul confine; iii) a una distanza dal confine inferiore alla metà di quella prescritta.

In questa sede rileva stabilire se tale principio possa operare anche nel caso in cui trovino applicazione fonti di diritto pubblico.

Le sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato che la portata “integrativa” dell’art. 36, d.lgs. n. 380 del 2001 non si limita soltanto alle prescrizioni che impongono una distanza minima, ma “si estende all’intero impianto di regole e principi dallo stesso dettato per disciplinare la materia, compreso il meccanismo della prevenzione”, aggiungendo, però, che i regolamenti locali possono eventualmente escludere l’operatività di tale meccanismo “prescrivendo una distanza minima delle costruzioni dal confine o negando espressamente la facoltà di costruire in appoggio o in aderenza” (Cass. civ., sez. un., 19 maggio 2016, n. 10318).

(6)

La V Sezione si pronuncia sull’illegittimo mancato conferimento di un incarico direttivo e sull’impossibilità di ottemperare per sopravvenuto collocamento a riposo.

[Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 20 luglio 2021, n. 5454 - Pres. Saltelli, Est. Grasso](#)

E’ legittima la delibera del Consiglio Superiore della Magistratura che, nel dare esecuzione alla sentenza che ha riconosciuto la spettanza di un incarico direttivo ad un magistrato, preso atto del suo collocamento a riposo intervenuto *medio tempore*, ha affermato il diritto al risarcimento del danno, non potendo detto incarico essere riconosciuto neanche ai soli effetti della qualifica e della conseguente progressione di carriera, nonché per la ricostruzione della stessa ai fini pensionistici.

(7)

La IV Sezione esclude la sussistenza di un rapporto sinallagmatico tra le prestazioni oggetto di una convenzione di lottizzazione.

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 16 luglio 2021, n. 5358 – Pres. Poli, Est. Conforti](#)

Il rilascio dei titoli edilizi e la facoltà di realizzare le opere residenziali concordate con la convenzione, da un lato, e la previsione di un obbligo di realizzazione di opere di urbanizzazione e contestuale previsione di una polizza fideiussoria a garanzia dell'adempimento, dall'altro, non si pongono in un rapporto sinallagmatico. Gli obblighi di *facere* (realizzare le opere di urbanizzazione) e di *dare* (fornire la garanzia personale) sono assunti, infatti, a fronte dell'esercizio dell'attività di pianificazione da parte del comune e dei vantaggi astrattamente ritraibili dagli investitori dall'esercizio di questa potestà.

Consiglio di Stato - Pareri

(8)

La Sezione I si pronuncia sul ricorso per revocazione per mancata trasmissione delle controdeduzioni dell'amministrazione in sede di ricorso straordinario.

[Consiglio di Stato, sezione I, parere 9 luglio 2021, n. 1213 – Pres. f.f. ed Est. Neri](#)

La questione giuridica che si pone è se nel ricorso straordinario la mancata trasmissione delle controdeduzioni dell'amministrazione o, più in generale, della relazione ministeriale alla parte ricorrente possa essere ricondotta all'errore di fatto revocatorio. Attesa la peculiarità del ricorso straordinario il mancato invio della documentazione allegata alla relazione non può integrare errore di fatto revocatorio. Giova precisare che, per l'opinione prevalente, il ricorso straordinario continua ad avere una connotazione *sui generis*. In primo luogo, occorre ricordare che per l'art. 49, comma 1, R.D. 444/1942 "gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l'intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti". Il parere, dunque, è espresso in una seduta non pubblica e non è ammessa la discussione orale, né occorre dare avviso alle parti della data della seduta e dei nomi dei componenti dell'adunanza (così Cons. Stato, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 1407 e Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2003, n. 3600/02). In secondo luogo, lo stesso Consiglio di Stato, nel riconoscimento della 'giurisdizionalizzazione' del rimedio *de quo*, afferma la non totale equiparabilità ai rimedi giurisdizionali, evidenziando "la specificità (e la sommarietà) della procedura originata dal ricorso straordinario, a confronto con quella disciplinata dal codice del processo amministrativo secondo i canoni più rigorosi del giusto processo" (Cons. Stato, sez. III, 4 agosto 2011, n. 4666) ed affermando che "il procedimento di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario conduce a qualificare il rimedio come tendenzialmente giurisdizionale nella sostanza, ma formalmente amministrativo" e dunque "l'equiparazione alla giurisdizione" non "può dirsi piena". In particolare poi, "il modello di istruttoria previsto dal d.P.R. 1199 del 1971, basato sull'affidamento dell'indagine e dell'acquisizione degli atti rilevanti alle strutture ministeriali, senza contraddittorio orale con le parti, e con esclusione di strumenti come la consulenza tecnica d'ufficio che invece sono entrati nel processo amministrativo, risulta lontano dal modulo processuale. Il contraddittorio previsto dall'attuale disciplina è di tipo scritto, difettando una disciplina di pubblicità del dibattimento" (Cons. Stato, Sez. I, 7 maggio 2012, n. 2131). Analogamente, le sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato che "la raggiunta natura di decisione di giustizia non significa anche che ogni aspetto della procedura (in particolare, l'istruttoria) sia pienamente compatibile con il canone costituzionale dell'art. 24 Cost., e con la garanzia del pieno contraddittorio, del diritto alla prova e all'accesso agli atti del procedimento; nonché - dopo il noto nuovo corso della

giurisprudenza costituzionale (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007) - con il parametro interposto del diritto ad un processo equo ex art. 6 CEDU" (Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2012 n. 23464). Sulla base di quanto sin qui detto, dunque, non vi è coincidenza tout court con gli altri rimedi giurisdizionali sul piano dei principi applicabili; conseguentemente deve pervenirsi alla conclusione che la non perfetta operatività delle garanzie della pubblicità e della oralità non va a collidere con le norme costituzionali e convenzionali in materia (art. 24 Cost e art. 6 CEDU). Di recente, anche la Corte costituzionale - che già si era espressa nel senso che "al fine della verifica del rispetto del principio di pubblicità, occorre guardare alla procedura giudiziaria nazionale nel suo complesso: sicché, a condizione che una pubblica udienza sia stata tenuta in prima istanza, l'assenza di analoga udienza in secondo o in terzo grado può bene trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche del giudizio di cui si tratta" (Corte cost. 11 marzo 2011 n. 80) - con la sentenza 9 febbraio 2018 n. 24 ha affrontato nuovamente e trasversalmente la questione dell'applicabilità delle regole convenzionali in tema di equo processo. Per la Corte "il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è, come noto, rimedio alternativo al ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo, spettando al ricorrente di scegliere liberamente fra l'una e l'altra via, con l'unica conseguenza che una volta scelta una non è più possibile intraprendere l'altra, e salva restando naturalmente la facoltà dei controinteressati di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario eventualmente prescelto dal ricorrente". E "del resto, che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si traggano conclusioni negative sulla riferibilità alla decisione del ricorso straordinario delle garanzie convenzionali in tema di equo processo è confermato dalle pronunce nelle quali la stessa Corte si è direttamente occupata di questo particolare rimedio. Ciò è avvenuto in tre occasioni, e in due delle quali proprio con specifico riferimento alla previsione dell'art. 6 della CEDU" (Corte cost., 9 febbraio 2018, n. 24). Va, infatti, ricordato che nella decisione 28 settembre 1999, Nardella contro Italia, la Corte EDU ricostruisce la disciplina dell'istituto del ricorso straordinario come rimedio speciale ed esclude che esso - del ritardo nella cui decisione il ricorrente si doleva nel caso di specie - ricada nell'ambito di applicazione della Convenzione. Per la stessa ragione osserva che il ricorso al Presidente della Repubblica non rientra fra quelli che devono essere esperiti previamente al ricorso ex art. 35 della Convenzione stessa. Ciò premesso, nella pronuncia è sottolineato come,

optando per il gravame speciale del ricorso straordinario, il ricorrente (che pure è stato informato della possibilità di proporre il ricorso giurisdizionale) sceglie esso stesso di esperire un rimedio che si pone fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione. Sulla base dei medesimi argomenti e richiamando il caso Nardella, nella decisione 31 marzo 2005, Nasalli Rocca contro Italia, la Corte EDU ha dichiarato irricevibile un ricorso proposto a essa dal ricorrente che aveva preventivamente esposto le sue ragioni in alcune lettere al Presidente della Repubblica. La Corte osserva che tali lettere, anche a volerle considerare equivalenti a un rimedio straordinario, non ricadono comunque nella sfera di applicazione dell'art. 35 della Convenzione. Particolarmente significativo è che alle stesse conclusioni la Corte di Strasburgo pervenga nella sentenza 2 aprile 2013, Tarantino e altri contro Italia, successiva quindi alla riforma del 2009, dove ribadisce che la parte ricorrente, «presentando un appello speciale al Presidente della Repubblica nel 2007, non ha avviato un procedimento contenzioso del tipo descritto all'articolo 6 della Convenzione (si veda Nardella c. Italia (dec.), n. 45814/99, CEDU 1999-VII, e Nasalli Rocca (dec.), sopra citata), e che, pertanto, la disposizione non è applicabile» (paragrafo 62).

Normativa ed altre novità di interesse

(9)

[Legge 23 Luglio 2021, n. 106](#) – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, recante misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali (in G.U. n. 176 del 24 luglio 2021 – S.O. n. 25, in vigore dal 25 luglio 2021).

Il servizio di Newsletter verrà sospeso per il periodo feriale e

riprenderà dal 30 agosto