

Secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in sede di giudizio di ottemperanza ad un giudicato ordinario ovvero che assodi l'inerzia dell'amministrazione - e pure nelle ipotesi di adempimento a quanto imposto da sentenza provvisoriamente esecutiva ovvero da ordinanza cautelare - quest'ultima non perde il proprio potere di provvedere dopo la nomina e l'insediamento del commissario ad acta: si configura, infatti, una situazione di concorrenza nell'esercizio del potere-dovere di dare attuazione alla pronuncia del giudice da parte dell'amministrazione, che ne è titolare ex lege, e da parte del commissario, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece (nella veste di ausiliario e giammai di organo straordinario dell'amministrazione).

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 maggio 2021, n. 8 – Pres. Patroni Griffi, Est. Forlenza

Giustizia amministrativa – Giudizio di ottemperanza – Commissario ad acta – Nomina – Poteri concorrenti dell'amministrazione

Giustizia amministrativa – Giudizio di ottemperanza – Commissario ad acta – Nomina e insediamento – Atto adottato dall'amministrazione – Validità

Giustizia amministrativa – Giudizio di ottemperanza – Atti del commissario ad acta – Esclusione di autotutela e altre forme di impugnazione

Giustizia amministrativa – Giudizio di ottemperanza – Atti del commissario ad acta successivi a quelli dell'amministrazione – Inefficacia

L'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

a) il potere dell'amministrazione e quello del commissario ad acta sono poteri concorrenti, di modo che ciascuno dei due soggetti può dare attuazione a quanto prescritto dalla sentenza passata in giudicato, o provvisoriamente esecutiva e non sospesa, o dall'ordinanza cautelare fintanto che l'altro soggetto non abbia concretamente provveduto (1);

b) gli atti emanati dall'amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario ad acta, non possono essere considerati di per sé affetti da nullità, in quanto gli stessi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario (2);

c) gli atti adottati dal commissario ad acta non sono annullabili dall'amministrazione nell'esercizio del proprio potere di autotutela, né sono da questa impugnabili davanti al giudice della cognizione, ma sono esclusivamente reclamabili, a seconda dei casi, innanzi al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, co. 6, c.p.a. ovvero innanzi al giudice del giudizio sul silenzio, ai sensi dell'art. 117, co. 4, c.p.a. (3);

d) *gli atti adottati dal commissario ad acta dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, ovvero quelli che l'amministrazione abbia adottato dopo che il commissario ad acta abbia provveduto, sono da considerare inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse, a seconda dei casi, al giudice dell'ottemperanza o al giudice del giudizio sul silenzio (4).*

(1-4) I. – Con la sentenza in rassegna, l'Adunanza plenaria, analizzando i quesiti sollevati da Cons. Stato, sez. IV, 10 novembre 2020, n. 6925 (oggetto della News US, n. 130 del 14 dicembre 2020, sulla quale si veda *infra*), ha formulato i principi di diritto di cui in massima in relazione agli effetti della nomina del Commissario *ad acta* sui poteri dell'amministrazione procedente.

II. – Il collegio, dopo aver analizzato la vicenda processuale sottesa, le argomentazioni delle parti e quelli della sezione rimettente, nel decidere nel merito la controversia, ha osservato quanto segue:

- a) l'amministrazione, che è risultata soccombente in sede giurisdizionale, non perde il proprio potere di provvedere, pur in presenza della nomina e dell'insediamento di un commissario *ad acta* al quale è conferito il potere di provvedere per il caso di sua inerzia nell'ottemperanza al giudicato (ovvero nell'adempimento di quanto nascente da sentenza provvisoriamente esecutiva ovvero da ordinanza cautelare), e fino a quando lo stesso non abbia provveduto. Fino a tale momento, si verifica, dunque, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell'amministrazione, che ne è titolare *ex lege*, e da parte del commissario, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece.
- b) le ipotesi nelle quali il Codice prevede la nomina del commissario *ad acta*, sono le seguenti:
 - b1) l'art. 34, comma 1, lett. e), secondo il quale il giudice "dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza";
 - b2) l'art. 114, comma 4, lett. d), in base al quale il giudice dell'ottemperanza "nomina, ove occorra, un commissario ad acta";
 - b3) l'art. 117, comma 3, secondo il quale, nell'ambito del giudizio sul silenzio dell'amministrazione, "il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente, su istanza della parte interessata";

- b4) l'art. 59, relativo alla "esecuzione delle misure cautelari", che consente, laddove i provvedimenti cautelari non siano in tutto o in parte eseguiti, che il giudice, su istanza motivata dell'interessato, eserciti "i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza", e dunque possa disporre anche la nomina di un commissario *ad acta*;
- c) dall'esame delle disposizioni innanzi riportate appare evidente la natura del commissario *ad acta* quale "ausiliario del giudice", che procede alla sua nomina laddove debba "sostituirsi all'amministrazione";
- d) la nomina del commissario *ad acta*, dunque, si fonda su due presupposti normativamente indicati e, precisamente, che:
- d1) il giudice debba sostituirsi all'amministrazione;
- d2) tale circostanza si verifichi nell'ambito della giurisdizione del giudice medesimo, così come definita dalle norme che la attribuiscono;
- e) diversamente, dunque, dagli altri ausiliari previsti dal Codice, quali il verificatore ed il consulente tecnico, che assistono il giudice "per il compimento di singoli atti o per tutto il processo" e dunque svolgono compiti strumentali e antecedenti alla pronuncia della sentenza (alla quale sono finalizzati), il commissario *ad acta* svolge compiti ausiliari del giudice "dopo" la decisione, laddove questi, nell'ambito della propria giurisdizione, "deve sostituirsi all'amministrazione";
- f) il commissario *ad acta* è, quindi, funzionale all'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione, in attuazione degli artt. 24 e 113 Cost., nonché degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali;
- g) la disciplina normativa, nel definire il commissario *ad acta* quale ausiliario del giudice, esclude, al tempo stesso, che a questi possa essere riconosciuta la natura di organo (straordinario) dell'amministrazione;
- h) la natura esclusiva di ausiliario del giudice era già stata affermata, anteriormente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo;
- h1) dalla Corte costituzionale con sentenza 12 maggio 1977 n. 76 (in *Foro Amm.*, 1979, 875) che aveva dichiarato inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzione, proposto da una regione a seguito della nomina da parte del prefetto di un commissario *ad acta* presso un comune, per eseguire una decisione del Consiglio di Stato emessa a seguito di ricorso per ottemperanza, osservando che: "il giudice amministrativo, sia che sostituisca la propria decisione all'omesso provvedimento della pubblica amministrazione, che vi era tenuta in forza del giudicato formatosi nei suoi confronti, come più spesso suole accadere quando si tratti di atto vincolato; sia che ingiunga alla amministrazione

medesima di provvedere essa stessa, entro un termine all'uopo prefissatole e con le modalità specificate in sentenza; sia infine che disponga la nomina di un commissario per l'ipotesi che il termine abbia a decorrere infruttuosamente, esplica sempre attività di carattere giurisdizionale"; "Procedendo, pertanto, direttamente o indirettamente, alla nomina di un commissario il giudice amministrativo non si surroga all'organo di controllo, ma pone in essere un'attività qualitativamente diversa da quella che quest'ultimo avrebbe istituzionalmente il potere-dovere di esplicare nell'ipotesi di omissione da parte degli enti locali di atti obbligatori per legge, tra i quali rientrano bensì, ma senza esaurirne la specie, quelli da adottare per conformarsi ad un giudicato: potere-dovere che, comunque, preesiste alla pronuncia emessa nel giudizio di ottemperanza ed è da questa indipendente. Ed a sua volta, l'attività del commissario, pur essendo, praticamente, la medesima che avrebbe dovuto essere prestata dall'amministrazione, o in ipotesi da un commissario ad acta inviato dall'organo di controllo, ne differisce tuttavia giuridicamente, perché si fonda sull'ordine contenuto nella decisione del giudice amministrativo, alla quale è legata da uno stretto nesso di strumentalità";

- h2) sul tema era intervenuta anche l'Adunanza plenaria con decisione 14 luglio 1978, n. 23 (in Foro amm., 1978, I, 1506) in cui era stato precisato che il giudizio di ottemperanza risponde all'esigenza "del completamento della tutela giurisdizionale nella fase esecutiva della decisione", ed ha affermato che con tale giudizio "il giudice amministrativo si sostituisce all'amministrazione inadempiente ponendo in essere l'attività che questa avrebbe dovuto compiere per realizzare concretamente gli effetti scaturenti dalla sentenza da eseguire, conformando la realtà alle relative statuizioni".
- i) prendendo spunto da tali decisioni, il collegio ha affermato che il commissario *ad acta* è, sul piano della qualificazione soggettiva, ausiliario del giudice e ritrae i propri poteri dall'atto di nomina al fine di rendere effettiva la tutela giurisdizionale, adeguando la realtà giuridica e fattuale al comando contenuto nella pronuncia. Tale comando costituisce il contenuto ed il limite del potere del commissario *ad acta*, che ad esso (solo ad esso e nei limiti di quanto prescritto) deve dare attuazione;
- j) secondo il collegio, non può essere riconosciuta al commissario *ad acta*, nemmeno in via "aggiuntiva", la natura di organo straordinario dell'amministrazione diversamente da quanto affermato da Cons. Stato, Ad. plen. 9 maggio 2019, n. 7 (in *Foro it.*, 2019, III, 313, con nota di CORDOVA; *Riv. corte conti*, 2019, 3, 283, con nota di SANDULLI; *Riv. esecuzione forzata*, 149, con nota di DI BERNARDO; *Giornale dir. amm.*, 2020, 242, con nota di CAPORALE; *Dir. proc. amm.*, 2020, 142, con nota di SPADARO, oggetto della News US in data 10 giugno 2019) che

riconosce invece al commissario una “duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell’amministrazione”), e ciò in quanto:

- j1) la natura di ausiliario del giudice del commissario *ad acta* è l’unica normativamente riconosciuta e definita;
 - j2) gli organi amministrativi sono istituiti dalla legge, mentre, diversamente opinando, si verrebbe a configurare l’ipotesi di un organo amministrativo di fonte giurisdizionale;
 - j3) *“il compito del commissario ad acta non è quello di esercitare poteri amministrativi funzionalizzati alla cura dell’interesse pubblico, bensì quello di dare attuazione alla pronuncia del giudice, anche eventualmente attraverso l’esercizio di poteri amministrativi non esercitati, dei quali il comando contenuto in sentenza (o nell’ordinanza) costituisce il fondamento genetico e l’approdo funzionale”*;
 - j4) non è necessario ipotizzare la natura di organo straordinario dell’amministrazione per giustificare l’imputazione alla sua sfera giuridica degli effetti dell’agire del commissario, trovando questi fonte e giustificazione direttamente nel provvedimento giurisdizionale;
- k) la decisione richiama l’origine giurisprudenziale dell’istituto del commissario *ad acta* (a partire da Consiglio di Stato, sez. IV, 9 marzo 1928, n. 181), fino alla sua piena affermazione sia sul piano della previsione normativa (ora art. 21 c.p.a.), sia sul piano dell’ambito di intervento, esteso ad ogni necessità di ottemperanza e/o esecuzione del provvedimento giurisdizionale dotato di forza esecutiva, secondo quanto prescritto dall’art. 112 c.p.a. Per giungere ad affermare che la definizione normativa dell’istituto ne individua la natura soggettiva, che è quella (esclusivamente) di ausiliario del giudice;
- l) la decisione, in tal senso, evidenzia che i poteri del commissario sono tradizionalmente ricondotti alla giurisdizione “di merito” del giudice amministrativo, la quale, anche nell’adozione di provvedimenti in luogo dell’amministrazione, resta esercizio di attività giurisdizionale e non amministrativa;
- m) in conformità con l’orientamento espresso in altri precedenti dell’adunanza plenaria (Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *Foro it.*, 2014, III, 712) l’esame della disciplina processuale dell’ottemperanza, *“porta ad affermare la attuale polisemicità del “giudizio” e dell’“azione di ottemperanza”, dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall’esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall’art. 24 Cost.”* e *“il giudice dell’ottemperanza, come identificato per il tramite dell’art. 113*

c.p.a., deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto";

- n) il commissario *ad acta* può essere chiamato ad adottare una variegata pluralità di atti: quelli volti al pagamento di somme di denaro, cui l'amministrazione è stata condannata; provvedimenti amministrativi di natura vincolata, che trovano già nella sentenza che ha concluso il giudizio di cognizione la propria conformazione; provvedimenti di natura discrezionale. In tutti i casi considerati, il potere esercitato dal commissario *ad acta*, sebbene si concretizzi in atti non dissimili da quelli che avrebbe dovuto adottare l'amministrazione, è un potere distinto, sul piano genetico e funzionale, da quello di cui l'amministrazione è titolare;
- o) la conservazione del potere in capo all'Amministrazione (in questo senso Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2764, in *Foro amm. CDS* 2011, 5, 1512) dopo la nomina del commissario *ad acta*, non determina di per sé l'esaurimento della competenza della p.a. sostituita a provvedere all'ottemperanza al giudicato, in quanto il venir meno dell'inerzia della p.a. stessa, pur dopo la scadenza del termine assegnatole, rende priva di causa la nomina e la funzione del commissario, secondo i principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa, non smentiti dalla legge o dalla pronuncia del giudice dell'ottemperanza ed essendo indifferente per il privato che il giudicato sia eseguito dall'Amministrazione, piuttosto che dal Commissario, perché l'attività di entrambi resta comunque egualmente soggetta al controllo del giudice.

III. – Per completezza si osserva quanto segue:

- p) la questione, come già evidenziato, è stata rimessa all'Adunanza plenaria dalla citata Cons. Stato, sez. IV, ord., 10 novembre 2020, n. 6925, cit., oggetto della citata News US, n. 130 del 14 dicembre 2020, che, in un giudizio proposto avverso il silenzio serbato dall'Amministrazione su una istanza del privato, ha sollevato le seguenti questioni, se: a) la nomina del commissario *ad acta*, disposta ai sensi dell'art. 117, comma 3, c.p.a., oppure il suo insediamento comportino – per l'amministrazione soccombente nel giudizio proposto avverso il suo silenzio – la perdita del potere di provvedere sull'originaria istanza, e dunque se l'amministrazione possa provvedere 'tardivamente' rispetto al termine fissato dal giudice amministrativo, fino a quando il commissario *ad acta* eserciti il potere conferitogli (e, nell'ipotesi affermativa, quale sia il regime giuridico dell'atto del commissario *ad acta*, che non abbia tenuto conto dell'atto 'tardivo' ed emani un atto con questo incoerente); b) per il caso in cui si ritenga che sussista – a partire da una certa data – esclusivamente il potere del commissario *ad acta*, quale sia il

regime giuridico dell'atto emanato 'tardivamente' dall'Amministrazione. L'ordinanza richiama i tre diversi orientamenti giurisprudenziali sulla questione in esame:

- p1) secondo una prima risalente impostazione, che non risulta poi espressamente ribadita, il potere-dovere dell'amministrazione di dare esecuzione alla pronuncia verrebbe meno già dopo la nomina del commissario *ad acta*;
 - p2) per un secondo orientamento, maggioritario nella giurisprudenza più recente, il c.d. 'esautoramento' dell'organo inottemperante (e, dunque, relativamente alla fattispecie in esame, l' 'esautoramento' dell'organo inadempiente) si verificherebbe solo con l'operatività dell'investitura commissariale o, per dirla diversamente, dopo il suo 'insediamento' che attuerebbe il definitivo trasferimento del munus pubblico dall'ente che ne è titolare per legge a quello che ne diviene titolare in ragione della sentenza del giudice amministrativo;
 - p3) secondo un terzo orientamento, meno diffuso nella giurisprudenza più recente, ma apprezzato dalla dottrina, la competenza commissariale rimane 'concorrente' con quella dell'amministrazione, che continua ad operare nell'ambito delle attribuzioni che la legge le riconosce e che non prevede siano estinte con l'insediamento del commissario;
 - p4) quanto alle conseguenze sul regime giuridico degli atti adottati dall'Amministrazione, i primi due orientamenti prospettano l'analoga soluzione di considerare nulli gli atti adottati. Per il terzo orientamento, invece, di per sé non risulta viziato l'atto con cui l'Amministrazione istituzionalmente competente emana il provvedimento, sia pure dopo la nomina o l'insediamento del commissario *ad acta*;
- q) alla citata News US, n. 130 del 14 dicembre 2020 si rinvia, oltre che per l'esame delle argomentazioni sviluppate dal collegio: al § h), per l'orientamento che attribuisce una duplice veste al commissario *ad acta*, di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell'amministrazione inadempiente; ai §§ i) e j), sulla natura giuridica del commissario nella giurisprudenza formatasi anteriormente e successivamente all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo; al § k), sulla differenza tra commissario nominato in sede di rito sul silenzio e quello nominato all'esito del giudizio di ottemperanza; al § l), per gli orientamenti sulla competenza commissariale "concorrente" con quella dell'amministrazione la quale non sarebbe estinta con l'insediamento del commissario; al § m) per precedenti giurisprudenziali nel senso che dopo la nomina o l'insediamento del commissario, l'amministrazione non possa più provvedere; al § n), sul potere del

giudice amministrativo di ammettere l'intervento sostitutivo del giudice di ottemperanza anche nell'emanazione di atti implicanti l'esercizio di discrezionalità; al § o), sulla carenza di potere dell'amministrazione di dare esecuzione alla pronuncia già dopo la "nomina" del commissario *ad acta* con la sentenza di ottemperanza; al § p), per l'orientamento giurisprudenziale in tema di carenza di potere dell'amministrazione di dare esecuzione alla pronuncia dopo l'"insediamento" del commissario *ad acta*; al § q), sulla nozione di insediamento del commissario *ad acta*; al § r), sul regime di impugnabilità degli atti del commissario *ad acta*, nominato nel rito sul silenzio; al § s), sulla propensione mostrata dal codice a trasfondere nel contenuto della sentenza di cognizione l'adozione di misure attuative tradizionalmente proprie dell'esecuzione; al § t), sulla differenza tra la figura del commissario *ad acta* di nomina amministrativa e quella di nomina giurisdizionale e sulla configurazione del potere di (sub)delega; al § u), sugli obblighi e competenze del commissario *ad acta* chiamato ad adottare provvedimenti di spesa degli enti locali ex art. 159 d. lgs. n. 267 del 2000 (t.u. enti locali); al § v), sulla rilevanza del decorso del termine assegnato alla p.a. per l'esercizio del potere pubblico; al § w), sulla natura dei provvedimenti emessi dal commissario *ad acta*; al § x), sulla nozione di difetto assoluto di attribuzione; al § y), sul potere discrezionale del giudice nella scelta del commissario e sull'assenza di vincoli specifici nel codice del processo amministrativo; al § z), sull'obbligatorietà dell'ufficio di commissario *ad acta*; al § aa), sulla nomina di un commissario *ad acta* appartenente alla stessa p.a. obbligata; al § bb), sulle responsabilità di natura penale e contabile del commissario *ad acta* conseguenti all'omessa o ritardata esecuzione dell'incarico; al § cc), sulla natura del rapporto instaurato dal commissario *ad acta* con l'amministrazione sostituita; al § dd), sulla remunerazione del commissario *ad acta*; al § ee), sul potere del commissario *ad acta* di derogare alle regole procedurali dell'azione amministrativa; al § ff), sul potere dell'Amministrazione sostituita di annullare in autotutela gli atti del commissario *ad acta* nominato dal giudice; al § gg), sulla non configurabilità in capo al commissario *ad acta* della posizione di controinteressato al ricorso proposto contro il provvedimento giurisdizionale che lo ha nominato; al § hh), sulla giurisdizione in tema di azione di risarcimento del danno conseguente a provvedimenti del commissario *ad acta* emessi nell'esercizio della sua funzione; al § ii), sul provvedimento avente ad oggetto la determinazione dell'indennità ex art. 42-*bis* d. P.R. n. 327 del 2001 adottato dal commissario *ad acta* e sulla conseguente giurisdizione del giudice ordinario; al § jj), per riferimenti dottrinali;

- r) Cons. Stato, sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2335, aveva anticipato i principi elaborati dalla plenaria circa la unitarietà del regime di controllo degli atti del commissario *ad acta*, sia se nominato *ex art. 114* che se nominato *ex art. 117 c.p.a.*, ritenendo che:
- r1) il commissario *ad acta* nominato dal giudice, in quanto tale, sia un organo ausiliario del giudice medesimo, non un organo straordinario dell'Amministrazione;
 - r2) i relativi atti, pertanto, non possano che essere contestati avanti il medesimo giudice;
 - r3) l'Amministrazione è priva del potere di autotutela, che, secondo i principi generali, è spendibile solo nei confronti di atti emessi dalla stessa Amministrazione, ovvero da altra Amministrazione sotto-ordinata, almeno con riferimento all'esercizio del potere de quo (cfr. art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241 del 1990). Nella richiamata decisione, il giudice di appello, dopo aver osservato il commissario *ad acta* è figura che promana dal giudice, svolge funzioni ausiliarie allo stesso e di cui costituisce *longa manus*, osserva che il commissario svolge attività soggettivamente giurisdizionale, pur se calata in una forma amministrativa;
- s) secondo Cons. Stato, sez. IV, 22 aprile 2021, n. 3270, diversamente dalle conclusioni cui è pervenuta la Plenaria in commento, l'insediamento del commissario determina l'impossibilità di provvedere a carico della Amministrazione, che rimane obbligata a collaborare lealmente, attraverso i suoi uffici, con il Commissario medesimo.