



Diritto e Processo Amministrativo

Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio della P.A. (nota ad Ad. Plen. 25 05 2021 n. 8).

di [Andreina Scognamiglio](#)

16 settembre 2021

Sommario:

Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio della P.A. (nota ad Ad. Plen. 25 05 2021 n. 8).

di Andreina Scognamiglio

Sommario. 1. I principi di diritto enunciati dalla Adunanza Plenaria n. 8 del 2021 e l'iter motivazionale della pronuncia. - 2. Attività dell'amministrazione e attività del commissario ad acta nella fase dell'ottemperanza: gli acquis della giurisprudenza teorica e pratica anteriori al c.p.a. – 3. Conferme e riserve nel c.p.a. e orientamenti giurisprudenziali successivi al codice – 4. La posizione della Plenaria n. 8 del 2021: presupposti esplicativi ed impliciti per l'attrazione nella sfera della giurisdizione dell'attività del commissario. -5. Conclusioni.

1. I principi di diritto enunciati dalla Adunanza Plenaria n. 8 del 2021 e iter motivazionale della pronuncia.

In risposta ai quesiti sollevati dalla ordinanza n. 6925 del 2020 della Sezione IV, la Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sulla questione se l'amministrazione soccombente in giudizio conservi, o meno, il potere di provvedere dopo la nomina del commissario ad acta o dopo il suo insediamento e su vari problemi connessi e/o conseguenziali.

Con la sentenza n. 8 del 25 maggio 2021, l'organo della nomofilachia della giurisprudenza amministrativa ha statuito dunque che:

l'amministrazione soccombente in sede giurisdizionale non perde il potere di provvedere con la nomina del commissario ad acta e neppure con il suo insediamento;

fino a quando l'amministrazione o il commissario non abbiano provveduto si determina una situazione di concorrenza tra il potere dell'amministrazione ed il potere commissoriale e detta situazione ha termine solo quando uno dei due soggetti dà attuazione alla decisione del giudice;

gli atti adottati dal commissario ad acta non sono annullabili dall'amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela, né sono da questa impugnabili davanti al giudice della cognizione, ma sono esclusivamente reclamabili dinanzi al giudice che lo ha nominato;

gli atti adottati dal commissario ad acta dopo che l'amministrazione ha dato esecuzione alla sentenza, ovvero quelli adottati dall'amministrazione dopo che il commissario ad acta ha provveduto, sono inefficaci e la loro rimozione può essere richiesta al giudice dell'ottemperanza o al giudice del giudizio sul silenzio.

La Plenaria sottolinea pure che le soluzioni sopra sintetizzate valgono in tutte le ipotesi in cui il processo amministrativo contempla la nomina di un commissario ad acta la quale può essere disposta con la sentenza che definisce il giudizio di merito; in sede di ottemperanza al giudicato; in sede di esecuzione di una pronuncia esecutiva o di una ordinanza cautelare; all'esito del ricorso contro il silenzio.

La motivazione della sentenza fa leva in primo luogo sulla formulazione dell'art. 21 c.p.a., il quale, sciogliendo la risalente disputa sulla natura soggettiva del commissario (se ausiliario del giudice, organo straordinario dell'amministrazione o organo misto), espressamente lo qualifica quale ausiliario del giudice. Ma, accanto al dato formale della qualificazione soggettiva del commissario, la Plenaria argomenta le proprie conclusioni dalla chiara enunciazione, pure dovuta al legislatore del codice, dei presupposti per la sua nomina del commissario ad acta che è ammessa quando il giudice debba sostituirsi all'amministrazione e laddove tale circostanza si verifichi nell'ambito della giurisdizione di cui il giudice è investito dalla norma attributiva della

medesima. Ciò implica che il perimetro dell'azione del commissario coincide con i confini della giurisdizione del giudice che lo ha nominato. E' dunque nell'ambito della giurisdizione che il commissario agisce.

Così argomentando la Plenaria sposta l'angolo di visuale ed il punto nodale che non è più, tanto, quello della qualificazione soggettiva del commissario quale ausiliario del giudice quanto quello oggettivo della qualificazione della attività da lui svolta.

L'attività del commissario è attratta nella "giurisdizione" poiché trova il suo fondamento nella decisione del giudice e perché è funzionale alla effettività della tutela giurisdizionale. L'investitura e la finalità escludono che attività posta in essere dal commissario ad acta possa essere ricondotta ad esercizio di amministrazione. "Il potere esercitato dal commissario ad acta – prosegue la sentenza – ancorché concretizzantesi 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". Diversamente, anche nella fase della esecuzione della sentenza, il potere che l'amministrazione esercita trova il suo fondamento nella norma attributiva del potere ed è funzionalizzato alla cura dell'interesse pubblico. Ne consegue che solo impropriamente si può parlare di "sostituzione" del giudice (e per esso del commissario) alla amministrazione perché "detta sostituzione non avviene nell'esercizio del medesimo potere, ma solo con riferimento a ciò che l'amministrazione avrebbe dovuto compiere per dare attuazione al giudicato e rispetto al quale è invece rimasta inottemperante".

La diversa natura dei poteri esercitati dal commissario ad acta e dalla amministrazione nella fase della ottemperanza alla sentenza ne postula la netta distinzione e ne rende possibile un esercizio "concorrente". Ciò comporta che fino al momento in cui l'amministrazione o il commissario non abbiano dato esecuzione alla sentenza, l'un soggetto o l'altro possono indifferentemente provvedere.

Nel commentare l'ordinanza di rimessione della IV Sezione^[1], si era accordata preferenza alla tesi della decadenza dell'amministrazione dal potere di provvedere in esecuzione della pronuncia giurisdizionale in base alla considerazione che l'ordinamento, e comunque ragioni di razionalità del sistema, non tollerano che lo stesso potere sia esercitato contemporaneamente a due soggetti diversi.

Con una soluzione originale, la Plenaria muta radicalmente la prospettiva: per le ragioni sopra sintetizzate, l'attività posta in essere dal commissario e dalla amministrazione in ottemperanza alla sentenza presentano caratteri diversi quanto alla fonte dell'investitura ed alla funzione. Tale

circostanza consente l'esercizio parallelo e concorrente di entrambe che è possibile fino al momento in cui il commissario o l'amministrazione non provvedano.

2. Attività dell'amministrazione e attività del commissario ad acta nella fase della ottemperanza: gli acquis della giurisprudenza teorica e pratica anteriori al c.p.a.

La fase dell'ottemperanza/esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo è da sempre al centro di vivaci contrasti interpretativi ed applicativi da parte della giurisprudenza teorica e pratica.

Si tratta di un dibattito che sembrava aver raggiunto alcuni punti fermi alla data della entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

Per concentrare l'attenzione sugli aspetti che più interessano in questa sede, in particolare si era raggiunta una certa unanimità di vedute su due questioni: quella della natura propriamente esecutiva del giudizio di ottemperanza (con l'esclusione dal perimetro di questo di aspetti non scrutinati dalla sentenza da eseguire) e quella della estraneità rispetto ad esso di quelle attività di riedizione/edizione del potere espletate dopo la sentenza dall'amministrazione o dal commissario ad acta che non siano di mero adeguamento della realtà di fatto rispetto a quanto il processo di cognizione ha riconosciuto, esplicitamente o implicitamente, spettare alla parte ricorrente vittoriosa in giudizio. La premessa da cui muovono le considerazioni sopra sintetizzate sta nell'individuazione di due diverse situazioni che si possono avere nella fase dell'esecuzione di una pronuncia emessa in sede di giurisdizione amministrativa. La prima si verifica quando l'attività che segue alla sentenza è di mera attuazione delle statuzioni in questa contenute e di quanto il processo di cognizione ha riconosciuto spettare alla parte ricorrente e vittoriosa in giudizio; la seconda quando l'esecuzione della pronuncia comporta esercizio di discrezionalità in ordine al contenuto dell'atto da adottare. Tipicamente ciò avviene nel caso di sentenza di condanna a provvedere che non accerti altresì la "fondatezza della pretesa" e che non contenga dunque indicazioni circa il contenuto del provvedimento omesso.

3. Conferme e riserve nel c.p.a. e orientamenti giurisprudenziali successivi al codice.

Per alcuni aspetti dette conclusioni sono fatte proprie dal legislatore del codice del processo amministrativo. La conferma è data dalla Plenaria 15 gennaio 2013, n. 2 per la quale la contestazione degli atti di esercizio del potere amministrativo successivi alla pronuncia è da

proporsi nei modi e nella forme del giudizio di legittimità, o nei modi dell’ottemperanza a seconda che le censure riguardino o non la violazione del giudicato. La sentenza muove appunto da quello che sopra si è definito come un punto fermo del dibattito anteriore al codice e cioè dalla considerazione del diverso regime, sostanziale e processuale, della attività di riedizione del potere posta in essere dalla amministrazione: detta attività è esecutiva della sentenza nei limiti in cui si muove nel perimetro di quanto accertato in sede di cognizione ed è invece attività discrezionale in senso proprio quando definisce aspetti non coperti da quanto accertato in sede giurisdizionale.

La chiarezza della posizione condivisa dalla Plenaria del 2013 viene meno quando l’attività successiva alla pronuncia giurisdizionale è posta in essere dal commissario ad acta qualificato, a seconda dei punti di vista, come sostituto del giudice o organo straordinario dell’amministrazione[2].

E’ vero la questione della qualificazione soggettiva del commissario era stata affrontata e apparentemente definita già dalla Plenaria n. 23 del 1978 la quale l’aveva risolta nel secondo senso chiarendo pure che, di conseguenza, gli atti posti in essere dal commissario avrebbero dovuto essere impugnati nelle forme e nei modi disciplinati dall’art. 27, n. 4 del t.u. del consiglio di stato e degli artt. 90 e 91 del regolamento di procedura. Ma già la pronuncia del ‘78, lungi dal porre fine ai dissensi, aveva alimentato ulteriormente il dibattito[3]. Ad essa seguirono infatti numerose sentenze[4] per le quali il commissario è altresì da considerare alla stregua di “organo straordinario della amministrazione” nella misura in cui, rispetto all’attività da questo posta in essere, “la nomina giudiziale rileva solo nel momento genetico dell’istituzione dell’ufficio e non nel momento operativo”.

Il punto è che figura del commissario ad acta presenta profili di ambiguità innegabili per la ragione che “nell’effettività del sistema, il commissario non si limita a compiere attività di esecuzione-ottemperanza al giudicato, ma sostituisce interamente gli organi (ordinari) dell’amministrazione nell’esercizio del potere il cui ciclo viene riaperto dalla caducazione del provvedimento illegittimo”[5] (o dalla sentenza di mera condanna a provvedere). L’esempio tipico di azione del commissario non meramente esecutiva perché tale da travalicare i limiti segnati dalla sentenza è proprio quello del provvedimento adottato in luogo dell’amministrazione dopo che il giudice ne abbia accertato l’inerzia. Si tratta evidentemente di vicende difficilmente conciliabili con la qualificazione del commissario quale mero ausiliare del giudice e rispetto alle quali la coerenza del sistema imporrebbe di riproporre la distinzione tra attività meramente esecutiva di quanto accertato dal giudice in sede di cognizione e attività che

non trova alcun riferimento nella sentenza [6]. La prima da contestarsi mediante ricorso per l'ottemperanza, la seconda mediante ricorso di legittimità.

Non a caso, l'intervenuta disciplina positiva del rito avverso il silenzio, con la previsione della nomina del commissario in caso di perdurante inerzia dell'amministrazione, ha rinvigorito il dibattito intorno alla figura del commissario. Così la sezione VI del Consiglio di stato, nella sentenza 25 giugno 2007, n. 3602 osserva che la qualificazione del commissario quale organo ausiliario male si adatta alle ipotesi in cui questi venga nominato dal giudice del rito speciale di cui (allora) all'art. 21 bis della l. n. 1034 del 1071. Infatti, in questo caso, l'attività posta in essere dal commissario “può atteggiarsi come attività di pura sostituzione, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione se non per quanto attiene al presupposto dell'accertamento della prolungata inerzia dell'amministrazione”. A meno di non ritenere che con la sentenza di cui all'art. 21 bis il giudice non possa limitarsi a nominare il commissario in caso di inerzia, ma debba altresì dettare le “*direttive per l'operato dell'amministrazione*”.

Nel codice del processo amministrativo il tentativo di attrarre nella giurisdizione l'attività del commissario ad acta è evidente. In tal senso depone la qualificazione soggettiva di questo quale “ausiliario del giudice” dovuta all'art. 21 e l'attribuzione alla competenza del giudice dell'ottemperanza di tutte le questioni relative all'esecuzione, dovuta agli artt. 114, comma 6, e 117, comma 4. Entrambe le disposizioni rimettono al giudice che lo ha nominato, e dunque al giudice dell'esecuzione, i ricorsi avverso gli atti del commissario ad acta [7], fatta salva la impugnabilità dei medesimi in sede di giurisdizione di legittimità da parte dei terzi non parti in causa.

L'opzione evidentemente fatta propria dal legislatore non ha però sopito il dibattito intorno alla figura e al ruolo del commissario. In particolare, e in specie con riferimento all'ipotesi della nomina del commissario in sede di ricorso avverso il silenzio, è restata in campo la tesi secondo la quale si tratta di un organo straordinario dell'amministrazione in quanto egli esercita attività discrezionale in senso proprio [8]; ovvero di un organo misto in quanto assume di volta in volta l'uno o l'altro ruolo a seconda che la sentenza abbia altresì accertato la “fondatezza della pretesa” o abbia un contenuto di mera condanna a provvedere [9]; o ancora di un organo ausiliario del giudice, il quale però pone in essere atti soggetti a reclamo dinanzi al giudice che lo ha nominato ovvero con ricorso ordinario di legittimità a seconda che essi siano si muovano o meno entro il perimetro dell'accertamento svolto in sede di giudizio di cognizione [10].

La tesi dell'organo misto è riproposta anche nella giurisprudenza successiva al codice [11] e fino alla recente Adunanza Plenaria del 9 maggio 2019, n. 7 dove l'affermazione della duplice veste del commissario ad acta e quella dell'esautoramento dell'amministrazione inadempiente da parte di questo rappresentano due passaggi essenziali della motivazione: essendo l'amministrazione inadempiente e surrogata a seguito dell'insediamento del commissario oramai priva della potestà di provvedere, essa versa in una situazione di impossibilità soggettiva sopravvenuta rispetto all'obbligo della penalità di mora e non è più tenuta al pagamento.

4. La posizione della Plenaria n. 8 del 2021: presupposti esplicativi ed impliciti per l'attrazione nella sfera della giurisdizione dell'attività del commissario.

La posizione della Plenaria n. 8 del 2021 è, in questo contesto, originale. L'esercizio concorrente del potere commissoriale e del potere amministrativo è ritenuto possibile in ragione della diversa natura dell'attività conseguente alla pronuncia giurisdizionale amministrativa la quale varia a seconda che ad agire sia il commissario o l'amministrazione. Nel primo caso, saremmo in presenza di una attività riconducibile alla giurisdizione in forza dell'investitura e in considerazione della finalità che è quella di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale [12]. Nel secondo di un potere propriamente amministrativo in quanto conferito dalla legge in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico.

La linea di discriminazione tra attività riconducibile alla giurisdizione (e alla esigenza della sua effettività) e attività propriamente amministrativa (in quanto orientata ai criteri del buon andamento e dell'imparzialità) è tracciata in termini diversi da quelli risultanti dalla tradizione e in modo da prescindere dalla corrispondenza tra l'attività che si colloca oltre la sentenza ed il perimetro del giudicato e comunque dell'accertamento operato in sede di giudizio di cognizione.

In contrario, sul versante dell'amministrazione, si può osservare che questa non è chiamata a compiere alcuna valutazione discrezionale orientata all'interesse pubblico quando la sentenza della cui esecuzione si tratta fissa essa stessa l'assetto degli interessi conforme a legalità. La prova che l'amministrazione è obbligata alla esecuzione proprio in forza del principio di effettività della tutela giurisdizionale viene dal fatto che l'esecuzione dell'ordinanza cautelare o della sentenza esecutiva, ma non ancora passata in giudicato non comporta acquiescenza. In definitiva, per impiegare l'ordine concettuale della Plenaria, l'amministrazione è tenuta alla esecuzione perché la tutela sia effettiva e a prescindere dalle proprie valutazioni in merito all'interesse pubblico.

Per quanto riguarda il commissario ad acta, il criterio della “effettività della tutela” non sembra invece idoneo ad orientarne l’azione ogni qualvolta questa va oltre l’effetto conformativo della sentenza che è limitato. In questi casi inevitabilmente il commissario dovrà compiere valutazioni improntate all’interesse pubblico o, se vogliamo, conformate ai principi di buona amministrazione. Dunque valutazioni discrezionali in senso proprio.

L’affermazione della sufficienza del criterio della effettività (per il quale il processo deve assicurare a colui che ha agito in giudizio “tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire”) presuppone un accertamento già svolto in sede di processo di cognizione e che l’attività del commissario si collochi entro i limiti della sentenza da eseguire. Sicché, per la coerenza del sistema, si dovrebbe concludere che l’azione commissariale si può innestare esclusivamente sulla sentenza che abbia altresì accertato la fondatezza della pretesa del ricorrente e non, semplicemente, l’illegittimità del provvedimento negativo o l’inadempimento dell’obbligo di provvedere. Altrimenti, e specie nel rito speciale avverso il silenzio, si configurerebbe il paradosso di un sostituto del giudice che gode rispetto a questo di poteri più ampi.

Il paradosso è evitato da parte di chi limita il potere del commissario di adottare un atto satisfattivo dell’interesse sostanziale del ricorrente alle sole ipotesi nelle quali la sentenza che lo nomina abbia altresì accertato la fondatezza della pretesa. La tesi è stata in effetti proposta [13], ma va contro l’evidenza dei fatti. Nell’esercizio del potere il cui ciclo viene riaperto dalla caducazione del provvedimento illegittimo o dalla sentenza di mera condanna a provvedere) il commissario si trova a definire in concreto l’assetto degli interessi tra le parti e dunque a compiere valutazioni discrezionali in luogo degli organi (ordinari) dell’amministrazione ogni qualvolta il giudice si sia limitato ad accettare l’inadempimento dell’obbligo di provvedere e ad emettere sentenza di mera condanna. Così nel caso di cui alla pronuncia della Plenaria che aveva rimesso al commissario ad acta la valutazione della ammissibilità, o meno, di un intervento di recupero di un insediamento edilizio abusivo o anche nel caso, pacificamente ammesso [14], nel quale al Commissario è rimessa la valutazione se le concrete circostanze consentano di adottare il provvedimento di acquisizione ex art. 42-bis del testo unico sugli espropri.

La corrispondenza tra poteri del giudice e del commissario è recuperata, in altra prospettiva, riconoscendo al primo una giurisdizione estesa al merito nel momento in cui, a fronte di una perdurante inerzia dell’amministrazione, investe il commissario dell’esercizio di poteri sostitutivi [15].

In contrario, vale però ricordare il carattere “chiuso” delle ipotesi di giurisdizione di merito [16] tra le quali non rientra il ricorso avverso il silenzio e anche la considerazione del contenuto della sentenza che nomina il commissario ad acta e che può non prevedere alcuna direttiva per il suo operato (salvo – ancora una volta – i casi in cui essa si pronunci sulla fondatezza della pretesa sostanziale).

In ogni caso le diverse letture sopra ricordate evidenziano un punto che può considerarsi acquisito: l'affermazione per la quale il commissario agisce nell'ambito della giurisdizione di cui il giudice è investito presuppone uguale estensione ed uguale qualità dei poteri che ad entrambi fanno capo.

A questo proposito una diversa soluzione è prospettabile e passa per la valorizzazione dell'art. 117, comma 4: la corrispondenza tra poteri del commissario e poteri del giudice che non è assicurata *ex ante* in tutti i casi in cui la sentenza che chiude il ricorso avverso il silenzio è di mera condanna a provvedere è recuperata in sede di reclamo avverso gli atti del commissario ad acta.

In sede di reclamo, nel contraddittorio tra le parti [17], il giudice è investito dall'art. 117, comma 4, di “tutte le questioni” inerenti agli atti del commissario ad acta. Il sindacato disegnato dalla norma è ampio perché esteso a tutte le questioni e dunque ad ogni profilo di rispondenza dell'atto ai canoni del buon andamento oltre che della legalità e della imparzialità. D'altro canto il reclamo si colloca in una fase del processo che è propriamente esecutiva o di ottemperanza e perciò pacificamente ascritta alla sfera della giurisdizione di merito. La peculiarità del rito avverso il silenzio si condenserebbe allora nella circostanza per la quale qui il giudice non esercita poteri sostitutivi (della amministrazione) e direttivi (sul commissario) *ex ante* ma piuttosto *ex post* nell'ambito di un sindacato che è esteso ad ogni profilo, di legittimità e di merito, dell'attività del suo ausiliario.

5. Conclusioni.

L'attrazione nella sfera della giurisdizione (di merito) dell'attività del commissario nominato all'esito del ricorso avverso il silenzio offre validissimo supporto al principio di diritto per il quale gli atti adottati dal commissario ad acta non sono annullabili dall'amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela [18], né sono da questa impugnabili davanti al giudice della cognizione, ma sono esclusivamente reclamabili dinanzi al giudice che lo ha nominato [19].

Non altrettanto convincente la motivazione offerta al principio per il quale l'amministrazione conserverebbe il potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta e pure dopo il suo insediamento.

Per il destinatario della sentenza favorevole e specie nei casi in cui questa non definisca già di per sé l'assetto dei rapporti conforme a legalità, ma contempli margini di discrezionalità in sede di esecuzione, non è affatto indifferente che a provvedere sia l'amministrazione o il commissario ad acta. Se ad agire è l'amministrazione, ogni eventuale contestazione degli atti da questa adottati al di là dei limiti segnati dal contenuto di accertamento (del mero inadempimento dell'obbligo di provvedere) e di condanna (a provvedere) della sentenza da eseguire, dovrà essere proposta nei tempi e nelle forme di un ordinario giudizio di legittimità. Gli atti commissariali saranno invece reclamabili nell'ambito e con l'utilizzo di un rito che segue tempi ben più rapidi e nel quale il giudice esercita un ampio sindacato, esteso al merito.

In definita, è condivisibile la scelta della Plenaria di abbandonare definitivamente la locuzione di "organo straordinario" dell'amministrazione spesso utilizzata con riferimento al commissario ad acta nominato nell'ambito del processo e di ascrivere decisamente alla sfera della giurisdizione la sua attività. Per le ragioni sopra chiarite, merita forse un ripensamento l'opzione favorevole a conservare alla amministrazione il potere di provvedere oltre ogni limite fissato dalla sentenza e anche dopo la nomina o l'insediamento del commissario ad acta.

Resta fermo che in tutti i casi in cui il carattere ampiamente discrezionale della attività da svolgere consiglia di riservare la decisione alla competenza e alla responsabilità dell'amministrazione, le parti potranno chiedere, ed il giudice accordare, misure di coercizione indiretta dell'obbligo di provvedere, quali la penalità di mora.

[1] Sia consentito rinviare a A. Scognamiglio, *Silenzio della PA e regime giuridico del provvedimento sopravvenuto alla nomina del commissario ad acta*, in questa Rivista, 19 gennaio 2021.

[2] Secondo R. Villata, *Esecuzione delle ordinanze di sospensione e giudizio di ottemperanza (addendum)*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 1074, il diverso regime sostanziale e processuale a seconda che l'atto sia affetto da nullità, per contrasto con il giudicato, o da annullabilità si giustifica anche con riferimento agli atti adottati dal commissario.

[3] Nota R. Villata, *Esecuzione delle ordinanze di sospensione e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 370, che “di solito le pronunce della Adunanza Plenaria pongono fine, almeno temporaneamente, ai dissensi che si son manifestati nelle singole sezioni. Quasi di segno opposto è stato l'esito della decisione n. 23 del 1978, nella parte concernente la natura giuridica del commissario ad acta e il regime dell'impugnazione dei suoi atti”.

[4] In particolare il dibattito sulla natura del commissario straordinario e sul regime dei suoi atti è stato ancora alimentato da una serie di sentenze del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia pure riportate da Villata nello scritto citato alla nota precedente.

[5] R. Villata, *Esecuzione delle ordinanze di sospensione*, cit.

[6] L'indirizzo favorevole a scomporre l'attività del commissario in due parti (quella meramente esecutiva della sentenza e quella discrezionale) è riconducibile a C.G.A. Sicilia, 21 dicembre 1982, n. 92; Id. 31 maggio 1984, n. 61; Id., 22 marzo 1993, n. 114; cfr. anche T.A.R. Lazio, sez. II, 12 maggio 1988, n. 681; In dottrina, S. Giacchetti, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, in *Foro Amm.*, 1979, I, 2618; ID, *Il commissario «ad acta» nel giudizio di ottemperanza: si apre un dibattito*, in *Foro Amm.*, 1986, 1967.

[7] Nella Relazione governativa al codice 7 luglio 2010, §124 emerge la chiara consapevolezza che le due disposizioni citate hanno inteso risolvere “un contrasto di giurisprudenza in ordine all'impugnabilità degli atti del medesimo commissario oramai contestabili innanzi al giudice dell'ottemperanza”.

[8] In particolare, vedi: M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 741-742. L'Autrice rileva che “se l'effetto conformativo della sentenza avverso il silenzio è pressoché nullo, limitandosi alla mera necessità di provvedere, l'attività richiesta al commissario risulta di tipo sostitutivo pieno, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisine giudiziale se non per quanto attiene all'accertamento dell'obbligo di provvedere. Ne consegue che il commissario andrebbe assimilato non già all'ausiliario del giudice nominato per dare esecuzione a una sentenza, come avviene in sede di ottemperanza, quanto semmai a un organo straordinario dell'amministrazione rimasta inerte”. In tal senso anche E. Quadri, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, 2010, 1617; A. Cioffi, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di) *L'Azione amministrativa*, Torino, 2016, 162; V. Lopilato, *Il giudizio di ottemperanza*, in G.P. Cirillo, (a cura di) *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, 1094.

[9] G. Mari, *L'azione avverso il silenzio*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, Vol. I, 250 e ss.. quando la sentenza è di mera condanna a provvedere, difatti, “il merito della questione viene valutato per la prima volta dal commissario, il quale, non potendo desumere dalla sentenza alcuna indicazione su come avrebbe dovuto svolgersi l’attività amministrativa, opererà in via autonoma, non nella veste di longa manus del giudice, quanto piuttosto di sostituto dell’amministrazione, i cui atti costituiscono autonomi provvedimenti amministrativi, impugnabili con ricorso giurisdizionale ordinario”

[10] L. Bertronazzi, *Il giudizio sul silenzio*, B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, 986 e ss..

[11] Vedi ad esempio Tar Lazio, sez. II, 8 luglio 2014, n. 7229 che assimila il commissario nominato dal giudice del silenzio “ad un organo dell’amministrazione” piuttosto che “ad un ausiliario del giudice”.

[12] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2335 per la quale il commissario, in quanto figura che promana dal giudice svolge “attività soggettivamente giurisdizionale”.

[13] In tal senso vedi F. Scalia, *Profili problematici del rito sul silenzio dell’amministrazione nella prospettiva dell’effettività e pienezza della tutela*, in www.federalismi.it 2016, 16 ss. La tesi troverebbe conferma nella lettera dell’art. 117, comma 4 che rimette al giudice del silenzio tutte le questioni relative allo “esatto adempimento”. L’impiego dell’aggettivo “esatto” starebbe a testimoniare il carattere necessariamente vincolato dell’attività propria dell’amministrazione (o del commissario che alla stessa si sostituisca) nella fase esecutiva del giudizio sul silenzio. “Solo un’attività vincolata, infatti, può essere definita con esattezza nelle modalità di esecuzione (*quomodo*) e nei contenuti del provvedimento in cui si esplichi, grazie al raffronto con una norma giuridica che riconosca la pretesa e ne indichi, con precisione, i presupposti oggettivi e soggettivi”. L’intenzione del Legislatore di circoscrivere ai casi di attività vincolata la nomina del commissario ad acta emergerebbe ancor più chiaramente dal raffronto tra l’art. 117, comma 4 e l’art. 114, comma 6 il quale rimette invece al giudice dell’ottemperanza: “tutte le questioni relative all’ottemperanza” L’eliminazione di ogni aggettivazione del termine “ottemperanza” –operata dal primo correttivo al codice – è letta come chiaro indice della volontà del legislatore di concentrare dinnanzi al giudice dell’ottemperanza ogni questione sollevata dalle parti concernente gli atti commissariali, ancorché i vizi che vengano dedotti non si identifichino con i profili di contrasto rispetto alle pregressa statuizione giurisdizionale, ma siano relativi all’ambito di discrezionalità dell’azione del commissario *ad acta*. Nel rito speciale avverso il silenzio, l’accertamento nel merito della fondatezza della pretesa sarebbe rimesso al giudice dell’ottemperanza da adirsi con

un nuovo ricorso nel caso in cui persista l'inerzia dell'amministrazione.

[14] Cons. Stato, Ad. plen, 2 febbraio 2016, n. 2.

[15] In tal senso: V. Lopilato, *Articolo 117 – Ricorsi avverso il silenzio*, in F. Caringella - M. Protto (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Milano 2012, 1143 e, già nel vigore dell'art. 21 bis della legge Tar, G. Montedoro, *Ottemperanza speciale “contra silentium” ed ottemperanza anomala nel processo amministrativo*, in *Urbanistica ed appalti*, 2001, 892-893

[16] Come desumibile dal confronto tra la formulazione dell'art. 133 e dell'art. 134 c.p.a.. La prima norma, nel dettare l'elenco dei casi di giurisdizione esclusiva, fa esplicitamente salve “ulteriori disposizioni di legge”. Un inciso analogo non è invece contenuto nell'art. 134 c.p.a.

[17] Significative dell'incerta natura dell'attività del commissario le perplessità della giurisprudenza riguardo alla soggezione o meno di questa alle regole del giusto procedimento. Così per Cons. stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5500 “Per quanto sia auspicabile che il commissario coinvolga le parti, al fine del raggiungimento di un eventuale accordo, comunque non esiste alcuna disposizione che obblighi il Commissario ad acta a compiere la sua attività garantendo la partecipazione delle parti. L'esigenza di tutela delle ragioni di quest'ultime è assicurata nell'ambito del giudizio di ottemperanza dinanzi al Giudice, al quale può essere presentato eventualmente reclamo nel caso in cui le determinazioni del Commissario ad acta siano ritenute in contrasto con la statuizione giudiziale da eseguire (artt. 112 ss. D.Lgs. n. 104/2010, CPA). Mentre il Tar del Lazio, 17 gennaio 2010, n. 775 si è pronunciato nel senso dell'illegittimità “per la mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza e per la conseguente adozione del provvedimento negativo senza il previo contraddittorio procedimentale, il provvedimento con cui il commissario ad acta all'uopo nominato ha rigettato l'istanza con cui l'Associazione italiana di diritto comparato aveva chiesto al ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca di dichiarare la reciproca ed esclusiva affinità tra i settori scientifico-disciplinari Ius 02 (diritto privato comparato) e Ius 21 (diritto pubblico comparato)”.

[18] In tal senso, cfr. Cons. stato, sez. IV, 18 agosto, 2021, n. 2335 e il bel commento di R. Fusco, *Autotutela sugli atti del commissario ad acta nel giudizio avverso il silenzio*, in questa Rivista, 3 maggio 2021.

[19] Vedi *supra* al §1, n. 3.

