

*Commissario ad acta, ausiliario del giudice: "stato dell'arte" a cura del Consiglio di Stato*

Cons. Stato, sez. IV, sentenza 13 gennaio 2015, n. 52 (Pres. Virgilio, est. Taormina)

**Commissario ad acta – Natura giuridica – Organo straordinario della P.A. – Esclusione – Ausiliario del giudice – Sussiste – Effetti – Contestazione dei provvedimenti del commissario – Mediante reclamo davanti al giudice – Sussiste – Contestazioni dei terzi – Impugnabilità autonoma – Sussiste**

*La natura giuridica degli atti adottati dal commissario ad acta constitui in passato oggetto di travagliato approfondimento, dottrinario, e giurisprudenziale. Tra le due tesi principali che si fronteggiavano (l'una delle quali sosteneva che il commissario ad acta fosse "Organo straordinario dell'Amministrazione", cui gli atti erano imputati, e l'altra secondo cui ricorreva una figura di ausiliario del Giudice) la giurisprudenza preferì la tesi per cui il commissario ad acta dovesse qualificarsi qual ausiliario del giudice. Si pervenne pertanto alla enunciazione del principio per cui il commissario ad acta è organo del Giudice dell'ottemperanza e le sue determinazioni vanno adottate esclusivamente in funzione dell'esecuzione del giudicato, e non in funzione degli interessi pubblici il cui perseguimento costituisce il normale canone di comportamento dell'Amministrazione sostituita. Da ciò consegue che i suoi provvedimenti sono immediatamente esecutivi e non sono assoggettati all'ordinario regime dei controlli (interni ed esterni) degli atti dell'Amministrazione presso la quale lo stesso si insedia, ma vanno sottoposti unicamente all'immanente controllo dello stesso Giudice. Il principio da ultimo enunciato è oggi consacrato espressamente nella nuova formulazione del comma VI dell'art. 114 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (comma così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. dd, n. 2 del D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195): "il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta. Avverso gli atti del commissario ad acta le stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell'ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni." Le parti interessate possono e devono quindi rivolgersi al giudice, affinché venga verificata rispondenza dei provvedimenti adottati dal Commissario ad acta alle disposizioni impartite in sede di ottemperanza, nonché ai principi vigenti in materia: l'attività del commissario ad acta quindi, non ha natura prettamente amministrativa, perché si fonda sull'ordine del giudice, ed è la stessa che avrebbe potuto realizzare direttamente*

*il giudice. Della correttezza di tale approdo costituisce formidabile conferma, sul piano del diritto positivo, l'art. 57 del DPR 30 maggio 2002 n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia) dedicato proprio alla "equiparazione del commissario ad acta agli ausiliari del magistrato", in quanto ivi si è previsto che "al commissario ad acta si applica la disciplina degli ausiliari del magistrato, per l'onorario, le indennità e spese di viaggio e per le spese sostenute per l'adempimento dell'incarico". Per completezza si rileva che quanto si è sinora esposto costituisce la regola generale: quest'ultima soffre però di una importante eccezione, opportunamente contenuta nell'ultima parte del citato art. 114 comma VI laddove si prevede che "gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinario". La regola generale, quindi, vale per le parti del processo di ottemperanza. Per i terzi estranei che si assumano lesi dalle determinazioni del commissario l'attività commissariale medesima è "res inter alios".*

**Commissario ad acta – Natura giuridica – Ausiliario del giudice – Conseguenze – Modifica degli atti commissariali da parte della P.A. commissariata – Possibilità – Esclusione**

*Accertato che il commissario ad acta è organo del Giudice dell'ottemperanza, l'Amministrazione "commissariata" non gode del potere di modificare gli atti commissariali. Militano in questa direzione plurimi indicatori normativi, tra i quali deve essere posto in risalto, in primo luogo, quello che si desume dall'art. 21 del codice del processo amministrativo. La norma in questione, nel disporre che "nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta" implica un deciso mutamento di prospettiva nello specifico settore della disciplina degli organi chiamati a svolgere funzioni di tipo collaborativo o, per così dire, ancillare rispetto all'esercizio proprio della funzione giurisdicente. La norma che si commenta permette senz'altro di ritenere che il Commissario ad acta si atteggi quale "ausiliario" del giudice, ossia organo che, per quanto si desume dalla stessa disposizione normativa, agisce quale longa manus del giudice, la cui volontà di attuazione della norma nel caso concreto è chiamato a esternare. In questa prospettiva, del resto, assume particolare rilevanza anche lo specifico ambito di giurisdizione entro il quale si svolge la funzione ascritta al commissario ad acta. Si tratta, infatti, di giurisdizione di merito, ambito entro il quale si colloca il giudizio di ottemperanza coltivato al fine di dare esecuzione integrale al comando recato in sentenza. Ma proprio il fatto che si verte in*

*ambito di giurisdizione di merito implica la concreta possibilità, per il giudice, di sostituirsi alla amministrazione. Ne deriva che la statuizione del giudice si inverte nella determinazione del commissario ad acta, la quale integra senz'altro, attraverso la nomina compiuta nel corso del giudizio di ottemperanza, la volontà di attuazione della norma nel caso concreto. Questo significa che la P.a. è tenuta a conformarsi in tutto e per tutto alle determinazioni del commissario ad acta, attraverso le quali si manifesta la volontà di esercizio della funzione giurisdizionale nella fattispecie concreta. Ciò vuol dire che la P.a. non ha alcuna discrezionalità nel dare attuazione a quanto stabilito dal commissario ad acta conservando, semmai, la facoltà di sollecitare l'intervento del giudice qualora insorgano dubbi interpretativi circa la portata applicativa del provvedimento, così come delineato dal commissario ad acta, o di adire il giudice per il contrasto fra l'atto del commissario ad acta e la pronuncia che lo stesso è chiamato ad eseguire o, infine, per l'erroneo esercizio del potere discrezionale allo stesso attribuito.*

*(Massime a cura di Giuseppe Buffone - Riproduzione riservata)*

#### Fatto

Con la sentenza in epigrafe impugnata il Tribunale amministrativo regionale della Liguria – Sede di Genova – ha deciso (accogliendolo) il ricorso, corredato da motivi aggiunti, proposto dalla odierna parte appellata.

Quest'ultima, con il mezzo principale aveva gravato il provvedimento del commissario ad acta n. 1 del 3\2\2011 avente ad oggetto: "cds 28/07 conferenza di servizi ex art. 14 l. 241/90 e successive modifiche per approvazione progetto definitivo di collegamento stradale, determinazione di conclusione del procedimento ai sensi art. 14 ter comma 6 bis l. 241/90 e s.m. e i.

Con il ricorso per motivi aggiunti, aveva censurato la determinazione dirigenziale n. 118 del 13\2\2013 di convalida del predetto provvedimento commissariale.

La detta decisione costituisce l'ultimo segmento di una risalente vicenda processuale che può così essere compendiata.

Essa prende le mosse dalla sentenza Tar Liguria n. 573 del 1984, confermata con la decisione del Consiglio di Stato Sezione IV n.421 del 1986, con la quale, su ricorso del signor ., si annullavano gli atti del procedimento di lottizzazione convenzionata per l'edificazione di sette fabbricati per civile abitazione in località ... di Genova e le relative concessioni edilizie rilasciate alle cooperative riunite nel ...

Il signor ., in data 24 febbraio 1988, proponeva ricorso per ottemperanza adducendo un comportamento inerte o elusivo del giudicato da parte

dell'amministrazione comunale ed insistendo affinché venisse fissato un termine entro il quale procedere alla demolizione delle opere nel frattempo eseguite sulla base delle concessioni edilizie e del piano di lottizzazione convenzionato riconosciuti illegittimi dalle sopra indicate sentenze.

Il Comune di Genova rappresentava di aver posto in essere- e di voler portare a compimento - tutta una serie di atti e provvedimenti diretti al rinnovo delle procedure e degli atti oggetto di annullamento ed, in particolare , di aver approvato un progetto relativo al collegamento stradale fra . e via ..., al fine di dare soluzione al problema della carenza di viabilità dell'accesso all'area oggetto del piano di lottizzazione, con ciò attuando quanto necessario per ottemperare al giudicato.

In particolare veniva in rilievo la delibera del consiglio comunale 730/85 recante approvazione del progetto di collegamento stradale con variante parziale al PRG (approvata con D.P.R.G. n. .. del 1987).

Ciononostante il Tar per la Liguria, con sentenza n. 470/1988, riteneva che gli atti posti in essere dall'amministrazione comunale "non fossero idonei ad assicurare il bene dovuto con la concretezza ed immediatezza necessarie".

Il Consiglio di Stato, con decisione n. 593 del 1990 accertava l'esatto adempimento del giudicato per quanto relativo alla originaria mancanza di autorizzazioni a fini ambientali (ai sensi dell'art. 28 comma 2 della legge n. 1150 del 1942 modificato dall'art. 8 della legge 6 agosto 1967 n. 765) e riteneva che la demolizione non fosse l'unica via per dare adempimento al giudicato, essendo legittima la via intrapresa dal Comune, sia pure in modo non conclusivo, relativa alla progettazione di un nuovo assetto stradale e delle relative opere di urbanizzazione primaria.

Un primo punto fermo della vicenda, quindi, si rinviene nella detta decisione resa dal Consiglio di Stato n.593/1990 che (confermando, con diversa motivazione, la sentenza del Tar per la Liguria, n. 470/1988 e nominando un Commissario ad acta, successivamente revocato - decisione Consiglio n. 226 del 1999, con contestuale nomina di un nuovo Commissario-) aveva escluso che la demolizione costituisse unica ed obbligata soluzione della vicenda.

Le attività commissariali si sono svolte per anni, sulla via tracciata dal Comune di Genova e relativa alla riadozione degli atti annullati ivi compresa la progettazione della viabilità.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato adita, con numerose ordinanze aveva verificato l'andamento dell'attività commissariale.

Con la sentenza n. 03215/2010, (su conforme dichiarazione del Comune di Genova che aveva ritenuto soddisfatoria per la propria posizione la citata decisione del Consiglio di Stato n.593/1990 che aveva escluso la demolizione quale unica soluzione), la Quinta Sezione del Consiglio di Stato aveva dichiarato improcedibile l'appello numero di registro

generale 4347 del 1988 proposto dal Comune avverso la sentenza del Tar n. 00470/1988.

Medio tempore erano proseguite le attività commissariali, e l'ottemperanza al giudicato era proseguita con l'approvazione della progettazione definitiva da parte della conferenza di servizi in data 16.12.2010 e con la successiva adozione, da parte del Commissario ad acta, della determinazione di conclusione del procedimento.

Quest'ultima era stata gravata, con incidente di esecuzione, dal ricorrente .. che contestava l'adozione di tale progetto, che lo privava dell'utilizzazione esclusiva della via privata Shelley (utilizzo che, a suo dire, sarebbe stata riconosciuta dal Consiglio di Stato con la decisione di questa Sezione n. 593 del 1990 che aveva confermato, con diversa motivazione, la sentenza del TAR Liguria n. 470 del 1988 per l'esecuzione del giudicato).

Con sentenza n. 60/2012, da intendersi integralmente richiamata e trascritta in questa sede, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha vagliato la fondatezza dell'incidente di esecuzione proposto, e lo ha dichiarato inammissibile.

Nella detta decisione n. 60/2012 in particolare, prendendo le mosse dall'avvenuto passaggio in giudicato della sentenza n. 03215/2010, si è evidenziato che:

a) che la precedente decisione 21 maggio 2010, n. 3215 passata in giudicato, aveva dichiarato l'improcedibilità del ricorso, estinguendo, pertanto il giudizio di ottemperanza;

b) che ai sensi dell'art. 310, comma 2, c.p.c., applicabile al processo amministrativo ex art. 39 c.p.a., l'estinzione rendeva inefficaci gli atti compiuti, ma non le sentenze di merito pronunciate nel corso del processo;

c) che pertanto gli atti di esecuzione adottati dopo il passaggio in giudicato della predetta decisione 21 maggio 2010, n. 3215, se e in quanto riconducibili in via "costitutiva" (adozione formale e definitiva) all'ormai cessata operatività delle funzioni del Commissario ad acta, - e non anche a determinazioni autonomamente attribuibili alle "riespanse" competenze provvedimentali del Comune-, erano da ritenersi inefficaci, nel senso che non potevano più costituire, sotto il profilo della loro natura giuridica, atti esecutivi della sentenza di ottemperanza predetta, idonei a radicare l'interesse a sollevare un procedimento incidentale in sede esecutiva.

Il detto incidente di esecuzione è stato quindi dichiarato inammissibile, in quanto teso a contestare atti che, o non erano più configurabili quali atti di ottemperanza ( atteso che il relativo giudizio, era stato dichiarato estinto) ovvero erano ascrivibili, ex novo, all'autonoma attività provvedimentale del Comune (e come tale ordinariamente censurabile davanti al Tribunale territoriale).

Nella detta decisione n. 60/2012, peraltro, la Quinta Sezione ha ritenuto necessario specificare e chiarire il contenuto dell'originaria sentenza di ottemperanza n. 593 del 1990 e nell'ambito di tale esplicazione ha fatto presente che "risultava del tutto smentito il fondamento sul quale era costruito l'incidente cautelare proposto da ..., il quale contestava l'adozione del progetto viario che priverebbe il medesimo dell'utilizzazione esclusiva della via privata ..." ed ha ricostruito, anche cronologicamente, la vicenda processuale pervenendo all'affermazione per cui il detto incidente di esecuzione, deliberato nel merito a fini interpretativi del giudicato "a formazione progressiva" intervenuto sull'intera vicenda processuale, risultava pertanto infondato.

Successivamente alla detta sentenza del Consiglio di Stato n. 60/2012 il Tar della Liguria ha reso la sentenza oggetto della odierna impugnazione.

Ivi il Tar ha analiticamente ricostruito, anche sotto il profilo cronologico, la presente vicenda processuale ed ha dato atto della circostanza che in seguito a tale statuizione del Giudice di appello definitiva n. 60/2012, l'amministrazione comunale intimata aveva adottato la determina dirigenziale di convalida e/o ratifica dell'atto del commissario ad acta, (determina impugnata con atto di motivi aggiunti).

Ne conseguiva che gravame da scrutinare era diretto all'impugnativa sia, (ricorso principale numero di registro generale 753 del 2011) della determinazione conclusiva del commissario ad acta, sia, con motivi aggiunti, della determina di convalida comunale dell'atto del commissario ad acta.

Disattesa la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse prospettata dall'amministrazione comunale, il Tar, muovendo dal presupposto rappresentato dalle statuizioni regiodicate contenute nella sentenza 60\2012 ne ha fatto discendere due corollari.

Sotto un primo profilo, ha desunto che l'attività del Commissario ad acta era priva di efficacia e il commissario carente di legittimazione al momento dell'adozione del provvedimento conclusivo.

Trattandosi di ausiliario del giudice, la cessazione degli effetti comportava la totale carenza di potere, con conseguente radicale nullità dell'atto adottato in tale veste in quanto il venir meno delle funzioni ne comportava il totale difetto di attribuzioni ai sensi e per gli effetti – fra l'altro – dell'art. 21 septies l. 241\1990, non potendo continuare ad operare quale organo dell'amministrazione ordinariamente competente.

Tale approdo, però, consentiva al contempo di affermare, ad avviso del Tar, che l'attività procedimentale ed istruttoria pregressa, posta in essere nel periodo di efficacia della propria attività, fosse certamente imputabile alla stessa p.a. intesa quale ente titolare delle funzioni in oggetto.

Secondariamente, il primo giudice ha ritenuto che l'atto nullo, in quanto adottato in difetto totale di attribuzione da parte dell'organo ausiliario del giudice oltre l'efficacia dell'azione giudiziale, non poteva essere convalidabile né ratificabile.

Il potere di sanatoria esercitato rientrava – ad avviso del Tar- in via di principio nella potestà di autotutela spettante all'autorità amministrativa, mentre nel caso di specie la convalida riguardava un atto adottato da un organo ausiliario del giudice ( oltretutto quando la relativa attività era priva di efficacia).

L'analisi dell'atto di convalida impugnato coi motivi aggiunti, confermava detto convincimento in quanto ivi all'errata qualificazione in termini di mera incompetenza relativa dell'atto reso dal commissario "scaduto" si accompagnava l'altrettanto erronea autoqualificazione in termini di attività vincolata della statuizione.

Detto "vincolo", invece, secondo il Tar, era del tutto insussistente, non potendo discendere dai poteri del commissario ( ormai inesistenti al momento dell'adozione dell'atto), e neppure dalla natura dell'attività approvativa in essere.

Quanto a tale ultimo profilo, infatti, in termini diametralmente opposti a quanto statuito nella determina impugnata coi motivi aggiunti, la rilevanza e la natura dell'atto di approvazione di un progetto di opera pubblica, anche a fronte della pluralità di interessi in questione (dimostrata fra l'altro dalla quantità e qualità dei pareri acquisiti), evidenziava come la p.a. fosse dotata di potere discrezionale di valutazione delle emergenze istruttorie e documentali.

Il procedimento si era svolto, oltre che conformemente ai requisiti dei procedimenti di tale natura, nel periodo di efficacia dell'attività del commissario, (comunque riferibile alla p.a.) e quindi pienamente utilizzabile e valutabile da parte del Comune.

Anche in virtù delle considerazioni di merito svolte nella sentenza 60\2012 se per un verso la p.a. non poteva certo reputarsi vincolata da un atto nullo né dalla natura del potere in oggetto (con conseguente palese fondatezza delle censure dedotte avverso la convalida con l'ottavo motivo aggiunto) per altro verso in sede di eventuale rideterminazione era certamente utilizzabile l'attività istruttoria posta in essere anteriormente al venir meno dell'efficacia statuita con la sentenza 60\2012.

Lungi dal reputarsi vincolato, l'organo gestionale avrebbe dovuto riesaminare gli atti, valutandone l'attualità, decidendo in via di autonoma e discrezionale valutazione quali utilizzare nonché quali eventualmente aggiornare: se gran parte dei rilievi appaiono superati dai pareri e nulla osta acquisiti nonché a fronte delle chiare indicazioni di merito dettate dal giudice dell'ottemperanza sempre nella sentenza 60\2012, un ulteriore approfondimento avrebbe dovuto riguardare il rispetto della disciplina in tema di norme funzionali e tecniche per la costruzione di strade, atteso che l'invocato parere a superamento delle contestazioni (ribadite da ultimo con il quarto ordine di motivi aggiunti) è anteriore (2004) rispetto alla nuova normativa tecnica (dm 2006).

Sotto tali assorbenti profili il Tar ha dichiarato la nullità dell'atto commissariale e la insussistenza dei presupposti per la convalida (con conseguente annullamento, dell'atto comunale di convalida) stante la

necessità che gli approfondimenti di merito, nei termini indicati, venissero svolti nella naturale sede procedimentale.

Avverso la detta sentenza n. 01547/2013 resa dal Tar, l'amministrazione odierna appellante ha proposto una articolata impugnazione.

Rivisitata l'intera sequenza processuale, ha fatto presente che il 16.12.2010 era stato approvato in conferenza di servizi il progetto definitivo (sulla scorta del parere della Giunta comunale n. 410/2010) e che con provvedimento del commissario ad acta n. 1 del 3\2\2011 era stata adottata la determinazione conclusiva del procedimento.

Mentre in via principale parte appellata aveva dedotto la nullità dell'atto adottato dal Commissario per violazione del giudicato, con i motivi aggiunti notificati il 11 marzo 2013 era stato gravato l'atto di convalida ed era stato altresì prospettato che l'atto "originario" del commissario ad acta fosse viziato da difetto assoluto di competenza.

Senonchè la statuizione del Tar era illegittima per difetto di giurisdizione, in quanto aveva deliberato su un interesse oppositivo avverso un atto nullo (primo motivo d'appello).

Per altro verso (seconda censura) si è sostenuta la violazione dell'art. 31 comma 4 del cpa. Le nullità diverse da quelle relative alla violazione ed elusione del giudicato dovevano essere dedotte entro 180 giorni dall'adozione dell'atto: il provvedimento del commissario ad acta n. 1 del 3\2\2011 era stato gravato innanzi al Consiglio di Stato nel maggio 2011; ed innanzi al Tar nel giugno 2011.

Mai, in detta occasione era stata articolata la domanda di declaratoria di nullità per difetto di attribuzione: essa fu proposta –ormai tardivamente, quindi- soltanto con i motivi aggiunti notificati il 11 marzo 2013 proposti innanzi al Tar.

L'azione era pertanto inammissibile in quanto tardiva.

Per altro verso (terza censura) la statuizione del Tar era anche contraddittoria, in quanto dapprima affermava che le statuizioni contenute nella sentenza del Consiglio di Stato n. 60/2012 erano da considerarsi immodificabili in quanto regiodicate, e poi, non avvedendosi che in detta decisione si faceva riferimento soltanto al concetto di "inefficacia" aveva stigmatizzato come "nullo" il provvedimento commissariale.

Lo spirare del termine di "vigenza" del Commissario poteva soltanto produrre un effetto di "spostamento di competenza": non ricorreva quindi il vizio ex art. 21 septies della legge n. 241/1990.

Con la quarta censura si è sostenuto che parimenti errata si appalesava la statuizione annullatoria, quanto alla deliberazione dirigenziale dell'operato del commissario, in quanto operava il precetto di cui all'art. 6 della legge n. 249/1968.



Il quinto motivo d'appello è stato dedicato alla dimostrazione della tesi per cui la sentenza era viziata da extrapetizione: giammai l'appellato aveva prospettato il vizio di eccesso di potere, e la convalida dell'atto viziato da incompetenza si risolveva nella condivisione del contenuto e delle motivazioni dell'atto "convalidato": e ciò era certamente avvenuto, nel caso di specie.

In ultimo (sesto motivo) e quanto alla (genericamente affermata) necessità di approfondimento relativamente al rispetto della disciplina in tema di norme funzionali e tecniche per la costruzione di strade, era stato esaurientemente chiarito che il dM 19.4.2006 era stato rispettato, in quanto quest'ultimo (per espressa disposizione ivi contenuta) non si poteva applicare con riferimento alle intersezioni esistenti, e pertanto non trovata applicazione al caso di specie, laddove non erano state previste ulteriori intersezioni.

La Provincia di Genova ha depositato una memoria chiedendo di accogliere il mezzo principale proposto dal Comune di Genova.

Parte appellata ha depositato un articolato appello incidentale volto a riproporre i motivi del mezzo di primo grado e del ricorso per motivi aggiunti depositato innanzi al Tar e rimasti assorbiti.

In particolare, rammentate ed elencate le salienti tappe del risalente contenzioso intercorso, è stato evidenziato che la sentenza resa dal Tar n. 470/1988 ( passata in giudicato) di accoglimento del ricorso in ottemperanza proposto dalla odierna parte appellata aveva dato atto che le sentenze passate in giudicato si erano fondate sulla assenza del parere della Soprintendenza, ex art. 28 comma II della legge n. 1150/1942 volto ad accertare la compatibilità ambientale della lottizzazione, e sulla carenza e difformità, rispetto alle previsioni di piano, del sistema di viabilità ivi contemplato, con conseguente inidoneità delle opere di urbanizzazione primaria.

Sono state conseguentemente riproposte sette articolate censure volte a sostenere che gli atti predisposti dal Commissario e successivamente ratificati e fatti propri dal Comune di Genova, oltre ad essere nulli ed inefficaci perché posti in essere quando era già spirato il termine di efficacia del mandato commissariale erano altresì nulli nel merito per violazione od elusione del giudicato formatosi , comunque, illegittimi.

In particolare, nella prima censura si è richiamato il contenuto della sentenza n. 593/1990 del Consiglio di Stato e della ordinanza n. 226/1999 che fissava i termini dell'attività commissariale.

Quest'ultima era caratterizzata da una alternativa: demolizione dei manufatti sanatoria dei vizi (sostanziali) riscontrati.

Il Commissario, con la soluzione progettuale prescelta, aveva violato il giudicato pretendendo di utilizzare la via privata ... per le esigenze della lottizzazione: ciò senza neppure chiarire il perché non avesse ritenuto di privilegiare la demolizione e senza accertare se era stata rilasciata – o meno- la sanatoria dei manufatti.

Inoltre (secondo mezzo) la delibera di CC n. 410/2010 con la quale il comune di Genova aveva espresso il proprio parere si fondava su atti (delibera di CC n. 1599/1989 e segg) già annullati dalle sentenze cognitive n. 18/1996 e 306/1997 del Tar della Liguria (la seconda delle quali confermata dal Consiglio di Stato).

L'approvazione del secondo e terzo lotto violava quindi il giudicato formatosi.

Ciò (terza censura) attingendo il progetto preliminare ridondava sul progetto definitivo approvato con l'atto gravato con il ricorso principale di primo grado.

Non soltanto quindi (come esposto nella prima censura) la nuova viabilità di progetto coincideva seppur parzialmente con la via Shelley prevedendone la parziale espropriazione e così violando il giudicato sotto il profilo sostanziale: ma, nella scelta del tracciato, lo faceva coincidere con detta via, del tutto immotivatamente.

Con le ulteriori censure da 4 a 7 ha dedotto ulteriori doglianze tese a dimostrare che gli atti posti in essere dal Commissario erano comunque viziati in quanto illegittimi.

All'adunanza camerale del 29 aprile 2014 fissata per la delibazione dell'incidente cautelare, la trattazione della causa è stata differita all'udienza di merito.

Le parti processuali hanno depositato ulteriori scritti difensivi tesi a puntualizzare e ribadire le contrapposte posizioni.

Alla odierna pubblica udienza del 18 novembre 2014 la causa è stata posta in decisione dal Collegio.

#### Diritto

1.L'appello principale è infondato e deve essere pertanto disatteso nei termini di cui alla motivazione che segue, mentre l'appello incidentale deve essere dichiarato improcedibile.

1.1. Integrano statuizioni regiidicate dalle quali è imprescindibile e doveroso prendere le mosse le sentenze della Quinta Sezione del Consiglio di Stato nn. n. 60/2012 e n. 03215/2010, richiamate nella parte in fatto del presente decisione.

Costituisce altresì dato da tenere presente il dictum contenuto nella successiva ordinanza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 02262/2012 laddove, pronunciando in ordine alla liquidazione degli onorari del commissario ad acta è stato da quella Sezione chiarito (sul presupposto che il giudizio di ottemperanza era stato dichiarato estinto con sentenza 21 maggio 2010, n. 3215 come ribadito anche dalla successiva sentenza 10 gennaio 2012, n. 60) che "conseguentemente, l'attività del commissario ad acta deve intendersi giuridicamente cessata dalla predetta data del 21 maggio 2010, atteso che l'attività successiva è

stata svolta senza l'idoneo presupposto giuridico rappresentato dalla pendenza del giudizio di ottemperanza medesimo".

Ivi si è fatto altresì presente che "l'eventuale mancata conoscenza, da parte del commissario ad acta, della suddetta estinzione del giudizio di ottemperanza non incide sul venir meno del presupposto giuridico sopra citato " (dal che, si rammenta per incidens, è stata fatta discendere l'ulteriore conseguenza per cui, trattandosi di attività svolta sine titulo, non poteva essere liquidato al commissario ad acta alcun compenso per l'attività posteriore alla predetta data del 21 maggio 2010).

1.2. Di tali convergenti dati ha preso atto il Tar della Liguria, che è pertanto pervenuto alla statuizione avversata in via principale dal Comune.

1.3. Posto che non v'è contestazione in ordine alla ricostruzione – sotto il profilo cronologico e dei provvedimenti giurisdizionali succedutisi- della risalente vicenda processuale sottoposta a scrutinio, ritiene il Collegio di potere integralmente fare riferimento alla esposizione in fatto contenuta nella decisione gravata (da intendersi in parte qua integralmente richiamata e trascritta in questa sede) e di procedere immediatamente alla disamina delle censure in diritto prospettate nell'appello principale proposto dal Comune di Genova.

1.4. Le censure contenute nell'atto di appello (talune delle quali, per la loro intima connessione, possono essere esaminate congiuntamente) postulano – anche al fine di evitare superflue ripetizioni in sede di partito esame delle censure- una breve disamina di due questioni giuridiche.

Esse investono in primo luogo la questione relativa a quale sia la natura giuridica degli atti adottati dal commissario ad acta, secondariamente, investono la connessa problematica relativa alla possibilità, per la Amministrazione "commissariata", di modificare detti atti.

1.5. Quanto alla prima problematica, relativa alla natura giuridica degli atti adottati dal commissario ad acta, è forse superfluo rammentare che essa costituì in passato oggetto di travagliato approfondimento, dottrinario, e giurisprudenziale.

Tra le due tesi principali che si fronteggiavano (l'una delle quali sosteneva che il commissario ad acta fosse "Organo straordinario dell'Amministrazione", cui gli atti erano imputati, e l'altra secondo cui ricorreva una figura di ausiliario del Giudice) la giurisprudenza preferì la tesi per cui il commissario ad acta dovesse qualificarsi qual ausiliario del giudice.

Detta opzione ermeneutica dunque, alla fine, risultò maggioritaria (Cfr. Cons. Stato A.P. 9 marzo 1973, n. 1; idem, A.P. 14 luglio 1978, n. 23; idem, VI, 9 giugno 1986, n. 412; idem, V, 27 settembre 1990, n. 702; idem, V, 5 maggio 1993, n. 543; C.G.A. 25 febbraio 1981, n. 1; Tar Salerno, 19 febbraio 1982, n. 76; Tar Napoli, Sez. 3<sup>a</sup>, 30 ottobre 1990, n. 375; Tar Catania, Sezione Terza, 30 ottobre 1995, n. 2399; idem, 30 gennaio 1996, n. 45).

Si pervenne pertanto alla enunciazione del principio per cui il commissario ad acta è organo del Giudice dell'ottemperanza e le sue determinazioni vanno adottate esclusivamente in funzione dell'esecuzione del giudicato, e non in funzione degli interessi pubblici il cui perseguimento costituisce il normale canone di comportamento dell'Amministrazione sostituita. Da ciò consegue che i suoi provvedimenti sono immediatamente esecutivi e non sono assoggettati all'ordinario regime dei controlli (interni ed esterni) degli atti dell'Amministrazione presso la quale lo stesso si insedia, ma vanno sottoposti unicamente all'immanente controllo dello stesso Giudice, (si veda, ancora di recente T.A.R. Calabria Reggio Calabria, Sent., 01-02-2013, n. 85).

Il principio da ultimo enunciato è oggi consacrato espressamente nella nuova formulazione del comma VI dell' art. 114 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (comma così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. dd, n. 2 del D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195): "il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta. Avverso gli atti del commissario ad acta le stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell'ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni."

Le parti interessate possono e devono quindi rivolgersi al giudice, affinché venga verificata rispondenza dei provvedimenti adottati dal Commissario ad acta (il codice non menziona i provvedimenti adottati direttamente dallo stesso giudice dell'ottemperanza, a comprova della circostanza che trattasi di evenienza tutt'affatto teorica) alle disposizioni impartite in sede di ottemperanza, nonché ai principi vigenti in materia: l'attività del commissario ad acta quindi, non ha natura prettamente amministrativa, perché si fonda sull'ordine del giudice, ed è la stessa che avrebbe potuto realizzare direttamente il giudice.

Della correttezza di tale approdo costituisce formidabile conferma, sul piano del diritto positivo, l'art. 57 del DPR 30 maggio 2002 n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia) dedicato proprio alla "equiparazione del commissario ad acta agli ausiliari del magistrato", in quanto ivi si è previsto che "al commissario ad acta si applica la disciplina degli ausiliari del magistrato, per l'onorario, le indennità e spese di viaggio e per le spese sostenute per l'adempimento dell'incarico".

Per completezza si rileva che quanto si è sinora esposto costituisce la regola generale: quest'ultima soffre però di una importante eccezione, opportunamente contenuta nell'ultima parte del citato art. 114 comma VI laddove si prevede che "gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinario".

La regola generale, quindi, vale per le parti del processo di ottemperanza. Per i terzi estranei che si assumano lesi dalle determinazioni del commissario l'attività commissariale medesima è "res inter alios": laddove si fosse imposto anche a questi ultimi di impugnare le

determinazioni del commissario mediante reclamo al giudice dell'ottemperanza si sarebbe rischiato di immotivatamente infrangere il tendenziale principio del rispetto del doppio grado di giudizio (ove il giudice competente per l'ottemperanza fosse stato il Consiglio di Stato) ma, più ancora di ledere il loro diritto di difesa.

1.6. Accertato che il commissario ad acta è organo del Giudice dell'ottemperanza ( ed il Collegio non ravvisa motivo alcuno per discostarsi da tale consolidato approdo), occorre ancora chiedersi se, in via teorica, sia possibile, per la Amministrazione "commissariata" di modificare gli atti commissariali.

La giurisprudenza di merito (ex aliis TA.R. Puglia Lecce Sez. I, 24-02-2011, n. 367) si è di recente interrogata in ordine a tale possibilità, pervenendo senza incertezze ad una risposta negativa – che, ad avviso del Collegio, appare coerente con la natura giuridica del Commissario ad acta e con il sistema delle impugnative processuali-.

Si è infatti condivisibilmente rilevato (si riporta un breve stralcio della richiamata decisione) che "la risposta al quesito non può che essere negativa.

Militano in questa direzione plurimi indicatori normativi, tra i quali deve essere posto in risalto, in primo luogo, quello che si desume dall'art. 21 del codice del processo amministrativo.

La norma in questione, nel disporre che " nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta" implica un deciso mutamento di prospettiva nello specifico settore della disciplina degli organi chiamati a svolgere funzioni di tipo collaborativo o, per così dire, ancillare rispetto all'esercizio proprio della funzione giurisdizionale.

La norma che si commenta permette senz'altro di ritenere che il Commissario ad acta si attegga quale "ausiliario " del giudice, ossia organo che, per quanto si desume dalla stessa disposizione normativa, agisce quale *longa manus* del giudice, la cui volontà di attuazione della norma nel caso concreto è chiamato a esternare.

In questa prospettiva, del resto, assume particolare rilevanza anche lo specifico ambito di giurisdizione entro il quale si svolge la funzione ascritta al commissario ad acta.

Si tratta, infatti, di giurisdizione di merito, ambito entro il quale si colloca il giudizio di ottemperanza coltivato al fine di dare esecuzione integrale al comando recato in sentenza.

Ma proprio il fatto che si verte in ambito di giurisdizione di merito implica la concreta possibilità, per il giudice, di sostituirsi alla amministrazione.

Ne deriva che la statuizione del giudice si inverte nella determinazione del commissario ad acta, la quale integra senz'altro, attraverso la nomina compiuta nel corso del giudizio di ottemperanza, la volontà di attuazione della norma nel caso concreto.

Questo significa che la P.a. è tenuta a conformarsi in tutto e per tutto alle determinazioni del commissario ad acta, attraverso le quali si manifesta la volontà di esercizio della funzione giurisdizionale nella fattispecie concreta.

Si deve osservare, d'altra parte, che il codice del processo amministrativo ha introdotto uno specifico rimedio al fine di dirimere ogni specifica questione concernente gli atti adottati dal commissario ad acta, poiché l'art 117, comma 4, puntualmente evocato dalla difesa della società deducete, stabilisce che "il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario".

Ciò vuol dire che la P.a. non ha alcuna discrezionalità nel dare attuazione a quanto stabilito dal commissario ad acta conservando, semmai, la facoltà di sollecitare l'intervento del giudice qualora insorgano dubbi interpretativi circa la portata applicativa del provvedimento, così come delineato dal commissario ad acta, o di adire il giudice per il contrasto fra l'atto del commissario ad acta e la pronuncia che lo stesso è chiamato ad eseguire o, infine, per l'erroneo esercizio del potere discrezionale allo stesso attribuito."

Sin qui la sentenza richiamata, della quale il Collegio condivide le conclusioni e le fa proprie.

2. Così risolte le problematiche preliminari da tenere presenti ai fini dello scrutinio, ed enunciato quale sia sulle medesime il punto di vista del Collegio, possono ora essere vagliate le doglianze contenute nell'appello principale.

2.1. La prima eccezione/censura (difetto di giurisdizione del plesso giurisdizionale amministrativo) è certamente inaccoglibile. Essa si fonda sulla natura giuridica delle posizioni coinvolte nel processo (vi sarebbe un interesse oppositivo aggredito da un atto denunciato da nullità e pertanto incapace di degradare il diritto soggettivo proprietario).

Trascura del tutto di considerare che l'atto "madre" sarebbe stato adottato dal Commissario ad acta in sede di ottemperanza; che l'atto comunale accedrebbe a quest'ultimo, "convalidandolo"; che comunque i vizi di detti atti potrebbero essere dedotti esclusivamente in sede di giurisdizione (esclusiva e di merito) di ottemperanza in quanto successivi a sentenze amministrative regudicate e da queste ultime traenti causa.

La doglianza è già prima facie manifestamente infondata e va pertanto disattesa.

2.2. Analoga sorte merita la seconda censura.

Invero parte appellata ebbe a gravare l'atto commissariale acta n. 1 del 3\2\2011 avente ad oggetto "cds 28/07 conferenza di servizi ai sensi ex art. 14 l. 241/90 e successive modifiche per approvazione progetto definitivo di collegamento stradale. determinazione di conclusione del procedimento ai sensi art. 14 ter comma 6 bis l. 241/90 e s.m." nei termini di legge; anche il gravame per motivi aggiunti avverso la determinazione dirigenziale n. 118 del 13\2\2013 di convalida del predetto provvedimento commissariale fu tempestivamente proposto, nel 2013 ; la "causale" della declaratoria di nullità accolta dal Tar venne prospettata nel ricorso con motivi aggiunti: ma sol che si consideri che il Tar avrebbe potuto rilevare detto difetto assoluto di attribuzioni anche ex officio (art. 31 comma IV : si veda ex aliis Cons. Giust. Amm. Sic., 27-07-2012, n. 721 secondo cui la norma, "nella parte in cui attribuisce al Giudice il potere-dovere di rilevare d' ufficio la nullità del provvedimento, esprime una parentesi di giurisdizione oggettiva che, per espressa previsione di legge, si innesta nel processo amministrativo") emerge chiara la infondatezza anche di tale seconda doglianza.

2.3. Anche la terza censura è inaccoglibile (oltre ad essere in parte endemicamente contraddittoria, laddove in parte si fa richiamo al concetto di inefficacia ed in parte al vizio di annullabilità).

La sentenza del Consiglio di Stato n. 60/2012 si è espressa nei termini trancianti che di seguito si riportano "Ritenuto, pertanto, che tutti gli atti di esecuzione che siano stati adottati dopo il passaggio in giudicato della predetta decisione 21 maggio 2010, n. 3215, se e in quanto siano riconducibili in via "costitutiva" (adozione formale e definitiva) all'ormai cessata operatività delle funzioni del Commissario ad acta, -e non anche a determinazioni autonomamente attribuibili alle "riespanse" competenze provvedimentali del Comune-, sono da ritenersi inefficaci, nel senso che non possono più costituire, sotto il profilo della loro natura giuridica, atti esecutivi della sentenza di ottemperanza predetta, idonei a radicare l'interesse a sollevare un procedimento incidentale in sede esecutiva;

Ritenuto, pertanto, che il presente incidente di esecuzione deve essere dichiarato inammissibile, in quanto teso a contestare atti che, come detto, o non sono più configurabili quali atti di ottemperanza, atteso che il relativo giudizio, come detto, è stato dichiarato estinto, ovvero siano ascrivibili, ex novo, all'autonoma attività provvedimentale del Comune (come tale ordinariamente censurabile davanti al Tribunale territoriale);".

L'appellante argutamente sostiene che la qualificazione in termini di inefficacia, ivi resa, precludesse al Tar l'affermazione di nullità dell'atto commissariale.

E' vero invece l'esatto contrario: avuto riguardo all'oggetto del giudizio di ottemperanza ivi incardinato, la Quinta Sezione non aveva ragione alcuna di soffermarsi sulla natura dell'atto adottato, dovendo conoscerne solo la portata effettuale. Ed ha appunto escluso la produttività di effetti della delibera commissariale.

La "causale", di tale inefficacia, però, è quella ivi scolpita: infatti con la precedente decisione di quella stessa Quinta Sezione 21 maggio 2010, n. 3215, era stato dichiarato estinto il giudizio di ottemperanza.

Dal passaggio in giudicato di quella sentenza, pertanto, era carente il presupposto giuridico legittimante l'attività commissariale: il che equivale a dire che questi era privo di potere o –se si vuol dirla diversamente- carente di attribuzione.

Ciò integra la fattispecie di cui all'art. 21 septies della legge n. 241/1990 e correttamente è stato riconosciuto dal Tar.

La "inefficacia" affermata dal Consiglio di Stato, trova causa nel difetto di attribuzione, a sua volta determinato dall'avvenuta estinzione del giudizio di ottemperanza: non trattasi di vizi alternativi e reciprocamente incompatibili, ma l'inefficacia è dinamicamente conseguente alla nullità e ne costituisce conseguenza.

Anche detta doglianza va pertanto disattesa.

Né dicasi (seconda parte della predetta terza censura) che possa nel caso di specie predicarsi la sussistenza più lieve vizio della incompetenza relativa (con conseguente patologia ascrivibile alla illegittimità) posto che – come si è prima chiarito e come riconosciuto dalla ordinanza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 02262/2012 - non ricorre certo tale più lieve forma di patologia allorchè l'attività sia stata svolta "senza l'idoneo presupposto giuridico" poiché la carenza riguarda l'attribuzione del potere di provvedere.

2.4. Quanto sinora detto impone la reiezione anche della quarta doglianza: non trattandosi di atto viziato da incompetenza relativa, ma di atto nullo, ne consegue la insuscettibilità di convalida o sanatoria (ex aliis: Cons. Stato Sez. V, 05-12-2013, n. 5786 "in riferimento agli atti amministrativi l'essenza del vizio della nullità risiede nell'inconfigurabilità della fattispecie concreta rispetto a quella astratta, accertabile con pronuncia giudiziale meramente dichiarativa, donde i corollari della radicale inefficacia (da intendersi in senso ampio, quale inidoneità dell'atto a produrre gli effetti da esso tipicamente discendenti), della generale legittimazione all'impugnativa e della insuscettibilità di sanatoria attraverso convalida. Consistendo la nullità in una patologia di maggiore gravità rispetto a quella che dà luogo ad un vizio di legittimità annullabile, essa richiede una sua agevole conoscibilità in concreto, attraverso un mero riscontro estrinseco del deficit dell'atto rispetto al suo paradigma legale, tipicamente ravvisabile nelle ipotesi estreme di difetto assoluto di attribuzione o di incompetenza assoluta.") il che implica la inapplicabilità alla presente vicenda processuale del disposto di cui all'art. 6 della legge n. 249/1968, evocato del tutto a torto.

E tale impossibilità di convalida è assoluta e prescinde dalla natura (vincolata o discrezionale) del potere esercitato: ciò riguarda la ordinaria attività amministrativa che il Comune dovrà o potrà riesercitare, ma non implica che un atto nullo possa essere convalidato "ora per allora" a



cagione della supposta circostanza che il potere ad esso sotteso fosse di natura "vincolata".

Tutt'altro ragionamento, ovviamente, avrebbe potuto avere luogo, laddove l'amministrazione avesse motu proprio riesaminato integralmente la vicenda, pervenendo ad un provvedimento che avesse – in parte od in toto-motivatamente recepito le valutazioni commissariali: in siffatta ipotesi non sarebbe stata rilevante alcuna problematica di competenza (intesa nel senso di attribuzione del potere) e ci si sarebbe dovuti interrogare unicamente sulla correttezza nel merito della statuizione adottata.

Ma ciò non è all'evidenza avvenuto.

3. Quanto sinora evidenziato, produce alcune rilevanti conseguenze.

La sentenza di primo grado va infatti integralmente confermata, mentre sono improcedibili le restanti censure articolate ai motivi nn. 5 e 6 dell'atto di appello: queste ultime, infatti, si dolgono di affermazioni contenute nella citata gravata decisione (quale quella per cui il comune sarebbe incorso in una erronea autoqualificazione in termini di attività vincolata della statuizione di "convalida") in parte aggiuntive ed accessorie ed in parte dettate al mero fine di orientare la eventuale futura attività amministrativa ("un ulteriore approfondimento avrebbe dovuto riguardare il rispetto della disciplina in tema di norme funzionali e tecniche per la costruzione di strade, atteso che l'invocato parere a superamento delle contestazioni (ribadite da ultimo con il quarto ordine di motivi aggiunti) è anteriore (2004) rispetto alla nuova normativa tecnica -dm 2006-").

Anche il loro eventuale ipotetico accoglimento non potrebbe produrre conseguenza alcuna stante la pregiudiziale conferma del vizio di nullità attingente la deliberazione commissariale e la illegittimità della successiva convalida, mentre tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

3.1. Quanto esposto implica la improcedibilità anche del mezzo incidentale, in quanto teso a riproporre censure logicamente subordinate rispetto a quella radicale accolta dal Tar e confermata nell'odierno giudizio di appello.

4. Conclusivamente, la sentenza deve essere integralmente confermata.

5. Quanto alle spese del grado, esse seguono la soccombenza, e pertanto l'appellante amministrazione comunale va condannata al pagamento delle spese processuali in favore di parte appellata, nella misura che appare equo quantificare in complessivi Euro quattromila (€ 4000//00) oltre oneri accessori, se dovuti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge nei termini di cui alla motivazione che precede e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna l'appellante amministrazione comunale al pagamento delle spese processuali in favore di parte appellata, nella misura di complessivi Euro quattromila (€ 4000//00) oltre oneri accessori, se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.