

*Analisi dei principi processuali più rilevanti espressi  
dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2021*

Di ANNA LAURA RUM

**Sommario:** **1.** Accesso difensivo e valutazione sul collegamento esistente fra esigenze difensive e documenti dei quali è chiesta l'ostensione (Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 4/2021). **2.** Natura giuridica del *commissario ad acta* e principio di concorrenzialità fra i poteri dello stesso e della P.a. (Cons. Stato, Ad. Plen. sent. n. 8/2021). **3.** Atti ampliativi e tutela del terzo: per impugnare un altrui titolo autorizzatorio edilizio, occorrono le normali condizioni dell'azione (Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 22/2021).

**1. Accesso difensivo e valutazione sul collegamento esistente fra esigenze difensive e documenti dei quali è chiesta l'ostensione (Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 4/2021).**

In materia di accesso difensivo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 4/2021, affronta la questione sottesa al tipo di valutazione che deve investire il collegamento fra esigenza di ottenere l'ostensione del documento ed esigenza difensiva dell'istante.

Più nel dettaglio, l'ordinanza di rimessione della Sezione IV del Consiglio di Stato, n. 7514/2020 poneva la questione in questi termini: se fosse sufficiente indicare il collegamento in modo generico, o, seppure, l'istante dovesse allegare, in modo puntuale, i motivi a fondamento della necessità o indispensabilità della richiesta.

L'Adunanza Plenaria n. 19/2020 aveva già toccato il tema, sia pure collateralmente, in *obiter*, affermando che l'accesso documentale difensivo supera i limiti che la legge prevede per il partecipativo, ma che questa attitudine espansiva debba controbilanciarsi con un più gravoso onere per la parte che intenda ricorrervi, e, cioè, l'indicazione in maniera puntuale del collegamento fra il documento del quale chiede l'ostensione e le proprie esigenze difensive.

L'Alto Consesso, dunque, pur non resolvendo la questione, e pertanto non pronunciandolo quale principio di diritto, comunque affermò il proprio orientamento sul punto.

A questo orientamento, si contrapponeva quello che individuava in capo alla p.a. un potere valutativo solo generico sul collegamento addotto nell'istanza di ostensione. Infatti, per i sostenitori di questa tesi meno restrittiva, l'amministrazione non potrebbe condizionare la strategia difensiva della parte istante, statuendo che cosa sia o non sia necessario per difendere i

propri interessi giuridici; insomma, chiedere di specificare in modo puntuale i motivi dell'istanza di accesso difensivo, varrebbe a menomare il diritto di difesa dell'istante.

Il contrasto interpretativo è stato risolto dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2021, che aderisce al primo degli orientamenti, come accolto già dalla Plenaria n. 19/2020.

Ed, infatti, viene affermato il seguente principio di diritto: *“ In materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare; la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990”.*

L'Adunanza Plenaria rileva come la volontà del legislatore, in materia di esercizio del diritto di accesso, di cui all'art. 25 L. 241, sia nel senso di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione, così da permettere all'amministrazione detentrica del documento una valutazione sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione “finale” controversa.

Inoltre, l'Adunanza Plenaria specifica che la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono svolgere alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione.

Diversamente, infatti, si reintrodurrebbero nella disciplina dell'accesso difensivo e, soprattutto, nella sua pratica applicazione, limiti e preclusioni che, invece, non sono contemplati dalla legge,

che ha già previsto criteri per valutare la situazione legittimante all'accesso difensivo e per effettuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti all'ostensione del documento o alla riservatezza.

L'Adunanza Plenaria ha ritenuto, inoltre, che, adombrata dall'ordinanza di rimessione, vi fosse, poi, la questione afferente alla ricostruzione della disciplina del bilanciamento tra interesse all'accesso difensivo dell'istante e la tutela della riservatezza del controinteressato.

Ebbene, ai fini del bilanciamento tra il diritto di accesso difensivo, preordinato all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale in senso lato, e la tutela della riservatezza, secondo la previsione dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, per l'Adunanza Plenaria, non trova applicazione né il criterio della stretta indispensabilità (riferito ai dati sensibili e giudiziari) né il criterio dell'indispensabilità e della parità di rango (riferito ai dati cc.dd. supersensibili), ma il criterio generale della "necessità" ai fini della "cura" e della "difesa" di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali dell'accesso documentale di tipo difensivo.

E, allora, afferma la Plenaria, il collegamento tra la situazione legittimante e la documentazione richiesta, impone un'attenta analisi della motivazione che la pubblica amministrazione ha adottato nel provvedimento con cui ha accolto o, viceversa, respinto l'istanza di accesso.

Ed infatti, soltanto attraverso l'esame di questa motivazione è possibile comprendere se questo collegamento, nel senso sopra precisato, esista effettivamente e se l'esigenza di difesa rappresentata dall'istante prevalga o meno sul contrario interesse alla riservatezza nel delicato bilanciamento tra i valori in gioco.

## **2. Natura giuridica del *commissario ad acta* e principio di concorrenzialità fra i poteri dello stesso e della P.a. (Cons. Stato, Ad. Plen. sent. n. 8/2021).**

La pronuncia in esame tratta, oltretutto della natura giuridica del commissario ad acta, degli effetti della sua nomina in relazione alla permanenza del potere di provvedere in capo all'Amministrazione.

Secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in sede di giudizio di ottemperanza, la P.a. 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.

La Plenaria cita l'art. 21 del codice del processo amministrativo (nell'ambito del Capo VI, dedicato agli "ausiliari del giudice"), che prevede che "nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta".

Il Codice del processo amministrativo prevede alcune ipotesi di tale nomina, fra cui quelle menzionate dagli artt.: 34, co.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"; 114, co. 4, lett. d), in base al quale il giudice dell'ottemperanza "nomina, ove occorra, un commissario ad acta"; 117, co. 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"; 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.

Secondo la Plenaria, dall'esame di queste disposizioni, appare evidente la natura del commissario ad acta quale "ausiliario del giudice", che procede alla sua nomina laddove debba "sostituirsi all'amministrazione".

La nomina del commissario ad acta, dunque, si fonda su due presupposti normativamente indicati: - che il giudice debba sostituirsi all'amministrazione; - che tale circostanza si verifichi nell'ambito della giurisdizione del giudice medesimo, così come definita dalle norme che la attribuiscono.

Il perimetro dei compiti del commissario ad acta coincide con i confini della giurisdizione del giudice che lo ha nominato e nel cui ambito il commissario agisce.

Diversamente dagli altri ausiliari previsti dal Codice, quali il verificatore ed il consulente tecnico, il commissario ad acta svolge compiti ausiliari del giudice "dopo" la decisione, laddove questi, nell'ambito della propria giurisdizione, "deve sostituirsi all'amministrazione". E ciò avviene tutte le volte in cui il comando espresso dalla sentenza passata in giudicato o dotata di provvisoria esecutività (e non sospesa), ovvero il comando espresso dall'ordinanza cautelare, non venga eseguito dall'amministrazione, con pregiudizio per l'effettività e la pienezza della tutela della situazione soggettiva della quale è titolare la parte vincitrice nel giudizio di cognizione, che, per realizzarsi pienamente, ha bisogno della necessaria attività dell'amministrazione.

La Plenaria sottolinea che il commissario ad acta ha un ruolo funzionale all'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione, in attuazione degli articoli 24 e 113 Cost., nonché degli articoli 6 e 13 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Quindi, secondo l'Alto Consesso, 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.

La Plenaria aggiunge che il fondamento del potere esercitato dal commissario ad acta non è il medesimo del potere di cui è titolare l'amministrazione, poiché il primo si colloca nella decisione del giudice, il secondo nella norma che lo attribuisce all'amministrazione. Il primo ha la sua "giustificazione funzionale" nell'effettività della tutela giurisdizionale, conferendo alla parte vittoriosa in giudizio quella attribuzione che risulta soddisfacente della propria posizione giuridica per la cui tutela essa ha agito; il secondo, nella cura dell'interesse pubblico che costituisce, al contempo, fondamento genetico dell'attribuzione e funzionalizzazione dell'esercizio del potere.

Ancora, la Plenaria rileva come la natura distinta del potere esercitato dal commissario ad acta rispetto al potere del quale è titolare la pubblica amministrazione soccombente costituisce indicazione in ordine alla ammissibilità della "concorrenza" della competenza commissariale con quella dell'amministrazione.

Non si verifica alcuna sostituzione dell'amministrazione nell'esercizio dei poteri che le sono propri, né questi ultimi si trasferiscono al commissario per effetto della nomina.

L'Adunanza Plenaria specifica che la concorrenza della competenza del commissario ad acta e dell'amministrazione ha termine nel momento in cui uno dei due soggetti dia attuazione alla decisione del giudice.

D'altra parte, osserva il Collegio, non vi è alcun dato normativo che consenta di affermare con certezza la perdita del potere dell'amministrazione di provvedere per effetto della nomina o dell'insediamento del commissario ad acta.

In definitiva, l'Adunanza Plenaria, con la pronuncia n. 8/2021, esprime 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;*

*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.*

*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.*

*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.*

### **3. Atti ampliativi e tutela del terzo: per impugnare un altrui titolo autorizzatorio edilizio, occorrono le normali condizioni dell'azione (Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 22/2021).**

L'Adunanza Plenaria, con la pronuncia in esame, afferma che per impugnare un titolo autorizzatorio edilizio occorrono le normali condizioni dell'azione: legittimazione a ricorrere ed interesse.

In particolare, la prima discende dalla titolarità di una situazione differenziata di un interesse legittimo, il secondo, da uno specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato.

Riguardo alla legittimazione a ricorrere, la Plenaria afferma essere radicata dalla *vicinitas*, intesa quale stabile collegamento tra un determinato soggetto e il territorio o l'area sul quale sono destinati a prodursi gli effetti dell'atto contestato.

La Plenaria, quindi, sottolinea come, nella dinamica dei giudizi, la riflessione sulla legittimazione proceda non disgiunta da quella sull'interesse, e siano entrambe fortemente condizionate dalla situazione concreta allegata dalle parti e ricavabile dagli atti di causa.

Si evidenzia come il codice del processo amministrativo faccia più volte riferimento, direttamente o indirettamente, all'interesse a ricorrere: all'art. 35, primo comma, lett. b) e c), all'art. 34, comma 3, all'art. 13, comma 4-bis e, in modo più sfumato, all'art. 31, primo comma.

Ancora, secondo l'Adunanza Plenaria, la verifica sui presupposti deve condursi sulla base degli elementi desumibili dal ricorso, dalle eccezioni di controparte o dai rilievi *ex officio*, prescindendo dall'accertamento effettivo della sussistenza della situazione giuridica e della lesione che il ricorrente afferma di aver subito: va verificato che la situazione giuridica soggettiva affermata possa aver subito una lesione ma non anche che abbia subito una lesione, poiché questo secondo accertamento attiene al merito della lite.

La Plenaria menziona il rilievo che, in ambito edilizio-urbanistico, assume la qualificazione dell'interesse del terzo, che discende in ultimo dall'art. 872 c.c., in materia di violazione di norme di edilizia. Inoltre, proprio sul godimento dell'immobile in uno con il richiamo a salute e ambiente, la giurisprudenza ha fatto leva per ravvisare il pregiudizio sofferto dal terzo non solo nella diminuzione di aria, luce, visuale o panorama, ma anche nelle menomazioni di valori urbanistici e nelle degradazioni dell'ambiente in conseguenza dell'aumentato carico urbanistico in termini di riduzione dei servizi pubblici, sovraffollamento, aumento del traffico.

In definitiva, sulla base delle argomentazioni di diritto svolte, l'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 22/2021, formula i seguenti principi di diritto:

- a) *Nei casi di impugnazione di un titolo autorizzatorio edilizio, riaffermata la distinzione e l'autonomia tra la legittimazione e l'interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario che il giudice accerti, anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della vicinitas, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato;*
- b) *L'interesse al ricorso correlato allo specifico pregiudizio derivante dall'intervento previsto dal titolo autorizzatorio edilizio che si assume illegittimo può comunque ricavarsi dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso;*
- c) *L'interesse al ricorso è suscettibile di essere precisato e comprovato dal ricorrente nel corso del processo, laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o la questione rilevata d'ufficio dal giudicante, nel rispetto dell'art. 73, comma 3, c.p.a.;*
- d) *Nelle cause in cui si lamenti l'illegittimità del titolo autorizzatorio edilizio per contrasto con le norme sulle distanze tra le costruzioni imposte da leggi, regolamenti o strumenti urbanistici, non solo la violazione della distanza legale con l'immobile confinante con quello del ricorrente, ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione può essere rilevante ai fini dell'accertamento dell'interesse al ricorso, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere*



*con l'annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo.*