

Osservatorio del processo amministrativo

a cura di Paolo Patrito e Mariano Protto

CONDANNA SOLIDALE DELL'AMMINISTRAZIONE E DEL BENEFICIARIO DEL PROVVEDIMENTO ILLEGITTIMO

Cassazione civile, Sez. Un., 3 giugno 2015, n. 11374 - Pres. Rovelli - Est. Di Palma

È inammissibile per difetto di interesse il ricorso per cassazione avverso la sentenza del Consiglio di Stato che abbia affermato la responsabilità solidale dell'Amministrazione e del beneficiario del provvedimento illegittimo, nel caso in cui detta affermazione si trovi nella sola parte motiva e non sia ripresa nel dispositivo, costituendo così un mero *obiter dictum*, come dimostrato dalla circostanza che non era mai stata formulata alcuna domanda di risarcimento nei confronti della parte privata.

Il Cons. Stato (Sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437) dispone l'annullamento dell'aggiudicazione di un appalto affidato ad un'A.T.I. in violazione della clausola del bando che vietava la partecipazione delle A.T.I. sovrabbondanti, facendo, però, salvo il contratto nelle more stipulato. Di conseguenza, la Sezione attribuisce al ricorrente vittorioso il risarcimento del danno. Nella parte motiva, il Consiglio di Stato afferma che "considerato, peraltro, che il danno è stato determinato dal comportamento del RTI [...], ritiene la Sezione che dello stesso debba infine rispondere, ai sensi dell'art. 2055 del c.c., lo stesso RTI [...], con la conseguenza che l'Amministrazione, tenuta al risarcimento del danno per effetto della richiesta giudiziale di Gp., può esercitare poi il regresso contro il RTI [...]" (in termini: Cons. Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115). L'Amministrazione, a tal fine, potrà anche procedere ad una modifica del contratto in essere con [...] per operare una corrispondente riduzione dei canoni da corrispondere tenendo conto che la sua offerta è stata ritenuta da questa Sezione in violazione delle regole di gara e che, ciò nonostante, per ragioni di pubblico interesse, si è ritenuto di non dover dichiarare inefficace il contratto già sottoscritto" (punto 24).

Il controinteressato soccombente impugna la sentenza per motivi inerenti alla giurisdizione, osservando che il Consiglio di Stato, giudicando il comportamento di un soggetto privato, aveva ecceduto i limiti della propria giurisdizione.

Le Sezioni Unite, su eccezione della controricorrente privata, dichiarano il ricorso inammissibile per difetto di interesse: le argomentazioni contenute al punto 24 della sentenza impugnata non sono ripetute nel dispositivo, che, infatti, reca solamente la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, senza null'altro aggiungere. Di talché, a dire della Corte, il passaggio motivazionale oggetto di causa è un mero *obiter dictum*, non vincolante, e su cui, pertanto, non può formarsi il giudicato, il quale non ha ad oggetto le enunciazioni puramente incidentali, le considerazioni estranee alla controversia e prive di relazione causa-

le con il *decisum*. Che si tratti di *obiter dictum* risulta ulteriormente dalla circostanza che non è mai stata formulata, di fronte al Consiglio di Stato, alcuna domanda di risarcimento del danno nei confronti della controinteressata (a prescindere dall'appartenza o meno della *potestas iudicandi* su tale domanda in capo al giudice amministrativo).

[Si segnala che, invece, Cons. Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2012, n. 5279, ha disposto - appunto, nel dispositivo - il risarcimento dei danni a carico dell'Amministrazione "con le precisazioni e statuizioni indicate in motivazione", ossia per i 4/5 a carico della parte privata e per 1/5 di quella pubblica, dando altresì atto, nella motivazione, che "nessuna richiesta di condanna sia stata articolata nei confronti della a.t.i. aggiudicataria"].

NOTIFICAZIONE DEL RICORSO MEDIANTE PEC

Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 maggio 2015, n. 2682 - Pres. Baccharini - Est. Buricelli

La mancata autorizzazione presidenziale ex art. 52, comma 2, c.p.a. non può considerarsi ostativa alla validità ed efficacia della notificazione del ricorso a mezzo PEC atteso che nel processo amministrativo trova applicazione immediata la L. n. 53/1994, nel testo modificato dall'art. 25 comma 3, lett. a) della L. n. 183/2011, secondo cui l'avvocato "può eseguire la notificazione di atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale [...] a mezzo della posta elettronica certificata".

Un'impresa impugna l'aggiudicazione di un contratto, notificando il relativo ricorso mediante pec, in assenza dell'autorizzazione presidenziale di cui all'art. 52, comma 2, c.p.a. Il T.A.R., respinta l'eccezione di inammissibilità di tale tipo di notificazione nel processo amministrativo, annulla il provvedimento.

Il controinteressato impugna la decisione, deducendo, tra l'altro, la nullità della notificazione a mezzo pec: l'art. 46 del D. L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni nella L. 11 agosto 2014, n. 114, nell'aggiungere all'art. 16 *quater* del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella L. 17 dicembre 2012, n. 221, aggiunto dall'art. 1, comma 19, L. 24 dicembre 2012, n. 228, un nuovo comma 3 *bis*, in base al quale "le disposizioni dei commi 2 e 3 non si applicano alla giustizia amministrativa", avrebbe sancito l'inapplicabilità, al processo amministrativo, del meccanismo della notificazione in via telematica - a mezzo PEC dell'atto introduttivo del giudizio da parte degli avvocati (in mancanza dell'espressa autorizzazione presidenziale di cui all'art. 52, comma 2, c.p.a.). In particolare, nell'appello si enuncia la tesi per cui nel processo amministrativo il legale non può certificare la conformità delle copie di documenti spediti per via telematica e che la notifica per il destinatario del ricorso non si perfeziona nel momento in cui si genera la ricevuta, dato che regole tecniche e

procedure utilizzate nel processo civile e disciplinate dal regolamento approvato con il D.M. 3 aprile 2013, n. 48, "non si applicano alla giustizia amministrativa", che ne è stata espressamente esclusa.

La premessa interpretativa e le conclusioni non convincono il Collegio: in realtà, l'art. 46, cit., esclude l'applicazione, al processo amministrativo, dei commi 2 e 3 non della L. 21 gennaio 1994, n. 53, ma dell'art. 16 *quater* del D.L. n. 179 del 2012, conv. con mod. nella L. n. 221 del 2012 il quale, al comma 2, demanda a un decreto del Ministro della giustizia l'adeguamento alle nuove disposizioni delle regole tecniche già dettate col D.M. 21 febbraio 2011, n. 44, mentre al comma 3 stabilisce che le disposizioni del primo comma "acquistano efficacia a decorrere dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del decreto di cui al comma 2". La mancata autorizzazione presidenziale ex art. 52, comma 2, c.p.a. non può considerarsi ostativa alla validità ed efficacia della notificazione del ricorso a mezzo PEC atteso che nel processo amministrativo trova applicazione immediata la L. n. 53 del 1994 (e, in particolare, gli artt. 1 e 3 *bis* della legge stessa), nel testo modificato dall'art. 25 comma 3, lett. a) della L. 12 novembre 2011, n. 183, secondo cui l'avvocato "può eseguire la notificazione di atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale [...] a mezzo della posta elettronica certificata".

Nel processo amministrativo telematico (PAT) -contemplato dall'art. 13 delle norme di attuazione di cui all'Allegato 2 al cod. proc. amm. - è ammessa la notifica del ricorso a mezzo PEC anche in mancanza dell'autorizzazione presidenziale ex art. 52, comma 2, c.p.a., disposizione che si riferisce a "forme speciali" di notifica, laddove invece la tendenza del processo amministrativo, nella sua interezza, a trasformarsi in processo telematico, appare ormai irreversibile.

CONDANNA AI SENSI DELL'ART. 26, COMMA 2, C.P.A.

Consiglio di Stato, Sez. V, 17 giugno 2015, n. 3065 - Pres. ff. Poli - Est. Amicuzzi

La condanna ai sensi dell'art. 26, comma 2, c.p.a., non presuppone la previa segnalazione alle parti presenti in sede di discussione orale, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a.

Un'impresa impugna l'aggiudicazione di una concessione disposta a favore di un concorrente.

Il T.A.R. respinge il ricorso in quanto infondato. Il Consiglio di Stato conferma la sentenza, rilevando la sussistenza di ragioni manifeste che sostengono la infondatezza dell'appello, il contrasto delle tesi poste a base del ricorso con principi giurisprudenziali consolidati e l'esaudività delle argomentazioni spese nella sentenza impugnata: sussistono, pertanto, i presupposti per la condanna ai sensi dell'art. 26, comma 2, c.p.a., che viene disposta d'ufficio.

Al riguardo, il Collegio osserva che non occorre la previa segnalazione alle parti presenti in sede di discussione orale, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., nella parte in cui prevede che il Giudice, se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, deve indicarla in udienza dandone atto a verbale.

La disposizione, che risponde alla finalità di contrastare, in ossequio al principio del contraddittorio, il fenomeno delle così dette decisioni a sorpresa, non si applica a qualsivoglia

valutazione che il Giudice ritenga di compiere in autonomia rispetto agli argomenti di parte, ma solo alla rilevazione d'ufficio di fatti sostanziali o processuali (modificativi, impeditivi o estintivi) idonei *ex se* a decidere la lite, mentre la misura pecuniaria in esame prescinde da una specifica domanda nonché dalla prova del danno subito, il cui gettito, commisurato a predeterminati limiti edittali, è destinato al bilancio della giustizia amministrativa.

INTERVENTO E RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 26 marzo 2015, n. 4626 (ord.) - Pres. ff. ed Est. Lundini

Il ricorrente in sede straordinaria può intervenire nel giudizio di fronte al T.A.R. proposto da altro soggetto ed avente ad oggetto il medesimo provvedimento.

Un'impresa impugna, in sede giurisdizionale, un regolamento ministeriale, eccependo, tra le altre cose, l'incompatibilità con il diritto europeo.

Un'altra impresa impugna il medesimo regolamento in sede straordinaria.

Il T.A.R. rinvia la questione alla Corte di giustizia e sospende il giudizio. Successivamente, anche il Consiglio di Stato in sede consultiva rimette la medesima questione al giudice di Lussemburgo. La Cancelleria della Corte informa la ricorrente in sede straordinaria che la procedura inerente alla causa pregiudiziale che riguardava tale società era stata sospesa, ai sensi dell'art. 55, par. 1, sub b) del regolamento di Procedura della Corte, fino alla pronuncia sulla questione sottoposta dal T.A.R. Tale sospensione è strumentale alla possibilità per la Corte di avvalersi dei poteri di cui all'art. 99 del proprio Regolamento di procedura al fine di statuire sul caso presentato per secondo con ordinanza contenente rinvio alla sentenza che verrà resa nella causa precedentemente iscritta a ruolo.

A questo punto, il ricorrente in sede straordinaria notifica e deposita atto di intervento nel giudizio innanzi al T.A.R., chiedendo in via d'urgenza l'accertamento della ritualità, al fine di poter intervenire nel processo di fronte alla Corte di giustizia, dove per assumere la qualifica di parte, nei ricorsi pregiudiziali, occorre essere parte (anche interveniente) nel giudizio *a quo*.

Il T.A.R. ammette l'intervento in via d'urgenza, osservando che l'atto in questione è rituale e tempestivo in quanto notificato alle altre parti e depositato nei termini di cui all'art. 50, comma 3, c.p.a. (non essendo stata ancora fissata alcuna udienza di trattazione del ricorso nelle more della pronuncia della Corte di Giustizia); che l'intervento è da ritenersi altresì ammissibile anche sulla base di quanto disposto dall'art. 28, c.p.a. (sussistendo l'interesse, per le ragioni esposte, del ricorrente in sede straordinaria ad intervenire *ad adiuvandum* nel giudizio di cui si tratta), anche tenuto conto che ai sensi dell'art. 28, cit., l'intervento può essere addirittura ordinato dal giudice quando egli lo ritenga "opportuno". Inoltre, la Sezione rammenta che la giurisprudenza amministrativa nazionale ha ritenuto, in un caso analogo, che l'ordinamento consenta al giudice di assumere provvedimenti urgenti anche nello stato di sospensione del giudizio principale e che possa quindi ammettersi un atto di intervento anche se proposto durante la sospensione

predetta, al fine di assicurare il pieno espletamento del diritto di difesa in conformità ai principi del giusto processo.

INTERVENTO E RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Consiglio di Stato, Sez. I, 16 giugno 2015, n. 1749 - Pres. ff. Leoni - Est. Bellomo

È inammissibile il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dall'interventore nel giudizio di fronte al T.A.R. (avente ad oggetto il medesimo provvedimento) in qualità di cointeressato.

Tizio impugna in sede straordinaria un provvedimento collettivo, già impugnato da altri soggetti destinatari di fronte al Giudice amministrativo. Tizio, peraltro, aveva in precedenza spiegato intervento nel giudizio di fronte al T.A.R.

Il Consiglio di Stato esprime parere che il ricorso debba essere dichiarato inammissibile, non avendo ritenuto fondata l'obiezione formulata nella memoria di replica, secondo cui l'intervento *ad adiuvandum* non è equiparabile a un autonomo ricorso.

In primo luogo, osserva il Collegio, l'art. 28 c.p.a. ammette - diversamente da quanto accadeva in passato - l'intervento del cointeressato, che ha natura litisconsortile, essendo adesivo a quello del ricorrente, ma a tutela di una posizione giuridica autonoma, subordinando l'intervento alla condizione che non sia decorso il termine di decadenza, sostanzialmente consentendo di scegliere al cointeressato se proporre autonomo ricorso o intervenire nel giudizio già instaurato, nello stato e nel grado in cui si trova.

Inoltre, una volta che l'intervento *ad adiuvandum* sia stato ammesso dinanzi al giudice amministrativo, trova comune applicazione l'art. 8, comma 2, d.P.R. n. 1199/71, secondo cui "quando l'atto sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale, non è ammesso il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato": di tale disposizione, è consolidata la lettura estensiva, in quanto, in caso contrario, sarebbe compromessa la *ratio* del principio dell'alternatività (evitare duplicazioni della tutela contenziosa ed un possibile conflitto di decisioni).

RICORSO INCIDENTALE

T.A.R. Piemonte, 28 maggio 2015, n. 896 - Pres. Salamone - Est. Masaracchia

Il termine per proporre il ricorso incidentale decorre dal momento in cui la parte è venuta a conoscenza del vizio del provvedimento dedotto con il ricorso incidentale stesso.

Tizio impugna il provvedimento di esclusione da una selezione per l'assunzione presso una pubblica amministrazione. A seguito della riassunzione del giudizio presso il T.A.R. competente, il Collegio ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei controinteressati.

In vista dell'udienza pubblica, l'Amministrazione eccepisce che la ricorrente non sarebbe stata in possesso dei requisiti minimi prescritti dal bando per la partecipazione alla selezione, depositando la relativa documentazione.

Alla luce di tale eccezione, un controinteressato propone ricorso incidentale, con il quale impugna l'ammissione della ricorrente alla selezione per cui è causa.

Il T.A.R., considerato di dover in via prioritaria esaminare del ricorso incidentale, avente efficacia paralizzante, respinge l'eccezione di tardività dello stesso, per essere stato proposto oltre il termine di 60 giorni di cui all'art. 42 c.p.a. Al riguardo il T.A.R. osserva che, nel caso di specie, con il ricorso incidentale si è fatto valere un vizio di legittimità che è divenuto oggettivamente conoscibile solo a seguito del deposito della documentazione dalla quale si sarebbe evinta la mancanza, in capo alla ricorrente principale, del requisito di partecipazione alla selezione.

È pur vero, precisa il Collegio, che il ricorso incidentale ha natura intrinsecamente subordinata a quello principale e l'interesse alla sua proposizione, di regola, sorge non a seguito della conoscenza dei vizi dell'atto amministrativo, bensì a seguito della conoscenza della proposizione del ricorso principale. Tuttavia nel caso di specie l'interesse alla proposizione del ricorso incidentale appare inscindibilmente legato all'avvenuta conoscenza del documento sopravvenuto, senza il quale sarebbe stato, di fatto, impossibile contestare la legittimazione ad agire della ricorrente principale.

Al riguardo deve evidenziarsi che, entro il termine teoricamente a disposizione per la proposizione del ricorso incidentale, nessuno aveva mai messo in discussione la sussistenza dei requisiti minimi, in capo alla ricorrente principale, per la partecipazione alla selezione. Né poteva concretamente pretendersi che, a fronte della mancanza di qualsiasi indizio o *fumus* circa la mancanza di quei requisiti, le parti controinteressate fossero onerate di effettuare ricerche in tale direzione, al fine di ottenere un risultato poi spendibile in giudizio. L'imposizione di un simile onere farebbe indubbiamente travalicare, a giudizio del Collegio, il confine dell'ordinaria diligenza che sussiste per gli adempimenti processuali esigibili dalle parti di un giudizio.

In conclusione, precludere la proposizione dell'impugnazione incidentale, solo perché l'atto che ne ha fatto sorgere l'interesse è divenuto conoscibile in un momento nel quale il termine *ex art.* 42 c.p.a. era già scaduto, equivarrebbe nella specie ad un'inammissibile compromissione del diritto di difesa delle parti controinteressate, in violazione dei postulati di cui all'art. 24 Cost.

PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE

T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 19 febbraio 2015, n. 84 - Pres. ed Est. Eliantonio

Ai sensi dell'art. 64 c.p.a., le parti resistenti costituite hanno l'onere di contestare puntualmente i fatti dedotti dal ricorrente, con la conseguenza che da tale mancata contestazione deriva la possibilità per il Giudice di porre a fondamento della sua decisione anche i fatti non provati, ma "non specificatamente contestati".

Tizio impugna l'esclusione dalla selezione per la copertura di un impiego pubblico per non aver superato la prova scritta, oltre alla deliberazione di approvazione della graduatoria.

Il ricorrente deduce, in particolare, l'illegittimità dell'intera procedura per l'illegittima composizione della commissione esaminatrice in quanto il presidente della Commissione giudicatrice avrebbe dovuto astenersi in quanto un partecipante alla selezione era fidanzata da cinque anni con il figlio ed in quanto un altro partecipante operava professio-

nalmente presso lo suo studio privato dello stesso presidente della Commissione.

Nel costituirsi in giudizio, l'Amministrazione ed i controinteressati si sono limitati ad eccepire che tali circostanze di fatto erano sfornite dell'imprescindibile supporto probatorio.

Il Collegio, premesso che anche nel processo amministrativo vige il principio generale dell'onere della prova, stabilito in termini generali dall'art. 2697 c.c., con la conseguenza che i più ampi poteri istruttori riconosciuti al giudice amministrativo possono essere esercitati anche su sollecitazione delle parti, solo in ragione dell'incompletezza dell'istruttoria predisposta dalle stesse parti, rammenta che l'art. 64 c.p.a. dispone che "spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità" e che il giudice possa porre a fondamento della decisione oltre alle prove fornite dalle parti anche "i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite".

Ne consegue, che, per un verso la parte ricorrente deve fornire la prova, anche in via presuntiva, di tutti gli elementi sui quali si fonda la pretesa dedotta, e per altro verso le parti resistenti hanno l'onere di "specificatamente" contestare i fatti dedotti, con la conseguenza che da tale mancata contestazione deriva la possibilità per il Giudice di porre a fondamento della sua decisione anche i fatti non provati, ma "non specificatamente contestati dalle parti costituite". Di conseguenza, sul rilievo della mancata specifica contestazione dei fatti allegati dal ricorrente, la Sezione è dell'avviso che possano ragionevolmente ritenersi provati tali fatti, che avrebbero imposto al presidente della commissione di astenersi.

RICUSAZIONE DEL VERIFICATORE

T.A.R. Piemonte, Sez. I, 18 febbraio 2015, n. 324 - Pres. Balucani - Est. Bini

L'istanza di ricusazione del verificatore è sottoposta a precisi limiti temporali, da individuare, in ragione della eadem ratio, in mancanza di una previsione espressa, in quelli indicati dall'art. 67 c.p.a. per le analoghe istanze relative al consulente tecnico d'ufficio, con la specificazione che il termine ultimo entro il quale l'istanza di ricusazione deve essere presentata consiste nel primo atto del verificatore.

L'Amministrazione respinge l'istanza di permesso di costruire avente ad oggetto la ristrutturazione di un immobile, sul rilievo che l'intervento non potesse qualificarsi come semplice ristrutturazione, ma demolizione e ricostruzione con incremento della volumetria.

Il T.A.R. dispone una verifica al fine di precisare la natura delle opere che la ricorrente intendeva realizzare in base al progetto presentato, precisando che il verificatore dovesse dare avviso alle parti dell'inizio delle operazioni di verifica.

Depositata la relazione del verificatore, il ricorrente contesta la verifica, in quanto non era stata data preventiva comunicazione alle parti.

Con successiva ordinanza, il Collegio, preso atto che il verificatore non aveva dato la preventiva comunicazione alle parti dell'inizio delle operazioni, ha disposto che la verifica fosse ripetuta, previa comunicazione alle parti dell'inizio delle operazioni di verifica, a mezzo di raccomandata

a/r, almeno dieci giorni prima della data fissata a tale scopo.

Prima delle operazioni di verifica, il ricorrente (questa volta debitamente avvertito) ha eccepito una possibile causa di conflitto di interesse, poiché il verificatore è collega dell'assessore all'urbanistica del Comune resistente ed è membro della commissione edilizia del medesimo comune. Il Collegio osserva che l'istanza di ricusazione del verificatore (che può essere proposta ai sensi dell'art. 20 c.p.a. per i motivi indicati nell'art. 51 c.p.c.), deve ritenersi sottoposta a precisi limiti temporali (idonei anche a scongiurare espedienti dilatori che mal si conciliano con le esigenze di avvenire ad una definizione del giudizio in tempi ragionevoli), da individuare, in ragione della *eadem ratio*, in mancanza di una previsione espressa, in quelli indicati dall'art. 67 c.p.a. per le analoghe istanze relative al consulente tecnico d'ufficio, con la specificazione che il termine ultimo entro il quale l'istanza di ricusazione deve essere presentata è da individuare, non essendo previsto il giuramento, entro e non oltre il primo atto del verificatore (comunque prima dell'inizio delle operazioni di verifica, secondo un criterio desumibile anche dalla previsione di cui all'art. 52, comma 2, c.p.c.). Poiché nessuna istanza di ricusazione è stata presentata da parte ricorrente, né durante la prima verifica (momento in cui già si poteva ravvisare la sussistenza di una causa di conflitto di interesse), né prima della seconda verifica, la contestazione non ha alcun rilievo e la verifica viene acquisita agli atti.

INTERRUZIONE DEL PROCESSO

T.A.R. Piemonte, Sez. II, 14 marzo 2015, n. 440 - Pres. Salamone - Est. Malanetto

In applicazione analogica dell'art. 49, comma 2, c.p.a., non deve essere dichiarata l'interruzione del processo, quando l'evento interruttivo colpisca, come nel caso di specie, il controinteressato, ove il ricorso principale risulti inammissibile, improcedibile o infondato.

Tizio impugna il provvedimento di autorizzazione a prorogare l'orario di chiusura di un bar gestito da una società.

Nelle more del giudizio, la società controinteressata è stata dichiarata fallita; la difesa, datone atto, chiede dichiararsi l'interruzione del processo.

Il T.A.R. premette che la disciplina dell'interruzione del giudizio (art. 79 c.p.a.) è finalizzata al ripristino del corretto contraddittorio nei confronti del soggetto che ha subito l'evento interruttivo (in tal caso il fallimento), al fine da un lato di garantire una statuizione opponibile a detto soggetto, dall'altro di consentirgli una compiuta difesa.

Nel caso di specie, peraltro, il Collegio ritiene che l'istituto debba essere coordinato con l'art. 49, comma 2, c.p.a., che, nel regolare l'integrazione del contraddittorio, dispone che essa non è ordinata nel caso in cui il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato, per l'ovvia ragione che l'integrazione del contraddittorio (cui nella sostanza è finalizzata anche l'interruzione del giudizio) ha una concreta funzione nel solo caso in cui la decisione sia suscettibile di pregiudicare gli interessi del soggetto non correttamente presente in giudizio.

Siffatta soluzione interpretativa realizza un equo contemperamento con il principio, costituzionalmente garantito, della ragionevole durata del processo, considerato che l'interruzione del giudizio, in simili casi, implica uno stallo del me-

desimo non idoneo a meglio soddisfare le ragioni di parte ricorrente ed invece tale da incidere sui tempi del giudizio; quanto al controinteressato, la definizione del giudizio in senso sostanzialmente non sfavorevole al medesimo non ne pregiudica alcuna prerogativa difensiva.

Ritiene dunque il collegio che non sussistano i presupposti per pronunciare l'interruzione del giudizio, in quanto le domande di parte ricorrente risultano o improcedibili, o inammissibili o infondate.

ECCEZIONE DEL DIFETTO DI GIURISDIZIONE SOLLEVATA IN APPELLO DAL RICORRENTE SOCCOMBENTE IN PRIMO GRADO

Consiglio di Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192 - Pres. Pajno - Est. Franconiero

Non è abusivo, e dunque inammissibile, l'appello in punto di giurisdizione proposto dal ricorrente soccombente in primo grado, in una controversia in cui obiettivamente si pone il dubbio sulla giurisdizione ed in relazione alla quale sorge la necessità di chiarire la relativa questione.

Un'impresa impugna gli atti di una procedura per l'affidamento di una subconcessione di uno spazio aeroportuale per l'esercizio dell'attività di avvolgimento dei bagagli.

Il T.A.R., respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla stessa ricorrente in memoria conclusionale, riteneva infondato il ricorso.

La ricorrente impugna la decisione, contestando anche la giurisdizione del Giudice amministrativo.

Il Collegio ricorda che, secondo il prevalente orientamento del Consiglio di Stato, un simile contegno integra una violazione del divieto di abuso del processo, sanzionato con l'inammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione (Sez. V, novembre 2013, n. 5421, 16 aprile 2013, n. 2111, 7 febbraio 2012, n. 656; Sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 585, 20 settembre 2012, n. 4987, 9 luglio 2012, n. 4010).

Per contro, le Sezioni unite della Cassazione affermano principi parzialmente diversi: pur avendo ripetutamente stabilito che lo strumento tipico per risolvere la questione di giurisdizione prima che sia definito anche solo in parte il merito della controversia è il regolamento preventivo di giurisdizione, rispetto alla cui proposizione è pertanto legittimata anche la parte attrice o ricorrente (sentenza 23 aprile 2001, n. 174, ordinanze 25 luglio 2002, n. 10995, 6 luglio 2004, n. 12412, 14 gennaio 2005, n. 603, 21 settembre 2006, n. 20504, 27 gennaio 2011, n. 1876, 12 luglio 2011, n. 15237, 24 aprile 2014, n. 9251), nondimeno, recentemente le stesse Sezioni unite hanno escluso che il divieto di abuso del processo sia violato dalla parte che abbia contestato la giurisdizione amministrativa dalla stessa adita, mediante motivo d'appello ai sensi dell'art. 9, c.p.a., in una controversia in cui il dubbio obiettivamente si poneva ed in relazione alla quale scaturiva quindi una "necessità di chiarimento sulla questione di giurisdizione" (sentenza 19 giugno 2014, n. 13940, già segnalata in questa *Rivista*).

Il Collegio ritiene che nel caso di specie il dubbio ragionevole da parte della ricorrente effettivamente sussista, tenuto conto dei doversi orientamenti espressi dalla giurisprudenza amministrativa in materia; per di più, accoglie il relativo motivo d'appello e dichiara inammissibile il ricorso di

primo grado, essendo la relativa controversia devoluta al giudice ordinario.

MODALITÀ DI PROPOSIZIONE DEI MOTIVI ASSORBITI IN PRIMO GRADO

Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 2015, n. 1379 - Pres. Torsello - Est. Tarantino

Se l'appellato decida di riproporre in appello le censure assorbite dal primo giudice non mediante semplice memoria depositata nel termine per la costituzione, ma attraverso la notificazione di appello incidentale, quest'ultimo, non può essere dichiarato inammissibile o tardivo, se viene rispettato attraverso la notificazione lo stesso termine previsto per la costituzione in giudizio, anche se il deposito sia successivo.

Un'impresa impugna l'aggiudicazione disposta a favore di altro concorrente, che propone ricorso incidentale paralizzante. Il T.A.R. accoglie quest'ultimo.

A seguito dell'impugnativa da parte dell'originario ricorrente, la controinteressata notifica appello incidentale con cui ripropone un motivo del ricorso incidentale non esaminato dal primo giudice.

L'appellante principale eccepisce l'inammissibilità dell'appello incidentale, in quanto il motivo non esaminato avrebbe dovuto essere riproposto con memoria da depositarsi entro trenta giorni dalla notificazione dell'appello ex artt. 101 e 46 c.p.a., mentre l'appello incidentale sarebbe stato depositato oltre tale termine.

Il Collegio ritiene che l'appello incidentale non sia inammissibile o tardivo: la proposizione delle doglianze assorbite con semplice memoria ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. configura uno strumento agevolato di riproposizione in seconde cure delle doglianze assorbite in primo grado, tanto che la giurisprudenza di questo Consiglio ha chiarito che "ai sensi dell'art. 101 comma 2 Cod. proc. amm. la riproposizione in appello dei motivi di censura non esaminati dal giudice di primo grado o dallo stesso dichiarati assorbiti non richiede necessariamente la proposizione di appello incidentale proprio per la parte vittoriosa in primo grado, ma può avvenire anche con semplice memoria non notificata, con l'avvertenza che tale memoria, però, deve essere depositata a pena di decadenza entro il termine di sessanta giorni successivo a quello assegnato per il deposito del ricorso" (Cons. Stato, Sez. VI, 18 luglio 2014, n. 3850). Un simile strumento, al contrario, non è consentito nel caso in cui, valutata l'infondatezza del ricorso principale, il primo giudice non abbia esaminato le doglianze contenute nel ricorso incidentale, e lo abbia dichiarato inammissibile o improcedibile, essendo in quest'ipotesi necessario utilizzare lo strumento dell'appello incidentale (Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507; Id., Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160). Da ciò deriva che se il ricorrente incidentale decida di riproporre in appello le censure assorbite dal primo giudice non mediante semplice memoria depositata entro trenta giorni dalla notificazione del ricorso, ossia nel termine dimidiato per la costituzione, ma attraverso la notifica di appello incidentale, quest'ultimo, che realizza con maggiore efficacia il contraddittorio con tutte le altre parti del giudizio, è idoneo ad assicurare l'effetto devolutivo per le doglianze non esaminate dal primo giudice e non può essere dichiarato inammissibile o tardivo, se viene rispettato attra-

verso la notifica, come nella fattispecie, lo stesso termine di trenta giorni previsto per la costituzione in giudizio.

MOTIVI AGGIUNTI IN APPELLO

Consiglio di Stato, Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 2328 - Pres. Zaccardi - Est. Forlenza

I motivi aggiunti in appello devono riguardare “atti o provvedimenti amministrativi impugnati”, e non possono essere desunti né da atti endoprocedimentali e/o di procedimenti collegati da cui possano scaturire vizi - in via di illegittimità derivata - degli atti già impugnati, né da documenti non solo conosciuti, in quanto prodotti dalle parti in giudizio, ma anche conoscibili, per il tramite dell’esercizio degli ordinari mezzi di prova che il codice riconosce alle parti, ed in specie, al ricorrente.

Tizio e altri litisconsorti impugnano il provvedimento di scioglimento degli organi di amministrazione e controllo di una banca.

Respinta la domanda, i ricorrenti propongono appello, deducendo l’erroneità della sentenza gravata.

Successivamente, gli appellanti propongono motivi aggiunti, aventi ad oggetto atti e provvedimenti ulteriori rispetto a quelli impugnati in primo grado.

Viene allora in rilievo la questione della proponibilità in appello di motivi aggiunti in senso improprio.

La Sezione, richiamando un precedente in termini (Cons. Stato, Sez. IV, 29 agosto 2013, n. 4315), osserva che l’art. 104 c.p.a. (che costituisce specificazione di quanto, in generale, previsto dall’art. 345 c.p.c.), intende preservare alla cognizione del giudice di appello il *thema decidendum* offerto al giudizio di primo grado e oggetto della sentenza impugnata, che non può ricevere ampliamenti - in tal modo sfuggendo alla regola del doppio grado di giudizio - ma semmai riduzioni, per effetto dei motivi di impugnazione concretamente proposti dalle parti, che ben possono circoscriverlo in secondo grado, rispetto al precedente grado di giudizio.

In particolare, la Sezione afferma che, come risulta dalla lettura dell’art. 104 c.p.a., i motivi aggiunti sono consentiti in appello solo per dedurre ulteriori censure in relazione ad atti e provvedimenti già impugnati, allorché i vizi ulteriori emergano da documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado, il che determina l’inammissibilità dell’impugnazione in appello di nuovi atti, fermo restando la possibilità per la parte, ove ne ricorrano le condizioni, di proporre avverso questi ultimi autonomo ricorso giurisdizionale (Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2011, n. 2913; Sez. V, 21 settembre 2011, n. 5329).

Occorre aggiungere che, dalla disamina dell’art. 104, cit., si deduce che l’oggetto del giudizio di appello resta circoscritto agli atti e provvedimenti impugnati in primo grado: ciò significa, non solo che ulteriori “atti”, ancorché non aventi natura provvedimento (non a caso la norma cita distintamente “atti” e “provvedimenti”), non possono essere oggetto di impugnazione, ma anche che i vizi ad essi eventualmente attribuiti non possono riverberarsi quali vizi - in via di illegittimità derivata - degli atti già impugnati.

Il Collegio ritiene, inoltre, che la condizione della mancata produzione del documento nel giudizio di primo grado, costituisce soltanto un limite preclusivo oggettivo alla considerabilità dello stesso ai fini della proposizione di motivi aggiunti in appello, ma che tale condizione non “seleziona” a

contrariis tutti gli altri documenti come “sopravvenuti”, e quindi utilizzabili ai fini di eventuali motivi aggiunti.

Infatti, ai documenti “prodotti” devono aggiungersi i documenti che - pur non prodotti dall’amministrazione o da altre parti - possono comunque formare oggetto di acquisizione istruttoria ai sensi degli artt. 63 e 65 c.p.a.: questi documenti, quindi, ancorché non acquisiti al procedimento, non possono in futuro essere posti a fondamento di un eventuale ricorso per motivi aggiunti. In sostanza, ai fini dell’esclusione di motivi aggiunti in appello ai documenti “conosciuti” (perché prodotti dalle parti), occorre aggiungere i documenti “conoscibili”, ancorché non effettivamente conosciuti.

TARDIVITÀ DEL DEPOSITO DI MEMORIE E DOCUMENTI,
VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO E
RINVIO AL PRIMO GIUDICE

Consiglio di Stato, Sez. III, 13 marzo 2015, n. 1340 - Pres. Cirillo - Est. Cacace

Ove il T.A.R. abbia tenuto conto dei documenti e delle memorie tardivamente depositati dall’Amministrazione, sui quali non si è potuto instaurare il contraddittorio con il ricorrente, il Consiglio di Stato non può stralciare dette produzioni, ma deve rimettere il giudizio al primo giudice.

Tizio agisce in ottemperanza d’un precedente giudicato, chiedendo anche la condanna al risarcimento del danno. L’Amministrazione si costituisce in giudizio, depositando memorie e documenti, due giorni prima dell’udienza; il T.A.R., almeno in parte sulla base delle difese dell’Amministrazione, respinge il ricorso.

Il ricorrente impugna la sentenza, tra l’altro deducendo l’inammissibilità e la tardività della costituzione dell’Amministrazione, delle eccezioni ivi contenute nonché della documentazione depositata a corredo.

Il Consiglio di Stato accoglie il ricorso. Si premette, in primo luogo, che il termine di costituzione delle parti intimamente stabilito dall’art. 46 c.p.a., non riveste carattere perentorio essendo ammissibile la costituzione della parte sino all’udienza di discussione del ricorso e che tuttavia nella fattispecie di costituzione tardiva la parte incorre nelle preclusioni e nelle decadenze dalle facoltà processuali di deposito di memorie, documenti e repliche ove siano decorsi i termini di cui all’art. 73, comma 1, c.p.a., sì che la costituzione è in tal caso ammessa nei limiti delle difese orali, dovendo, per converso, essere stralciati dagli atti del giudizio le memorie ed i documenti depositati tardivamente, dei quali non si tiene conto ai fini del decidere. La conseguenza del mancato stralcio dagli atti del giudizio, da parte del giudice di primo grado, degli atti oggetto di deposito tardivo non può che attendere, una volta ch’esso li abbia più o meno espressamente utilizzati e posti a base della sua decisione, alla violazione del diritto di difesa e dell’ineludibile principio del contraddittorio.

In grado di appello non è possibile statuire se non in via del tutto astratta (ed in concreto priva di effettività) circa l’inutilizzabilità processuale delle memorie e dei documenti presentati tardivamente in primo grado; né è ipotizzabile una qualche decadenza del diritto della parte a far valere in secondo grado la violazione del diritto di difesa in suo danno perpetrata in prime cure sol per effetto della mancata

proposizione della relativa eccezione dinanzi a quel giudice, atteso che alla parte stessa non può in alcun modo imputarsi l'assenza di difese od un onere di conoscenza in ordine ad una intempestiva produzione avversaria (la cui tardività fa anche venir meno la relativa presunzione di conoscenza) e che una tale tesi contrasterebbe altresì con il pacifico carattere officioso del potere del giudice di considerare *tamquam non essent* le memorie ed i documenti presentati oltre i termini pacificamente perentorii, di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a.; il tutto a tutela del diritto di difesa costituzionalmente garantito e dunque del principio costituzionale del "giusto processo" (Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710).

La violazione del principio del contraddittorio determina la rimessione della causa, a norma dell'art. 105, comma 1, c.p.a., al giudice di primo grado.

RIMESIONE AL PRIMO GIUDICE

Consiglio di Stato, Sez. III, 14 maggio 2015, n. 2463 - Pres. Cirillo - Est. Noccelli

Nel caso in cui, a seguito di annullamento con rinvio della sentenza del giudice di primo grado, la nuova sentenza sia emanata da un Collegio cui facevano parte lo stesso presidente e lo stesso estensore che componevano il precedente Collegio, essa deve nuovamente essere annullata con rinvio.

Il T.A.R. per la Basilicata aveva ritenuto l'irricevibilità del ricorso volto all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione di un appalto.

Il Consiglio di Stato, rilevato che il contraddittorio in primo grado non era integro, aveva annullato la sentenza con rinvio.

Il T.A.R., dopo aver disposto l'integrazione del contraddittorio nel giudizio di rinvio, ha rigettato nuovamente il ricorso, anche sul presupposto della sua tardività, con argomentazioni pressoché coincidenti con quelle già espresse nella precedente sentenza. Soprattutto, la sentenza è stata pronunciata da un Collegio del quale facevano parte lo stesso presidente e lo stesso magistrato relatore/estensore che componevano il Collegio che pronunciò la precedente sentenza, già annullata con rinvio.

Il Consiglio di Stato, in accoglimento di apposito motivo di impugnazione, annulla nuovamente con rinvio la sentenza, in quanto il Collegio decidente doveva essere costituito da magistrati diversi da quelli che avevano costituito il Collegio che si era già espresso nel merito, sulla stessa *res iudicanda*.

Al riguardo, la Sezione rammenta che l'Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 2 del 25 marzo 2009, ha già chiarito, rivedendo l'orientamento precedentemente e prevalentemente seguito dalla giurisprudenza amministrativa, che l'alterità del giudice in sede di rinvio costituisce "applicazione del principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione, che ha 'pieno valore costituzionale in relazione a qualunque tipo di processo' (cfr.: Corte 21 marzo 2002 n. 78; Corte Cost. 3 luglio 2002 n. 305; Corte Cost. 22 luglio 2003 n. 262 cit.)" e che "in questa direzione l'esigenza di proteggere l'imparzialità del giudice impedisce che quest'ultimo possa pronunciarsi due volte sulla medesima *res iudicanda*, in quanto dal primo giudizio potrebbero derivare convinzioni preconstituite sulla materia controversa, determinandosi così, propriamente, un 'pregiudizio' contrastante con l'esigenza

costituzionale che la funzione del giudicare sia svolta da un soggetto 'terzo', non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto, ma anche sgombrato da convinzioni formatesi in occasione dell'esercizio di funzioni giudicanti in altre fasi del giudizio (Corte Cost. 12 luglio 2002 n. 335; Corte Cost. 22 luglio 2003 n. 262)".

Non colgono nel segno le obiezioni sollevate dalle parti appellate, secondo cui la mancata tempestiva riconsuazione del giudice da parte dell'odierna appellante impedirebbe, ai sensi dell'art. 51, n. 4, c.p.c., di proporre la relativa questione in appello, poiché, come pure ha chiarito l'Adunanza, si deve escludere l'applicabilità della disposizione di cui all'art. 51, n. 4, c.p.c., che fa obbligo al giudice di astenersi quando abbia già conosciuto della causa in un altro grado del processo, al caso di specie, allorché, cioè, sia lo stesso ufficio giudiziario che ha reso la pronuncia originaria a doversi pronunciare nuovamente nell'ambito dello stesso grado oggetto di riedizione anziché in seno ad un nuovo e diverso grado di giudizio.

Né, infine, ha alcun rilievo il fatto, pur evidenziato nella sentenza qui impugnata, che la sentenza di questo Consiglio non avesse espressamente disposto il rinvio della causa al T.A.R. in diversa composizione, poiché siffatto obbligo discendeva per il Collegio giudicante di primo grado dal principio *iura novit curia* e dalle regole processuali, ormai consolidate anche nel processo amministrativo, e consacrate dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria.

TERMINE PER RICORRERE

Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 aprile 2015, n. 1896 - Pres. Giaccardi - Est. Russo

La proroga del termine per impugnare di cui all'art. 41, comma 5, c.p.a., non si applica ai giudizi disciplinati dagli artt. 119 ss. c.p.a.

Un'impresa impugna il provvedimento di aggiudicazione di un appalto disposta a favore di concorrente con sede in un Paese membro dell'Unione europea.

Il T.A.R. dichiara irricevibile il ricorso, in quanto proposto oltre il termine di trenta giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione, respingendo le argomentazioni del ricorrente relative al prolungamento del termine di notifica ai sensi dell'art. 41, comma 5, c.p.a., secondo cui "il termine per la notificazione del ricorso è aumentato di trenta giorni, se le parti o alcune di esse risiedono in altro Stato d'Europa, o di novanta giorni se risiedono fuori d'Europa".

Il Consiglio di Stato conferma la decisione di prime cure, ritenendo infondata l'argomentazione dell'appellante secondo cui l'art. 41, comma 5, c.p.a. sarebbe applicabile a qualunque giudizio, anche a quelli di cui agli artt. 119 ss. c.p.a., nel quale almeno una parte a cui vada notificato il ricorso sia fuori dai confini italiani e la proroga in questione troverebbe cittadinanza nel codice e nei vari riti al pari delle previsioni di natura generale previste per la sospensione finale dei termini.

Il Collegio osserva che i giudizi disciplinati dall'art. 119 ss., c.p.a., sono stati inseriti dal Legislatore in un alveo di specialità rispetto ai precedenti, stante la peculiarità delle controversie trattate, alle quali si è abbinata una "corsia preferenziale" di trattazione e decisione, dettata dal carattere di speditezza e volta ad assicurare certezza e rapidità.

Sicché, ad avviso del Collegio, nelle controversie aventi ad oggetto l'affidamento di pubblici appalti, l'aumento di trenta giorni del termine per impugnare, ai sensi dell'art. 41, comma 5, c.p.a., non trova applicazione, perché il termine legale accelerato per l'impugnazione degli atti di gara non tollera deroghe ed è destinato a prevalere sulla disciplina generale dei termini processuali.

Del resto, gli strumenti a disposizione delle parti, nei limiti del dettato codicistico, sono molteplici, tra cui quello di notificare nei termini alla parte pubblica, per definizione avente sede in Italia, e semmai invocare la norma di cui all'art. 41, cit. esclusivamente per la notifica della parte privata residente all'estero, tenuto conto anche degli effetti sananti che l'eventuale costituzione della stessa nel giudizio di primo grado avrebbe spiegato.

ART. 120 C.P.A. E CONCESSIONE DI SERVIZI

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 9 aprile 2015, n. 5273 - Pres. Savo Amodio - Est. Lundini

L'art. 120 c.p.a. è applicabile anche nel caso di impugnativa del provvedimento di decadenza dell'aggiudicazione di una concessione di servizi.

Il ricorrente impugna il provvedimento di decadenza dell'aggiudicazione di una concessione di servizi, oltre il trentesimo giorno dalla conoscenza.

Il T.A.R. dichiara irricevibile il ricorso. In primo luogo, il Collegio osserva che la materia oggetto del giudizio è processualmente riconducibile al c.d. rito speciale degli appalti, sia perché le procedure ad evidenza pubblica debbono essere rispettate, nei limiti indicati dal D.Lgs. n. 163/2006, con riferimento all'affidamento di concessioni di servizi, sia perché anche gli atti di autotutela che rimuovono precedenti provvedimenti di affidamento ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 120 c.p.a.

Inoltre, la disciplina stabilita dall'art. 120 c.p.a., è applicabile anche agli atti di autotutela che abbiano ad oggetto i provvedimenti assunti nel corso di una procedura di affidamento relativa a pubblici lavori, servizi e forniture, come affermato in giurisprudenza (T.A.R. Milano n. 186/2014 e T.A.R. Roma n. 9264/2014, secondo cui la disciplina processuale di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a., è applicabile agli affidamenti di concessioni di servizi, giacché, sotto il profilo lessicale, se il rito speciale riguarda gli "atti delle procedure di affidamento" di pubblici servizi, appare logico che nel suo ambito di applicazione venga ricompreso anche l'atto di concessione del servizio stesso, nonché il suo il "contrarius actus" che ne dispone la revoca o l'annullamento).

Da ultimo, l'ultimo comma dell'art. 30, D.Lgs. n. 163/2006 prevede che alle concessioni di servizi si applichino le disposizioni della parte IV del codice dei contratti pubblici (rubricata "contenzioso") nella quale era ricompresa anche la disciplina del rito speciale prima della sua trasposizione nel codice del processo amministrativo: non si vede dunque perché la medesima disciplina, solo perché trasposta, debba essere diversamente interpretata.

OTTEMPERANZA NEI CONFRONTI DI PRIVATI

T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 16 febbraio 2015, n. 47 - Pres. Radesi - Est. Marzano

Il rimedio del ricorso in ottemperanza è azionabile esclusivamente al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato

Un Comune chiede l'ottemperanza di una sentenza di condanna all'esatto adempimento di una convenzione urbanistica nei confronti di un privato, instando altresì per la nomina di un Commissario *ad acta*.

Il T.A.R. ritiene il ricorso inammissibile, in quanto il rimedio del ricorso in ottemperanza è azionabile esclusivamente al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato, né è ipotizzabile la nomina di un Commissario *ad acta*, figura prevista dall'ordinamento per il caso di perdurante inerzia dell'amministrazione e non certo del privato, nei cui confronti sono esperibili differenti rimedi.

L'amministrazione è, infatti, dotata del generale potere di autotutela riconosciute dall'art. 21 *ter*, L. n. 241/1990, secondo cui "nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti [...]. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge". In particolare, l'adempimento delle obbligazioni di fare, poste a carico del privato dalla sentenza di condanna, può essere conseguito dall'amministrazione mediante l'esplicazione del potere ad essa attribuito di incidere sulla sfera del privato: potere che comprende la possibilità, in caso di inadempimento, di procedere all'esecuzione diretta della prestazione fungibile di *facere*, mediante la procedura di esecuzione in danno (cfr. Cass., Sez. III, 25 maggio 2007, n. 12231).

In tal caso l'obbligazione di fare posta a carico del privato si converte nell'obbligazione di rimborsare all'amministrazione le spese sostenute per l'esercizio del potere sostitutivo conseguente all'inerzia dell'obbligato.