

# L'esecuzione in materia di accesso e la legittimazione passiva nel giudizio di ottemperanza: ambito di efficacia soggettiva del giudicato.

**Autore:** Siracusa Sergio

**In:** Diritto amministrativo

1. Premessa; 2. L'accesso agli atti nella prospettiva comunitaria: la posizione del Consiglio di Stato (Adunanze Plenarie nn. 6 e 7 del 2006); 3. Dovere di esibizione degli atti di soggetti privati: profili processuali in tema di legittimazione passiva nel giudizio di ottemperanza (Cons. Stato, Adunanza Plenaria n. 5/05); 4. La ricostruzione dell'istituto dell'ottemperanza nella posizione della recente giurisprudenza (CGA R. Sicilia n. 42/2007); 5. Riflessioni critiche. Conclusioni.

1.

**Premessa.** Com'è noto nell'ordinamento processuale lo strumento del ricorso per ottemperanza risponde all'esigenza di garantire alla parte vittoriosa l'effettività del giudicato che abbia riconosciuta la fondatezza della pretesa e di vincere la resistenza dell'amministrazione ad uniformarsi alla stessa, chiedendo al giudice amministrativo l'adozione delle misure idonee a darne esecuzione.

Si tratta sostanzialmente di predisporre una tutela idonea ad assicurare alla parte la realizzazione concreta dell'utilità riconosciuta con il provvedimento giurisdizionale; su tale terreno la funzione dell'ottemperanza si qualifica su di un livello di potenziale equivalenza e quindi di concorrenza ed alternatività rispetto alle forme di esecuzione forzata previste nel codice di procedura civile mirando, queste come quella, al soddisfacimento concreto dell'interesse azionato dal ricorrente.

Invero la stessa giurisprudenza non ha mancato di sottolineare la possibile concorrenza dei due rimedi nel senso che entrambe, sia l'esecuzione forzata ordinaria secondo le forme del codice di procedura civile, sia l'esecuzione in sede amministrativa con il ricorso per ottemperanza, possono essere esperite anche contestualmente affinché le pretese trovino puntuale adempimento in via coattiva (1).

E tanto mette conto evidenziare anche a fronte della ontologica "policromia" del giudicato amministrativo il quale, avuto riguardo alla multiformità degli effetti prodotti - effetto demolitorio dell'atto annullato, effetto ripristinatorio dello status quo-ante, effetto inibitorio nei confronti dell'Amministrazione quanto alla possibilità di riproduzione dell'atto annullato - viene in rilievo nella fase dell'esecuzione principalmente per l'effetto conformativo nascente dal decum e direttamente incidente sul rapporto (2).

E tuttavia al di là della eterogeneità dei presupposti sostanziali-formali che condizionano l'esperibilità delle rispettive azioni e della differente natura giuridica dei due rimedi, va sottolineato come il novero delle possibili fattispecie di azionabilità alternativa/concorrenziale dei due strumenti si venga arricchendo di nuove ipotesi man mano che le differenze profonde e la linea di confine tra la natura pubblicistica/privatistica degli interessi regolati e sottesi alle due procedure esecutive, lungo la quale corre l'intima sostanza della differenza tra le stesse, si rimoduli e si configuri innovativamente alla luce del mutato assetto dei rapporti tra azione pubblica e sfera dei privati.

Tali considerazioni, per ciò che pertiene l'oggetto delle considerazioni che qui intendono svolgersi, possono riferirsi in particolare all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza in tema di accesso agli atti e - per effetto della novella introdotta dalla L. n. 15/05 in riforma dell'art. 22, L. n. 241/90 - nei confronti del soggetto privato, come sancita nella Giurisprudenza successiva alle innovazioni di cui alla citata L. n. 15/05 dalle pronunce del Consiglio di Stato, nella fondamentale Adunanza Plenaria n.5 del 5 settembre 2005, e dalla recente interessante pronuncia del Cga per la regione Sicilia in sede giurisdizionale n. 42 del 13.02.2007, che ridefinisce in chiave estensiva l'ambito della titolarità della legittimazione passiva nell'azione per esecuzione del giudicato in materia di accesso.

**2. L'accesso agli atti nella prospettiva comunitaria: la posizione del Consiglio di Stato (adunanze plenarie nn. 6 e 7 del 2006).** Invero una disamina sia pure sommaria sui profili più strettamente processuali connessi alla tematica dell'ottemperanza in tema di diritto di accesso - qui filtrata attraverso l'analisi circa i margini soggettivi di ampiezza nell'ammissibilità dello strumento volto a garantire effettività al diritto correlato - non può che prendere le mosse, quale necessario punto di partenza esegetico, dal profondo mutamento di concezione e rappresentazione della posizione soggettiva relativa all'accesso ex lege n. 241/90 indotto dal diritto comunitario e, segnatamente, da quel forte processo di valorizzazione dell'elemento sostanziale rispetto a quello formale che ha improntato il metodo seguito dalla CGCE nelle rinnovate qualificazioni delle situazioni giuridiche (3).

In questa prospettiva, volta a conferire pregnanza alla posizione di diritto sostanziale riconducibile

all'accesso, segnano un significativo grado di maturazione - e potremmo dire un punto di arrivo nel processo di rielaborazione della natura e della consistenza giuridica dell'accesso ex lege n. 241/90 - le Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato nn. 6 e 7 del 2006, le quali, sulla falsariga della tecnica di qualificazione comunitaria delle situazioni giuridiche, innovano rispetto al precedente orientamento risalente alla plenaria n. 16/1999, qualificando il diritto di accesso ai documenti amministrativi quale diritto soggettivo, sia pure strumentale alla tutela di un altro interesse (finale) giuridicamente rilevante, collegato ad un bene sostanziale della vita.

E tale impostazione rimane avvalorata "non solo dall'inclusione nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici (art. 117 Cost.), ma anche dal collegamento con una riforma di fondo dell'amministrazione, informata a principi di pubblicità e trasparenza, che si inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e all'attività amministrativa, da intendere quale condizione di conoscenza o conoscibilità strumentale alla piena ed effettiva tutela delle situazioni soggettive, sia pure nel contemperamento del principio della certezza dei rapporti amministrativi e della garanzia delle situazioni riconoscibili in capo ai controinteressati"(4).

Lungo il solco di tale impostazione, cioè ricollegando al diritto di accesso una valenza sostanziale in armonia con i principi comunitari ed in linea con il profondo processo di ripensamento dell'agere amministrativo, può ritenersi compiuto l'iter di ampliamento e valorizzazione dell'istituto fatto proprio dalla citata adunanza plenaria n. 5/2005, che aveva derivato dal rinnovato principio riformatore un significativo corollario concernente le sue proiezioni processuali, estendendo l'obbligo di ostensione e la correlata azione di ottemperanza anche ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico.

**3. Dovere di esibizione degli atti di soggetti privati: profili processuali in tema di legittimazione passiva nel giudizio di ottemperanza (Cons. Stato, Adunanza Plenaria n. 5/05).**Fatta tale breve premessa, ritenuta opportuna per rappresentare lo scenario di fondo in cui muovono le implicazioni di tipo giurisdizionale dell'istituto dell'accesso nel suo profilo esecutivo, al fine di delineare sul piano squisitamente processuale l'ambito della legittimazione passiva della domanda giudiziale in sede di ottemperanza, va precisato che l'obbligo di dare esecuzione al giudicato riguarda l'Amministrazione soccombente, ovvero quella cui la legge (statale o regionale) abbia trasferito medio tempore la competenza nella materia: in tal caso, in presenza dei relativi presupposti, il giudizio di ottemperanza può essere proposto nei confronti dell'Amministrazione oramai divenuta competente, da qualificare come legittimata passiva (5).

Come già anticipato quanto al tema dell'azionabilità in executivis del diritto di accesso ex lege n. 241/90, gli aspetti problematici dell'ammissibilità del rimedio dell'ottemperanza sono stati considerati, nelle nuove potenzialità innovative connessi alla riforma legislativa, dal Consiglio di Stato, nella ricordata Ad. Plen.n. 5 del 5/9/2005, all'indomani della novella L. 15/05, in riferimento al soggetto passivo del rapporto cui riferire l'obbligo pubblicistico di esibizione documentale.

La riscrittura dell'art. 22, lett. e), L. n. 241/90, operata dalla citata L. n. 15/05, chiariva come potesse intendersi per p.a. ogni soggetto di diritto pubblico o di diritto privato limitatamente all'attività di pubblico interesse (6), invero codificando un indirizzo giurisprudenziale venuto a consolidarsi sia relativamente agli organismi di diritto pubblico (7) sia con riguardo ai concessionari di pubblico servizio (8).

Su tali premesse il Supremo Consesso veniva chiamato a valutare se potessero ritenersi suscettibili di ampliamento i margini della nozione di autorità amministrativa prevista dagli art. 27 R.D. n. 1054/1924 e 37 L. n. 1034/1971 quale termine passivo del ricorso per ottemperanza onde riferire l'obbligo di consentire l'accesso agli atti - obbligo di evidente natura pubblicistica - anche al soggetto privato ancorché, nella fattispecie, succeduto per trasformazione ad un ente pubblico economico; tanto anche al fine di stimolare l'approccio nomofilattico del Consesso e provocare la composizione dei contrasti tra orientamenti giurisprudenziali formati, contrari, in alcuni casi, alla esperibilità dell'ottemperanza verso una società non-autorità amministrativa (9), e favorevoli, in altre ipotesi, all'ammissibilità dell'ottemperanza nei confronti del privato esercente pubblici poteri (10).

E proprio la motivazione rassegnata nella pronuncia da ultimo ricordata (11) offriva ai giudici di Palazzo Spada lo spunto problematico per la ricostruzione dei margini di operatività dell'ottemperanza.

La posizione della Adunanza Plenaria n. 5/05, invero molto esplicita, appare riflettere ed ispirare, ovvero tirare le somme ed al contempo indicare la direzione futura di quel progressivo abbandono dell'identificazione dell'attività pubblica come espressione di autoritatività dei pubblici poteri in favore della amministrazione intesa quale combinato dinamico di mezzi ed attività volte al perseguimento di pubblici interessi: "...le regole in tema di trasparenza si applicano oltre che alle pubbliche amministrazioni anche ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico ... e qualunque pretesa in tema di accesso fatta valere nei confronti di un soggetto tenuto a sottostare a tale obbligo va esercitata in sede cognitoria ed esecutiva innanzi al giudice amministrativo" .

Appare netta l'opzione ideologica verso "il superamento della teoria della corrispondenza biunivoca" tra ambito applicativo dell'istituto e natura autoritativa dell'attività svolta e quindi verso "il principio della piena corrispondenza tra attività finalizzata al perseguimento di pubblico interesse ed ambito di riferimento soggettivo dell'accesso" (12). E tuttavia tale approccio anche per quanto involge i profili sostanziali ed oltre che per le ricadute sul piano più strettamente processuale, sconta una certa difficoltà nel rigoroso inquadramento dei termini fondanti l'istituto dell'ottemperanza.

In prima analisi la principale perplessità destata da tale interpretazione (13) come rilevata anche in dottrina, muove dalla considerazione che l'art. 22 L. n. 241/90 nel qualificare in termini di amministrazione anche i soggetti privati - ancorché ai soli fini dell'assoggettabilità alla disciplina dell'accesso agli atti - non appare prestarsi ad una lettura capace di espandere la sua portata fino a fondare l'attribuzione in capo a detti soggetti di potestà di natura pubblicistica; ed è quindi evidente come, in difetto di norma espressa attributiva di poteri, un'interpretazione oltremodo estensiva della

norma consumerebbe uno strappo al principio di legalità, quand'anche inteso nell'accezione di legalità-indirizzo proposta della dottrina più recente, difficile da ricomporre in sede di esegesi sistematica (14).

Del pari sul piano puramente formale non sembra possibile lasciare rientrare nella nozione di "autorità amministrativa", così come delineata dall'art. 27, n. 4, del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, R. D. n. 1054/1924 e dell'art. 37, comma 3, della Legge Tar, n. 1034 del 6 dicembre 1971 per individuare l'ambito di legittimazione passiva del giudizio di ottemperanza, i soggetti privati destinatari degli obblighi di accesso, atteso che la stessa L. 241/90 riformata sottolinea come gli effetti delle definizioni dell'art. 22 vadano intesi esclusivamente "ai fini del presente capo", limitando l'operatività degli stessi al piano sostanziale ed ostacolando di fatto interpretazioni estensive della portata soggettiva della norma.

A fronte di tali obiezioni appare chiarissima tuttavia l'opzione interpretativa del Consiglio di Stato sull'ammissibilità dell'ottemperanza nei confronti di tutti i soggetti tenuti a consentire l'esercizio del diritto di accesso, pubblici o privati che siano, conseguente e coerente alla adesione alla logica della concentrazione in capo al Giudice amministrativo della doppia fase cognitoria/esecutiva delle controversie di competenza.

Ma soprattutto l'argomento che è apparso più convincente in dottrina è che tale interpretazione rimane sorretta da una lettura degli art. 27 T.U. Cons. Stato e art. 37 L. Tar fedele al canone costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost., (15) che soffrirebbe un evidente vulnus ove, accedendo a lettura differente, si ritenesse di dover limitare l'ammissibilità dell'ottemperanza nei confronti di tutti i soggetti non identificabili quali "autorità amministrativa", con la conseguenza di lasciare sprovviste di tutela esecutiva "una molteplicità di sentenze del giudice amministrativo prive di forza coercitiva che, non integrando titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. non resterebbero passibili di attuazione nemmeno in sede di giurisdizione ordinaria"(16).

**4. La ricostruzione dell'istituto dell'ottemperanza nella posizione della recente giurisprudenza (CGA per la Regione Sicilia n. 42/2007).** Orbene muovendo da tale autorevole precedente, di notevole rilievo vuoi per l'obiettivo perseguito di uniformare le applicazioni dell'ottemperanza in tema di esecuzione dei giudicati di accesso vuoi per l'apprezzata opera di rimodulazione di uno strumento duttile quale l'ottemperanza intorno alle istanze nascenti nella rinnovata realtà di una "amministrazione partecipata", appare di notevole interesse la recente decisione del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia n. 42/07 del 13/02/07 che perviene, quanto agli effetti, al medesimo approdo dell'Adunanza plenaria n. 5/2005 rovesciando tuttavia i presupposti logico-giuridici dell'ammissibilità dell'ottemperanza nei confronti dei privati per l'esecuzione dell'accesso agli atti; tanto offre peraltro ulteriori argomenti e spunti per considerare quello che potremmo forse definire il grado ed il limite di fungibilità tra gli strumenti esecutivi di natura processuale amministrativa e di tipo processualcivilistico, segnatamente sul terreno della alternatività tra l'ottemperanza e le forme dell'esecuzione per consegna o rilascio previste dal codice di procedura civile, oltre a disegnare una differenza funzionale tra i due schemi esecutivi desunta dalla consistenza dei poteri dei rispettivi ausiliari del Giudice all'interno dei due differenti procedimenti - commissario ad acta da un lato, ufficiale giudiziario e forza pubblica dall'altro

(17).

La citata decisione del consesso siciliano, si diceva, evidenzia un significativo mutamento di approccio nella ricostruzione del presupposto dell'ottemperanza nella misura in cui al centro della problematica non rinveniamo più quale punto qualificante la considerazione circa la natura pubblica o privata del soggetto tenuto a garantire esecuzione e conformarsi al comando giudiziale contenuto nel giudicato. In altri termini l'angolazione prospettica per le osservazioni in tema di esperibilità dell'ottemperanza nei confronti dei privati ed in tema di accesso agli atti non appare più di tipo soggettivo, come nel caso della motivazione che abbiamo visto supportare la decisione del Consiglio di Stato nella esaminata adunanza plenaria n. 5 del settembre 2005, bensì di tipo oggettivo avente cioè riguardo e considerazione della natura dell'attività deducibile.

L'elemento determinante nella ricostruzione del presupposto per l'azione di ottemperanza si identifica con il "dato oggettivo che l'adempimento si realizzi tramite ad attività correlabili (anche) all'esercizio di potere pubblico"(18).

L'enunciazione del principio è argomentata sulla base di una singolare analisi circa la natura degli adempimenti che sostanziano la concreta realizzazione della pretesa: "il giudizio di ottemperanza è ammesso per eseguire le sentenze emesse, ai sensi dell'art. 25, L. n. 241/90, nei confronti di un privato, atteso che il contenuto dell'attività finalizzata ad eseguirle importa l'esercizio di poteri pubblici - quelli della forza pubblica - che non rientrano nella competenza esclusiva dell'ufficiale giudiziario"; l'ammissibilità dell'ottemperanza si risolve nella individuazione di quali poteri diversi ed ulteriori rispetto a quelli dell'ufficiale giudiziario possono essere utilmente esercitati dal giudice amministrativo ovvero dal suo ausiliario commissario ad acta nei confronti di un soggetto privato tenuto ad uniformarsi al giudicato" (19).

L'indagine su quanto concretamente sostanzi l'esecuzione di una sentenza che affermi il diritto di accesso ex art. 25 L. n. 241/90 conduce ad una interessante lettura comparata tra le due giurisdizioni esecutive, realizzata attraverso il parallelo tra l'esecuzione ex art. 606 c.p.c. e il ricorso in ottemperanza: la equipollenza e la sostituibilità dell'una rispetto all'altra si suppone ampia e piena nel momento in cui si afferma condizionata dal solo fatto che l'attività della forza pubblica possa curare l'intero complesso di adempimenti esecutivi, ove cioè si tratti di affidare all'esecuzione il compimento di attività materiali (ricerca e consegna dei documenti); viceversa ove il complesso di atti volti a garantire esecuzione alla pretesa postuli il compimento di attività giuridiche riservate dalla legge alla competenza di altro organo (come nel pignoramento in cui solo l'ufficiale giudiziario è competente a creare il vincolo sui beni del debitore con l'ingiunzione ex art. 492 c.p.c.), tale sostituibilità non resterebbe ammissibile (20).

Ma circoscrivendo l'analisi alla ricaduta di tale interpretazione sull'aspetto della legittimazione passiva nel ricorso per ottemperanza altra e, riteniamo, ben più audace, è la conseguenza di tale impostazione: la esperibilità dello strumento di cui all'art. 27 T.U. 10541924 per l'esecuzione del giudicato in tema di accesso viene ritenuta anche nei confronti dei privati tutte le volte in cui è il contenuto dell'esecuzione

(oggettivamente pubblica quanto alla natura degli organi ed alle potestà da questi esercitati) a rimandare alla utilizzabilità del rimedio, quasi che la praticabilità dell'ottemperanza possa considerarsi un *posterior* che si qualifichi per ammissibile all'esito dell'indagine su natura e contenuti degli adempimenti necessari all'esecuzione.

In sostanza sarebbe la natura pubblicistica delle attività necessarie a realizzare il soddisfacimento dell'interesse azionato e consacrato dal giudicato a rilevare, determinando l'ammissibilità del rimedio dell'ottemperanza sol che (e sempre che) venga in considerazione l'espletamento di potestà pubbliche facenti capo a soggetti muniti di tale potestà, ancorché non necessariamente coincidenti con il soggetto, pubblico e/o privato, cui viene in concreto rivolto il comando contenuto nel giudicato: si potrebbe così arrivare a cogliere le estreme conseguenze di questa impostazione e sostenere che è l'interesse pubblicistico alla realizzazione della decisione, attraverso soggetti muniti di poteri pubblici, a fondare la giustificazione dell'ammissibilità del ricorso all'ottemperanza anche nei confronti dei soggetti cui non sarebbe formalmente riferibile "l'etichetta" di autorità amministrativa.

L'affermazione del principio muove con ogni probabilità dal condivisibile intento di favorire l'ammissibilità del rimedio per garantire la più ampia effettività possibile alle sentenze in tema di accesso. E tale intento mira a realizzare da un lato delineando i presupposti di omogeneità per considerare praticabili le due possibili forme di giurisdizioni esecutive, all'interno dei rispettivi limiti congeniti, segnati in via principale dal potere di coercizione dei privati che il G.A. evidentemente non ha; dall'altro disancorando i presupposti di ammissibilità dell'ottemperanza da rigide e formalistiche interpretazioni restrittive sia in tema di legittimazione passiva sia in tema di necessaria coincidenza tra il soggetto tenuto ad eseguire il comando e soggetto chiamato a curare i rispettivi adempimenti esecutivi.

**5. Riflessioni critiche. Conclusioni.** Tuttavia al di là della astratta condivisibilità delle soluzioni cui approda il ragionamento proposto (peraltro già affermate dalla decisione dell'adunanza plenaria da cui la motivazione prende le mosse) è proprio il discostamento dalla metodologia di esegesi seguita dal Consiglio di Stato n. 5/05 nella ricostruzione dei termini di ammissibilità dell'ottemperanza che appare negare all'impostazione seguita dal Cgars quella "legittimazione ideologica" derivante dalla adesione alla ratio profonda che è dato cogliere nella posizione espressa dall'adunanza plenaria.

Possiamo cioè ritenere che la ratio sottesa alle argomentazioni dell'ad.plen. n. 5/05 sia la stessa che ha attraversato il moto riformatore dal "procedimento" alla "azione" amministrativa, consentendo alla Giurisprudenza di abbattere in tema di accesso la barriera che ostava alla coercibilità delle statuizioni del G.A. nei confronti dei privati ed ammettendo la giurisdizione amministrativa esecutiva anche nei confronti di questi ultimi, in piena coerenza con un approccio sostanzialista di matrice e derivazione comunitaria nella individuazione della qualità di amministrazione in capo al soggetto tenuto all'esecuzione del comando giudiziale (21).

Peraltro, si è osservato, l'effettività della portata innovativa della novella apportata dalla L. n. 15/05 al Capo V della L. n. 241/90 si coglie compiutamente proprio "nella definitiva consacrazione del principio

della piena corrispondenza tra attività finalizzata al perseguimento di pubblici interessi e ambito applicativo del diritto di accesso” (22).

E, se questo è, la scissione operata nella pronuncia considerata tra soggetto pubblico/privato tenuto a sottostare al giudicato e soggetto/pubblico potere chiamato alla realizzazione dell’attività concretamente soddisfattiva dell’interesse dell’istante in ottemperanza, appare soffrire il distacco dal dato soggettivo della sostituzione dell’amministrazione nell’amministrazione e tradire l’intrinseca natura del giudizio di ottemperanza: il commissario ad acta operando in luogo della p.a. inadempiente riferisce a questa la sua attività inserendosi provvisoriamente nell’organizzazione amministrativa.

Anche la migliore dottrina ha chiarito che “il giudizio di ottemperanza si attua con intervento tipicamente sostitutorio, ma

che la sostituzione rimane possibile proprio perché si interviene nei confronti di un’amministrazione e lo stesso commissario ad acta, al di là delle possibili considerazioni sulla natura della funzione svolta, ha sempre avuto come giustificazione una fungibilità di ruoli all’interno dell’amministrazione”(23).

In altre parole un conto è ammettere che la nozione di autorità amministrativa richiesta dagli art. 27 R.D. n. 1054/1924 e art. 37 L. n. 1034/1971 possa essere interpretata con la necessaria elasticità e finire per ampliarsi sino al punto di lasciarvi ricomprendere tutta la fenomenologia di soggetti di natura privatistica eppure sostanzialmente “amministrativizzati” per effetto della robusta opera di destrutturazione dell’organizzazione e dell’azione del potere pubblico (24); altro è invece snaturare la funzione dell’ottemperanza e scomporre i contenuti dell’attività esecutiva correlabile al giudicato per inferire l’esperibilità dell’ottemperanza tutte le volte in cui si possa far eseguire ad un pubblico potere l’attività esecutiva senza che questa sia necessariamente riferibile soggettivamente alla parte soccombente in lite e sempre che si possa prescindere dall’intervento di organi tipici della sola esecuzione civile (ufficiale giudiziario).

Il giudizio di ottemperanza deve poter essere, dunque, serenamente utilizzato “in tutti i casi in cui il giudice amministrativo abbia pronunciato una sentenza di condanna all’esibizione di atti nei confronti di un soggetto con forma giuridica privata in ragione della natura sostanzialmente amministrativa dell’attività svolta, senza tuttavia comportare mutamenti della sostanziale pubblicità del soggetto” (25).

Del resto i margini della figura di ente pubblico e gestore di pubblico servizio espressamente utilizzata dalla L. n. 241/90 citata erano già stati da tempo erosi e dilatati “dall’alto” dal rilievo conferito anche ai fini del dovere di esibizione degli atti alla nozione comunitaria di “organismo di diritto pubblico”, che rinveniamo nelle già ricordate ad. Plen n. 5 e 6 del 2006 (26).

Piuttosto la fungibilità tra i rimedi potrà considerarsi valore aggiunto sul piano delle effettività delle tutele tutte le volte in cui il giudicato che sancisca un obbligo dell’amministrazione bisognevole di concreta attuazione valga a configurare in capo alla p.a. obbligo coercibile che possieda requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità, suscettibile quindi di esecuzione siccome capace di soddisfare i presupposti di cui



all'art. 474 c.p.c.

In conclusione, concordemente all'approdo ermeneutico della prevalente dottrina, ci sembra di poter escludere l'immanenza del principio di autoritatività nell'amministrazione e concludere privilegiando una chiave di lettura dinamico-evolutiva della formula "amministrazione" adoperata dal legislatore nel disegnare gli ambiti delle diverse giurisdizioni; il valore dirimente, la cartina di tornasole per apprezzare criticamente il profilo dell'ammissibilità degli strumenti tipici della giurisdizione amministrativa anche nei confronti dei privati appare essere ancora una volta quello stesso il principio di effettività della tutela (esecutiva), che il rinnovato assetto di rapporti pubblico-privato impone di considerare fondamentale livello di analisi dell'approccio critico circa il divenire degli istituti giuridici, vieppiù in un istituto di natura pubblicistica, quale il diritto di accesso, che integra banco di prova privilegiato dell'armonizzazione degli ordinamenti e delle organizzazioni delle amministrazioni nazionali intorno a principi di rango comunitario, sia sostanziali quali quelli di trasparenza delle amministrazioni e certezza dei rapporti giuridici (27), che processuali come, primo fra tutti, quello della equivalenza tra le giurisdizioni.

#### NOTE

1. Cfr. Tar Molise 539/06, in Foro Amm. Tar 2006, 6 2130.

2. Cfr. Tar Lazio, n. 342 del 18 gennaio 2007.

3. Cfr. E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2004, Parte I, cap. IV, par. B.

4. Ancora autorevole il contributo di E. Picozza, *Relazione illustrativa del Convegno di studi in onore di Alberto De Roberto "Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture"*, Venezia, dicembre 2006.

5.

Cons. Stato, sez. VI, 21.11.2006, n. 6818, richiamata infra nota 26; v. anche Cons. Stato, Sez. V, 10.09.1998, n. 1313, in Cons. Stato, 1998, I, 1296; Sez. VI, 16.05.1983, n. 352, in Cons. Stato, 1983, I, 572; Sez. VI, 28.02.1975, n. 103, in Cons. Stato, 1975, I, 185.

6. L. Morbelli, Accesso, ammissibilità dell'ottemperanza verso un privato, in riv. "Diritto e pratica amministrativa", 2007, n. 3, pp. 104-108, nota al Cgars n. 42/2007 (v. infra).
7. Cons. Stato, sez. V n. 4711, del 17.09.2002.
8. Cons. Stato, sez. VI n. 1683 del 16.12.1998.
9. Tar Calabria, Reggio C., n. 2317/00; Tar Puglia, Bari, n. 1910/03, sino al risalente Tar Campania, Napoli, sez. II n. 518/85.
10. Cons. Stato, sez. VI n. 3825/01, e soprattutto Cons.Stato, sez. VI n. 5624/01.
11. cit. Cons.Stato, sez. VI n. 5624 del 29.10.2001,
12. M.G. Della Scala, Diritto di accesso agli atti di un soggetto privato, nota a Cons. Stato, Ad. Plen. N. 5/05, in Foro Amm. CDS 2006, 3.
13. Come segnalate anche in dottrina in Morbelli, cit.; vedi anche contributi degli autori di cui infra nota sub 15.
14. In tema di disciplina applicabile agli enti privatizzati, cfr. gli autorevolissimi contributi di S. Cassese, Gli enti privatizzati come società di diritto speciale, in Giornale dir. amm., 1995, 1138 e ss.; V. Cerulli Irelli, Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile, in Ente pubblico ed enti pubblici, Torino, 1994, 93; ed ancora R. Garofoli, Le privatizzazioni degli enti in economia. Profili giuridici, Milano, 1998.
15. Conferma l'orientamento dell'adunanza plenaria n. 5/05 la recentissima Cons. Stato, sez. VI, n. 1119/07 che ancora il principio enunciato alla portata dell'art. 97 Cost.: "L'accesso ai documenti dei soggetti privati va riconosciuto solo in caso di svolgimento di attività di interesse pubblico e limitatamente agli atti funzionalmente inerenti alla gestione di interessi collettivi, per i quali sussiste l'esigenza di garantire il rispetto del principio di buon andamento, cui la trasparenza è funzionale. In pratica, la normativa sull'accesso ai documenti amministrativi ha il medesimo ambito di applicazione dell'art. 97 Cost. e riguarda, quindi, gli atti delle amministrazioni o di soggetti privati finalizzati alla cura dell'interesse pubblico e soggetti ai canoni di imparzialità e buon andamento", in rass. Giurisprudenza riv. Comuni d'Italia, n. 4/2007.
16. Ancora M. Della Scala, in cit. supra nota a Cons. Stato, Ad. Plen. N. 5/05; v. anche R. Proietti, nota a Cons. Stato n. 5/05 in D&G, 2005, 38; in relazione all'ottemperanza v. C. Cost. n. 435/95, in Foro It., 1995, I 2461; cfr. A Travi, L'esecuzione della sentenza, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di S. Cassese, V, Milano, 2003, 4605 e ss, 4656.

17. La linea di confine tra la natura delle azioni esecutive è stata oggetto di una recente pronuncia della Consulta che ha precisato “sono differenti e, quindi, non comparabili le azioni esecutive esperibili davanti al giudice ordinario secondo le norme di procedura civile, trattandosi di sentenze o di provvedimenti esecutivi che non richiedono l’esame di merito proprio del giudizio di ottemperanza”, C. Cost.n. 44/06.

18. L. Morbelli, cit., p. 104.

19. L. Morbelli, cit., p. 106.

20. Ancora citata nota a Cgars n. 42/07, supra note 18-19, pp. 106-107.

21. Cfr. F. Caringella, R. Garofoli, M. Sempreviva, L’accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali, Milano, 2003; cfr. anche S. Del Gatto, nota a Cons. Stato sez. V, n. 1303/02 in Foro amm., CDS, 2002, 705, Accesso agli atti delle società privatizzate e imparzialità della pubblica amministrazione.

22. Così M. G. Della Scala, cit., Diritto di accesso agli atti di un soggetto privato, Foro amm. CDS, 3, 2006.

23. A. Travi, Il giudizio amministrativo nei confronti di un privato, Foro It., 2002, III, 278, in L. Morbelli, op. cit., 107.

24. Vedasi recente Cons. Stato, sez. VI, n. 6818/06: “il termine autorità amministrativa richiamato nell’art. 37, comma 3, L. n. 1034/71, quando parla di ricorso per ottemperanza, anche se richiama un obbligo dell’autorità amministrativa di conformarsi al giudicato va inteso in senso lato, dovendosi ricomprendere in essa pure quel soggetto privato succeduto ad un soggetto pubblico e tenuto ad adempiere ad un giudicato amministrativo il quale consegue ad una sentenza pronunciata in un giudizio instaurato proprio nei confronti di un soggetto pubblico”.

25. Così ancora M. G. Della Scala, op. cit., v. supra nota 22.

26. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 4152/02, in Foro amm. 2002, 1817: la nozione comunitaria viene utilizzata oltre lo stesso ambito di disciplina cui è funzionale in ambiti quali la disciplina dell’accesso agli atti afferenti ad attività addirittura estranee alle materie delle gare pubbliche; cfr. M. Della Scala, cit.

27. Si ricordi in tema di accesso agli atti e trasparenza delle istituzioni comunitarie il regolamento CE n. 1049/2001, il quale si propone di fornire un diritto di accesso del pubblico in generale ai documenti delle istituzioni.

<https://www.diritto.it/l-esecuzione-in-materia-di-accesso-e-la-legittimazione-passiva-nel-giudizio-di-ottempe>

ranza-ambito-di-efficacia-soggettiva-del-giudicato/