

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che è possibile, in sede di ottemperanza di chiarimenti, modificare la statuizione relativa alla penalità di mora contenuta in una precedente sentenza di ottemperanza, ove siano comprovate sopravvenienze fattuali o giuridiche che dimostrino la manifesta iniquità della sua applicazione. Salvo il caso di sopravvenienze, non è possibile revisionare con effetti *ex tunc* i criteri di determinazione delle *astreinte* dettati in sede di ottemperanza, tuttavia, ove il giudice dell'ottemperanza non abbia fissato il tetto massimo della penalità e la vicenda successiva alla determinazione abbia fatto emergere, a causa della mancanza del tetto, la manifesta iniquità della misura, questo può essere individuato in sede di chiarimenti.

**Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza, 9 maggio 2019, n. 7 – Pres. Patroni Griffi, Est. Veltri**

**Giustizia amministrativa – Giudizio di ottemperanza – Statuizioni relative alla penalità di mora (c.d. *astreinte*) – Modifica in sede di giudizio sui chiarimenti – Ammissibilità – Condizioni**

*L'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:*

1) *è sempre possibile in sede di c.d. "ottemperanza di chiarimenti" modificare la statuizione relativa alla penalità di mora contenuta in una precedente sentenza d'ottemperanza, ove siano comprovate sopravvenienze fattuali o giuridiche che dimostrino, in concreto, la manifesta iniquità in tutto o in parte della sua applicazione (1);*

2) *salvo il caso delle sopravvenienze, non è in via generale possibile la revisione ex tunc dei criteri di determinazione della *astreinte* dettati in una precedente sentenza d'ottemperanza, sì da incidere sui crediti a titolo di penalità già maturati dalla parte beneficiata. Tuttavia, ove il giudice dell'ottemperanza non abbia esplicitamente fissato, a causa dell'indeterminata progressività del criterio dettato, il tetto massimo della penalità, e la vicenda successiva alla determinazione abbia fatto emergere, a causa proprio della mancanza del tetto, la manifesta iniquità, quest'ultimo può essere individuato in sede di chiarimenti, con principale riferimento, fra i parametri indicati nell'art. 614 bis c.p.c., al danno da ritardo nell'esecuzione del giudicato (2).*

(1, 2) I. – Con la sentenza in rassegna, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto che in sede di c.d. ottemperanza di chiarimenti è sempre possibile modificare la statuizione relativa alla penalità di mora contenuta in una precedente sentenza di ottemperanza, ove siano provate sopravvenienze fattuali o giuridiche che dimostrino la manifesta iniquità in tutto o in parte della sua applicazione. Inoltre, secondo il collegio, salvo il caso delle sopravvenienze, non è in generale possibile la revisione *ex tunc* dei criteri di determinazione dell'*astreinte* indicati in una precedente sentenza. Tuttavia, nell'ipotesi in cui il giudice

dell'ottemperanza non abbia esplicitamente fissato il tetto massimo della penalità e le vicende successive abbiano fatto emergere, a causa della mancanza del tetto, la manifesta iniquità della misura, questo può essere individuato in sede di chiarimenti con principale riferimento al danno da ritardo nell'esecuzione del giudicato.

II. – Nel caso oggetto della controversia, il Comune di Roma, nel 2005, aveva bandito una gara per l'individuazione del soggetto concessionario di un impianto sportivo comunale per la durata di 33 anni, con canone annuo pari ad euro 95.000,00. La graduatoria definitiva veniva impugnata dalla società sportiva seconda classificata che, all'esito del giudizio di primo grado (reso dal T.a.r. per il Lazio, sez. II, sentenza 30 ottobre 2007, n. 10656), ne otteneva l'annullamento a causa di un vizio invalidante l'intera procedura, per "*mancata predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte*".

Con la pronunzia di appello il Consiglio di Stato, sez. V (decisione 25 febbraio 2009, n. 1134, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2009, 468), in accoglimento dell'appello incidentale proposto dalla ricorrente in primo grado, ha parzialmente riformato la sentenza del T.a.r. rilevando che la concorrente prima classificata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la busta contenente la sua offerta era stata aperta, sia pure incidentalmente, prima di essere consegnata alla commissione giudicatrice; di conseguenza, veniva ordinata la riedizione della valutazione delle offerte da parte di una commissione diversamente composta, ferma restando l'esclusione della concorrente soccombente in giudizio.

Stante l'inerzia dell'amministrazione, con una prima decisione di ottemperanza (Consiglio di Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3205) il giudice amministrativo fissava un termine di 60 giorni per l'adempimento, contestualmente nominando un commissario *ad acta*; il Comune, a questo punto, provvedeva effettivamente a completare la procedura di gara, aggiudicandola all'originaria ricorrente, ma successivamente tornava sui propri passi (con un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione) e si asteneva dall'immetterla nella disponibilità del bene.

Con nuova decisione di ottemperanza (20 dicembre 2011, n. 6688), la Sezione dichiarava la nullità dell'atto di revoca dell'aggiudicazione (configurandolo quale atto elusivo del giudicato) e ordinava all'amministrazione di porre in essere tutto quanto necessario a garantire l'effettiva disponibilità dell'area in capo alla ricorrente; applicava, altresì, la sanzione di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a., qualificandola come "*misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, modellata sulla falsariga dell'istituto francese dell'astreinte, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice*", misura avente "*finalità sanzionatoria e non risarcitoria in quanto non mira a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza ma vuole sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento*".

In punto di quantificazione della sanzione, il Collegio ha giudicato congrua *“la misura, commisurata al canone di concessione, di 300 euro al giorno”* stabilendone, peraltro, un accrescimento progressivo, *“in caso di prolungamento dell’inottemperanza, nella misura del 50% ogni quindici giorni”*: e così, *“in caso di perdurante inadempimento allo spirare dei quindici giorni iniziali, la sanzione sarà computata, per i quindici giorni successivi, nella misura di 450 euro (300+150) mentre sarà di 675 (450+225) nei quindici giorni ancora posteriori e così via seguitando”*.

Nonostante ciò, perdurava l’inerzia dell’amministrazione. Come successivamente accertato in giudizio, l’inerzia proseguiva fino alla data del 17 giugno 2013, giorno in cui è stato avviato lo sgombero dell’area a beneficio della società beneficiaria, la quale *“ingiustificatamente ne aveva rifiutato la presa in consegna”*. All’esito di un ulteriore ricorso in ottemperanza, peraltro, la Sezione (con ordinanza 2 ottobre 2018, n. 5641) nominava un nuovo commissario *ad acta* e precisava a quanto ammontava l’importo massimo della penale ormai maturata, ossia alla somma pari ad euro 15 milioni *“avendo la parte ricorrente espressamente limitato a tale ultima somma la propria pretesa”*.

Il Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 4 marzo 2019, n. 1457 (oggetto della News US, n. 30 del 20 marzo 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti) rilevava che *“l’esecuzione della sentenza d’ottemperanza n. 6688 applicando senz’altro i meri parametri aritmetici di cui vi si fa menzione, [...] condurrebbe oggi a un risultato pratico la cui anomalia per eccesso chiunque non può mancare di rilevare”*. A fronte del ritardo complessivamente maturato, quella formula matematica condurrebbe, infatti, ad un importo *“pari all’iperbolica cifra di oltre 7,5 miliardi di Euro”*: il che, si precisa, *“eccede manifestamente da ogni relazione rispetto al ritardo dell’adempimento”*. Ma anche la somma di euro 15 milioni indicata dall’ordinanza n. 5641 del 2018 (comunque conseguente ad una scelta della parte beneficiaria che si era resa conto della abnormità della pretesa ed aveva autolimitato il *quantum*) sarebbe *“assai ragguardevole, tanto più se paragonata al parametro – utile a orientare la valutazione, anche traendo spunto dall’art. 614-bis, comma 2, Cod. proc. civ. – del valore della concessione”*, con evidente *“abnormità del risultato”*, *“difficilmente giustificabile tanto in termini sistematici, quanto nella prospettiva funzionale degli interessi sostanziali coinvolti”*. Sottoponeva, pertanto, all’Adunanza plenaria i seguenti quesiti, ai sensi dell’art. 99, comma primo, c.p.a., stante la presenza di un contrasto di giurisprudenza:

- a) *“se e in quali termini sia possibile in sede di c.d. “ottemperanza di chiarimenti” modificare – anche alla luce dei principi di diritto affermati da Cons. Stato, Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15 – la statuizione relativa alla penalità di mora contenuta in una precedente sentenza d’ottemperanza”*;
- b) *“se e in che misura la modifica di detta statuizione possa incidere sui crediti a titolo di penalità già maturati dalla parte beneficiata”*.

III. – L’Adunanza plenaria ha osservato che:

- c) *l'astreinte*, in conformità con l'orientamento già espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 15, del 25 giugno 2014, in *Foro it.*, 2016, III, 99, con nota di G. CORDOVA):
- c1) è una *“una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadrabile nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice”*,
  - c2) si risolve in un *“meccanismo automatico di irrogazione di penalità pecuniarie in vista dell'assicurazione dei valori dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale a fronte della mancata o non esatta o non tempestiva esecuzione delle sentenze emesse nei confronti della pubblica amministrazione e, più in generale, della parte risultata soccombente all'esito del giudizio di cognizione”*;
  - c3) è proiettata verso il futuro in funzione compulsoria di un adempimento della parte pubblica, ma è applicabile solo una volta che l'inadempimento si sia concretizzato, rendendo illecito il comportamento;
  - c4) analogamente a quanto previsto dall'art. 614-bis c.p.c., la misura prevista dall'art. 114, quarto comma, lett. e), c.p.a. (la quale si differenzia dalla prima per il diverso ambito di applicazione, non trovando applicazione la misura prevista dal codice di procedura civile in caso di obbligazioni pecuniarie) si aggiunge e non si sostituisce all'eventuale danno cagionato dall'inosservanza del precetto giudiziale;
- d) sotto il profilo più strettamente processuale, mentre nell'ordinamento civilistico la competenza funzionale a pronunciare *l'astreinte* appartiene al giudice della cognizione, coerentemente con la considerazione che il processo esecutivo è istituzionalmente deputato non all'accertamento o alla creazione di nuovi diritti in capo ai soggetti che ne sono parti, bensì all'attuazione dei diritti descritti nel titolo esecutivo, in quello amministrativo la penalità di mora è invece comminata dal giudice in sede di ottemperanza con la sentenza che accerta il già intervenuto inadempimento dell'obbligo posto dal comando giudiziale. Sul punto:
- d1) secondo un orientamento, il giudice amministrativo sarebbe già titolare in sede di cognizione, ai sensi dell'art. 34, primo comma, lett. c) ed e), c.p.a., dei poteri che generalmente gli competono in sede di ottemperanza. *“Infatti l'art. 34, lett. e), c.p.a., nel descrivere i possibili contenuti delle sentenze di merito, contempla anche l'adozione delle 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. Nell'ampia formulazione sarebbe suscettibile – secondo tale tesi –*

*anche il potere di condannare la parte soccombente al pagamento di una somma di denaro a titolo di penalità di mora”;*

- d2) secondo una diversa ricostruzione, invece, l’assegnazione di un simile potere al giudice dell’ottemperanza non potrebbe desumersi dall’art. 34, lett. e), c.p.a., il quale si limita a citare espressamente il solo potere di nomina del commissario *ad acta*, né l’art. 114, quarto comma, lett. e), c.p.a. potrebbe essere interpretato estensivamente posto che solo il giudice dell’ottemperanza sarebbe in grado di conoscere i fatti avvenuti dopo il provvedimento di condanna e, quindi, di calibrare la misura della penalità di *mora* alla luce delle vicende successive alla sentenza di merito;
- d3) la tesi restrittiva non convince, in quanto: l’art. 34 c.p.a. non restringe le misure attuative del giudicato pronunciabili in sede di cognizione, ma ha la finalità di ampliarle, prevedendo anche la possibilità di ricompredervi la nomina del commissario *ad acta* che è la più penetrante delle misure; nella fase di cognizione si compie l’accertamento della lesione della pretesa e delle modalità di realizzazione coattiva della riparazione e, in ogni caso, l’anticipazione della misura attuativa del giudicato alla fase di cognizione non impedisce che essa possa rimodularsi in sede di ottemperanza. Pertanto, il codice del processo amministrativo offre *“sufficienti spunti per sostenere che anche nel giudizio amministrativo di cognizione possano essere comminate le astreintes”*;
- e) con riferimento al rapporto tra le sopravvenienze e la sentenza che abbia disposto l’*astreinte*:
  - e1) il giudizio di ottemperanza presenta un contenuto composito, entro il quale convergono azioni diverse, talune riconducibili all’attuazione del comando giudiziale e alla concretizzazione dei suoi effetti conformativi, altre di mera esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata nei confronti della pubblica amministrazione, altre ancora aventi natura di cognizione;
  - e2) il regime di stabilità della decisione adottata in sede di ottemperanza non può che seguire la natura composita dei relativi contenuti e differenziarsi in relazione ad essi. Così, ad esempio, la declaratoria di nullità di eventuali atti emanati in violazione o elusione del giudicato, costituisce un’ipotesi in cui la sentenza ha un contenuto di accertamento, integrativo della sentenza ottemperanda, come tale suscettibile di passare in giudicato;
  - e3) le statuizioni accessorie di carattere meramente strumentale alla materiale esecuzione del precetto, cristallizzatosi a seguito della fase di

cognizione e di attuazione, attivano strumenti surrogatori o compulsori, la cui unica funzione è di garantire il principio di effettività della tutela consacrato all'art. 1 c.p.a.;

- e4) l'effettività della tutela è principio che rende inutilizzabile il concetto di giudicato nei confronti delle statuizioni strumentali alla materiale esecuzione, in considerazione del loro continuo e fisiologico raccordo con *"l'evoluzione dei fatti pertinenti, sì che l'efficacia funzionale in relazione all'obiettivo pratico di conformare la situazione di fatto alla situazione di dichiarato diritto possa essere sempre monitorata e salvaguardata, a tutela del creditore e nel rispetto dell'interesse pubblico cui l'attribuzione del potere amministrativo, oggetto del giudicato, è correlata, radicandosi pertanto nel permanente potere del giudice di controllo e di governo dello svolgersi della fase esecutiva, che si consuma solamente ad avvenuta esecuzione del giudicato"*;
- e5) ne discende che tutte le volte in cui le misure strumentali, surrogatorie o compulsorie, siano incise nella loro efficacia da fatti o circostanze sopravvenute, esse debbano poter essere ricalibrate dal giudice dell'ottemperanza in modo da preservarne il nesso di strumentalità, come ad esempio in ipotesi di temporanea o definitiva inesigibilità della prestazione secondo l'ordinaria diligenza;
- e6) l'ordinamento non tollera spostamenti patrimoniali in assenza di una valida causa, anche qualora la fonte di tale spostamento sia una sentenza. Ne discende che l'autorità giudiziaria è competente a svolgere un controllo successivo del precetto ove le sopravvenienze rendano lo sviluppo della condanna nel tempo non più coerente con la sua funzione, in senso sostanzialmente analogo a quanto previsto dall'art. 1384 c.c. in tema di clausola penale;
- e7) l'insediamento del commissario *ad acta*, integrando una ipotesi di impossibilità soggettiva sopravvenuta che rende non più funzionale e utile l'*astreinte*, ne impone la soppressione *ex nunc*. Ne discende che *"l'esigenza di una modifica in itinere dell'astreinte è insita nei principi dell'ordinamento, nella peculiare configurazione del processo di ottemperanza, ed è il frutto del carattere necessariamente condizionato della condanna, del novero e della modulazione degli strumenti attuativi a disposizione del giudice"*;
- e8) il potere di conoscere delle questioni inerenti agli atti del commissario *ad acta*, previsto dall'art. 114, sesto comma, c.p.a., e il potere di fornire chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, anche su richiesta del commissario, costituiscono elementi che confermano l'esigenza che il

giudice dell'ottemperanza continui a mantenere il governo delle statuizioni di carattere strumentale;

- f) per quanto concerne la possibilità di riformare con effetto *ex tunc l'astreinte*, tale da travolgere gli atti di esecuzione forzata nelle more avviati dal creditore;
- f1) deve essere, in primo luogo, escluso che la misura possa essere oggetto di un atipico gravame, idoneo a condurre a un riesame sotto il profilo dell'equità dei contenuti della condanna, nonché a un revisione della stessa. *“A ciò osta, non tanto il “giudicato”, atteso che come sopra visto la statuizione è sicuramente suscettibile di adeguamento rispetto alle sopravvenienze, quanto l'esigenza di certezza e conseguente stabilità e irretrattabilità dell'astreinte, indispensabile perché essa possa svolgere efficacemente la sua funzione compulsoria”*;
  - f2) la misura è proiettata al futuro, condizionata al comportamento inadempiente del debitore e può logicamente scomporsi in una fase in cui vige una minaccia in funzione compulsoria, a prevenzione di un ipotetico adempimento, e in una seconda fase in cui la minaccia diviene, sulla base della constatazione del comportamento concretamente manifestato dal debitore, una sanzione;
  - f3) sebbene, a differenza dell'ordinamento francese, non sia prevista nel nostro ordinamento una doppia fase di valutazione, questa è comunque necessaria quando gli eventi successivi abbiano determinato una sopravvenuta iniquità della sanzione;
  - f4) *“La sanzione, a differenza della minaccia, necessita di controllo e rivalutazione al fine di assicurarne la correlazione all'effettivo e colposo inadempimento e scongiurarne la non manifesta iniquità in concreto. Quando da tale nuova valutazione, fatta ex post, derivi la necessità di una riduzione o di una parziale elisione della sanzione, le conseguenze possono ben incidere sull'efficacia del titolo esecutivo già formatosi, posto che l'efficacia di titolo esecutivo non è affatto incompatibile con il carattere precario dello stesso”*;
  - f5) i chiarimenti sono la sede naturale ove valutare le sopravvenienze;
- g) anche a prescindere dalle sopravvenienze, in alcuni specifici e circoscritti casi in cui è mancata la valutazione di non manifesta iniquità e la fissazione di un tetto massimo cui riferire la valutazione suddetta, è necessario un presidio di garanzia e controllo del giudice dell'ottemperanza, utile a evitare che l'evoluzione del meccanismo di calcolo provochi uno snaturamento dell'*astreinte* privandolo di ogni collegamento con i parametri oggettivi di cui agli artt. 614 *bis* c.p.c. e 114 c.p.a. e, di fatto, trasformandola in un trasferimento coattivo di ricchezza senza causa;

- g1) nel caso di specie, il calcolo della misura ha prodotto risultati eccedenti la somma richiesta dal ricorrente nel giudizio di ottemperanza, raggiungendo cifre iperboliche e sganciate dal valore della controversia;
  - g2) una condanna ipotetica che non fissi l'ammontare massimo diviene fonte di sproporzionata e iniqua locupletazione del privato in danno della controparte e si pone in contrasto con i principi cardine di garanzia in materia sanzionatoria, applicabili anche all'*astreinte*, mutuabili da quelli penali;
  - g3) nel giudizio amministrativo, l'esigenza della fissazione del tetto massimo e della sua ponderata valutazione è ancora più avvertita in quanto il ricorrente insoddisfatto ha comunque a disposizione l'alternativa del commissario *ad acta*, un rimedio surrogatorio potenzialmente idoneo a conferirgli lo specifico bene della vita cui effettivamente aspira;
  - g4) *"la fissazione del tetto massimo della penalità e la valutazione, da parte del giudicante, della relativa non manifesta iniquità, è dunque, nell'ottica sopradetta, elemento assolutamente necessario ed ineludibile"*;
- h) i parametri oggettivi per la sua fissazione possono ricavarsi dall'art. 614 *bis* c.p.c., disposizione che esprime regole e criteri comunque ricavabili dai principi generali dell'ordinamento e quindi applicabili anche al giudizio amministrativo;
- h1) ai sensi di tale disposizione *"il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile"*;
  - h2) gli indici parametrici indicati nella norma costituiscono un limite alla discrezionalità del giudice e conferiscono alla sanzione i caratteri della predeterminabilità e prevedibilità, contribuendo a prevenire possibili arbitri nell'esercizio della funzione giudicante e sono espressione di un principio generale;
  - h3) l'assenza di un puntuale richiamo della disposizione processualcivilistica nell'art. 114 c.p.a. non si traduce nella inapplicabilità dei criteri ivi previsti nel processo amministrativo, ma discende dal fatto che l'impregiudicata possibilità della nomina di un commissario *ad acta*, abilitato a conferire al privato interessato la specifica utilità che la sentenza gli ha riconosciuto, sottende una limitazione della tutela compulsoria oltre quanto necessario alla ragionevole cura dell'interesse creditorio. *"In ciò sta l'essenza del criterio della non manifesta iniquità, da considerarsi ulteriore e peculiare rispetto agli indici operanti in via generale a limitazione della discrezionalità del giudicante, quando essi portino all'applicazione di un astreinte che, proprio in*



*relazione alla sempre percorribile e risolutiva alternativa surrogatoria, potrebbe rilevarsi in concreto iniqua”;*

- h4) tale orientamento è confermato dall’art. 1, comma 781, lett. a), l. 28 dicembre 2015, n. 208, ai sensi del quale *“Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell’ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali”*. *“Il riferimento agli interessi legali, quale esempio di penalità di mora non manifestamente iniqua, è dunque illuminante anche per le obbligazioni di facere diverse da quelle pecuniarie, indicando un criterio guida che a ben vedere è selezionato in via prioritaria tra quelli enucleati dall’art. 614 bis cpc, costituito dal riferimento al danno da ritardo nell’acquisizione della disponibilità del bene della vita, sebbene a titolo di mero parametro stante la natura pacificamente sanzionatoria dell’astreinte, e ferma restando, naturalmente, la possibile concorrenza di un diverso e maggior danno (anche) da ritardo”;*
- i) l’importo massimo è comunque profilo essenziale e indefettibile della misura sicché il giudice dell’ottemperanza deve porsi, in sede di determinazione dell’*astreinte*, il tema del valore tendenzialmente massimo della stessa, sul quale compiere la valutazione di non manifesta iniquità, oltre che di quello minimo su base giornaliera;
- j) nei casi in cui non sia stato fissato l’importo massimo, la valutazione di non manifesta iniquità *“deve poter essere recuperata alla luce del principio della necessità e immanenza della soglia massima; immanenza che ne rende determinabile il limite anche ex post”*, in sede di reclamo o di chiarimenti, con l’ausilio del riferimento al parametro del danno da ritardo e delle indicazioni in tal senso fornite dalle parti;
- k) *“non si tratta di un riesame della valutazione equitativa innanzi fatta, o di un gravame sotto mentite spoglie, ma della richiesta di applicazione di un tetto massimo e della correlata valutazione di non manifesta iniquità originariamente omessa, che si rende necessaria alla luce della situazione di fatto quale concretamente determinatasi a seguito delle vicende successive alla determinazione originaria dell’astreinte. Non c’è modifica del criterio progressivo o degli importi, ma fissazione del limite oltre il quale l’astreinte non può andare, pena lo snaturamento e la sua inapplicabilità”*.

IV. – Per completezza si segnala che:

- l) Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 4 marzo 2019, n. 1457 cit. ha rimesso all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione definita dalla sentenza in commento;
- m) sulla natura e sulle funzioni dell'*astreinte*, l'Adunanza plenaria n. 15 del 2014 cit. ha precisato tra l'altro che:
  - m1) nel processo amministrativo l'*astreinte*, salva diversa valutazione del giudice, può essere di immediata esecuzione, in quanto è sancita da una sentenza che, nel giudizio d'ottemperanza di cui agli art. 112 ss. c.p.a., ha già accertato l'inadempimento del debitore;
  - m2) le *astreintes* disciplinate dal codice del processo amministrativo presentano, almeno sul piano formale, una portata applicativa più ampia rispetto a quelle previste nel processo civile, in quanto non si è riprodotto nell'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a., il limite della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile;
  - m3) il codice del processo amministrativo prevede, accanto al requisito della mancata esecuzione della sentenza e al limite negativo della manifesta iniquità, l'ulteriore presupposto negativo consistente nella ricorrenza di "ragioni ostative" (cfr. anche, in analoghi sensi, la sentenza del Cons. Stato, sez. IV, n. 1821 del 9 aprile 2015, in *Foro it.*, 2016, III, 99, con nota di CORDOVA);
- n) sulle *astreintes*, cfr., in giurisprudenza, la ricostruzione offerta da Cons. giust. amm. reg. sic., 22 gennaio 2013, n. 26 (in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 656, con nota di CORTESE), secondo cui, in prospettiva generale, occorre distinguere:
  - n1) l'azione di risarcimento del danno legato all'inadempimento di un'obbligazione (c.d. responsabilità contrattuale) o all'esistenza di un danno ingiusto cagionato da un fatto doloso o colposo ex art. 2043 c.c. (c.d. responsabilità aquiliana) che deve essere allegato e provato;
  - n2) le pene private che sono quelle minacciate e applicate dai privati nei confronti di altri privati e che trovano la loro fonte o in un contratto oppure in uno *status*;
  - n3) le sanzioni civili indirette che sono misure afflittive di carattere patrimoniale previste dalla legge ed applicate dall'autorità giudiziaria;
  - n4) i danni punitivi che negli ordinamenti di stampo anglosassone hanno lo scopo di punire il danneggiante per un fatto grave e riprovevole aggiungendosi alle somme riconosciute al danneggiato per risarcire il pregiudizio effettivamente subito;

- n5) e pertanto, *“a fronte delle tesi che qualificano l’istituto disciplinato dall’art. 114, c. 4, lett. e), c.p.a. o come forma di risarcimento forfettario e anticipato del danno da quantificare sempre con riferimento all’accertamento di un effettivo pregiudizio subito dal danneggiante o come eccezionale previsione di danni punitivi, è preferibile la tesi che lo inquadra tra le sanzioni civili indirette (anche perché in tema di esecuzione di giudicato è pacifico che la posizione è di diritto soggettivo) così conseguentemente permettendo (ed imponendo) al giudice di riferirsi nella sua determinazione anche alla posizione vantata dal ricorrente”;*
- o) di recente, inoltre, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare:
- o1) che *“La penalità di mora (c.d. astreinte), avendo natura sanzionatoria, decorre dal giorno della comunicazione in via amministrativa e/o notificazione del provvedimento contenente l’ordine di pagamento formulato dal giudice”* (così Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 2016, n. 469, in *Foro it.*, 2016, III, 154, con nota di CORDOVA): in sostanza, quindi, non si può far decorrere la penalità di mora da un momento antecedente rispetto alla pronuncia di ottemperanza, in quanto l’*astreinte* viene disposta dal giudice dell’ottemperanza, su istanza di parte, in seguito all’accertamento dell’inadempimento e della perdurante non esecuzione del giudicato da parte del soggetto resistente; d’altra parte, se gli effetti della penalità di mora venissero anticipati al momento in cui l’amministrazione, già nel corso del giudizio di ottemperanza, risulti inadempiente, verrebbe meno la funzione di stimolo all’adempimento che è proprio dell’istituto in esame (come è stato riconosciuto anche dalla già cit. decisione dell’Adunanza plenaria n. 15 del 2014);
  - o2) che *“Le sentenze del giudice amministrativo non passate in giudicato, ove non sospese, sono esecutive e passibili di essere eseguite con il rimedio dell’ottemperanza; tuttavia, rispetto ad esse lo strumento dell’astreinte previsto dall’art. 114, 4° comma, lett. e), c.p.a. non trova applicazione, in quanto ammesso solo per l’esecuzione di una sentenza passata in giudicato”* (così Cons. Stato, sez. IV, sent. 10 maggio 2018, n. 2815, in *Foro it.*, 2018, III, 446, con nota di CORDOVA);
  - o3) che *“In tema di penalità di mora spetta al giudice dell’ottemperanza, dotato di un ampio potere discrezionale sia in sede di scrutinio delle esimenti previste dall’art. 114, 4° comma, lett. e), c.p.a. che in sede di determinazione dell’ammontare della sanzione, verificare se le circostanze addotte dal debitore pubblico assumano rilievo al fine di negare la sanzione o di mitigarne l’importo; le astreintes, tenuto conto della loro funzione sollecitatoria e non risarcitoria, decorrono dalla comunicazione o notificazione della sentenza di ottemperanza che*

*dispone il pagamento e non da un momento anteriore”* (così Cons. Stato, sent. n. 1444 del 2016, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 732);

- p) in dottrina, per una ricostruzione generale del tema sulle *astreintes*, cfr. QUARANTA – LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 901 ss.; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, cit., 1749 ss., la quale ricorda che, secondo l’opinione più diffusa, l’avvenuta introduzione di tale strumento nel giudizio di ottemperanza *“ne abbia alterato la natura, atteso che il giudizio di ottemperanza è stato tradizionalmente connotato da una coazione diretta (c.d. esecuzione surrogatoria, mediante nomina del commissario e sostituzione della p.a. inadempiente), in contrapposizione ai modelli di giudizi esecutivi connotati da una coazione indiretta (c.d. modello compulsorio), mediante astreinte (così nel processo esecutivo francese, tedesco e spagnolo nei confronti della p.a.). Viene pertanto creato un ‘sistema misto’ in cui il ‘modello compulsorio’ si aggiunge e non sostituisce il modello di ‘esecuzione surrogatoria”*;
- q) nel senso della natura composita del giudizio di ottemperanza si veda Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2 (in *Foro it.*, 2014, III, 712, con nota di TRAVI), secondo cui, nell’ambito del giudizio di ottemperanza, convergono azioni diverse, *“talune riconducibili alla ottemperanza come tradizionalmente configurata; altre di mera esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata nei confronti della Pubblica Amministrazione; altre ancora aventi natura di cognizione, e che, in omaggio ad un principio di effettività della tutela giurisdizionale, trovano nel giudice dell’ottemperanza il giudice competente, e ciò anche a prescindere dal rispetto del doppio grado di giudizio di merito”*;
- r) sulla natura e i limiti del ricorso per chiarimenti *ex art. 112*, comma 5, c.p.a. cfr., di recente, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2141 del 9 aprile 2018 (in *Foro it.*, 2018, III, 302, con nota di TRAVI), la quale, dopo aver offerto un’esaustiva ricostruzione generale delle posizioni che si contrappongono attualmente in giurisprudenza, si è dichiarata in disaccordo con la tesi secondo cui la decisione resa in sede di richiesta di chiarimenti sarebbe idonea al giudicato e, dunque, se resa nel corso del giudizio di primo grado, sempre appellabile; al riguardo, ha richiamato i seguenti argomenti:
- r1) la c.d. ottemperanza di chiarimenti costituisce un mero incidente sulle modalità di esecuzione del giudicato — utilizzabile quando vi sia una situazione di incertezza da dirimere che impedisce la sollecita esecuzione del titolo esecutivo — e non un’azione o una domanda in senso tecnico: essa non può, allora, trasformarsi in un’azione di accertamento della legittimità o liceità della futura azione amministrativa, né in un’impugnazione mascherata, che porti di fatto a stravolgere il contenuto

della pronuncia, la quale non può più venire riformata né integrata dal giudice dell'ottemperanza ove la pretesa avanzata sia de plano ricavabile dal tenore testuale della sentenza da eseguire;

- r2) i quesiti interpretativi sottoponibili al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 112, comma 5, e dell'art. 114, comma 7, c.p.a., devono attenere alle modalità dell'ottemperanza e devono avere i requisiti della concretezza e della rilevanza, non potendosi sottoporre al giudice dell'ottemperanza questioni astratte di interpretazione del giudicato, ma solo questioni specifiche che siano effettivamente insorte durante la fase di esecuzione del giudicato;
- r3) sul piano logico, vi è la necessità di non frammentare la disciplina della richiesta di chiarimenti distinguendo quelli sollecitati dalle parti (art. 112, comma 5, c.p.a.) da quelli formulati dal commissario *ad acta* (art. 114, comma 7, c.p.a.);
- r4) sul piano letterale, il tenore testuale delle norme richiamate riconnette i chiarimenti alla individuazione delle modalità esecutive dell'ottemperanza senza alcuna preclusione a carico della parte vittoriosa: del resto, la prassi testimonia che sovente sono proprio i vincitori in sede di cognizione (e quindi anche la pubblica amministrazione) ad attivare la procedura di chiarimenti anticipati;
- r5) la *ratio* della previsione dei chiarimenti in corso di procedura esecutiva è quella di rendere piena ed effettiva la tutela giurisdizionale, esigenza vieppiù avvertita quando si deve finalmente attribuire in concreto il bene della vita riconosciuto dal giudicato (cfr. art. 1 c.p.a., nonché la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 2 del 12 maggio 2017, specie parr. nn. 15-17, in *Foro it.*, 2017, III, 433, con nota di TRAVI, in *Guida al dir.*, 2017, 24, 95, con nota di PONTE, in *Corriere giur.*, 2017, 1252, con nota di SCOCA, in *Nuovo notiziario giur.*, 2017, 684, con nota di GIANI, ed in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 571, con nota di COMMANDATORE; cfr. anche la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 11 del 2016, cit., specie par. n. 49): *“sarebbe del tutto incongruo e inutilmente diseconomico non consentire a tutti i destinatari del giudicato (tutte le parti ex art. 112, 1° comma, c.p.a., arg. da ad. plen. n. 2 del 2017, cit.) di proporre, senza distinzioni cronologiche o soggettive, richiesta di chiarimenti (che potrebbero prevenire, nel caso di cui all'art. 112, 5° comma, l'instaurazione del giudizio di ottemperanza vero e proprio)”*;
- r6) sulla scorta di tali coordinate ermeneutiche, si è concluso nel senso che è necessario, di volta in volta, accertare *“quale sia il contenuto effettivo del provvedimento (indipendentemente dalla veste formale di ordinanza o sentenza)*

*adottato dal Tar in sede di ottemperanza e, segnatamente, in occasione della risposta a chiarimenti da chiunque richiesti”, per concludere circa la sua effettiva natura decisoria e la conseguente sua appellabilità; nel caso di specie, peraltro, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l’ordinanza emessa dal primo giudice, e resa in sede di “chiarimenti”, avesse “un’indole eminentemente non decisoria e tanto meno definitiva, avendo motivato in modo incidentale ed anodino sulla natura del credito allo scopo principale di accelerare il procedimento di esecuzione del giudicato; tanto impedisce di ravvisare la formazione di una statuizione definitiva in ordine all’imputazione del credito di cui si verte, idonea a passare in giudicato”;*

s) secondo un diverso indirizzo della giurisprudenza, invece, il ricorso per chiarimenti costituirebbe un’azione autonoma volta all’accertamento dell’esatto contenuto della sentenza (o del provvedimento ad essa equiparato): si tratterebbe, peraltro, di un’azione proponibile esclusivamente dalla pubblica amministrazione tenuta ad adempiere, posto che la parte vittoriosa non avrebbe altro interesse che quello alla ottemperanza. A questo orientamento – che valorizza un passaggio della decisione n. 2 del 2013 dell’Adunanza plenaria (il par. n. 2 del “diritto”, ove si legge che il ricorso *ex art. 112*, comma 5, c.p.a. “*non presenta caratteristiche che consentano di ricondurlo, in senso sostanziale, al novero delle azioni di ottemperanza. Ciò emerge anzitutto dalla stessa terminologia usata dal legislatore, il quale – lungi dall’affermare che è l’“azione di ottemperanza” ad essere utilizzabile in questi casi – afferma che è “il ricorso” introduttivo del giudizio di ottemperanza (cioè l’atto processuale) ad essere a tali fini utilizzabile, ma risulta anche chiaro dalla circostanza che, a differenza dell’azione di ottemperanza, che è naturalmente esperita dalla parte già vittoriosa nel giudizio di cognizione o in altra procedura a questa equiparabile, in questo caso il ricorso appare proponibile dalla parte soccombente (e segnatamente dalla Pubblica Amministrazione soccombente nel precedente giudizio)”* – sono da ascrivere, ad esempio:

s1) Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2017, n. 2324 (in *Guida al dir.*, 2017, fasc. 27, 94), secondo cui “*Il ricorso ex art. 112, 5° comma, cpa non presenta caratteristiche che consentano di ricondurlo, in senso sostanziale, al novero delle azioni di ottemperanza, trattandosi di un ricorso che ha natura giuridica diversa tanto dall’azione finalizzata all’attuazione del comando giudiziale (art. 112, 2° comma), quanto all’azione esecutiva in senso stretto (art. 112, 3° comma), e che presuppone dubbi o incertezze sull’esatta portata del comando giuridico oggetto dell’obbligo conformativo; né può essergli attribuita la natura di incidente di esecuzione ai sensi dell’art. 114, 7° comma, ponendosi esso dal punto di vista logico-sistematico al di fuori del vero e proprio giudizio di ottemperanza; pertanto*

*deve ammettersi il rimedio della richiesta di chiarimenti nel suo contenuto proprio di strumento volto a ottenere precisazioni e delucidazioni su punti del decisum ovvero sulle concrete e precise modalità di esecuzione, laddove si riscontrino elementi di dubbio o di non immediata chiarezza, senza che con ciò possano essere introdotte ragioni di doglianza volte a modificare e/o integrare il proprium delle statuizioni rese”;*

- s2) Cons. Stato, sez. V, n. 4141 del 2015 (in *Foro amm.*, 2015, 2262), secondo cui: *“Il ricorso, previsto dall’art. 112, 5° comma, c.p.a. per ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza ad una sentenza del giudice amministrativo, ha natura giuridica diversa dall’azione di ottemperanza propriamente detta, non potendo essere qualificato quale semplice strumento di «attuazione» del comando giudiziale (ex art. 112, 2° comma), né come mera azione «esecutiva» in senso stretto (ex art. 112, 3° comma); inoltre è di regola proponibile dalla stessa parte soccombente nel giudizio di cognizione atteso che, normalmente, la parte vittoriosa non chiede chiarimenti circa le modalità di ottemperanza ma direttamente l’ottemperanza ex art. 112, 2° comma, ovvero la condanna dell’amministrazione nelle ulteriori ipotesi ex art. 112, 3° comma; né presuppone, come l’azione di ottemperanza, una espressa volontà di non ottemperanza o una situazione di inottemperanza, né una situazione di violazione o di elusione del giudicato, presupponendo piuttosto dubbi o incertezze sull’esatta portata del comando giuridico oggetto dell’obbligo conformativo; né ancora può essere attribuita la natura di incidente di esecuzione, ex art. 114, 7° comma, ponendosi esso dal punto di vista logico-sistematico al di fuori del vero e proprio giudizio di ottemperanza; in definitiva il ricorso in esame ha specifica natura di azione volta all’accertamento dell’esatto contenuto della sentenza e/o del provvedimento ad essa equiparato che, per intervenuta soccombenza in precedente giudizio, si è ora tenuti ad attuare/eseguire quanto al comando contenuto”;*
- s3) la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6468 del 2012 (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 3228), la quale ha, tra l’altro, precisato quanto segue: *“L’interpretazione letterale della disposizione di cui all’art. 114, 7° comma, cpa - secondo il quale nel caso di ricorso ai sensi dell’art. 112, 5° comma, il giudice fornisce chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, anche su richiesta del commissario - porterebbe a ritenere che, nell’ambito di un giudizio instaurato con ricorso di cui all’art. 112, 5° comma, cpa (e quindi dalla p.a. che chiede chiarimenti al giudice), tali chiarimenti possono essere richiesti anche dal commissario ad acta; tale interpretazione non appare però corretta, posto che se vi è un commissario ad acta nominato, vi è già stato giudizio di ottemperanza, il*

*che esclude la proponibilità del ricorso ex art. 112, 5° comma, cit.; ciò salvo che la nomina sia avvenuta già con la sentenza di merito che conclude il giudizio di cognizione ex art. 34, 1° comma, lett. e), cpa; in realtà occorre ritenere che il legislatore, con l'art. 114, 7° comma, cit., abbia voluto solo riconoscere al commissario ad acta la possibilità di adire il giudice onde ottenere chiarimenti in ordine all'ottemperanza della quale è stato incaricato; e ciò in modo non diverso da quanto già presente nella prassi giudiziaria e di quanto previsto, ad es., dall'art. 613 c.p.c., in ordine alle difficoltà insorte nell'ambito della procedura per l'esecuzione degli obblighi di fare";*

t) ancora con riferimento all'azione ex art. 112, comma 5, c.p.a., la giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione di precisare:

t1) *che "La collocazione sistematica e la finalità perseguita dall'art. 112, 5° comma, c.p.a. segnano il perimetro di operatività dello stesso: non si possono fornire chiarimenti in ordine a modalità di azione che non siano di esecuzione del giudicato", con ciò quindi escludendo che si possa avanzare una richiesta di chiarimenti concernente una normativa sopravvenuta al giudicato, la quale può diventare parametro unicamente in un apposito (nuovo) giudizio di cognizione (in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 19 giugno 2012, n. 3569, in Foro it., 2012, III, 612, con nota di A. TRAVI);*

t2) *che "l'art. 112, comma 5, c.p.a. configura un potere di 'interpretazione autentica' del giudicato, in capo al giudice amministrativo, ma non un potere di consulenza nei confronti delle parti, e segnatamente nei confronti della parte pubblica", in ossequio "ai principi di parità delle parti e di divisione tra il potere giudiziario e il potere amministrativo"; di conseguenza, "Il giudice dell'ottemperanza può intervenire solo in caso di dedotta inottemperanza della p.a., ovvero per interpretare il giudicato al fine di rendere più celere l'ottemperanza, ma pur sempre nei limiti del principio della domanda e di una controversia in atto o quanto meno potenziale tra le parti del giudicato"; pertanto, "con il rimedio citato, possono essere sottoposte al giudice dell'ottemperanza questioni specifiche di interpretazione del singolo giudicato, e non questioni di carattere generale sull'esecuzione di un qualsivoglia giudicato" (così Cons. Stato, sez. VI, sentenza 25 ottobre 2012, n. 5469 – in tal caso, era stato sottoposto al giudice dell'ottemperanza "un quesito generale sulla estensione soggettiva degli effetti del giudicato, che esula dalla sua interpretazione, e attiene all'esercizio dei poteri amministrativi di estensione soggettiva degli effetti del giudicato");*

u) in dottrina, in generale, sul ricorso per chiarimenti ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., cfr. R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017,



IV ed., 1705 ss., e sul giudizio di ottemperanza in generale AA.VV. *Esecuzione civile e ottemperanza amministrativa nei confronti della P.A. Atti dei seminari tenuti presso il Consiglio di Stato (30 novembre 2017) e il Dipartimento di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli (6 febbraio 2018)*, a cura di B. CAPPONI e A. STORTO, Napoli, 2018;

- v) nel senso che l'insediamento del commissario *ad acta* sottragga alla p.a. il potere di provvedere si veda Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 2015, n. 5014 (in *Foro amm.*, 2015, 2767), secondo cui *“una volta scaduto il termine per adempiere e nominato il commissario ad acta, la p.a. non consuma il potere di provvedere, in attuazione e nel rispetto dei principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa nonché della riserva di amministrazione, tuttavia, tale potere viene meno dopo l'insediamento del commissario ad acta, che determina un definitivo trasferimento del munus rimanendo precluso alla p.a. ogni margine di ulteriore intervento; inoltre, se il commissario ad acta rimette nuovamente alla p.a. il compito di provvedere, quest'ultima riassume tutti gli obblighi suoi propri, sicché il giudice dell'ottemperanza potrà, se necessario ed opportuno in vista del conseguimento del bene della vita assicurato dal giudicato, onerare direttamente l'amministrazione dei pertinenti adempimenti”*;
- w) in generale, nel senso che l'ordinamento giuridico non tolleri spostamenti patrimoniali in assenza di una valida causa Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128 (in *Foro it.*, 2006, I, 106, con note di PALMIERI e BITETTO, in *Danno e resp.*, 2006, 411, con note di MEDICI e RICCIO, in *Notariato*, 2006, 13, con nota di TATARANO, in *Dir. e giur.*, 2005, 582, con nota di RASCIO, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 415, con nota di PESCATORE, in *Europa e dir. privato*, 2006, 353, con nota di SPOTO, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 715, con nota di RICCI, in *Riv. dir. privato*, 2006, 683, con nota di CICALA, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 56, con nota di SCHIAVONE, e in *Giudice di pace*, 2006, 209, con nota di GUERINONI).