

La V Sezione del Consiglio di Stato chiede all'Adunanza plenaria di precisare se, in sede di ricorso per chiarimenti "*in ordine alle modalità di ottemperanza*" di cui all'art. 112, comma 5, c.p.a., sia possibile, per il giudice, modificare la statuizione sulla penalità di mora già resa con la decisione di ottemperanza e – in caso di risposta positiva – se la modifica possa incidere retroattivamente sui crediti già maturati a titolo di penalità.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 4 marzo 2019, n. 1457 – Pres. Severini, Est. Urso

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

Devono essere sottoposti all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, Cod. proc. amm., stante il ravvisato contrasto di giurisprudenza, i seguenti quesiti:

1) *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;*

2) *se e in che misura la modifica di detta statuizione possa incidere sui crediti a titolo di penalità già maturati dalla parte beneficiata. (1).*

(1) I. – Con la decisione in rassegna la V Sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria una questione concernente la c.d. "ottemperanza di chiarimenti", cioè la fase processuale che può attivarsi, *ex art. 112, comma 5, cod. proc. amm.*, per ottenere chiarimenti sulle modalità di ottemperanza. Il quesito sollevato attiene alla natura della penalità di mora (c.d. *astreinte*) che, in sede di giudizio di ottemperanza, può essere comminata alla parte resistente "*per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato*" (art. 114, comma 4, lett. *e*), *cod. proc. amm.*): la Sezione, in particolare, ha rilevato la possibilità di un contrasto di giurisprudenza sulla questione se, una volta stabilita con la sentenza di ottemperanza, la penalità di mora, questa possa poi essere modificata (addirittura, retroattivamente) dallo stesso giudice dell'ottemperanza nell'ambito del giudizio sui "chiarimenti".

La vicenda che ha condotto alla formulazione del quesito può essere così sintetizzata. 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, solo massima), 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, lettera e), cod. proc. amm., 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 sua 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*".

II. – Si giunge così all'odierna decisione della sez. V, resa su "richiesta di chiarimenti" da parte del commissario *ad acta* nominato nel 2018, in punto di effettiva quantificazione della sanzione da pagare.

La Sezione ha rilevato 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*".

La Sezione, ha pertanto reputato opportuno sollevare alcuni interrogativi di carattere generale sulla natura della penalità di mora e del provvedimento giudiziale che ne dispone l'applicazione, registrandosi un "*potenziale contrasto di giurisprudenza fra decisioni di questo Consiglio di Stato*":

- a) in tale prospettiva, la Sezione ha operato anzitutto un *excursus* storico sull'introduzione di tale misura, ricostruendone i tratti fondamentali e ricordando che:
 - a1) con decisione dell'Adunanza plenaria n. 15, del 25 giugno 2014 (in *Foro it.*, 2016, III, 99, con nota di G. CORDOVA), la penalità è stata ricondotta "*a una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadrabile nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civile indirette, volta a vincere la resistenza del debitore per indurlo ad adempiere all'obbligo sancito a suo carico dalla decisione del giudice*";
 - a2) l'istituto ha il suo antecedente prossimo nell'art. 614-bis c.p.c. (*Misure di coercizione indiretta*), introdotto nel processo civile di esecuzione dall'art. 49, comma 1, della legge n. 69 del 2009, e poi modificato dall'art. 131, comma 1, lett. cc-ter, del decreto-legge n. 83 del 2015, convertito in legge

- n. 132 del 2015; la sua collocazione concettuale *“risponde al modello di matrice francese delle astreintes, quale strumento di coercizione indiretta, pecuniario, disposto dal giudice affinché l’obbligato, sotto quella comminatoria, adempia all’obbligo impostogli dalla sentenza di cognizione”*;
- a3) la misura ha *“natura strumentale e sanzionatoria”*, essendo volta a *“sanzionare l’inosservanza alla statuizione giudiziaria e così indurre il debitore all’adempimento”*, e non riparatoria (si citano qui: Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2012, n. 4523, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2012, 2068; Cons. Stato, sez. III, 30 maggio 2013, n. 2933, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2013, 1208; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3781, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2013, 2055, solo massima; Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4216, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2013, 2033, solo massima): il che *“rende in ipotesi cumulabile la penalità – intesa a sanzionare il mero fatto della disobbedienza all’ordine del giudice – con, su domanda dell’interessato, l’eventuale risarcimento del danno alla parte vincitrice che dal ritardo conseguente all’inottemperanza ha subito un detrimento economico”*;
- a4) nel processo amministrativo, quindi, siffatta penalità di mora *“riveste mere finalità compulsorie, e si affianca – in termini di prevenzione, contenimento, rinforzo o cumulo – alla definitiva misura surrogatoria propria del processo amministrativo di ottemperanza, vale a dire la nomina di un commissario ad acta”*;
- a5) in tale contesto, la rammentata sentenza dell’Adunanza plenaria ha indicato i limiti per l’applicazione dell’istituto: da un lato, la manifesta iniquità della misura; dall’altro lato, la sussistenza di *“altre ragioni ostative”*, queste ultime modulate sulla natura pubblica del debitore, con particolare riferimento *“alle difficoltà nell’adempimento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici”* (cfr. in proposito anche Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1444, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 732, solo massima);
- b) la Sezione rimettente ha quindi esaminato il potenziale contrasto di giurisprudenza in ordine ai limiti dell’applicazione della penalità di mora ed alla modificabilità della decisione che la dispone, *“in caso di sua manifesta iniquità rispetto all’oggetto o al valore concreti della controversia, ovvero per altre ragioni ostative”*, non mancando di sottolineare, quanto alla controversia *sub iudice*, che l’importo pari ad euro 15 milioni *“sfugge ampiamente, visto anche il valore della concessione (bene della vita oggetto sostanziale dell’originaria pretesa) a qualsiasi criterio di interpretatio prudens della misura, di ragionevolezza e di equità sostanziale; e incontra inoltre plurime ‘ragioni ostative’ – di sostenibilità del bilancio*

- comunale, dell'esigenza di evitare eccessive locupletazioni o sanzioni eccessivamente afflittive – all'applicazione della penalità negli stretti termini aritmetici esposti dalla sentenza n. 6688”;*
- c) le questioni sul campo, tali da richiedere un intervento nomofilattico ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm., sono state pertanto individuate come segue:
- c1) quali siano gli strumenti e i termini del controllo giudiziale circa la «*non manifesta iniquità*» e l'insussistenza di «*altre ragioni ostative*» nell'applicazione della *penalità di mora* a norma dell'art. 114, comma 4, lett. e), cod. proc. amm.;
 - c2) se il controllo su tali parametri “*debba avvenire nella sola fase di comminatoria della misura, senza che poi più possa il giudice intervenire alla luce di modalità e tempi di avvenuto adempimento e di altri fatti sopravvenuti, a causa di una cristallizzazione della decisione in una sorta di giudicato intangibile; oppure se la misura possa, per dette o altre ragioni, essere poi ridefinita, in fase di attuazione, attraverso lo strumento – come nella specie si domanda – dei chiarimenti sulle modalità d'ottemperanza o altre forme*”;
 - c3) se, in tale ultima ipotesi, la revisione della misura “*possa avere effetto anche retroattivo, incidendo – in ragione dell'avvenuta soddisfazione dell'interessato e delle sue modalità – sul debito già maturato per via delle pregresse violazioni, inosservanze o ritardi dell'amministrazione*”;
- d) peraltro, già nell'ambito della stessa controversia, la Sezione (cfr. ordinanza n. 2324 del 2017), nel sottolineare la “*peculiarità della situazione*”, ha osservato che “*la dedotta esorbitanza/ iniquità del calcolo della penalità di mora, costituente un limite applicativo ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), non avrebbe altro strumento per essere tutelata, a parte la revocazione, nei limiti in cui sia ravvisabile un errore di fatto revocatorio (art. 395 n. 4 del cod. proc. civ.). Soluzione, questa, non coerente con il sistema, specie ove si consideri che l'irrogazione della penalità di mora è sottoposta a limiti nei presupposti e nella determinazione dell'importo (a questo secondo riguardo essendo comunque applicabili i parametri stabiliti dall'art. 614-bis del cod. proc. civ.)*”, ed ha comunque giudicato ammissibile il rimedio della richiesta di chiarimenti nel suo (solo) contenuto proprio “*di strumento volto ad ottenere precisazioni e delucidazioni su punti del decisum ovvero sulle concrete e precise modalità di esecuzione*”, escludendo che con quel mezzo potessero “*essere introdotte ragioni di doglianza volte a modificare e/o integrare il proprium delle statuizioni rese [...], nel caso di specie, con la sentenza di ottemperanza (ma lo stesso discorso potrebbe farsi con riguardo ad una sentenza di merito)*”;
- e) analogamente, anche altri precedenti del Consiglio di Stato, pur a fronte della questione del possibile difetto di tutela al cospetto di un'*astreinte* divenuta

manifestamente iniqua, hanno escluso che un rimedio possa rinvenirsi nei chiarimenti in sede d'ottemperanza ex art. 112, comma 5, cod. proc. amm., perché questi non possono modificare il contenuto della sentenza d'ottemperanza (si richiamano qui: Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2015, n. 1036; Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2018, n. 2103; Cons. Stato, sez. VI, 19 ottobre 2018, n. 5978; Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2018, n. 7089);

f) la Sezione rimettente, tuttavia, afferma di con condividere questi precedenti, ritenendo *“non inammissibile una revisione, in sede di chiarimenti, del capo della sentenza d'ottemperanza che abbia imposto una siffatta penalità di mora”*, in quanto il controllo sulla (eventualmente sopravvenuta) manifesta iniquità e sull'insussistenza di altre ragioni ostative all'*astreinte* o alla sua misura *“resta immanente al concreto divenire del processo di ottemperanza e va fattivamente assicurato, pur in fase di applicazione della misura, mediante lo strumento dei chiarimenti ex artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, Cod. proc. amm.”*; a favore di questa tesi si espongono i seguenti argomenti:

f1) il giudizio di ottemperanza ha una *“natura composita e a formazione progressiva”* (cfr. 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”* – si cita anche, nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2015, n. 3587, in *Giur. it.*, 2016, 2718, con nota di COMMANDATORE);

f2) nell'ambito delle azioni e delle competenze che la legge rimette al giudice dell'ottemperanza (l'attuazione delle sentenze od altri provvedimenti equiparati, ex art. 112, comma 2, cod. proc. amm., con poteri di ampiezza tale che impediscono *“di ricondurre la natura dell'azione a quella di una mera azione di esecuzione”*; la condanna al pagamento di somme per rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, ex art. 112, comma 3, cod. proc. amm., assorbita dall'azione in ottemperanza perché relativa ad *“obbligazioni accessorie di obbligazioni principali, in ordine alle quali si è già pronunciata una precedente sentenza”*; il risarcimento dei danni da impossibilità o comunque mancata esecuzione in forma specifica del giudicato, ex art. 112, comma 3, cod. proc. amm.,

irrogabile dal giudice dell'ottemperanza per economia processuale ed effettività della tutela giurisdizionale; la declaratoria di nullità di atti emanati in violazione o elusione del giudicato, *ex art. 114, comma 4, cod. proc. amm., "sia al fine di ottenere - eliminato il diaframma opposto dal provvedimento dichiarato nullo - l'attuazione della sentenza passata in giudicato, sia per ottenere il risarcimento dei danni connessi alla predetta violazione o elusione del giudicato"*), la statuizione di una penalità di mora va considerata alla stregua di una misura strumentale di amministrazione dell'esecuzione della sentenza ottemperanda, *"vale a dire di misura solo 'soggettivamente' giurisdizionale, come tale estranea alla funzione propria del ius dicere e dunque non passibile di formare un autentico giudicato: perciò la misura disposta non resta intangibile, com'è invece proprio delle statuizioni passate in giudicato"*;

- f3) la statuizione sull'*astreinte* non attiene infatti alla *res controversa*, né come *petitum* né come *causa petendi*, rimanendo quindi estranea, sotto il profilo accertativo, alla *res iudicata* sostanziale (art. 2909 c.c.): esclusa la natura risarcitoria, e circoscrittane la funzione a mero strumento occasionale d'induzione alla realizzazione dell'adempimento, *"non è rinvenibile nella statuizione alcun effettivo momento d'accertamento giudiziale, cui possa seguire l'autorità di giudicato"*, non essendoci alcuna *"cognizione su menomazioni patrimoniali da compensare o reintegrare, ma solo una valutazione di scelta del mezzo più congruente (l'*astreinte*) rispetto al fine (l'effettiva ottemperanza della sentenza), in luogo della nomina del commissario ad acta"*; ne consegue, secondo la Sezione, la natura revocabile e modificabile dell'*astreinte*;
- f4) non è comunque configurabile neanche un giudicato d'ottemperanza *stricto sensu*, perché si tratta di *"misura accessoria, dal carattere meramente sanzionatorio, introdotta dal giudice dell'ottemperanza, al fine del pieno e corretto adempimento degli obblighi prescritti dalla sentenza di cognizione"*: non vi è, dunque, alla base dell'*astreinte*, alcun *"accertamento con forza di giudicato, né [essa] corrisponde a un provvedimento giurisdizionale definitivo propriamente detto"*; vi è, al contrario, solo *"una contingente valutazione d'opportunità, tutta interna al già strumentale processo di ottemperanza, nel rapporto fra mezzo e fine"*, con la conseguenza che *"la vicenda della misura possa seguire le vicende dell'adempimento cui è strumentale, sicché possa essere modificata al mutare delle circostanze di fatto (e di diritto) inerenti l'adempimento della decisione ottemperanda"*: insomma, si precisa, *"Non è ius dicere, ma solo uso occasionale di una risorsa disponibile per meglio realizzare il precetto contenuto dalla sentenza di cognizione e così raggiungere sollecitamente"*

l'obiettivo pratico di conformare la situazione di fatto alla situazione di dichiarato diritto";

- f5) in questa prospettiva, pertanto, le sopravvenienze alla statuizione, *“che già sono idonee a incidere sul contenuto concreto degli obblighi dell'amministrazione in relazione ai tratti di attività discrezionale lasciati impregiudicati dalla sentenza e relativi a situazioni giuridiche durevoli”* (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Foro it.*, 2017, III, 186, con nota di VACCARI, ed in *Giornale dir. amm.*, 2017, 372, con nota di CARBONARA), ben possono rilevare anche per la determinazione – e l'adattamento – del contenuto delle misure sanzionatorie prima disposte dal medesimo giudice dell'ottemperanza;
- g) nel riconosciuto contesto di modificabilità della misura, soprattutto allorché le conseguenze pratiche della sua applicazione diano luogo a risultati economici manifestamente sproporzionati, incongrui, irragionevoli, si colloca poi il cennato tema della retroattività della revisione o modifica della disposta *astreinte*: *“se cioè si possa incidere anche sul periodo pregresso, così travolgendo il credito a titolo di penalità già maturato in favore dell'interessato”*. Sostiene qui la Sezione:
- g1) le medesime ragioni già illustrate a sostegno della possibilità di mutare il precetto sanzionatorio *“conducono ad affermare che la revisione possa esplicare effetti anche rispetto al passato, secondo la prudente valutazione del giudice dell'ottemperanza, con il solo limite dell'irretroattività in peius della misura”*: ciò, *“in applicazione del generale principio del divieto di applicazione retroattiva di precetti afflittivi, che rifluisce nell'inutilizzabilità dello strumento dell'astreinte per gli inadempimenti pregressi dell'amministrazione”* (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2444; Id., 22 maggio 2014, n. 2653, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 744, solo massima);
- g2) in senso inverso rispetto alla possibilità di riconsiderazione della misura, anche con effetti applicati al passato, non può peraltro condurre la circostanza che la statuizione della penalità è titolo esecutivo, né che l'applicazione retroattiva della modifica andrebbe a incidere su diritti già maturati: ed infatti, a fronte di una sopravvenuta *“manifesta iniquità”* o altra *“ragione ostativa”*, *“lo stesso presupposto genetico della misura risulta compromesso, travolgendo in radice la ragione del credito (o della sua entità) e la sua conseguente esigibilità”* (si fa qui un paragone con i – pur diversi – poteri giudiziali ex art. 1384 c.c. circa la riduzione della clausola penale, esercitabili anche d'ufficio nei termini indicati da Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2006, I, 106, con note di A. 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, ed in *Giudice di pace*, 2006, 209, con nota di GUERINONI);

- h) pertanto, conclusivamente, la Sezione ritiene che *“il controllo sulla sopravvenuta, manifesta iniquità e la sussistenza di altre ragioni ostative alla penalità di mora possa avvenire, oltreché in sede di statuizione, altresì nella fase di attuazione della penalità, anche con effetti rispetto al passato, con l’unico limite del divieto di applicare retroattivamente misure maggiormente afflittive”*, ed in particolare che di tale controllo ben possa darsi conto nella risposta ai chiarimenti in sede d’ottemperanza a norma degli artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, cod. proc. amm., pur al di là della contrapposizione di vedute sulla natura dell’istituto – qualificato da alcune decisioni in termini di mero incidente sulle modalità d’esecuzione del giudicato, privo dei requisiti di azione o domanda in senso tecnico (cfr. in tal senso: Cons. Stato, sez. III, 19 gennaio 2018, n. 358, in *Quot. giur.*, 2018; Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4232, in *Foro amm.*, 2017, 1829, solo massima; Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5409, in *Foro amm.*, 2015, 2774, solo massima; Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6151, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 482, solo massima; Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2014, n. 4722, in *Foro amm.*, 2014, 2337), da altre quale azione autonoma volta all’accertamento dell’esatto contenuto della sentenza (Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2015, n. 4141, in *Foro amm.*, 2015, 2262, solo massima; Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2012, 3228; per l’indicazione delle diverse posizioni, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 2018, n. 2141, in *Foro it.*, 2018, III, 302, con nota di A. TRAVI) – avuto riguardo alla *“natura amministrativa”* della statuizione originaria sull’astreinte;
- i) del resto, dalla giurisprudenza maturata intorno all’istituto della penalità di mora, segnatamente sui rapporti fra penalità e nomina del commissario *ad acta*, si ritrae indirettamente la necessità – pena l’alterazione del significato dell’astreinte – *“che i presupposti di non manifesta iniquità e assenza di condizioni ostative permangano anche nella fase dell’attuazione della misura sanzionatoria”*: ciò, in quanto l’astreinte costituisce un *“mezzo di coercizione indiretta nel tempo in cui l’amministrazione debitrice permane nella mera condizione di inadempiente con propri mezzi: dunque, dalla pronuncia dell’ordine di ottemperanza alla nomina del commissario ad acta. Ma, una volta intervenuta la surrogatoria nomina del*

commissario ad acta, 'diviene irragionevole ritornare alla più contenuta astreinte'" (cfr. Cons. Stato, V, 27 novembre 2018, n. 6724); diversamente, "si giungerebbe al paradosso che potrebbe divenire ben più locupletante la maturazione dell'astreinte rispetto al conseguimento dello stesso bene della vita, e cioè la soddisfazione dell'oggetto del petitum sostanziale della originaria domanda giudiziale. E non pare dubbio che, in una siffatta ipotesi, ci si troverebbe di fronte ad un sostanziale arricchimento senza causa generato da un atto del giudice", ossia ad un meccanismo avente un evidente "effetto distorsivo".

III. – Per completezza, in argomento, si segnala quanto segue:

- j) sulla natura ed i limiti del ricorso per chiarimenti *ex art. 112, comma 5, cod. proc. amm. cfr.*, di recente, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2141 del 9 aprile 2018, cit. (menzionata anche nella decisione qui in epigrafe), 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:
 - j1) 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;
 - j2) i quesiti interpretativi sottoponibili al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 112, comma 5, e dell'art. 114, comma 7, cod. proc. amm., 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;
 - j3) 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, cod. proc. amm.) da quelli formulati dal commissario *ad acta* (art. 114, comma 7, cod. proc. amm.);

- j4) 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;
- j5) la *ratio* della previsione dei chiarimenti in corso di procedura esecutiva è quella di rendere piena ed effettiva la tutela giurisdizionale, esigenza viepiù avvertita quando si deve finalmente attribuire in concreto il bene della vita riconosciuto dal giudicato (cfr. art. 1 cod. proc. amm., 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, cod. proc. amm., 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)”*;
- j6) 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”*;

k) 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, cod. proc. amm. *“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:

k1) Cons. Stato, sez. V, n. 4141 del 2015, cit. (menzionata dalla decisione qui in rassegna), nella cui massima si legge: *“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”;

- k2) la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6468 del 2012, cit. (anch'essa menzionata dalla decisione qui in rassegna), 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”;*
- l) la già richiamata sentenza n. 2141 del 2018, comunque, ha precisato anche che, *“in considerazione della natura giuridica del commissario ad acta quale ausiliario del giudice”*, per entrambi i contrapposti indirizzi giurisprudenziali *“il reclamo è riconosciuto come l'unico mezzo processuale che l'ordinamento consente (almeno per chi è stato parte del giudizio conclusosi con il giudicato) per contestare gli atti del medesimo commissario ad acta, a prescindere dalla maggiore o minore ampiezza della discrezionalità di cui questi dispone nell'esecuzione del giudicato”* (cfr., in proposito, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 15 settembre 2015, in *Guida al dir.*, 2015, 40, 84, con nota di PONTE, ed in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1388, con nota di VALAGUZZA);
- m) ancora con riferimento all'azione ex art. 112, comma 5, cod. proc. amm., la giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione di precisare:
- m1) che *“La collocazione sistematica e la finalità perseguita dall'art. 112, 5° comma, cod. proc. amm. 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);

- m2) 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”*);
- n) in dottrina, in generale, sul ricorso per chiarimenti ai sensi dell’art. 112, comma 5, cod. proc. amm., cfr. R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, IV ed., 1705 ss.;
- o) sulle c.d. *astreintes*, cfr., in giurisprudenza, la ricostruzione offerta da Cons. giust. amm., 22 gennaio 2013, n. 26 (in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 656, solo massima, con nota di CORTESE), secondo cui, in prospettiva generale, occorre distinguere:
- o1) 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;
 - o2) 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*;
 - o3) le sanzioni civili indirette che sono misure afflittive di carattere patrimoniale previste dalla legge ed applicate dall’autorità giudiziaria;
 - o4) 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;
- o5) 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”;
- p) ancora sulle *astreintes*, l’Adunanza plenaria n. 15 del 2014, cit. (ricordata dalla decisione qui in rassegna), ha precisato quanto segue:
- p1) 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. cod. proc. amm., ha già accertato l’inadempimento del debitore;
- p2) 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), cod. proc. amm., il limite della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile;
- p3) 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);
- q) di recente, inoltre, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare:
- q1) 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);

- q2) 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), cod. proc. amm. 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);
- q3) 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, cit.);
- r) 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”*.