

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Amministrativo 2

**LE ASTREINTES NEL GIUDIZIO DI
OTTEMPERANZA**

Relatore

Chiar.mo Prof.
Aldo Sandulli

Candidato

Lorenzo Bartoletti

Correlatore

Chiar.mo Prof.
Bernardo Sergio Mattarella

Anno Accademico 2019-2020

*“Tutti possono agire.
Anche se hanno torto,
anche contro la Pubblica amministrazione”.*

S. BIGOLARO¹

¹ S. BIGOLARO, (Presidente dell'associazione veneta degli avvocati amministrativisti), *“Lettera allo studente che pensa di iscriversi in giurisprudenza e magari fare l'avvocato (amministrativista)”*, in *il Dubbio*, 21 aprile 2018

INDICE

Introduzione	5
---------------------------	---

Capitolo I

IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA

• 1.La sentenza (o lodo) amministrativa e la richiesta di ottemperanza.....	7
• 2.Il procedimento (114 c.p.a.)	12
• 3.Violazione o elusione del giudicato.....	18
• 4.Il commissario <i>ad acta</i>	21
• 5.L'ottemperanza per chiarimenti.....	26
• 6.La questione della messa in mora.....	28
• 7.I rimedi contro le decisioni del giudice dell'ottemperanza.....	30

Capitolo II

L'ISTITUTO DELLE "ASTREINTES"

• 1.Cenni storici.....	34
• 2.Il nuovo art. 614- <i>bis</i> c.p.c. e i rapporti con il civile.....	36
• 3.Figure affini: penalità di mora e clausola penale.....	41
• 4.Le " <i>manifesta iniquità</i> "	43
• 5.Le innovazioni europee e le cd. " <i>sanzioni alternative</i> "	46
• 6.Le <i>astreintes</i> nel giudizio d'ottemperanza.....	53
• 7.La natura giuridica, i presupposti e i poteri decisorio del giudice.....	58
• 8.Limiti, criteri quantitativi e beneficiari della sanzione.....	62
• 9.Dall' <i>astreinte</i> al danno punitivo.....	69
• 10.Problematiche attuative ed altri utilizzi.....	76

Capitolo III
APPLICAZIONI PRATICHE

- 1.Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15: si chiude il cerchio..... 88
- 2.Modifica della pena pecuniaria in sede di chiarimenti..... 95
- 3.Le *astreintes* come titolo esecutivo e i profili emblematici..... 104
- 4.L'impatto sulla spesa pubblica..... 110
- 5.Sulla ragionevole durata del processo..... 115

Conclusioni..... 119

Bibliografia..... 123

Introduzione

L'esame analitico sul quale si è concentrato tale elaborato, verte su una tematica fortemente innovativa nel campo del diritto amministrativo.

Per dirla alla francese, le *astreintes* risultano essere quell'istituto giuridico in grado di stimolare l'ottemperanza di un debitore – e si badi che, tale forma di dissuasione non concerne esclusivamente una pubblica amministrazione, sebbene buona parte di questo scritto ne tratterà il ramo amministrativo – mediante una forma di coercizione indiretta.

Lo snodo centrale del manoscritto che segue, porrà l'accento sulla citata penalità di mora, sulle radici territoriali che essa affonda, sull'innovazione normativa che queste han rappresentato nel panorama giudiziale. Tal medesima penna, circoscriverà l'ambito di utilizzo di un'*astreinte*, la collocazione giuridica in ambo i settori – civile ed amministrativo – che, come si vedrà, costituirà una netta distinzione tra l'art. 114 c.p.a., comma 4, lett. *e*) e l'art. 614-*bis* c.p.c. (misure di coercizione indiretta).

L'architettura normativa nel quale un'*astreinte* amministrativa si viene a dislocare è quella del giudizio d'ottemperanza: doveroso quindi porre le basi analitiche da qui, per risalire alla *ratio* gnoseologica dell'istituto, incanalando tale strumento nelle mani del giudice, al servizio della parte lesa.

Dal generale al particolare, si affronterà successivamente una disamina logica dell'apparato normativo che circonda la penalità di mora: i caratteri essenziali di quest'ultima (la manifesta iniquità, le altre ragioni ostative), le figure affini, la natura giuridica; il tutto condito da un opprimente binomio – caratterizzante – tra l'istituto civilistico e amministrativo.

Non va dimenticato il contributo dottrinario e giurisprudenziale che onorevoli pensatori e giudici hanno fornito, durante tutta la stesura dell'elaborato. La chiave di volta di tale impostazione, è ravvisabile nelle innumerevoli correnti di pensiero che si sono manifestate intorno ad un'*astreinte*, le quali han fornito terreno fertile all'esperienze giurisprudenziale per testare ed ampliare (forse) le sviste normative del legislatore.

Proprio quest'ultimo, importando le *astreintes* francesi, nel panorama nazionale, ha avuto ben poco riserbo di curarne la fase d'adattamento, rimettendo al giudice nazionale l'onere di modellare su un sistema articolato come il nostro (basato sul cd. modello surrogatorio), un istituto ancor più enigmatico (come quello compulsorio delle *astreintes*).

Al termine dell'elaborato, l'analisi concentra i propri sforzi sul contributo giurisprudenziale – e a tratti creativo – dei TAR, del Consiglio di Stato e dell'Adunanza Plenaria, ai quali è spesso rimesso lo spigoloso compito di smussare le problematiche interpretative, in virtù soprattutto del campo applicativo della penalità di mora in questione, la quale tange (o ben potrebbe) l'integrità di un'amministrazione, il bilancio pubblico; secondarie, ma non per importanza, i risvolti che la sanzione (esatto, sanzione, non risarcimento) assume verso un principio cardine come l'art. 6, par. 1, CEDU, ossia la ragionevole durata di un processo; ancora, la possibilità di modificare la somma di tale sanzione qualora assumesse dei connotati di un arricchimento *sine causa*; e ancora, numerose e diverse casistiche e dubbi interpretativi che sollevano l'*astreinte* dal medesimo impianto normativo di un danno punitivo, o di una sanzione alternativa od anche ancora dalla fungibilità di coercizione indiretta (*ex art. 614-bis c.p.c.*), lasciando quest'ultimo, talvolta, orfano del proprio gemello giuridico.

In definitiva, le *astreintes* han sicuramente rappresentato una novità normativa per il giudice nazionale, la quale necessitava – forse – di maggior accortezza nell'adattamento, sebbene nulla possa confutare il sostegno pragmatico che queste abbiano fornito alla macchina burocratica giudiziaria, sull'altare del principio di effettività della tutela (art. 1 c.p.a.).

Tralasciando temporaneamente il supporto dottrinario che il settore civilistico ha fornito a questo scritto, l'habitat ideale per la proliferazione di un istituto come l'*astreintes* è – a detta logica del legislatore – il giudizio d'ottemperanza.

Occorre dunque, partire da qui...

Capitolo I

1. La sentenza (o lodo) amministrativa e la richiesta di ottemperanza

Nell'analisi sulle peculiarità tecniche e processuali del giudizio d'ottemperanza, è doveroso risalire alla genesi dell'istituto, il quale trova la sua ragione d'essere nella sentenza del giudice amministrativo. La sentenza rappresenta il tipico esito di un giudizio, il rimedio con il quale l'organo giudicante svolge il compito assegnatogli dall'ordinamento. Il provvedimento in questione accerta il merito dei fatti, il contrasto fra gli interessi legittimi in causa e la verità richiesta dall'assetto normativo vigente.

A differenza del civile – dove la controversia processuale verte su un conflitto tra privati, per l'accertamento di un diritto soggettivo – il giudice amministrativo tende a pronunciarsi sull'accertamento di un interesse legittimo leso, avente come parte in causa una PA.

Va sottolineato però, che l'inciso "*Pubblica Amministrazione*" può esser fuorviante, in quanto, oltre ad esistere una pluralità di amministrazioni pubbliche, esistono numerosi soggetti, nell'universo amministrativo, formalmente non pubblici, ma che svolgono compiti sostanzialmente pubblicistici (vedi materia di appalti)².

Inoltre, la sentenza spesso non svuota la controversia fra le parti, in quanto l'attività amministrativa prosegue sia nei confronti dei vincolati processuali, sia verso la collettività sociale; infatti, alla tipica funzione endoprocessuale della sentenza, il "fare giustizia" fra le parti, si contrappone quella squisitamente extraprocessuale, a carattere direzionale (quasi nomofilattico) che, pur essendo il nostro un sistema

² IANNOTTA R., "*Osservazioni a Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 1998, n. 1487*", in Foro Amministrativo, 10, 1998, p. 321, "*Il legislatore, soprattutto in materia di appalti, ha ampliato il concetto di pubbliche amministrazioni, e quindi, di atto amministrativo. Dalla trama normativa emerge con nettezza che anche i soggetti privati, che presentino le caratteristiche richieste dalla disciplina comunitaria e dalla legge interna di adeguamento, sono, laddove operino come amministrazioni aggiudicatrici, e quindi limitatamente agli atti della serie procedimentale di evidenza pubblica, pubbliche amministrazioni in senso soggettivo, come tali deputate all'esercizio della potestà pubbliche capaci di sortire un effetto di affievolimento nei confronti delle posizioni dei partecipanti alla gara*".

privo di “precedente vincolante”, nel diritto amministrativo assume un ruolo ancor più decisivo³.

Il ruolo del giudice dell’ottemperanza dinanzi alle decisioni del giudice di merito quindi, può assumere diverse interpretazioni a seconda della casistica ad esso sottoposta; le sentenze, tradizionalmente, si dividono in definitive e non definitive: mentre le seconde possono esser brevemente riassunte come provvedimenti – non definitivi, appunto – che decidono di una questione prettamente processuale, occorre soffermarci maggiormente sulle prime, ossia le sentenze definitive.

Queste, si dividono in sentenze di rito e di merito, a loro volta accolte o rigettate dal giudice; quelle di rito concernono i presupposti processuali, indispensabili per giungere ad una pronuncia nel merito, ossia la reale questione di fatto o di diritto.

Tema da sempre dibattuto, risulta essere il grado di stabilità che una pronuncia dell’organo giudicante dovrebbe acquisire con il giudicato formale di una sentenza: in caso di rigetto infatti, tesi sostenuta da una dottrina minoritaria, non muterebbe lo *status quo* del ricorrente a seguito del provvedimento: la realtà sostanziale delle parti non subirebbe alcuna modifica⁴; onorevole dottrina sostiene invece, che un formale accertamento della realtà giuridica – di fatto e di diritto –, sussisterebbe eccome in una pronuncia di rigetto, idoneo (seppur astrattamente) ad accertare la

³ BARBAGALLO G., “*Stile e motivazione delle decisioni del Consiglio di Stato*”, in I Consigli di Stato di Francia e d’Italia, Milano, 1998, p. 233, “*Legate in qualche modo allo stile sono infatti le funzioni della sentenza, quella endoprocedurale di fare giustizia fra le parti, quelle extraprocedurali di offrirsi al giudizio di tutti i soggetti dell’ordinamento, di assicurare l’interpretazione uniforme della legge (specifica dei tribunali supremi), di conformare il futuro comportamento della Pubblica Amministrazione (tipica della sentenza amministrativa)*”.

⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 21 febbraio 1997, n. 305

formazione di un giudicato⁵, relegando la questione interpretativa limitatamente alla vastità del dedotto e deducibile che il giudicato andrebbe a coprire⁶.

La sentenza d'accoglimento invece, comprende l'accertamento giudiziale della situazione di fatto o di diritto, generalmente collegato al potere d'annullamento del provvedimento amministrativo.

Un nobile orientamento dottrinale⁷ distingue in modo tripartito gli effetti di una sentenza amministrativa, comprendendo: l'eliminazione del provvedimento lesivo⁸; il ripristino della situazione giuridica preesistente, mediante l'eliminazione degli effetti prodotti dal provvedimento impugnato; lo spirito conformativo della PA ai dettami della sentenza. Ad oggi, tale suddivisione, risulta ampiamente condivisa anche dall'Adunanza Plenaria⁹.

L'accertamento giudiziale, quindi, fornisce "il contenuto dell'obbligo di ripristinare e fornisce il contenuto dell'obbligo di conformazione (ben s'intende, come effetto diretto della sentenza), perché, sotto mostra di accertare l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, il giudice stabilisce qual è il corretto modo di esercizio

⁵ PATRONI GRIFFI F., in "Trattato di diritto amministrativo", Milano, 2000, p. 3635 "La sentenza di rigetto contiene un accertamento giudiziale della situazione di fatto e di diritto e su questo accertamento non vi è ragione di negare che si formi il giudicato. Del resto, si è spesso avvertito che la sentenza di rigetto deve dare al resistente la stessa utilità che il ricorrente ritrarrebbe dall'accoglimento del ricorso. Piuttosto è dibattuta, tra i fautori della tesi favorevole, l'ampiezza del giudicato in relazione alla regola del dedotto e deducibile e appare preferibile la tesi di chi precisa che, ad ogni modo, il giudicato non può che formarsi nei limiti dei motivi posti a fondamento della domanda. Può assumere rilievo ai fini del dibattito la considerazione in concreto del contenuto della sentenza. Si è osservato che talvolta le sentenze di rigetto sono scritte in modo da manifestare un giudizio sulla legittimità del provvedimento e si è avvertito che ciò che poteva apparire un'opzione afferente a una semplice tecnica di redazione della sentenza era suscettibile di avere riflessi sul piano sostanziale degli effetti della sentenza. Probabilmente, a fronte di una sentenza che consapevolmente affermi la legittimità del provvedimento, sarebbe ipotizzabile, in linea di principio, un'efficacia sostanziale di tale statuizione conseguente al giudicato. Resta da vedere se tale efficacia implichi necessariamente un limite all'intervento sulla vicenda sostanziale in via amministrativa o di autotutela: forse va ritenuto precluso l'autoannullamento per un vizio ritenuto insussistente dal giudice, mentre dovrebbero essere consentiti sia l'esercizio di potestà amministrativa completamente ex novo, sia l'autotutela per motivi di merito o in considerazione di circostanze, di fatto o di diritto, sopravvenute".

⁶ Anche in questo caso, la dottrina si è espressa favorevole al coprire solo ciò che è a fondamento della domanda; *Ibidem*.

⁷ NIGRO M., "Giustizia amministrativa", Bologna, 1994, p. 386 ss.

⁸ SANDULLI A. M., "Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati", Napoli, 1963, p. 412, secondo cui l'effetto delle sentenze consiste "nella eliminazione, dal mondo del diritto, del provvedimento amministrativo annullato, con la conseguente eliminazione ex tunc della sua operatività giuridica, vale a dire con la instaurazione ex tunc di una situazione giuridica tale, quale sarebbe esistita se l'atto annullato non fosse mai stato posto in essere".

⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 1982, n. 19

del potere e fissa quindi la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura"¹⁰.

Ottenuta una pronuncia favorevole, la parte vittoriosa necessita che l'amministrazione (soccombente) si adoperi per l'esecuzione del giudicato. Ed è proprio tra queste maglie, della richiesta e dell'esecuzione, che si pone l'oggetto del giudizio di ottemperanza: nel conformare (o far conformare) al giudicato, l'adempimento della parte soccombente, affinché la parte lesa possa conseguire l'utilità o il bene della vita riconosciutogli nel giudizio cognitivo.

È chiaro dunque, che in tal loco non saranno ravvisabili diritti nuovi o ulteriori, già appurati in sede d'accertamento, né potranno esser sollevate nuove domande al giudice dell'ottemperanza, che non siano state precedentemente dedotte nel *decisum* della sentenza da eseguire.

Da un punto di vista poi, prettamente sostanziale, vediamo come l'ottemperanza ricopra un ruolo fondamentale nell'attuazione dei dogmi costituzionali, andando ad incarnare il principio generale di effettività della tutela¹¹; se pensiamo poi, che il massimo grado di imperatività¹² ed esecutorietà¹³ della PA, è racchiuso nei medesimi atti o provvedimenti amministrativi, da sempre passe-partout per la compressione dei singoli diritti del cittadino, se ne deduce il maggior potere deferito al giudice dell'ottemperanza rispetto a quello di cognizione, il quale è così in grado d'interferire nel potere esecutivo, sostituendosi alle amministrazioni inadempienti¹⁴.

¹⁰ NIGRO M., "Giustizia Amministrativa", Bologna, 1994, p. 386 ss.

¹¹ S. GIACCHETTI, "Giustizia amministrativa: alla ricerca dell'effettività smarrita", Milano, 1996, p. 458, secondo cui il vero interesse delle parti non consiste "nella produzione di un pezzo di carta che, in nome del popolo italiano, pronuncia secondo diritto; ma nell'ottenere che il giudice prima stabilisca qual è la soluzione giusta e poi riesca a far cogliere all'attore vittorioso il frutto della sua vittoria".

¹² CERULLI IRELLI V., "Corso di diritto amministrativo", Torino, 1997, p. 365, secondo cui il contenuto dell'atto di esercizio del potere amministrativo non è il risultato della convergente volontà di tutti i soggetti interessati o almeno di tutti quelli nella cui sfera soggettiva gli effetti sono destinati a prodursi (secondo lo schema negoziale ex art. 1321 c.c.), ma il risultato della unilaterale volontà dell'autorità amministrativa titolare del potere, che a sua volta è tenuta a determinarsi in funzione esclusiva del soddisfacimento dell'interesse pubblico.

¹³ CERULLI IRELLI V., "Corso di diritto amministrativo", Torino, 1997, p. 566, L'esecuzione del provvedimento amministrativo risponde ad un'esigenza di soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento stesso; tale esigenza si esprime, sul piano dell'esecuzione, nella *cd.* esecutorietà.

¹⁴ Corte Cassaz., Sez. Trib., 1 dicembre 2004, n. 22565, "Non va, infatti, trascurato che, in sede di ottemperanza, sono ammissibili statuizioni analoghe a quelle di un ordinario giudizio di cognizione, essendo in potere del giudice interpretare e eventualmente integrare il *dictum* costituito dal

*giudicato; ciò in quanto, l'oggetto del giudizio di ottemperanza si deve inquadrare nell'ambito della verifica dell'adempimento, da parte della P.A., dell'obbligo di esecuzione nascente dal giudicato, a prescindere dai residui poteri discrezionali circa le modalità di esecuzione da porre in essere, restando escluso il merito delle misure attuative del giudicato. Il giudizio di ottemperanza, in altre parole, deve tendere a rendere effettivo, mediante idonei provvedimenti, l'ordine di esecuzione contenuto nella sentenza passata in giudicato, di cui costituisce un'integrazione e un compimento. Rispetto all'esecuzione forzata, il giudizio di ottemperanza mira a garantire un'azione amministrativa conforme a una decisione vincolante soprattutto allorché questa non contenga un precetto dotato dei caratteri di puntualità e precisione propri del titolo esecutivo, come accade nel caso di sentenze aventi a oggetto un *facere*, ovvero di disposizioni relative ad adempimenti prodromici a un pagamento. Ed è proprio per la natura sui generis di tale giudizio, caratterizzato da un misto di poteri cognitori ed esecutivi, che il giudice dell'ottemperanza deve prioritariamente verificare il dispositivo della sentenza rimasta inapplicata per individuare gli obblighi ivi prescritti, valutare quindi la portata di tale dispositivo in una con la motivazione, per poi svolgere la tipica attività di merito dell'ottemperanza, che è quella dell'adozione di provvedimenti in luogo dell'amministrazione inadempiente, o, in diversi termini, della sostituzione coattiva dell'attività amministrativa che l'Ufficio avrebbe dovuto svolgere e non ha svolto, o ha svolto in maniera difforme dal giudicato”.*

2. Procedimento (114 c.p.a.)

L'istituto del giudizio d'ottemperanza è disciplinato dal codice del processo amministrativo (Titolo I del Libro IV del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n.69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), ed è strutturato sul modello del procedimento ordinario dinanzi al giudice amministrativo, con le relative peculiarità del caso.

Lo scopo principale del rito in questione è chiaro fin dall'apertura del Titolo I, il 112 c.p.a. prevede infatti che *“i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalle parti”*.

Chiara dunque la *ratio*: dare esecuzione alle decisioni del giudice amministrativo e permettere alla parte che risulta vittoriosa in giudizio di ottenere la tutela di un proprio interesse, qualora la pubblica amministrazione non abbia adempiuto spontaneamente.

Presupposti fondamentali, risultano quindi:

- la sentenza (o il lodo arbitrale¹⁵) non eseguite dalla PA;
- il passaggio in giudicato del provvedimento per il quale si richiede l'ottemperanza¹⁶;
- la non “autoapplicatività” della sentenza (ossia quelle sentenze che soddisfano in maniera immediata le pretese del ricorrente, senza ricorrere a provvedimenti esecutivi);

Se pochi dubbi sussistono in merito al primo punto, di maggiore approfondimento necessitano il secondo e il terzo.

Per ciò che concerne il giudicato della sentenza, questo in passato ha comportato notevoli problemi interpretativi, in quanto l'art 33 della legge T.A.R., prevedeva che le sentenze non definitive fossero automaticamente esecutive e, di conseguenza, non sarebbe stato possibile esperire il giudizio d'ottemperanza. La situazione è, ad oggi, risolta con l'entrata in vigore della legge 205/2000, la quale ha conferito al

¹⁵ Sull'ammissibilità del lodo arbitrale, Tar Lazio, sez. III, 26 ottobre 2009, n. 10413

¹⁶ Cass. Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 233002 e 19 gennaio 2012 n. 736

Tribunale poteri analoghi a quelli del giudice dell'ottemperanza per tali sentenze, andandole quindi a porre, da un punto di vista processuale, sul medesimo piano di quelle passate in giudicato¹⁷.

Riguardo al terzo punto, occorre invece riprendere la definizione di “sentenza passata in giudicato” ed estenderne il raggio d'operatività alla luce dell'art 112 c.p.a. Assodato che il provvedimento d'accoglimento del giudice possa essere di natura dichiarativa, condannatoria o di annullamento¹⁸, bisogna ulteriormente distinguere le sentenze esecutive, da quelle *cd.* autoapplicative¹⁹: le prime ammettono – naturalmente – l'ottemperanza; le seconde invece, trovano la propria

¹⁷ Art. 324 c.p.c. “*Si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395*”.

¹⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 3 luglio 2012, n. 4, “*Ai sensi dell'art. 112 c.p.a., il giudizio di ottemperanza può essere proposto per l'esecuzione di una sentenza del giudice amministrativo passata in giudicato, e dunque di una sentenza avverso la quale non sono più ammessi mezzi di impugnazione (artt. 324 c.p.c. e 39 c.p.a.); ai sensi dell'art. 327 c.p.c., prescindendo dall'ipotesi della notificazione alla controparte, la sentenza non può essere oggetto di impugnazione dopo che siano trascorsi sei mesi dalla sua pubblicazione.*”

¹⁹ ASPRELLA C, - PALMA M., “*L'esecuzione della sentenza amministrativa*”, in *judicium.it*, “rispetto alle sentenze *c.d.* autoesecutive, quelle cioè rispetto alle quali la soddisfazione della posizione giuridica dedotta si realizza immediatamente ad opera della stessa sentenza di annullamento avendo tali sentenze carattere ripristinatorio della situazione giuridica dell'interessato preesistente all'atto annullato, non è esperibile il ricorso per ottemperanza, il quale presuppone che la sentenza di annullamento contenga, anche implicitamente, ulteriori statuizioni volte ad ordinare alla P.A. il compimento di una consequenziale attività materiale ovvero giuridica al fine di attribuire al ricorrente l'utilità effettiva che egli ha inteso conseguire con la proposizione del ricorso e che alle doverose successive prescrizioni l'autorità amministrativa non abbia dato spontanea esecuzione e sia rimasta inottemperante. Si considerano nelle sentenze autoesecutive: a) le decisioni di annullamento di atti di controllo negativi, tenendo conto che l'accoglimento di un ricorso giurisdizionale rivolto avverso la decisione tutoria d'annullamento di un atto amministrativo implica la reviviscenza di quest'ultimo, ma non costituisce accertamento della di lui legittimità sostanziale, di talché la p.a. controllata ben può rimuoverlo in autotutela senza per ciò essere vincolata dal predetto giudicato, o senza che il privato si possa opporvi in sede d'ottemperanza. Residua spazio per l'ottemperanza delle predette decisioni in quelle fattispecie richiedenti, per la loro complessità, un'attività (preliminare) ricognitoria od ordinatoria degli effetti immediati, automatici e - per così dire - riflessi del pronunciato annullamento in presenza d'inerzie o contestazioni della P.A.; b) le decisioni di annullamento di un atto di revoca; c) le decisioni di annullamento dei decreti di espropriazione, precisando che l'insuscettibilità della esecuzione materiale di queste ultime discende non tanto dalla natura squisitamente giuridica degli effetti prodotti, quanto dal fatto che in ordine alle attività esecutive auspiccate dall'originario proprietario la p.a. si trova in situazione di carenza di potere, non avendo la medesima un generico ed illimitato potere di esercitare funzioni di segno negativo simmetrico a quelle invalidate dal giudice amministrativo. Neanche la sentenza di mero accertamento consente la proposizione del ricorso per la sua ottemperanza innanzi al giudice amministrativo, sia in quanto manca una pronuncia di condanna, ancorché generica, sia per ciò che concerne l'eventuale obbligo dell'amministrazione, scaturente dalla pronuncia dichiarativa, di attivare determinati procedimenti, essendo necessaria a tal fine la proposizione di apposita istanza all'amministrazione e, una volta constatata l'inerzia, proporre l'ordinario giudizio cognitorio”.

forza esecutiva nella natura stessa del provvedimento, limitando il ricorso al giudice dell'ottemperanza, il quale risulterebbe privo di un'effettiva utilità.

Menzionabile, a tal proposito, l'orientamento del TAR piemontese²⁰, i cui giudici (nel caso citato) hanno escluso il rimedio dell'ottemperanza dinanzi ad una sentenza "autoesecutiva", per la quale se ne richieda l'esecuzione: questa infatti, ha già espresso la sua natura con la completa eliminazione dalla realtà giuridica dei provvedimenti impugnati.

Il codice equipara dunque, la sentenza esecutiva a quella passata in giudicato, ma rimette al giudice amministrativo la "determinazione delle modalità esecutive"²¹ se la sentenza non fosse ancora passata in giudicato. Questo, da un punto di vista tecnico, non comporta alcuna novità (rimarrebbe infatti l'ottemperanza l'unico rimedio esperibile per entrambi i provvedimenti); la ragione che ha condotto il legislatore a precisarne l'aspetto procedimentale, è ravvisabile nel fatto che "una sentenza non ancora passata in giudicato non dovrebbe mai assumere un carattere definito ed immutabile, perché altrimenti verrebbe frustrato l'esito pratico di un eventuale appello contro la sentenza"²²; pertanto, secondo la giurisprudenza, l'irreversibilità (intesa come impossibilità di ripristinare la situazione di fatto o diritto precedente) o l'irreparabilità (intesa come impossibilità di porre rimedio al mutamento causato²³) di una sentenza che ancora potrebbe mutare in appello, non dovrebbe essere stigmatizzata in un provvedimento esecutivo (che per natura, tende a modificare la realtà sostanziale) che possa pregiudicare le ragioni di un futuro appello.

Art. 114 c.p.a.

- 1. L'azione si propone, anche senza previa diffida, con ricorso notificato alla pubblica amministrazione e a tutte le altre parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta; l'azione si prescrive con il decorso di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza.*

²⁰ TAR Piemonte, Sez. Prima, 17 novembre 2011, n. 1197

²¹ Art. 114 c.p.a., 4° comma, lett. c

²² Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 5352

²³ TRAVI A., "Lezioni di giustizia amministrativa, XIII Ed.", Torino 2019, p. 389 ss.

2. *Unitamente al ricorso è depositato in copia autentica il provvedimento di cui si chiede l'ottemperanza, con l'eventuale prova del suo passaggio in giudicato.*
3. *Il giudice decide con sentenza in forma semplificata.*
4. *Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso:*
 - a) *ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione;*
 - b) *dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato;*
 - c) *nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano;*
 - d) *nomina, ove occorra, un commissario ad acta;*
 - e) *salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo. 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.*
5. *Se è chiesta l'esecuzione di un'ordinanza il giudice provvede con ordinanza.*
6. *Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta. Avverso gli atti del commissario ad acta le stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell'ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni. Gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinario.*

7. *Nel caso di ricorso ai sensi del comma 5 dell'articolo 112, il giudice fornisce chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, anche su richiesta del commissario.*
8. *Le disposizioni di cui al presente Titolo si applicano anche alle impugnazioni avverso i provvedimenti giurisdizionali adottati dal giudice dell'ottemperanza.*
9. *I termini per la proposizione delle impugnazioni sono quelli previsti nel Libro III.*

Addentrando negli aspetti procedurali del giudizio d'ottemperanza, vediamo come nei casi di inottemperanza della PA o di un apparente vizio di legittimità amministrativa²⁴, il giudice “determina il contenuto del provvedimento amministrativo o emana lo stesso in luogo dell'amministrazione”.

Precedentemente, il rito era soggetto ad un'iniziale diffida all'amministrazione (fondamentalmente una notifica di messa in mora, con intimazione a provvedere), oggi non più necessaria secondo il 114 c.p.a., 1° comma.

Il giudizio d'ottemperanza non è soggetto a termini di decadenza, in linea con il carattere *non impugnatorio* del rito; è esperibile, pertanto, finché non sia prescritto il diritto all'esecuzione della sentenza che, in ossequio ai dettami civilistici, è assoggettato all'ordinario termine decennale di prescrizione, che decorrono dal passaggio in giudicato della sentenza.

Competente a deliberare è il giudice che ha emesso la sentenza amministrativa (pertanto il Consiglio di Stato può essere anche competente in unico grado: tuttavia, se la sentenza del Tar è stata confermata in appello – o riformata in termini che non ne modificano il dispositivo – la competenza rimane in capo al Tar²⁵); se, invece, il provvedimento da eseguire è stato emesso dal giudice ordinario (o speciale), la competenza è sempre del Tar nella cui circoscrizione ha sede il giudice (diverso da quello amministrativo) che ha emesso la sentenza.

²⁴ L'adunanza plenaria ha espressamente riconosciuto la facoltà di esperire per entrambe le casistiche il rito dell'ottemperanza, salva la possibilità di convertire il rito in ordinario, qualora non venga ravvisata alcuna elusione o violazione del giudicato. *Ibidem*.

²⁵ Sulla questione in merito al conflitto negativo di competenza tra il Tar e il Consiglio di Stato in ordine ad un giudizio di ottemperanza, Cons. St. sez. IV, 22 maggio 2019, n. 3300

Il codice rinvia alle regole del rito ordinario (art. 38 c.p.a.) per lo svolgimento dell'ottemperanza, con talune peculiarità del rito camerale (riduzione a metà dei termini processuali); la pronuncia del giudice segue sempre la forma semplificata²⁶.

²⁶ L'applicazione del procedimento in questione è espressamente prevista anche per la richiesta di chiarimenti; art. 112 c.p.a., comma° 5

3. Violazione o elusione del giudicato

Come espressamente previsto dall'art. 114 c.p.a., il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, ordina l'ottemperanza e, eventualmente, dichiara nulli gli atti disposti in violazione o elusione del giudicato.

Per la giurisprudenza, è da ritenere “violazione del giudicato” il nuovo atto emanato dall'amministrazione che riproduce i medesimi vizi già censurati ovvero si pone in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla precedente statuizione del giudice²⁷; mentre, si parla di “elusione di giudicato” allorquando l'amministrazione, pur formalmente provvedendo all'esecuzione del giudicato tende sostanzialmente a raggirarlo in modo da pervenire surrettiziamente allo stesso esito, oggetto del recedente annullamento²⁸.

A differenza degli altri casi previsti dall'art. 21-septies della L. n. 241/1990, il binomio in esame ha da sempre rappresentato terreno fertile per accesi confronti e dibattiti giurisprudenziali: l'orientamento prevalente vedeva nella nullità il rimedio alla patologia “elusiva”, mentre l'illegittimità-annullabilità costituiva il vizio del provvedimento “violativo” del giudicato stesso.

Anche in questa sede, occorre aver ben chiara la definizione, più volte citata, di “giudicato amministrativo”²⁹, la quale apre le porte al giudizio d'ottemperanza e all'accertamento della nullità del provvedimento amministrativo.

Tradizionalmente, violazione ed elusione del giudicato, non venivano considerate come ipotesi di “inottemperanza” della PA: il rimedio giuridico si offriva ai casi in cui l'inerzia dell'amministrazione fosse stata totale o vi fosse stato un esplicito rifiuto di quest'ultima a collaborare. Sempre su quest'ottica, l'atto elusivo (o parziale e incompleto) della PA, costituiva comunque una nuova manifestazione del potere amministrativo e, come tale, necessitava di idoneo accertamento ordinario per ottenerne l'annullamento.

²⁷ Banca Dati, *Gazzetta Amministrativa della Repubblica Italiana*, 4 maggio 2013

²⁸ In quest'ottica Cons. St., sez. IV 4 marzo 2011, n. 1415; 1° aprile 2011, n. 2070; sez. V, 20 aprile 2012, n. 2348; sez. VI, 5 luglio 2011, n. 4037

²⁹ v. pag. 13 ss.

Salterà immediatamente all'occhio il circolo vizioso e infinito nel quale atti della PA e sentenze di annullamento andavano a stagnarsi, lasciando la parte lesa senza un'effettiva tutela esecutiva.

La sintomatologia di una tale problematica, è racchiusa in una storica sentenza del 1984 dell'Adunanza Plenaria secondo cui “in generale gli atti emanati dall'amministrazione, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale, sono soggetti all'ordinario regime d'impugnazione anche quando si discostino dai criteri indicati nella sentenza, giacché in tale evenienza sarebbe pur sempre configurabile un vizio di legittimità del nuovo provvedimento, da far valere nei modi, nei termini e con le garanzie proprie del ricorso ordinario”³⁰; tuttavia, proseguivano i giudici, se dal giudicato fosse derivato un obbligo conciso, non sindacabile discrezionalmente dalla PA, l'ottemperanza sarebbe stata esperibile con l'adozione di un atto dal contenuto inequivocabilmente desunto dalla sentenza ed eventuali atti difformi sarebbero risultati emessi in carenza di potere e, come tali, dichiarati nulli in sede d'ottemperanza.

La sentenza del giudice superiore, risolveva in parte il binomio violazione-elusione del giudicato; si osservi come assuma un'importanza rilevante il *contenuto* dell'atto emanato dall'amministrazione: in presenza di discrezionalità amministrativa l'atto sarebbe stato illegittimo e impugnabile con ricorso ordinario; in assenza di questa (essendo dunque, la PA vincolata dal *dictum* della sentenza), la violazione della vincolatività sarebbe stata sanzionata con l'inadempimento al giudicato e impugnabile dinanzi al giudice dell'ottemperanza.

Sebbene audace, la tesi in esame prestava il fianco a numerose critiche. In particolare si è evidenziato come il problema del doppio accesso al rito (violazione-elusione), anziché affievolirsi o svanire, come ampiamente auspicato, si fosse solo spostato su un altro terreno; secondo questa impostazione, ai fini dell'ammissibilità al giudizio di ottemperanza non è rilevante il tipo di condotta tenuta dall'amministrazione (inerzia, elusione e violazione del giudicato), ma la non ottemperanza ad una statuizione vincolante della decisione giurisdizionale.³¹

³⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 19 marzo 1984, n. 6

³¹ BancheDatiEditoriali/gfl; iusexplorer.it/violazione e elusione del giudicato

Le pronunce successive, accogliendo parzialmente queste critiche, hanno superato il criterio *contenutistico* stabilito dall'Adunanza Plenaria nel 1984, a favore di un criterio *processuale* che trova nel *petitum*, cioè nella domanda del ricorrente, il criterio identificativo del caso proposto.

In quest'ottica, è stato stabilito che se il ricorrente, censurando un atto amministrativo, ne desume la difformità dalla legge sostanziale, potrà proporre l'azione ordinaria di annullamento; se, invece, ne sanziona la difformità sostanziale dal *dictum* della sentenza, potrà proporre l'azione di ottemperanza.

In questo modo, si supera concretamente il binomio “elusione-violazione del giudicato”, ammettendo, nel ricorso per ottemperanza, tutti gli atti emessi dall'amministrazione (nell'esercizio del potere amministrativo) successivi al giudicato: pertanto, se il nuovo provvedimento è viziato poiché in contrasto con la vincolabilità del giudicato, per ottenere tutela il privato dovrà ricorrere in ottemperanza; viceversa, se il nuovo provvedimento della PA è viziato da vizi “nuovi” e “diversi” rispetto a quelli accertati in sede cognitoria, il privato dovrà richiedere tutela attraverso un'ordinaria azione di annullamento.³²

Ad oggi, la distinzione tra provvedimenti elusivi (nulli) e provvedimenti violativi del giudicato (annullabili) è definitivamente superata dalla legge n. 15 del 2005, di riforma della legge sul procedimento amministrativo (L. n. 241/1990).

Di fatti, la novità legislativa, ha espressamente previsto nell'art. 21-septies, comma 1, la nullità del provvedimento adottato tanto in elusione quanto in violazione del giudicato.

In quest'ottica, quindi, la giurisprudenza è ormai concorde nel ritenere che “*nel caso in cui l'amministrazione abbia reiterato ed esteso temporaneamente un atto già oggetto di annullamento con sentenza definitiva, sussiste la nullità del provvedimento impugnato ai sensi dell'art. 21-septies L. n. 241/1990 in specie in relazione alla categoria degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato*”³³.

³² *Ibidem*.

³³ Tar Liguria, Genova, sez. II, 13 novembre 2006, n. 1528; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 29 luglio 2008, n. 1120

4. Il commissario *ad acta*

Nell'ampio ventaglio di poteri concessi al giudice dell'ottemperanza, vi rientra (come stabilito dall'art 114 c.p.a., comma 4, lett. *d*) la nomina di un commissario *ad acta* che si sostituisca all'amministrazione inadempiente. Il ruolo del commissario, rappresenta un delicato punto di contatto tra l'attività giurisdizionale e quella amministrativa.

Figura da sempre oscura al legislatore, il commissario *ad acta* ha trovato la propria ragione d'essere nella consolidata riluttanza dell'amministrazione di adeguarsi alle pronunce giudiziali (talvolta ai limiti dell'ostruzionismo). Assodata inoltre, la normale inefficacia dei comuni mezzi di coazione indiretta e le difficoltà strumentali (oltre che materiali) del giudice di sostituirsi *in toto* all'amministrazione inadempiente, si è reso necessario dar vita ad un nuovo personaggio giuridico che attuasse concretamente le statuizioni dell'organo giuridico amministrativo, dinanzi alla prassi inerte della PA.

Nominato dal giudice dell'ottemperanza, il soggetto qualificato ha il compito di sostituirsi all'operato dell'amministrazione, garantendo effettività e tutela, concorrendo al tempo stesso ad uno sgravio dei compiti del giudice dell'ottemperanza, il quale mantiene comunque poteri di controllo e vigilanza su quest'ultimo.³⁴

Da un punto di vista ideologico, si è combattuto a lungo per tentare di fornire una collocazione giuridica al commissario *ad acta*. Le tesi (dottrinarie e giurisprudenziali) spaziavano da una sua ubicazione come organo straordinario dell'amministrazione,³⁵ ad una visione (maggiormente accreditata) di *longa manus*

³⁴ TRAVI A., "Lezioni di giustizia amministrativa", Torino, 2012, p. 376, "Il commissario si sostituisce agli organi amministrativi inadempienti. D'altra parte, una volta nominato, il giudice dell'ottemperanza non è esaurito: esercita poteri di vigilanza anche d'ufficio sull'operato del commissario e al giudice vanno rivolte eventuali contestazioni circa tale operato (art. 113, 6° comma, cod. proc. amm.). Molto opportunamente alcuni giudici amministrativi, quando il commissario comunica di aver completato la sua attività, fissano comunque un'udienza per verificare, con l'intervento del ricorrente, che la sentenza sia stata correttamente eseguita".

³⁵ Tesi difficilmente sostenibile in quanto il commissario *ad acta* non è soggetto a nessun tipo di controllo o direzione amministrativa; in quest'ottica comunque, VACIRCA V., "L'impugnazione dei provvedimenti adottati dal commissario giudiziale *ad acta*", in Foro amministrativo, 1982, p. 285

del giudice dell'ottemperanza³⁶, al quale il commissario si sostituisce mediante una sorta di procura, nella quale è insita la fonte dei propri poteri.

Essendo un organo giudiziale, il commissario non è tenuto ad agire nell'interesse della PA, ma a tutela del ricorrente vittorioso in sede cognitiva, come ampiamente riconosciuto dalle Sezioni Unite.

Non sono mancate, anche in questo caso, le perplessità di un'autorevole dottrina³⁷, così come le prese di posizione dei vertici amministrativi.

Su questo terreno, in linea con la Suprema Corte, si è espressa l'Adunanza Plenaria (n.23, 1978), la quale ha ritenuto plausibile classificare il commissario come un organo *“del giudice dell'ottemperanza, pur se la designazione passi attraverso l'interposizione di un organo amministrativo incaricato di procedere alla pronuncia”* e quindi, non come un organo di amministrazione attiva, né come un organo di controllo.

A carattere intermedio, merita di esser citata invece l'autorevole dottrina del Giacchetti (v. note pag. 10), il cui punto di vista pone il commissario come un organo *“dimidiato”*³⁸, selezionato da un giudice amministrativo, che non svolge attività giurisdizionale, che non è sottoposto a controllo o direzione da parte

³⁶ Corte Cassaz., Sez. Un., 1977, n. 75

³⁷ GIACCHETTI S., *“Relazione al Convegno per l'anniversario dell'istituzione del C.G.A.”*, pubblicata in Giur. Amm. Sic. 1988, II, p. 36 ss., *“Non sembra neppure che il commissario possa essere considerato “organo del giudice”, secondo un orientamento che risale ad un passo della sentenza n. 75/1977 della Corte Costituzionale, nel quale si dice però tutt'altra cosa: e cioè che la nomina (non l'attività) del commissario costituisce esercizio di attività giurisdizionale: il che non è mai stato posto in dubbio. Non sembra che possa essere considerato organo del giudice non solo per la considerazione, che resta sempre valida, della “impossibilità, sul piano sistematico, di configurare praeter legem una sorta di trasferimento di poteri giurisdizionali dal giudice al commissario”, con delicati riflessi anche di ordine costituzionale; ma anche per l'assorbente considerazione che il commissario - in realtà - non imputa al giudice un bel niente, in quanto assume in proprio, e sotto la sua personale ed esclusiva responsabilità, tutte le determinazioni del caso”*.

³⁸ GIACCHETTI S., *“Relazione al Convegno per l'anniversario dell'istituzione del C.G.A.”*, pubblicata in Giur. Amm. Sic. 1988, II, p. 36 ss., *“Ora se si esamina questo quadro con occhi sgombri da pregiudizi si ha che l'antitesi tradizionale organo dell'Amministrazione - organo del giudice induce un condizionamento ideologico falso e falsante; perché, in realtà, il commissario ad acta non è organo di nessuno, e non c'è nessuna esigenza logica o sistematica per la quale debba essere necessariamente organo di qualcuno. Tutt'al più potrebbe dirsi, sia pur con una metafora imprecisa e descrittiva, che il commissario è organo della sentenza, dalla quale trae la sua investitura ed i limiti del suo ufficio; ma non già che sia organo del giudice, che ormai con la sottoscrizione della sentenza functus est munere suo. Si giunge così alla conclusione già formulata dalla giurisprudenza, secondo cui “il commissario ad actus si presenta come centro di competenze esterno all'Amministrazione che esprime una volontà che soggettivamente non promana dall'Amministrazione, anche se è ad essa imputabile (sia pure con i limiti sopra indicati)”*; ed in questo senso è un organo *“dimidiato”*.

dell'amministrazione e che, come tale, sia un organo di nessuno, se non della sentenza stessa.

Traendo spunto dai maggiori indirizzi, ha recentemente preso piede un diverso criterio contenutistico per ciò che concerne l'attività del commissario *ad acta*, a seconda che questa si riduca alla mera esecuzione del *decisum*, oppure consista nell'autonoma valutazione dell'obbligo a provvedere³⁹. Tale orientamento (*cd. misto*) fonda la natura dell'organo su piano materiale, a seconda che l'attività del commissario sia vincolata o discrezionale.

Anche in questo caso però, è facilmente ravvisabile una critica di fondo, che vede nell'indeterminatezza dei concetti (vincolato e discrezionale) una linea di demarcazione netta e concisa a livello teorico, molto più labile e astratta a livello pratico.

Il codice, infine, ha espresso norme concrete per indirizzare lo studioso verso una vittoria ideologica: il commissario *ad acta* è stato inserito del Capo VI del Libro I, dedicato agli ausiliari del giudice. L'art. 21 c.p.a. cita testualmente "*Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta*". Non passerà inosservato inoltre, che per il commissario valgano gli stessi motivi di ricusazione previsti per il giudice, dall'art 51 c.p.c.

In definitiva, se è vero che non si possa assodare per certo l'indirizzo che vuole il commissario *ad acta* come un prosieguo dell'operato del giudice, si può senz'altro

³⁹ Corte Cassaz, sez. III, 18 giugno 2003, n. 9709, "*In dottrina, per quanto riguarda la qualificazione del commissario ad acta, si sono affacciate, oltre alla tesi prevalente che lo configura come organo ausiliario del giudice ed a quella che sottolinea il carattere amministrativo dell'attività, svolta, anche la tesi dell'organo misto, in parte ausiliario del giudice ed in parte organo dell'amministrazione. In quest'ultima prospettiva la questione della natura giuridica del commissario si inserisce pertanto nella più, ampia questione della definizione dell'oggetto attività esercitata: se essa è vincolata al decisum del giudicato, recepito nel dictum del giudice di ottemperanza, il commissario è organo del giudice, non tanto come ausiliario nel senso processual-civilistico, quanto come organo di giurisdizione esecutiva, cui è devoluto di attuare l'ordine giudiziale, in sostituzione dell'amministrazione inottemperante; se invece l'attività del commissario, pur originata dalla necessità di attuare il decisum del giudicato e suscitata dalle prescrizioni del giudice di ottemperanza, non si limita al ri-esercizio o alla riedizione del potere assorbito dalla vicenda ottemperativa del giudicato, ma si inserisce nel ciclo normale del potere, riattivato dopo la sospensione determinata proprio dal giudicato, con i poteri sostitutori conferiti dal giudice di merito, egli è organo, pur straordinario, dell'amministrazione, almeno sul piano funzionale, cui è devoluto non solo di attuare la prescrizione del giudicato (così come recepita nella decisione che ne ha previsto l'istituzione), cioè non solo di esercitare una funzione di giurisdizione esecutiva, ma anche di esercitare una funzione di amministrazione sostitutiva in virtù, dei poteri conferiti dal giudice dell'ottemperanza, che è essenzialmente giudice del merito dell'attività amministrativa*".

affermare che l'organo commissariale non potrà mai esser definito come parte dell'organizzazione amministrativa.

Da un punto di vista strettamente funzionale, invece occorre porre l'attenzione sull'operato del commissario, ed inquadrare il notevole contributo che quest'ultimo apporta a tutela del ricorrente.

L'introduzione ideologica e dottrinaia dell'organo, si è resa doverosa e necessaria per stabilire la configurabilità del soggetto qualificato, in quanto qualora quest'ultimo si fosse considerato un organo straordinario dell'amministrazione, se ne sarebbero potuti impugnare gli atti con i comuni metodi giuridici (ordinario ricorso per annullamento); se invece, come si è potuto constatare, si tende a ricondurre il commissario nella sfera ausiliaria del giudice, allora si potranno (e si dovranno) impugnare gli atti da esso compiuti, direttamente dinanzi al giudice dell'ottemperanza.

Il comma 6, dell'art 114 c.p.a. conferisce al giudice dell'ottemperanza tutte le questioni relative alla fase esecutiva, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario. Pertanto non dovrebbero sussistere dubbi circa l'impugnabilità degli atti compiuti dal commissario, nei confronti del terzo estraneo; tuttavia, il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire per chiarire gli indirizzi interpretativi che andavano delineandosi.

Il decreto correttivo n. 195/2011, ha precisato quali atti del commissario sono impugnabili e qual è il procedimento da seguire: la prima modifica del comma 6, precisa che il giudice dell'ottemperanza conosce le questioni inerenti agli atti del commissario, ma esclusivamente con riguardo alle parti su cui si è formato il giudicato; tale atto è qualificabile come "reclamo" che, formalmente, non è un gravame. Il reclamo dev'essere notificato e depositato nel termine di sessanta giorni, previa notifica ai controinteressati⁴⁰.

Da tale ricostruzione, quindi, risulta chiaro che l'unica soluzione plausibile, circa l'imputabilità degli atti compiuti dal commissario, è rimessa al giudice dell'ottemperanza, ritenendo quest'ultimo il vero *dominus* degli effetti dei

⁴⁰ Relazione governativa 23 novembre 2011, par. 24, "Al reclamo sono assoggettabili le sole parti tra cui si è formato il giudicato, ma non anche i terzi, ai quali invece – in quanto estranei al giudicato e non soggetti al relativo vincolo – è dato di fare ricorso all'ordinaria azione di annullamento; infatti, la *res inter alios acta* nei loro confronti neque iuvat neque nocet, sicché, per loro, la stessa sentenza non può che degradare a mero fatto giuridico: sempre rilevante, ma giammai vincolante".

provvedimenti commissariali, così come avallato da dottrina⁴¹ e dalla giurisprudenza⁴².

Non si può non sottolineare tuttavia, come la qualificazione giuridica del commissario *ad acta* rimanga tutt'oggi oggetto di numerose interpretazioni; autorevole dottrina infatti⁴³ spinge ancora per una *pluriqualificazione* dell'organo in questione (tanto ausiliare-giuridica, quanto amministrativa, per gli effetti proposti).

È indubbio che una qualificazione del commissario *ad acta* come organo peculiare e straordinario, fuori dagli schemi e senza categoria precisa, rappresenta ad oggi la soluzione più accreditata.

⁴¹ SALAMONE V., “I riti speciali nel nuovo processo amministrativo”, in Giustiziaamministrativa.it, 2010, “Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario *ad acta*. Il commissario *ad acta* va considerato organo ausiliario del giudice, giacché i suoi poteri non derivano dalla Pubblica amministrazione, ma da una sorta di atto di delega da parte del giudice dell'ottemperanza; di conseguenza, in quanto organo ausiliario del giudice, al pari di un perito o di un interprete, egli è organo giurisdizionale e i suoi atti, i quali non possono che ritenersi atti giurisdizionali, sono impugnabili con reclamo al giudice dell'ottemperanza in base al principio generale secondo il quale l'organo legittimato ad avere cognizione degli incidenti verificatisi in sede esecutiva è lo stesso deputato a dirigere l'esecuzione”.

⁴² Cons. Stato, Sez. V, 21 gennaio 2010, n. 443

⁴³ CLARICH M., “L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo”, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998, p.540

5. L'ottemperanza per chiarimenti

Il rimedio offerto dal legislatore di cui all'art 112 c.p.a. trova poi una nuova utilità, al fine di ottenere chiarimenti, circa le modalità di ottemperanza. Di matrice innovativa e recente, l'ottemperanza per chiarimenti si è fatta largo nella giurisprudenza a suon di pronunce e interpretazioni, che ne hanno infine disciplinato un quadro unitario⁴⁴ sebbene siano sopravvissute talune indecisioni o titubanze.

Nel silenzio serbato dal legislatore, una prima questione attiene ai soggetti che possono proporre l'azione. In questo caso, appare lecito estendere il raggio di legittimità a tutti i soggetti interessati⁴⁵: di base è l'amministrazione inadempiente a dover richiedere il più delle volte chiarimenti per ottemperare alla sentenza, ma non mancano i casi in cui il ricorrente stesso, per evitare che la PA ottemperi in modo inesatto (o per correggere un'ottemperanza già cominciata), richieda al giudice dei chiarimenti; quest'ultima casistica, contrariamente al ricorso in ottemperanza classico (che fornisce una tutela *ex post*), previene alla corretta esecuzione della sentenza, garantendo quindi una tutela *ex ante*.

Il decreto correttivo 195 del 2011 inoltre, ha esteso la richiesta anche al commissario *ad acta*⁴⁶.

Un altro nodo irrisolto lasciato dal legislatore, concernerebbe l'ambito di applicazione o cognizione dei poteri del giudice per chiarimenti, rispetto a quelli del giudice per l'ottemperanza.

Assunto che, i provvedimenti per i quali è possibile procedere alla richiesta sono tutti quelli elencati dall'art. 112 c.p.a., comma 2, si discute la possibilità, per chi

⁴⁴ TRAVI A., "Lezioni di giustizia amministrativa", Torino, 2012, p. 370, "In base al codice il giudizio di ottemperanza può essere esperito per ottenere anche solo chiarimenti sulle modalità dell'ottemperanza. Il ricorso al giudice dell'ottemperanza, in questo caso, non presuppone un'inottemperanza, ma presuppone incertezze sugli effetti della sentenza da eseguire, sugli adempimenti necessari per l'esecuzione, ecc. Di conseguenza, nello stesso caso, si deve ammettere che il ricorso al giudice dell'ottemperanza possa essere proposto anche dalla parte tenuta a dare esecuzione alla sentenza, quando ritenga necessario che siano forniti i chiarimenti in questione al fine di poter poi procedere all'esecuzione stessa".

⁴⁵ Si fa riferimento alle c.d. parti sostanziali, cioè quelle che risultano titolari di un interesse a ricorrere, differenziandole da quelle c.d. formali, la cui qualificazione dipende semplicemente dall'aver partecipato al processo. MANDRIOLI C., "Diritto processuale civile", Torino, 2002, p. 146

⁴⁶ Art. 114 c.p.a., comma 7

giudica, di integrarne gli elementi della sentenza esecutiva o se invece risulti doveroso attenersi al diktat del giudizio cognitivo.

Il primo punto è condiviso da chi vede nell'ottemperanza di chiarimenti un vero e proprio giudizio d'ottemperanza (con conseguente attribuzione al giudice di tutti i poteri del Titolo I); di contro, l'indirizzo minoritario sostiene che il chiarimento sia un elemento "accessorio all'ottemperanza" (ne venga anche temporalmente prima) e, come tale, il giudice si debba limitare ad esporre le modalità già disciplinate dal giudizio di cognizione.

Il compromesso tra le due tesi va ricercato in una posizione intermedia, partendo dagli atti dell'art 112 c.p.a.: risulterà chiaro come la soluzione che meglio si presta ai provvedimenti previsti dalla lettera *c*) del medesimo articolo⁴⁷ sia la tesi minoritaria; solo in questo caso il giudice dell'ottemperanza, avendo poteri di mera esecuzione, potrà richiedere chiarimenti in merito al *decisum* del giudice ordinario (tesi estesa anche ai chiarimenti richiesti dai soggetti interessati).

Al contrario, per le sentenze del giudice amministrativo non sussistono tali limiti, pertanto potranno essere ammessi, al giudice dell'ottemperanza, poteri integrativi delle disposizioni precedentemente emesse in sede cognitiva.

Ad ogni modo, il punto focale del discorso, rimane imperniato sull'accesso al rito in questione, il quale non pone più come condizione necessaria l'inosservanza dell'obbligo per la PA di eseguire i provvedimenti giurisdizionali (in particolare del giudice amministrativo), ma trova legittimità nel fatto che tutte le parti del giudizio possono richiedere i chiarimenti necessari per assicurare – ed ottenere – l'ottemperanza della sentenza.

⁴⁷ Ossia le sentenze passate in giudicato del giudice ordinario.

6. La questione della messa in mora

Come precedentemente anticipato, la questione della messa in mora nel giudizio di ottemperanza può avere una duplice natura, di cui si anticipa in tale sede una sommaria trattazione.

La precedente trattazione legislativa⁴⁸, poneva come condizione necessaria, all'instaurazione del rito dell'ottemperanza, una notifica di messa in mora (sostanzialmente una diffida ad adempiere⁴⁹) da parte del ricorrente verso l'amministrazione inadempiente.

La notifica della diffida poteva esser proposta solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza per cui era richiesto l'adempimento⁵⁰, a pena di inammissibilità del ricorso.

Per molto tempo quindi, la diffida ha rappresentato una condizione di ammissibilità del ricorso di ottemperanza. La sua funzione principale era costituita dall'informazione che il ricorrente poneva nelle casse dell'amministrazione diretta a svolgere un'azione esecutiva, permettendo (talvolta forzando) l'amministrazione ad un'esecuzione spontanea, volta ad evitare l'intervento del giudice.

Non sono mancati i paragoni con la materia civilistica e, nello specifico, i rapporti con l'art 480 cc, ossia l'atto di precetto; su questo fronte la giurisprudenza ha unanimemente riconosciuto ad entrambi gli istituti il medesimo valore funzionale (ossia una manifestazione di volontà del ricorrente volta ad informare l'amministrazione di una pretesa esecutiva), mantenendo però distaccate le due macro aree e rimarcandone la loro non-alternatività⁵¹.

⁴⁸ R.D. n. 642/1907

⁴⁹ L'atto in questione era un atto stragiudiziale, e, di conseguenza, non era ritenuta valida la notifica effettuata presso il domicilio del giudizio, dovendosi far riferimento alla sede reale dell'amministrazione. La notifica non era, altresì, valida se effettuata presso l'Avvocatura dello Stato, visto che la diffida non era considerata un atto processuale, ma un atto negoziale, sito al di fuori del processo, che incide sul rapporto sostanziale tra le parti, diretto a rendere inequivocabile la volontà della PA di non adempiere.

⁵⁰ Un unico rimedio, esperibile prima del giudicato, era riconosciuto alle sentenze esecutive non sospese dal giudice amministrativo, in virtù della vicinanza concettuale tra il giudizio d'ottemperanza e il giudizio d'esecuzione.

⁵¹ Cons. Stato, Sez. IV, 8 luglio 1993, n. 688, *“L'atto di precetto, notificato alla pubblica amministrazione perché questa adempia a quanto prescritto nella decisione passata in giudicato, non può validamente sostituire l'intimazione ad adempiere, allorché esso non contenga la minaccia di utilizzare il giudizio di ottemperanza”*.

La messa in mora inoltre, non era necessaria nei casi in cui la stessa amministrazione dichiarasse espressamente la volontà di non adempiere (volontà che poteva anche trarsi da comportamenti o atti concludenti), ovvero qualora vi fosse violazione o elusione di giudicato.

Il codice ha spuntato l'ottemperanza da questo meccanismo, eliminando l'obbligatorietà della diffida, non l'istituto in sé (ma di fatto rivoluzionandone ampiamente la portata). Le cause sono ravvisabili nei principi cardine di economia processuale e ragionevole durata, con cui spesso l'inerzia amministrativa e la burocratizzazione della diffida si scontrano aspramente. Inoltre, ma non meno importante, è da considerare l'effettiva utilità che potesse ricoprire l'istituto una volta introdotta la "previa notificazione del ricorso per ottemperanza"⁵²: così facendo, si sono estese le facoltà del ricorrente di adire direttamente il giudice dell'ottemperanza, svincolandolo dalle lungaggini di un'eventuale azione amministrativa inadempiente, assicurando ad ogni modo il principio del contraddittorio fra le parti.

Salvo il carattere di notifica e di ammissibilità, recentemente nel nostro ordinamento la penalità di mora ha iniziato ad assumere anche un ruolo coercitivo. L'istituto in questione ("*astreintes*"), oltre a necessitare di maggior approfondimento, sarà successivamente oggetto di studio di questo scritto. Pertanto si rimanda alle pagine seguenti per la trattazione dell'argomento⁵³.

⁵² Relazione al testo finale del d. lgs. 104/2010, "*L'introduzione della previa notificazione del ricorso per ottemperanza ha reso non più necessario l'adempimento, finora prescritto, della previa diffida e messa in mora. Tale adempimento rimane, pertanto, una facoltà rimessa alla scelta della parte*".

⁵³ V. pag. 34 ss.

7. I rimedi contro le decisioni del giudice dell'ottemperanza

Occorre infine analizzare il rimedio offerto dal legislatore agli atti del giudice dell'ottemperanza.

Partendo da un'analisi sommaria, che non teneva sufficientemente conto della distinzione tra sentenze d'attuazione del giudicato e sentenza non consistenti in attività sostitutiva, i giudici di Palazzo Spada avevano, in un primo momento, escluso l'appellabilità dei provvedimenti del giudice dell'ottemperanza⁵⁴.

La *ratio* del legislatore, vedeva come ampiamente esaustiva questa fase processuale, tale da renderne sufficiente lo svolgimento in un unico grado.

La successiva differenziazione tra i due tipi di sentenze sopracitate, ha convinto il giudice superiore a mutare indirizzo: è stata quindi legittimata la possibilità di appellare le questioni concernenti il rito del giudizio d'ottemperanza e il merito delle decisioni (ossia l'avvenuta o non avvenuta esecuzione del giudicato). In altre parole, l'appello doveva proporre questioni di natura cognitoria, relative all'esatto significato e portata della sentenza da eseguire⁵⁵.

⁵⁴ Cons. Stato, Ad. Plen, 14 luglio 1978, n. 23, “*Si evince che in tema di ottemperanza al giudicato il criterio seguito dalla legge non è quello del doppio grado, ma quello dell'unico grado di giudizio. Tale conclusione è rafforzata dal sistema espressamente accolto dalla legge per i procedimenti di ottemperanza attribuiti alla competenza del Consiglio di Stato. Ma alla stessa conclusione si deve pervenire anche per i casi attribuiti alla competenza del TAR, non potendosi ritenere, nel silenzio della legge e in assenza di una sicura ragione differenziatrice, che per alcune ipotesi il procedimento possa svolgersi in due gradi di giudizio e per altre, invece, debba concludersi in uno solo. La soluzione contraria introdurrebbe un diverso regime processuale per statuizioni (che si traducono in provvedimenti) della medesima natura e che si collocano funzionalmente nella stessa fase conclusiva del processo, essendo a questo riguardo indifferente il fatto che il procedimento di ottemperanza si svolga presso un Tribunale amministrativo o presso il Consiglio di Stato, che l'autorità che deve ottemperare sia o meno un ente che eserciti la sua attività esclusivamente nei limiti della circoscrizione del Tribunale amministrativo regionale, che la sentenza da eseguire sia stata o non appellata e, se appellata, sia stata riformata o confermata*”.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2002, n. 2856 “*Osserva la Sezione che l'appello avverso le sentenze pronunciate dal T.A.R. sui ricorsi di ottemperanza al giudicato che rientrano nella sua competenza sono ammissibili, secondo principi già espressi in modo pacifico dalla giurisprudenza amministrativa, unicamente quando tali sentenze concernano questioni attinenti alla ritualità dello stesso giudizio di ottemperanza, all'avvenuta o non avvenuta esecuzione del giudicato ovvero al carattere elusivo o meno dei provvedimenti adottati dall'amministrazione in esecuzione del giudicato. L'appello al Consiglio è ammesso, cioè, quando propone questioni di natura cognitoria, concernenti l'esatto significato e la portata della sentenza da eseguire (VI, 2.4.1998, n404; V, 6.10.1999, n. 1329; 10.2.1998, n. 153) e non quando riguardano sentenze che hanno disposto, in sostituzione dell'amministrazione, le misure meramente esecutive del giudicato di carattere tecnico*”.

Risulterebbe, invece, esclusa la possibilità di impugnare la sentenza nei casi in cui la pronuncia emessa in sede di ottemperanza disponga per degli atti meramente attuativi del *decisum* passato in giudicato.

Questa la terminologia legislativa precedente all'entrata in vigore del Codice. Quest'ultimo infatti, anziché risolvere e puntualizzare in dogmi i dettami sull'impugnabilità, ha gettato ulteriori ombre interpretative sulla portata dell'istituto.

Riprendendo, come da consuetudine, l'art. 114 c.p.a., comma 8 e 9, vediamo come il legislatore abbia preferito rinviare alle norme comuni in tema d'impugnazioni, estendendone al rito d'ottemperanza anche i termini per la proposizione.

Apparirà fin troppo chiaro, come il dettato sia piuttosto scarno e lacunoso; in particolare, lascia alle pronunce del giudice superiore valutare se gli indirizzi da adottare saranno restrittivi (come sopra citato) o se, invece, si preferirà una visione estensiva consentendo l'appellabilità a tutte le decisioni prese dal giudice dell'ottemperanza.

In ottica restrittiva, si è espresso il Consiglio di Stato⁵⁶, avallando la maggior parte della dottrina, ponendo l'accento sul termine “*giurisdizionali*” dell'art. 114 c.p.a., comma 8, che parrebbe implicare la necessità di garantire l'appellabilità solo a sentenze che non contengono disposizioni meramente esecutive del giudicato⁵⁷. I giudici sottolineano come il codice, in ossequio all'art. 125 Cost., voglia garantire l'appellabilità di ogni sentenza emessa in primo grado, anche ove resa in sede d'ottemperanza.

⁵⁶ Cons. Stato, VI Sez., 15 febbraio 2012, n. 759, “*Il Collegio ritiene di dover sottolineare, in primo luogo, non solo la pacifica impugnabilità delle sentenze emesse in sede di ottemperanza, quando il gravame non investa mere questioni esecutive, ma anche l'effetto devolutivo pieno che - ad avviso del Collegio stesso - deve riconoscersi quando, in sede di appello, debbano risolversi questioni giuridiche in rito e in merito, in relazione alla regolarità del rito instaurato, alle condizioni soggettive ed oggettive dell'azione ed alla fondatezza della pretesa azionata. D'altra parte, in applicazione dell'art. 125 della Costituzione, il Codice del processo amministrativo prevede l'appellabilità di ogni sentenza di primo grado, anche ove resa in sede di ottemperanza*”.

⁵⁷ Parzialmente differente è la posizione di TRAVI A., in “*Lezioni di giustizia amministrativa*”, Torino, 2012, p. 377, secondo cui “*Il codice non dispone espressamente in proposito; estende però all'impugnazione delle pronunce del giudice dell'ottemperanza la stessa disciplina prevista per il giudizio di ottemperanza. Il parallelismo così istituito fra i due gradi del giudizio sembra postulare che l'appello al Consiglio di Stato possa riguardare ogni pronuncia del giudice di primo grado*”.

Altri rimedi esperibili, seppur astrattamente, sono rinvenibili nel codice del processo civile, ove la revocazione (art. 395 c.p.c.), l'opposizione di terzo (art. 404 c.p.c.) e il ricorso per Cassazione (art. 111 Cost. e art. 362 c.p.c.).

Cominciando dalla revocazione, si noti come il rimedio fornito dal legislatore, non possa essere invocato per un eventuale contrasto di giudicati (tra sentenza cognitiva e d'ottemperanza) avendo quest'ultimi due oggetti di ricorso differenti. Precedentemente, inoltre, la giurisprudenza valutava favorevolmente il rapporto di pregiudizialità esistente tra ottemperanza e revocazione ordinaria, poiché quest'ultima (passibile appunto di revocazione ordinaria) non ancora passata in giudicato⁵⁸.

Sulla medesima linea di pensiero, si prescriveva che l'ottemperanza di una decisione soggetta a revocazione straordinaria, pur essendo esperibile, cedeva dinanzi al rapporto pregiudiziale citato, in quanto, citando il Consiglio, avrebbe determinato “una pregiudizialità di cause, tenuto conto che il giudizio di ottemperanza dipende dalla definizione di quello di revocazione e, precisamente, dalla conservazione ovvero dalla rescissione della decisione oggetto di ricorso per esecuzione”⁵⁹.

Ad oggi, come precedentemente stabilito, l'ammissibilità dell'azione di ottemperanza per le sentenze non ancora passate in giudicato è espressamente prevista e, pertanto, si potrà meglio intuire il perché dell'astrattezza citata ad inizio paragrafo.

Altro strumento esperibile avverso le sentenze d'ottemperanza, è ravvisabile nell'opposizione di terzo, concesso (in base alla natura processualciviltistica dell'istituto) al litisconsorte pretermesso ed al soggetto titolare di un diritto autonomo ed incompatibile col *dictum* della sentenza.

È ben chiara la *ratio* della tutela che il legislatore ha voluto accordare al terzo: in sede d'ottemperanza, nel rapporto sostitutivo che intercorre tra giudice ed amministrazione, non è infrequente che l'organo giudiziario possa incidere

⁵⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2000, n. 487, “Come esattamente dedotto dalle resistenti, il ricorso per l'ottemperanza del giudicato non è proponibile nelle more della definizione di un ricorso per revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 4 e 5 c.p.c. (C.S., sez. V, 3 febbraio 1988, n. 155). Solo il giudicato formale ex art. 324 c.p.c. legittima la proposizione della speciale esecuzione prevista dall'art. 36 della L. n. 1034/1971”.

⁵⁹ Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992, n. 162

negativamente sulla posizione di vantaggio di colui il quale sia rimasto estraneo al giudizio.

Di fatti, quando il terzo propone l'azione di cui all'art. 404 c.p.c. denuncia al giudice l'ingiustizia subita da un giudicato che non gli appartiene, senza la sua presenza, e per il quale gli è stato leso un personale interesse/diritto.

A tal riguardo, parte della dottrina⁶⁰ incide sull'operato del giudice nell'eterna distinzione tra ottemperanza esecutiva e ottemperanza cognitoria: l'ammissibilità all'opposizione non sarebbe riservata al primo caso, nel quale il giudice dovrebbe limitarsi a garantire l'effettività delle statuizioni precedentemente emesse nel giudicato, pertanto il terzo potrebbe opporsi direttamente alla sentenza cognitiva (oggetto dell'ottemperanza); nel caso opposto invero, il giudice, dovendo svolgere attività cognitoria, potrebbe (anche non) conoscere di un interesse del terzo, lederlo, e pertanto assicurargli un adeguato rimedio in opposizione.

Infine, è doveroso menzionare il rimedio offerto dalla Corte di Cassazione, avverso le sentenze d'ottemperanza emanate dal Consiglio di Stato per questioni di giurisdizione amministrativa⁶¹.

L'apice dell'astrattezza è raggiunto in questo caso, in quanto il giudice amministrativo esercita poteri sostitutivi rispetto alla PA ed è quindi assai arduo discernere lo sconfinamento di competenze dell'organo giudicante.

È un dettame ormai noto per la giurisprudenza rilevare le questioni censurabili in Cassazione⁶².

⁶⁰ BASILICA F. - AMATO S.L., "Osservazioni sull'ammissibilità dell'opposizione di terzo nel giudizio di ottemperanza", in Rass. Avv. St., 1995, p. 425

⁶¹ Corte Cassaz., SS. UU., 23 luglio 2001, n. 10012, "I soli motivi inerenti alla giurisdizione, per i quali gli artt. 111 ult. comma Cost. e 362 primo comma c.p.c. consentono il ricorso per cassazione avverse le decisioni del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti), comprendono, per costante giurisprudenza ed anche in sede di giudizio di ottemperanza, i limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali del giudice amministrativo, senza invece involgerne i limiti interni, i quali comprendono il modo di esercizio della giurisdizione, compresi eventuali error in procedendo o iudicando".

⁶² A tal proposito, Tesi "Il giudizio di ottemperanza nel nuovo codice del processo amministrativo", L. BERTOLINO, Luiss Roma, 2011-2012, "Ad esempio, sono sempre state esclusi gli errori riguardanti le condizioni che hanno determinato il passaggio in giudicato della sentenza emessa in sede cognitoria, così come le questioni inerenti la mancata esecuzione del giudicato e quelle che investono le modalità esecutive: tutte problematiche che attengono la correttezza dell'esercizio dei poteri del giudice e non i limiti esterni dell'attribuzione del potere. Trattandosi di valutazioni di merito, risulta, quindi, arduo identificare, a livello pratico, quali sono le questioni sottoponibili alla verifica della suprema Corte."

Capitolo II

1. Cenni Storici

Come affermato precedentemente, è doveroso adesso focalizzare l'attenzione di questo elaborato su un nuovo istituto che, da pochi anni, si è affacciato nel panorama processuale italiano.

L'istituto delle *astreintes* (come suggerisce la stessa terminologia), affonda le proprie radici nel diritto francese e, sebbene nel corso dell'ultimo ventennio il ventaglio di offerte del legislatore italiano si sia notevolmente ampliato per effetto dell'integrazione europea⁶³, quest'ultimo ha trovato spazio e applicazione anche nel codice amministrativo mediante, però, il diritto comparato (sotto l'egida di cui all'art. 1 c.p.a.⁶⁴).

A tal riguardo, l'art. 114 c.p.a., principio madre del giudizio d'ottemperanza, ha preso in prestito la possibilità, per il giudice che ha accolto il ricorso, di fissare “*su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta al resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato*”.

Non passerà inosservata la novità assoluta che ciò ha comportato per il processo amministrativo (sebbene anticipata per il processo civile con art. 614-*bis* c.p.c., introdotto con legge n. 69/2009, di cui si rimanda la trattazione).

Ambedue le casistiche si ricollegano ad un più ampio dialogo scientifico, che da tempo indicava come interessanti (e suscettibili di poter essere “*trapiantate*” nel nostro sistema), alcune esperienze normative di altri ordinamenti europei, i quali vedono nella coercizione indiretta, mediante sanzioni pecuniarie comminate in base al grado d'inottemperanza, uno strumento idoneo a contrastare l'inerzia (o favorirne la collaborazione) del soggetto in causa⁶⁵.

È proprio nell'ordinamento francese che queste particolari misure (non a caso ovunque conosciute come *astreintes*) hanno fortemente radicato la loro

⁶³ L'istituto non è comunque nuovo al legislatore comunitario, si veda a tal riguardo “le penalità di mora comminabili dalla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE”;

⁶⁴ Art. 1 c.p.a. “*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*”.

⁶⁵ PILADE CHITI M., “*I nuovi poteri del giudice amministrativo: i casi problematici delle sanzioni alternative e delle astreintes*”, Milano, Giuffrè, 2012, p. 22

applicabilità al diritto amministrativo, a seguito anche dell'estensione a tutti i giudici amministrativi (e non solo del *Conseil d'Etat*), di poter irrogare tali sanzioni. La riforma, tuttavia, ha avuto una forte espansione in tutto il vecchio continente (si veda anche l'istituto dello *Zwangsgeld*, assai simile alle *astreintes*) fino all'approdo sulle coste del Belpaese, nell'arco di un breve biennio (2009-2010), ma lo sbarco è stato tutt'altro che agevole.

Ad esclusione dei pregi che l'istituto abbia potuto apportare alla disciplina civilistica, è tutt'ora oggetto di meritevole discussione (come spesso accade quando vi è l'importazione di un principio estero che va a intaccare le peculiarità amministrative), il tema che si pone come quesito se le *astreintes* siano misure appropriate nei confronti della PA, per sollecitarne l'ottemperanza⁶⁶.

Si potrebbe pensare che la consolidata e positiva esperienza francese possa fornire un sufficiente onere probatorio al dilemma; tuttavia, è vero che il modello "surrogatorio" (o "sostitutorio") del nostro ordinamento ha sempre svolto efficacemente il proprio compito; inoltre, se si considera l'amministrazione come controparte, salterà subito all'occhio lo squilibrio economico degli attori in causa: si pensi al caso, paradossale, in cui l'amministrazione ritardi appositamente l'ottemperanza (non costituendo una penalità di mora un danno eccessivamente oneroso), preferendo perpetuare nell'inerzia fin quando possibile, subendo per scelta (ma rischio di giudizio per danno erariale) la sola penalità di mora.

Ad ogni modo, alla base della nostra dottrina, secondo cui il giudice si può sostituire direttamente o mediante commissario *ad acta* all'amministrazione inadempiente, è imperniato il principio definito dal Sassani, della "sostituzione surrogatoria", il quale, sebbene saldamente ancorato nella tradizione, appare oggi tentennare sia nell'ottica dei poteri amministrativi che non agevolano tale surrogazione, sia nell'ottica del giudice stesso che, in tal modo, andrebbe quasi a confondersi con l'amministrazione stessa. Il codice, dal suo canto, aprendosi all'estero senza interpretazioni omogenee, ha reso ancor più problematica un'adeguata soluzione al caso.

⁶⁶ *Ibidem*.

2. Il nuovo art. 614-bis c.p.c. e i rapporti con il civile

L'istituto delle *astreintes*, non è propriamente una novità per il nostro ordinamento. Di fatti, la riforma del processo civile del 2009, aveva introdotto il nuovo art. 614-bis c.p.c. il quale prevedeva uno specifico strumento volto a coartare la volontà del debitore, per indurlo ad adempiere al provvedimento di condanna ad un obbligo di fare fungibile.

Art. 614-bis c.p.c.

“Con il provvedimento di condanna all’adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall’obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all’art. 409. 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.”

Il comma 1 del medesimo articolo, accorda chiaramente al giudice, su istanza di parte, il potere di comminare il pagamento di una somma di denaro per ogni ritardo nell’adempimento⁶⁷.

Il giudice valuterà in base alla propria discrezione il quantitativo da accordare, vincolato però, non dal danno subito dall’inadempimento bensì, dall’articolato sistema di elementi forniti dal codice, che conferiscono all’istituto civilistico il medesimo fine sanzionatorio tipico delle *astreintes* francesi.

⁶⁷ Oltre al già citato *Zwangsgeld* tedesco, si veda anche il *Contempt of Court* anglosassone che prevede anch’esso, per il caso di inosservanza dell’ordine del giudice, sanzioni penali come l’arresto o la reclusione.

In Italia l'art. 614-*bis* ha assunto l'onere di rappresentare la cosiddetta coercizione indiretta, intesa come spinta coattiva dell'ordinamento volta a indurre il soggetto ad adempiere alla prestazione, mediante il pagamento di una "multa", evitando così al creditore l'instaurazione di un successivo giudizio cognitivo volto a far accertare la violazione.

Sebbene assente nella norma, dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere il beneficiario di tale somma, il creditore della prestazione (dettaglio tecnico che avvicina sempre più la misura in esame all'istituto francese⁶⁸).

Sempre sul fronte applicativo dell'*astreinte* in ambito civilistico, la dottrina è concorde nel propendere per un utilizzo dell'istituto anche al di fuori delle prestazioni di tipo infungibile.

Anche la giurisprudenza pare aver recepito tale pensiero, di fatti il Tribunale di Terni (4 agosto 2009) ha affermato che l'art. 614-*bis* c.p.c. è un rimedio a carattere generale volto ad assicurare l'esecuzione di ogni tipo di provvedimento di condanna, non solo quelli con oggetto obblighi di fare infungibili o di non fare⁶⁹.

Il rimedio del 614-*bis* c.p.c. quindi, introduce una soluzione giuridica per l'adempimento indiretto agli obblighi infungibili, lasciando però esclusa una sua applicazione, solo nel caso in cui esistano altri strumenti di esecuzione indiretta di uguale efficacia, come ad esempio l'art. 2932 c.c. per l'inadempimento dagli obblighi previsti da un contratto preliminare.

Inoltre, in linea generale, si può affermare che il carattere sanzionatorio di un'*astreinte* svolga un ruolo accessorio rispetto alla pena principale, ma non per

⁶⁸ C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, "Come cambia il processo civile", Torino, 2009. Si veda inoltre, Trib. Varese, 16 febbraio 2011, il cui motivazionale può leggersi in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, fasc. n. 9, p. 876, si è pronunciato nel senso che la somma a titolo di *astreinte* debba andare a beneficio del richiedente stesso. Il caso deciso riguardava un'ipotesi di turbativa del possesso e di rapporti di vicinato, in cui un signora che era solita lanciare acqua e sassi dalla finestra per impedire l'uso del parcheggio sottostante da parte del vicino, veniva dal medesimo convenuta in giudizio chiedendo la reintegra nella servitù di parcheggio nella corte condominiale comune, in quanto la condotta della signora ne impediva di fatto l'utilizzo, nonché chiedeva che la condanna giudiziale fosse munita di un provvedimento di coercizione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c. Il Tribunale di Varese accoglie la domanda di reintegra nel possesso, ordinando alla parte resistente di cessare immediatamente dalle proprie condotte lesive e fissando un'*astreinte* pari ad € 200,00 che la predetta sarà tenuta a corrispondere in favore del vicino per ogni violazione successiva del provvedimento interdittivo.

⁶⁹ A tal proposito è utile rammentare che secondo la definizione resa dalla dottrina è infungibile sia l'obbligazione assunta *intuitu personae*, sia quella che può essere adempiuta dal solo obbligato. Cfr. F. CARNELUTTI, "Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni", Padova, 1927, p. 280

questo non idonea a fungere da titolo esecutivo per l'esecuzione forzata prevista nelle ordinarie forme del nostro codice processualcivile. In quest'ottica (considerando che il giudice può impartire il pagamento per ogni eventuale "violazione e inosservanza successiva"), la condanna al pagamento dell'*astreinte* può esser avvicinata ad una vera e propria condanna in futuro, la quale rimane subordinata ad una sorta di condizione sospensiva, ossia l'inadempimento della prestazione.

L'art. 614-bis c.p.c. al comma 1, stabilisce inoltre che l'*astreinte* non può esser pronunciata d'ufficio, ma è sempre necessaria l'istanza della parte interessata. Il punto è stato in passato controverso, circa il termine di ammissibilità della proposta: oggi invece, la dottrina⁷⁰ ritiene concordemente che la domanda debba essere avanzata durante il giudizio principale (volto ad ottenere una condanna), entro i termini fissati per la proposizione di nuove domande, a pena di preclusione; quindi, trattandosi di domanda accessoria e futura, andrà formulata mediante citazione introduttiva del giudizio principale, essendone successivamente preclusa la proponibilità di domande nuove e – soprattutto – non potrà esser riproposta in appello⁷¹.

Il carattere accessorio dell'*astreinte* non esclude comunque, l'ammissibilità di un'autonoma domanda in separato giudizio da quello principale⁷².

Il riferimento generico poi, contenuto nel consueto articolo, ad un "provvedimento di condanna" e non ad una sentenza di condanna, lascia filtrare l'apertura dell'istituto anche ai provvedimenti emessi in sede cautelare o sommari (art. 702-bis c.p.c.). Ciò è naturalmente pregiudiziale al tipo di condanna: pertanto, qualora venisse meno la legittimità del provvedimento cautelare, ne rimarrebbe travolta anche la pena accessoria.

Per ciò che concerne invece, la determinazione dell'ammontare della sanzione, il comma 2 dell'art. 614-bis c.p.c. prevede che il giudice tenga conto "del valore della

⁷⁰ A. LOMBARDI, "Il nuovo processo civile", Commento organico alla legge di riforma del processo civile, Roma, 2009

⁷¹ Di quest'avviso F. DI STEFANO, "Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614 bis c.p.c.", in *Esecuz. forzata*, 2009, p. 4; di diverso avviso F. P. LUISO, il quale ritiene che la richiesta di condanna all'*astreinte* possa essere azionata sino all'udienza di precisazione delle conclusioni in primo grado.

⁷² G. BALENA, "La nuova pseudo-riforma della giustizia civile", www.judicium.it

controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato e prevedibile e di ogni altra circostanza utile”; risulta ben chiara l’ampia discrezionalità rimessa al giudice, senza che la norma vincoli il proprio volere ad un tetto massimo o minimo: è proprio da tale inciso che si ricava il carattere non risarcitorio dell’*astreinte*, ma sul punto si tornerà in seguito.

Il citato articolo inoltre, al comma 1, statuisce che *“il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza successiva”*. È rimarcato in tal modo il carattere strettamente interconnesso tra condanna principale ed accessoria, estendendone gli effetti esecutivi anche a quest’ultima. In quest’ottica infatti, anche l’appello proposto avverso la principale, implicherà l’automatica impugnazione dell’*astreinte* (nulla toglie che la misura coercitiva possa esser impugnata in modo autonomo, qualora il creditore vi abbia interesse).

Su queste basi, s’intuisce l’importanza che l’istituto può ricoprire per tutti quei provvedimenti (come i cautelari o d’urgenza) che non godono di efficacia esecutiva e verso i quali l’*astreinte* farebbe pervenire una maggior forza intimidatrice, potendo il creditore, promuovere un’esecuzione forzata in caso di inadempimento dell’obbligato, per ottenere il pagamento coattivo della misura coercitiva.

Il legislatore inoltre, tace sulle modalità di liquidazione della somma dovuta e sul giudice competente a procedervi.

Procedendo per gradi, è già stato affrontato il tema che vede nel rimedio dell’art. 614-*bis* c.p.c. una condanna per futuro inadempimento, quindi, su queste premesse, si potrà affermare che, in separata sede giudiziale, dovrà necessariamente aprirsi un nuovo accertamento dell’inadempimento e della somma da liquidare.

Riguardo la competenza invece, la dottrina⁷³ è concorde nel ritenere il giudice che ha emesso sentenza di condanna, il soggetto idoneo a concretizzare la determinazione della somma.

Il codice però, sottolinea una circostanza ragguardevole, ossia l’apposizione dell’istituto nelle more del procedimento esecutivo, ragion per cui si tende a considerare come ugualmente competente (sulla scorta inoltre delle considerazioni

⁷³ S. VINCRE, *“Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015”*, in RDPRr, 2017, p. 368 ss.

assunte dal modello francese) il giudice dell'esecuzione: tutto ciò, solo se il giudice che emesso sentenza di condanna non si riserva espressamente la facoltà di liquidazione, anche in caso d'appello.

3. Figure affini: penalità di mora e clausola penale

Dalle *astreintes* di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. devono tenersi ben distinti due istituti affini nelle caratteristiche, ma sostanzialmente diversi.

Cominciando dalla penalità di mora (già citata sotto una prima veste in ambito processuale amministrativo), vediamo come quest'ultima nell'ambito applicativo dell'*astreinte* viene spesso confusa terminologicamente, in quanto costituisce un provvedimento che tende a velocizzare la liquidazione monetaria del danno.

La differenza sostanziale è insita però nella natura dei due istituti, in quanto l'*astreinte* (tanto civile quanto amministrativa) ha carattere prettamente sanzionatorio; la penalità di mora invece, sviluppa le proprie peculiarità in un provvedimento totalmente risarcitorio⁷⁴.

In entrambi i casi, esperendo la via giudiziale, sussiste un accertamento del danno indennizzabile, ed entrambi i casi mirano ad ottenere tale risarcimento in forma anticipata (essendo, entrambi gli istituti, figli dello stesso ceppo, ossia strumenti indiretti di coazione all'adempimento).

Un altro interessante spunto di riflessione, sebbene più ardui da confondere, sono le similitudini tra l'*astreinte*, la penalità di mora e la clausola penale; nello specifico, quest'ultima, (art. 1382 c.c.) risulta essere una clausola idonea a predeterminare un danno che potrebbe verificarsi in futuro tra le parti, pertanto un soggetto tende a tutelarsi da un eventuale inadempimento o ritardo, in riferimento ad una precisa obbligazione⁷⁵.

Anche la clausola penale, si pone come un vincolo rafforzativo del contratto, che vigila sull'eventualità dell'inadempimento, indipendentemente da un suo effettivo accertamento probatorio, sintetizzando un'anticipata liquidazione⁷⁶.

⁷⁴ A. FRIGNANI, "Le penalità di mora e le *astreintes* nei diritti che si ispirano al modello francese", in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 506 ss.

⁷⁵ Sull'argomento parzialmente, F. BENFATTI, "Clausole di esonero dalla responsabilità", in *Dig. disc. priv.*, sez. civ, II, 4a ed., Torino, 1988; M. DE LUCA, "La clausola penale", Milano, 1998; G. DE NOVA, voce "Clausola penale", in *Dig. disc. priv.*, sez. civ, II, 4a ed., Torino, 1988, p. 377 ss.;

⁷⁶ Circa la funzione della clausola penale, in dottrina è ancora vivo il dibattito tra chi vi individua una funzione essenzialmente risarcitoria con la particolarità che la posizione giuridica del creditore viene rafforzata dall'esenzione dall'onere di provare il danno, e chi vi ravvisa una duplice funzione risarcitoria e sanzionatoria, giustificata dal potere correttivo del giudice, altri ancora annoverano la clausola penale tra le c.d. pene private, in quanto ne valorizzano la finalità di prevenzione e di punizione. In quest'ottica, parte della dottrina, G. DE NOVA, "Le clausole penali e la caparra confirmatoria", Rescigno, Torino, 1982, p. 412 ss.

La penale, quindi, costituisce un mezzo pattizio di autotutela del privato, mentre la penalità di mora (identica nella funzione) rappresenta invece uno strumento di coazione all'adempimento di un provvedimento dell'autorità giudiziale. La penale non necessita di accertamento giudiziale del danno; la penalità di mora invece, non ne può prescindere, con la conseguenza che la prima sarà ottenuta come compensazione di una pena privata, la seconda come risarcimento del danno altrui. Autorevole dottrina, al contrario, tende a preferire una visione sanzionatoria per la clausola penale: fattore che allontanerebbe l'istituto dalla penalità di mora, ma lo avvicinerebbe di gran lunga a quello dell'*astreinte*⁷⁷.

Ciò con cui si scontra l'audacia di tale indirizzo è il principio informatore (base) del nostro ordinamento, che non ammette strumenti sanzionatori disposti dai privati, permettendo a questi ultimi la sola facoltà di avvalersi dei mezzi risarcitori che il sistema giuridico mette a disposizione⁷⁸. Da qui, un lodevole confronto dottrinario circa la compatibilità col nostro ordinamento della c.d. "*pena privata*" (pene, appunto, che traggono la loro fonte legale in clausole private e convenzionali), sul qual punto però, questo scritto non ha giurisdizione⁷⁹.

Rimane invece, saldo il punto sulle pene giudiziali, all'interno delle quali le *astreintes* trovano ampia collocazione.

⁷⁷ E. MOSCATI, sotto la voce "*Pena*" (diritto privato), in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982

⁷⁸ Tutto ciò in un'ottica prettamente statualista, che pone la funzione punitiva come principio cardine dello Stato, seguita immediatamente dal principio di riserva di legge.

⁷⁹ Per ulteriore approfondimento, v. E. MOSCATI, *op. cit.*, p. 783; A. ZOPPINI, "*La pena contrattuale*", Milano, 1991, p.160

4. Le “*manifesta iniquità*”

Uno snodo centrale, nella discrezionalità del giudice, è rappresentato dalla dicitura dell’art. 614-*bis* c.p.c., di cui al comma 1, (“*Con il provvedimento di condanna all’adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro...*”) la quale vincola l’obbligo giudiziale, su istanza di parte, ad una previsione non manifestamente iniqua.

Tale requisito – tra i più problematici e di complessa lettura – è stato oggetto di numerose interpretazioni: vi è chi ne sosteneva l’aspetto economico, col rischio di (ingiustificato) arricchimento in aggiunta agli interessi non patrimoniali dell’obbligato; chi invece, sottolineava l’aspetto maggiormente umanitario, in seno al diritto della personalità di un individuo, o al contegno processuale; chi ancora, avvalorasse la tesi dell’oggettiva impossibilità per l’obbligato di eseguire la prestazione⁸⁰.

Il vasto ventaglio di opinioni che autorevole dottrina ha accordato al termine, costretta dalle circostanze, è da ricercare nella (inaccettabile) genericità che il legislatore ha rimesso alla norma tale, quasi da suggerire, che qualsiasi significato gli si voglia affibbiare, possa esser considerato lecito⁸¹.

Se si cercasse miglior gloria interpretativa nei (pochi) provvedimenti giuridici, si avrebbe ampia visione di come i giudici stessi, tendano spesso a svalutare tale requisito⁸²: il risulterebbe comprensibile, data la non propensione del giudice a motivare i presupposti negativi della tutela, ciò talvolta in contrasto con la dottrina, la quale continua a richiedere che l’esercizio di un potere discrezionale da parte del giudice, vada sempre dettagliatamente motivato⁸³.

Eppure, sembra esser proprio questa l’impronta che il legislatore italiano abbia voluto affidare al giudice: la valutazione di quest’ultimo infatti, una volta valutata

⁸⁰ Teorie fornite da B. CAPPONI, “*Ancora su astreinte e condanna civile*”, in www.judicium.it

⁸¹ Le perplessità del CAPPONI, si scindono nelle casistiche in cui la “*manifesta iniquità*” si possa liberamente interpretare come struttura stessa della tutela o come conseguenza negativa per il soggetto inciso. *Ibidem*.

⁸² F. GODIO, “*L’astreinte e la giurisprudenza di merito*”, *Corriere Giuridico*, p. 1124-1125

⁸³ I. GAMBOLI, “*Le misure di coercizione indiretta*”, *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 1129

ed accordata la misura dell'*astreinte*, dovrebbe, al tempo stesso, verificarne la manifesta iniquità: ma se ciò avvenisse, secondo quale criterio?

Giurisprudenza e dottrina hanno fornito diverse visioni di parametri valutativi, ma il legislatore pare aver coniato un nuovo modello, definito dell'equità "*ostativa*": l'iniquità viene calcolata sulla base di una valutazione negativa che si aggiunge, completandola, a quella di stretta legittimità⁸⁴.

In questo modo, verrebbe giustificata la carenza di motivazione prevista per l'iniquità, ma il dubbio giuridico si è solo spostato su un altro terreno: di fatti, occorrerà chiedersi se il giudice d'appello possa conoscere il requisito (negativo) che il primo giudice ha sottoscritto alla base della propria valutazione, pur senza motivarla⁸⁵.

La risposta tenderà ad essere positiva, come sottolinea il Capponi, in quanto il primo giudice – che abbia motivato o meno – sarà tenuto ad una doppia valutazione (di legittimità e di non manifesta iniquità⁸⁶), mentre il giudice d'appello valuterà in ogni caso – e non solo in caso di diniego, come suggerisce il Costantino – entrambi i profili o almeno uno soltanto (la manifesta iniquità).

Da rifiutare dunque le tesi di chi vede nell'iniquità un concorso di tutele processuali, essendo l'*astreinte*, di per sé, una tutela specifica, non aggiuntiva (o surrogabile).

Volendo avallare tale tesi con un esempio, riprendendo il già citato art. 2932 c.c. in merito all'inosservanza degli obblighi assunti con un contratto preliminare, si potrà convenire che l'*astreinte* insieme all'obbligo a contrarre, altera la corrispettività del contratto, manifestando la propria iniquità (ragion per cui, il rimedio del 614-*bis* è escluso per casistiche in cui sussistano altri strumenti di esecuzione indiretta di eguale efficacia⁸⁷); quest'ultima si afferma con feroce evidenza in quanto spingerebbe l'obbligato ad adempiere prima della formazione del giudicato, ossia

⁸⁴ B. CAPPONI, "*Ancora su astreinte e condanna civile*", in www.judicium.it

⁸⁵ Cosa giudicata normale da G. COSTANTINO, "*Tutela di condanna e misure coercitive*", *GI*, 2014, 737 ss., secondo cui la "manifesta iniquità" è materia di eccezione di parte o di rilievo d'ufficio (ma non può gravarsi la sentenza per il mancato utilizzo di un potere discrezionale *ex officio*).

⁸⁶ *Ibidem*, ma smentendo parzialmente quanto precedentemente affermato, p. 742-743, in quanto il COSTANTINO costruisce la "manifesta iniquità" come materia di eccezione dell'obbligato o di rilievo d'ufficio (del fatto impeditivo), con la conseguenza che il giudice sarà tenuto a motivare soltanto in caso di diniego.

⁸⁷ Tema già affrontato, v. pag. 37

prima che il vaglio giuridico abbia effettuato tutti i controlli dei gradi e tempi dei gravami⁸⁸.

Ben più complesso, seppur di facile lettura, risulterebbe l'interpretazione dell'aggettivo "*manifesta*", di cui il legislatore ed onorevole dottrina⁸⁹ hanno estrapolato il concetto di un "*grado di intensità tale da renderla riconoscibile e percepibile senza che siano necessarie approfondite indagini, da parte di un soggetto munito di adeguata competenza tecnica e professionale in materia*"⁹⁰.

Si noti come giudici e dottrina si siano accomodati su un'interpretazione ermeneutica ed etimologica, benché non abbiano taciuto di rimarcare la carenza esplicativa del legislatore.

In definitiva, un comune indirizzo, denota malcontento nella scelta azzardata di quel comma 1, art 614-*bis* voluto dal legislatore, in quanto eccessivamente discrezionale e potenzialmente pericoloso per l'intero istituto della tutela esecutiva indiretta.

⁸⁸ B. CAPPONI, "*Ancora su astreinte e condanna civile*", in www.judicium.it

⁸⁹ R. SCOGNAMIGLIO "*Dei contratti, in generale, artt. 1321-1352*", Bologna-Roma, 1970, p. 21 ss.; C.M. BIANCA, "*Diritto civile, il contratto*", Milano, 2000, p. 628

⁹⁰ V. GASTALDO, "*Commento a D.lg. 2 luglio 2010, n. 104 – art. 114*", estratto da "*Codice dell'esecuzione forzata*", Giuffrè Editore, 2015

5. Le innovazioni europee e le cd. “*sanzioni alternative*”

Addentrandoci nell’analisi sostanziale dell’istituto in esame, sotto un’ottica prettamente amministrativistica, vien da chiedersi quali siano le motivazioni che hanno spinto il legislatore nazionale a guardare fuori dai propri confini per l’importazione di nuovi istituti.

Tali ragioni vanno senz’altro ricercate tanto nel diritto comunitario se non addirittura, in quello comparato.

Il nuovo Codice amministrativo fin dal preambolo ex art. 1 c.p.a., tiene sistematicamente conto del diritto europeo, con un carattere fortemente “*inclusivo*” anche della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU)⁹¹.

Lo stampo europeistico del Codice affonda le proprie radici in un “cammino comunitario” del giudice amministrativo iniziato relativamente tardi (solo dagli anni Ottanta del secolo scorso), seguendo però un *iter* radicale e sistematico, arrivando a concernere “un continuo processo di osmosi tra i principi applicabili dal giudice dell’Unione e quelli desumibili dagli ordinamenti degli Stati membri”⁹². Si apre così, per il legislatore nazionale, una felice fase di rinvii pregiudiziali e interpretazioni giurisprudenziali, richiesti alla Corte di Giustizia⁹³, tali da rendere il concerto di richieste degli Stati membri, un importante incontro d’interessi comuni e di armonizzazione degli ordinamenti interni.

La Corte Costituzionale inoltre, ha qualificato come “norme interposte” i dettami della CEDU (con le celeberrime sentenze gemelle nn. 347 e 348/2007), a sua volta incorporata dal Trattato di Lisbona all’interno del diritto comunitario, valorizzando ulteriormente l’importanza di un indirizzo comune di stampo europeista⁹⁴.

⁹¹ Riferimenti e spunti seguenti sono tratti dalla Relazione tenuta in occasione del Convegno “*Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*”, Università degli Studi di Milano, 20 maggio 2011

⁹² Con le medesime parole, Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755

⁹³ Si veda tra le altre, Cons. Stato, sez., VI, ord. N. 1244/2012; o i casi in cui si sollevino questioni di legittimità costituzionale, v. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 2 febbraio 2012, n. 591

⁹⁴ Su questa base però, taluni giudici amministrativi hanno ritenuto che le norme CEDU fossero direttamente applicabili nel diritto nazionale, v. TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 11984/2010; Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220 richiamando a supporto l’art. 6 TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona; in tali casistiche, la Corte Costituzionale (sent. 80/2011) ha però limitato l’euforico expansionismo, rilevando che l’adesione UE alla CEDU non era ancora avvenuta e, dunque, che il giudice non potesse disapplicare direttamente le norme nazionali in contrasto con la CEDU, ma rinviare il caso alla Corte stessa.

Dal canto suo, la Corte di Giustizia – prima nell’art. 10 TCE, poi nell’art. 19 TUE – ha da sempre riconosciuto ai giudici nazionali, secondo il principio di leale cooperazione, la facoltà di esercitare il proprio potere giurisdizionale discrezionalmente, nel rispetto s’intende dei principi dell’Unione⁹⁵.

L’incontro del nostro sistema processuale amministrativo con il diritto europeo, tuttavia, sebbene spesso conforme ad un semplice percorso di adattamento⁹⁶, non sempre ha manifestato quella sincronia auspicata dal legislatore comunitario, ora per un’opera di censura dei giudici nazionali, ora per una continua e lacunosa opera di sistemazione legislativa interna.

In quest’ottica, s’inseriscono due temi di incredibile portata sotto il profilo dell’innovazione, che sono andati a modificare tanto l’art. 123 quanto l’art. 114, comma 4, lett. e) del Codice del processo amministrativo: rispettivamente, le “sanzioni alternative” e le “penalità di mora” (o, alla francese, “*astreintes*”).

Dedicando tale paragrafo alle prime, si noti come queste vengano introdotte per effetto della direttiva UE, 66/2007, in tema di appalti. Le sanzioni alternative, di cui alla citata direttiva, sono poi state inglobate nel Codice del processo amministrativo, con i dovuti adattamenti, andando a modificare gli art. 121 e 123 c.p.a.

Nella matrice europeista, l’applicabilità della sanzione, può conoscere delle violazioni definite “minori”⁹⁷ o “gravi”⁹⁸: entrambe attengono le fasi procedurali di un’aggiudicazione d’appalto, con effetti parzialmente diversi a seconda dell’entità del pregiudizio causato⁹⁹, ed entrambe possono dar origine all’irrogazione di sanzioni alternative.

⁹⁵ Comunicazione della Commissione UE del 3 dicembre 1990; successivamente il Cons. Stato, Ad. Plen. (sent. n.8/2011) ha ribadito che “è compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del diritto dell’Unione”.

⁹⁶ Si pensi ad es. al caso di generalizzazione prevista dal Codice, per la tutela cautelare *ante causam*

⁹⁷ Di cui al *considerando* n. 19 della direttiva UE, 66/2007

⁹⁸ Di cui al *considerando* n. 18 della direttiva UE, 66/2007

⁹⁹ Nel caso delle violazioni cd. “*minori*” gli Stati membri potrebbero considerare inadeguato – ovvero, sproporzionato per eccesso – il principio della privazione di effetti dell’appalto (cfr. il *considerando* n.19. Le violazioni “*gravi*” della disciplina dell’Unione in materia sono invece previste nella direttiva 66 in riferimento agli appalti conclusi in violazione del termine sospensivo e della sospensione automatica (*considerando* n.18). Il d.lgs. n.53/2010 ha previsto – esplicitando ipotesi latenti nella direttiva – l’ulteriore caso dell’aggiudicazione senza previa pubblicazione del bando (art. 245-*bis*, Codice contratti pubblici). PILADE CHITI M., “*I nuovi poteri del giudice amministrativo: i casi problematici delle sanzioni alternative e delle astreintes*”, Milano, Giuffrè, 2012, p. 8

Nel nostro codice – evitando di riportare gli articoli di riferimento – l’art. 123 c.p.a., comma 1, richiama le casistiche *ex. Art. 121 c.p.a., comma 4*, per l’applicabilità di “sanzioni alternative” da applicare alternativamente o cumulativamente: le medesime consistono *soltanto* (tassativamente previste) nell’irrogazione di sanzioni pecuniarie all’amministrazione aggiudicatrice o nella riduzione di durata del contratto¹⁰⁰.

L’art. 2-*sexies* della direttiva 66/2007, sottolinea come tali sanzioni debbano essere “*effettive, proporzionate e dissuasive*”, concedendo al giudice interno degli Stati membri un’ampia discrezionalità decisoria, circa gli aspetti pertinenti od anche la nullità di quest’ultimo.

Il legislatore europeo inoltre, rimette al giudice interno la facoltà di individuare “*tutti i fattori rilevanti, compresi la gravità della violazione e, nei casi di cui all’art. 2-quinquies, comma 2, la misura in cui il contratto resta in vigore*”¹⁰¹.

Di qui le prime pronunce giurisprudenziali¹⁰² del giudice amministrativo italiano, il quale ha sottolineato come la singola “*concessione del risarcimento dei danni non rappresenta una sanzione adeguata*”, rimarcando il carattere essenzialmente distinto tra il rimedio risarcitorio, volto a garantire l’interessato di un suo diritto ingiustamente leso, e quello sanzionatorio – delle sanzioni alternative – teso, invece, “*a punire l’amministrazione aggiudicatrice responsabile della violazione e/o l’appaltatore ingiustamente beneficiato dal contratto*”.

Il carattere “alternativo” di tali sanzioni, è riscontrabile nel fatto che queste si sostituiscono ad una – ulteriore – pronuncia giuridica, sono applicate direttamente da un giudice amministrativo (una novità contraddittoria per la giustizia amministrativa) e divergono in merito alla finalità dei propri effetti: nel caso di una sanzione pecuniaria, manifesteranno un carattere afflittivo; nel caso invece di una riduzione della durata del contratto con l’aggiudicatario ingiustamente beneficiato, si porranno a garanzia di un interesse del ricorrente (sebbene in modo indiretto e non specifico).

¹⁰⁰ Senza entrare nel dettaglio finanziario, art. 123 c.p.a., comma 1

¹⁰¹ Art. 2-*sexies*, Direttiva UE, 66/2007

¹⁰² Prima fra tutte, TAR Puglia, Bari, sez. I, 10 marzo 2011, n. 409

Bisogna ora prendere in esame lo sviluppo della disciplina nel panorama amministrativo italiano, tenendo a mente l'innovazione e l'estraneità che tale istituto ha sempre rivestito nel nostro paese.

La delega al Governo per l'attuazione della direttiva UE 66/2007 (L. 7 luglio 2009, n.88, art. 44), prevedeva il recepimento dell'istituto “*nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo*¹⁰³”; la norma in esame, voleva “*lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, ... , la facoltà di disciplinare le sanzioni alternative fissando i punti minimi e massimi delle stesse*”¹⁰⁴. Inoltre, il legislatore tentò di combinare il nuovo dettame con la relativa disciplina delle sanzioni amministrative (L. n.689/1981) sottolineando il carattere di sanzione strettamente amministrativo di queste ultime, rispetto a quello meramente processuale delle alternative.

Innesti legislativi, che hanno portato il legislatore prima e il Consiglio di Stato poi, a pronunciarsi in materia. Del progetto finale, il Codice ha eliminato il carattere di merito della giurisdizione esercitabile dal giudice amministrativo¹⁰⁵ e rimarcando come la distinzione tra sanzioni alternative e amministrative sia solo apparente, dato che le prime hanno carattere processuale, ossia poste al termine di una valutazione effettuata in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore¹⁰⁶.

Il decreto di attuazione dunque, rimodellando il Codice, ha stabilito i limiti e i massimi delle sanzioni pecuniarie (alternative), nei confronti della *sola* stazione appaltante (dallo 0,5% al 5% del valore del contratto) e ha valutato idonea una riduzione della durata del contratto “*ove possibile*” da un minimo del 10% ad un massimo del 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

Entrambe le sanzioni, come precedentemente accennato, si differenziano oltre che negli effetti, anche nella natura giuridica del provvedimento: la sanzione pecuniaria

¹⁰³ L. 7 luglio 2009, n.88, art. 44, comma 3, lett. h)

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Il giudice di Palazzo Spada del 2010, ha sottolineato come tale carattere “*mal si attaglia a controversie aventi ad oggetto aspetti, di natura civilistica, inerenti l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato*”. PILADE CHITI M., “*I nuovi poteri del giudice amministrativo: i casi problematici delle sanzioni alternative e delle astreintes*”, Milano, Giuffrè, 2012, p. 11

¹⁰⁶ *Ibidem*.

consta al proprio interno di un carattere di condanna; la riduzione della durata invece, ha natura costitutiva sugli effetti del contratto.

L'art. 123 c.p.a., comma 2, ci tiene inoltre a precisare che la sanzione alternativa non concerne un eventuale risarcimento del danno, il quale è alternativo e cumulabile a quest'ultimo.

Al comma 3, del medesimo articolo, è previsto che *“il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva¹⁰⁷, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”¹⁰⁸*, pertanto, distaccandosi dalla citata direttiva UE, si noterà un ulteriore ampliamento della discrezionalità del giudice.

Ritornando ad un precedente dubbio interpretativo del legislatore delegato, inerente la ripartizione tra sanzione amministrativa e sanzione processuale, si potrà constatare come la soluzione offerta, trovi conforto solo in una di distinzione nominale piuttosto che sostanziale (sottolineando il carattere processuale delle sanzioni amministrative emesse non in sede di merito).

La tesi del legislatore tuttavia non pone un distacco netto di argomentazioni, in quanto entrambe le sanzioni sono emesse in sede giurisdizionale, ed entrambe sono rimesse al libero apprezzamento del giudice¹⁰⁹ (come si evince ex art. 123 c.p.a., comma 2, in aggiunta all'art. 245-*quater*, comma 2, del Codice dei contratti pubblici).

È plausibile pertanto, che il legislatore abbia impiegato un notevole sforzo per accomodare le richieste d'adattamento della direttiva UE 66/2007, scongiurando al

¹⁰⁷ Cd. violazioni “*gravi*” della procedura d'appalto

¹⁰⁸ Art. 123 c.p.a., comma 3

¹⁰⁹ Rimarrebbe giusto un criterio qualitativo da vagliare, ossia l'utilizzo delle sanzioni alternative a seguito di una violazione “*grave*” o “*minore*” inerente a una procedura d'appalto. Non si capisce però come il legislatore abbia acquisito un doppio di uno strumento già previsto all'interno dell'ordinamento. In tal senso critico, PILADE CHITI M., “*I nuovi poteri del giudice amministrativo: i casi problematici delle sanzioni alternative e delle astreintes*”, Milano, Giuffrè, 2012, p. 13

tempo stesso la qualificazione della sanzione alternativa come giurisdizione di merito, tranquillizzando così il giudice costituzionale.

Qui infatti termina l'analisi dell'istituto, con un sommario vaglio di costituzionalità (avanzato invero dalla dottrina, piuttosto che dal giudice di Piazza del Quirinale) della norma in esame.

Si considerino tre aspetti emblematici dell'innovazione:

- 1) La tutela di una posizione oggettiva, non soggettiva;
- 2) I poteri sanzionatori del giudice, sostanzialmente d'ufficio;
- 3) L'incertezza applicativa del procedimento d'irrogazione di una sanzione alternativa, con i dettami costituzionali;

Cominciando dal primo aspetto, si noti come le sanzioni alternative siano finalizzate a tutelare la legalità del procedimento amministrativo, sanzionando l'amministrazione o riducendo la durata del contratto. Ad ogni modo, la tutela che il legislatore intende affidare all'istituto, è manifestamente oggettiva, lontana dal modello costituzionale di giustizia amministrativa (v. art. 103 e 113 Cost.) a tutela dell'interesse del ricorrente.

Circa il secondo aspetto invece, il legislatore nazionale pare essersi volutamente scordato di introdurre la "richiesta/istanza di parte" (come espressamente stabilito per le *astreintes* di cui all'art. 114 c.p.a., comma 4, lett. e)), accentuando pertanto il carattere fortemente discrezionale dell'art. 123 c.p.a. strizzando pericolosamente l'occhio ad un nuovo potere *ex officio* in cui il giudice non stabilisce solo la legittimità, ma anche il *quantum* e, soprattutto, quali – delle due – sanzioni applicare.

Infine, risulterebbe costituzionalmente incerta l'applicazione del modello alternativo, con il dettame dell'art. 24 Cost. (diritto di difesa) e dell'art. 111 Cost. (modello del giusto processo), poiché – in assenza di un PM – mutando le circostanze tutelabili da soggettive ad oggettive, non si può assicurare appieno la garanzia di un contraddittorio.

È di comun visione dunque, che il legislatore abbia voluto forzare la mano nella norma d'adattamento comunitario, introducendo nell'ordinamento regole di

giudizio eccessivamente scarse, lasciando scoperte una notevole di quantità di questioni su cui il giudice dovrà necessariamente intervenire.

Va rilevato infine, che le perplessità costituzionali avanzate da molti non sono in parte condivise¹¹⁰. Come saggiamente rilevato dal Cerbo, nella nostra Costituzione non esiste il principio di “riserva amministrativa” per l’irrogazione delle sanzioni (e non sono rare le disposizioni legislative che affidano al giudice ordinario la facoltà di emettere sanzioni amministrative); oppure, come notato dal Follieri¹¹¹, la Costituzione non vieta che il processo amministrativo possa tutelare *anche* l’interesse pubblico, sebbene a ciò si sia obiettato che i *principi generali* del nuovo Codice del processo amministrativo (art. 1-3 c.p.a.), ricalcando fedelmente le linee guida costituzionali, pongono alla base dell’attività giurisdizionale la tutela di situazioni giuridiche soggettive.

¹¹⁰ P. CERBO, “Le sanzioni alternative nell’attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)”, in rivista *Urbanistica e Appalti*, 2010, p. 881-890

¹¹¹ E. FOLLIERI, “Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalto pubblici”, in rivista *Urbanistica e Appalti*, 2011, p. 16 ss.

6. Le *astreintes* nel giudizio di ottemperanza

Avendo analizzato a fondo le peculiarità delle *astreintes* nell'universo civilistico, e le caratteristiche delle sanzioni alternative di matrice europea, bisogna ora trapiantare l'istituto della penalità di mora francese all'interno del panorama processual-amministrativo.

La collocazione all'interno del codice sarà ormai nota, motivo per cui, esattamente come dottrina e giurisprudenza nel 2012, si partirà dall'art. 114 c.p.a., comma 4, lett. e) per un approccio sistemico agli aspetti fondamentali dell'istituto.

L'innovazione legislativa, ha costituito una palpabile riforma per l'assetto interno al giudizio d'ottemperanza, rispondendo alle esigenze del codice di rafforzare la fase d'esecuzione della sentenza (in linea con i dettami dell'art. 34 c.p.a., comma 1, lett. e) di fissare, sin dalla sentenza di merito, *“le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato... compresa la nomina di un commissario ad acta”*.

Tralasciando gli aspetti tecnici, precedentemente analizzati in sede di ottemperanza, la lett. e), dell'art. 114 c.p.a., cita testualmente:

“e) salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo. 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.”

Non sfuggirà all'occhio il forte legame che l'*astreinte* amministrativa condivide con il celeberrimo art. 614-bis c.p.c. (del quale ne è il logico successore e adattamento).

Per entrambe le materie, il legislatore ha preso in prestito da oltralpe l'istituto coercitivo delle *astreintes*, mediante il quale il giudice (ordinario o amministrativo)

dispone all'obbligato, la condanna al pagamento di una somma di denaro a titolo sanzionatorio e non risarcitorio.

A differenza del corrispondente civilistico (già di per sé emblematico), la lett. e) dell'art. 114 c.p.a. risulta essere ancor meno puntuale e circostanziata, data inoltre la disciplina dell'ottemperanza, all'interno del quale si va a inserire.

In tutto l'assetto normativo, il legislatore non chiarisce quale sia il giudicato da eseguire (o dove poter applicare l'*astreinte*), lasciando l'istituto suscettibile di applicazione in ogni pronuncia che vede l'amministrazione soccombente e costretta ad ottemperare¹¹². Quindi, accanto alla pronuncia del giudice dell'ottemperanza, si va ad imporre questa nuova possibilità operativa, basata sulla coercizione indiretta del giudicato, senza forma alcuna di sostituzione verso l'amministrazione inadempiente, e che va sotto il nome di "modello compulsorio"; i parametri qualitativi della dicitura in questione, sono ravvisabili nella possibilità per il giudice di irrogare sanzioni pecuniarie alla pubblica amministrazione¹¹³, al fine di persuadere il soggetto obbligato ad eseguire il giudicato.

Doveroso dunque (nell'ottica di un maggior apprezzamento dell'istituto), riprendere il paragone con la clausola penale (secondo l'orientamento, citato precedentemente, dal Moscati), del quale le *astreintes* amministrative ne rimarcano fedelmente i connotati ideologici, ma non giuridico-processuali.

Il giudice trova quindi un'ampia discrezionalità nel poter esperire tanto lo strumento indiretto, quanto quello compulsorio, a seconda di quale egli ritenga più idoneo e funzionale a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

Parte della dottrina¹¹⁴, traendo le dovute riflessioni da una pronuncia del TAR Campania (Napoli, sez. V, n. 3199, 2011), ha sottolineato la facoltà rimessa al giudice di poter optare per entrambi i modelli, ma di come quello compulsorio assuma maggior rilievo, nei casi in cui la sostituzione amministrativa (anche ad opera del commissario *ad acta*) risultasse difficoltosa: si pensi, ad esempio, al caso in cui manchino delle fonti documentali univoche in merito ad una determinata

¹¹² Diverso il discorso per l'applicazione del 614-bis c.p.c., dove è espressamente previsto l'utilizzo della misura sanzionatoria per sentenze recanti obblighi di fare o non fare infungibili; v. pag. 36 ss.

¹¹³ "Accompagnato, se dal caso, dalla denuncia del comportamento inadempiente alle autorità competenti in tema di danno erariale", www.treccani.it/enciclopedia/ottemperanza-le-astreintes

¹¹⁴ E. M. CASALE, "Astreintes ed ottemperanza tra novità del codice del processo amministrativo e prime applicazioni pretorie", in www.neldiritto.it, 2012

casistica, oppure qualora perfino le competenze specifiche di un commissario *ad acta* fossero in difficoltà dinanzi ad un'ottemperanza. Ebbene, in questi casi, si è notato come lo strumento delle *astreintes*, la cosiddetta coercizione indiretta, si possa rivelare maggiormente funzionale alla collaborazione dell'obbligato, senza troppo intervenire (vuoi per difficoltà tecniche, vuoi per carenze professionali) a livello surrogatorio, anche perchè lo strumento della sostituzione rientrerebbe nelle statuizioni del giudice estese al merito e, come tale, presupporrebbero ogni volta un accertamento peculiare di tutte le caratteristiche del caso di specie.

L'art. 114 c.p.a., comma 4 lett. e) quindi, riprendendone l'analisi, dettaglia l'istituto delle *astreintes* come un provvedimento che:

1. Non può prescindere da una specifica richiesta di parte, nel corso di un giudizio d'ottemperanza;
2. Resta subordinato all'accoglimento del ricorso in ottemperanza e, una volta accolto, ad un secondo ulteriore grado di apprezzamento – discrezionale – da parte del giudice, salvo che tale valutazione non sia manifestamente iniqua;
3. Può esser disposto anche contestualmente alla nomina di un commissario *ad acta*;
4. Può formarsi per l'inadempimento di un giudicato avente obblighi di qualsiasi natura;
5. Trova una sua collocazione giuridica solo all'interno del giudizio di ottemperanza, di cui al Titolo I del Libro IV del c.p.a., non anche nei riti speciali;

Tenendo a mente tale schema, si può affermare con chiarezza l'assenso di dottrina e giurisprudenza verte sostanzialmente sui punti 1, 2 e 3, mentre rimette a discussioni e pronunce interpretative (seppur limitate ancora) le problematicità dei punti 4 e 5.

Rispetto al punto 4, son ben noti i connotati di una sentenza civilistica cui adempiere¹¹⁵ e, sebbene parte della giurisprudenza ritenga estendibili tali criteri

¹¹⁵ Obbligo infungibile di fare o non fare;

anche all'ambito amministrativistico, questo non sarebbe avallato dall'attuale scrittura del codice¹¹⁶.

In un primo momento, la giurisprudenza¹¹⁷ si era accomodata su una posizione prettamente civilistica circa l'applicabilità dell'istituto, di cui al punto 4, escludendo dal novero dei giudicati da ottemperare, le obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro. Il TAR del Lazio, in sede citata, aveva dichiarato che “nel caso di ricorso per ottemperanza diretto ad ottenere il pagamento di una somma di denaro, non può essere accolta la domanda con la quale è stata chiesta, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, approvato con D.L.vo 2 luglio 2010, n. 104, la fissazione della somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato”. Il giudice amministrativo rimarcava il controverso punto, secondo cui l'*astreinte*, avendo di per sé natura pecuniaria, ed essendo l'obbligo della sentenza a carattere pecuniario già tutelato mediante l'imposizione di interessi legali per il periodo d'inadempimento, non poteva andarsi a sommare al *petitum* della sentenza, in quanto ne avrebbe manifestato il carattere iniquo¹¹⁸.

Va registrato tuttavia, in tal periodo, la contrapposizione di un orientamento – all'epoca – minoritario¹¹⁹, il quale sottolineava il carattere più ampio dell'art. 114 c.p.a. rispetto al 614-*bis* c.p.c., secondo il cui la statuizione di un'applicabilità per obbligazioni di infungibili di fare e non fare, non sarebbe stata contemplata dal legislatore amministrativo (aprendo di fatto le porte alla futura, e rivoluzionaria, pronuncia del 25 giugno 2014, postergata alle seguenti pagine) e, come tale, suscettibile di applicazione estensiva non analogica.

L'indirizzo minoritario inoltre, rimarcava il carattere, di cui al paragrafo successivo, delle *astreintes* amministrative, come strumento sanzionatorio, avente certo natura patrimoniale, ma mai a stampo sanzionatorio¹²⁰ passabile, pertanto, di una cumulazione accessoria e congiunta alla pena principale.

¹¹⁶ Si rimanda a pag. 88, per un'accurata analisi della nota sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15, con la quale il giudice di Palazzo Spada ha esteso l'applicabilità delle *astreintes* all'ottemperanza di decisioni aventi ad oggetto prestazioni a carattere pecuniario.

¹¹⁷ Visione condivisa anche dal Consiglio di Stato, TAR Lazio, Roma, I sez. 29 dicembre 2011, n. 10305

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ TAR Puglia, Bari, sez. III, 26 gennaio 2012, n.254

¹²⁰ Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688

Invero, era abbastanza noto anche ai tempi, l'orientamento che l'istituto avrebbe ben presto assunto, assecondando le volontà di un legislatore (forse) pigro e sugellando, in definitiva, il distacco applicativo e processuale delle *astreintes* dallo stretto parente civilistico.

7. La natura giuridica, i presupposti e i poteri decisorii del giudice

Dottrina e giurisprudenza¹²¹ sono concordi nel ritenere, come assodato anche in sede civilistica, che la natura giuridica dell'istituto delle *astreintes* sia prettamente sanzionatoria, piuttosto che risarcitoria: quest'ultima, infatti, non sarebbe indirizzata alla riparazione di pregiudizio causato, bensì terrebbe a punire l'inadempimento dell'obbligato, scaturito ad una pronuncia giudiziaria.

Si richiama pertanto, ancora una volta, il confronto col binomio (quasi) speculare civilistico dell'art. 614-*bis* c.p.c., di cui se ne rimarca un'ulteriore difformità: oltre alla ridotta operatività di quest'ultimo, il legislatore civile affida al giudice ordinario l'obbligo di tener conto, nella determinazione della somma, anche del danno quantificabile o prevedibile, mascherando in qualche modo un velo di risarcibilità dell'istituto che a lungo si è tentato di sopprimere.

Le peculiarità di tali strumenti sono determinate dal fatto che la somma ingiunta a titolo coercitivo indiretto non è valutata dal giudice in relazione al concreto danno subito dall'altro obbligato, ma è disciplinata in rapporto alla capacità patrimoniale dell'inadempiente e, eventualmente, in base ad altri parametri¹²².

Occorre tuttavia, dare atto anche all'indirizzo di natura giurisprudenziale opposta¹²³, formatosi nell'applicabilità dell'*astreintes* per sentenze aventi ad oggetto la condanna al pagamento di somme di denaro. In tale casistica¹²⁴, onorevole dottrina ha avanzato l'ipotesi che l'istituto possa rappresentare un criterio di liquidazione del danno, dato che comporterebbe – nel caso di inadempimento di obbligazioni pecuniarie – una maggior tutela per il creditore, tanto in merito ad un corrispettivo di interessi moratori, quanto alla liquidazione del pregiudizio subito¹²⁵.

La tesi *cd.* risarcitoria però, non pare porre l'attenzione sulle divergenze strutturali che il legislatore attribuisce sia alla natura dell'istituto, sia ai poteri del giudice

¹²¹ Cons. St., sez. V, 14 maggio 2012, n. 2744 e sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3272

¹²² M. BINDA, "Le *astreintes* nel giudizio amministrativo", in Foro Romano, 2019, p. 706-707

¹²³ TAR Lazio, Roma, sez. I, 29 dicembre 2011, n. 10305

¹²⁴ Sufficientemente trattata in seguito, v. pag. 88

¹²⁵ "Questa seconda opinione si muove sul piano interpretativo, colmando quello che ritiene essere un vuoto normativo mediante l'applicazione analogica delle previsioni ricavabili dalla norma processual-civilistica, in ragione della *eadem ratio* sottostante ad entrambe"; www.treccani.it/enciclopedia/ottemperanza-le-astreintes

dell'ottemperanza (all'interno dei quali si collocano le *astreintes*), sia a quelli del giudice ordinario. L'*astreinte* non è una forma riparatoria del danno, per cui giammai potrebbe esservi risarcimento: il rimedio innovativo del legislatore, attua una funzione sanzionatoria per la mancata spontanea ottemperanza all'ordine del giudice e di coercizione indiretta affinché quella prestazione venga effettivamente adempiuta. In quest'ottica, le *astreintes* tendono a realizzare l'effettività del "giusto processo" che tale non sarebbe se la pronuncia restasse lettera morta. Si potrà dunque convenire, che costituiscano diretta esplicazione del diritto fondamentale alla difesa, costituzionalmente garantito¹²⁶.

Tutto ciò porta a considerare, che il ricorso amministrativo in ottemperanza – a differenza dell'esecuzione civile – consta di un elemento sostanziale non indifferente al proprio interno, ossia la surrogabilità dell'obbligato (carenza che nel civile osta maggiormente per gli obblighi infungibili di fare o non fare); pertanto, sebbene l'*astreinte* amministrativa, non possa considerarsi finalizzata a rimuovere *solo* l'ostacolo dell'inadempimento amministrativo¹²⁷, rimane comunque vincolata nella propria campana sanzionatoria, per espressa volontà (o mancanza) del legislatore.

Nell'ambito di una generica impostazione normativa, rilasciata all'innovazione legislativa, meritano di esser sottolineati inoltre, i presupposti applicativi ed i conseguenti poteri estesi del giudice amministrativo¹²⁸.

Un primo tratto saliente attiene l'attitudine dell'*astreinte* a manifestarsi e, in particolare, se vi è la necessità che sulla sentenza si sia formato il giudicato.

Una prima giurisprudenza¹²⁹ ha richiesto espressamente il passaggio in giudicato dell'atto impugnato, interpretando analiticamente la lett. e) dell'art. 114 c.p.a.

Parte della dottrina¹³⁰ tuttavia, ha optato per una tesi espansiva, avvalorando il dettame di cui all'art. 112 c.p.a., comma 2, che accomuna, nell'ambito di operatività del giudizio d'ottemperanza, tanto le sentenze costituenti giudicato quanto quelle

¹²⁶ M. BINDA, "Le *astreintes* nel giudizio amministrativo", in Foro Romano, 2019, p. 707

¹²⁷ In tale ottica espansiva, TAR Puglia, Bari, sez. III, 26 gennaio 2012, n.254

¹²⁸ Analogamente a quanto verificatosi anni addietro con riguardo all'atipicità dei poteri del giudice, in sede cautelare.

¹²⁹ TAR Basilicata, 21 luglio 2011, n. 416

¹³⁰ M. LIPARI, "L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza", in www.federalismi.it, 2010, p. 40 ss.; si veda anche il notevole contributo di L. VIOLA in materia, "Le *astreintes* nel nuovo processo amministrativo", in rivista Urbanistica e Appalti, 2011

meramente esecutive, citando inoltre “*gli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo*” (con chiaro riferimento ai provvedimenti emessi in sede cautelare). A seguire i corollari, cominciando dal principio della domanda, che vuole una pronuncia giurisdizionale in merito ad ogni richiesta del ricorrente: la previsione di cui all’art. 114 c.p.a., di una specifica “*istanza di parte*” per l’applicazione della misura sanzionatoria, rappresenta il carattere personalissimo dell’*astreinte*, negando l’accesso *ex officio* all’organo giuridico.

Assunto ciò, la dottrina¹³¹ pone l’occhio sull’ampia discrezionalità rimessa al giudice, in merito alla scelta della misura ritenuta più idonea a soddisfare l’interesse privato o a sollecitare l’inerzia amministrativa (la selezione ricade sul modello compulsorio o sull’esecuzione surrogatoria).

Si deve tener conto ad ogni modo, che il modello compulsorio (se non in caso di estrema urgenza o celerità), supporta un fascino maggiore per il creditore, in quanto una volta vagliata l’ammissibilità del giudice, dev’esser *solo* temporalmente e quantitativamente dosato dall’organo giuridico, rappresentando tuttavia un incentivo maggiore per il ricorrente, il quale potrà – inoltre – beneficiare della mora pecuniaria¹³², come esposto al paragrafo successivo (v. pag. 62).

Di contro, a fronte di una richiesta per entrambe le forme di tutela, spetterà al giudice valutare l’idoneità maggiore al caso in questione, potendo scegliere tra l’una e l’altra opzione, ovvero entrambe in rapporto ai presupposti sostanziali della casistica di specie.

Non va inoltre dimenticato, che il giudizio d’ottemperanza rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo estesa al merito: vien da sé che lo scettro di poteri affidato al giudice, rientra nel livello più ampio di discrezionalità, sebbene la giurisprudenza avalli un’applicazione progressiva dei due istituti, passando da un’iniziale periodo di vincolata libertà concessa all’amministrazione per adempiere¹³³.

¹³¹ M. LIPARI, “*L’effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*”, in www.federalismi.it, 2010, p. 56

¹³² Il giudice potrà anche concedere all’amministrazione un termine “libero” per adempiere, postergando l’operatività del rimedio compulsorio alla scadenza di tale termine; www.treccani.it/enciclopedia/ottemperanza-le-astreintes

¹³³ TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 23 febbraio 2012, n. 959

Molto delicato è inoltre il tema concernente la contemporaneità dell'*astreinte* con la nomina del commissario *ad acta*, sul quale diverse opinioni han preso campo.

Il nodo della questione, attiene prevalentemente l'operato dell'amministrazione inadempiente, in caso di nomina del terzo, la quale vedrebbe (quasi) azzerato ogni margine di possibile intervento, subordinando l'eventuale pagamento reiterato della sanzione pecuniaria alla dinamicità del commissario.

Pertanto la compatibilità dei due istituti sarebbe inammissibile secondo una citata giurisprudenza¹³⁴ (di cui se ne incarna l'opinione prevalente), avallando l'ipotesi di un ridottissimo e ingiusto margine di movimento per l'amministrazione.

In quest'ottica (Cons. St., sez. V, 3 marzo 2012, n. 2547) non sussisterebbe "*alcuna preclusione all'applicazione della misura tutte le volte in cui l'amministrazione, anche dopo l'insediamento del commissario ad acta, si sia sostanzialmente riappropriata del potere di provvedere*".

Tutto ciò ha costituito un primo indirizzo (negazionista) assunto dal giudice di Palazzo Spada, alla cui base non era ammissibile la contemporaneità dei due istituti, per ragioni tecnico-logistiche; la dottrina tuttavia, lavorando a carattere interpretativo, ha esteso il margine di applicazione degli strumenti messi a disposizione dal legislatore, elaborando una teoria che ha lentamente preso piede in Tribunale.

Non potrà quindi non menzionarsi, l'esistenza di una giurisprudenza minoritaria¹³⁵ la quale ha fatto propri gli orientamenti più autorevoli, e ampliato l'operatività dell'*astreintes* – dato il carattere strettamente sanzionatorio – fino alla data dell'effettivo adempimento, sia che esso venga effettuato dall'amministrazione che dal commissario *ad acta*¹³⁶.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ TAR Puglia, Bari, sez. II, 26 gennaio 2012, n. 254

¹³⁶ In quest'ottica, seppur implicitamente, sembrerebbe andare anche il Consiglio di Stato; Cons. St., sez. V, 11 giugno 2012, n. 3397

8. Limiti, criteri quantitativi e beneficiari della sanzione

Coerentemente con la genericità del dettato legislativo, il Codice getta ombre e dubbi interpretativi anche riguardo i limiti riscontrabili nell'applicazione dell'istituto, chiamando nuovamente a pronuncia il giudice amministrativo.

Dal preambolo dell'art. 114 c.p.a., emerge con chiarezza che il limite potestativo del giudice è rappresentato dalla “*manifesta iniquità*”¹³⁷ della misura, ovvero dalla compresenza di “*altre ragioni ostative*”.

Il carattere dell'iniquità, come precedentemente espresso, non è stato sufficientemente interpretato dal legislatore, pertanto ci si dovrà basare sulle scarse e scarse pronunce attuali.

Dal *non-obbligo* del giudice di motivare l'aggettivo “*manifesta*”, ad una pratica applicazione del diniego, si incorre in sentenze dal carattere non paradigmatico ed esaustivo, ma di cui utili spunti son ricavabili per tracciare una linea interpretativa di tale problematica, in sede amministrativa:

- TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 23 febbraio 2012, n. 959
Una prima pronuncia del sud Italia, ha condannato l'amministrazione inadempiente, ritenendo manifestamente iniqua l'applicazione di un *astreinte* per un periodo superiore ai trenta giorni, emessa a seguito di comprovate difficoltà tecniche d'indagine (la fattispecie concerneva la repressione di un abuso edilizio; le difficoltà d'indagine scaturivano dalla scissione del fabbricato legale da quello abusivo, da demolire); il giudice amministrativo ha concesso, in tale casistica, un periodo di proroga suppletiva delle indagini (di ulteriori 30 giorni) al termine del quale sarebbe iniziata a decorrere la penalità di mora;
- TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 31 gennaio 2012, n. 1080
Da un punto di vista prettamente sostanziale, analogamente al TAR Campania citato, il TAR del Lazio, nel 2012, ha riconosciuto la sussistenza

¹³⁷ Di cui si rimanda a pag. 43 per un'analisi nominale di tale caratteristica, di concerto col dettame civilistico

di una manifesta iniquità, per l'arricchimento causato ad un creditore dal cumulo di somma dell'*astreinte* con gli interessi legali dovuti a titolo risarcitorio. Anche in tale casistica, ad oggi parzialmente modificata¹³⁸, il giudice ha negato l'applicabilità dell'istituto per l'esecuzione del giudicato, rimarcando il carattere "spropositato" dell'esborso da parte del debitore.

- Cons. St., sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688

Il giudice di Palazzo Spada, in tale fattispecie, ha ritenuto equa l'applicazione di un *astreinte*, in merito ad obblighi comportamentali imposti dal giudicato da eseguire. L'analisi rilevante a tal proposito, andrà effettuata in negativo, considerando come il giudice *non* abbia ravvisato iniquità nella richiesta della Società Sportiva, per il protratto inadempimento dell'amministrazione, ma solo una sproporzione onerosa del canone demandato, ragion per cui il giudice superiore ha provveduto a modificarne il massimale.

Nelle more della dottrina¹³⁹ poi, riprendendo il concetto precedentemente esposto in sede civilistica, secondo cui l'aggettivo "*manifesta*" andrebbe inteso come il grado di conoscibilità – contrapposto ad un'ordinaria ignoranza – di un soggetto con adeguate competenze, il rafforzativo del "*manifesta*" è stato introdotto dal legislatore allo scopo di promuoverne un suo utilizzo finanche a prevederlo come metodo ordinario d'ottemperanza e non come un'eccezione di non facile verifica.

Riprendendo in analisi l'art. 114 c.p.a., abbiamo sottolineato come la manifesta iniquità non sia l'unico limite che la discrezionalità del giudice incontra nell'apposizione di un *astreinte*. Si noti come il legislatore abbia fornito, ancora una volta, una terminologia vaga (se non enigmatica) per introdurre le "*altre ragioni ostative*".

¹³⁸ V. pag. 88, Cons. St. Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15

¹³⁹ V. GASTALDO, "*Commento a D.lg. 2 luglio 2010, n. 104 – art. 114*", estratto da "*Codice dell'esecuzione forzata*", Giuffrè Editore, 2015

In quest'ottica, ampiamente criticata dal Capponi¹⁴⁰ in sede civile, un conforto interpretativo dovrebbe esser fornito dalla motivazione (obbligatoria) del giudice, il quale, non potendo accomodarsi su clausole prestabilite (cosa che avviene il più delle volte), dovrà fornire il perché della propria scelta.

Distinguere le cause ostantive da quelle inique risulta assai arduo, non essendo entrambe specificate da tassatività, ma si rimarca in tal modo lo strapotere discrezionale del giudice.

Le ragioni ostantive possono essere *temporanee*¹⁴¹ o *definitive*¹⁴²: le prime attengono a tutte le ipotesi in cui vi sia, in favore dell'amministrazione, un termine dilatorio per l'adempimento; per le definitive invece, si guarderà alla situazione finanziaria attuale dell'economia locale (art. 242 ss., D.lg. 18 agosto 2000, n. 267) che comporta il blocco delle azioni esecutive nei confronti dell'ente¹⁴³.

Giurisprudenza più generica¹⁴⁴ ha stabilito che non possono esser accolte domande di condanna al pagamento di un *astreinte* nel caso in cui le condizioni economiche (il *cd.* "stato di predissesto", previsto dall'art. 3 D.l. 10 ottobre 2012, n. 174) in cui versa l'amministrazione (opportunamente documentate) portino a ritenere eccessivamente sanzionatorie l'applicazione delle misure in esame.

Sul punto però, non trova quiete buona parte della dottrina¹⁴⁵, la quale ha validamente sollevato un quesito fondamentale, ossia lo stato di diritto in cui ci troviamo. Come tale, sarà complesso avvanzar teorie in merito al differimento di un adempimento amministrativo, giustificando il tutto con un dissesto economico,

¹⁴⁰ Sebbene non presenti, in sede civile, le ulteriori cause ostantive, il Capponi non manca di criticare la sovente passività del giudice amministrativo ad esplicitare in motivazione la manifesta iniquità prevista per l'adozione di un *astreinte*, rendendo difficoltoso il percorso induttivo;

¹⁴¹ TAR Marche, Ancona, sez. I, 7 marzo 2013, n. 841; TAR Sicilia, Catania, 1° febbraio 2013, n. 347

¹⁴² TAR Sicilia, Catania, 7 gennaio 2013, n. 4

¹⁴³ "Tale procedura di liquidazione dei debiti è essenzialmente dominata dal principio della *par condicio* dei creditori, in relazione alla molteplicità dei debiti contratti da un ente pubblico poi dichiarato dissestato, sicché la tutela della concorsualità comporta, in linea generale, l'inammissibilità, anche del ricorso di ottemperanza, in quanto misura coattiva di soddisfacimento individuale del creditore. La previsione di una misura coercitiva perderebbe di qualsiasi rilevanza poiché il pagamento delle somme avverrà soltanto a seguito dell'approvazione del rendiconto". V. GASTALDO, "Commento a D.lg. 2 luglio 2010, n. 104 – art. 114", estratto da "Codice dell'esecuzione forzata", Giuffrè Editore, 2015

¹⁴⁴ TAR Puglia, Bari, sez. III, 27 agosto 2012, n. 1599

¹⁴⁵ Tra gli altri, F. G. SCOCA, "Natura e funzione dell'*astreinte* nel processo amministrativo", in Corriere Giuridico, 2014, p. 1406-1411

legittimando così un principio contrario ai canoni costituzionali di “giusto processo” ed “effettività della tutela giurisdizionale”¹⁴⁶.

Il principio or ora offerto, pare trovare seguito anche in sede civilista, in omaggio al dettame dell’art. 614-*bis* c.p.c, secondo cui non può sussistere “manifesta iniquità” qualora il debitore versi semplicemente in condizioni di difficoltà o indigenza, problemi che, al limite, giustificherebbero una pena minore¹⁴⁷.

In definitiva, la penalità di mora in esame non può ammettersi laddove questa, contrasti con il principio di buon andamento ed economicità dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.), a seguito di un’opportuna valutazione di equità da parte del giudice.

Conclusa l’analisi limitativa circa l’applicazione di un *astreinte*, occorre soffermarci ora sulle caratteristiche tecniche dell’istituto.

I criteri di quantificazione della penalità in mora – stranamente – non sono contemplati dal legislatore; il che, oltre a rappresentare un’ulteriore espansione della *voluntas* giuridica, concorre a richiedere una comparazione aggiuntiva con l’art. 614-*bis* c.p.c.: in assenza di univocità, la comparazione delle relative applicazioni, andrà effettuata caso per caso.

Un punto in comune con l’ordinamento civilistico, consta della *congruità* della sanzione, commisurata al pregiudizio subito (in sede amministrativa, alla gravità dell’inadempimento)¹⁴⁸, al valore della controversia, alla natura della prestazione e ad altre circostanze oggettive e soggettive del caso¹⁴⁹.

Il giudice inoltre, non potrà non tener conto del pregiudizio causato da un ulteriore ritardo dell’amministrazione; dovrà tuttavia constatare il carattere patrimoniale della misura adottata, basandosi sul fatto che un *astreinte* sproporzionata rispetto al

¹⁴⁶ In questo senso, anche la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (*Grande Camera*, 29 marzo 2006, *Cocchiarella c. Italia*, 2006, n.1016; CEDU, II, 21 dicembre 2010, *Gaglione ed altri c. Italia*; ha statuito che il difetto di risorse finanziarie non può incidere sulla esecuzione tempestiva (salvo un limitato termine dilatorio) delle obbligazioni pecuniarie a carico dell’amministrazione, accertate o determinate da provvedimenti giudiziali.

¹⁴⁷ F. TEDIOLI, “*Osservazioni critiche all’art. 614bis c.p.c.*” in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, Milano, 2013, p. 644

¹⁴⁸ Cons. St., sez. V, 14 maggio 2012, n. 2744

¹⁴⁹ Di comune accordo con Palazzo Spada, TAR Puglia, Bari, sez. III, 13 gennaio 2012, n. 168

credito, potrebbe costituire una forma di illegittimo arricchimento del creditore¹⁵⁰ (oltre che una manifestazione d'iniquità per il debitore).

I contenuti (volutamente vaghi) sopra citati, sebbene non costituiscano parametri quantitativi, mirano a tutelare l'amministrazione da condotte autoritarie del giudice, nella determinazione del *quantum*, in virtù del fatto che né nel civile, né nell'amministrativo sussistano dei valori minimi e massimi edittali¹⁵¹.

L'*astreinte* dunque, va calcolata in relazione alle statuizioni pattuite nella sentenza di merito per l'esecuzione (composti – anche – dal capitale e dalle spese processuali): da tale importo, devono però esser sottratti gli interessi eventualmente maturati¹⁵². Il giudice inoltre, terrà conto dei canoni comuni di selezione utilizzati nell'interpretazione delle clausole generali (come la correttezza *ex art.* 1175 c.c., la buona fede *ex art.* 1375 c.c., l'inadempimento in virtù di una risoluzione del contratto *ex art.* 1455 c.c., ecc.), come ulteriore parametro quantitativo.¹⁵³

Sotto un criterio temporalistico, invece, la misura sanzionatoria può esser concessa discrezionalmente dal giudice (si rammenti la facoltà di concedere all'amministrazione un termine "libero" per l'adempimento, *v.* note pag. 60), prevedendo un pagamento giorno per giorno o a scansioni temporali¹⁵⁴.

Non espressamente vietate *astreintes* ad importo progressivamente variabile/crescente, in relazione all'inadempimento protratto dell'amministrazione così da sanzionare maggiormente l'inerzia del debitore¹⁵⁵.

Ad ogni soluzione, il ricorrente dovrà allegare, ai fini dimostrativi anche solo presuntivi, tutti gli elementi utili alla quantificazione della mora (ivi inclusa una valutazione personale del giudice, circa il contegno maturato dall'amministrazione in corso d'opera processuale, qualora sia indice della sua intenzione di non adempiere ad un'ormai certa condanna di merito).

¹⁵⁰ F. CARPI, "Riflessioni sui rapporti tra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo", Bologna, 2002, p. 605 ss.

¹⁵¹ F. TEDIOLI, "Osservazioni critiche all'art. 614bis c.p.c." in Nuova Giurisprudenza civile commentata, 2013, p. 140

¹⁵² Il giudice civile ed amministrativo, sostengono un'applicazione comune di presupposti per i casi sostanzialmente analoghi, maturando un'omogeneità di trattamento, riservandosi però una variazione di calcolo per le somme dovute.

¹⁵³ V. GASTALDO, "Commento a D.lg. 2 luglio 2010, n. 104 – art. 114", estratto da "Codice dell'esecuzione forzata", Giuffrè Editore, 2015

¹⁵⁴ F. PUGLIESE, "Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e attività amministrativa", in Riv. Trim. Dir. Proc. Amm., 1999, p. 615

¹⁵⁵ Totalmente in accordo, Cons. St., sez. V, 11 giugno 2012, n. 3397

Si rimarca in ultima istanza, l'obbligo di motivazione rimesso in capo al giudice, sia dell'*an* che del *quantum*, specificando dettagliatamente i criteri valutativi e l'*iter* logico seguito nell'emanazione della sanzione, precisando contestualmente le conseguenze giuridiche relative al comportamento del debitore.

Si passi ad analizzare adesso, l'individuazione del termine iniziale e finale per l'irrogazione della sanzione, sul qual punto vi è uniformità di pensiero circa la decorrenza, ossia l'emanazione della sentenza con cui il giudice decide sul ricorso per ottemperanza (eliminando un indirizzo non sostanziale che vedeva nell'obbligo di ottemperare una maggior tutela per il ricorrente).

Più controverso è invece il momento conclusivo degli effetti di un *astreinte*. Secondo parte della giurisprudenza¹⁵⁶ per individuare tale termine, occorre far riferimento al momento in cui l'amministrazione è privata del potere di ottemperare, ovvero quando abbia concluso l'adempimento, ovvero quando tale potere è trasferito al commissario *ad acta*.

Malgrado le perplessità, in precedente paragrafo esposte, anche qualora l'amministrazione rimanesse titolare del potere di provvedere, sarebbe esautorata della capacità di farlo (a seguito della nomina del commissario); ragion per cui, il giudice superiore non ha ritenuto legittimo continuare a gravare sull'economia amministrativa, anche qualora le responsabilità di un ritardo nell'adempimento avessero ceduto il testimone a un terzo (con conseguente nullità degli atti da essa compiuti oltre tale nomina)¹⁵⁷.

Affinché cessi l'obbligo sanzionatorio per l'amministrazione non è sufficiente la nomina del commissario; sarà invece necessario che quest'ultimo abbia intrapreso il procedimento per l'individuazione delle risorse necessarie al pagamento della somma spettante al ricorrente e, previa comunicazione all'amministrazione debitrice, dovrà determinarne l'importo.¹⁵⁸

Decorrerà da tal momento (comprovato dalla PA a pena di nullità) la cessazione del vincolo sanzionatorio e, quindi, della pena dell'*astreinte*.

¹⁵⁶ Cons. St., sez. V, 16 aprile 2014, n. 1975

¹⁵⁷ V. GASTALDO, "Commento a D.lg. 2 luglio 2010, n. 104 – art. 114", estratto da "Codice dell'esecuzione forzata", Giuffrè Editore, 2015

¹⁵⁸ *Ibidem*.

Infine, il supporto giurisprudenziale¹⁵⁹ ha individuato con fermezza il beneficiario della pena moratoria. Diversamente dal sistema inglese e da quello tedesco, ove è lo Stato il destinatario dell'importo che il debitore soccombente deve versare¹⁶⁰, nel sistema italiano è il creditore il beneficiario della penalità di mora, sia nell'esecuzione civile che nell'ottemperanza amministrativa.

Il criterio logico del giudice di Palazzo Spada, pare in linea col presupposto che il giudice non possa procedere *ex officio*, ma che si necessiti per la procedibilità di un'istanza di parte (di conseguenza è come se il giudice rispettasse (e accogliesse il principio de) la domanda).

¹⁵⁹ A differenza di quello legislativo, TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 31 gennaio 2012, n. 1080; Cons. St., sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688

¹⁶⁰ Tali sistemi escludono che la sanzione per l'inosservanza del comando giudiziale divenga motivo di arricchimento del creditore vittorioso, perché altrimenti quest'ultimo conseguirebbe un vantaggio patrimoniale surrogandosi, nei fatti, allo Stato, il cui comando è rimasto ineseguito. M. BINDA, "Le *astreintes nel giudizio amministrativo*", in Foro Romano, 2019, p. 707

9. Dall'*astreinte* al danno punitivo

Nell'ottica del celeberrimo binomio, inerente la natura giuridica di un'*astreinte*, si rileva ai fini di questo scritto, come moderni interventi giurisprudenziali¹⁶¹ abbiano ravvivato il dibattito sul tema della responsabilità civile nell'ordinamento giuridico italiano¹⁶².

La vicenda affonda le sue radici ben prima delle recenti Sezioni Unite, affrontando un passaggio di consegne da una concezione prettamente *sanzionatoria* della responsabilità civile (basata sul noto brocardo del *nullum crimen sine culpa*), ad un'innovativa visione *riparatoria*¹⁶³, che tiene maggiormente conto degli interessi lesi della vittima che ha subito l'illecito¹⁶⁴.

Ad oggi, ma discusso da tempo ormai, il dilemma dottrinario concerne la funzione della responsabilità civile in ottica deterrente-preventiva¹⁶⁵ o sanzionatoria-punitiva: da qui, il noto quesito dei *cd. "danni punitivi"*, accolti, dapprima timidamente oggi, con favore all'interno dell'ordinamento.

Data la natura e la matrice che questi ultimi ricoprono negli ordinamenti globali (i "*punitive damages*" devono i propri natali ad un'elaborazione giurisprudenziale dei paesi di Common Law statunitensi), l'adattamento al suolo nazionale non è stato privo di strettoie, in virtù – anche – del principio personalista che ruota attorno ai valori costituzionali del nostro stato.

Se è vero che la penalità di mora e i danni punitivi condividono la medesima funzione sanzionatoria-deterrente, sarà anche vero che questi differiscono in merito alle sentenze sulle quali manifestano i propri effetti.

¹⁶¹ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601

¹⁶² M. A. ASTONE, "*Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo*", in *Contratto e impresa*, 2018, p. 276 ss.

¹⁶³ Il processo evolutivo che ha interessato la responsabilità civile e le ragioni che lo hanno determinato sono ampiamente illustrate da C. SALVI, "*La responsabilità civile*", II edizione, Milano, 2005, p. 312 ss., il quale evidenzia come l'emergere della "*cultura solidaristica ed egualitaria delle società contemporanee tollera sempre meno che il danno non venga risarcito*".

¹⁶⁴ C. SALVI, "*Il danno extracontrattuale, Modelli e funzioni*", Napoli 1985, p. 88 ss., per il quale, tuttavia, "*ciò che vale per il risarcimento del danno patrimoniale non necessariamente può essere esteso a quello non patrimoniale*".

¹⁶⁵ A. DI MAJO, "*Profili della responsabilità civile*", Torino, 2010, p. 65 ss. per il quale "*una prospettiva rimediabile può arrecare un sensibile guadagno all'evoluzione dell'istituto (rectius il risarcimento dei c.d. danni punitivi), in quanto consente di porre attenzione ad un comportamento gravemente riprovevole del danneggiante*".

I danni punitivi, infatti, vengono valutati dal giudice *ex post*, successivamente alla commissione dell'illecito, risultando fortemente connessi alla sussistenza del danno e alla sua dimostrazione. Al contrario, la quantificazione di un *astreinte* si colloca *ex ante*, a prescindere dalla prova o dalla rappresentazione di un danno. Il rimedio di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., pertanto, assolve ad una funzione preventiva, rappresentando un'ipotesi di condanna in futuro, sospensivamente condizionata all'eventuale inadempimento del debitore.

Ma procediamo con ordine.

Sollecitati da un'ordinanza di rimessione, le SS.UU. (19 gennaio 2007, n. 1183) son state chiamate a pronunciarsi sul riconoscimento di una sentenza straniera, avente ad oggetto la condanna di un individuo al risarcimento di *danni punitivi*, in conseguenza di un illecito civile; precedentemente inammissibili, in tal occasione le Sezioni Unite mutarono il proprio indirizzo¹⁶⁶ positivizzando l'istituto sulla base di tre criteri condivisibili:

- Una riconosciuta polifunzionalità della responsabilità civile;
- La compatibilità dei *danni punitivi* con i principi dell'ordine pubblico vigente;
- La considerazione che, in diverse fattispecie, allo scopo di garantire la effettività della tutela dei diritti e degli interessi individuali e collettivi, il sistema normativo prescrive risarcimenti del danno di stampo punitivo¹⁶⁷;

La pronuncia del Palazzaccio però, nonostante l'inevitabile apertura al quesito (data l'ormai moltitudine di strumenti a disposizione del giudice ad effetti deterrenti¹⁶⁸), ha mancato di interloquire con un soggetto non indifferente del panorama giurisprudenziale civile, ossia l'art. 2043 c.c.

¹⁶⁶ Precedentemente la Corte negava la delibazione di tali decisioni per contrarietà all'ordine pubblico; Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2007, n. 1183

¹⁶⁷ Criteri d'applicabilità forniti da M. A. ASTONE, "Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'*astreinte* al danno punitivo", in *Contratto e impresa*, 2018, p. 276 ss.

¹⁶⁸ Di particolare interesse, Cass., sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613, in materia di *astreinte*, che ha posto le premesse per la decisione delle Sezioni Unite del 2017. La decisione peraltro appare interessante nella misura in cui, muovendo dalla distinzione tra l'*astreinte* di diritto francese e il danno punitivo, evidenzia l'evoluzione del sistema della responsabilità civile verso una concezione pluralistica e multifunzionale. *Ibidem*.

Questo, muovendo dalla terminologia di “danno ingiusto”, fulcro madre della responsabilità aquiliana basata, appunto, sul ruolo dell’ingiustizia nel processo di composizione di interessi e diritti lesi, si è storicamente affermato mediante il brocardo del *neminem laedere*, individuato a livello normativo proprio nell’art. 2043 c.c.; la giurisprudenza più autorevole, per anni ha associato l’illecito civile ad una fatto sanzionabile verso chi, con comportamento doloso o colposo, avesse leso l’altrui sfera giuridica: da qui il caposaldo civilista della pena, in funzione sanzionatoria-punitiva.

Ma il diritto è scienza dinamica e, come tale, suscettibile di rapidi e radicali mutamenti; si noti come l’orientamento comune abbastanza recente, abbia in un primo momento riconosciuto un maggiore autonomia dell’ingiustizia dal danno accertato¹⁶⁹, successivamente ha operato una riforma ideologica organica, ponendo a fondamento della responsabilità extracontrattuale, non più solo un mero ricorso sanzionatorio, ma estendendo il catalogo di opzioni che il legislatore dello scorso secolo aveva fornito, maturandone una concezione oggettivamente pluralista.

Vien quindi da analizzare il ruolo camaleontico dell’“ingiustizia”¹⁷⁰, vista come clausola generale, dal quale l’ordinamento va discendere la risarcibilità del danno, dato che, come sappiamo, è soggetto ad un vaglio discrezionale del giudice in merito all’*an* e al *quantum*.

È proprio il giudice, di fatti, a valutare il rimedio sanzionatorio (o deterrente) più idoneo, valutando il carattere personale e/o patrimoniale della sanzione (secondo un criterio compensativo e proporzionale), oppure preventivo e dissuasivo (volto a inibire la *perpetuatio* dell’illecito). Ma se da un lato si vuole evitare l’ingiustificato arricchimento della vittima, dall’altro – come evidenziato da autorevole dottrina –

¹⁶⁹ D. MESSINETTI, voce “*Personalità (diritti della)*”, in Enc. dir., vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 396 ss., il quale individua nel danno un momento formale rappresentato dalla violazione del sistema dei valori giuridici che si concretizza nella lesione di un comando giuridico: danno quindi è “sinonimo della stessa antiggiuridicità”. L’elemento sostanziale è invece da ravvisarsi – ad avviso dell’autore – nella materialità del comportamento antiggiuridico il quale per il fatto di essersi attuato diviene produttivo di una lesione.

¹⁷⁰ Interessante sempre D. MESSINETTI, voce “*Personalità (diritti della)*”, in Enc. dir., vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 469, il quale vede “il principio di ingiustizia vuole esprimere la valutazione funzionale della superiorità e quindi della validità della pretesa risarcitoria nei confronti della pretesa di libertà dell’agire altrui”.

si tende a tutelare l'integrità economica del danneggiante, di modo che non subisca un pregiudizio maggiore di quello cui è andato incontro il soggetto leso¹⁷¹.

Dato il proliferare di danni risarcibili, all'interno delle più svariate casistiche di ogni giorno, dottrina e giurisprudenza hanno spalancato il portone a nuove tecniche rimediali – provvedimenti inibitori, *astreinte*¹⁷², risarcimenti in forma specifica, danni punitivi – di modo che l'art. 2043 c.c. possa svolgere funzione sanzionatoria o deterrente a proprio piacimento, in conformità alla dinamicità dell'ordinamento, rispettando però sempre il principio di effettività della tutela.

Da queste premesse, l'espansione oliare del pluralismo civilistico in ogni ramo del diritto: si pensi ad esempio, all'art. 140, comma 7, del D.lgs. 2005, n. 206 (Codice del Consumo) per il quale è prevista la disposizione da parte del giudice di una somma pecuniaria per ogni giorno di ritardo nell'adempimento del provvedimento giudiziale inibitorio; oppure, all'art. 125 D.lgs. 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale) nel quale si prevede che la liquidazione del danno, operata nel rispetto degli artt. 1223, 1226, 1227 c.c., parametrata ad ulteriori benefici conseguiti dal reo, dovrà essere idonea ad annullare tali benefici¹⁷³.

Due le conclusioni da trarre in merito ai suddetti articoli:

- 1) Il giudice, in un'ottica preventiva-dissuasiva, tende inevitabilmente a favorire l'adempimento, mediante una coercizione pecuniaria (diretta o indiretta), sanzionando ogni giorno di ritardo nell'esecuzione, integrando delle vere e proprie *astreintes*;
- 2) Sempre il giudice, ma in un'ottica punitiva, rapporta la commisurazione della pena alla *gravità* dei fatti o ad ulteriori elementi, di modo da svincolare (seppur parzialmente) la somma liquidata dal danno subito e sfruttare il

¹⁷¹ A. DI MAJO, “*La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*”, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Sirena, p. 17 ss.

¹⁷² A. DI MAJO, “*Astreinte. I confini mobili della responsabilità civile*”, in *Giur. It.*, 2016, p. 562. Si veda anche Cass., sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613, nella quale la Corte Suprema evidenzia la diversità strutturale e funzionale dell'*astreinte* rispetto al danno punitivo, sebbene entrambi mirino all'adempimento, tant'è che secondo la Corte si può parlare di “*una funzione deterrente propria per l'astreinte, e di una funzione deterrente soltanto indiretta*” per i danni punitivi.

¹⁷³ Illuminante in questo campo, M. A. ASTONE, “*Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo*”, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 276 ss.

danno punitivo – qui sta la novità – ad una funzione di tutela degli interessi in gioco;

La ricostruzione dell'*iter* logico del giudice, nei criteri di selezione di una o dell'altra misura non ci è dato saperla, se non – in parte – dal *dictum* motivazionale della sentenza.

A porre dei limiti allo strapotere discrezionale dell'organo giuridico, fungono da contraltare il noto principio di proporzionalità ed un pensiero comune, di una dottrina autorevole¹⁷⁴.

Quest'ultima infatti, ha posto a fondamento della selezione di una sanzione punitiva o deterrente destinata alla condanna di danni punitivi, “*la prospettiva della illiceità e la natura degli interessi che possono essere pregiudicati*”. Il vaglio del giudice, esplicando, deve tener conto tanto di un interesse singolo (o collettivo) quanto delle peculiarità del caso di specie, in relazione ai soggetti, alla situazione giuridica violata, alle qualità soggettive delle parti, fattori che non sempre il principio di proporzionalità tende a tutelare; tutto ciò, contribuirebbe a legittimare l'utilizzo di un *damage punitive*, in quanto più adeguato a talune circostanze o ad obbiettivi giuridicamente comuni di tutela e garanzia¹⁷⁵.

Tale impostazione, sembra oggi esser inglobata nell'ideologia del giudice superiore (nella citata sentenza del 2007), seppur in relazione all'accoglimento di una sentenza straniera, il quale, tuttavia, ha richiesto al legislatore un intervento innovativo sul punto, andando incontro ad un'armonizzazione normativa con l'art. 23 Cost.

Disciplinando l'istituto, la responsabilità civile svolgerà al tempo stesso una funzione sanzionatoria per il soggetto responsabile dell'illecito e una funzione

¹⁷⁴ V. SCALISI, “*Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*”, in Riv. dir. civ., 2009, 676 ss., ed anche in “*La funzione deterrente della responsabilità civile*”, a cura di Sirena, cit., p. 122 ss. ID., *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Categorie e istituti del diritto civile*, Milano, 2005, p. 785 ss.

¹⁷⁵ Per una lettura in chiave critica della sentenza, con particolare riferimento al c.d. “ancoraggio normativo”, A. DI MAJO, “*Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*”, in Giur. It., 2017, p. 562

deterrente per i potenziali danneggianti¹⁷⁶, suggellando così la, tanto richiesta, pluralità di funzioni della responsabilità in questione.

Da una simile ricostruzione, è ben logico che anche il *danno* non potrà più esser catalogato come un *unicum* tutelabile, ma potranno configurarsi diverse tipologie di danno, a seconda del ruolo che la responsabilità aquiliana dovrà assolvere¹⁷⁷.

In prospettiva, quindi, il danno punitivo si articola come uno strumento necessario, per una piena attuazione della funzione sanzionatoria-deterrente, la quale è, e deve rimanere, il punto focale della responsabilità civile.

Appuratone carattere multifunzionale, che ha accolto all'interno dell'ordinamento i danni punitivi, resta un ultimo aspetto da analizzare, ossia la quantificazione di questi ultimi in rapporto col danno cagionato.

A tal riguardo, è opportuno precisare che la funzione punitiva del danno era già stata contemplata nelle more dell'art. 2059 c.c. (*cd.* "danno non patrimoniale"), in riferimento al *danno morale* e dei *casi previsti* con le fattispecie di reato (la volontà legislativa era quella di colpire civilmente l'autore dell'illecito penale, in ragione della natura particolare del fatto commesso).

Sebbene negli anni vi siano state numerose interpretazioni, l'opinione prevalente¹⁷⁸, alla luce anche di una nuova lettura costituzionale dell'art. 2059 e di una maggiore

¹⁷⁶ P. SIRENA, "Il risarcimento dei *c.d.* danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa", in Riv. dir. civ., 2006; "Atti del convegno per il cinquantenario della rivista, Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma", p. 534; "Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi", in Studi in onore di C.M. Bianca, IV, Milano 2006; A. ZOPPINI, "La clausola penale e la caparra", in I contratti in generale, II, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 895; M. C. VENUTI, "Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto", Padova, 2004, p. 139

¹⁷⁷ Sulla funzione della responsabilità civile e sui rapporti con le funzioni del risarcimento M. FRANZONI, "Dei fatti illeciti, art. 2043-2059", in Comm. c.c. Scialoja-Branca a cura di Galgano, Bologna-Roma 1993, p. 1245 ss.; G. PONZANELLI, "I segnali della responsabilità civile", in Contratto e Impresa, 2010, p. 1223 ss., il quale si chiede se "la responsabilità civile possa svolgere una funzione diversa da quella riparatoria; se possa operare anche come strumento di deterrenza ma con un significato diverso e innovatore rispetto al modo con cui viene percepita la funzione di deterrenza"; G. MONATERI, "La responsabilità civile", in Tratt. dir. civ., Torino, 1998. Per una ricostruzione evolutiva delle funzioni della responsabilità civile, D. CARUSI, "Forme di responsabilità e danno", in Diritto civile, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, vol. IV, Attuazione e tutela dei diritti, Tomo III, p. 460 ss.

¹⁷⁸ La concezione punitiva del danno non patrimoniale è sostenuta da diversi autori: P. TRIMARCHI, "Causalità e danno", Milano 1967, p. 53 ss.; A. DI MAJO, "La tutela civile dei diritti", Giur. It., 2017, p. 193; "La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente", in Eur. dir. priv., 2008, p. 289. Su tale finalità si sofferma G. BONILINI, "Il danno non patrimoniale", cit., p. 296 ss., per il quale "il risarcimento del danno non patrimoniale va inquadrato nell'ambito delle *c.d.* pene private, con la conseguenza che la risposta pecuniaria alle conseguenze non monetizzabili di un fatto illecito va effettivamente annoverata tra le pene private", Per un approfondimento di tali aspetti M. FRANZONI, "Dei fatti illeciti, art. 2043-2059", in Comm. c.c.

collaborazione europea, ha ritrovato nel rapporto tra la gravità del fatto illecito (indipendentemente da dolo o colpa) e la natura degli interessi violati¹⁷⁹, l'originaria e tipica funzione sanzionatoria del *danno morale*, sul piano della determinazione del *quantum* risarcitorio, nella misura in cui bisogna colpire la condotta riprovevole del danneggiante anche per evitarne la reiterazione¹⁸⁰.

Tuttavia, a fronte di tale categoria non suscettibile di valutazione economica, rimane discussa la questione circa le modalità di quantificazione, nell'ottica in cui la piena attuazione della funzione punitiva da un lato non può esser rimessa a "*pareri soggettivi*" da parte dei giudici, per altro verso pone il problema del rapporto con i criteri di liquidazione del danno¹⁸¹ e della possibilità per il giudice di andare oltre i limiti da essi imposti, senza intaccare il principio costituzionalmente garantito della certezza della pena.

Scialoja-Branca, p. 1245 ss. Il passaggio dalla concezione punitiva del danno a quella compensativa viene delineato da C. SALVI, "*Il danno extracontrattuale*", Milano, 2005 p. 88 ss., per il quale, "*tuttavia, ciò che vale per il risarcimento del danno patrimoniale non necessariamente può essere esteso a quello non patrimoniale*"; L. DI BONA DE SARZANA, "*Il danno morale soggettivo*", in Il "nuovo" danno non patrimoniale, a cura di Ponzanelli, p. 99 ss.; G. PETRELLI, "*Verso i danni punitivi*", in *Urbanistica e Appalti*, 2017, p. 1216 ss.

¹⁷⁹ In tal senso M. SESTA, "*Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*", in *Famiglia e diritto*, Milano, 2017, per il quale "*il recupero dell'originaria funzione sanzionatoria attribuita dal legislatore all'art. 2059 c.c. potrebbe avvenire in quest'ottica proprio utilizzando il filtro selettivo che faccia leva sul carattere riprovevole della condotta del danneggiante e sulla intensità dell'offesa all'ordine giuridico*".

¹⁸⁰ M. A. ASTONE, "*Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo*", in *Contratto e impresa*, 2018, p. 276 ss.

¹⁸¹ Su tali questioni G. MONATERI, "*La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*", in *Urbanistica e Appalti*, 2017

10. Problematiche attuative ed altri utilizzi

Prima di terminare l'analisi sull'innovazione legislativa delle *astreintes*, e del loro approccio all'universo civilista e nel panorama amministrativo, è doveroso in tal sede sottolineare alcune ulteriori problematicità di carattere applicativo – salvo quanto si dirà nel successivo capitolo – che hanno a lungo interessato i banchetti dottrinari e giurisprudenziali.

Sempre i medesimi soggetti, si sono interrogati circa la facoltà del rimedio di cui all'art. 114 c.p.a., comma 4 lett. e), di poter esser applicato in sede cognitiva.

Il dubbio è sorto per effetto del consueto parallelismo con il gemello civilista, ex art. 614-*bis* c.p.c., il quale pur essendo introdotto nelle norme d'esecuzione del codice, consente al giudice civile di poter applicare la penalità di mora nella sentenza cognitiva. Sarà ben noto, a questo punto, come il legislatore amministrativo, invece, abbia riservato espressamente tale capacità al giudice dell'ottemperanza, rimarcando il flebile divario e rimettendo quest'ultima alla sola fase esecutiva del giudicato amministrativo¹⁸².

Tale interpretazione, letterale e sistematica, non ammetterebbe repliche. Eppure, i dilemmi dottrinari, sorgono proprio da un eccessivo attaccamento del legislatore nazionale agli schemi normativi d'oltralpe, i quali, sebbene catechizzino le *astreintes* come un provvedimento esecutivo, ne ampliano la portata applicativa prevedendo un loro utilizzo *anche* in sede cognitiva, proprio allo scopo di ottimizzarne gli effetti compulsivi.

Per evitare l'*impasse*, si rimanda a una pronuncia del TAR Lombardia (Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428), il quale ha saggiamente strizzato l'occhio all'art. 34 c.p.a. il quale consente di anticipare alla sede processual-cognitiva la pronuncia di statuizioni sostitutive proprie dell'esecuzione, in ossequio al principio di effettività della tutela. Nello specifico, il comma 1, lett. c) – elencando le sentenze di merito adottabili dal giudice – cita testualmente che “*in caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda (...) condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*”.

¹⁸² V. GASTALDO, “*Commento a D.lg. 2 luglio 2010, n. 104 – art. 114*”, estratto da “*Codice dell'esecuzione forzata*”, Giuffrè Editore, 2015

La successiva lett. e), prevede poi la possibilità di disporre “*le misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l’ottemperanza*”¹⁸³; adottando quest’impostazione, si andrebbe a superare la dicotomia strettamente etimologica che vedrebbe l’*astreinte* applicabile solo in sede d’ottemperanza, anticipandola quindi in sede cognitiva, ma con un alto tasso di atipicità¹⁸⁴.

Tale interpretazione estensiva, non è tuttavia apprezzata unanimemente¹⁸⁵, in quanto è stato rimarcato il carattere dogmatico del legislatore sul punto (e, per una volta, non quello sbadato), secondo cui tanto la collocazione quanto le limitazioni oggettive dell’art. 114 c.p.a., sarebbero emblematiche di una scelta volontaria del Codice, che tenderebbe a suggerire un’applicazione prudente dell’istituto, in ragione del carattere specifico ed eccezionale dell’*astreinte*.

Prima di affrontare una sommaria analisi di casistiche che difettano parzialmente di giurisdizione in tale scritto, è bene concludere l’analisi d’ammissibilità dell’istituto ex art. 114 c.p.a., comma 4 lett. e), anche in merito ai riti speciali del processo amministrativo.

Sottolineando, ancora una volta, l’attaccamento del legislatore al giudizio d’ottemperanza, non si può non rimarcare il deficit strutturale del Codice, in totale silenzio circa l’accessibilità di un *astreinte* ad un rito – per esempio – d’accesso, sul silenzio o di ingiunzione.

Secondo il Viola¹⁸⁶, è possibile estendere in via analogica l’applicabilità della penalità di mora anche ai riti speciali, seppur in mancanza di previsioni normative.

¹⁸³ A tal proposito, si segnala la posizione contraria di M. BINDA, “*Le astreintes nel giudizio amministrativo*”, in Foro Romano, 2019, p. 707, il quale esclude che nell’art. 34 c.p.a. possano ritenersi incluse misure sanzionatorie di tipo squisitamente compulsorio, come ad esempio le penalità di mora.

¹⁸⁴ G. GUCCIONE, “*L’astreinte amministrativa. Problematiche applicative dell’art. 114 c.p.a., comma 4 lett. e) e prime applicazioni giurisprudenziali*”, in Rass. Avv. Stato, n. 2012; in linea con tal pensiero anche V. GASTALDO, “*Commento a D.lg. 2 luglio 2010, n. 104 – art. 114*”, estratto da “*Codice dell’esecuzione forzata*”, Giuffrè Editore, 2015

¹⁸⁵ Si segnala a tal riguardo una saggia giurisprudenza, TAR Campania, Napoli, sez. IV, 15 aprile 2011, n. 2162; ed onorevole dottrina, M.A. SANDULLI, “*L’introduzione delle astreintes*”, in Diritto e processo amministrativo, 2013

¹⁸⁶ L. VIOLA in materia, “*Le astreintes nel nuovo processo amministrativo*”, in rivista Urbanistica e Appalti, 2011

Sempre secondo il citato, il Codice è in possesso di vistose lacune in tema di riti speciali, ampliate ed ampliabili mediante previsioni generali in merito al giudizio amministrativo (come l'esposta integrazione prevista dall'art. 34 c.p.a., dell'*astreintes* in sede cognitiva), effettuando *laddove possibile* continui richiami e prendendo in prestito numerevoli istituti (in linea, tra gli altri, con i principi già noti dell'art. 1 c.p.a.).

Tale soluzione, accolta in parte dalla dottrina, è senza dubbio riconducibile ai riti d'accesso e del silenzio¹⁸⁷ i quali, nella dicitura classica¹⁸⁸ ben potrebbero prestarsi ad una decisione estensiva della teoria, in calce esposta, del Viola.

Invero, con riferimento al decreto ingiuntivo, *ex art. 118 c.p.a.*, è assai meno probabile una diretta applicabilità delle *astreintes*, in quanto una corretta opinione dottrinale ha sottolineato l'inapplicabilità dell'istituto ai provvedimenti adottati *inaudita altera parte*¹⁸⁹, a prescindere dalla natura cognitoria che il giudice appone alla fase monitoria.

Infine, un ulteriore utilizzo dell'*astreintes* è ravvisabile in una molteplicità di situazioni giuridiche, di cui un approccio sistemico, finora, è stato poco utilizzato e, in alcuni casi, soltanto ipotizzato.

Di qui una sommaria enunciazione:

¹⁸⁷ Che, come già rilevato, potrebbe enormemente giovare del ricorso all'istituto delle *astreintes*; appare, infatti, innegabile l'utilità che la coazione indiretta potrebbe assumere nel campo del silenzio-rifiuto, soprattutto nelle ipotesi in cui il giudice non si pronuncia sulla fondatezza dell'istanza, ai sensi dell'art. 31 e 38 c.p.a.; L. VIOLA, "Le *astreintes* nel nuovo processo amministrativo", in *Urbanistica e Appalti*, 2011, p. 155 ss.

¹⁸⁸ I riferimenti al potere del giudice di ordinare l'esibizione del documento entro un termine di 30 giorni e di dettarne le relative modalità, per il rito dell'accesso (art. 116 c.p.a., comma 4) e di nominare un commissario *ad acta* (anche con la sentenza con cui definisce il giudizio) per l'esecuzione dell'obbligo di provvedere nel rito del silenzio (art. 117 c.p.a., comma 3), non sembrano infatti incompatibili con meccanismi di coazione indiretta propri del modello delle *astreintes* che potrebbero intervenire, se richiesti dalla parte, a rafforzare la forza esecutiva dell'intervento del giudice. *Ibidem*.

¹⁸⁹ Si potrebbe osservare, in contrario, che il legislatore non si è limitato a prevedere le speciali condizioni di esercizio dell'azione di condanna, ma ha disciplinato il caso della provvisoria esecuzione *ex abrupto* del decreto ingiuntivo (art. 642 c.p.c.) e che in quegli stessi limiti il giudice potrebbe assortire la pronuncia di condanna con un'*astreinte*. A ciò può obiettarsi che la pronuncia di un'*astreinte* - che si risolve, *quoad effectum*, in un capo autonomo di condanna - presuppone una valutazione di fatto ulteriore e specifica, che i francesi individuano nella "*résistance du débiteur de l'obligation*", vale a dire in un comportamento che non può essere presunto neppure nel quadro d'un procedimento "speciale"; B. CAPPONI, "*Astreintes nel giudizio civile italiano?*", in *Giustizia Civile*, 1999

- *Astreintes* e repressione della condotta sindacale.

Non potrà non sottolinearsi come l'unica limitazione esplicita, dell'art. 614-*bis* c.p.c., concerne le controversie di lavoro subordinato o parasubordinato, prevedendo espressamente che “*le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409*”.

Così scrivendo, il legislatore ha voluto escludere l'utilizzo del rimedio per i casi di mancata ottemperanza a tutti i diritti e obblighi che scaturiscono da un rapporto lavorativo. Un ruolo fondamentale, l'ha giocato il fattore personale dell'obbligazione, di modo che il dipendente non si trovasse costretto a pagare una somma di denaro per la mancata esecuzione di una prestazione prettamente personale.

Dal punto di vista del datore di lavoro invece, è calato un filo di incostituzionalità, specialmente in merito ai casi di reintegrazione nel posto di lavoro a seguito del licenziamento dichiarato illegittimo. In molti auspicavano ad un pratico utilizzo delle *astreintes* come metodo di sollecitazione per la reintegra¹⁹⁰, ma sul caso la Corte si è espressa in modo negativo, sottolineando semmai, come il rimedio richiesto sia previsto solo per il licenziamento illegittimo del *sindacalista*¹⁹¹ (art. 18, comma 10, Statuto dei Lavoratori): l'articolo in questione, prevede che il datore di lavoro sia tenuto al pagamento di una somma pari all'importo della

¹⁹⁰ Pur essendo vero tuttavia che per il caso in cui il licenziamento sia stato dichiarato illegittimo ed il datore di lavoro condannato alla reintegra, l'art. 18, al 4° comma, della L. 20 maggio 1970, n. 300, prevede espressamente che il giudice con la sentenza con cui ordina la reintegra, possa condannare altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata l'inefficacia o l'invalidità, stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto. M. SACCHI, “*Astreintes e penalità di mora*”, in Altalex, 19 novembre 2012

¹⁹¹ Cass, sez. lav., 18 giugno 2012, n. 9965 la quale ha condannato un'azienda al pagamento dell'*astreint* al fondo Inps e pari alla retribuzione giornaliera del sindacalista precedentemente licenziato e poi reintegrato per ordine del giudice nel posto di lavoro, ma di fatto non adibito ad alcuna prestazione lavorativa. Nella richiamata decisione la Corte di legittimità afferma che, se non si può costringere il datore di lavoro ad accettare la prestazione lavorativa, per altro verso lo stesso è tenuto ad offrire al lavoratore le condizioni idonee allo svolgimento delle sue mansioni, ed in caso contrario, scatta comunque l'*astreint* pari alla retribuzione giornaliera al fondo Inps.

retribuzione mensile, presso il fondo pensionistico INPS, per ogni giorno di ritardo nella reintegra;

- *Astreintes* in materia di famiglia (art. 709-ter, comma 2, n. 4 c.p.c.

In tema di doveri familiari, l'art. 709-ter c.p.c., rimette categoricamente la facoltà al giudice di applicare – oltre all'ammonimento – anche una sanzione pecuniaria (richiamando indirettamente l'istituto francese delle *astreintes*). Il giudice, valutato il caso, sanziona il genitore inadempiente degli obblighi su di lui gravanti, per smuoverlo da una posizione inerte e riallinearlo ai propri doveri costituzionali. Secondo taluni giudici¹⁹², l'applicazione di un *astreinte* in tema familiare sarebbe inconcepibile data la costrizione che quest'ultima eserciterebbe sull'uomo libero, sebbene gravato da doveri morali o di espressi adempimenti di obblighi previsti dalla legge. Il legislatore del 2006 invece, (L. 8 febbraio 2006, n. 54), esecutore del citato articolo, aveva chiaramente accolto un diverso indirizzo di pensiero, sostenendo che le misure coercitive trovano la loro ragione d'essere proprio negli adempimenti di obblighi infungibili, pertanto anche familiari, il cui inadempimento difficilmente potrebbe esser compensato da un adeguato risarcimento monetario o per equivalente.

Di facile analisi invece, l'applicazione di un *astreinte* nei casi familiari a carattere economico (ad es. mantenimento dei figli), essendo espressamente prevista.

L'art. 709-ter c.p.c., consente al giudice di applicare la misura più idonea a sanzionare l'inadempimento accertato, ammonendo il genitore una prima volta (richiamandolo al rispetto dei doveri previsti dalla legge), poi una seconda (legittimando il giudice a ristabilire le condizioni di separazione, a mutare il regime di affido, a ricorrere ai Servizi Sociali), infine a risarcire il danno nei confronti dell'altro coniuge o del minore, secondo la dicitura *ex art. 2043 c.c.* (si badi tuttavia, di come un orientamento dottrinario avesse previsto nel risarcimento una, volendo anche suggestiva, forma di *punitive*

¹⁹² Trib. Varese, 7 maggio 2010

damage, del quale però il Palazzaccio ne ha escluso la portata, sottolineando come il giudice debba “ristorare” e non “punire”).

Legittimato ad azionare la richiesta risulta essere, non il coniuge del genitore inadempiente, ma un curatore speciale, nominato ai sensi dell’art. 78, comma 2 c.p.c, in merito al conflitto d’interessi che impregna una pendenza di giudizio di separazione.

In ultima istanza, il giudice può condannare il coniuge inadempiente al pagamento di una *sanzione* in favore della Cassa delle Ammende, *ex art. 709-ter*, comma 2, n. 4 c.p.c.; lo stesso legislatore, nella dicitura, ha voluto sottolineare la natura sanzionatoria dell’istituto, assimilando quindi, anche in questo caso, tale pagamento ad un ulteriore utilizzo di *astreintes*;

- *Astreintes* in materia di marchi e brevetti industriali e per la protezione del diritto d’autore

L’ordinamento nazionale tutela il marchio d’impresa agli artt. 2572 e 2569 c.c., da prima dell’ingresso normativo di cui all’art. 614-*bis* c.p.c.: la casistica attiene alla soppressione o all’usurpazione del marchio.

In entrambi i casi, il legislatore previene l’errore in cui può incorrere il consumatore circa la provenienza del prodotto, tutelandolo con metodi risarcitori, inibitori finanche alla restituzione del prodotto, con conseguente rimozione degli effetti dannosi.

Oggi il dato normativo (D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, Codice della Proprietà Industriale) prevede espressamente che il giudice pronunci l’inibitoria alla fabbricazione, al commercio e dell’uso delle cose costituenti violazione di un diritto di proprietà industriale, il “*potere di fissare una somma dovuta per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione del provvedimento stesso*”: si intuirà autonomamente, ancora una volta, il forte richiamo che il legislatore ha accordato all’istituto francese.

A differenza dell’art. 614-*bis* c.p.c., tuttavia, la misura in analisi non concerne che la condanna al pagamento dell’*astreinte* sia dotata di efficacia esecutiva, sebbene consolidata giurisprudenza opti per tale indirizzo¹⁹³.

¹⁹³ Trib. Torino, 27 gennaio 2009

Anche in tema di brevetti, gli artt. 83, comma 2 e 86, comma 1, del R.D. 1127/1939, assumono che l'invenzione di una prestazione industriale, brevettata, qualora violata, possano indurre il giudice a condannare il contraffattore ad una *“somma dovuta per ogni violazione del diritto di proprietà industriale o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento”*.

Il legislatore inoltre, ha opportunamente custodito il principio di ultrattività delle misure adottate in sede cautelare, disponendo che i provvedimenti d'urgenza e gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, non perdono efficacia se la causa non viene iniziata.

Infine, per il diritto d'autore la normativa di riferimento è quella della L. 22 aprile 1941, n. 633, novellata dal D.lgs. 140/2006, il quale ha sostituito l'art. 156 della Legge sul Diritto d'autore inserendo, oltre alla consueta tutela risarcitoria, l'inciso secondo cui il giudice, pronunciando l'inibitoria, può sanzionare con una somma di denaro la violazione, l'inosservanza successiva ed il ritardo per l'esecuzione del provvedimento¹⁹⁴.

- *Astreintes* in materia di consumo e in tema di concorrenza sleale

In tale tematica, le norme di riferimento son senz'altro l'art. 27 Codice del Consumo (D.lgs. 2 agosto 2007, n. 146) e l'art. 140, comma 7, Codice del Consumo; il primo conferisce all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la facoltà di emanare provvedimenti d'urgenza ed inibitori alla reiterazione di pratiche commerciali scorrette, l'eliminazione dei loro effetti e una sanzione amministrativa (precedentemente penale) pecuniaria oltre che una *“pena per l'inosservanza ed il mancato rispetto degli impegni”* a carattere prettamente sanzionatorio e coercitivo; l'art. 140, comma 7 cod. cons., invece, stabilisce che *“con il provvedimento che definisce il giudizio il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032*

¹⁹⁴ T. ASCARELLI, *“Teoria della concorrenza e dei beni immateriali”*, Milano, 1960, p. 333

euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto”.

La disposizione in esame, maggiormente rilevante rispetto alla prima, costituisce una misura coercitiva a carattere generale, prevista in tema di ottemperanza alle sentenze inibitorie, precedentemente non prevista dal legislatore¹⁹⁵. Tale inibitoria consente di accordare una tutela preventiva alle associazioni di categoria iscritte nell’elenco *ex art.* 137 cod. cons., le quali possono richiedere all’autorità giudiziaria di inibire “*gli atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti*”.

Quindi, il nuovo art. 140 cod. cons., nel prevedere una pronuncia giudiziale di cessazione dell’illecito, ha sottoscritto inoltre l’applicazione di un *astreinte* che vada a rafforzare l’incisività dell’ordine impartito.

L’importo dovuto è versato allo Stato per essere destinato ad un fondo, istituito presso il Ministero dello Sviluppo, destinato a finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori (art. 140, 7° co. cod. cons.).

Anche nell’ambito di un’eventuale *class action* (azione collettiva) risarcitoria – *ex art.* 140 *bis* cod. cons. – è espressamente previsto che possa esser richiesta l’applicazione di un *astreinte*, a seguito di un preliminare vaglio d’ammissibilità da parte del giudice, volto a regolare eventuali conflitti d’interessi tra le parti in causa;

- *Astreintes* nel diritto comunitario

Con particolare riferimento alla tutela della libertà della concorrenza, il tema delle *astreintes* nel diritto europeo si presenta come articolato e variegato.

L’art. 166, Reg. CEE, n. 17, 1972, prevede che la Commissione possa applicare una serie di strumenti sanzionatori, investiti della qualifica di

¹⁹⁵ G. CHIOVENDA, “*Principii di diritto processuale civile*”, III ed., Napoli 1923, ristampa del 1965, p. 236 ss.; F. CARNELUTTI, “*Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*”, Padova, 1927, p. 241 ss.

penalità di mora, ma con effetti tipicamente sanzionatori, tipici delle *astreintes* francesi¹⁹⁶.

Il divieto per le imprese e gli Stati membri di porre in essere comportamenti contrari al principio di libertà della concorrenza, è visto dal diritto comunitario come un valore cardine dell'economia di mercato dei Trattati, insieme alla libera circolazione delle merci, persone, servizi e capitali (art. 7), presupposto fondamentale per la realizzazione degli obiettivi generali del Trattato (art. 2)¹⁹⁷.

I presupposti per l'irrogazione della mora, sono indicativi di una somma forfettaria (a titolo di "*multa*") dell'impresa che contravviene agli obblighi; questi tuttavia, non assurgono a funzione coercitiva – seppur sempre sanzionatoria – anzi, costringono l'adempimento spontaneo del destinatario, su preciso ordine impartito dalla Commissione.

Ancora su una casistica peculiare, il diritto comunitario tutela il principio di riservatezza delle corrispondenze, ma può irrogare una penalità di mora al destinatario che non fornisce le informazioni richieste alle Autorità comunitarie. Il caso è stato affrontato dalla Corte di Giustizia (18 maggio 1982, n. 155), la quale ha espressamente statuito che si possa invocare la segretezza delle comunicazioni per i rapporti personali (nel caso di specie, avvocato-colpevole), ma che le informazioni utili a provare che sussistano i requisiti necessari della suddetta tutela legale, non costituiscono elementi validi ad esser coperti da segreto, pertanto fornibili agli agenti autorizzati dalla Commissione: la stessa, potrà infliggere una penalità di mora per il ritardo nell'esecuzione del documento.

¹⁹⁶ L'art. 166, nello specifico, prevede che "la Commissione può mediante decisione, infliggere alle imprese ed associazioni di imprese penalità di mora varianti da cinquanta a mille unità di conto per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione, al fine di costringerle: a) a porre fine ad un'infrazione alle disposizioni dell'art. 85 e dell'art. 86 del Trattato conformemente ad una decisione presa in applicazione dell'art. 3 del presente regolamento; b) a porre fine ad ogni azione vietata in virtù dell'art. 8; c) a fornire in maniera completa ed esatta un'informazione richiesta mediante decisione presa ai sensi dell'art. 11; d) a sottoporsi ad un accertamento che essa ha ordinato mediante decisione presa ai sensi dell'art. 14".

¹⁹⁷ Si citino anche l'art. 85 TUE, ossia il divieto per le imprese di concludere accordi o cartelli che restringano il gioco della concorrenza nel mercato comune e negli scambi intracomunitari; e l'art. 86 TUE dove è contenuto il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante. M. SACCHI, "*Astreintes e penalità di mora*", in *Altalex*, 19 novembre 2012

Ancora, all'art. 228, par. 2, TUE, è possibile – per la Corte – irrogare una somma forfettaria ed una penalità di mora, per il ritardo nell'adempimento di una sentenza CGUE. La somma andrà versata in favore della Commissione delle Comunità Europee per l'anno a decorrere dalla pronuncia della sentenza e fino all'anno in cui sarà adempiuta¹⁹⁸.

In conclusione, come precedentemente esposto, anche nel sistema comunitario la penalità di mora manifesta il proprio carattere sanzionatorio e tendenzialmente compulsorio, costringendo il soggetto destinatario di un certo ordine giudiziale a tenere un comportamento aderente a siffatto obbligo e che esso non vorrebbe spontaneamente adempiere.

- *Astreintes* e abuso di processo (art. 96, comma 3, c.p.c.)

Il legislatore del 2009 (L. 18 giugno 2009, n. 69) ha introdotto un nuovo modello di sanzione processuale, simile nel carattere all'*astreinte*.

Il comma 3 del citato articolo¹⁹⁹, in tema di spese processuali e responsabilità aggravata in giudizio, permette al giudice di condannare ad

¹⁹⁸ La richiamata norma ha trovato applicazione in una serie di casi tra cui quello deciso dalla Corte di Giustizia Europea con decisione 25 novembre 2003 n. 278, riguardo all'inadempimento da parte del Regno di Spagna a quanto statuito dalla sentenza della Corte di Giustizia 12 febbraio 1998, causa C-92 del 1996, Commissione v. Spagna, che aveva accertato la mancata adozione dei provvedimenti necessari per garantire che la qualità delle acque di balneazione interne al territorio spagnolo fosse resa conforme ai valori limite fissati a norma dell'art. 3 della direttiva del Consiglio 8 dicembre 1975 del 1960, dalla quale è poi derivata la condanna del paese membro ad una penalità annua. Con sentenza n. 304 del 12 luglio 2005 della Corte di Giustizia, si è inoltre riconosciuta la cumulabilità delle due sanzioni configurate all'art. 228, paragrafo n. 2, III periodo CEE, in quanto pur perseguendo entrambe l'obiettivo di stimolare la corretta applicazione del diritto comunitario, tali sanzioni rispondono ad esigenze diverse. A tal proposito nella motivazione della richiamata decisione si è affermato che "*mentre la penalità di mora ha la funzione di invitare lo Stato membro a dare una corretta e rapida attuazione al diritto comunitario, la somma forfettaria si basa maggiormente sulla valutazione delle conseguenze negative della mancata esecuzione degli obblighi che derivano allo Stato membro dal diritto comunitario*".

¹⁹⁹ Art. 96 c.p.c. "*Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza.*

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.

In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata".

una somma *equitativamente determinata*, il soccombente in favore della controparte²⁰⁰.

La condanna introdotta dal legislatore, non ha un carattere risarcitorio, ma meramente sanzionatorio, come accertato da recente giurisprudenza, la quale ha inoltre aggiunto che il comma 3, introduce nell'ordinamento una forma di danno punitivo volto a scoraggiare l'abuso del processo, traducendosi in una "*sanzione d'ufficio*"²⁰¹.

Tale sanzione dunque, riveste il ruolo di una vera e propria pena privata, prescindendo sia nell'*an* che nel *quantum* dell'eventuale danno subito dalla parte vittoriosa, o da un illecito in capo alla parte condannata, senza alcun accertamento di dolo e colpa. L'entità della somma, "*equitativamente determinata*", non contiene alcune limitazioni per il giudice, priva dunque di alcun parametro di riferimento.

La dottrina ha infatti richiesto al giudice costituzionale di fornire un sommario orientamento, evitando che l'istituto possa sfiorare in una manifestazione d'abuso giudiziario eccessivo e illegittimo.

Infine, trattandosi di sanzione pubblicistica, volta a tutelare il principio costituzionale della ragionevole durata del processo, la giurisprudenza ne esclude l'applicabilità per la parte rimasta contumace²⁰².

- *Astreintes* in tema di mediazione

²⁰⁰ Tra le prime, Trib. Reggio Emilia, 18 aprile 2012, n. 712. Il caso che ha dato l'abbrivio alla pronuncia era quello del conduttore di un'immobile che aveva proposto opposizione avverso un'ingiunzione di pagamento emessa nei suoi confronti per mancato versamento dei canoni locativi, asserendo di aver eseguito dei pagamenti in contanti in favore del locatore e non contabilizzati dallo stesso, circostanza risultata in corso di causa del tutto pretestuosa e sfornita di prova. A definizione del giudizio, il Tribunale di Reggio Emilia, nel confermare il decreto ingiuntivo opposto, ha condannato la parte opponente, oltre al pagamento delle spese legali ex art. 91 c.p.c., anche al versamento sempre in favore del locatore di una somma, liquidata equitativamente in un ammontare pari alle stesse spese di lite, a titolo di responsabilità aggravata ai sensi del novellato art. 96, 3° co., c.p.c., consistita nell'aver abusato del processo promuovendo un contenzioso ingiustificato.

²⁰¹ Trib. Verona, 1° ottobre 2010; Trib. Roma, sez. XI, 11 gennaio 2010

²⁰² Trib. Reggio Emilia, 18 aprile 2012, n. 712; il giudice ha affermato che in quanto "*sanzione*", la misura in parola richiede un comportamento "attivo", vuoi proponendo il giudizio, vuoi resistendo allo stesso e, pertanto, non è applicabile a chi sia rimasto semplicemente contumace, in quanto presuppone un comportamento che deve in ogni caso essere "endoprocessuale", nel senso di essere stato posto in essere da un soggetto che ha assunto la veste di "parte" nel procedimento.

Il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, all'art. 11, comma 3, stabilisce che l'accordo raggiunto dalle parti in sede di mediazione, anche a seguito della proposta del mediatore, può comportare una sanzione pecuniaria "*per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento*".

In sintesi, nel verbale di conciliazione, concluso in sede di mediazione, le parti consensualmente possono obbligarsi al pagamento di una somma di denaro, anche se l'accordo derivi da una proposta del mediatore.

La dicitura in esame, fa leva sulla volontà del debitore, pressandola, affinché si adoperi nell'adempimento. A prima vista, l'innovazione del legislatore richiama l'art. 1382 c.c., ovvero la clausola a mezzo della quale si conviene che in caso di inadempimento o ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti sia tenuto ad una determinata prestazione pecuniaria²⁰³.

Da tale accostamento, se ne deduce il carattere *non-privato* della sanzione, e quindi non di *astreinte*, ma come metodo di compensazione all'inadempimento altrui²⁰⁴. Un diverso orientamento, invece, ha ravvisato la non necessità per il legislatore di rimarcare un elemento già previsto nell'ordinamento, affidandogli pertanto un carattere maggiormente affine all'art. 614-*bis* c.p.c., e quindi sanzionatorio e non risarcitorio²⁰⁵.

L'opinione prevalente, tenderebbe a seguire l'indirizzo del Pisani, affermando che la disposizione in esame evocherebbe chiaramente le misure coercitive dell'art. 614-*bis* c.p.c., vedendo nella nuova norma legislativa una vera e propria *astreinte*.

²⁰³ M. SACCHI, "*Astreintes e penalità di mora*", in *Altalex*, 19 novembre 2012

²⁰⁴ M. FABIANI, "*Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*", in *Soc.*, 2010, p. 1142 ss.

²⁰⁵ A. PROTO PISANI, "*Appunti sulla mediazione e conciliazione*", in *Foro it.*, 2010, p. 142 ss., ha affermato che "*le parti possono prevedere nell'accordo il pagamento di somme di denaro per ogni ritardo o inosservanza degli obblighi stabiliti (art. 11, 3° co.): in tal caso le somme avranno molto probabilmente carattere sanzionatorio e non risarcitorio ex art. 1382 ss. c.c.*"

Capitolo III

1. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15: si chiude il cerchio

Al volgere di una sommaria analisi di stampo gnoseologico, circa le potenzialità esecutive ricoperte dall'*astreinte* nel panorama giuridico nazionale, è doveroso affrontare ora, l'innovazione applicativa dell'istituto, alla luce di alcune note pronunce giurisprudenziali.

In ossequio ad una maggiore accuratezza, si procederà – talvolta – con un riporto parziale del *dictum* giuridico, analizzando il testo di concerto con le motivazioni del Consiglio.

Nei fatti, dunque, il 25 giugno 2014 (n. 15) il Consiglio di Stato si è espresso sull'appello proposto dal Ministero della Giustizia “*nella parte in cui è stata disposta la condanna dell'Amministrazione al pagamento di somme di denaro a titolo di penalità di mora ex art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, in ragione della mancata esecuzione dei decreti della Corte di Appello di Roma di condanna alla corresponsione di un indennizzo a titolo di equa riparazione per eccessiva durata del processo di cui alla L. 24 marzo 2001 n. 89 (cd. Legge Pinto)*”²⁰⁶.

È sottoposta al vaglio dell'Adunanza Plenaria la *quaestio iuris* relativa all'ammissibilità della comminatoria delle penalità di mora, di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, nel caso in cui il ricorso per ottemperanza venga proposto in ragione della non esecuzione di una sentenza che abbia imposto alla pubblica amministrazione il pagamento di una somma di denaro.

Tale pronuncia – fortemente innovativa –, ha permesso all'Adunanza Plenaria di chiudere un vizioso circolo interpretativo (che non trovava quiete), circa l'applicabilità dell'*astreintes* in merito ad una decisione da ottemperare concernente una prestazione a carattere pecuniario.

²⁰⁶ I gravami in esame sono affidati alla deduzione della violazione dell'art. 114, comma 4, cod. proc. amm., dell'art. 6 par. i) della CEDU, dell'art. 117 della Costituzione, degli artt. 2 e 3, comma 7, della legge n. 89 del 2001. Cons. St., Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15

Il giudice di Palazzo Spada, inizia la propria disamina affrontando il carattere etimologico dell'art. 114, comma 4, lett. e), ponendo l'accento sul carattere dell'iniquità della penalità di mora, il carattere sanzionatorio e l'utilizzo che dell'istituto se ne fa nei paesi limitrofi²⁰⁷.

Senza troppo annoiare i presupposti normativi dell'*astreinte*, ampiamente approfonditi in precedenza²⁰⁸, si rammentino i dilemmi dottrinari che attanagliavano l'applicabilità dell'istituto circa un suo utilizzo, in sede d'ottemperanza, in merito ad una pronuncia pecuniaria, la natura giuridica di un'*astreinte* e alla compatibilità – non *iniqua* – di un ulteriore penalità di mora con una condanna al pagamento di denaro²⁰⁹.

La decisione della *quaestio iuris* dell'Adunanza Plenaria, affonda le sue radici da alcuni ricorsi esperiti in virtù della mancata esecuzione di decreti di condanna alla corresponsione di indennizzi a titolo di equa riparazione per l'eccessiva durata del processo (L. 24 marzo 2001, n. 89, cd. "Legge Pinto").

²⁰⁷ "Nell'adeguamento dell'ordinamento nazionale al panorama degli ordinamenti più evoluti in *subiecta materia* il legislatore ha seguito il modello francese delle cc. dd. "*astreintes*", costituenti misure coercitive indirette a carattere esclusivamente patrimoniale, che mirano ad incentivare l'adeguamento del debitore ad ogni sentenza di condanna, attraverso la previsione di una sanzione pecuniaria che la parte inadempiente dovrà versare a favore del creditore vittorioso in giudizio.

Il carattere essenzialmente sanzionatorio della misura, prevista dall'ordinamento francese con riferimento ad ogni tipo di sentenza di condanna, è dimostrato dal tenore della legge 5 luglio 1972, ove, all'art. 6, si prevede specificamente che l'*astreinte* è "*indépendante des dommages-intérêts*". La natura giuridica della misura coercitiva indiretta francese, dunque, non è ispirata alla logica riparatoria che permea la teoria generale della responsabilità civile, dovendosi configurare la sua comminatoria alla stregua di una pena privata o, più precisamente, di una sanzione civile indiretta. Trattasi, quindi, di una pena, e non di un risarcimento, che vuole sanzionare la disobbedienza all'ordine del giudice, a prescindere dalla sussistenza e dalla dimostrazione di un danno. È altresì pacifica, nella stessa prospettiva, la cumulabilità della penalità con il danno cagionato dall'inosservanza del precetto giudiziale, al pari della non defalcabilità dell'ammontare della sanzione dall'importo dovuto a titolo di riparazione. (...)

Norme simili, pur se con modulazioni diverse, sono presenti anche negli ordinamenti tedesco (c.d. *Zwangsgeld*) e inglese (c.d. *Contempt of Court*).

Le *Zwangsgeld*, in particolare, possono assistere esclusivamente provvedimenti di condanna a obblighi di fare infungibili o di non fare (come negli ordinamenti rumeno, greco e sloveno) e consistono in una condanna al pagamento di una somma di denaro (*Zwangsgeld/Ordnungsgeld*) in favore dello Stato, con la possibilità di conversione in arresto (*Zwangsgeld/Ordnungshaft*) nel caso in cui il debitore non disponga di un patrimonio capiente.

Il *Contempt of Court*, invece, può, come avviene per le *astreintes* francesi, essere pronunciato a fronte della violazione di ogni provvedimento dell'autorità giudiziaria, a prescindere dal suo contenuto, e consiste in una sanzione pecuniaria da versarsi allo Stato (in alternativa al sequestro di beni) o in una sanzione detentiva (*arrest for the contempt of the court*), con facoltà di scelta discrezionale per il giudice tra la misura patrimoniale e quella limitativa della libertà personale".

Così, Cons. St., Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15

²⁰⁸ E di cui l'Adunanza Plenaria ne richiama fedelmente i punti salienti.

²⁰⁹ V. cap. II, par. 3-4-6-7-10

A seguito dell'inadempimento dello Stato, pressato da taluni decreti emessi in Corte d'Appello, i creditori in questione avevano optato per un'ottemperanza al TAR del Lazio, richiedendo che fosse condannata l'Amministrazione al pagamento di somme di denaro a titolo di penalità di mora *ex art. 114, comma 4, lett. e)*.

Nel principio di diritto enunciato, il Consiglio di Stato ha fatto leva sulla natura giuridica²¹⁰ della penalità di mora per giungere alla *ratio* motivazionale, appellando quest'ultima talvolta come "*pena privata*" o talvolta "*sanzione civile indiretta*" volta a "*vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice*", lasciando al lettore l'onere interpretativo.

Si noti inoltre, come una sintetica ma efficace distinzione tra gli istituti (di radice simile all'*astreinte*), è ravvisabile in una decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana del 2013, piuttosto che nella citata decisione dell'adunanza plenaria²¹¹.

Ed infine, i giudici superiori, richiamando inoltre una precedente pronuncia del Consiglio di Stato²¹², sottolineano l'importanza del principio di effettività come fattore cardine dell'istituto.

Ad ogni modo, il giudice di Palazzo Spada affronta la celeberrima distinzione tra gli istituti di cui agli artt. 114, comma 4, lett. e) e 614-bis c.p.c.: come noto, nel brocardo civilista è necessario (per condannare al pagamento di una somma di denaro, per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo

²¹⁰ L'Adunanza Plenaria ha chiarito che, pur nella innegabile specificità, le penalità di mora assolvono ad una funzione coercitivo-sanzionatoria e non, o quanto meno non principalmente, ad una funzione riparatoria, come è dimostrato, tra l'altro, dalle caratteristiche dei modelli di diritto comparato e dalla circostanza che nell'articolo 614-bis c.p.c. la misura del danno è solo uno di parametri di quantificazione dell'importo della sanzione. Commento Altalex, "*Ottemperanza: astreintes applicabili in caso di prestazioni di natura pecuniaria. Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 25/06/2014 n° 15*", in Banca Dati, GiustAmm.it

²¹¹ "*Occorre distinguere a) 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 (Cass., SU, 11 novembre 2008, n. 26972); b) 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; c) Le sanzioni civili indirette, che sono misure afflittive di carattere patrimoniale previste dalla legge ed applicate dall'autorità giudiziaria; d) 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*". C. G. A. 22 gennaio 2013, n. 26

²¹² Cons. St., 20 dicembre 2011, n. 6688

nell'esecuzione del provvedimento) trovarsi di fronte ad una prestazione di fare infungibile o non fare.

Ricostruendo l'iter logico del Consiglio:

- Mentre l'art. 614-*bis* c.p.c. è adottato con sentenza di cognizione che definisce il giudizio di merito, la penalità di mora (l'*astreinte* richiesta, nel caso di specie) è irrogabile in sede d'ottemperanza con sentenza che accerta l'inadempimento già avvenuto;
- L'esecuzione dell'*astreinte* civilista è differita rispetto a quella amministrativa, in quanto subordinata all'eventuale inadempimento del *dictum* giudiziario e del termine contestualmente fissato; in sede d'ottemperanza, invece, si è già accertato l'inadempimento del debitore, pertanto l'*astreinte* può essere di immediata esecuzione;
- Il codice del processo amministrativo, a differenza dell'omonimo civilista, aggiorna il contenuto limitativo di ulteriori "*ragioni ostative*", oltre al comun carattere della manifesta iniquità;
- Le *astreintes* di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), non sono vincolate nel loro campo applicativo ad un obbligo infungibile di fare o non fare, come precedentemente analizzato; ragion per cui viene discrezionalmente esteso il raggio d'utilizzo dell'istituto in ambito amministrativo; l'Adunanza Plenaria ne deduce che la scelta attuata dal legislatore dell'art. 614-*bis* c.p.c., "*non deriva da un limite concettuale insito nella ratio o nella struttura ontologica dell'istituto, ma è il frutto di un'opzione discrezionale del legislatore*"²¹³;

²¹³In quest'ottica, il l'Adunanza aggiunge: *Deporrebbero a favore di tale opzione ermeneutica (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 462) le seguenti argomentazioni:*

a) *il tenore letterale della disposizione, che, a differenza dell'art. 614-bis cod. proc. civ., non pone "alcuna distinzione per tipologie di condanne rispetto al potere del giudice di disporre, su istanza di parte, la condanna dell'amministrazione inadempiente al pagamento della penalità di mora"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 462), con una scelta che "*appare coerente con il rilievo che il rimedio dell'ottemperanza, grazie al potere sostitutivo esercitabile, nell'alveo di una giurisdizione di merito, dal giudice in via diretta o mediante la nomina di un commissario ad acta, non conosce, in linea di principio, l'ostacolo della non surrogabilità degli atti necessari al fine di assicurare l'esecuzione in re del precetto giudiziario*" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688);

b) *la peculiare natura giuridica della penalità di mora ex art. 114, comma 4, lettera e), cod. proc. amm., che, in virtù della sua diretta derivazione dal modello francese delle cc. dd. "astreintes", "assolve ad una finalità sanzionatoria e non risarcitoria in quanto non mira a riparare il*

Venendo poi allo snodo centrale della sentenza²¹⁴, l'Adunanza Plenaria, nell'affermare il principio di diritto, ha sostenuto la corrente maggioritaria della dottrina, con delle rivoluzionarie riflessioni logiche.

Riprendendo una comparazione legislativa – già nota – col modello francese, Palazzo Spada ha connotato l'*astreinte* italiana nel panorama sanzionatorio, orientato a costituire una pena per la disobbedienza alla statuizione giudiziaria, piuttosto che una forma risarcitoria al pregiudizio (ritardo nell'adempimento) subito. A ciò, ha logicamente accodato il principio limitativo di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. in tema di obblighi di fare infungibili o non fare e, con ciò, ha dedotto lo straripante raggio d'azione dell'*astreinte* ex art. 114 c.p.a., svincolandolo dai dogmi processualcivilistici, rimarcando non la svista legislativa bensì la diversa architettura delle tecniche di esecuzione tra i due rimedi: nel processo civile, stante la distinzione tra sentenze eseguibili in forma specifica e pronunce non attuabili *in re*, la previsione della penalità di mora per le sole pronunce non eseguibili in modo forzato, mira a introdurre una tecnica di coercizione indiretta che colma l'assenza di una forma di esecuzione diretta. Nel processo amministrativo invece, tale innovazione trova la propria *ratio* proprio nel periodo processuale per la quale è nata, ossia il giudizio di ottemperanza: in tal sede, infatti, tutte le prestazioni sono surrogabili, senza distinzioni a seconda della natura delle condotte imposte.

In auge poi, il piano costituzionalmente rilevante sul quale l'Adunanza Plenaria si è maggiormente soffermata. Quest'ultima infatti ha elaborato un'analisi teorica che pone alla base del provvedimento, non già le tecniche di tutela esperibili bensì i soggetti di diritto, parti in causa.

Muovendo da una concezione critica della dottrina²¹⁵, la pronuncia del Consiglio ha posto l'accento sull'eventualità che un creditore pecuniario della Pubblica

pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza ma vuole sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688), integrando un strumento "di pressione nei confronti della p.a., inteso ad assicurare il pieno e completo rispetto degli obblighi conformativi discendenti dal decisum giudiziale" (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 462); Cons. St., Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15

²¹⁴ L'applicabilità delle *astreintes* alle condanne pecuniarie.

²¹⁵ Il DI MAJO, come citato precedentemente, è illuminante nello smontare la tesi che vede nella "doppia sanzione" un ingiustificato arricchimento. A. DI MAJO, "La responsabilità civile nella

Amministrazione, possa tranquillamente utilizzare due diversi meccanismi di esecuzione (purché l'*astreinte* sia richiesta), senza incappare nell'ingiustificato arricchimento (*ex art. 2041 c.c.*), contestato dal Ministero della Giustizia nel caso di specie²¹⁶; qui infatti, il soggetto discriminato (la PA), non subirebbe un pregiudizio economico molteplice anzi, l'Adunanza Plenaria ha riscontrato una piena armonia legislativa tra la richiesta di un'*astreinte* e l'ottemperanza pecuniaria, in linea col dettato *ex artt. 24 Cost e 1 c.p.a.* (oltre ai più comuni canoni europei), stante la natura sanzionatoria di una e giuridica-riparatoria dell'altra²¹⁷.

Non potrà essere invocata inoltre, la disparità di trattamento che tormenta il debitore pubblico da quello privato. Il soggetto pubblico, a ragion di ulteriore gravità, è costituzionalmente obbligato a sottostare a canoni di imparzialità, buona amministrazione e legalità (in) generale, principi che, se lesi, rendono l'inosservanza statale maggiormente sanzionabile, tale da giustificare la previsione di tecniche di esecuzione più penetranti, tra le quali si annovera appunto il meccanismo delle penalità di mora.

Infine, l'Adunanza Plenaria richiama ancora una volta il criterio equitativo, in virtù del quale le *astreintes* si presentano al debitore come una pena e non una forma di risarcimento, precisando che la funzione deterrente general-preventiva delle penalità di mora “*verrebbe frustrata dalla mancata erogazione della tutela ove vi sia già stato o possa essere assicurato un integrale risarcimento*”, ragion per cui il

prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente”, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Sirena, p. 17 ss.

²¹⁶ In questo modo il Consiglio: “*la peculiare natura giuridica della penalità di mora ex art. 114, comma 4, lettera e), cod. proc. amm., che, in virtù della sua diretta derivazione dal modello francese delle cc. dd. “astreintes”, “assolve ad una 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” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688), integrando un strumento “di pressione nei confronti della p.a., inteso ad assicurare il pieno e completo rispetto degli obblighi conformativi discendenti dal decisum giudiziale” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 462); (...)*

L’Adunanza Plenaria ritiene di aderire all’orientamento prevalente che ammette l’operatività dell’istituto per tutte le decisioni di condanna adottate dal Giudice Amministrativo ex art. 112 c.p.a., ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni pecuniarie”. Cons. St., Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15

²¹⁷ Per un richiamo sulla natura giuridica di un'*astreintes*, delle criticità della dottrina e della cd. “*tesi risarcitoria*”, si rimanda a pag. 55

giudice riconosce il carattere accessorio (volendo anche principale) dell'*astreinte* rispetto alla pena principale (risarcitoria), ma non per questo inammissibile²¹⁸.

Il Consiglio di Stato, in sede plenaria (25 giugno 2014, n. 15), ha quindi affermato il seguente punto di diritto:

“Nell’ambito del giudizio di ottemperanza la comminatoria delle penalità di mora di cui all’art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, è ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui al precedente art. 113, ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria”.

La statuizione rappresenta senza dubbio una svolta fondamentale per la tutela dei creditori, dato che nel diritto amministrativo le *astreintes* tendono a garantire l’effettività delle decisioni giurisdizionali, in linea con i principi fondamentali della CEDU. E, poiché la sentenza è stata emessa con riferimento ad un caso di indennizzo per eccessiva durata del processo, ne deriva un monito esemplare per tutti gli operatori del diritto.

²¹⁸ G. PASSERELLI DI NAPOLI, “L’ottemperanza per l’attuazione delle sentenze di condanna della P.A. al pagamento di somme di denaro, note a margine della sentenza TAR Campania, Salerno, sez. I, 25 marzo 2014, n. 622” in Banca Dati, GiustAmm.it

2. Modifica della pena pecuniaria in sede di chiarimenti

L'innovazione dell'Adunanza Plenaria in tema di obbligazioni pecuniarie, ha spostato l'occhio del creditore verso un'espansiva richiesta delle *astreintes* in sede processuale. Alla sinteticità del legislatore pertanto, ha dovuto provvedere (e sta provvedendo) il giudice amministrativo, con pronunce che a ben vedere non potremmo più definire innovative (stante il carattere ormai consueto di un'*astreinte* in un processo civile e/o amministrativo), bensì strutturali e interpretative, di un istituto che a detta di molti è stato preso in prestito da un ordinamento e mai adattato al nostro²¹⁹.

Il giudice più recente²²⁰ è intervenuto da ultimo su un tema niente affatto scontato, per il qual punto di diritto si è chiamata in causa – ancora una volta – l'Adunanza Plenaria: la modificabilità della somma di un'*astreinte* in sede di ottemperanza per chiarimenti.

La casistica in questione pone l'attenzione sul tema della riqualificazione della somma di un'*astreinte* in sede di chiarimenti. La *ratio* innovativa della sentenza però, è da ricercare nel principio di effettività della penalità di mora, la quale se fosse modificabile ne perderebbe i connotati giuridici.

Il giudice amministrativo, tuttavia, ha ritenuto opportuno mantenere un presidio di garanzia e controllo idoneo a scongiurare il rischio che il creditore possa ottenere un ingiustificato arricchimento, a causa di eventi sopravvenuti che impediscano al debitore di adempiere tempestivamente.

L'*astreinte* infatti, non può diventare uno strumento elusivo dei canoni costituzionali o uno smisurato pregiudizio mascherato da legalità; deve esserne ammessa una rivalutazione del *quantum*, di cui la sede più opportuna, in ambito amministrativo, è la cd. ottemperanza per chiarimenti (*ex art. 112 c.p.a., comma 5*). A tal proposito, è indubbio che, a determinate circostanze, una rivalutazione dell'*astreinte* dev'esser possibile anche in assenza di sopravvenienze, come nel caso di specie²²¹.

²¹⁹ B. CAPPONI, “Ancora su *astreinte* e condanna civile”, in www.judicium.it

²²⁰ Cons. St., Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7

²²¹ La vicenda contenziosa che giunge dinanzi all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sorge a seguito dell'indizione, nel 2005, di una procedura, indetta dal Comune Gamma, diretta all'individuazione del concessionario che avrebbe dovuto espletare le attività di ristrutturazione,

Per tali ragioni, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto opportuno pronunciarsi sulla *quaestio facti*, innovando l'istituto ulteriormente.

- Il primo punto analizzato da Palazzo Spada ha per oggetto la natura giuridica di una penalità di mora, sulla quale si richiamano i numerosi spunti offerti in questo scritto;
- Il secondo centro d'argomenti dell'Adunanza, si è racchiuso sulla possibilità di modificare, a causa di eventuali sopravvenienze, la misura delle *astreintes* in sede di chiarimenti, nonostante l'intangibilità del giudicato da ottemperare.

ripristino e gestione di un impianto sportivo. All'esito della procedura, l'amministrazione individuava nella società A l'operatore aggiudicatario. Tuttavia, a seguito dell'accoglimento del ricorso giurisdizionale proposto dalla seconda classificata, società B, il giudice di prime cure imponeva la ripetizione della gara. Investito dell'appello depositato dall'amministrazione avverso la sentenza del TAR, il Consiglio di Stato disponeva che l'ente aggiudicatore avrebbe dovuto rinnovare la fase di valutazione delle offerte, escludendo, al contempo, dalla procedura la società A. La società B, constatato l'inadempimento dell'amministrazione, adiva nuovamente il Consiglio di Stato in sede di ottemperanza, al fine di ottenere la nomina di un commissario *ad acta*. Tuttavia, poco prima dell'insediamento di quest'ultimo, il Comune R disponeva l'aggiudicazione della procedura in favore di B. Il provvedimento di aggiudicazione non veniva eseguito, ma anzi, veniva revocato dall'amministrazione, costringendo la società B a rivolgersi nuovamente al Consiglio di Stato, al fine di far constatare il contrasto tra il giudicato e l'azione dell'ente aggiudicatore. Il Consiglio di Stato con sentenza resa nel dicembre 2011, oltre a dichiarare la nullità della revoca dell'aggiudicazione per violazione del giudicato, quantificava la misura della penalità di mora, ai sensi dell'art. 114 lett. e) c.p.a., stabilendo altresì che tale importo sarebbe aumentato con il protrarsi dell'inottemperanza in maniera progressiva e periodica, senza fissare un tetto massimo all'incremento della somma dovuta a titolo di *astreinte*. Dopo aver riscontrato alcune difficoltà nella materiale attuazione del *dictum* giudiziale, l'amministrazione proponeva una richiesta di chiarimenti al giudice dell'ottemperanza, domandando altresì la revisione delle somme dovute alla società B, a causa della non imputabilità del ritardo nell'esecuzione della sentenza. Il Consiglio di Stato, con ordinanza del maggio 2017, oltre a ritenere inammissibile una riforma delle somme quantificate a titolo di penalità di mora, individuava l'arco temporale nel quale il Comune avrebbe dovuto ritenersi inadempiente, nonché l'importo minimo della complessiva somma dovuta alla società Beta (pari ad euro 675.000, ovvero all'importo offerto in via transattiva dall'amministrazione). Successivamente, ritenendo che la somma liquidata in proprio favore non rispettasse i criteri di calcolo individuati nella sentenza da eseguire, la società B proponeva un nuovo ricorso in ottemperanza per chiedere la nomina di un commissario *ad acta* al fine di provvedere alla esatta liquidazione delle somme dovute a titolo di penalità. Il commissario, dopo l'insediamento, rivolgeva al giudice dell'ottemperanza una istanza di chiarimenti in merito alle modalità di assolvimento dei propri compiti, poiché l'applicazione matematica dei criteri fissati dal giudice, avrebbe condotto alla liquidazione della penalità di mora nella esorbitante misura di circa 7,5 miliardi di euro. Il Consiglio di Stato con ordinanza adottata ai sensi dell'art. 99 c.p.a. rimetteva, dunque, la questione all'Adunanza Plenaria, rivolgendo i seguenti quesiti: “*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; se e in che misura la modifica di detta statuizione possa incidere sui crediti a titolo di penalità già maturati dalla parte beneficiata*”. F. DEODATO, “*Le astreintes e i margini per la loro modificabilità nell'ambito della cd. “ottemperanza per chiarimenti”*”, in Nota a Adunanza Plenaria, sentenza 9 maggio 2019, n.7, p. 2 ss.

In tal sede, il giudice superiore si è interrogato sulla liceità di una quantificazione predeterminata di una somma alla luce di un possibile evento sopravvenuto, e di come tale connessione mal si conciliasse con l'immutabilità della natura giuridica di una sentenza d'ottemperanza²²².

Il giudice amministrativo, ha richiamato come precedente l'analisi svolta dall'Adunanza Plenaria nel 2013 (n.2), nella quale Palazzo Spada ha riconosciuto il carattere atipico e peculiare del giudizio di ottemperanza, all'interno del quale possono esser avanzate numerose tipologie di azioni: alcune riconducibili alla precedente statuizione giudiziale (mera esecuzione); altre, riconducibili invece, nell'ambito dell'attuazione del *dictum*, in sintesi a vantaggio di un suo regolare sviluppo; altre ancora, a carattere prettamente cognitorio, idonee a catalogare il giudice dell'ottemperanza, come l'unico soggetto in grado di risolvere l'obbligazione o l'antinomia che in tale sede possa – eventualmente – sorgere.

Di qui la levigazione del principio di intangibilità del giudicato, il quale può, talvolta, sopperire ad un più vasto principio d'effettività della tutela, qualora la necessità (o una sopravvenienza) lo dovesse richiedere. Il giudice non si sofferma sul valore dogmatico della sentenza da attuare, bensì ne sgretola il valore nominale, insieme ai propri caratteri accessori, ragion per cui – questi – non possono essere oggetto di una imm modificabile cristallizzazione dovuta alla formazione del giudicato.

²²² “*Nell'ordinamento processual-civilistico la competenza funzionale a pronunciare l'astreinte non appartiene al giudice dell'esecuzione, bensì al giudice della cognizione (da questo punto di vista è forse infelice la collocazione dello strumento nell'ambito del processo di esecuzione), 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 "consacrati" in un titolo esecutivo, la cui esistenza costituisce vera e propria condizione dell'azione esecutiva.*

In quello processual-amministrativistico 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. Ai sensi dell'art. 114 lett. e) c.p.a. dedicato all'azione di ottemperanza, “Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso (ndr per ottemperanza) salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo”. Cons. St., Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7

I rimedi surrogatori, quali ad esempio la nomina di un commissario *ad acta*, o compulsori, come le *astreintes*, sono finalizzati a rafforzare la tutela processuale della parte vittoriosa all'esito del giudizio di cognizione, in virtù del principio di effettività della tutela²²³.

Ed è proprio tale principio²²⁴ a fungere da tramite tra il giudicato di cognizione e la casuale evoluzione dei fatti, dovuta in parte anche alle statuizioni accessorie rese in sede d'ottemperanza: quest'ultime infatti, in ragione del loro valore dinamico devono necessariamente – secondo l'Adunanza – essere svincolate dalla cristallizzazione del giudicato di cognizione, poiché in caso contrario, risulterebbe assai arduo per il giudice monitorare la fase esecutiva del giudizio.

Tali conclusioni portano le sopravvenienze²²⁵ ad assumere un ruolo decisivo nell'ottica di un sostanziale raggiungimento dell'obiettivo fissato dal giudice nella decisione da ottemperare. La penalità di mora verrebbe così snaturata della sua duplice natura di stimolo e sanzione, ove il debitore dimostrasse la propria estraneità all'evento sopravvenuto non voluto, per il quale si è reso impossibile l'adempimento. Si pensi inoltre, come caso non

²²³ F. DEODATO, *“Le astreintes e i margini per la loro modificabilità nell'ambito della cd. “ottemperanza per chiarimenti”*, in Nota a Adunanza Plenaria, sentenza 9 maggio 2019, n.7, p. 2 ss.

²²⁴ *“L'effettività della tutela è principio che rende inutilizzabile il concetto di “giudicato” nei confronti delle statuizioni strumentali alla materiale esecuzione. Non perché esse costituiscano misure “amministrative”, come sostenuto in alcuni passaggi argomentativi dal rimettente, ma piuttosto a cagione 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”*. Cons. St., Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7

²²⁵ *“Corollario di tale affermazione è la rilevanza delle sopravvenienze. Ritiene questa Adunanza Plenaria che tutte le volte in cui le misure strumentali - siano esse surrogatorie, ovvero 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 predetto nesso di strumentalità. È il caso, ad esempio, della temporanea o definitiva inesigibilità della prestazione secondo l'ordinaria diligenza. Ove l'amministrazione deduca che l'adempimento è divenuto temporaneamente o definitivamente impossibile per causa ad essa non imputabile, la funzione di stimolo e quella sanzionatoria, proprie dell'astreinte, non avrebbe più ragion d'essere, e ove non elisa o adeguata, si trasformerebbe in uno strumento di coattivo trasferimento di ricchezza privo di ogni valida causa, che vieppiù si aggiungerebbe al danno da inesecuzione del giudicato, comunque risarcibile a prescindere dal requisito soggettivo della colpevolezza (Cons. St., A.P., sentenza 12 maggio 2017, n. 2)”*. *Ibidem*.

infrequente, all'insediamento di un commissario *ad acta* nella surrogazione dell'operato: proprio qui, (per le ragioni già citate²²⁶) verso l'amministrazione inadempiente, dovrebbe essere interrotta la causa giustificativa di un'*astreintes*, in quanto la medesima non è più in grado di determinare autonomamente il proprio operato.

Per questa e altre casistiche, la penalità di mora – stante dunque l'impossibilità dell'amministrazione di non poter adempiere per cause ad essa non imputabili – avrebbe come unica conseguenza quella di arrecare un ingiusto arricchimento al creditore, senza alcuna valida motivazione, trasformandosi dunque in uno “*strumento di coattivo trasferimento di ricchezza privo di ogni valida causa*”.

Si noti quindi come l'Adunanza Plenaria abbia riconosciuto nella “richiesta di chiarimenti” la sede idonea (e necessaria) per la tangibilità del giudicato in considerazione di eventuali sopravvenienze sorte durante la fase attuativa del giudicato. Strumenti e sedi senza i quali, il giudice non potrebbe ossequiare il noto principio dell'effettività del giudicato.

- Il terzo ed ultimo punto sottoposto al vaglio dell'Adunanza concerne poi il carattere retroattivo della modifica di un'*astreinte*.

Tale ipotesi è stata avanzata nell'ordinanza di rimessione, per consentire una riforma, con effetti retroattivi del *dictum*, in merito all'esatta quantificazione della somma. L'Adunanza ha riconosciuto un carattere di ferrea stabilità della somma, non facilmente modificabile dal giudice dell'ottemperanza, in ragione di un principio ormai noto.

Tale premessa, tuttavia, non rende l'*astreinte* immutabile nella quantificazione²²⁷. La ragione? Da ricercare, ancora una volta, nella natura

²²⁶ Ossia dell'impossibilità per l'amministrazione di poter operare, in virtù della sostituzione giurisdizionale effettuata dal giudice dell'ottemperanza. V. pag. 61

²²⁷ “*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. A ben vedere è quanto già stato fatto dalla Sezione V a mezzo dell'ordinanza del 16 Maggio 2017 n. 2324, in cui la stessa ha circoscritto la parentesi temporale entro la quale il ritardo nell'adempimento poteva considerarsi imputabile all'amministrazione*”. Cons. St., Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7

dell'istituto, secondo la quale il duplice momento stimolo-sanzione, sebbene fortemente interconnesso, rimarrebbe comunque distinto e distinguibile: Palazzo Spada, sottolinea infatti, come il momento sanzionatorio non possa concretarsi se prima non si realizzi suo presupposto imprescindibile, ossia l'inadempimento imputabile al debitore.

Per tale motivo, sempre il giudice superiore, ha accordato all'evento significativo non previsto (sopravvenienza) un forte potere d'incisione sulla modificabilità – oltre che della pena, anche – della quantificazione della somma. Tale sanzione, infatti, a differenza della (ipotizzabile) minaccia, necessita di uno strumento valido a allontanare il rischio di un ingiustificato trasferimento di ricchezza (o manifestamente iniquo, come nell'aumento spropositato di denaro, della casistica in questione), in totale contrasto col celeberrimo principio di effettività della tutela.

Laddove dunque, la rivalutazione delle circostanze di fatto, scaturite dalla sopravvenienza, si renda necessaria ai fini di una riduzione della sanzione, ciò non potrà essere impedito dall'esistenza di un titolo esecutivo, il cui carattere precario non viene scalfito dalla sua efficacia.

Infine, sebbene non connessa alla fattispecie in concreto, l'Adunanza Plenaria ha posto il suo nomofilattico occhio anche sulla possibilità di modificare un'*astreinte* in assenza di sopravvenienze²²⁸. In altre parole, il giudice superiore si è posto

²²⁸ “La questione che viene sottoposta a questa Adunanza è però del tutto peculiare e disvela come, anche a prescindere dal ricorrere di sopravvenienze, in alcuni specifici e ben circoscritti casi in cui è del tutto mancata la valutazione di non manifesta iniquità e, a monte, la fissazione di un tetto massimo cui riferire la valutazione suddetta, sia assolutamente necessario un presidio di garanzia e controllo del giudice dell'ottemperanza, utile ad evitare che l'evoluzione del meccanismo di calcolo provochi uno snaturamento dell'*astreinte*, privandola di ogni collegamento con i parametri oggettivi di cui agli art. 614 bis e 114 cpa e di fatto trasformandola in un trasferimento coattivo di ricchezza *sine causa*. (...).

Nel giudizio amministrativo l'esigenza del tetto massimo e della sua ponderata valutazione è ancora più avvertita in quanto il ricorrente insoddisfatto ha comunque sempre a disposizione l'alternativa del commissario *ad acta*, ossia un rimedio surrogatorio, potenzialmente idoneo a conferirgli, in forza di un potere di sostituzione dell'amministrazione inadempiente, lo specifico bene della vita cui egli effettivamente aspira. L'immanenza dell'alternativa surrogatoria non può che rendere peculiare il governo giudiziale della misura compulsoria, ed imporre una somministrazione che dal punto di vista quantitativo sia funzionale a stimolare l'amministrazione senza al contempo provocare lo spostamento dell'interesse del ricorrente verso l'utilità succedanea della (sovra)compensazione economica.

l'interrogativo, circa l'eventualità di poter effettuare un controllo sulla quantificazione delle somme, anche laddove la situazione di fatto non sia mutata dal giorno dell'adozione della sentenza ottemperanda.

Richiamando in auge il principio causalistico, il Consiglio ha sottolineato come l'ordinamento non possa consentire un trasferimento di ricchezza senza giusta causa, pertanto se l'*astreinte* dovesse perdere ogni legame con i parametri oggettivi fissati dall'art. 114 c.p.a., ci si ritroverebbe nella casistica un arricchimento senza causa verso il creditore.

Si noti anche qui, come il giudice di Palazzo Spada sia pastor del gregge nel richiamare, ancora una volta, la natura della penalità di mora, legando la propria concezione alla finalità compulsoria che questa incarna: quest'ultima deve infatti corrispondere a criteri di legalità (come voluto anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo) e cioè esser sempre prefissata o predeterminabile nel massimo edittale, in virtù dei principi di chiarezza, intellegibilità e prevedibilità del diritto.

Il giudice quindi, nel determinare la somma, predisporrà un limite quantitativo dell'*astreinte* (con un occhio sempre vigile verso la manifesta iniquità), mantenendo però sempre costante il proprio presidio di garanzia, a prescindere dalle eventuali sopravvenienze, al fine di scongiurare i risvolti negativi che l'operato potrebbe assumere, in assenza di un tetto massimo edittale.

Di questo avviso anche l'Adunanza Plenaria la quale, nell'epilogo della sentenza, individua i parametri oggettivi²²⁹ che non possono essere superati in sede di quantificazione della penalità, causa lo snaturamento e l'inapplicabilità della

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". Cons. St., Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7

²²⁹ *I parametri oggettivi per la sua fissazione possono ben ricavarsi dall'art. 614 bis c.p.c., archetipo dell'astreinte, esprimente regole e criteri comunque ricavabili dai principi generali dell'ordinamento, ed in primis, dal principio di legalità rafforzato, sopra menzionato.*

La circostanza che il codice del processo amministrativo, a differenza del codice di procedura civile, non abbia espressamente fatto riferimento all'art. 614 bis - né previsto, per la determinazione dell'ammontare della penalità, specifici criteri di collegamento al valore della controversia o al danno quantificato o prevedibile - limitandosi ad indicare, invece, il limite della "manifesta iniquità" o del ricorrere di "ragioni ostative", non deve trarre in inganno, poiché siffatta circostanza è piuttosto la riprova che l'atteggiamento del legislatore è stato ancora più cauto, nella misura in cui ha preteso, oltre al rispetto degli ineludibili criteri oggettivi sopra richiamati, connaturati alla stessa definizione di astreinte ed alla sua valenza anche sanzionatoria, un'ulteriore valutazione di non manifesta iniquità". Ibidem.

stessa²³⁰. Tali parametri sono ripescati in sede civile dall'art. 614-bis c.p.c. e, benché non vengano ribaditi nell'art. 114 c.p.a., l'Adunanza Plenaria è concorde nel ritenere che il vaglio d'ammissibilità alla quantificazione della somma, non può prescindere dalla manifesta iniquità di cui, nel caso di specie, l'impossibilità ad eseguire la prestazione a seguito dell'*impasse* esercitato dalla sostituzione per la nomina di un commissario *ad acta*²³¹.

Occorrerà dunque, a tutela dell'integrità patrimoniale – e razionale – della parte lesa, una sede dove poter modificare (e contestualmente valutare) le sopravvenienze di fatto o di diritto, le quali rendano iniquo il trattamento tra le parti.

Da queste premesse, l'Adunanza Plenaria ha espresso i seguenti principi:

“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

²³⁰ 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. Cons. St., Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7

²³¹ “Giova rammentare in proposito che a mente dell'art. 614 bis cpc “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”. Gli indici parametrici citati costituiscono un limite alla discrezionalità del giudice e conferiscono alla sanzione il carattere della predeterminabilità e prevedibilità, contribuendo a prevenire possibili arbitri nell'esercizio della funzione giudicante, suscettibili di essere stigmatizzati, nella misura in cui creano spostamenti patrimoniali ingiustificati, in sede costituzionale oltre che dinanzi alle Corti europee. Essi sono espressione di un principio generale e fungono da comune denominatore nel procedimento di applicazione delle astreintes, qualunque sia la giurisdizione chiamata ad applicarle (salvo ovviamente specifiche e derogatorie previsioni di legge), vieppiù oggi in ragione del progressivo processo di omogeneizzazione del quale si è fatto sopra cenno.

Nell'art. 114 c.p.a. tali parametri non vengono citati, né espressamente richiamati, non perché il riferimento a tali parametri sia ritenuto incongruo – ed anzi può dirsi che siano stati ritenuti dal legislatore con tutta probabilità quali principi generali presupposti - ma perché l'impregiudicata possibilità della nomina di un commissario *ad acta*, abilitato, in forza del potere di sostituzione, a conferire al privato interessato la specifica utilità che la sentenza gli ha riconosciuto, sottende, se non un onere del creditore di attivare tale tutela, comunque una limitazione della tutela compulsoria oltre quanto necessario alla ragionevole cura dell'interesse creditorio.

È 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”. Cons. St., Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7

dimostrino, in concreto, la manifesta iniquità in tutto o in parte della sua applicazione.

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”.

3. Le *astreintes* come titolo esecutivo e i profili emblematici

Un altro ulteriore banco interpretativo per i tribunali nazionali è fornito dalla nozione, tutta nominale, di un'*astreinte* come titolo esecutivo, idoneo e legittimo sotto il punto di vista della liquidità.

In realtà la questione è ormai datata per il giudice ordinario²³², ed attiene prevalentemente casistiche in ambito civilistico²³³, per le quali – l'*astreinte* – costituisce certamente un titolo esecutivo, ma che necessita di elementi che rendano “certo” il diritto, per valorizzarne il requisito della liquidità.

A differenza dei crediti di mantenimento²³⁴, per un'*astreinte* ci si trova dinanzi alla soluzione della cd. “autoliquidazione” del precettante, ovvero la quantificazione dell'ammontare dovuto dal debitore per effetto della sua non-ottemperanza, con l'onere per il debitore di opporsi all'esecuzione per contestare l'esistenza di violazioni oggetto dell'autoliquidazione²³⁵.

²³² Si notino le interpretazioni fornite dalla dottrina a seguito della riforma operata dal legislatore del 2015. S. VINCRE, “*Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015*”, in *RDPRr*, 2017, 368 ss.; v. anche G. VALLONE, “*Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614-bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015, n. 132 di conversione del D.l. 27 giugno 2015, n. 83)*”, in *REF*, 2016, 34 ss.; I. GAMBOLI, “*Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*”, in *GI*, 2016, 1283 ss.

²³³ Un caso sistematicamente riemergente è quello dei crediti di mantenimento specie con riguardo ai figli minori, allorché il titolo stabilisca una certa misura di ripartizione, senza tuttavia poter prevedere nel dettaglio l'oggetto e la quantità degli esborsi futuri (per l'istruzione, per spese mediche etc.). Sulla questione si sono formati nel tempo due diversi orientamenti giurisprudenziali: uno “rigoroso”, secondo cui il verbale di separazione non può costituire titolo esecutivo per il pagamento degli oneri di mantenimento della prole successivamente maturati, se questi non siano stati accertati e quantificati con altro titolo giudiziale; e un secondo orientamento “liberale”, secondo cui il verbale può sempre costituire valido titolo esecutivo purché il precettante produca, ai fini esecutivi, la documentazione giustificativa degli esborsi sostenuti. La Corte di cassazione, opportunamente, ha stabilito che il provvedimento col quale, in sede di separazione, si stabilisce che il genitore non affidatario paghi *pro quota* le spese ordinarie per il mantenimento dei figli costituisce idoneo titolo esecutivo e non richiede un ulteriore intervento del giudice in sede di cognizione: ma ciò soltanto a condizione che il genitore creditore “*possa allegare e documentare l'effettiva sopravvenienza degli esborsi indicati nel titolo e la relativa entità*” (Sez. III, Sent. n. 11316 del 23 maggio 2011). Tali “*allegazione e documentazione*” vanno compiuti nell'atto di precetto (che così risponde alla sua finalità di precisare la domanda esecutiva attualizzandola sulla base dei criteri contenuti nel titolo esecutivo), non già nel successivo, e soltanto eventuale, giudizio di opposizione all'esecuzione: e ciò per l'ovvia considerazione che il debitore deve esser messo in condizioni di verificare, senza dover svolgere un'opposizione di merito, la correttezza delle somme indicate nell'atto di precetto (v., ad es., Sez. III, Sent. n. 21241 del 20 ottobre 2016). B. CAPPONI, “*Ancora su astreinte e condanna civile*”, in www.judicium.it/

²³⁴ Per i quali è concesso che il precetto possa assolvere ad un'inedita funzione probatoria (allegazione e documentazione dei costi sostenuti dal genitore affidatario).

²³⁵ Si rammenti il comma 1, art. 614-bis c.p.c., secondo cui l'*astreinte* “*costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza*”.

Per il Tribunale di Roma, invece, l'*astreinte* è un titolo valido per ottenere dal giudice ordinario un provvedimento condannatorio (in via monitoria), malgrado questa sia unanimemente riconosciuta come titolo esecutivo "*valido ed efficace*": risulterebbe quindi, un precetto non sorretto dal requisito della liquidità del titolo. A detta del Capponi, lo spunto offerto dal giudice capitolino risulterebbe apertamente "contraddittorio ed istituzionalmente accidentato" in quanto la liquidità richiesta dall'ordinamento è un requisito di diritto, non del titolo (e ancor meno del precetto), che perfeziona la domanda esecutiva nella combinazione di titolo esecutivo e precetto. Quest'ultimo infatti, non deve presentare i requisiti *ex art. 474 c.p.c., comma 1*, bensì quantificare la domanda esecutiva sulla base degli elementi oggettivi risultanti dal titolo.

Prendendo ad esempio il modello paradigmatico francese²³⁶, si noterà come quest'ultimo abbia avallato una tesa dicotomica, basata sulla distinzione tra *astreinte* provvisoria (minaccia/stimolo) e definitiva (sanzione), per la quale, essendo i due momenti distinti e contrapposti (ossia il duplice momento in cui la penalità di mora funge tanto da precetto quanto da titolo esecutivo), è rimessa al giudice dell'esecuzione il compito di liquidare o quantificare la somma²³⁷.

Dati i presupposti angusti conseguiti in tema di brevetti e invenzioni industriali, forse il legislatore avrebbe potuto strizzare maggiormente l'occhio al modello francese, il quale si presenta solo apparentemente come un modello macchinoso, ma in realtà in grado di fornire le adeguate garanzie, in quanto difficilmente un soggetto sanzionato da un'*astreinte* omette di adeguarsi al *dictum* del giudice²³⁸.

Nel panorama nazionale, invece, i provvedimenti catalogati insieme ad un titolo dichiarato espressamente come *esecutivo*, richiedono tuttavia il riconoscimento di tale merito dinanzi ad un giudice cognitivo, testimoniando le perplessità che il nostro ordinamento manifesta nei confronti di un istituto che ancora tarda a

²³⁶ E. VULLO, "L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea", in *RDPRr*, 2004, 727 ss.

²³⁷ Sempre il Capponi, con illuminante chiarezza, afferma che "Nel nostro caso (*astreinte* "secca"), si tratta di regolare il passaggio dalla minaccia alla sanzione, immanente nell'*astreinte* che è forma di tutela articolata in due stadi (molti parlano di condanna condizionale); un passaggio già interamente prefigurato nel titolo, ma che di volta in volta va specificato, anche ad tempus, in relazione agli eventi successivi alla sua formazione". B. CAPPONI, "Ancora su *astreinte* e condanna civile", in www.judicium.it

²³⁸ Secondo il VULLO, sarebbe sufficiente la fase della minaccia/stimolo rispetto a quella dell'effettiva sanzione.

consolidarsi pienamente (anche a causa delle molte incertezze e carenze di cui il legislatore nazionale lo ha nutrito).

Il già noto art. 614-*bis* c.p.c. ha dato modo all'*astreinte* di potersi manifestare solo qualora non fosse stata possibile l'esecuzione diretta; ciò risultava alquanto enigmatico poiché, secondo la struttura classica, un ordine non coercibile non avrebbe potuto fondare un titolo esecutivo, venendo meno il requisito di necessaria correlazione tra condanna ed eseguibilità forzata²³⁹.

Il legislatore del 2009, pertanto, offriva un doppio limite:

- Qualora fosse stata possibile l'esecuzione forzata ordinaria, anche di obblighi di fare o non fare, l'accesso al provvedimento *accessorio* sarebbe risultato inibito e dunque il destinatario del provvedimento principale non poteva essere indotto all'ottemperanza "*spontanea*"²⁴⁰;
- Non tutte le obbligazioni potevano essere assistite dall'esecuzione indiretta, ma solo quelle che riguardassero il fare o non fare (col relativo dittongo dell'infungibilità);

Da tali limiti la dottrina prese nota che la concezione classica di condanna (avente ad oggetto provvedimenti la cui esecuzione forzata non era in precedenza prevista), si snaturava del proprio carattere normativo e fattuale per opera di un'*astreinte*²⁴¹.

La novella del 2015 ha modificato *in primis* la rubrica, generalizzando il tutto in "*Misure di coercizione indiretta*" di cui all'art. 614-*bis* c.p.c.; il comma 1, riscritto, fa riferimento alle sole condanne "*all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro*", statuendo dunque l'esclusione della tutela per i crediti di lavoro (pubblico e privato).

Di qui i corollari – già noti, in realtà – i quali, tuttavia, sembrano lasciare uno spioncino aperto a determinate questioni, come il possibile ampliamento dell'applicazione di un'*astreinte* sul terreno dell'esecuzione per espropriazione²⁴²

²³⁹ S. VINCRE, "*Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015*", in *RDPRr*, 2017, 368 ss.

²⁴⁰ B. CAPPONI, "*Ancora su astreinte e condanna civile*", in www.judicium.it

²⁴¹ I provvedimenti condannatori prima non eseguibili diventavano eseguibili proprio in ragione del fatto di poter essere assistiti da un'*astreinte*.

²⁴² Vi è da dire che non tutti consentono con l'applicazione generalizzata della misura: ad es., per G. MICCOLIS, "*Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia*", in www.judicium.it n. 1/2017, "*l'applicazione della misura coercitiva a fianco anche del provvedimento di condanna al pagamento di somma di danaro determinerebbe un vero e proprio supplizio in capo al debitore inadempiente; non dimentichiamo che quest'ultimo oggi già subisce, oltre agli interessi previsti*

(come già avvenuto in ambito amministrativo, ove la penalità di mora è stata adattata anche alle pene pecuniarie, v. Cons. St., Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15). Ma se ci interrogassimo sull'emblematica nozione del legislatore – alla domanda, cosa significa *obblighi diversi dal pagamento*? – noteremmo discrasie normative non indifferenti. Prendendo ad esempio il caso *ex art. 2932 c.c. (esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto)*, il quale prevede l'obbligo a contrarre, tutelato da pronuncia costitutiva del giudice passata in giudicato: tale obbligo, potrà considerarsi un autonomo capo condannatorio ai fini di un'*astreinte*? La questione è dubbia per buona parte di autorevole dottrina²⁴³, ma ciò che rileva ai fini di questo scritto non consta dell'enigmaticità di una fattispecie, bensì del lavoro approssimativo svolto dal legislatore, per il quale giudici e pensatori hanno dovuto offrire maggior tempo e interpretazioni di quanto richiesto.

Un istituto nato per condanne non forzatamente eseguibili, nella novella del 2015 è stato ulteriormente ampliato, fino ad abbracciare condanne in forma specifica forzatamente eseguibili, lasciando sopravvivere – dato non irrilevante – però, quel

dalla disciplina sostanziale, (i) l'applicazione degli interessi moratori ai sensi dell'art. 1284 c.c., come modificato dall'art. 17 l. 10 novembre 2014 n. 162 «dal momento in cui è proposta la domanda giudiziale», (ii) la ormai inevitabile condanna alle spese in conseguenza della modifica introdotta con l'art. 13 l. 10 novembre 2014 n. 162 all'art. 92 c.p.c., (iii) la sempre più frequente condanna alla responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, primo e terzo comma, c.p.c., per lite temeraria (anche se recentemente la Cassazione, dopo avere dichiarato a sezione semplice n.16/2015 che la conoscenza degli innumerevoli precedenti contrari potrebbe legittimare la lite temeraria, a Sezioni Unite, n. 6606/2015 ha ridimensionato l'applicazione dell'art. 96 c.p.c. affermando che “*la manifesta infondatezza della pretesa non giustifica di per sé la lite temeraria, per la quale è necessario che la parte abbia usato il processo esclusivamente con finalità diverse dalla tutela giurisdizionale*); se ci aggiungessimo anche la misura coercitiva per ogni giorno di ritardo, resterebbe fuori soltanto l'arresto per debiti. Nemmeno dobbiamo dimenticare che il debitore pecuniario inadempiente più incallito è proprio la pubblica amministrazione, il cui dissesto, inefficienza e disorganizzazione sono forse le cause principali dirette e, per l'effetto domino, indirette dell'enorme numero del contenzioso civile che intasa le aule giudiziarie. Per cui è facile prevedere che questo inasprimento verso il debitore, più che contribuire alla riduzione del contenzioso civile, è destinato ad aggravare il debito pubblico, il dissesto della pubblica amministrazione, l'inadempimento di questa e, conseguentemente, il contenzioso civile”. B. CAPPONI, “*Ancora su astreinte e condanna civile*”, in www.judicium.it

²⁴³ Il VINCRE, ad esempio, si pronuncia positivamente, in analogia col trattamento di condanne quali l'obbligo di vendere una certa quantità di beni o di azioni, espressioni di un'*facere* fungibile. Al CAPPONI sembra invece che la condanna all'adempimento del preliminare *ex art. 2932 c.c.* non soltanto non sia fungibile, ma che l'esecuzione forzata di quell'obbligo ha luogo mediante un processo di cognizione destinato a culminare con una pronuncia costitutiva. Si tratta di un'*unicum* nel nostro sistema, che ci impone di ragionare non tanto in termini di condanna incoercibile, quanto di efficacia o esecutorietà di una pronuncia costitutiva. Ne risulta che l'*astreinte* sarebbe associata a un capo di pronuncia non ancora efficace, perché per diventare tale deve attendere il passaggio in giudicato. *Ibidem*.

comma 1, in merito al pagamento di somme, il quale tende a comprimere notevolmente il raggio applicativo di un'*astreinte*. Il concetto stesso di "*condanna*" finisce per metabolizzarsi intrinsecamente nella nozione di *astreinte*, la quale di per sé non presuppone un provvedimento condannatorio anzi, ben potrebbe essere inclusa in un provvedimento dichiarativo o costitutivo, risparmiando sulla formazione del giudicato e garantendo comunque un'adeguata tutela.

Tale analisi concettuale, mette in luce i profili emblematici dell'istituto. La misura nata nel 2009 ha dapprima sostenuto dei provvedimenti incoercibili; successivamente – nel 2015 – si è estesa a talune condanne coercibili nelle forme ordinarie, andando a rimodellare in modo radicale il contenuto della tutela compulsoria. Se da un lato ciò ha rilevato nitidamente ai fini di un'esecuzione diretta, ben più complesso (in sede civilistica) è risultato l'adattamento in merito alle condanne per obblighi non pecuniari.

Ciò che la Corte è chiamata a fare, riguarda senza dubbio la correlazione tra condanna ed esecuzione forzata: binomio contraddetto dall'art. 614-*bis* c.p.c. (sia pur soltanto con riferimento agli obblighi di fare), in quanto ci si muove in acque tradizionali, votate all'idea che la condanna sia pur sempre seguita da una sanzione, che si attui nelle forme del Libro III del codice di procedura civile.

Risolto il dilemma, ci si interroga anche sullo spinoso nodo delle condanne incoercibili, le quali²⁴⁴ non integrando una condanna, rimanendo nelle maglie del mero accertamento dell'obbligo. Assodato che l'*astreinte* non possa associarsi alla tutela dichiarativa (ed anche costitutiva), non sfuggirà all'occhio come la capacità sostanziale di attuazione della tutela compulsoria, ne esca oltremodo ridimensionata.

Non si dimentichi l'*error* comune nel quale si è soliti incappare, ossia che condanna-*astreintes* sia un binomio immutabile e strettamente interconnesso, in quanto entrambe oggetto di esecuzione indiretta. La realtà dei fatti è ben diversa²⁴⁵ e capovolta, poiché – in virtù, soprattutto, dell'utilizzo che viene fatto dell'istituto all'estero – la penalità di mora prescinde (o potrebbe farlo) dal mero provvedimento di condanna, trovando spazio ed adito in qualsiasi pronuncia del giudice.

²⁴⁴ O perché non coercibili, o per il loro particolare oggetto.

²⁴⁵ Di questo avviso B. CAPPONI, "*Ancora su astreinte e condanna civile*", in www.judicium.it

Inoltre, l'esclusione – tutta civilista – delle condanne pecuniarie dall'applicazione di un'*astreinte*, rende dubbia la nozione stessa di tutela compulsoria, alla quale comunque ne viene subordinato il carattere di “legittimità” e di “non manifesta iniquità”.

Parzialmente per i motivi analizzati, non si può non determinare una forte cautela nell'utilizzo (o nella scoperta) di questo nuovo istituto, il quale – a detta di molti – è ancora molto lontano dal poter garantire un'adeguata forma di tutela.

4. L'impatto sulla spesa pubblica

Delle varie premesse applicative che hanno profondamente rinnovato – e al tempo stesso contribuito a creare un alone di ambiguità normativa – l'istituto delle *astreintes*, una menzione più articolata è senza dubbio da dedicare all'impatto che queste hanno avuto sulla spesa pubblica.

La tesi proposta segue un'architettura normativa variegata, che tocca diverse tematiche e le raccoglie in un *unicum* deontologico, giustificando e inquadrando l'istituto in esame, alla luce del bilancio pubblico.

Alla luce di ciò, si noti come un comportamento lesivo posto in essere dalla PA, accertato in via giurisdizionale, legittima il soggetto leso ad esser risarcito del danno: ai sensi dell'art. 30 c.p.a., tale riparazione potrà avvenire in forma specifica o per equivalente, alla luce dei diversi criteri di quantificazione del danno, elaborati dal legislatore.

È da rilevare come i criteri elaborati in ambito civilistico, trovino senz'altro applicazione in sede amministrativa.

Di seguito, sommariamente:

- Principio dell'integrale riparazione del danno, *ex art. 1223 c.c.*

Il legislatore civilista, in questo caso, pone l'accento sul "*risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo*" che "*deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne sia conseguenza immediata e diretta*".

Il principio riportato segue il basilare – e già noto – metodo di riparazione concernente il danno emergente e il lucro cessante, purché questi siano conseguenze dirette ed immediate di un comportamento lesivo dell'amministrazione.

In virtù di tale principio, vien dunque esclusa la risarcibilità delle voci di spesa, le quali non siano conseguenza diretta della condotta lesiva della PA, ma risultino come autonome decisioni del privato, ossia normali espressioni di iniziativa economica e del rischio ad essa allegato²⁴⁶;

²⁴⁶ Secondo parte della giurisprudenza, ad esempio, non può essere risarcito il danno emergente costituito dalle spese sostenute per partecipare alla procedura di gara. In tale contesto, infatti, i concorrenti si assumono, spontaneamente e consapevolmente, i costi di partecipazione alla

- Principio della “*compensatio lucri cum damno*”

Dall’integrale riparazione, il giudice può dislocare un altro principio – in fase di liquidazione – per garantire che la parte lesa riceva un risarcimento dell’intero danno subito, *ma non più di quello* (impedendo dunque eventuali effetti vantaggiosi che possano scaturire dal comportamento lesivo dell’amministrazione: ad esempio, un indebito arricchimento ai danni dell’amministrazione).

Il danneggiato, pertanto, sarà chiamato a dimostrare l’entità del danno (ai sensi dell’art. 2697 c.c.), mentre ricadrà un onere probatorio minore sulla PA, la quale potrà confutare le tesi dell’opponente (anche) sulla base di semplici presunzioni²⁴⁷.

- Principio della valutazione equitativa del danno

Tanto in sede civilista, quanto amministrativa, è rimessa al giudice la facoltà di poter esperire il criterio equitativo di liquidazione del danno, *ex art. 1226 c.c.*, secondo cui qualora “*il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa*”.

Tale risoluzione, assume notevole importanza laddove si parli di un danno fondato sulla perdita di *chance*²⁴⁸, piuttosto che su un danno basato sull’aspettativa di un determinato bene della vita.

procedura, che rimangono comunque a loro integrale carico, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Si tratta di un rischio naturalmente connesso all’attività imprenditoriale, destinato a gravare sugli operatori economici e che non può essere trasferito in carico all’amministrazione. Si tratta, a ben vedere, di spese che non costituiscono conseguenza diretta del comportamento lesivo posto in essere dalla pubblica amministrazione, ma che sono, piuttosto, riconducibili alla libera scelta del soggetto privato di partecipare alla procedura di gara stessa. S. DE FELICE, “*Prevalente giurisprudenza sui criteri di liquidazione del danno per attività lesiva della pubblica amministrazione e penalità da ritardo (astreintes)*”, in Archivio Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativi, 2019

²⁴⁷ Tale principio trova chiara applicazione, ad esempio, nelle ipotesi di domanda di risarcimento del danno per illegittimo ritardo nell’assunzione. In tali casi, infatti, si dovrà verificare se nel periodo di riferimento, il soggetto abbia percepito altri redditi. Cass. Civ., sez. lavoro, 12 maggio 2015, n. 9616

²⁴⁸ Tale situazione, si verifica ogni volta in cui il comportamento illegittimo dell’amministrazione comporta per il soggetto la perdita delle possibilità di ottenere il bene della vita al quale si ha interesse, attraverso la partecipazione ad un procedimento amministrativo di tipo selettivo, concorrenziale, nell’ambito del quale deve essere verificato il possesso di determinati requisiti e all’esito del quale si ha la definitiva attribuzione del bene ambito. S. DE FELICE, “*Prevalente giurisprudenza sui criteri di liquidazione del danno per attività lesiva della pubblica amministrazione e penalità da ritardo (astreintes)*”, in Archivio Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativi, 2019

L'assenza di criteri scientifici (o rigidamente matematici) univoci, porta il giudice ad una valutazione di stampo meramente discrezionale, a seguito comunque di un dettagliato onere probatorio delle parti, in quanto il giudice non potrebbe in nessun modo sostituirsi autonomamente ai parametri da utilizzare²⁴⁹.

- Il risarcimento del danno per equivalente nell'ambito degli appalti pubblici
Sul fronte – da sempre delicato – degli appalti pubblici, la giurisprudenza ha elaborato una forma di riparazione giudiziale di particolare importanza, con particolare riguardo alla “mancata aggiudicazione”.

Qui il danneggiato, in corso di giudizio, dimostra con fermezza che, in assenza del comportamento lesivo dell'amministrazione, avrebbe certamente vinto la gara, conseguendo l'appalto.

Le premesse teoriche, della mancata aggiudicazione, fungono da terreno edificabile per una prolifica elaborazione giurisprudenziale; *in primis*, per ciò che concerne il danno, è opportuno rammentare che la più arguta giurisprudenza ha riconosciuto al privato una somma equivalente all'utile che lo stesso avrebbe percepito in caso di aggiudicazione dell'appalto (lucro cessante), da quantificare con metodo forfettario²⁵⁰.

Su tale somma – riconosciuta a titolo di mancato guadagno – devono poi esser calcolati gli interessi e la rivalutazione monetaria²⁵¹.

Oltre al lucro cessante, in caso di mancata aggiudicazione dell'appalto, dev'esser calcolato anche il danno emergente, ad eccezione delle spese di partecipazione alla gara²⁵².

²⁴⁹ Cons. St., Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2

²⁵⁰ Con l'introduzione dell'art. 124 c.p.a. si è espressamente previsto che – se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto già stipulato con altri, con la conseguente possibilità del ricorrente di subentrare nell'appalto e ottenere così il risarcimento in forma specifica – deve essere disposto il “risarcimento del danno per equivalente, subito e provato”. S. DE FELICE, “Prevalente giurisprudenza sui criteri di liquidazione del danno per attività lesiva della pubblica amministrazione e penalità da ritardo (*astreintes*)”, in Archivio Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativi, 2019

²⁵¹ Cons. St., sez. IV, 1 aprile 2015, n. 170

²⁵² Questo poiché, come precedentemente descritto (v. “Principio dell'integrale riparazione del danno, ex art. 1223 c.c.”), tale spesa rientrerebbe sul rischio che il soggetto si è accollato, di partecipare alla gara.

Sul tema dell'appalto pubblico, risulta illuminante la citata sentenza in merito dell'Adunanza Plenaria²⁵³.

La disamina fin qui elaborata sui criteri di liquidazione del danno è concettualmente utile ai fini di questo scritto per la ricostruzione dell'*iter* logico che il giudice segue, nell'emettere un'*astreinte*.

Non va sottovalutato il dato statistico che ricopre la penalità di mora, sui bilanci pubblici²⁵⁴; ragion per cui, nella quantificazione di una somma pecuniaria, l'organo giuridico non potrà – alla luce dei criteri sopra analizzati – emettere sentenza eccessivamente gravosa, stante la natura sanzionatoria di un'*astreintes* (stimolo-minaccia) e non risarcitoria.

Anche in tale sede, l'elaborazione giurisprudenziale ha messo a punto determinati criteri quantitativi, per evitare che l'esborso pubblico possa eccessivamente gravare sui bilanci amministrativi.

Per usare le parole dell'Adunanza Plenaria (Cons. St. Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15), s'innesca un "*meccanismo automatico di irrogazione di penalità pecuniarie in vista dell'assicurazione dei valori dell'effettività e della pienezza della tutela*

²⁵³ Se ne riporta in calce uno stralcio, a mero titolo informativo: "*nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto). Non è dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere, comunque, fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti. La prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni; per la configurazione di una presunzione giuridicamente rilevante non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessità assoluta ed esclusiva (sulla base della regola della «inferenza necessaria»), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit* (in virtù della regola della «inferenza probabilistica»), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici. Cons. St., Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2*

²⁵⁴ Si pensi alla condanna sanzionatoria di una somma spropositata come quella analizzata in sede di chiarimenti (Cons. St., Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7): supponendo che il giudice non abbia sufficientemente rivoluzionato l'istituto con la nota pronuncia, quale amministrazione avrebbe potuto sostenere economicamente la cifra di 7,5 miliardi di euro, senza ripercussioni per i conti pubblici?

giurisdizionale a fronte della mancata o non esatta o non tempestiva esecuzione delle sentenze emesse nei confronti della pubblica amministrazione” nel caso di lesione ad opera della PA, ma ciò non toglie che l’integrità economica del soggetto parte in causa, sia esso comunque un soggetto “forte” come la pubblica amministrazione, non possa esser snaturata a titolo sanzionatorio (diverso sarebbe invece il discorso per un’eventuale risarcimento del danno).

L’*astreinte* deve aggiungersi come stimolo all’adempimento, e non può rappresentare una (doppia) riparazione di un unico danno dato che, a differenza di quanto accade per i *punitive damages*, per i propri connotati giuridici, queste non necessitano nemmeno di una dimostrazione del danno, ma solo dell’inadempimento amministrativo²⁵⁵.

Si rilevi infine il criterio (scarno a dir la verità e di non facile lettura), col quale il legislatore e la giurisprudenza han voluto tutelare l’integrità economica dell’amministrazione²⁵⁶, ossia la presenza di una *crisi finanziaria della finanza pubblica e del debito pubblico*.

In questo modo, il giudice amministrativo si è tutelato dalle ingerenze esterne (temporanee o imprevedibili) che potrebbero colpire l’economia dell’ente pubblico, offrendo al giudice una comoda via d’uscita, basata su una specifica ponderazione dell’interesse pubblico a salvaguardia dei vincoli di bilancio²⁵⁷.

Non va dimenticato tuttavia, che l’interesse del giudice verso il sindacato creditorio dell’Erario è interesse diffuso nella giurisprudenza d’ottemperanza, pertanto nei giudizi inerenti al pagamento di una somma pecuniaria, a carico dello Stato (in ottica di equa riparazione), il contenimento della spesa pubblica è valore primario in presenza di una crisi finanziaria, idoneo pertanto a giustificare, in concreto, il mancato adempimento alla penalità di mora.

²⁵⁵ V. GASTALDO, “*Commento a D.lg. 2 luglio 2010, n. 104 – art. 114*”, estratto da “*Codice dell’esecuzione forzata*”, Giuffrè Editore, 2015

²⁵⁶ Senza dimenticare il dettato della *manifesta iniquità* e delle *altre ragioni ostative*, già ampiamente analizzato. Art. 114 c.p.a., comma 4, lett. e)

²⁵⁷ TAR Campania, sez. IV, 18 settembre 2014, n. 4975

5. Sulla ragionevole durata del processo

Da ultimo, si rilevi in questa sede una questione sempre attuale nel panorama giurisprudenziale nazionale, ossia la “ragionevole durata del processo”.

A fronte di numerose pronunce europee, il giudice italiano è stato più volte bacchettato da Strasburgo, in quanto non in grado di garantire un principio fondamentale come l’art. 6, par. 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo²⁵⁸ e garantire quindi un ragionevole arco temporale, all’interno del quale il soggetto leso, possa ricevere una pronuncia giurisprudenziale, un’eventuale riparazione (principale ed accessoria) ed un conseguente soddisfacimento del bene della vita.

Nel rilevare l’impatto che l’*astreinte* ha avuto sul citato principio, si procederà all’analisi sistematica di una nota sentenza del TAR Lazio (Roma, sez. I, 24 ottobre 2012, n. 8746), riportandone, in calce, degli estratti parziali.

La sentenza in commento trae origine da una condanna risarcitoria per irragionevole durata del processo, pronunciata dalla Corte di Cassazione²⁵⁹.

La sentenza si erge a linea guida sotto diversi profili.

In base ai recenti orientamenti CEDU, il giudice amministrativo ha sottolineato innanzitutto che la Legge Pinto²⁶⁰ è posta a salvaguardia anche del pregiudizio

²⁵⁸ L’articolo 6 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo stabilisce che “ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e obblighi di carattere civile o sulla fondatezza di ogni causa penale formulata nei suoi confronti» (analoga previsione è recata nell’articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea).

²⁵⁹ Più precisamente, con sentenza n. 23831 del 14 novembre 2011 la Corte di Cassazione condanna il Ministero della Giustizia al pagamento della somma di Euro 9.250 a titolo di indennizzo ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto). La condanna rimane ineseguita dal Ministero della Giustizia e per tale ragione l’originaria ricorrente chiede al TAR Lazio, ai sensi dell’art. 112 del codice del processo amministrativo, l’ottemperanza alla pronuncia della Cassazione. È importante sottolineare che con il ricorso in ottemperanza, oltre al pagamento dell’indennizzo, viene chiesto anche il risarcimento dei danni arrecati dal ritardo nell’esecuzione della pronuncia di condanna. In accoglimento del ricorso in ottemperanza, con la sentenza in commento il TAR Lazio ordina all’amministrazione di corrispondere l’indennizzo liquidato nella pronuncia della Cassazione, nominando un commissario ad acta per l’ipotesi di mancato adempimento nel termine di 30 giorni. Con la stessa decisione il TAR condanna il Ministero anche al risarcimento del danno da ritardo, riconducendo tale statuizione all’istituto dell’*astreinte* recentemente (ai tempi) introdotto nel processo amministrativo dal- l’art. 114, lettera e), del d.lgs. n. 104/2010. E. ZAMPETTI, “*Astreinte e risarcimento del danno nella tutela per irragionevole durata del processo*”, in Corriere del Merito, 2013, p. 359

²⁶⁰ La legge 24 marzo 2001, n. 89 - nota come legge Pinto - (dal nome del suo estensore, Michele Pinto) è una legge della Repubblica Italiana. Essa prevede e disciplina il diritto di richiedere un’equa

causato dal cd. danno da ritardo nell'adempimento (pagamento), non solo per nocumento causato dall'irragionevole durata del processo. *In secundis* – considerando l'anno (2012) – ci si sofferma su una prima timida apertura amministrativa dell'*astreintes* con riferimento alle sentenze di condanna pecuniarie della pubblica amministrazione. Infine, snodo centrale della pronuncia, il giudice amministrativo sembra assoggettare la condanna al risarcimento del danno da ritardo ad una penalità di mora *ex art. 114 c.p.a.*, comma 4, lett. *e*), non convincendo però l'opinione prevalente.

Ponendo le premesse iniziali sulla Legge Pinto, si noti come quest'ultima riconosca il diritto ad un'equa riparazione nei confronti di chi abbia subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa dell'eccessiva durata del processo²⁶¹, modellando l'ordinamento nazionale sul carattere nomofilattico della Corte di Strasburgo.

L'art. 2-bis della medesima precisa che “*il giudice liquida a titolo di equa riparazione una somma di denaro, non inferiore a 500 euro e non superiore a 1.500 euro, per ciascun anno o frazione di anno superiore a sei mesi, che ecceda il termine ragionevole di durata del processo*”, marcando fermamente il carattere pregiudizievole, ricollegato però alla mera durata del processo, senza menzionare minimamente il danno causato dal ritardo nell'adempimento dell'amministrazione²⁶².

Ampliando la nozione, tutta etimologica, di “ragionevole durata del processo”, la Corte ha individuato nella la risarcibilità del pregiudizio, anche il danno *da ritardo* nel pagamento dell'indennizzo (avvicinando pericolosamente tale forma risarcitoria al modello *ex art. 114 c.p.a.*), prevedendo che il lasso temporale entro cui si sfocia nell'irragionevolezza dei termini processuali, sia di sei mesi e “*i danni risarcibili sarebbero pertanto soltanto quelli cagionati dall'inerzia protrattasi per oltre sei mesi*”.

riparazione per il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito per l'irragionevole durata di un processo.

²⁶¹ M. DE PAOLIS, “*Eccessiva durata del processo: risarcimento del danno*”, Rimini, 2012

²⁶² Sebbene la CEDU abbia affermato che “*il diritto ad un Tribunale sancito da tale disposizione (art. 6 CEDU) include il diritto all'esecuzione di una decisione giudiziaria definitiva ed obbligatoria*” precisando, in base al principio di effettività della tutela giurisdizionale, che “*l'esecuzione di una sentenza deve essere considerata come facente parte integrante del processo ai sensi dell'art. 6*”. CEDU, Grande Camera, 29 marzo 2006, *Cocchiarella c. Italia*

Sotto il dato quantificativo invece, la Corte Europea sviluppa una duplice visione normativa, ammettendo che la somma oggetto del risarcimento sia predeterminata nell'ammontare e fissa, per ogni mese di ritardo²⁶³; oppure, a detta di un secondo orientamento, spetterebbe al danneggiato una somma forfettaria (in parte aumentata), ma indipendente dalla durata del ritardo²⁶⁴.

Il *dictum* giudiziale inoltre, fornisce pericolosi spunti sull'avvicinamento (teorico) di una condanna al risarcimento del danno da ritardo ad un'*astreinte* amministrativa.

Accantonando temporaneamente i dettati, già noti, che allontanano una penalità di mora *ex art.* 114 c.p.a. da una condanna risarcitoria, meritano di esser segnalate le innovative, seppur imprudenti, osservazioni del giudice (del 2012).

Strizzando l'occhio al, già citato, orientamento minoritario antecedente la nota sentenza dell'Adunanza Plenaria (del 2014), il giudice amministrativo ha rilevato come l'*astreinte* amministrativa si svincoli da quella civilistica per l'assenza di restrizioni ad obblighi di fare o non fare infungibili, rendendola perfettamente coerente con la natura del giudizio d'ottemperanza (o la nomina di un commissario *ad acta*); lo strumento in esame "*non mirerebbe a compensare gli ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza del giudice civile*", alimentandone il carattere dissuasore²⁶⁵.

Dettagli innovativi a parte, la sentenza in esame non pare convincere a pieno la dottrina, circa l'assimilazione di una pronuncia sul risarcimento del danno da ritardo ad una pronuncia applicativa di un'*astreintes*.

A differenza di quanto il TAR Lazio abbia statuito, il risarcimento e la penalità di mora *ex art.* 114 c.p.a., comma 4, lett. e), devono esser tenute staccate e distinte, in virtù della natura intrinseca che ricopre i due istituti: l'una tende a riparare, l'altra a stimolare un rapido adempimento.

La domanda del ricorrente, nel caso di specie, tende alla richiesta di un risarcimento danni *già maturato*, scaturiti dal ritardo nell'esecuzione, non anche dal danno che, eventualmente, scaturirebbe qualora l'inerzia della macchina amministrativa dovesse protrarsi.

²⁶³ CEDU, Grande Camera, 29 marzo 2006, *Cocchiarella c. Italia*

²⁶⁴ CEDU, 21 dicembre 2010, *Gaglione c. Italia*

²⁶⁵ Cons. St., sez. V, 14 maggio 2012, n. 2744

In quest'ottica dunque, sarebbe più opportuno catalogare la richiesta della parte all'interno dell'art. 112 c.p.a., ai sensi del quale al giudice dell'ottemperanza può esser sempre proposta (anche in unico grado) “*azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione*”²⁶⁶.

Non sfuggirà all'occhio, al termine di questo scritto, come il ricorrente si muova nelle torbide acque della tutela risarcitoria, piuttosto che in quelle – assai più quiete – dell'*astreintes* amministrativa di stampo sanzionatorio.

Ad onor di cronaca, si noti come neppure la quantificazione dell'importo sia stabilita con criteri d'*astreintes*, ma in base alle linee guida fornite dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per la commisurazione di interessi moratori.

²⁶⁶ TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 9 giugno 2011, n. 842

Conclusioni

Volge ora al termine la stesura di questo scritto. E a seguire le conclusioni.

Si noterà, nel processo analitico elaborato, come parlando di *astreintes* ci si ritrovi dinanzi ad un nuovo modo di concepire la tutela giurisdizionale.

Passando ad un vaglio preliminare l'analisi del giudizio d'ottemperanza, *habitat* natural-giuridico dell'istituto, non sfuggirà all'occhio del Lettore come vi sia un notevole incremento dei poteri discrezionali del giudice ottemperante, il quale – a richiesta di parte – muta le proprie funzioni da ente surrogatorio ad ente sanzionatorio con ripercussioni non indifferenti verso la mutualità della causa.

Le *astreintes* nazionali, ricalcano fedelmente la natura giuridica di quelle francesi (e del *Zwangsgeld* tedesco, o del *Contempt of Court* anglosassone sebbene quest'ultimo preveda, per il caso di inosservanza dell'ordine del giudice, sanzioni penali come l'arresto o la reclusione) e da quest'ultime, con la benedizione di una fervente comparazione, adottano la presunzione di ottenere un posto in prima fila nel panorama processuale interno.

Il legislatore asseconda tale spinta innovatrice, e in un attimo son dubbi interpretativi.

L'art. 114 c.p.a., comma 4, lett. e), non è un gemello dell'omonimo art. 614-*bis* c.p.c., non lo è mai stato per natura; è intriso nelle *ratio* degli istituti – e non nei rami del diritto – che una sostanziale differenza sussista (che prescinde dalle “*altre ragioni ostative*”).

L'*astreinte* amministrativa è un mostro giuridico – metà sanzione e metà stimolo – del quale alla fine ci si affeziona; ma il processo empatico deve (anzi, è dovuto) sottostare a diverse pronunce d'adattamento, prima di farne emergere la reale natura benevola (?).

Non a caso, più volte, si è dovuta scomodare l'Adunanza Plenaria (talvolta anche la Suprema Corte), per porre degli argini ad un istituto basilare sulla carta, ma dirompente nei fatti, specialmente se non compreso. Da qui le maggiori innovazioni.

Palazzo Spada del 2014, ha scavato un solco tra il panorama civilista e quello amministrativo, ponendo fine ad un dubbio che attanagliava le sezioni di tutta Italia:

l'*astreinte*, come mezzo di coercizione indiretta, è direttamente applicabile anche qualora l'adempimento riguardi il pagamento di una somma pecuniaria; *non* ravvisa, a detta del giudice, una doppia sanzione con conseguente locupletazione (ingiusta e ingiustificata) del creditore, bensì uno stimolo maggiore a rendere il soggetto *forte* della causa, adempiente ed ottemperante.

Si noti qui, la spinta propagandistica che ha sollecitato l'Adunanza Plenaria, la quale – sebbene minoritaria – ha dal principio ravvisato la carenza di analogia col prossimo congiunto dell'art. 614-*bis* c.p.c., il quale, invece, è vincolato dal dettato normativo ad un'applicazione per obblighi di fare infungibili o non fare.

Come modificare una quantificazione eccessivamente esosa e nociva più che sanzionatoria?

L'Adunanza Plenaria ha risposto anche a tal quesito, in tempi non sospetti (2019), assurgendo alla conclusione che *“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”*.

La *manifesta iniquità* di cui Palazzo Spada parla, è fondamentalmente l'unico limite che il legislatore pone allo strapotere discrezionale del giudice amministrativo (se non consideriamo, o consideriamo secondarie, le *altre ragioni ostative* e lo stato di dissesto finanziario in cui può vertere una PA); sebbene la più onorevole dottrina ne alimenti il carattere astratto, tale scritto ha sintetizzato il pensiero più comune della giurisprudenza, catalogando il tutto sotto la voce di “grado di conoscibilità – contrapposto ad un'ordinaria ignoranza – di un soggetto con adeguate competenze”. Il rafforzativo del *“manifesta”* è stato introdotto dal legislatore allo scopo di promuoverne un suo utilizzo finanche a prevederlo come metodo ordinario d'ottemperanza e non come un'eccezione di non facile verifica.

Ma c'è di più.

L'analisi dell'elaborato pone l'occhio inoltre sulle caratteristiche strutturali di un'*astreinte*; queste al contrario di quelle applicative, concernono comparazioni e inquadramenti dell'istituto, all'interno del Codice del processo amministrativo. Si noterà infatti, al termine della presente lettura, come non sia possibile assimilare

l'*astreinte* amministrativa ad alcuna altra figura giuridica presente nell'ordinamento (sanzioni alternative, *punitive damages*, clausola penale e penalità di mora a stampo sanzionatorio e non giuridico), sebbene sussistano numerose affinità in diversi settori.

E ancora, la conciliazione di un istituto come la penalità di mora ha ben a che vedere con la nomina di un commissario *ad acta*, non venendosi a scontrare due istituti naturalmente contrapposti – uno surrogatorio ed uno compulsorio – malgrado delle iniziali titubanza dottrinarie.

La natura dell'*astreinte*, sebbene abbia come legittimo destinatario il soggetto leso, rimane a carattere sanzionatorio (con valenza esecutiva), un dato che non smetteremo mai di sottolineare: quest'ultimo infatti, *a seguito di un'istanza*, avrà la possibilità di implementare la propria tutela, a garanzia del principio di effettività, sottoponendo la questione al giudice, chiedendone una quantificazione (al termine del quale quest'ultimo dovrà garantirne la non iniquità), che spronerà l'amministrazione ad adempiere all'obbligo. In caso contrario, non si avrà ingiustificato arricchimento.

La *ratio* compulsoria emerge, dunque, in tutta la sua schiettezza; il legislatore ne ha importato "saggiamente" il testo normativo, estendendone gli utilizzi ad altri settori – specialmente civilistici – di cui sopra (v. pag. 76) è stata sommariamente fornita un'analisi.

Emerge infine un dato non secondario rispetto alla struttura normativa della penalità di mora, ossia l'ingresso di tale istituto nel Titolo I, del Libro IV del Codice (Ottemperanza e riti speciali).

È proprio il rito dell'ottemperanza ad aver dato i natali a questa nuova forma di tutela, tutta amministrativa. Tale sede, meno rigida e funzionale rispetto a quella cognitiva, garantisce alla parte lesa un confronto diretto col giudice, la valutazione dei termini d'inerzia amministrativa e una più che consona, successiva, quantificazione della pena.

Non va dimenticato inoltre, il carattere tenacemente elastico della sede d'ottemperanza per chiarimenti, all'interno della quale sarà possibile per il giudice, rimodellare un'*astreinte* amministrativa, adattandola a valori maggiormente *equi*.

Si noterà dunque, come l'istituto introdotto dal legislatore *ex art.* 114 c.p.a., comma 4, lett. *e*), non rappresenti solo un paio di righe su un foglio: la portata innovativa è ampia e più complessa di quanto lasci a vedere.

Dottrina e giurisprudenza ne hanno valorizzato il carattere normativo, spendendo più tempo e volontà di quante non abbia voluto spendere il legislatore – forse, suo malgrado –.

Ad onor del vero, tale forma di importazione, può risultare anche apprezzabile, qualora la si inquadri nell'ottica di assicurare una duplice tutela alla parte lesa. Va sottolineato però, come il legislatore si sia limitato semplicemente ad accogliere un nuovo istituto nell'ordinamento, senza interpretarne gli aspetti fondamentali e tradurne l'adattamento, manifestando, in tal modo, un certo pressapochismo normativo che, tuttavia, mal si è conciliato con l'impatto dirompente che hanno avuto le *astreintes*.

Bibliografia

Dottrina

ASCARELLI T., *“Teoria della concorrenza e dei beni immateriali”*, Milano, 1960

ASTONE M. A., *“Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall’astreinte al danno punitivo”*, in *Contratto e impresa*, 2018

BARBAGALLO G., *“Stile e motivazione delle decisioni del Consiglio di Stato”*, in *I Consigli di Stato di Francia e d’Italia*, 1998, p. 233

BASILICA F. - AMATO S. L., *“Osservazioni sull’ammissibilità dell’opposizione di terzo nel giudizio di ottemperanza”*, in *Rass. Avv. St.*, 1995, p. 425

BENFATTI F., *“Clausole di esonero dalla responsabilità”*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ, II, 4a ed., Torino, 1988

BIANCA C. M., *“Diritto civile, il contratto”*, Milano, 2000

BIGOLARO S., (Presidente dell’associazione veneta degli avvocati amministrativisti), *“Lettera allo studente che pensa di iscriversi in giurisprudenza e magari fare l’avvocato (amministrativista)”*, in *il Dubbio*, 21 aprile 2018

BINDA M., *“Le astreintes nel giudizio amministrativo”*, in *Foro Romano*, 2019

BONILINI G., *“Il danno non patrimoniale”*, cit., p. 296 ss

CAPPONI B., *“Astreintes nel giudizio civile italiano?”*, in *Giustizia Civile*, 1999

CARNELUTTI F., *“Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni”*, Padova, 1927

CARPI F., *“Riflessioni sui rapporti tra l’art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo”*, Bologna, 2002

CARUSI C., *“Forme di responsabilità e danno”*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, vol. IV, Attuazione e tutela dei diritti, Tomo III, p. 460 ss.

CERBO P., *“Le sanzioni alternative nell’attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)”*, in *rivista Urbanistica e Appalti*, 2010

CERULLI IRELLI V., *“Corso di diritto amministrativo”*, Torino, 1997, p. 365

CLARICH M., *“L’effettività della tutela nell’esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo”*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998, p.540

DE FELICE S., *“Prevalente giurisprudenza sui criteri di liquidazione del danno per attività lesiva della pubblica amministrazione e penalità da ritardo (astreintes)”*, in *Archivio Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativi*, 2019

DE LUCA M., *“La clausola penale”*, Milano, 1998

DE NOVA G., *“Clausola penale”*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ, II, 4a ed., Torino, 1988, p. 377 ss.

- DE NOVA G., “*Le clausole penali e la caparra confirmatoria*”, Rescigno, Torino, 1982, p. 412 ss.
- DE PAOLIS M., “*Eccessiva durata del processo: risarcimento del danno*”, Rimini, 2012
- DEODATO F., “*Le astreintes e i margini per la loro modificabilità nell’ambito della cd. “ottemperanza per chiarimenti”*”, in Nota a Adunanza Plenaria, sentenza 9 maggio 2019, n.7
- DI MAJO A., “*Astreinte. I confini mobili della responsabilità civile*”, in Giur. It., 2016, p. 562
- DI MAJO A., “*La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*”, in La funzione deterrente della responsabilità civile, Sirena, p. 17 ss.
- DI MAJO A., “*Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*”, in Giur. it., 2017
- DI MAJO A., “*Profili della responsabilità civile*”, Torino, 2010, p. 65 ss.
- DI STEFANO F., “*Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell’art. 614 bis c.p.c.*”, in Esecuz. forzata, 2009, p. 4
- FABIANI M., “*Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*”, in Soc., 2010, p. 1142 ss.
- FOLLIERI E., “*Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalto pubblici*”, in rivista Urbanistica e Appalti, 2011
- FRANZONI M., “*Dei fatti illeciti, art. 2043-2059*”, in Comm. c.c. Scialoja-Branca a cura di Galgano, Bologna-Roma 1993, p. 1245 ss.
- FRIGNANI A., “*Le penali di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*”, in Riv. dir. civ., 1981, I, p. 506 ss.
- GAMBIOLI I., “*Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*”, in GI, 2016, 1283 ss.
- GASTALDO V., “*Commento a D.lg. 2 luglio 2010, n. 104 – art. 114*”, estratto da “Codice dell’esecuzione forzata”, Giuffrè Editore, 2015
- GIACCHETTI S., “*Giustizia amministrativa: alla ricerca dell’effettività smarrita*”, Milano, 1996, p. 458
- GIACCHETTI S., “*Relazione al Convegno per l’anniversario dell’istituzione del C.G.A.*”, pubblicata in Giur. Amm. Sic. 1988, II, p. 36 ss.
- GUCCIONE G., “*L’astreinte amministrativa. Problematiche applicative dell’art. 114 c.p.a., comma 4 lett. e) e prime applicazioni giurisprudenziali*”, in Rass. Avv. Stato, n. 2012
- IANNOTTA R., “*Osservazioni a Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 1998, n. 1487*”, in Foro Amministrativo, 10, 1998, p. 321
- LOMBARDI A., “*Il nuovo processo civile*”, Commento organico alla legge di riforma del processo civile, Roma, 2009
- MANDRIOLI C., “*Diritto processuale civile*”, Torino, 2002, p. 146
- MANDRIOLI C., CARRATTA A., “*Come cambia il processo civile*”, Torino, 2009
- MESSINETTI D., voce “*Personalità (diritti della)*”, in Enc. dir., vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 396-469 ss.

- MONATERI G., “*La responsabilità civile*”, in Tratt. dir. civ., Torino 1998
- MOSCATI E., sotto la voce “*Pena*” (diritto privato), in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982
- PATRONI GRIFFI F., in “*Trattato di diritto amministrativo*”, Milano, 2000
- PETRELLI G., “*Verso i danni punitivi*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2017, p. 1216 ss.
- PILADE CHITI M., “*I nuovi poteri del giudice amministrativo: i casi problematici delle sanzioni alternative e delle astreintes*”, Milano, Giuffrè, 2012, p. 8-11-13-22
- PONZANELLI G., “*I segnali della responsabilità civile*”, in *Contratto e Impresa*, 2010, p. 1223 ss.
- PUGLIESE F., “*Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e attività amministrativa*”, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Amm.*, 1999, p. 615
- SALVI C., “*La responsabilità civile*”, II edizione, Milano, 2005, p. 312 ss.
- SALVI C., “*Il danno extracontrattuale, Modelli e funzioni*”, Napoli 1985, p. 88 ss.
- SANDULLI A. M., “*Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*”, Napoli, 1963, p. 412
- SCALISI V., “*Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*”, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 676 ss., ed anche in “*La funzione deterrente della responsabilità civile*”, a cura di Sirena, cit., p. 122 ss.
- SCOCA F. G., “*Natura e funzione dell’astreinte nel processo amministrativo*”, in *Corriere Giuridico*, 2014
- SCOGNAMIGLIO R., “*Dei contratti, in generale, artt. 1321-1352*”, Bologna-Roma, 1970
- SESTA M., “*Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*”, in *Famiglia e diritto*, 2017
- SIRENA P., “*Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell’arricchimento senza causa*”, in *Riv. dir. civ.*, 2006; “*Atti del convegno per il cinquantenario della rivista, Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma*”, p. 534; “*Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*”, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, IV, Milano 2006
- TEDIOLI F., “*Osservazioni critiche all’art. 614bis c.p.c.*” in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2013
- TRAVI A., “*Lezioni di giustizia amministrativa, XIII Ed.*”, Torino 2019, p. 389 ss.
- TRAVI A., “*Lezioni di giustizia amministrativa*”, 2012, p. 370-376
- TRIMARCHI P., “*Causalità e danno*”, Milano 1967, p. 53 ss.
- VACIRCA V., “*L’impugnazione dei provvedimenti adottati dal commissario giudiziale ad acta*”, in *Foro amministrativo*, 1982, p. 285
- VALLONE G., “*Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell’art. 614-bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015, n. 132 di conversione del D.l. 27 giugno 2015, n. 83)*”, in *REF*, 2016, 34 ss.
- VENUTI M. C., “*Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*”, Padova, 2004, p. 139

VINCRE S., *“Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015”*, in *RDPRr*, 2017, p. 368 ss.

VIOLA L., in materia, *“Le astreintes nel nuovo processo amministrativo”*, in rivista *Urbanistica e Appalti*, 2011

VULLO E., *“L’esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea”*, in *RDPRr*, 2004, 727 ss.

ZOPPINI A., *“La pena contrattuale”*, Milano, 1991, p.160

Sitografia

ASPRELLA C., PALMA M., “L’ esecuzione della sentenza amministrativa”, in judicium.it

CAPPONI B., “*Ancora su astreinte e condanna civile*”, in www.judicium.it

CASALE E. M., “*Astreintes ed ottemperanza tra novità del codice del processo amministrativo e prime applicazioni pretorie*”, in www.neldiritto.it, 2012

LIPARI M., “*L’effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*”, in www.federalismi.it, 2010, p. 40-56 ss.

PASSERELLI DI NAPOLI G., “*L’ottemperanza per l’attuazione delle sentenze di condanna della P.A. al pagamento di somme di denaro, note a margine della sentenza TAR Campania, Salerno, sez. I, 25 marzo 2014, n. 622*” in Banca Dati, GiustAmm.it

PROTO PISANI A., “*Appunti sulla mediazione e conciliazione*”, in *Foro.it.*, 2010, p. 142 ss.

SACCHI M., “*Astreintes e penalità di mora*”, in Altalex, 19 novembre 2012

SALAMONE V., “*I riti speciali nel nuovo processo amministrativo*”, in GiustiziaAmministrativa.it, 2010

VINCRE S., “*Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015*”, in *RDPRr*, 2017, 368 ss.

Giurisprudenza

Cassazione

Corte Cassaz., sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613
Corte Cassaz., sez. III, 18 giugno 2003, n. 9709
Corte Cassaz., sez. lav., 12 maggio 2015, n. 9616
Corte Cassaz., sez. lav., 18 giugno 2012, n. 9965
Corte Cassaz., sez. trib., 1° dicembre 2004, n. 22565
Corte Cassaz., SS. UU., 23 luglio 2001, n. 10012
Corte Cassaz., SS. UU., 19 gennaio 2007, n. 1183
Corte Cassaz., SS. UU., 9 novembre 2011, n. 233002
Corte Cassaz., SS. UU., 19 gennaio 2012 n. 736
Corte Cassaz., SS. UU., 5 luglio 2017, n. 16601

Consiglio di Stato

Cons. Stato, Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23
Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 1982, n. 19
Cons. Stato, Ad. Plen., 19 marzo 1984, n. 6
Cons. Stato, Ad. Plen., 3 luglio 2012, n. 4
Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15
Cons. Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2
Cons. Stato, Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7
Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 1992, n. 162
Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 1993, n. 688
Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 1997, n. 305
Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2000, n. 487
Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2002, n. 2856
Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 5352
Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2010, n. 443

Cons. Stato, sez. IV 4 marzo 2011, n. 1415
Cons. Stato, sez. V, 1° aprile 2011, n. 2070
Cons. Stato, sez. VI, 5 luglio 2011, n. 4037
Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688
Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 591
Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 759
Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2348
Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2012, n. 2744
Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3272
Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2012, n. 3397
Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1975
Cons. Stato, sez. IV, 1° aprile 2015, n. 170
Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2019, n. 3300

TAR

TAR Basilicata, sez. I, 21 luglio 2011, n. 416
TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 29 luglio 2008, n. 1120
TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 9 giugno 2011, n. 842
TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 23 febbraio 2012, n. 959
TAR Campania, Napoli, sez. IV, 18 settembre 2014, n. 4975
TAR Lazio, Roma, sez. III, 26 ottobre 2009, n. 10413
TAR Lazio, Roma, sez. I, 29 dicembre 2011, n. 10305
TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 31 gennaio 2012, n. 1080
TAR Liguria, Genova, sez. II, 13 novembre 2006, n. 1528
TAR Marche, Ancona, sez. I, 7 marzo 2013, n. 841
TAR Piemonte, sez. I, 17 novembre 2011, n. 1197
TAR Puglia, Bari, sez. I, 10 marzo 2011, n. 409
TAR Puglia, Bari, sez. III, 13 gennaio 2012, n. 168
TAR Puglia, Bari, sez. III, 26 gennaio 2012, n.254

TAR Puglia, Bari, sez. III, 27 agosto 2012, n. 1599

TAR Sicilia, Catania, sez. I, 7 gennaio 2013, n. 4

TAR Sicilia, Catania, sez. I 1° febbraio 2013, n. 347

Altre Corti

CEDU, Grande Camera, 29 marzo 2006, *Cocchiarella c. Italia*

CEDU, 21 dicembre 2010, *Gaglione c. Italia*

CGUE, 25 novembre 2003, C. Spagna, n. 278

C. G. A. (per la regione Sicilia), 22 gennaio 2013, n. 26

Trib. Reggio Emilia, 18 aprile 2012, n. 712

Trib. Roma, sez. XI, 11 gennaio 2010

Trib. Varese, sez. I, ord. 7 maggio 2010

Trib. Verona, sez. III civ., ord. 1° ottobre 2010

Trib. Torino, sez. IX, ord. 27 gennaio 2009