

## **processo amministrativo – giudizio di ottemperanza – astreinte**

Penalità di mora e modificabilità in sede di ottemperanza. Rimessione all'Adunanza Plenaria. Cons. St., sez. V, ord., 4 marzo 2019, n. 1457, commento a cura dell'Avv. Silvia Albanese.

Fatto. Il Consiglio di Stato, in parziale riforma della sentenza del TAR, confermava l'annullamento della determinazione dirigenziale del Comune \_\_\_\_ di approvazione della graduatoria della gara per l'individuazione del soggetto concessionario di un impianto sportivo e ordinava la riedizione della valutazione delle offerte da parte di una commissione diversamente composta.

A seguito dell'inerzia del Comune, il giudice in sede di ottemperanza comminava l'applicazione di una penalità di mora a norma dell'art. 114, co.4, lett. e), c.p.a. e, per l'ipotesi di prolungamento dell'inottemperanza, prevedeva inoltre un meccanismo di progressivo incremento automatico dell'entità della penale.

Anche a seguito della sentenza, il Comune rimaneva inadempiente e formulava una richiesta di chiarimenti a norma dell'art. 112, co.5, c.p.a., a fronte della quale il Collegio dava seguito con le opportune precisazioni.

Con successivo ricorso in ottemperanza, il beneficiario della penalità di mora, agiva per l'attuazione della sentenza e della successiva ordinanza di chiarimenti, in relazione all'obbligo del Comune di corrispondere l'importo maturato quale penalità di mora, non avendo l'amministrazione spontaneamente provveduto.

Il commissario *ad acta* ad uopo nominato avanzava al Collegio una richiesta di chiarimenti in relazione alle modalità di esecuzione dell'ordinanza, con particolare riguardo all'adempimento dell'obbligo di pagamento di una penalità di mora la cui entità perviene a dimensioni di manifesta iniquità o di contrarietà ad altre ragioni ostative.

Decisione. La Quinta Sezione del Consiglio di Stato deferisce all'Adunanza Plenaria 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.

Con riferimento al primo motivo di rimessione alla Plenaria, il Collegio richiama i principi elaborati dall'Adunanza Plenaria n. 15 del 25 giugno 2014 e ribadisce che *l'astreinte* è una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadrabile nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civile indirette, volta a vincere la resistenza del debitore per indurlo ad adempiere

## **processo amministrativo – giudizio di ottemperanza – astreinte**

all'obbligo sancito a suo carico dalla decisione del giudice.

In quanto tale, la penalità di mora non ha funzione riparatoria, bensì natura strumentale e sanzionatoria, in quanto mira a sanzionare l'inosservanza alla statuizione giudiziaria, inducendo il debitore all'adempimento.

Il che rende in ipotesi cumulabile la penalità con l'eventuale risarcimento del danno su domanda di parte richiesto alla parte vincitrice che dal ritardo conseguente all'inottemperanza ha subito un detrimento economico.

Ne discende che la penalità di mora può essere disposta anche in relazione a decisioni di condanna dell'amministrazione a prestazioni pecuniarie.

La penalità di mora, però, può essere applicata purché vengano rispettati determinati limiti: da un lato la manifesta iniquità della misura, dall'altro la sussistenza di «*altre ragioni ostative*», quest'ultime modulate sulla natura pubblica del debitore, con particolare riferimento «*alle difficoltà nell'adempimento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici*» (cfr. in proposito anche Cons. Stato, IV, 13 aprile 2016, n. 1444).

Nel caso in cui si superino i limiti della manifesta iniquità rispetto all'oggetto o al valore concreti della controversia, ovvero delle altre ragioni ostative, si integrerebbe la violazione dei principi immanenti nel nostro ordinamento di proporzionalità, congruenza e ragionevolezza.

Si pone, a questo punto, la necessità di chiarire quali siano gli strumenti e i termini del controllo giudiziale circa la «*non manifesta iniquità*» e l'insussistenza di «*altre ragioni ostative*» nell'applicazione della *penalità di mora* a norma dell'art. 114, comma 4, lett. e), Cod. proc. amm.

In particolare, è opportuno indagare se il controllo giudiziale circa la «*non manifesta iniquità*» e l'insussistenza di «*altre ragioni ostative*» nell'applicazione della *penalità di mora* a norma dell'art. 114, comma 4, lett. e), cod. proc. amm., debba avvenire nella sola fase di comminatoria della misura, senza che poi più possa il giudice intervenire alla luce di modalità e tempi di avvenuto adempimento e di altri fatti sopravvenuti, a causa di una cristallizzazione della decisione in una sorta di giudicato intangibile; oppure se la misura possa, per dette o altre ragioni, essere poi ridefinita, in fase di attuazione, attraverso lo strumento dei chiarimenti sulle modalità d'ottemperanza o altre forme.

Di fronte a tale questione, il Collegio rileva la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale (che giustifica il deferimento all'Adunanza Plenaria).

Secondo un primo orientamento, in presenza di un'*astreinte* divenuta manifestamente iniqua, i chiarimenti in sede d'ottemperanza ex art. 112, comma 5, cod. proc. amm., non sono la sede

## **processo amministrativo – giudizio di ottemperanza – astreinte**

per riportare ad equità il *quantum* della penalità di mora, perché non possono modificare il contenuto della sentenza d'ottemperanza.

Di diverso avviso è, invece, il Collegio rimettente che ritiene ammissibile una revisione in sede di chiarimenti del capo della sentenza d'ottemperanza che abbia imposto una penalità di mora manifestamente iniqua.

Questa posizione viene assunta sulla base di molteplici argomentazioni.

In primo luogo, il Collegio ritiene che, nell'ambito dei molteplici poteri e competenze attribuiti al giudice in sede di ottemperanza, la statuizione di una penalità di mora vada considerata alla stregua di una misura strumentale di amministrazione dell'esecuzione della sentenza e, come tale, estranea alla funzione propria del *ius dicere* e dunque non passibile di formare un autentico giudicato: perciò la misura disposta non resta intangibile, com'è invece proprio delle statuizioni passate in giudicato.

Il Consiglio di Stato, aderendo a precedenti pronunce della stessa Sezione, ritiene che l'*astreinte* costituisca mezzo di coercizione indiretta nel tempo in cui l'amministrazione debitrice permane nella mera condizione di inadempiente con propri mezzi (ovvero dalla pronuncia dell'ordine di ottemperanza alla nomina del commissario *ad acta*).

Al contrario, una volta intervenuta la surrogatoria nomina del commissario *ad acta*, diviene irragionevole ritornare alla più contenuta *astreinte*.

Ciò, tuttavia, nel solo caso in cui la penalità di mora perduri in misura non iniqua.

Diversamente si giungerebbe alla paradossale circostanza che l'ordinamento proteggerebbe un rimedio compulsorio che nella realtà pratica ed economica viene a porsi come più prezioso dello stesso bene della vita che si mirava ad ottenere in origine.

Con la conseguenza che ci si troverebbe di fronte ad un sostanziale arricchimento senza causa generato da un atto del giudice.

È evidente l'effetto distorsivo di un tale meccanismo; per cui è necessario rinvenire all'interno dell'ordinamento processuale la soluzione a situazioni di manifesta iniquità o sussistenza d'altre ragioni ostative all'applicazione dell'*astreinte* che venissero in rilievo dopo la statuizione sanzionatoria.

Ciò chiarito, il Supremo Consesso si pone l'ulteriore quesito della portata degli effetti della pronuncia modificativa: se sia possibile che la revisione della misura possa avere effetto anche retroattivo, incidendo – in ragione dell'avvenuta soddisfazione dell'interessato e delle sue modalità - sul debito già maturato per via delle pregresse violazioni, inosservanze o ritardi dell'amministrazione.

## **processo amministrativo – giudizio di ottemperanza – astreinte**

Come accennato, non avendo l'*astreinte* natura risarcitoria, la revisione nulla sottrarrebbe al risarcimento degli eventuali danni, secondo le regole sue proprie, per il ritardo nell'adempimento.

Le medesime ragioni illustrate a sostegno della possibilità di mutare il precetto sanzionatorio conducono il Consiglio di Stato ad affermare che la revisione possa esplicare effetti anche rispetto al passato, secondo la prudente valutazione del giudice dell'ottemperanza, con il solo limite dell'irretroattività *in peius* della misura (cfr. Cons. Stato, IV, 14 maggio 2015, n. 2444; 22 maggio 2014, n. 2653).

Del resto, una volta chiarita la natura solo strumentale e sanzionatoria dell'*astreinte*, parrebbe irragionevole al Collegio negarne la modificabilità al variare delle circostanze postene a fondamento; tanto più allorché le conseguenze pratiche dell'applicazione della misura diano luogo a risultati economici manifestamente sproporzionati, incongrui, irragionevoli.

In conclusione, il Collegio nel rimettere i summenzionati quesiti all'Adunanza Plenaria, ritiene che il controllo sulla sopravvenuta, manifesta iniquità e la sussistenza di altre ragioni ostative alla penalità di mora possa avvenire, oltretutto in sede di statuizione, altresì nella fase di attuazione della penalità, anche con effetti rispetto al passato, con l'unico limite del divieto di applicare retroattivamente misure maggiormente afflittive.

Strumento idoneo a consentire siffatto controllo appare la risposta ai chiarimenti in sede d'ottemperanza a norma degli artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, Cod. proc. amm..