

L'AZIONE DI CHIARIMENTI IN SEDE DI OTTEMPERANZA

SOMMARIO: 1. Premessa: inquadramento sistematico dell'azione di chiarimenti. – 2. I caratteri essenziali del giudicato amministrativo. – 3. I caratteri essenziali del giudizio di ottemperanza. – 4. Il giudizio di chiarimenti: disciplina e natura giuridica. – 5. Le applicazioni giurisprudenziali: Cons. St., Sez. V, ord. n. 1457/2019. – 5.1. La penalità di mora: disciplina e controversie. – 5.2. L'ordinanza di rimessione. – 5.3. La soluzione dell'Adunanza Plenaria (*A.P. 9 maggio 2019, n. 7*). – 5.4. Brevi cenni ai profili differenziali delle *astreintes* in ambito civilistico. – 6. Conclusioni.

1. Premessa: inquadramento sistematico dell'azione di chiarimenti.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale assume rilevanza centrale nel sistema processuale nazionale e sovranazionale, rivolgendosi sia al legislatore, che deve predisporre un'ampia rete di protezione nei confronti dei soggetti lesi nelle loro posizioni giuridiche, sia al giudice, che deve approntare un'adeguata tutela alle situazioni giuridiche soggettive di cui i consociati siano titolari.

Il fondamento costituzionale di siffatto principio è da ricercarsi negli artt. 24, 111 e 113 Cost., che impongono al legislatore di assicurare l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale, nell'alveo del più generale principio del giusto processo, positivizzato dall'art. 2 c.p.a.

Tali disposizioni rimarrebbero, tuttavia, mere enunciazioni di principio se l'ordinamento non apprestasse un mezzo volto a far sì che il bene della vita -o, comunque, l'utilità sostanziale- riconosciuto al ricorrente vittorioso dalla sentenza gli venisse concretamente attribuito, a prescindere dalla solerzia -o dalla inerzia- dell'amministrazione soccombente. È stato, così, introdotto, fin dal T.U. Cons. Stato, e oggi dal c.p.a., l'istituto dell'ottemperanza, strumento da attivare per ottenere l'esecuzione di una decisione pronunciata nei confronti della p.a. sulla quale grava l'obbligo di conformarsi.

Il carattere sovente complesso, dinamico e "aperto" (*v., infra, amplius*) del giudicato amministrativo rende, però, non sempre agevole per l'amministrazione soccombente, o per il commissario *ad acta*, che fosse stato *medio tempore* nominato, individuare l'esatta portata del *dictum* giudiziale da ottemperare. Per

rendere, quindi, più rapida e agevole l’esecuzione della sentenza, il legislatore ha inserito all’interno della disciplina del giudizio di ottemperanza gli artt. 112 co. 5 e 114 co. 4 lett. e) c.p.a. disciplinanti il c.d. **giudizio di chiarimenti**, ossia un mezzo con cui colui sul quale incombe l’obbligo di eseguire la pronuncia del giudice civile o amministrativo può formulare delle richieste sulle modalità di attuazione del precetto giudiziale.

Stante la collocazione sistematica del giudizio di chiarimenti non è, comunque, possibile approfondire ulteriormente il punto, senza precedentemente aver trattato della disciplina dell’esecuzione delle sentenze.

È questo, d’altronde, il medesimo percorso logico seguito anche dall’Adunanza Plenaria nel decidere in ordine alla possibilità di **modificare proprio in sede di chiarimenti la penalità di mora**. Ebbene, il supremo consesso della giustizia amministrativa è pervenuto alla decisione affermativa all’esito di una corposa motivazione in cui l’istituto dell’ottemperanza è stato esaminato *funditus*; e anzi proprio le conclusioni a cui il Consiglio di Stato è pervenuto in ordine alla natura giudica dell’ottemperanza hanno giustificato la predetta soluzione affermativa, secondo quanto si osserverà nel prosieguo.

2. I caratteri essenziali del giudicato amministrativo.

Prima di affrontare l’esame del giudizio di ottemperanza e, in particolare, dell’azione di chiarimenti esercitabile in questa sede, appare opportuno delineare i **tratti principali del giudicato amministrativo**, poiché essi influenzano considerevolmente, come si vedrà d’appresso, proprio le caratteristiche dell’ottemperanza.

All’interno del c.p.a. **manca una specifica definizione normativa** di *res iudicata*, sì da rendere necessario il riferimento a due disposizioni “civilistiche”: **l’art. 324 c.p.c. e l’art. 2909 c.c.**

La prima disciplina il c.d. **giudicato formale**; la seconda il **c.d. giudicato sostanziale**.

Per **giudicato formale** deve intendersi, secondo **l’art. 324 c.p.c.**, l’impossibilità di sottoporre la decisione giudiziale a mezzi di impugnazione ordinari, o perché questi sono già stati infruttuosamente esperiti, o perché sono spirati i termini preparentori- per la loro proposizione.

La nozione di **giudicato sostanziale**, invece, è quella prevista **dall’art. 2909 c.c.**, a norma del quale *“l’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”*.

Quanto agli effetti del giudicato, questi possono essere distinti in costitutivi, preclusivi e conformativi.

I primi consistono nell’eliminazione dell’atto annullato e nel ripristino dello status *quo ante* illegittimamente mutato dall’attività amministrativa. Il provvedimento illegittimo viene così travolto dalla sentenza di annullamento che

ha -normalmente ma ormai non più indefettibilmente¹- efficacia *ex tunc*.

Gli effetti preclusivi, invece, si articolano nella **c.d. efficacia negativa e positiva**. Con la prima, si intende la non proponibilità di alcun nuovo giudizio sulla stessa questione; l'efficacia positiva, invece, attiene all'accertamento cristallizzato nel giudicato e di cui ogni giudice in altri giudizi dovrà tenere conto come realtà storica (tendenzialmente) incontrovertibile.

Quanto agli effetti conformativi, questi afferiscono al c.d. riesercizio del potere, in quanto l'amministrazione che intervenga nuovamente sulla vicenda oggetto della decisione non è libera ma deve tener conto dei vincoli, appunto conformativi, che discendono dal giudicato. La p.a. è tenuta, cioè, ad evitare la ripetizione dei vizi stigmatizzati nella motivazione della sentenza di annullamento. **Peraltro, l'effetto conformativo è più penetrante nel caso di accoglimento del ricorso per motivi sostanziali**, posto che in tal caso l'amministrazione vede ridurre la propria sfera di discrezionalità mentre in presenza di vizi procedurali il contenuto finale del provvedimento, adottato a seguito di un *iter* emendato dal vizio, può essere il più vario e, persino, identico a quello del provvedimento precedente.

Ad ogni modo, onde evitare il riesercizio all'infinito del potere amministrativo, è stata introdotta giurisprudenzialmente **la regola del c.d. one shot temperato**: dopo il giudicato di annullamento, **l'amministrazione può manifestare il potere e negare il bene della vita solo un'altra volta**, esponendo tutti i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza del privato, salvo che successivamente non si appalesino fatti nuovi, diversi e aggiuntivi, tali per i quali l'amministrazione debba negare al privato il bene della vita in forza delle suddette sopravvenienze.

3. I caratteri essenziali del giudizio di ottemperanza.

Delineati i tratti essenziali del giudicato, è necessario considerare il problema specifico dell'ottemperanza.

Come osservato, **il giudizio di ottemperanza, previsto dal Libro quarto, Titolo I, del c.p.a., è lo strumento che consente di ottenere l'esecuzione di una sentenza (o di altro provvedimento ad essa assimilato) pronunciata nei confronti della p.a. su cui grava l'obbligo di conformazione.**

L'elenco dei provvedimenti suscettibili di ottemperanza è fornito dall'art. 112 c.p.a. Pur non potendo essere esaminata *funditus* in questa sede, non può non notarsi come in forza di tale disposizione, affinché l'ottemperanza sia proponibile, occorre che la sentenza del giudice amministrativo sia **esecutiva ma non serve necessariamente che essa sia passata in giudicato formale (v. *supra*, *amplius*)**, mentre tale ultimo requisito è previsto per le decisioni del

¹ La giurisprudenza amministrativa è, infatti, ormai orientata nel senso di riconoscere al giudice il potere di modulare l'efficacia temporale della sentenza di annullamento, specie quando dall'esplicarsi del normale effetto retroattivo del giudicato caducatorio deriverebbe pregiudizio allo stesso interesse sostanziale posto alla base del ricorso.

giudice civile pronunciate nei confronti di una p.a., in quanto il legislatore, a garanzia del principio di separazione tra distinti plessi giurisdizionali, ha ritenuto tollerabile l'ingerenza del giudice amministrativo in materia devoluta alla giurisdizione del giudice civile solo quando la *potestas iudicandi* di quest'ultimo sia stata integralmente esercitata; e del resto, quando si pronuncia sull'esecuzione di un giudicato civile, il giudice dell'ottemperanza vede ridotti i propri poteri, che divengono di stampo schiettamente esecutivo, non potendo operarsi alcuna integrazione di un giudicato reso da altra autorità.

La giurisprudenza della Corte EDU afferma, comunque, che ai sensi dell'art. 6 CEDU, nel "diritto ad un processo equo" deve ricomprendersi il diritto all'esecuzione del giudicato.

Una volta ottenuto il riconoscimento delle proprie ragioni all'esito del giudizio civile o amministrativo, il privato vanta un interesse -o, per altri, un vero e proprio diritto soggettivo- a che l'amministrazione si conformi al giudicato.

Ove la pretesa non venga soddisfatta spontaneamente, dunque, il ricorrente vittorioso può utilizzare l'ottemperanza come giudizio mediante il quale ottenere la concretizzazione degli effetti favorevoli della pronuncia giurisdizionale negati illegittimamente dall'amministrazione con un comportamento omissivo.

Il giudizio di ottemperanza rappresenta **la più importante ipotesi di giurisdizione estesa al merito** attribuita al giudice amministrativo, potendo questi sostituirsi integralmente alla p.a. inadempiente.

La ratio giustificatrice di tale ampiezza di cognizione va rinvenuta nella circostanza per cui, pur essendo obbligata a conformarsi al giudicato, l'amministrazione **conserva un certo margine di discrezionalità** nell'attuazione del *dictum* giudiziale e la scelta che essa opera **non sempre risulta soddisfacente** dell'interesse del privato; sicché l'attribuzione al giudice amministrativo di un penetrante sindacato sull'atto adottato dalla p.a. in sede di ottemperanza consente di verificare se realmente il consociato abbia ottenuto l'utilità che gli spetta e che potrebbe essere frustrata non solo dall'inottemperanza ma anche dall'inesatta ottemperanza.

Si tratta, in altri termini, di **accertare l'effettiva corrispondenza tra la regola del caso concreto enunciata in sentenza e il modo con cui le viene data attuazione in sede amministrativa.**

Da sempre è dibattuta la **natura giuridica** del giudizio di ottemperanza.

Sul punto si contrappongono **tre orientamenti.**

Per il **primo orientamento**, ad oggi minoritario, il giudizio di ottemperanza avrebbe **natura di processo esecutivo.** Da siffatta qualificazione discende l'obbligo di esecuzione gravante sull'amministrazione, senza che sia necessario un accertamento dal giudice dell'ottemperanza.

Per il **secondo orientamento** il giudizio di ottemperanza avrebbe **natura cognitoria.** Si valorizza la natura di giurisdizione estesa al merito, con conseguente possibilità per il G.A. di sostituirsi all'amministrazione inadempiente nell'individuazione dei provvedimenti che meglio attualizzino

l'interesse del privato sotteso al giudicato stesso. In tal senso, il giudizio di ottemperanza si conclude con una sentenza che determina il contenuto del comportamento che la p.a. deve tenere.

L'orientamento prevalente in giurisprudenza propende, invece, per la **natura mista** del giudizio di ottemperanza.

In quanto **giudizio cognitorio**, il giudice accerta l'inadempimento dell'amministrazione e individua il mezzo necessario a rendere effettivo l'ordine di esecuzione; in quanto **giudizio di esecuzione**, il giudice assegna alla p.a. un termine per provvedere e nomina un commissario *ad acta* qualora l'inottemperanza persista.

Cons. St., Ad. Plen. n. 2/2013 ha sostanzialmente aderito a tale ricostruzione. Secondo il Consiglio di Stato, l'analisi delle norme contenute nel c.p.a. porta ad affermare la **polisemicità del giudizio di ottemperanza**, posto che in esso sono convogliate azioni esecutive e cognitive, il cui **fattore comune** è da ricercarsi nell'esistenza di una sentenza esecutiva di cui occorra assicurare l'attuazione l'art. 24 Cost.

4. Il giudizio di chiarimenti: disciplina e natura giuridica.

Il giudizio di ottemperanza, che già ha sollevato problemi in ordine alla sua natura giuridica (v., *supra*, *amplius*, § precedente), è stato oggetto di particolare attenzione in relazione alla richiesta di chiarimenti ivi esperibile.

Come accennato, con gli artt. 112 co. 5 e 114 co. 7, c.p.a. è stata introdotta la possibilità di proporre ricorso anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alla modalità di ottemperanza.

L'introdotta istituto ha sollevato **quattro ordini di problemi: la sua effettiva utilità, la legittimazione ad agire, la natura giuridica e il contenuto dei chiarimenti.**

In ordine alla prima questione, la giurisprudenza (*Cons. St. n. 796/2008 e 7809/2009*), già prima dell'introduzione del c.p.a., ha precisato che l'utilità della c.d. ottemperanza di chiarimenti si colga rilevando come il giudicato amministrativo spesso ponga una regola incompleta o implicita che spetta al giudice dell'ottemperanza portare alla luce, al fine di dare un concreto contenuto all'obbligo discendente dalla sentenza, sì da poterne rendere manifesti gli effetti. Naturalmente – e ciò conduce ad affrontare il profilo, strettamente connesso, della **legittimazione ad agire “in chiarimenti”** – la parte cui spetta adire il giudice dell'ottemperanza per ottenere la specificazione della *regula iuris* discendente dal giudicato è proprio quella che tale *regula* deve applicare, ossia **l'amministrazione soccombente** o il **commissario ad acta** nel frattempo nominato dal giudice dell'ottemperanza o già dal giudice della cognizione. Sicché, mentre il giudizio di ottemperanza è attivabile solo dalla parte vittoriosa al fine di vedere attuato l'obbligo di cui si sia resa inadempiente l'amministrazione, **il ricorso per chiarimenti può essere viceversa proposto**

dalla parte soccombente.

Il punto, a ben vedere, interseca quello della **natura giudica** dell’istituto dell’ottemperanza di chiarimenti (*rectius*, dei chiarimenti chiesti mediante il ricorso in ottemperanza), oggetto di acceso dibattito.

In argomento paiono individuabili quattro posizioni.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale (*Cons. St. A.P., 15 gennaio 2013, n. 2*), vi sarebbe una diversità strutturale tra azione di chiarimenti e azione di ottemperanza, in quanto l’art. 112 co. 5 c.p.a. non discorre di “azione di ottemperanza” ma di **“ricorso” in ottemperanza quale strumento processuale** esperibile per sollecitare il giudice a fornire un indirizzo sul comportamento che la p.a. deve seguire *in executivis*. Da ciò discenderebbe anche che tale azione possa essere esperita, come rilevato *supra*, **solo dalla parte soccombente.**

Cons. St., Sez. IV, n. 5409/2015 si discosta parzialmente dall’esaminata esegesi e, pur ritendo che *“il ricorso per ottenere chiarimenti ha delle sue particolari specificità che conferiscono a tale strumento una natura giuridica diversa dall’azione di ottemperanza intesa tout court”*, sostiene che il rimedio *de quo* si configura non come mero strumento processuale, bensì quale **azione esecutiva di accertamento** idonea ad eliminare le incertezze che attengono all’esercizio del potere conformativo della p.a.

Un diverso indirizzo (*Cons. St., Sez. V, n. 4141/2015*) attribuisce, invece, al ricorso in esame la natura di **azione autonoma** volta all’accertamento dell’esatto contenuto della sentenza: *“esso infatti non può essere qualificato quale semplice strumento di “attuazione” del comando giudiziale (ex art. 112. comma 2), né come mera azione “esecutiva” in senso stretto (ex art. 112, comma 3)”*.

Osserva il Consiglio di Stato, inoltre, che *“il ricorso è proponibile dalla stessa parte soccombente nel giudizio di cognizione, non postula, come l’azione di ottemperanza, una espressa volontà di non ottemperanza o una situazione di inottemperanza, né una situazione di violazione o di elusione del giudicato, presupponendo piuttosto dubbi o incertezze sull’esatta portata del comando giuridico oggetto dell’obbligo conformativo.*

Altresì, questo orientamento **esclude che ai chiarimenti possa essere attribuita la natura di incidente di esecuzione**, posto che dal punto di vista logico l’art. art. 114, comma 7 si pone al di fuori del vero e proprio giudizio di ottemperanza.

Altra tesi (*Cons. St., Sez. V, n. 4232/2017*) ritiene, infine, l’ottemperanza di chiarimenti **un mero incidente di esecuzione**, *“utilizzabile quando vi sia una situazione di incertezza da dirimere che impedisce la sollecita esecuzione del titolo esecutivo, per cui essa non può trasformarsi in un’azione di accertamento della legittimità o liceità della futura azione amministrativa, né in un’impugnazione mascherata, che porti di fatto a stravolgere il contenuto della pronuncia”*. A **conferma** del suseposto orientamento è, da ultimo, intervenuta *Cons. St., Sez. VI, n. 5978/2018*, secondo cui la richiesta di chiarimenti **non introduce un’autonoma azione** la cui decisione è idonea al giudicato, bensì **un incidente di esecuzione**. In particolare, *“il rimedio della richiesta di chiarimenti*

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

Nonostante le diversità di impostazioni in ordine alla ricostruzione della natura giuridica dell’ottemperanza di chiarimenti, le tesi esaminate sono tendenzialmente concordi nel ritenere che **il ricorso per chiarimenti possa contenere solo la richiesta di definizione della portata del giudicato e delle modalità per darvi esecuzione**; ad onta, infatti, del silenzio del dato normativo, il riferimento testuale alle “modalità di ottemperanza” fa propendere per negare l’ammissibilità di doglianze volte a modificare o integrare la decisione di merito. In tal senso, i limiti all’esperibilità del chiarimento fanno riferimento alla **necessaria concretezza** della questione che viene sottoposta al vaglio giudiziale in ottemperanza, in coerenza, del resto, con la concretezza e attualità che devono sorreggere l’interesse ad agire in giudizio, anche in sede di chiarimenti.

5. Le applicazioni giurisprudenziali: Cons. St., Sez. V, ord. n. 1457/2019.

Da ultimo, la giurisprudenza (*A.P. 9 maggio 2019, n. 7*) si è occupata del giudizio di chiarimenti con particolare riguardo all’utilizzabilità di tale istituto processuale per richiedere la riduzione **della penalità di mora (c.d. *astreinte*) in sede di ottemperanza**. Naturalmente il quesito sottende una risposta affermativa all’interrogativo concernente la modificabilità *in executivis* delle c.d. *astreintes*. È opportuno, allora, esaminare la problematica nella sua globalità, senza tralasciare l’analisi dell’**ordinanza n. 1457 del 4 marzo 2019**, con cui la **V Sezione del Consiglio di Stato** ha investito della *quaestio iuris* l’Adunanza Plenaria.

5.1. La penalità di mora: disciplina e controversie.

La penalità di mora è un istituto di origine francese regolato nell’ambito del processo amministrativo dall’art. 114 co. 4 lett. e) c.p.a., a tenore del quale *“salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, (il giudice) 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”.*

L’astreinte consiste, dunque, nell’obbligo di pagare una somma di denaro per il ritardo nell’adempimento della prestazione dovuta in forza della sentenza da eseguire ed è definibile come una **misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario**.

Si tratta di strumento che assolve ad una **finalità sanzionatoria e deterrente** ma non risarcitoria (sebbene quest’ultimo punto non sia del tutto pacifico), in quanto non mira a riparare il pregiudizio cagionato dalla (non) esecuzione della sentenza ma vuole punire **la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare al contempo il debitore all’adempimento**. È, poi, istituto **eterogeneo rispetto ai c.d. danni punitivi**, che, ancorché quantificati in misura eccedente rispetto al pregiudizio subito, dovrebbero pur sempre presupporre la causazione di un danno.

Lo strumento, in verità, non rappresenta un’assoluta novità nell’ordinamento, posto che l’istituto “amministrativo” è nato sulla falsariga dell’art. 614-*bis* c.p.c., introdotto dalla legge n. 69/2009 (per le differenze tra gli istituti v. *infra* par. 5.4.). Con tale intervento il legislatore ha mostrato di voler **superare l’atteggiamento di contrarietà verso l’introduzione di strumenti di coercizione indiretta**, motivato probabilmente dalla preoccupazione “liberale” di non gravare eccessivamente sulla sfera giuridica dei consociati; e in effetti, sebbene la previsione di un mezzo volto a realizzare pienamente il principio di effettività della tutela giurisdizione fosse ormai ineludibile², è altrettanto innegabile come gli oneri a cui è costretto il soggetto inadempiente si aggiungono all’originaria prestazione, che deve in ogni caso essere portata a termine, cosicché, come accennato, l’*astreinte* ha in sé anche natura di **vera e propria sanzione, oltre che di mezzo di coercizione indiretta**.

La natura ancipite della penalità di mora sta alla base dell’assunto per cui l’*astreinte* trova **applicazione anche per le sentenze di condanna pecuniaria**.

La giurisprudenza (*Cons. St. Ad. Plen. 25 giugno 2014 n. 15*) è, infatti, giunta alla predetta conclusione proprio valorizzando la funzione (anche) sanzionatoria della penalità di mora, rispetto alla quale il legislatore nazionale, nell’art. 114 c.p.a., **non ha voluto distinguere** per tipologie di condanne la cui inosservanza giustifica il dispiegamento della predetta potestà sanzionatoria; il rimedio dell’ottemperanza, infatti, consente di poter utilizzare tutti i mezzi necessari al fine di assicurare l’esecuzione del precetto giudiziario.

In particolare, l’**Adunanza Plenaria** ha ritenuto **prive di pregio le argomentazioni** spese dall’**orientamento** minoritario volto ad **escludere l’irrogazione di astreintes** per stimolare l’osservanza di **sentenze di condanna**

² Non va trascurato, infatti, che uno dei fattori principali che spiegano il *deficit* di competitività del “sistema-Paese” sia rappresentato proprio dall’inefficienza della “macchina della giustizia” che scoraggia gli investimenti delle imprese, soprattutto straniere, per favorire i quali, citando M. Weber, occorrerebbe, invece, “un diritto che potesse essere calcolato come una macchina”; ebbene, in uno con la lunghezza dei processi, uno dei principali fattori di malfunzionamento della giustizia italiana era rappresentato fino al 2009 (e al 2010 per il processo amministrativo) proprio dalla carenza di strumenti volti a consentire l’effettiva esecuzione delle sentenze civili e amministrative.

al pagamento di somme di denaro, in quanto repute tali da assicurare al creditore un'indebita locupletazione, nonché da configurare un'irragionevole disparità di trattamento tra i creditori di soggetti pubblici e quelli di soggetti privati.

In primo luogo, l'argomento teso a prefigurare un ingiustificato arricchimento viene rigettato attestando la funzione eminentemente sanzionatoria dell'istituto, espressione di una tecnica compulsoria che si affianca, in termini di completamento e cumulo, alla tecnica surrogatoria che permea il giudizio d'ottemperanza. In particolare, la circostanza per cui in sede di ottemperanza sia possibile ottenere la surrogazione di ogni prestazione imposta alla p.a., mediante la nomina di un commissario *ad acta*, svela l'eterogeneità della misura rispetto alla previsione dell'art. 614 *bis* c.p.c., la cui letterale esclusione delle sentenze di condanna aventi ad oggetto somme di denaro trova ragione nella preordinazione dell'istituto a compensare la carenza di ulteriori strumenti -di efficacia comparabile- orientati ad ottenere l'attuazione del *dictum* giudiziale.

D'altra parte, la previsione di una tutela più incisiva nei confronti della p.a. trova fondamento nelle stesse previsioni della Carta fondamentale, atteso che *“la pregnanza dei canoni costituzionali di imparzialità, buona amministrazione e legalità che informano l'azione dei soggetti pubblici, qualificano in termini di maggior gravità l'inosservanza, da parte di tali soggetti, del precetto giudiziale, in guisa da giustificare la previsione di tecniche di esecuzione più penetranti, tra le quali si iscrive il meccanismo delle penalità di mora”*.

Ad ogni modo, il riconoscimento dell'astratta possibilità di concedere le c.d. penalità di mora per stimolare l'adempimento ad una pronuncia di condanna al pagamento di una somma di denaro non si traduce nella automatica irrogazione di misure siffatte, che sono pur sempre soggette ai presupposti enucleati dal citato art. 114, comma 4, lett. e); in particolare la disposizione fa salva la “manifesta iniquità” e la sussistenza di “altre ragioni ostative”, tra le quali la giurisprudenza successiva ha annoverato le oggettive difficili condizioni economiche in cui versa la p.a. debitrice.

Le statuizioni della Plenaria sono state fatte proprie dallo stesso legislatore, che, con la l. 28 dicembre 2015, n. 208 (finanziaria 2016), ha aggiunto un nuovo periodo al citato art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a., prevedendo che *“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”*; la citata disposizione presuppone, evidentemente, l'irrogabilità di penalità di mora per compulsare l'adempimento di obbligazioni pecuniarie.

Si ritiene, infine, che il carattere sanzionatorio delle *astreintes* e la loro finalità di coazione indiretta giustificano il progressivo aumento del loro importo, disposto

dal giudice, nel caso di ulteriore protrazione della condotta inottemperante del debitore.

Ben più controverso -ed è questo il nucleo della *quaestio iuris* portata all’attenzione della Adunanza Plenaria nel 2019- è **se la penalità di mora manifestamente eccessiva possa essere ricondotta ad equità e se tale operazione possa essere condotta in una sede, quella del giudizio di chiarimenti**, che non dovrebbe costituire occasione di rimeditazione di scelte già compiute dal giudice.

Della questione, come accennato, è stata investita l’Adunanza Plenaria con **ordinanza n. 1457 del 4 marzo 2019**, della **V Sezione del Consiglio di Stato**.

5.2. L’ordinanza di rimessione.

Il caso concreto da cui si è originata la remissione è alquanto peculiare e fa emergere tutta la rilevanza anche pratica - e non solo giuridica- del quesito portato all’attenzione della Plenaria.

In una controversia concernente l’affidamento in concessione di un impianto sportivo, la p.a. non eseguiva il giudicato favorevole all’aggiudicatario della commessa pubblica. Per costringere la p.a. all’adempimento, il giudice dell’ottemperanza, adito dall’impresa privata, fissava una determinata penalità di mora attraverso un meccanismo moltiplicativo condizionato alla perduranza dell’inadempimento dell’amministrazione, senza fissazione di un tetto massimo agli aumenti. Ciò comportava negli anni la crescita esponenziale della debenza, arrivata alla cifra astronomica (*iperbolica*, secondo la Plenaria), di *7, 5 miliardi di euro*; cifra, ovviamente, del tutto spropositata e assolutamente slegata dal valore della controversia, di qualche centinaio di migliaia di euro.

Ciò posto, il Consiglio di Stato si chiede quali siano gli **strumenti e i termini di controllo** in ordine alla non manifesta iniquità della penalità di mora e/o alla sussistenza di “altre ragioni ostative” all’applicazione dell’*astreinte* ai sensi dell’art. 114 c.p.a.; l’ordinanza si domanda, poi, **se la misura possa essere ridefinita** in un secondo momento o se la cristallizzazione della decisione rappresenti un’ipotesi di giudicato intangibile; la pronuncia si interroga, infine, sugli effetti temporali di un’eventuale revisione della misura, ossia se essa possa avere **effetto retroattivo**, incidendo sul debito già maturato.

La tematica, invero, ne intercetta un’altra: **la gestione delle sopravvenienze**.

L’esecuzione del giudicato amministrativo, in linea di massima, non può essere il luogo per rimettere in discussione la situazione oggetto del giudizio. Tuttavia, *“nella contrapposizione tra la naturale dinamicità dell’azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, il punto di equilibrio è stato rinvenuto nel principio generale per cui l’esecuzione del giudicato incontra il limite solo delle sopravvenienze di fatto (...) che incidono sulle situazioni durevoli. (...) Il limite intrinseco e ineliminabile sta nel sopravvenuto mutamento della realtà – fattuale*

o giuridica – tale da non consentire l'integrale ripristino dello status quo ante” (Cons. St. Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11).

L'ordinanza **prende una posizione favorevole alla riquantificazione in melius** della penalità di mora in sede di ottemperanza sulla base delle seguenti argomentazioni.

In primo luogo, il giudizio di ottemperanza ha una natura composita, cosicché, quando il carattere incompleto e aperto del giudicato lo consente, il giudice dell'ottemperanza può riempire di contenuto il giudicato, integrandone la *regula iuris* (c.d. giudicato a formazione progressiva).

Altresì la statuizione di una penalità di mora va considerata alla stregua di una misura strumentale di amministrazione dell'esecuzione della sentenza ottemperanda e la statuizione *de quo* non attiene alla *res controversa*, rimanendo estranea alla *res iudicata* sostanziale ex art. 2909 c.c.

In ogni caso non è, comunque, configurabile un giudizio *stricto sensu* di ottemperanza, posto che l'*astreinte* è misura accessoria che non può dar luogo ad alcun accertamento con forza di giudicato.

Date le premesse, la modifica può esplicare effetti anche rispetto al passato, con il solo limite dell'irretroattività *in peius* della misura.

Alla luce di ciò, il **Consiglio di Stato rimette all'Adunanza Plenaria**, ai sensi dell'art. 99 co. 1 c.p.a., le seguenti questioni:

- 1) *se e in quali termini sia possibile in sede di c.d. “ottemperanza di chiarimenti” modificare – anche alla luce dei principi di diritto affermati penalità di mora contenuta in una precedente sentenza d'ottemperanza;*
- 2) *se e in che misura la modifica di detta statuizione possa incidere sui crediti a titolo di penalità già maturati dalla parte beneficiata.*

5.3. La soluzione dell'Adunanza Plenaria (A.P. 9 maggio 2019, n. 7).

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, a seguito dell'esaminata ordinanza di rimessione, puntualizza, anzitutto, la **funzione** dell'istituto dell'*astreinte*, stabilendo che questa funge da strumento “*di gestione delle sopravvenienze e dunque l'esigenza di una sua revisione al variare dello stato di fatto è implicita nei principi dell'ordinamento*”.

Il giudizio per chiarimenti, quale luogo in cui si forniscono delucidazioni sulle modalità dell'esecuzione del giudicato, è la **sede naturale per affrontare le sopravvenienze**, posto che “*la determinazione del quantum della sanzione alla luce dei successivi accadimenti può ben farsi rientrare nel concetto di ‘modalità d'ottemperanza’ (art. 112 co 5 c.p.a.)*”. I **chiarimenti riguardano, invero, proprio le modalità applicative della penalità di mora**, vale a dire la concreta determinazione della sanzione, tenuto conto tanto del comportamento della parte da cui si pretende l'adempimento, quanto degli stessi fattori sopravvenuti.

La penalità di mora è, però, riducibile anche quando **a causa della mancata fissazione di un tetto massimo il meccanismo di calcolo progressivo possa**

condurre a risultati palesemente illogici e sproporzionati, come nel caso di specie. Infatti, “*se il giudice di ottemperanza non ha fissato il tetto massimo della penalità e, successivamente, proprio a causa della mancanza del tetto, emerge l’iniquità della misura, anche in sede di chiarimenti si potrà procedere alla definizione del tetto massimo servendosi dei criteri di cui all’art. 614-bis c.p.c.*”. Difatti, sebbene nel Codice del processo amministrativo non vi sia un richiamo agli stessi **criteri previsti dall’art. 614-bis c.p.c.**, quali valore della controversia, natura della prestazione, danno quantificato o prevedibile, così come a ogni altra circostanza utile, questi possono essere analogicamente applicati anche nel giudizio amministrativo. L’utilizzabilità dei prefati criteri è, d’altronde, indirettamente confermata dall’ultima parte della lett. e) dell’art. 114, comma 3, c.p.a., ove si afferma che non possa essere considerata manifestamente iniqua la penalità di mora connessa a condanne aventi ad oggetto somme di denaro se essa è pari agli interessi legali. Gli interessi legali, infatti, sono legati al valore della prestazione da ottemperare ed è, quindi, evidente che a tale valore il legislatore ha inteso agganciarsi quale referente fondamentale, pur se non esclusivo, per la determinazione della penalità di mora, esattamente come accade nell’art. 614-bis c.p.c., ove si cita “il valore della controversia”. Se tutto ciò è vero, gli scarni parametri per l’applicazione delle *astreintes* di cui all’art. 114, comma 4, c.p.a., ossia l’insussistenza di generiche ragioni ostative e, soprattutto, la non manifesta iniquità, **non sono alternativi ma cumulativi rispetto a quelli di cui all’art. 614-bis c.p.c.**, nel senso, cioè, che l’*astreinte* calcolata pur con riferimento al valore della controversia e del prevedibile danno da non esecuzione o scorretta esecuzione del giudicato potrebbe, cionondimeno, dover essere ulteriormente ridotta se manifestamente iniqua.

A ben vedere è proprio la necessità di **evitare l’applicazione di penalità di mora palesemente inique** il perno concettuale attorno al quale ruota la scelta dell’Adunanza Plenaria di **ammetterne la riducibilità**.

Infatti, qualora non vi fosse una rideterminazione che tenesse conto della sopravvenuta iniquità della sanzione da inadempimento del giudicato, si avrebbe un **arricchimento senza causa determinato dalla sentenza**, contrastante col generale **divieto di spostamenti patrimoniali ingiustificati**, privi di razionalità giuseconomica, più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità (ad esempio in materia di clausola penale e contratto di assicurazione con clausola *claims made*)

Si giungerebbe, poi, al **paradosso** per cui la parte interessata all’effettivo conseguimento del bene della vita, riconosciuto nella pronuncia favorevole, potrebbe trarre **maggior vantaggio dalla maturazione dell’astreinte piuttosto che dall’oggetto del *petitum* sostanziale della domanda originaria**.

Senza contare, infine, che, come rilevato in dottrina, avendo, secondo quanto osservato, l’*astreinte* -anche- natura sanzionatoria, una sua palese eccessività cozzerebbe col **principio di proporzionalità delle pene**, *lato sensu* intese,

ormai sempre più **valorizzato dalle corti nazionali e sovranazionali** (si pensi alle pronunce in materia di illegittimità delle pene accessorie fisse; di incostituzionalità dell'art. 567, comma 2, c.p.; di *ne bis in idem*, ecc.)

Rispondendo al secondo quesito dei giudici rimettenti, l'Adunanza Plenaria sancisce **l'impossibilità di una revisione *ex tunc*** dei criteri dettati da una precedente sentenza di ottemperanza per determinare la penalità, **salvo il prefato caso delle sopravvenienze o dell'assenza di un tetto massimo al *quantum della penalità*** (se irrogata con criterio progressivo).

A ciò osta, per la Plenaria, l'esigenza di **certezza e conseguente stabilità e irretrattabilità dell'*astreinte***, indispensabile perché essa possa svolgere efficacemente la sua funzione coercitiva. Difatti lo scopo di prevenzione dell'inadempimento, mediante la minaccia di una sanzione a seguito dell'inadempimento, postula la **"serietà" della deterrenza** che implica la **"solidità" dell'*astreinte***: opinando diversamente, la vincolatività del precetto giudiziale verrebbe incisa nella sua portata effettiva, posto che la **parte inadempiente potrebbe in ogni tempo confidare nella sua revisione**, con evidente rischio di proliferazione del contenzioso.

5.4. Brevi cenni ai profili differenziali delle *astreintes* in ambito civilistico.

L'Adunanza Plenaria tratta *incidenter tantum* anche delle **analogie e delle differenze** tra gli istituti di cui all'art. **614-bis c.p.c. e 114, co. 4 lett. e) c.p.a.**, onde giustificare l'applicazione dei parametri di quantificazione delle *astreintes* civili a quelle amministrative (v., *supra, amplius*, § precedente), oltre che in una prospettiva di completezza sistematica.

Ricordato che le *astreintes* sono un istituto di derivazione francese, e che sono state introdotte dapprima (2009) nel c.p.c. (modificate nel 2015) e poi nel c.p.a. (2010), la Plenaria rileva che oggi le diversità tra *astreintes* civilistiche e amministrativistiche si sono di molto attenuate, e non attengono più alla funzione, in ambo i casi di deterrenza e sanzionatoria ma non risarcitoria.

Le **differenze** sono eminentemente due:

-in primis, le **penalità di mora civili non** sono applicabili in relazione a **condanne aventi ad oggetto obbligazioni pecuniarie** (ma, comunque, oggi possono essere usate pure per le condanne concernenti obbligazioni di dare beni diversi dal denaro e di *facere* fungibile, diversamente che nel 2009 e, quindi, si possono cumulare all'esecuzione forzata) mentre quelle **amministrative sì** (v. *supra, amplius*, §§ precedenti);

-in secondo luogo, le ***astreintes* civili** sono irrogabili **solo dal giudice della cognizione** mentre quelle **amministrative anche** (v. *infra, amplius*, in questo stesso §) dal giudice **dell'ottemperanza**, e ciò perché il giudizio di ottemperanza non è un mero giudizio di esecuzione, per come si è chiarito.

L’utilizzo del termine *anche* è d’obbligo in quanto la Plenaria, pur non richiesta dall’ordinanza di rimessione, risolve in senso **favorevole** il **contrasto giurisprudenziale** relativo alla **applicabilità della *astreintes* da parte del giudice della cognizione**, tema sul quale espressamente la legge tace.

Vale la pena ripercorrere succintamente il contrasto.

L’orientamento favorevole fa leva essenzialmente sui seguenti argomenti.

Innanzitutto, quello letterale basato sull’**art. 34, comma 1, lett. c) ed e) c.p.a.**

La prima norma prevede che il giudice della cognizione possa condannare al pagamento di somme di denaro, *anche* a titolo di risarcimento del danno. Il termine *anche* allude a ipotesi diverse da quella risarcitoria, quale, evidentemente, sarebbero le *astreintes*. Soprattutto, la lett. e) prevede che il giudice disponga le ***misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato*** e l’*astreinte* è il prototipo di esse.

Inoltre, il fatto che la legge citi solo la nomina del commissario *ad acta* non va letto come implicita esclusione delle *astreintes* ma anzi come implicita ammissione secondo il canone ermeneutico *lex dixit minus quam voluit*; e ciò perché la nomina del **commissario *ad acta*** è particolarmente invasiva per l’amministrazione e, quindi, per consentirne la designazione in sede di cognizione (dove la giurisdizione non è di merito come in ottemperanza) occorre una **norma espressa** mentre per le *astreintes* ciò **non era necessario**, visto che la loro applicabilità in sede di cognizione sarebbe, anzi, fisiologica, come accade nel c.p.c.: sarebbe stata, al più, la loro utilizzabilità in sede di ottemperanza che avrebbe necessitato, come avvenuto, di una norma *ad hoc*.

L’orientamento opposto si fonda anch’esso principalmente sul **tenore letterale dell’art. 34 c.p.a.** ma stavolta per dedurre che la **disposizione non fa riferimento alla irrogazione di *astreintes*** ma solo alla nomina del commissario *ad acta*. Visto che **in sede di ottemperanza sono citate ambo le misure**, la circostanza che qui si discorra della sola nomina del commissario *ad acta* sarebbe segno inequivoco della **volontà del legislatore di escludere il ricorso alle penalità di mora in sede di cognizione**. Scelta che, del resto, **non** sarebbe neppure **irragionevole** visto che **solo in sede di ottemperanza** -e non di cognizione- il **giudice fronteggia un inadempimento già avvenuto** e, conoscendone l’entità e le caratteristiche, può ben **decidere se e come usare lo strumento della penalità di mora**.

La **Plenaria**, come rilevato, aderisce al **primo orientamento**, specificando che in ogni caso rimane fermo il **potere del giudice di ottemperanza di rimodulare la misura delle *astreintes*** e, soprattutto, che la comminatoria di una penalità di mora in sede di cognizione è possibile solo in caso di **provvedimenti vincolati**, in cui, cioè, già la p.a. può essere costretta ad un *facere* specifico in tempi predeterminati.

6. Conclusioni.

L'azione di chiarimenti rappresenta un **efficace strumento** non solo per ottenere informazioni in ordine alla modalità di esecuzione del giudicato, bensì, anche, **per incidere direttamente sulle penalità di mora**, quando queste **non risultino più idonee a perseguire gli scopi loro propri**.

Il principio del *rebus sic stantibus* consente, infatti, di tener conto delle **sopravvenienze sui rapporti in corso**, sì da eventualmente modificarne il contenuto.

Ancor prima e ancor di più è, però, **il rilievo centrale** del principio di **proporzionalità/ragionevolezza/equità** a spiegare la soluzione offerta dalla Plenaria, poiché le *astreintes* vengono intese tanto quanto **sanzioni che non possono essere sproporzionate** (in un'ottica pubblicistica) tanto come **spostamenti di ricchezza che non devono essere iniqui** (in una prospettiva *lato sensu* privatistica), secondo una virtuosa contaminazione di piani di tutela tra le diverse branche dell'ordinamento.

Sotto questo punto di vista la Plenaria sembra muoversi in una **logica funzionalistica e pragmatica**, in cui l'istituto dei chiarimenti viene impiegato quale veicolo processuale più congruo per conseguire un ineludibile obiettivo di **giustizia sostanziale**, con una prospettiva doverosamente attenta alle **esigenze di finanza pubblica**, all'**equità dei rapporti giuridici** e, in fin dei conti, **al buon senso**.

GLI ORIENTAMENTI
GIURISPRUDENZIALI

Sulla natura del giudizio di chiarimenti:

Cons. St., Sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5409 (estratto).

“Il Collegio ritiene preliminarmente di formulare alcune osservazioni sulla natura del rimedio qui attivato.

Il codice del processo amministrativo nel disciplinare il giudizio di ottemperanza prevede l'azione di ottemperanza può essere proposta “anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza” (art. 112, co. 5).

Inoltre, il successivo art. 114 dispone (co. 7) che nel caso di ricorso ai sensi del comma 5 dell'art. 112, “il giudice fornisce chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza, anche su richiesta del Commissario”.

Da quanto esposto si deve rilevare (come peraltro già fatto presente in altre analoghe controversie definite da questa Sezione (cfr. sentt. n. 6468 del 17/12/2012 e n. 3539 del 10/07/2014) che il ricorso “per ottenere chiarimenti” ha delle sue particolari specificità che conferiscono a tale strumento una natura giuridica diversa dall'azione di ottemperanza intesa tout court.