

LA PENALITÀ DI MORA NEL DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sulla materia; 2. Il giudizio di ottemperanza: dalle origini al Codice del processo amministrativo; 3. Il codice del processo amministrativo e l'introduzione dell'*astreinte* in seno al giudizio di ottemperanza; 4. Il parallelismo tra l'art. 114 lett. e) Codice del processo amministrativo e l'art. 614-bis c.p.c.: apparenza o realtà? 5. La questione della compatibilità tra modello <<compulsorio>> e modello <<sostitutorio>> o <<surrogatorio>>; 6. L'applicabilità delle *astreintes* con riferimento ad alcuni riti speciali previsti dal c.p.a.; 7. *Astreinte* ed equa riparazione.

1. Cenni introduttivi sulla materia

Il codice del processo amministrativo, nel disciplinare il giudizio di ottemperanza, ha visto l'introduzione dell'istituto della così detta penalità di mora o *astreinte*, dal nome del corrispondente istituto francese.

A mente dell'art. 114 lettera e) c.p.a., difatti, *“salvo che sia manifestamente iniquo e purché non sussistano altre ragioni ostative il collegio 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”*.

La previsione di una penalità di mora nel contesto del processo amministrativo rappresenta una recente conquista; come recente, del resto, è la generale affermazione dell'istituto di cui trattasi nel diritto processuale civile italiano.

A differenza di quanto avvenuto in altri stati europei, invero, la possibilità di utilizzo di una penalità di mora, quale strumento di esecuzione processuale indiretta atto a fronteggiare le nuove esigenze di tutela emergenti nell'ordinamento giuridico, è stata presa in considerazione dalla dottrina processuale civilistica italiana solo a partire dagli anni settanta.

Questa, solo sulla scia di una lenta evoluzione dottrinale¹ e dell'adozione di penalità di mora previste per specifiche materie², è arrivata alla generalizzazione dello strumento di cui trattasi³; in

¹ Ci si riferisce, in particolare, ai dibattiti relativi alla correlazione tra condanna ed eseguibilità forzata: questione della quale si darà più specificamente atto nel contesto del secondo capitolo dedicato, appunto, alla disciplina della penalità di mora in seno all'ordinamento processuale civile.

² Così come riscontrabile nell'approccio dell'ordinamento italiano all'esecuzione processuale indiretta anteriore alla riforma del 2009.

ciò colmando quel *gap* di disciplina rispetto agli altri ordinamenti giuridici che, ormai, poteva dirsi divenuto intollerabile⁴.

In ragione della premessa appena svolta, pertanto, prima di esplicitare il proposito perseguito dalla presente trattazione, si ritiene opportuno rendere atto dei principali motivi che hanno guidato la summenzionata evoluzione; premesse giuridiche che, a ben vedere, sono imprescindibili coordinate per la piena comprensione di quanto sopra esposto.

All'uopo, è bene rammentare come la tematica dell'*astreinte* sia inscindibilmente connessa ad una di più ampio respiro, particolarmente sentita non solo dalle giurisdizioni nazionali, ma anche a livello comunitario: trattasi, nello specifico, della questione dell'effettività della tutela giurisdizionale, interessante qualsiasi ordinamento giuridico evoluto⁵.

Per effettività della tutela giurisdizionale si intende, in senso ampio, l'attitudine dell'ordinamento processuale a consentire la soddisfazione piena, puntuale e integrale (oltre che tempestiva), dell'interesse protetto dalla norma sostanziale e leso dal comportamento o dall'atto contestato in giudizio; valutazione di effettività che non può non derivare anche dal confronto con le regole generali ordinarie del processo e dalla loro concreta capacità di realizzare la pienezza della tutela.

Illuminante, del resto, è certamente la nozione "*chiovendiana*" di effettività della tutela resa con specifico riferimento al processo civile.

Scrivendo Chiovenda, che il principio di effettività costituisce la <<vivida stella che irradia la sua luce sull'intero sistema>>, e che assicura <<tutto quello e proprio quello>> che il processo civile, mezzo di espressione della funzione giurisdizionale, è chiamato ad offrire per il perseguimento del bene della vita azionato⁶.

³ Si fa riferimento all'art. 614-bis, introdotto ad opera dell'art. 49 della legge 18 giugno 2009 n. 69, del quale in questa sede si riporta il testo: "*Con il provvedimento di condanna 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'articolo 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*".

⁴ La mancanza nel nostro ordinamento di un adeguato sistema di esecuzione indiretta era stata segnalata, ormai da parecchio tempo, dall'assoluta maggioranza degli studiosi che, seppure con una certa varietà di sfumature di opinioni, ne aveva auspicato la rapida introduzione. A tal proposito, DENTI, «*Flashes*» su accertamento e condanna, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 130; Id., A proposito di esecuzione forzata e di politica del diritto, cit., p. 255; TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 800; Id., *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella comunità economica europea*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 217;

⁵ Sul punto, è bene rammentare come anche il processo amministrativo, sin dalla sua nascita, ha posto il problema dell'effettività della tutela inducendo quindi il legislatore a porre, anche se progressivamente, tutti gli accorgimenti necessari al fine di assicurarla.

⁶ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, pag. 39 e ss.

Ai sensi dell'art. 1 del Codice del processo amministrativo, del resto, <<La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo>>.

Ciò detto, è di facile intuizione come il settore dell'ordinamento giuridico in relazione al quale è maggiormente sentita l'esigenza di effettività della tutela sia quello dell'esecuzione di tutte quelle statuizioni del giudice che si concretizzano in provvedimenti di condanna.

Il potere del singolo cittadino di adire l'autorità giudiziaria al fine di pervenire all'accertamento e all'affermazione del diritto vantato, difatti, sarebbe certamente posto nel nulla e privato di qualsivoglia valore qualora, per contrappeso, mancasse la previsione di rimedi di carattere esecutivo volti a conseguire la realizzazione di quanto stabilito nel provvedimento di condanna, nel caso in cui tale realizzazione non sia effetto di un comportamento spontaneo di parte soccombente.

Nello specifico, quanto al diritto processuale civile dell'esecuzione, è noto come i meccanismi di esecuzione forzata dallo stesso contemplati assumono forme differenti in relazione alle differenti tipologie di diritti da attuare.

E ciò in quanto la funzione dell'esecuzione forzata consiste nel dare un'esecuzione concreta e materiale ai diritti che, come da canone *chiovendiano*, sia, almeno tendenzialmente esatta e completa; con la conseguenza che <<l'*optimum* dell'attività esecutiva sta nell'attuare il diritto nella sua identità specifica >>⁷.

Non è un caso, del resto, che gli artt. 2930, 2931 e 2932 c.c, dedicati alla funzione e alla disponibilità della tutela esecutiva, enuncino la generica esigenza di attuare, nelle forme previste dal codice di procedura civile, l'esecuzione forzata diretta in forma specifica in quanto possibile.

Ciò nondimeno, è talora possibile che l'esecuzione forzata diretta in forma specifica non sia praticabile, nell'esecuzione di diritti diversi dalle obbligazioni pecuniarie, a causa di impedimenti materiali, a causa di ostacolo giuridici ovvero ancora a causa di limiti imposti dal rispetto della libertà della persona.

Pertanto, si pone con tutta evidenza il problema dell'adempimento delle obbligazioni aventi ad oggetto un *facere* infungibile ovvero un *non facere* (intesa quale prestazione ontologicamente infungibile).

Sino all'adozione della legge n. 69 del 2009 - Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile - e alla conseguente

⁷ MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, ottava edizione, pag. 15 e ss.

introduzione dell'art. 614-bis c.p.c., a fronte di simili situazioni, l'unico rimedio a disposizione dell'ordinamento giuridico era quello del risarcimento del danno per equivalente.

Quest'ultimo, consistente nella trasformazione dell'essenza del diritto sostanziale sino a quel limite massimo di genericità e fungibilità che è offerto dal denaro.

Del resto, è ben noto come ogni diritto patrimoniale possa integralmente risolversi nel bene denaro attraverso gli istituti della *aestimatio rei*, dell'obbligo di corresponsione del *tantundem* e del risarcimento del danno.

Il tutto, peraltro, in stretta correlazione con il fondamentale principio codificato in seno all'art. 2740 c.c. per il quale ognuno risponde delle sue obbligazioni con l'intero suo patrimonio, il quale ha una funzione di garanzia per quelle responsabilità.

Ben presto, tuttavia, il sistema appena delineato iniziava a rivelarsi inadeguato; complici l'entrata in vigore della Costituzione nonché l'inarrestabile evoluzione in ambito europeo del diritto all'esecuzione dei provvedimenti, divenuto uno dei capisaldi del concetto di "giusto processo" così come definito dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e cui la nostra Carta fondamentale opera un rinvio mediante l'art. 111 Cost. 4.

Da qui l'impegno di una vasta schiera di studiosi italiani che, sulla scorta di una giurisprudenza costituzionale e di matrice europea, hanno dimostrato, nel corso del tempo, una sensibilità crescente nei riguardi delle tecniche di esecuzione indiretta⁸, quale insieme di misure coercitive, personali o patrimoniali, idonee ad esercitare una pressione psicologica sulla volontà del debitore al fine di indurlo ad adempiere sua sponte, onde evitare conseguenze sfavorevoli.

Detta tipologia di esecuzione, difatti, si atteggia come precipuamente finalizzata all'adempimento delle obbligazioni civili non suscettibili di esecuzione forzata diretta in forma specifica⁹.

⁸ Per indicazioni generali sui meccanismi di esecuzione processuale indiretta FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 1915; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980; TARUFFO – SILVESTRI, voce *Esecuzione forzata*, III) *Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giurid.* Treccani, XIII, Roma, 1989; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1104 ss.

⁹ La tecnica dell'esecuzione indiretta, si noti, è diversa da quella dell'esecuzione forzata diretta perché diversa è l'aspettativa dell'ordinamento rispetto al comportamento dell'obbligato. Nell'esecuzione forzata diretta si punta a realizzare il credito facendo a meno del comportamento dell'obbligato, per cui in essa si presuppone proprio un'inerzia, una totale mancanza di cooperazione da parte dell'obbligato. Nell'esecuzione indiretta, invece, non si fa a meno del comportamento dell'obbligato, ma anzi l'ordinamento continua ad ancorarsi ad esso per la realizzazione del credito: approntando una misura coercitiva la legge non fa altro che prevedere una conseguenza negativa per l'obbligato che non adempie.

Insomma in questo secondo caso la cooperazione dell'obbligato è ulteriormente cercata dal sistema e, se così si può dire, stimolata dalla minaccia di un male per il caso della sua mancanza; di talché, è ovvio che una simile tecnica è utile soprattutto quando ci si trova di fronte ad obblighi infungibili, quindi a situazioni per le quali la tradizionale esecuzione forzata diretta (in forma specifica o generica) si rivela un'arma spuntata.

Proprio all'alveo delle tecniche di esecuzione indiretta, dunque, deve essere ricondotto l'istituto della penalità di mora o *astreinte*.

Questo, infatti, consistente nella condanna al pagamento di una somma di denaro, avente natura accessoria rispetto ad una pronuncia a valenza principale, fissata, in linea di principio, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento e avente lo scopo di premere sulla volontà del debitore al fine di indurlo ad eseguire spontaneamente quanto statuito, nei suoi confronti, dal comando giudiziale.

2. Il giudizio di ottemperanza: dalle origini al Codice del processo amministrativo

La locuzione "giudizio di ottemperanza" indica quella fase processuale particolarmente importante nel sistema giurisdizionale amministrativo che, in quanto diretto ad ottenere l'esecuzione del *dictum* rimasto ineseguito, si pone come fondamentale strumento processuale con cui assicurare l'effettività della tutela del privato.

Più specificamente, la funzione propria del giudizio di ottemperanza è quella di imporre alla Pubblica Amministrazione lo svolgimento di un'attività conformativa al giudicato al fine di soddisfare, concretamente, l'interesse del ricorrente mediante l'attribuzione di quel bene che la sentenza di cognizione gli ha riconosciuto.

Nonostante l'indubbia rilevanza della funzione svolta, ci sono voluti anni affinché il giudizio di ottemperanza compisse il suo importante percorso evolutivo; il tutto, peraltro, grazie ad una costante opera giurisprudenziale¹⁰, talvolta anche aiutata da interventi legislativi, che solo con l'adozione del codice del processo amministrativo ha trovato piena ed effettiva consacrazione¹¹.

Lo strumento del ricorso per l'ottemperanza, precisamente, nasce quale opportunità conferita al privato al fine di <<ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di

¹⁰ MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in *Legge, giudici e politica: le esperienze italiana e inglese a confronto*, in *Quaderni della Scuola superiore di studio universitario e perfezionamento*, Milano, 1983, 119 ss. come ripreso da EGIDIO, *I poteri del giudice amministrativo nella fase dell'esecuzione delle sue decisioni da parte dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 2003, 3465 <<non vi è dubbio che nell'ambito della giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato e non solo per i principi di diritto sostanziale, ma anche per le regole processuali, la creazione in via giurisprudenziale del giudizio di ottemperanza delle sentenze del giudice amministrativo, con la indispensabile elaborazione di regole processuali man mano individuate, rappresenta la creazione di maggior spicco che si sia avuta nell'esperienza italiana, che ha contribuito notevolmente all'affermarsi del ruolo progressivamente assunto dal giudice amministrativo di garante dell'effettività della tutela del cittadino. Funzione che consapevolmente viene richiamata in non poche decisioni, che in tempi più recenti hanno trovato l'avallo della Corte costituzionale. Si veda, in particolare, la sentenza della Corte costituzionale dell'8 settembre 1995 n. 419, particolarmente affermativa dell'effettività delle decisioni del giudice amministrativo che, quand'anche si tratti di misure cautelari, si realizza appunto nella fase esecutiva, cioè a dire dell'ottemperanza>>.

¹¹ BUSCICCHIO, *Le astreintes nel processo amministrativo*, in *Giur. Merito*, 2012, 2446.

conformarsi al giudicato dei Tribunali ordinari che avessero riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico»¹².

A tal proposito, invero, occorre rammentare come la legge abolitiva del contenzioso amministrativo n. 2248 del 1865 prevedesse un unico giudice – ordinario - abilitato a sindacare i comportamenti della pubblica amministrazione allorquando questa si fosse resa autrice, mediante un atto da essa emanato, della violazione di un diritto civile o politico.

Tale sindacato, tuttavia, ai sensi dell'art. 4 di detta fondamentale legge, si limitava alla semplice disapplicazione dell'atto amministrativo giudicato lesivo di taluno di quei diritti e nella conseguente declaratoria del diritto leso; con la conseguenza che il potere di annullamento o revoca dell'atto amministrativo, successivamente ritenuto illegittimo dal giudice ordinario, poteva essere esercitato esclusivamente all'autorità amministrativa che precedentemente l'aveva adottato.

La sussistenza di una simile lacuna giuridica e la correlativa esigenza di effettività dell'obbligo posto in capo alla pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato del giudice ordinario, pertanto, rappresentarono motivo per un importante intervento legislativo a cui, del resto, si deve la nascita del giudizio di ottemperanza.

Invero, l'art. 4 della successiva l. 31 marzo 1889 n. 5992, nell'istituire IV sezione del Consiglio di Stato e nell'attribuire alla stessa le funzioni giurisdizionali, ebbe il merito di attribuire al nuovo giudice, tra le altre competenze¹³, anche quella relativa alla trattazione di tutti quei ricorsi diretti a fare sì che l'autorità amministrativa si conformasse, per quel che riguardava il singolo caso concretamente deciso, al giudicato dei Tribunali che avessero riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico.

Con ciò, dunque, l'adempimento della sentenza del giudice ordinario non era più rimessa alla spontanea attività conformativa della Pubblica Amministrazione, ma era garantita da un giudizio amministrativo che poteva esitare nella circostanza per la quale il giudice amministrativo, essendo dotato del potere di intervenire sostituendosi all'amministrazione, annullava o riformava in tutto o in parte l'atto amministrativo illegittimo¹⁴.

¹² Così come riportato da CREPALDI, *Le pretese risarcitorie nel giudizio di ottemperanza: resistente e sviluppi*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2013, 0717B

¹³ Tra cui, in particolare, quelle relative alla giurisdizione di semplice legittimità attribuitagli in via generale nei confronti degli atti dell'amministrazione non incidenti su diritti soggettivi, ma su situazioni di interesse legittimo; situazioni che, in precedenza e per effetto della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, erano rimasti privi di tutela giurisdizionale.

¹⁴ L'attività di esecuzione del giudicato porta con sé, inevitabilmente, margini più o meno ampi di cognizione. In tal senso, vedi CREPALDI, *Le pretese risarcitorie nel giudizio di ottemperanza: resistente e sviluppi*, cit., «Ciò perché il processo in sede di ottemperanza, come tutti i procedimenti giurisdizionali, richiede innanzitutto un'attività di accertamento, insita nell'esercizio di ogni attività giurisdizionale. L'accertamento verte sull'inadempimento della

La legge del 1889, tuttavia, non ha previsto un giudizio di esecuzione (*rectius*: ottemperanza) con riferimento alle pronunce del giudice amministrativo e ha conseguentemente dato corpo all'idea dell'incoercibilità degli obblighi nascenti in capo alla Pubblica Amministrazione per effetto di una sentenza amministrativa definitiva¹⁵.

L'utilità del rimedio esecutivo innanzi delineato, difatti, non venne colta dalla legge n. 5992 del 1889 per quel che riguardava l'esecuzione del giudicato amministrativo; anche se, secondo le logiche generali del sistema, tale scelta sembrava avere una sua *ratio* ben precisa.

La predetta legge, invero, costruiva la giurisdizione amministrativa come giurisdizione generale di annullamento (con effetto caducatorio *ex tunc*) di atti amministrativi che incidessero su situazioni giuridiche soggettive non rappresentate da diritti soggettivi, bensì da interessi legittimi, e che si presentavano viziati sotto il profilo dell'incompetenza, dell'eccesso di potere e di violazione di legge.

Pubblica Amministrazione e, come si vedrà, può riguardare anche l'attività amministrativa eventualmente svolta in violazione od elusione del giudicato. Non solo. Il giudice dell'ottemperanza è chiamato, successivamente alla formazione del giudicato, a verificare quale sia la regola di condotta stabilita dal giudice della legittimità: si allude al concetto di giudicato in senso sostanziale, ossia alla regola del caso concreto che è contenuta nella sentenza del giudice della cognizione e che, dal momento della formazione del giudicato, disciplina in modo esclusivo la fattispecie concreta ed il relativo assetto di interessi. Nuovamente, allora, occorre soffermarsi sul contenuto e sugli effetti della pronuncia giurisdizionale amministrativa che, come si è accennato, non sono solo demolitori ma, normalmente, ordinatori. Il contenuto più rilevante della sentenza amministrativa, infatti, è costituito da tutte quelle enunciazioni che concorrono a qualificare come illegittimo un certo comportamento dell'Amministrazione e da tutte quelle prescrizioni con cui si indica il modo corretto di esercizio della successiva funzione amministrativa. Sono statuizioni che, nell'insieme, determinano il c.d. effetto conformativo del giudicato, rintracciabili nella motivazione della sentenza (dunque esterne a ciò che è suscettibile di formare il giudicato) e che necessitano a loro volta di essere specificate ai fini della concreta applicazione. Sono regole desumibili a contrario rispetto alle enunciazioni che qualificano l'illegittimità del provvedimento per determinati vizi di illegittimità e che, implicitamente, indicano come il potere avrebbe dovuto (e dovrà) essere esercitato legittimamente. In tal senso, l'effetto conformativo non si esaurisce solo nell'effetto preclusivo, che impedirebbe alla Pubblica Amministrazione di riprodurre nel nuovo provvedimento i vizi che hanno già condotto all'annullamento, ma prosegue indicando, in positivo, come non incorrere in ulteriori, eventuali, diverse, cause di illegittimità. Si tratta di regole flessibili, spesso incomplete e condizionate che il giudice dell'ottemperanza è chiamato a definire, completare, specificare e modellare in relazione al caso concreto. In questo contesto, il giudice dell'ottemperanza, sostituendosi alla Pubblica Amministrazione nell'adempimento al giudicato, è chiamato a svolgere (da sé o più spesso mediante un commissario all'uopo nominato) un'attività propriamente amministrativa caratterizzata da ambiti più o meno ampi di discrezionalità, secondo i parametri ed i criteri contenuti nella sentenza. L'ampiezza dei poteri cognitori dipende da una serie di variabili: così, assume particolare rilevanza la natura del potere che deve essere oggetto di riesercizio a seguito dell'annullamento, se discrezionale o vincolato; la tipologia di domanda che era stata posta al giudice della cognizione (solo di annullamento, solo di risarcimento, di annullamento e risarcimento o in combinazione con altre azioni dichiarative). Per quanto esposto, al giudizio di ottemperanza si riconosce una natura mista di cognizione e di esecuzione, autonomo di rispetto al giudizio in sede di legittimità rispetto al quale non si pone in termini di prosecuzione ma che, in questo, trova il suo presupposto ed il suo limite. Ulteriori ambiti di cognizione emergono in relazione alle domande che al giudice dell'esecuzione possono essere poste e che, come si è detto, non riguardano più esclusivamente l'inadempimento dell'amministrazione ma possono coinvolgere gli atti adottati in contrasto con il giudicato dall'esame dell'oggetto del giudizio esecutivo nonché ulteriori aspetti della pretesa sostanziale del ricorrente, come i profili risarcitori>>.

¹⁵ L'osservazione è di EGIDIO, *I poteri del giudice amministrativo nella fase dell'esecuzione delle sue decisioni da parte dell'amministrazione*, cit., 3465

Sussistente una giurisdizione amministrativa con simili caratteristiche, pertanto, non sembrava necessaria la previsione di alcun un giudizio di ottemperanza con le caratteristiche concepite dalla stessa legge del 1889 per il giudicato del giudice ordinario.

E ciò in quanto la sentenza di annullamento dell'atto amministrativo, nella gran parte dei casi, ritenendosi pienamente satisfattiva dell'interesse tutelato, non necessitava alcuna attività esecutiva da parte dell'amministrazione soccombente; ferma restando, ad ogni modo, la facoltà dell'amministrazione stessa di reiterare, se del caso, l'esercizio del potere, emanando un nuovo provvedimento esente dai vizi riscontrati dal giudice amministrativo¹⁶.

In piena coerenza con quanto appena precisato, del resto, l'art. 45 del t.u. Cons. St. stabiliva soltanto che il Consiglio di Stato (che allora era il giudice amministrativo in un unico grado), « se accoglie il ricorso annulla l'atto o il provvedimento salvo gli ulteriori provvedimenti dell'Autorità amministrativa », laddove l'anteriore regolamento di procedura del 1907 (r.d. 17 agosto 1907 n. 742) prescriveva che la decisione doveva contenere, come elemento formale, l'ordine di esecuzione da parte dell'autorità amministrativa (art. 65 comma 1) e che l'esecuzione delle decisioni si doveva fare in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese (art. 88).

Ciò nonostante, l'efficacia garantita dallo strumento esecutivo del giudizio di ottemperanza e il suo indiscusso fondamento di giustizia furono di tale evidenza che la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato non tardò a ritenerlo applicabile anche alle sue pronunce; peraltro con decisioni¹⁷ sprovvedute di alcuna motivazione e, pertanto, fortemente avversate dalla dottrina.

Del resto, si avvertiva sempre maggiormente come le pronunce del giudice amministrativo potessero non limitare i loro effetti alla sola demolizione dell'atto richiedendo, invece, o una successiva attività dell'amministrazione soccombente di tipo ripristinatorio dello *status quo ante*, ovvero ancora un'attività della stessa di tipo conformativo, sebbene con le opportune cautele¹⁸.

Tale estensione avvenne, dapprima con riferimento alla materia dei diritti soggettivi ricadenti nella giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, (Cons. St., sez. V, 12 maggio 1937 n. 616) ma successivamente, anche con riferimento alla stessa giurisdizione di legittimità.

¹⁶ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 312. In altri termini, a differenza della sentenza del giudice ordinario, che postulava l'obbligo di conformarsi al giudicato come elemento esterno al contenuto e agli effetti della pronuncia, nel caso della sentenza del giudice amministrativo un siffatto obbligo non assumeva un rilievo autonomo rispetto alla sentenza di annullamento, atteso che l'effetto di ripristinazione era, per così dire, interno e ad essa connaturato.

¹⁷ La decisione capostipite dell'indirizzo è la seguente: Con. St., sez. IV, 9 marzo 1928 n. 181.

¹⁸ GALLO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 268.

A questo stesso periodo, inoltre, risale l'introduzione della figura del commissario *ad acta* per l'esecuzione di specifici comandi del giudice¹⁹.

Innovativi orientamenti giurisprudenziali questi, successivamente avvallati anche Corte di Cassazione²⁰.

È in questo contesto, peraltro, che il giudizio di ottemperanza affina notevolmente le sue tecniche.

La formale applicazione del giudizio di ottemperanza al giudicato amministrativo, ad ogni modo, risale all'art. 37 della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali del 6 dicembre 1971 n. 1034²¹.

Detto articolo, al comma 1, stabilisce che la competenza a decidere sul ricorso per l'ottemperanza al giudicato del giudice ordinario è distribuita tra detti tribunali ed il Consiglio di Stato come organo di secondo grado.

Quanto al giudizio di ottemperanza relativo al giudicato del giudice amministrativo, il secondo comma, che non menziona espressamente il giudizio di ottemperanza ma fa riferimento al suo contenuto usando la medesima formula legislativa risalente al 1889, stabilisce che la competenza è del Consiglio di Stato o del tribunale amministrativo regionale territorialmente competente secondo l'organo che ha emesso la decisione della cui esecuzione si tratta.

Alla legge TAR, è seguito l'intervento legislativo concretizzatosi nella legge 21 luglio 2000, n. 205²², che, introducendo un nuovo comma all'art. 33 della legge TAR²³, ha ammesso l'esecuzione in sede di ottemperanza anche delle sentenze di primo grado non sospese dal Consiglio di Stato²⁴.

Da ultimo, tale complesso normativo è stato accolto, non senza novità, nell'ambito degli artt. 112 e ss. del Codice del processo amministrativo.

¹⁹ Tra le prime decisioni si veda Cons. St., sez. V, 23 agosto 1934 n. 810.

²⁰ Cass., sez. V, 8 luglio 1953 n. 2157

²¹ Anche se, come rilevato da CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esercizio delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 1998, 531, la l. n. 1034, cit. ha lasciato del tutto indeterminati una serie di profili di non scarso rilievo, che ben potevano formare con l'occasione oggetto di disciplina normativa, rivestendo per altro aspetti processuali, quali il contraddittorio, i poteri residui in capo all'amministrazione, il regime processuale degli atti eventualmente emanati nell'esercizio del potere sostitutivo, la nomina da parte del giudice dell'ottemperanza di un commissario *ad acta* che pone in essere per conto del giudice e in luogo dell'amministrazione inadempiente le operazioni e gli atti necessari per dare esecuzione al giudicato amministrativo, e via seguitando.

²² Art. 10 della legge n. 205-2000.

²³ L'articolo è stato abrogato dal n. 10) del comma 1 dell'art. 4 dell'All. 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), ai sensi di quanto disposto dall'art. 2 dello stesso decreto

²⁴ BOBBIO, *L'esecuzione delle sentenze di primo grado non passate in giudicato e non sospese dal Consiglio di Stato e la necessità di previa diffida e messa in mora: ancora un divario tra giurisprudenza e dottrina*, nota a *TAR Lazio, Sez. II, 24 luglio 2008, n. 7382*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1687;

3. Il codice del processo amministrativo e l'introduzione dell'*astreinte* in seno al giudizio di ottemperanza

Il titolo I del libro IV del codice del giudizio amministrativo - approvato con il d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 - disciplina il giudizio di ottemperanza attuando un'opera di sistematizzazione che, in linea generale, ha riproposto l'assetto raggiunto dall'istituto nel corso degli anni²⁵.

In questo contesto, ciò nondimeno, una nota innovativa può cogliersi nella previsione della lettera e) del quarto comma dell'art. 114: *«il giudice, in caso di accoglimento del ricorso:.....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»*.

Previsione rispetto alla quale, inoltre, la Relazione di accompagnamento al codice ha evidenziato il sostanziale parallelismo con la nuova previsione dell'art. 614-bis del c.p.c. - introdotta dall'art. 49 comma 1, l. 18 giugno 2009 n. 69 - la quale, come già visto, con specifico riferimento ad alcuni «obblighi di fare infungibile o di non fare», ha introdotto la possibilità per il giudice civile di disporre la condanna dell'obbligato alla corresponsione di una «somma di denaro dovuta...per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento».

Il codice del processo amministrativo, invero, ha dotato il giudice dell'ottemperanza di poteri di coercizione indiretta attraverso il definitivo recepimento dell'istituto della penalità di mora; di tal guisa, consentendo allo stesso di modulare gli strumenti - diretti ed indiretti - volti a consentire la piena attuazione del giudicato.

Il tutto, in un quadro generale che vede il giudice nella veste, inedita, di applicatore di sanzioni²⁶.

Tale innovazione, però, lungi dal limitare i suoi effetti all'ambito strettamente procedurale, ha introdotto, nel quadro della ricostruzione sistematica della problematica dell'esecuzione delle

²⁵ Per una prima sintesi del contenuti del giudizio di ottemperanza previsto dal codice del processo amministrativo, si vedano CICCIA, *Il giudizio di ottemperanza* in F. D'AGOSTINO, L. CESTARO, A. CICCIA, I. CORREALE, R. GISONDI, A. GRAZIANO, A. DI MARIO E C. SCAGLIA, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Italia Oggi-Guida giuridico normativa*, 1° settembre 2010, 82 ss.; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lg. 2 luglio 2010, n. 104)*, Milano, Giuffrè, 2010, 473 ss.

²⁶ VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo*, in *riv. dir. pubbl. com.*, 2012, 579 <<Del resto, nel codice del processo amministrativo è presente una linea ricostruttiva che tende a modificare profondamente i poteri e le attitudini del giudice amministrativo, finora chiamato ad utilizzare una tipologia di poteri di intervento che non comprendeva certamente la possibilità di applicare sanzioni>>.

sentenze del giudice amministrativo²⁷, una componente incisivamente innovativa, che ha segnato una profonda evoluzione del modello processuale “esecutorio”²⁸.

Sotto questo preciso angolo prospettico, occorre tenere ben presente come il modello dell’ottemperanza (considerato modello tipicamente italiano dalla dottrina comparatistica) è da sempre stato caratterizzato da una connotazione squisitamente sostitutiva o surrogatoria, validata dall’attribuzione al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione di merito, il compito di sostituirsi all’amministrazione (anche, attraverso la *longa manus* del commissario *ad acta*)²⁹.

I modelli tipici di altri ordinamenti giuridici vicini, invece, si sono sempre distinti da quello nazionale in ragione dell’utilizzo di un diverso sistema³⁰: se per un verso si attribuisce esclusivamente all’amministrazione il compito di eseguire la sentenza del giudice amministrativo (o, ad ogni modo, la sentenza che impone un qualche obbligo alla pubblica amministrazione), per altro verso, si fa in modo che le esigenze di garanzia di effettività delle statuizioni giurisdizionali avvertite dei privati nei confronti dell’amministrazione pubblica vengano soddisfatti da meccanismi compulsori di coazione indiretta (e non, invece, da processi di sostituzione dell’attività amministrativa)³¹.

In particolare, tale è il modello e conosciuto dall’ordinamento francese, sia con riferimento, sia alle controversie tra privati³², sia all’esecuzione delle sentenze nei confronti della P.A.³³.

²⁷ L’espressione è utilizzata da VIOLA, *Le astreintes nel processo amministrativo e la pretesa incompatibilità con le obbligazioni pecuniarie della P.A.*, in *Foro amm. Tar*, 2012, 815

²⁸ Sebbene non assoluta; già in passato, difatti, il Consiglio di Stato aveva applicato le c.d. penalità di mora nei confronti della P.A. inadempiente, stabilendo che, in caso di mancata esecuzione del giudicato amministrativo entro un termine fissato dal giudice dell’ottemperanza, l’amministrazione avrebbe dovuto corrispondere al ricorrente una determinata somma per ogni giorno di ulteriore ritardo. In proposito, Cons. Stato, sez. VI, 20 giugno 2006, n. 3674. Lo rileva BUSCICCHIO, *Le astreintes nel processo amministrativo*, cit., 2446

²⁹ Per una ricostruzione storica delle ragioni per cui si è affermata nel nostro ordinamento la soluzione dell’ottemperanza, è ancora utile il rinvio NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 2000, 67 e ss. nonché CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 1988, 779 ss.

³⁰ Le differenze tra il giudizio di ottemperanza italiano e i corrispettivi sistemi di altri ordinamenti giuridici sono ben messe in luce da CARBONE, *L’adunanza Plenaria e l’ambito di applicazione delle astreintes: un problema risolto? Considerazioni a margine di Cons. di Stato, ad. plen., n. 15 del 25 giugno 2014*, reperibile su www.giustamm.it

³¹ SASSANI, *Dal controllo del potere all’attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1997, 129

³² Per un’efficace sintesi dei contenuti dell’*astreinte* nel processo civile francese e di altri paesi europei, si vedano i saggi ormai storici di CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* in *Giust. civ.*, 1999/157 ss., CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., 180; TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir.proc. civ.* 1981, 800 e ss.

³³ Per l’approfondimento dell’esperienza francese, si rinvia a VIOLA, *Le astreintes nel nuovo processo amministrativo*, in *Urb. e appalti*, 2011, n. 2, 153 e ss.

Del resto, anche il diritto processuale amministrativo della Germania, del Belgio e della Spagna ha seguito negli anni strade sostanzialmente analoghe in materia di obbligo per la P.A. di eseguire la sentenza del giudice e di strumenti processuali a disposizione del cittadino³⁴.

Tanto premesso, dunque, è evidente che in ragione della nuova previsione dell'art. 114 comma 4 lett. e), c.p.a. si è avuta la trasposizione³⁵ del «modello compulsorio» - prevalentemente seguito dagli ordinamenti europei sopra richiamati - in seno all'ordinamento giuridico italiano; restando quest'ultimo, quindi, sempre e tutt'ora ancorato al sistema dell'«esecuzione surrogatoria»³⁶, ma con il temperamento costituito dalla possibile adozione del meccanismo di coercizione indiretta che è alla base dell'istituto dell'*astreinte*.

Stante le superiori considerazioni, dunque, è agevole comprendere come il sistema che regge il giudizio di ottemperanza italiano sia, ormai, un sistema «misto», attesa la sussistenza di un modello «compulsorio» che si aggiunge al modello dell'«esecuzione surrogatoria» senza minimamente sostituirlo.

Del pari, anche è evidente come tale nuovo assetto sia, ancora, in fase di sperimentazione e, soprattutto, in attesa di trovare un suo equilibrio.

La storia di questa coabitazione, difatti, è ancora tutta da scrivere ed allo stato, «deve in gran parte ancora essere immaginata, con uno sforzo di possibile anticipazione dei nodi problematici che tale coabitazione potrebbe evidenziare»³⁷.

Non a caso, si tratta di una rilevante innovazione che ha occasionato differenti questioni applicative dando vita, correlativamente, ad un interessante dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

4. Il parallelismo tra l'art. 114 lett. e) Codice del processo amministrativo e l'art. 614-bis c.p.c.: apparenza o realtà?

La Relazione di accompagnamento al codice ha evidenziato il sostanziale parallelismo con la nuova previsione dell'art. 614-bis del c.p.c. - introdotta dall'art. 49 comma 1, l. 18 giugno 2009 n. 69 - la

³⁴ VIOLA, *Le astreintes nel nuovo processo amministrativo*, cit., 155 e 156.

³⁵ Trasposizione più volte auspicata dalla dottrina: DE GIORGI CEZZI, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione* in *Dir. proc. amm.* 2000, 3, 696 che esattamente rileva la differenziazione esistente tra i due sistemi: «gli strumenti di coazione indiretta, del resto, mirano solo a provocare l'adempimento dell'amministrazione e perciò sono estranei alla logica dell'azione esecutiva e dell'uso dei poteri surrogatori che caratterizzano il giudizio di ottemperanza».

³⁶ Anche questa definizione è di SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, cit., 132.

³⁷ VIOLA, *Le astreintes nel processo amministrativo e la pretesa incompatibilità con le obbligazioni pecuniarie della P.A.*, cit., 815

quale, come già visto, con specifico riferimento ad alcuni «obblighi di fare infungibile o di non fare», ha introdotto la possibilità per il giudice civile di disporre la condanna dell'obbligato alla corresponsione di una «somma di denaro dovuta...per ogni violazione».

L'attendibilità del tale asserzione, a ben vedere, non è così pacifica; lo dimostrano, peraltro, le più recenti ed accorte elaborazioni dottrinali sul punto.

In verità, un primo profilo di netta differenziazione tra l'art. 114 lett. e) c.p.a. e l'art. 614-bis c.p.c. emergerebbe dalla stessa formulazione letterale delle norme.

A differenza della seconda, invero, la prima disposizione richiede al giudice di valutare, sempre su istanza di parte, non solo che la misura richiesta non sia manifestamente iniqua, ma anche che non vi siano ulteriori ragioni ostative alla concessione della stessa.

Ragioni che, peraltro, non essendo dettagliatamente specificate dalla norma ma, *a contrario*, lasciate al libero apprezzamento del giudice, lascerebbero supporre la sussistenza di un potere fortemente discrezionale in capo al giudice investito della questione ed in ragione del quale questi potrebbe tenere nella dovuta considerazione anche i profili peculiari di una vicenda in cui, immancabilmente, vengono chiamati in causa interessi pubblici³⁸.

Un secondo profilo di differenziazione tra le due disposizioni, poi, deriverebbe dall'ambito di applicazione riconducibile a ciascuna delle due.

Questione certamente controversa che, inevitabilmente, porta con se altre problematiche quali, in particolare, quelle inerenti alla natura della penalità di mora nel processo amministrativo e ai suoi rapporti con il risarcimento del danno, all'applicabilità dell'*astreinte* alle sentenze di condanna del giudice ordinario nonché al momento in cui, propriamente, sarebbe consentita la comminatoria la misura coercitiva indiretta.

Quanto all'ambito di applicazione della penalità di mora nel contesto del giudizio di ottemperanza occorre segnalare che, sin dalle prime applicazioni del predetto istituto, la tematica *de qua* è stata oggetto di un forte contrasto giurisprudenziale.

Un consistente orientamento giurisprudenziale, invero, in ragione del totale silenzio dell'art. 114 lett. e) c.p.a., riteneva ragionevole asserire che qualsiasi pronuncia del giudice dell'ottemperanza – anche quelle aventi ad oggetto sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro - fosse

³⁸ Al pari di quanto previsto dagli artt. 121 e 122 c.p.a. per la determinazione dell'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. In tal senso, VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza*, in *riv. dir. pubbl. com.*, 2012 pp. 602-603

suscettibile, ricorrendo i presupposti fissati dalla norma medesima, di essere accompagnata da un'*astreinte*³⁹.

Altra giurisprudenza, invece, optava per l'orientamento completamente opposto⁴⁰ facendo leva, sostanzialmente, su due argomentazioni.

In primo luogo, sulla sussistenza di un parallelismo tra la disposizione di cui all'art. 114 lett. e) c.p.a. e l'art. 614-bis c.p.c; con la conseguenza che l'ambito di applicazione della prima disposizione, al pari di quanto precisato dalla legge in relazione alla seconda, andrebbe circoscritto ai soli obblighi infungibili.

In secondo luogo, sulla circostanza per la quale le ipotesi di condanna all'adempimento di obbligazione pecuniarie sarebbero già assistite dall'obbligo di corresponsione degli interesse legali; di talché, aggiungendo a questi l'obbligo di corresponsione di una somma di denaro a titolo di *astreinte*, si correrebbe il rischio di un indebito arricchimento del creditore⁴¹.

A ben vedere, tuttavia, autorevole dottrina ha evidenziato come le entrambe le argomentazioni risultino tendenzialmente deboli e facilmente superabili.

Innanzitutto, poiché il riferimento ad un *facere* infungibile sarebbe naturalmente incompatibili con la struttura del giudizio di ottemperanza; struttura in seno alla quale è sempre possibile che la Pubblica Amministrazione venga surrogata nell'espletamento dell'attività per la quale si è resa inadempiente⁴².

³⁹ Secondo un indirizzo nettamente maggioritario in Consiglio di Stato ed accolto anche, tra le altre, da alcune pronunce della Prima Sezione del TAR Lazio: Cons. St., sez. IV, n. 462 del 29 gennaio 2014; sez. IV, n. 5618 del 26 novembre 2013; sez. V, n. 3781 del 15 luglio 2013; sez. V, n. 2744 del 14 maggio 2012 (ord.); sez. V, n. 6688 del 20 dicembre 2012; TAR Lazio, sez. I, n. 1509 del 7 febbraio 2014; n. 10288 del 2 dicembre 2013, n. 9606 del 12 novembre 2012 e n. 9003 del 2 novembre 2012.

⁴⁰ TAR Lazio, sez. II, nn. 6401-6402, 6407-6410 e 6412 del 17 giugno 2014; nn. 2029 e 2047 del 19 febbraio 2014; n. 21 del 2 gennaio 2014; n. 9362 del 4 novembre 2013; n. 5644 del 6 giugno 2013; n. 2318 del 5 marzo 2013; sez. II bis, n. 640 del 21 gennaio 2013; sez. III, n. 3553 del 1° aprile 2014; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 1116 del 16 dicembre 2012; TAR Campania, Napoli, sez. IV, n. 2054 del 10 aprile 2014; n. 4654 del 17 ottobre 2013, n. 4500 del 1 ottobre 2013; n. 2644 del 22 maggio 2013; TAR Puglia, Lecce, sez. I, n. 998 del 16 aprile 2014; n. 715 del 10 marzo 2014; Cons. St., sez. III, n. 5819 del 6 dicembre 2013

⁴¹ Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis 21 gennaio 2013, n. 640, secondo cui "La previsione dell'art. 114, comma 4, lettera e) c.p.a. non può trovare applicazione, per ragioni letterali e sistematiche, quando l'esecuzione del giudicato consista nel pagamento di una somma di denaro, laddove l'obbligo oggetto di domanda giudiziale di adempimento è esso stesso di natura pecuniaria, ed è già assistito, per il caso di ritardo nel suo adempimento, dall'obbligo accessorio degli interessi legali, cui la somma dovuta a titolo di *astreinte* andrebbe ulteriormente ad aggiungersi".

⁴² DELLE DONNE, *Astreinte e condanna pecuniaria della PA tra Codice di procedura civile e Codice del processo amministrativo*, in *Riv. es. forz.*, 2011, pp. 324-325, a detta della quale "la disposizione processuale amministrativa, al contrario di quella civilistica, si muove infatti nella (diversissima) logica di un processo esecutivo (l'ottemperanza) ove per definizione tutte le prestazioni imposte alla PA dal *decisum* divengono allo stesso modo surrogabili, e proprio attraverso la figura del commissario *ad acta*, nessuna differenza potendo perciò istituirsi, da questo punto di vista, tra condanne pecuniarie e condanne ad altre prestazioni e, a monte, tra le stesse pronunce di condanna e quelle, ad esempio, di annullamento"; prendere a modello l'art. 614 bis c.p.c. "significa allora allontanarsi dal contesto di riferimento ed applicare al processo di ottemperanza categorie tipiche dei processi civili di esecuzione che, per essere fondati sul titolo

Inoltre, perché la natura sanzionatoria dell'*astreinte*, già consolidata nel contesto del sistema processuale civile, rende irragionevole qualsiasi incompatibilità strutturale tra l'*astreinte* stessa ed eventuali condanne di natura pecuniaria comminate a titolo indennitario o risarcitorio (compresa, quindi, la condanna al risarcimento del danno).

Proprio in ragione della sua funzione, dunque, l'*astreinte* è componente totalmente autonoma e, in quanto tale, può certamente sommarsi agli interessi legali e al risarcimento del danno⁴³.

Del resto, altro indice di autonomia dell'*astreinte* rispetto al rimedio risarcitorio – che la tempo stesso rappresenta ulteriore fattore a discapito della sussistenza di un parallelismo tra l'art. 114 lett. e) c.p.a. e l'art. 614-bis c.p.c., - è offerto dal semplice dato letterale della disposizione disciplinante l'*astreinte* nel giudizio di ottemperanza: questa, invero, non riporta la statuizione contenuta nell'art. 614-bis c.p.c. secondo la quale il giudice, nel determinare l'ammontare della penalità di mora, dovrebbe tenere in considerazione una serie di elementi tra i quali, in particolare, il danno quantificato o prevedibile.

Sicché autorevole dottrina ritiene diversamente che, posta l'applicabilità delle *astreintes* anche alle condanne aventi ad oggetto obbligazioni pecuniarie, gli interessi legali e il risarcimento del danno, pur restando autonomi rispetto al rimedio compulsorio e alla sua funzione sanzionatoria, rilevino ai fini dell'esclusione del conferimento della penalità di mora solo laddove, cumulati alla comminatoria alla misura coercitiva indiretta, incidano sulla stessa determinandone la sua manifesta iniquità⁴⁴.

Le due argomentazioni fatte proprie dalla giurisprudenza di segno più restrittivo sono state, senza grosse difficoltà, poste nel nulla dall'opposto orientamento giurisprudenziale⁴⁵.

esecutivo, sono fruibili solo per i provvedimenti di condanna". Sulla surrogabilità dell'attività pubblica in sede di esecuzione cfr. inoltre quanto a suo tempo già rilevato da SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, pp. 44 ss

⁴³ T.A.R. Puglia, Bari, sez. I 24 gennaio 2013 n. 79: "L'istituto dell'*astreinte* (penalità di mora) previsto dall'art. 114 comma 4 lettera e) del c.p.a. è applicabile anche ai ricorsi di ottemperanza alle decisioni del Giudice amministrativo che importino l'obbligo per la p.a. di corrispondere gli interessi".

⁴⁴ VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza*, cit., p. 612. Cfr. anche quanto affermato da SANDULLI, *L'introduzione delle astreintes nel processo amministrativo: tra effettività e incertezza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, pp. 897 e 903

⁴⁵ Consiglio Stato, sez. IV, 2 marzo 2012, n. 1214: L'*astreinte* prevista dall'art. 114 comma 4 lettera e) del c.p.a. deve essere considerata applicabile anche alle sentenze di condanna pecuniarie della p.a., trattandosi di un modello normativo caratterizzato da importanti differenze rispetto alla previsione di cui all'art. 614-bis c.p.c. (applicabile solo alla violazione di obblighi di fare infungibile o di non fare); T.A.R. Puglia, Bari, sez. III 26 gennaio 2012 n. 254: "L'istituto della cd. penalità di mora introdotto in via generale dall'art. 114, comma 4, lettera e) c.p.a. è caratterizzato da una portata applicativa più ampia rispetto alla previsione dell'art. 614 bis c.p.c. (che trova applicazione solo con riferimento agli obblighi di fare infungibile o di non fare) e viene ad integrare una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, con finalità sanzionatoria e non risarcitoria (non è finalizzato, infatti, a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza, ma a sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento)".

Analogamente può dirsi di un'ulteriore argomentazione afferente, nello specifico, alle sentenze del giudice ordinario aventi ad oggetto una condanna pecuniaria rivolta alla Pubblica Amministrazione; è con riferimento a queste ultime, difatti, che si è posto il più vasto contenzioso in relazione all'ambito di applicazione della penalità di mora nel giudizio di ottemperanza⁴⁶.

Tali sentenze, invero, non potendo essere assistite dall'applicazione di un'*astreinte* ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c., sempre più spesso sono state portate all'attenzione del giudice dell'ottemperanza al precipuo scopo di sopperire a tale mancanza.

Di talché, una simile possibilità accordata dal giudice dell'ottemperanza non farebbe altro che tradursi in un'evidente elusione della normativa processual-civilistica nonché in un'indebita ingerenza della giurisdizione amministrativa in quella propria dell'a.g.o⁴⁷.

Anche questa terza argomentazione, sebbene pregevole, ha trovato fermo contrasto⁴⁸.

In proposito, difatti, si è osservato come i citati ostacoli all'ammissibilità dell'*astreinte* rispetto alle pronunce ottemperande del giudice ordinario aventi ad oggetto una condanna di natura pecuniaria siano, in realtà, effetti naturali dell'attuale struttura del giudizio di ottemperanza e della conseguente possibilità di portare ad esecuzione innanzi al giudice dell'ottemperanza anche le sentenze (rectius: tutte le sentenze) pronunciate dal giudice ordinario⁴⁹.

Rispetto a queste ultime, invero, non si è mai dubitato del fatto che la tutela conseguita per mezzo del giudizio di ottemperanza fosse maggiore rispetto a quella conseguibile con il giudizio di

⁴⁶ Si veda, ad esempio, Cons. St., sez. III, n. 5819 del 6 dicembre 2013, secondo cui l'*astreinte* non può trovare applicazione in relazione a sentenze di condanna al pagamento di somme di denaro anche in ragione del fatto che, "se il giudizio di ottemperanza sia prescelto dalla parte per l'esecuzione di sentenza di condanna pecuniaria del giudice ordinario, la tesi favorevole all'ammissibilità dell'applicazione dell'*astreinte* finirebbe per consentire una tutela differenziata dello stesso credito a seconda del giudice dinanzi al quale si agisca".

⁴⁷ DELLE DONNE, *Astreinte e condanna pecuniaria della PA tra Codice di procedura civile e Codice del processo amministrativo*, cit., p. 325

⁴⁸ T.A.R. Puglia, Bari, sez. I 27 giugno 2012 n. 1299: L'istituto dell'*astreinte* (penalità di mora) previsto dall'art. 114 comma 4 lettera e) del c.p.a. è applicabile anche ai ricorsi di ottemperanza alle decisioni dell'A.G.O. che condannino la p.a. al pagamento di somme di denaro".

⁴⁹ E ciò, del resto, in armonia con i più recenti e prevalenti orientamenti giurisprudenziali sul punto: ormai da tempo, invero, la giurisprudenza abbia abbandonato l'orientamento restrittivo in ragione del quale le uniche sentenze civili suscettibili di ottemperanza erano quelle che implicavano un'attività amministrativa in senso proprio per orientarsi, invece, verso un orientamento certamente più ampio in virtù del quale tutte le pronunce del giudice ordinario, ivi comprese quelle di condanna al pagamento di una somma di danaro, sarebbero suscettibili di ottemperanza. Nel primo senso vedi: Cfr. Cons. St., sez. IV, n. 156 del 7 febbraio 1958, in Cons. St., 1958, I, p. 130; sez. V, n. 1046 del 30 ottobre 1965, in Cons. St., 1965, I, p. 1699; sez. IV, n. 841 del 23 novembre 1966, in Cons. St., 1966, I, p. 2065. Nel secondo senso, invece, vedi: Cons. giust. amm. reg. sic., n. 12 del 16 gennaio 1971, in Cons. St., 1971, I, p. 123; n. 365 del 28 luglio 1971, in Cons. St., 1971, I, p. 1545; n. 296 del 16 marzo 1972, in Cons. St., 1972, I, p. 508. Tale impostazione, come è noto, fu poi recepita da Cons. St., ad. plen., n. 1 del 9 marzo 1973, in Cons. St., 1973, I, p. 351, la quale ha affermato la concorrenza tra il rimedio dell'ottemperanza e quello dell'azione esecutiva dinanzi al g.o. Questa posizione è stata poi costantemente ribadita dalla giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. St., sez. IV, n. 2670 del 25 maggio 2005; sez. IV, n. 6362 del 1 ottobre 2004

esecuzione, specie con riferimento alla possibile nomina di un commissario *ad acta*; possibilità che, rispetto al sistema generale, ha certamente un maggiore impatto derogatorio rispetto alla comminatoria di un'*astreinte*.

Di talché, ritenere inammissibile l'*astreinte* nel caso di pronuncia ottemperanda del giudice ordinario avente ad oggetto una condanna di natura pecuniaria altro non vorrebbe dire che porre in discussione la stessa idoneità all'ottemperanza di tutte le pronunce del giudice civile, così per come acquisito dai più recenti orientamenti giurisprudenziali.

E ciò in quanto è chiaro che l'inammissibilità dell'*astreinte* in siffatti casi determinerebbe, in primis e con riferimento ai medesimi casi, l'inammissibilità della nomina dello stesso commissario *ad acta*; con la conseguente regressione a quell'orientamento, orma ampiamente superato, in ragione del quale le uniche sentenze del giudice ordinario ottemperabili erano quelle implicanti un'attività propriamente amministrativa⁵⁰.

Ad ogni modo, il contrasto giurisprudenziale sino a questo momento delineato ha reso necessario l'intervento dell'Adunanza Plenaria⁵¹ la quale ha accolto, sulla base ben cinque argomentazioni, la tesi per la quale l'*astreinte* può essere comminata anche qualora sia richiesta l'ottemperanza di una sentenza di condanna a carattere pecuniario.

Con la prima argomentazione, di carattere comparato, l'Adunanza Plenaria evidenzia come la penalità di mora propria del giudizio di ottemperanza riproduca quella di matrice francese; questa, lo si rammenta, avente un'indiscussa funzione sanzionatoria che ne permette il cumulo con altri rimedi (ad esempio, interessi legali o risarcimento del danno).

Con l'argomentazione di tipo letterale, invece, la plenaria tiene a mettere in evidenza le differenze testuali tra la disposizione di cui all'art. 114 lett. e) c.p.a. e quella di cui all'art. 614-bis c.p.c..

In particolare si precisa che il legislatore del 2010, oltre a non aver in alcun modo limitato l'ambito di applicazione della penalità di mora a particolari tipologie di decisioni, né ad aver richiamato, esplicitamente o implicitamente, la normativa processual-civilistica, ha previsto la comminatoria della penalità di mora nel processo amministrativo solo innanzi al giudice dell'esecuzione a fronte di un adempimento che già si è verificato; e ciò, a fronte di una penalità di mora applicabile nel processo civile solo contestualmente alla sentenza di cognizione e avendo riguardo all'ipotetico inadempimento.

⁵⁰ Le considerazioni sono di CARBONE, *L'adunanza Plenaria e l'ambito di applicazione delle astreintes: un problema risolto? Considerazioni a margine di Cons. di Stato, ad. plen., n. 15 del 25 giugno 2014*, cit.

⁵¹ *Cons. St., ad. plen., n. 15 del 25 giugno 2014*

Mediante l'argomento sistematico, poi, si osserva come mentre nel processo civile la penalità di mora è volta ad introdurre un rimedio coercitivo per sentenze di condanna sprovviste di forme di esecuzione diretta, in quello amministrativo, ove tutte le prestazioni sono surrogabili tramite il giudizio di ottemperanza, essa assume il ruolo di misura alternativa-cumulativa all'esecuzione di tipo surrogatorio volta a garantire una maggiore efficienza nell'esecuzione delle pronunce indirizzate alla Pubblica Amministrazione; rivestendo, così, un'ancora più marcata matrice sanzionatoria.

L'argomento di carattere costituzionale, ancora, affronta la specifica "commistione" del sistema civile e del sistema amministrativo. Sotto questo specifico profilo, asserisce la Plenaria, «i canoni di imparzialità, buona amministrazione e legalità che informano l'azione amministrativa qualificano in termini di maggiore gravità l'inosservanza, da parte dei soggetti pubblici, del precetto giudiziale, così giustificando più penetranti tecniche di esecuzione».

Sempre secondo quanto ritenuto dall'Adunanza Plenaria l'argomento equitativo, infine, non può essere utilizzato al fine di escludere l'applicazione dell'*astreinte* qualora sia richiesta l'ottemperanza di una sentenza di condanna a carattere pecuniario.

La natura sanzionatoria della misura, infatti, consente a questa di sommarsi con le ulteriori misure riparatorie senza che ciò comporti alcuna duplicazione; ancora, i presupposti della non manifesta iniquità e dell'insussistenza di altre ragioni ostative⁵² permettono di evitare che nel caso concreto si verifichi uno squilibrio eccessivo in favore del creditore.

Stante le superiori considerazioni e, soprattutto, stante l'intervento dell'Adunanza Plenaria del 2014, ad oggi, il giudizio di ottemperanza dovrebbe essere considerato un sistema «misto» che non rientra certamente nel parallelismo con la previsione civilistica dell'art. 614-bis del c.p.c. (introdotta dall'art. 49 comma 1, l. 18 giugno 2009 n. 69)⁵³ operato dalla Relazione al codice e da una parte della dottrina; la previsione civilistica appare, infatti, destinata a «coprire» con la coercizione indiretta un territorio caratterizzato «dall'esistenza di una sottocategoria di obbligazioni di *facere* caratterizzate dalla presenza di un nucleo di incoercibilità della prestazione, vale a dire da una quota di prestazione non attuabile mediante i mezzi di esecuzione forzata previsti dall'ordinamento,

⁵² Tale elemento – finora non particolarmente valorizzato dalla giurisprudenza maggioritaria, che vi ha solitamente fatto riferimento congiuntamente alla non manifesta iniquità – assume particolare rilevanza nel disegno elaborato dall'Adunanza Plenaria, la quale lo considera, proprio in ragione della mancanza di un suo corrispettivo nell'art. 614 bis, espressione di specialità del debitore pubblico (questa volta, ad esso favorevole), giustificata dalle specifiche difficoltà in cui può incorrere nell'adempimento della prestazione (vincoli normativi e di bilancio, stato della finanza pubblica, rilevanza di specifici interessi pubblici)

⁵³ La differenziazione rispetto alla previsione civilistica è oggi sottolineata da Consiglio Stato, sez. V, 20 dicembre 2011 n. 6688, cit. e Tar. Puglia, Bari, sez. III 26 gennaio 2012 n. 25 cit.

richiedendosi una non surrogabile attività di collaborazione e cooperazione ad opera del soggetto obbligato o di un soggetto terzo⁵⁴; al contrario, la previsione dell'art. 114 comma 4, lett. e), c.p.a. si inserisce in un sistema che vede ancora la presenza determinante del giudizio di ottemperanza che, non a caso, nasce dall'incrocio di due esigenze, costituite dall'«assoluta surrogabilità del soggetto obbligato, e ..(dall') obiettiva difficoltà di ottenere il risultato perseguito con le modalità e le tecniche tipiche della surrogazione giudiziale esecutiva⁵⁵.

Ciò nonostante, sul punto, sussiste ancora quale riserva.

Due, nello specifico, le considerazioni che suggeriscono di rivedere le argomentazioni addotte dalla Plenaria del 2014 (specie, quelle afferenti all'argomento letterale); correlativamente svalutando la differente collocazione dell'art. 114 lett. e) c.p.a. rispetto all'art. 614-bis c.p.c., e imponendo un ulteriore ripensamento sull'effettivo ambito di applicazione della penalità di mora nel giudizio di ottemperanza.

A ben vedere, come si è già avuto modo di precisare, la pronuncia resa dall'Adunanza Plenaria evidenziava come legislatore del 2010 avesse previsto la comminatoria della penalità di mora nel processo amministrativo solo innanzi al giudice dell'esecuzione a fronte di un adempimento che già si è verificato; e ciò, a fronte di una penalità di mora applicabile nel processo civile solo contestualmente alla sentenza di cognizione e avendo riguardo all'ipotetico inadempimento.

Tale asserzione, tuttavia, secondo i più recenti orientamenti dottrinali, sarebbe da smentirsi alla luce di quanto disposto dall'art. 34 lett. e) c.p.a.; norma che consente al giudice di disporre le misure idonee all'attuazione del giudicato tra le quali, anche quella della nomina di un commissario *ad acta*.

Sicché, se il Codice del processo amministrativo espressamente prevede che il giudice della cognizione possa disporre la nomina di un commissario *ad acta*, a fortiori deve ritenersi che il medesimo giudice possa anche disporre una penalità di mora a corredo della sua sentenza⁵⁶; e ciò,

⁵⁴ LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. merito*, 2010, § 2, che ulteriormente chiarisce: «sembra potersi sostenere, sulla base di univoci elementi esegetici offerti dalla rubrica *legis*, che la misura non sia applicabile indistintamente a tutti i provvedimenti di condanna, ma soltanto a quelli aventi ad oggetto un *facere* o non *facere* infungibile, nell'accezione innanzi indicata».

⁵⁵ SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, cit., 133 ss.; l'autore chiarisce anche come «gli ordini di problemi posti da questi dati sono esattamente inversi agli ordini di problemi posti dalla «sostituibilità» dell'attività dei privati. In quest'ultimo caso, da un lato manca la generalizzata possibilità di surrogare attività che -nonostante contemplino al loro interno elementi di doverosità- si presentano all'esterno come «garantite» al soggetto; dall'altro, nei casi in cui sia possibile superare tale difficoltà pervenendosi in concreto alla surrogazione in via giurisdizionale, questa appare infinitamente meno problematica, poiché l'attività sostituita manca dei caratteri della «funzione» e, di norma, non si pone il problema dell'innesto del procedimento in altri e più ampi momenti procedurali (il soggetto passivo è autenticamente ed esclusivamente tale: «esecutato» e non «esecutore»)».

⁵⁶ VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza*, cit., pp. 593-595

peraltro, sempre sulla scia della considerazione per la quale la nomina di un commissario *ad acta* è statuizione certamente più invasiva della comminatoria di un'*astreinte*.

Si tratterebbe, peraltro, a dispetto di quanto obiettato da altra dottrina⁵⁷, non di una mera applicazione estensiva dell'istituto dell'*astreinte* in spregio della sua natura sanzionatoria, ma, sempre in forza della previsione di cui all'art. 34 lett. e) c.p.a., si tratterebbe semplicemente di anticipare alla cognizione una statuizione che, di per sé, è ad essa legata, pur essendo strumentale alla successiva esecuzione⁵⁸.

La seconda considerazione, invece, sebbene riferibile ad un orientamento minoritario, riposa sulla puntuale osservazione dei casi concreti e sulla ritenuta impossibilità di individuare una netta linea di demarcazione tra gli obblighi fungibili e quelli infungibili⁵⁹; sicché, la delimitazione dell'ambito di

⁵⁷ Questa, ha messo in luce come la natura sanzionatoria dell'*astreinte* osterebbe ad un'interpretazione estensiva della relativa previsione in tal senso, SANDULLI, *L'introduzione delle astreintes nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2013.

⁵⁸ Come osservato da CARBONE, *L'adunanza Plenaria e l'ambito di applicazione delle astreintes: un problema risolto? Considerazioni a margine di Cons. di Stato, ad. plen., n. 15 del 25 giugno 2014*, cit. <<a tal proposito, si devono richiamare gli studi svolti negli ultimi decenni sul giudizio di ottemperanza, diretti a valorizzarne la portata esecutiva, e ad isolare la fase cognitoria in esso contenuta che non sia direttamente funzionale all'esecuzione, la quale, proprio in ragione di ciò, sarebbe da ricondurre allo stadio processuale che le è proprio, a dire il giudizio di cognizione. Queste considerazioni hanno trovato conferma nella generalizzazione della tutela di condanna da parte del Codice del processo amministrativo, che, andando oltre il mero effetto conformativo della sentenza di annullamento, ha permesso di ricomprendere nella fase di cognizione il completamento, in positivo, del *dictum* giudiziale, prima necessariamente rimesso al giudice dell'ottemperanza. Trovano inoltre riscontro nello stesso art. 34, lett. e), c.p.a., il quale, ammettendo la nomina di un commissario *ad acta* già nel giudizio di cognizione, presuppone necessariamente una statuizione ordinatoria precisamente delimitata, idonea a vincolare la P.A. Né tale impostazione può dirsi disattesa dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1-2013, con cui pure sembra essere stata ribadita la natura di giudizio misto di cognizione ed esecuzione dell'ottemperanza. In questo quadro, l'*astreinte* adottata dal giudice di cognizione avrebbe la stessa funzione del commissario nominato ex art. 34, lett. e), c.p.a., andrebbe a costituire, cioè, l'oggetto di una clausola accessoria di una statuizione di condanna, che, in buona sostanza, si inserisce tra cognizione ed esecuzione, in quanto alla prima legata, ma volta ad aprire la strada alla seconda. La qualifica di misura accessoria alla condanna è, del resto, la definizione che dell'*astreinte* ha dato la dottrina processual-civilistica maggioritaria, evidenziandone lo stretto legame con il provvedimento ordinatorio. Proprio per tale motivo, nel processo civile, è stata ritenuta coerente la scelta del legislatore di affidare al giudice di cognizione il potere di disporre la penalità di mora; e la mancanza di un potere analogo in capo al giudice dell'esecuzione è stata criticata – invocando il corrispondente istituto francese che distingue penalità provvisoria e penalità definitiva – per lo più in ragione dell'impossibilità di contestare direttamente in sede esecutiva la sussistenza dei presupposti per la concessione dell'*astreinte*, l'effettiva inadempienza dell'obbligato o la corretta quantificazione della somma dovuta effettuata dal creditore>>. Ritiene, inoltre, SALETTI, *Art. 614 bis*, cit., p. 193, che, nonostante la collocazione nel Libro III del codice di procedura civile, quello di cui all'art. 614 bis c.p.c. è un potere tipico del giudice di cognizione. Analogamente, reputa corretta l'attribuzione del potere in esame al giudice di cognizione MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie*, cit., p. 1550;

⁵⁹ In dottrina, per esempio, si è spesso profilata una distinzione tra i sostenitori di una concezione legata all'impossibilità di sostituzione materiale del comportamento dovuto, su cui MONTESANO, *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 533-534, e i fautori di una prospettiva prettamente giuridica, tra cui MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XX, Tutela dei diritti, II, Torino, 1998, pp. 329 ss.; nonché la circostanza, richiamata pressoché costantemente in dottrina, che talune prestazioni di per sé infungibili possano contenere sottoprestazioni fungibili, come tali eseguibili in forma specifica (cfr. sul punto, tra gli altri, MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie*, cit., pp. 1553-1554, che parla espressamente di obblighi di fare o non fare a fungibilità "imperfetta", da ricondurre alle obbligazioni infungibili ai fini dell'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c.). In giurisprudenza: Trib. Terni, ord. 6 agosto 2009, in *Giur. it.*, 2010, pp. 637 ss., con nota di MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., la quale ha concesso

applicazione della norma processual-civilistica non apparirebbe mai talmente chiara da consentire una effettiva e valida distinzione tra questa e la corrispondente previsione del Codice del processo amministrativo.

Sulla scorta di queste considerazioni, dunque, quella stessa parte della dottrina rimasta insoddisfatta dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria ha proposto una soluzione intermedia che, interpretando l'art. 114 lett. e) c.p.a. e l'art. 614-bis c.p.c. secondo una *ratio* comune, ha certamente avuto il rilevante pregio di individuare una linea di indubbia coerenza teorica in relazione all'effettivo ambito di applicazione dell'istituto.

Sulla base della predetta soluzione intermedia, invero, l'*astreinte* (sia nel processo amministrativo che in quello civile) risulterebbe potenzialmente applicabile a tutte quelle obbligazioni di fare ove la particolare complessità dell'esecuzione della prestazione – per la necessità di porre in essere un'attività amministrativa - rende preferibile l'adempimento spontaneo del debitore rispetto alla surroga da parte del giudice.

Essa, tuttavia, si espone a facili obiezioni.

La prima obiezione, difatti, emerge se si considera che, mediante una simile operazione interpretativa, si verrebbe a creare un modello difforme sia da quello formalmente ricavabile dalla lettera dell'art. 614-bis c.p.c. sia da quello fatto proprio dall'art. 114, lett. e), c.p.a..

La seconda obiezione, che sostanzialmente determina un'ulteriore motivo a fondamento della tesi proposta dalla Plenaria, consiste nello scarso rilievo che la distinzione tra obbligazioni di fare e obbligazioni pecuniaria riveste nell'ambito del diritto amministrativo; e ciò non solo in ragione della surrogabilità delle prime, ma anche in quanto le seconde tendono ad estrinsecarsi sempre in attività amministrative⁶⁰.

Anche a fronte di queste obiezioni, come osservato da autorevole dottrina, la soluzione intermedia potrebbe comunque reggere qualora si reputasse che, al fine di rispettare il requisito della preferenza per un adempimento spontaneo piuttosto che coattivo, ci si debba necessariamente trovare di fronte ad un atto che il soggetto pubblico deve porre in essere quale espressione dell'attività che è chiamato istituzionalmente a svolgere, in quanto ad essa preposto per la cura di determinati interessi pubblici; circostanza, questa, che – con tutte le perplessità del caso –

l'astreinte in relazione alla demolizione di un muro pericolante nell'ambito di un giudizio di danno temuto; Trib. Trento, 8 febbraio 2011, in Foro it., 2011, I, 287, che ha comminato la penalità di mora in relazione al rilascio di un immobile e alla rimozione delle strutture in esso apposte dal conduttore

⁶⁰ Il pagamento di una somma di denaro da parte della P.A., infatti, necessità sempre di un'attività della P.A. il cui atto portante è l'impegno di spesa che può essere adottato solo nei limiti in cui vi sia capienza nel corrispondente titolo di bilancio.

permetterebbe di escludere l'attività volta al pagamento di una somma di denaro; tale prestazione, difatti, risulta comunque suscettibile di esecuzione forzata davanti al giudice ordinario, a prescindere dalla concreta satisfattività di tale rimedio⁶¹.

5. La questione della compatibilità tra modello <<compulsorio>> e modello <<sostitutorio>> o <<surrogatorio>>

Le *astreintes* nel giudizio di ottemperanza sono strumenti cumulativi o alternativi rispetto al meccanismo surrogatorio.

Di talché, le stesse caratterizzerebbero il sistema esecutivo proprio del processo amministrativo in termini di sistema <<misto>> e, quindi, in termini di sistema che si distingue per la possibile coesistenza di misure compulsorie indirette e di misure sostitutorie.

Tanto premesso, tuttavia, occorre preliminarmente indagare se sia ammissibile una compatibilità tra i rimedi in questione e, ove a questo interrogativo si fornisca risposta positiva, appurare in quali termini concretamente si atteggi il rapporto tra lo strumento compulsorio indiretto e lo strumento sostitutorio qualora si palesi l'ipotesi di un loro cumulo.

In realtà, dalle varie pronunce dei giudici amministrativi, anche data l'assenza di espressi limiti normativi in merito, emerge la piena compatibilità tra *astreintes* e misure surrogatorie.

Allo stesso modo, però, dall'analisi delle medesime pronunce emerge che tale rapporto può certamente assumere modalità diverse.

Alcune, volte sia ad utilizzare gradualmente i predetti strumenti di esecuzione (con una logica pregiudizialità delle penalità di mora rispetto alla nomina del commissario ad acta).

Altre, volte ad applicarli contemporaneamente, al fine di ottenere il prima possibile la corretta attuazione del giudicato.

Secondo una prima tesi, invero, il giudice amministrativo potrebbe procedere alla nomina del commissario *ad acta* contestualmente alla concessione dell'*astreinte* anche per il periodo successivo all'insediamento dello stesso⁶².

A tale impostazione, però, potrebbe evidentemente opporsi che, una volta nominato il commissario, l'adempimento della prestazione dovuta non ricadrebbe più in capo all'Amministrazione, ma

⁶¹ Si occupano della tesi intermedia anche FOA' – UBALDI, *L'emancipazione dell'astreinte amministrativa: un modello sui generis*, in *resp. civ. e prev.*, 2015, 0008B

⁶² Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. IV, n. 4500 del 1 ottobre 2013 e n. 2644 del 22 maggio 2013 (che tuttavia respingono la richiesta perché ritenuta inammissibile a fronte di una condanna di natura pecuniaria); Tar Lazio, sez. III, n. 3939 del 18 aprile 2013; Tar Puglia, Bari, sez. III, n. 254 del 26 gennaio 2012

sull'ausiliario del giudice, e quindi su un organo che è pur sempre funzionalmente estraneo ad essa⁶³.

Questa obiezione, tuttavia, non convince chi, sulla scorta di quanto sostenuto da una parte della giurisprudenza⁶⁴, riconosce comunque la sussistenza di un potere, sebbene residuale, in capo alla Pubblica Amministrazione surrogata⁶⁵.

Secondo un'ulteriore tesi, poi, l'organo giurisdizionale potrebbe «scegliere un *mix* inedito» in cui, allo scadere del termine per dare esecuzione al giudicato, non si assisterebbe alla immediata entrata in scena del commissario *ad acta*, bensì al decorrere di un ulteriore lasso di tempo in cui opererebbero le penalità di mora; spirato infruttuosamente quest'ulteriore *spatium temporis*, l'organo commissariale potrà concretamente sostituirsi all'amministrazione, provvedendo secondo le modalità indicate dalla sentenza⁶⁶

Tale tesi, nello specifico adottata dal Tar Lazio, Roma, sez. I, per mezzo della pronuncia n. 10305 del 29 dicembre 2011⁶⁷, postula una tutela ad «incisività crescente», la quale riduce progressivamente gli spazi di libertà dell'amministrazione renitente ad adempiere: quest'ultima, infatti, dapprima «beneficiata» di un termine per eseguire (quasi) spontaneamente il *dictum* del giudice dell'ottemperanza, sarà successivamente oggetto di misure pecuniarie compulsorie, volte ulteriormente a sollecitare e l'adeguamento al giudicato amministrativo, per poi, infine, esser sostituita da un ausiliario del G.A.

Secondo un'ultima impostazione, infine, la nomina del commissario *ad acta* contestualmente alla concessione dell'*astreinte* sarebbe ammissibile, ma quest'ultima opererebbe soltanto fino all'effettivo insediamento del primo⁶⁸.

⁶³ Consiglio Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2547 – Pres. Barra Caracciolo, Est. Poli - L'*astreinte* prevista dall'art. 114 comma 4 lettera e) del c.p.a. può trovare applicazione anche dopo la nomina del commissario *ad acta*, ma non dopo l'insediamento dello stesso (circostanza che determina un definitivo trasferimento del munus, rimanendo precluso all'amministrazione ogni margine di ulteriore intervento); la misura è comunque applicabile quando l'amministrazione si sia sostanzialmente riappropriata del potere di provvedere, anche dopo l'insediamento del commissario *ad acta*.

⁶⁴ *Ex multis* Cons. St., sez. V, n. 3214 del 21 maggio 2010. Per la non cumulabilità tra *astreinte* e commissario *ad acta* cfr. Tar Lazio, sez. II, n. 21 del 2 gennaio 2014; n. 9362 del 4 novembre 2013; n. 5644 del 6 giugno 2013; n. 2318 del 5 marzo 2013; Tar Piemonte, sez. I, n. 904 del 23 luglio 2013, n. 608 del 10 maggio 2013 e n. 1386 del 21 dicembre 2012.

⁶⁵ SANDULLI, *L'introduzione dell'astreintes nel processo amministrativo*, cit., p. 901.

⁶⁶ T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 23 febbraio 2012, n. 959: “L'istituto della cd. penalità di mora introdotto in via generale dall'art. 114, comma 4, lettera e) c.p.a. è compatibile con la nomina del Commissario *ad acta* e può trovare applicazione dalla data di scadenza del termine per l'adempimento del giudice alla data di insediamento del Commissario *ad acta*”

⁶⁷ Nello stesso senso, T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 15 aprile 2011 n. 2161

⁶⁸ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, n. 1621 del 24 giugno 2013 e n. 1454 del 5 giugno 2013; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, n. 959 del 23 febbraio

Soluzione che, secondo taluna dottrina, apparirebbe <<sicuramente preferibile non soltanto per i presupposti da cui muove, ma anche perché, in questo modo, i due strumenti, lungi dal risultare meramente sovrapposti, si pongono davvero l'uno in funzione dell'altro, così valorizzandosi pienamente le peculiarità di un sistema misto>>⁶⁹.

Concludendo, dunque, può sostenersi la sussistenza di due *species* di compatibilità tra modello compulsorio indiretto e modello sostitutorio.

La prima caratterizzata dalla sincronia dei rimedi; la seconda, invece, connotata da una possibile operatività per gradi degli stessi

6. L'applicabilità delle *astreintes* con riferimento ad alcuni riti speciali previsti dal c.p.a.

Il codice del processo amministrativo non presta alcuna considerazione alla possibile applicabilità dell'istituto previsto dall'art. 114, comma 4 lett. e) ai riti speciali.

Mancanza questa, da reputarsi irragionevole atteso che nei altri riti (rito dell'accesso e del silenzio su tutti) potrebbero maggiormente giovare dell'utilizzabilità delle *astreintes*⁷⁰.

Ciò nonostante, la dottrina prevalente ritiene che, per il tramite di un'opera interpretativa, l'applicabilità delle *astreintes* ai riti speciali possa essere desunta dal sistema.

Sotto il profilo più strettamente aderente alla formulazione del codice si rileva come <<i> i riti speciali costituiscano oggetto di una regolamentazione limitata ad alcuni aspetti essenziali che devono essere necessariamente integrati dall'applicazione di previsioni più generali relative al giudizio amministrativo; si tratta pertanto di una "tessitura a maglie larghe" che può essere agevolmente integrata da disposizioni di carattere più generale come l'art. 114 del codice (e, quindi, anche dalle *astreintes* regolamentate dal quarto comma, lett. e) o le previsioni dell'art. 34, comma 1 lett. c) ed e) (per quello che riguarda la possibilità di anticipare l'adozione della misura alla fase di cognizione)>>⁷¹.

Del resto, può certamente ritenersi che una simile soluzione sia anche quella maggiormente coerente con i principi di pienezza ed effettività (art. 1).

A ben vedere, poi, i riferimenti al potere del giudice di ordinare l'esibizione del documento entro un termine di trenta giorni e di dettarne le relative modalità, per il rito dell'accesso (art. 116, comma 4 c.p.a.) e di nominare un commissario *ad acta* (anche con la sentenza con cui definisce il giudizio)

⁶⁹ CARBONE, *Riflessioni sul valore sanzionatorio dell'astreinte e sulla sua applicazione al processo amministrativo*, in *foro amm.*, 2014, 1927

⁷⁰ Appare innegabile, invero, l'utilità di una coazione indiretta nel settore del silenzio rifiuto.

⁷¹ VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza*, cit., 579

per l'esecuzione dell'obbligo di provvedere nel rito del silenzio (art. 117, comma 3 c.p.a.), non sembrano, infatti, ostare meccanismo proprio della misura coercitiva indiretta che potrebbero intervenire, invece, qualora fosse richiesta dalla parte, a rafforzare la forza esecutiva dell'intervento del giudice.

Al contrario, con riferimento al decreto ingiuntivo (art. 118 c.p.a.), è da ritenersi che l'applicabilità della previsione dell'art. 114, comma 4 lett. e) del c.p.a. trovi insuperabile ostacolo nella condivisibile dottrina civilistica che ha rilevato l'inapplicabilità dell'istituto dell'*astreinte* ai provvedimenti adottati *inaudita altera parte*.

La pronuncia di un'*astreinte*, invero, integra un autonomo capo di condanna che presuppone una valutazione di fatto ulteriore e specifica: specificamente, una verifica circa la volontà del debitore di non adempiere all'obbligazione⁷²; verifica che deve pur sempre essere svolta e che mai può essere omessa in ragione di una mera presunzione, neppure nel contesto di un procedimento speciale⁷³.

7. *Astreinte* ed equa riparazione

Come ben noto, la legge n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto), uniformandosi alle pronunce Cedu sulla ragionevole durata del processo e sulle misure riparatorie necessarie per il caso di irragionevole ritardo, ha previsto il diritto della parte il diritto della parte ad ottenere l'indennizzo per l'eccessiva durata del procedimento giudiziario; indennizzo commisurato alla durata del ritardo nell'adozione del provvedimento definitivo.

In questo contesto, certa rilevanza meritano alcuni orientamenti espressi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Questi, difatti, pur riconoscendo che il meccanismo indennitario fornito dalla legge Pinto è accessibile ed effettivo, recano linee interpretative inaspriti la disciplina per il caso in cui le autorità nazionali restino inerti dopo l'emissione dei provvedimenti giudiziari che riconoscono e liquidano l'indennizzo.

Si fa riferimento, segnatamente, alle sentenze Cocchiarella c- Italia⁷⁴ e Gaglione c- Italia⁷⁵.

Questi, in primo luogo, hanno evidenziato che l'esecuzione della condanna relativa all'indennizzo fa parte del termine complessivo del processo, e dunque rileva ai fini del rispetto dell'art. 6, par. 1, della Convenzione (v. sentenza Cocchiarella punto 87; sentenza Gaglione punto 32).

⁷² Che i francesi individuano nella "*résistance du débiteur de l'obligation*"

⁷³ CAPPONI, *Astreintes nel procedimento civile italiano?*, cit.

⁷⁴ CEDU, Grande Camera, 29 marzo 2006

⁷⁵ CEDU, Grande Camera, 21 dicembre 2010.

I medesimi, poi, hanno precisato come tra la data in cui il provvedimento del giudice diventa esecutivo e quella del pagamento possa intercorrere un arco temporale di “tolleranza”, che è stato equitativamente commisurato ad un periodo non ultrasemestrale (v. sentenza Cocchiarella punto 89; sentenza Gaglione punto 34).

Infine, per il tramite di essi, la Cedu ha escluso che la mancanza di risorse finanziarie possa integrare idoneo fondamento giustificativo al fine di disattendere l’adempimento di una ragione di debito che abbia ricevuto riconoscimento in sede giurisdizionale (cfr. sentenza Cocchiarella punto 90; sentenza Gaglione punto 35).

Il che, correlativamente, ha determinato la disapplicazione di quanto disposto dall’art. 3, comma 7, della legge 89-2001 - rimasto immutato a seguito della riforma realizzatasi per mezzo dell’art. 55 del decreto legge 22 giugno 2012 n. 83, convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012 n. 134- che ha posto il vincolo delle risorse disponibili; con la conseguenza che l’Amministrazione è tenuta ad operare le necessarie variazioni di bilancio al fine di acquisire la disponibilità delle risorse finanziarie necessarie al pagamento degli indennizzi.

Tanto premesso occorre tenere presente che, in caso di ritardo del Ministero della Giustizia nella corresponsione della riparazione nei confronti della parte che abbia ottenuto il riconoscimento del relativo indennizzo ex legge Pinto, quest’ultima può fare sì che la pronuncia sia eseguita investendo della questione il giudice dell’ottemperanza.

Di talché, stante l’introduzione dell’istituto della penalità di mora in seno al giudizio di ottemperanza ad opera del legislatore del Codice del processo amministrativo, ci si è chiesti se e in che termini tale istituto potesse essere applicato all’esecuzione delle pronunce in tema di equa riparazione.

A tal proposito, estremamente interessante risulta la sentenza n. 9870 del 2012 resa dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio che in questa sede ci si propone di esaminare.

In occasione della citata pronuncia il collegio investito della questione, dopo aver <<accolto con favore – ed in contrasto con precedenti pronunce – quell’orientamento giurisprudenziale in base al quale si ritiene che l’art. 114 lett. e) c.p.a. possa essere applicato anche in sede di ottemperanza alle sentenze di condanna pecuniaria della P.A>> e dopo aver ribadito che <<la misura prevista dalla citata norma assolve ad una finalità sanzionatoria, non essendo volta a riparare il pregiudizio cagionato dall’esecuzione della sentenza, ma a sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all’adempimento>> si è fatto carico di <<individuare le necessarie coordinate attuative che assistono l’applicazione della penalità di mora alle vicende

contenziose concernenti le condanne dell'Amministrazione per violazione delle disposizioni sulla ragionevole durata del giudizio>>⁷⁶.

Sul punto, invero, l'adito collegio non ha esitato ad affermare con fermezza come l'ulteriore ritardo frapposto dall'amministrazione rispetto al soddisfacimento della pretesa del cittadino alla liquidazione dell'indennizzo derivante da equa riparazione non può essere mai sorretto da alcun fattore di giustificazione.

Se così è, dunque, << appieno viene in considerazione la presenza dei presupposti – di cui alla disposizione del codice di rito precedentemente riportata (e commentata) – per la condanna della parte resistente al risarcimento del danno da ritardo, veicolata dalla individuazione di una somma che sanzioni, in coordinamento con il decorso del tempo intercorrente fra l'esigibilità del titolo giudiziario e l'effettivo soddisfacimento della pretesa creditoria, la protratta inerzia del debitore>>.

Condanna che, come precisato dallo stesso collegio, deve pur sempre essere comminata in armonia con quanto precisato dalla Corte europea circa la configurabilità (e la conseguente concedibilità) di un termine di tolleranza di 6 mesi; termine il cui *dies a quo* è rappresentato dalla data in cui il titolo giudiziale, recante condanna al pagamento di una somma di denaro a titolo di indennizzo e munito della prescritta formula esecutiva, sia stato notificato nei confronti dell'Amministrazione soccombente.

Inoltre, con specifico riferimento alla concreta determinazione del *quantum* del risarcimento del danno da ritardo, il collegio si è spinto sino al punto di proporre una rimediazione dell'orientamento espresso dalla Cedu sul punto.

A tal proposito occorre precisare come la commisurazione del danno da ritardo sia stata oggetto di due differenti orientamenti espressi dalla medesima Corte Edu.

Il primo, più risalente ed espresso nella sentenza Cocchiarella c-Italia, attribuiva una somma pari a euro 100,00 per ogni mese di ritardo.

Il secondo, più recente ed espresso nella sentenza Gaglione c-Italia, riconosceva una somma “a forfait” di euro 200,00, indipendentemente dalla durata del ritardo; fondato presumibilmente sull'esigenza di non alimentare ricorsi seriali.

Riscontrati questi due differenti orientamenti giurisprudenziali e, in specie, quello più recente, dunque, il collegio adito ha ritenuto di dover immancabilmente aderire al primo dei citati orientamenti, atteso che il secondo, invece, determinerebbe un'ingiustificata equiparazione di posizioni certamente differenziate.

⁷⁶ In questi termini, propriamente, la sentenza n. 9870 del 2010 resa dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

In tal senso, come asserito dallo stesso collegio, <<la proporzionalità del risarcimento rispetto alla durata del ritardo appare il criterio più contiguo al canone di equità, ma anche il più funzionale ai fini dell'ottemperanza, in quanto suscettibile di ingenerare nell'Amministrazione un meccanismo sollecitatorio e-o incentivante ai fini del pagamento dell'indennizzo, rendendo significativamente onerosa la protrazione dell'inerzia>>.

Se, quindi, la commisurazione del risarcimento va coordinata alla durata del ritardo nel soddisfacimento della pretesa creditoria, ritiene il Collegio, nell'esercizio dell'apprezzamento equitativo al medesimo in materia rimesso dalla riportata previsione ex art. 114 c.p.a., che la quantificazione del pregiudizio risarcibile ben possa essere effettuata prendendo a fondamento il parametro dalla stessa CEDU individuato con riferimento alla commisurazione degli interessi moratori dovuti dall'Amministrazione per il ritardo nel pagamento delle somme liquidate (riferita ad un "interesse semplice ad un tasso equivalente a quello delle operazioni di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea applicabile durante tale periodo, aumentato di tre punti percentuali").

Tale misura – e, quindi, il tasso sopra individuato, da applicare sulla sorte capitale dovuta a titolo indennitario – dovrà essere corrisposta a titolo di risarcimento del danno da ritardo, a carico dell'Amministrazione, a far tempo dalla notificazione del titolo giudiziario in forma esecutiva e fino all'effettivo soddisfacimento del credito.

A conclusione dell'iter logico che la informa e sempre con riferimento alla tematica della quantificazione del danno da ritardo, infine, la sentenza esaminata ha osservato come il meccanismo di apprezzamento equitativo rimesso al giudice debba sempre tenere nella dovuta considerazione anche la condotta di parte ricorrente con riferimento alla <<diligente coltivazione, ad opera della parte, dei previsti mezzi di tutela: ovvero, della sollecita e diligente proposizione di quegli strumenti preordinati a veicolare, anche a mezzo dei previsti meccanismi sostitutivi, l'effettività del soddisfacimento della pretesa creditoria>>.

Sicchè, il collegio ritiene che l'ingiustificata trascuranza nella proposizione del ricorso di ottemperanza è con ogni evidenza suscettibile di influire sulla determinazione del danno da ritardo, atteso che <<se l'indugio nell'adempimento rimane pur sempre imputabile all'Amministrazione, nondimeno il deficit attenzionale della parte (che abbia omesso una tempestiva attivazione del rimedio dell'ottemperanza) non può non reagire sulla quantificazione del pregiudizio risentito a titolo di ritardo>>.

Pertanto, anche ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. (dallo stesso c.p.a. richiamata dal comma 2 dell'art. 124) una ingiustificata attesa nell'attivazione dei meccanismi processuali volti a conseguire

l'attuazione del giudicato è suscettibile di essere valutata in termini di comportamento negligente; con conseguente riduzione del risarcimento ex art. 114, comma 4, lett. e), nella misura equitativamente apprezzata dall'organo di giustizia e riferita, evidentemente, al parametro temporale del ritardato esperimento del rimedio giudiziale⁷⁷.

⁷⁷ La questione trattata nel presente paragrafo è stata anche analizzata, negli stessi termini sebbene con riferimento alla sentenza n. 8748 del Tar. Lazio- Roma, sez. I, 24 ottobre 2012, da DIMASI, *Astreinte, giudizio di ottemperanza ed equa riparazione*, reperibile su www.lexitalia.it