Pubblicato il 09/05/2019

N. 00007/2019REG.PROV.COLL.

N. 00002/2019 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2 di A.P. del 2019, proposto da:
Real Fettuccina F.C. Società Sportiva Dilettantistica, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Simone Ciccotti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Lucrezio Caro 62;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi D'Ottavi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Tempio di Giove 21;

Per

ottenere chiarimenti sulle modalità dell'ottemperanza della sentenza del Consiglio di Stato - Sez. V n. 06698/2011, resa tra le parti, in relazione all'applicazione dell'*astreinte* ivi disposta.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visto l 'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2019 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Ciccotti e D'Ottavi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'ordinanza oggetto dell'odierno esame la Sezione V sottopone all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, Cod. proc. amm., stante il ravvisato contrasto di giurisprudenza, i seguenti quesiti:

1.1.) "*se e in quali termini sia possibile in sede di c.d. "ottemperanza di chiarimenti" modificare – anche alla luce dei principi di diritto affermati da Cons. Stato, Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15 – la statuizione relativa alla penalità di mora contenuta in una precedente sentenza d'ottemperanza;*

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

2. La vicenda contenziosa sottostante ai quesiti trae origine dal procedimento di gara indetto il 21 settembre 2005 e finalizzato all'individuazione del soggetto concessionario per la ristrutturazione, il ripristino funzionale e la gestione dell'impianto sportivo di proprietà comunale, sito a Roma, nel parco di Tor di Quinto.

La gara veniva aggiudicata alla società Due Ponti s.r.l..

La società sportiva dilettantistica Real Fettuccina, che aveva partecipato alla stessa classificandosi seconda, impugnava gli esiti innanzi al Tar del Lazio. Quest'ultimo, accogliendo il ricorso, annullava gli atti di gara e ne disponeva la ripetizione.

Avverso la sentenza proponeva appello il Comune di Roma.

2.1. Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1134 del 2009, rigettava il gravame e, in accoglimento dell'impugnativa incidentale di Real Fettuccina, precisava che si sarebbe dovuto procedere al rinnovo della fase della valutazione delle offerte, con esclusione della originaria aggiudicataria Due Ponti (la quale nel frattempo era stata immessa nel possesso).

Il Comune di Roma non rieditava l'azione amministrativa, sicché il Consiglio di Stato, in sede di ottemperanza promossa da Real Fettuccina, nominava un commissario *ad acta*.

Prima dell'insediamento del commissario, il Comune di Roma comunicava la conclusione della procedura di rivalutazione ed aggiudicava la gara a Real Fettuccina, salvo poi rimanere inerte per un ulteriore periodo.

Real Fettuccina introduceva allora un secondo procedimento di ottemperanza. Nell'imminenza dell'udienza di discussione, tuttavia, Roma Capitale revocava il provvedimento di aggiudicazione alla Real Fettuccina.

2.2. Con sentenza n.6688 del 20.12.2011 il Consiglio di Stato dichiarava nullo il citato provvedimento di revoca, perché elusivo del giudicato. Conseguentemente:

a) ordinava a Roma Capitale di immettere l'aggiudicatario Real Fettuccina in possesso dell'area;

b) comminava una *astreinte* per la ipotesi di inadempimento, con decorrenza dal secondo mese successivo alla notifica della sentenza per un importo di € 300 giornalieri da accrescere progressivamente, in caso di prolungamento dell'inottemperanza, nella misura del 50 per cento, ogni quindici giorni, con riferimento alla base data dall'importo via via rideterminato.

2.3.In mancanza di sollecito adempimento la Real Fettuccina notificava a Roma Capitale un primo precetto per circa €600.000,00, calcolati secondo il criterio sopra indicato.

2.4. Stante una serie di perduranti difficoltà nell'esecuzione, sia perché nel tempo le aree erano state sottratte alla disponibilità dell'Amministrazione, sia a causa della presenza di occupanti senza titolo, sia in ragione di edifici realizzati abusivamente e quindi da demolire, l'amministrazione, con ricorso ai sensi dell'art. 112, comma 5, del cod. proc. amm., chiedeva chiarimenti in merito agli effetti della sentenza 20 dicembre 2011, n. 6688 cit., relativamente all'applicazione della sanzione progressiva disposta ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), dello stesso cod. proc. amm. In subordine chiedeva la riforma della sentenza.

In particolare l'Amministrazione chiedeva: *".. se le modalità di ottemperanza attuate dall'Amministrazione costituissero condotte tali da giustificare l'applicazione aritmetica della penale, anche alla luce dell'assenza di ritardo o inadempimento imputabile alla stazione appaltante; se l'applicazione pedissequa posta alla base dell'azione di esecuzione intrapresa dall'associazione, anche in assenza di alcuna rituale richiesta al giudice dell'ottemperanza, potesse costituire abuso sostanziale o processuale del diritto, tenuto conto dell'adempimento manifestato dall'Amministrazione alla luce delle evidenze contabili e della dialettica tra le parti sostanziali; se l'applicazione della penale progressiva per l'adempimento potesse superare il valore della concessione; - se sussistesse violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, collaborazione alla luce degli accadimenti rappresentati; - in subordine se sussistessero gli estremi per disporre la riforma parziale della decisione di ottemperanza*".

2.5. Con ordinanza del 16 Maggio 2017 n. 2324 la Sezione V dichiarava inammissibile il ricorso nella parte in cui chiedeva, seppure in via subordinata, la riforma parziale (cioè in relazione alla determinazione delle modalità di operatività della penalità di mora) della sentenza n. 6688 del 2011.

Accedendo alla richiesta dell'amministrazione, accertava che il "ritardo imputabile" all'Amministrazione nell'ottemperanza della sentenza si era protratto sino alla data del 17 giugno 2013, e non oltre, posto che Roma Capitale a quella data aveva prefissato l'avvio delle procedure di sgombero previa bonifica e messa in sicurezza dell'impianto sportivo. Per l'effetto, accoglieva la richiesta di chiarimenti "*nel senso che la penalità di mora è dovuta, secondo le modalità fissate nella sentenza di questa Sezione n. 6688 del 2011, fino alla data del 17 giugno 2013…..per un importo comunque "non inferiore agli euro 675.000,00" oggetto di offerta transattiva da parte di Roma Capitale*".

Roma Capitale, con note del 27 luglio 2017 e del 12 ottobre 2017, liquidava la somma dovuta a titolo di penale nella misura di euro 675.000,00.

Ritendo tali note non coerenti col *dictum* giudiziale sotto il profilo del *quantum*, la Real Fettuccina proponeva ricorso in ottemperanza con cui chiedeva la nomina di un commissario *ad acta*.

2.5. Con ordinanza n. 5641/2018 la Sezione accoglieva il ricorso, chiarendo che "*la pretesa dell'amministrazione di pagare la detta penalità nella misura massima di € 675.000,00 non*

ha...fondamento essendo in palese contrasto col giudicato da eseguire, posto che risulta evidente, sulla base di quanto emerge dalla citata ordinanza 2324 del 2017, che la somma di euro 675.000,00 costituisce solo un valore minimo". Nominava altresì un commissario *ad acta* affinché provvedesse al pagamento della penalità in luogo dell'amministrazione inadempiente, precisando che la somma da corrispondere per il ritardo nell'adempimento degli obblighi scaturenti dalla sentenza non avrebbe dovuto superare i quindici milioni di euro, essendosi la società dichiarata disponibile a limitare a tanto la sua pretesa.

2.6. Insediatosi, il commissario *ad acta* formulava, tuttavia, ancora una volta, richiesta di chiarimenti al giudice per avere istruzioni circa l'assolvimento del suo compito.

Il medesimo rappresentava, in particolare, di aver ricevuto nota con la quale l'Avvocatura di Roma Capitale evidenziava la necessità che l'importo della penale fosse contenuto - in osservanza del principio della domanda, di cui agli artt. 99 e 112 Cod. proc. civ. - entro la misura di € 1.027,00 al giorno, tale essendo l'effettiva richiesta avanzata dalla Real Fettuccina nel giudizio d'ottemperanza poi definito con la sentenza n. 6688/2011.

2.7. La Sezione V, da ultimo, dichiarava di non condividere il tenore della precedente ordinanza n. 2324 del 2017 e rimetteva all'Adunanza Plenaria i quesiti in premessa riportati.

DIRITTO

1. Ripercorsi in via generale e teorica gli snodi del giudizio di ottemperanza la Sezione rimettente introduce un primo dato fattuale, particolarmente rilevante e significativo, e osserva, in particolare, come, nel caso di specie, l'applicazione del criterio di calcolo stabilito nella sentenza n. 6688 del 2011 porterebbe a corrispondere alla parte privata l' "iperbolica" cifra di 7,5 miliardi di euro, manifestamente eccedente *"ogni relazione rispetto al ritardo dell'adempimento";* quand'anche si volesse limitare la penalità di mora alla somma di quindici milioni, frutto della volontà di "autolimitazione" della società ricorrente – prosegue il collegio rimettente – "*si tratterebbe comunque di un ammontare sproporzionato, del tutto sganciato dal valore della concessione per il cui affidamento era stata indetta la gara ad evidenza pubblica*".

Interrogandosi sulla natura della penalità di mora prevista dalla citata disposizione del codice del processo amministrativo, la Sezione rimettente chiede quindi a questa Adunanza Plenaria di pronunciarsi sulla natura dell'*astreinte*, sulla sua attitudine a divenire "intangibile" e sulla possibilità del giudice dell'ottemperanza, che pure abbia, accogliendo l'istanza di parte, determinato quella penalità di mora, di revocarne o modificarne la relativa statuizione in sede di "ottemperanza su chiarimenti" (art. 112, comma 5, c.p.a.), superando le eventuali preclusioni riconnesse all'irrevocabilità della sentenza resa sul ricorso in ottemperanza.

Chiede, infine, di chiarire se l'eventuale modifica (o revoca) della statuizione relativa alla penalità di mora possa avere carattere "retroattivo" e, dunque, se si possa diminuire, eventualmente fino ad annullarlo, l'ammontare della penalità maturata nel periodo di inadempimento precedente la data della modifica (o revoca).

1.1. Secondo la Sezione rimettente, sulla *quaestio iuris* sussiste un contrasto potenziale di giurisprudenza, suscettibile di manifestarsi all'interno stesso del procedimento oggetto di causa. Come sopra accennato, infatti, la medesima Sezione, chiamata a pronunciarsi sulla richiesta di chiarimenti proposta dal Comune di Roma, ha già esaminato alcune delle questioni rimesse dal commissario *ad acta* (cfr. ordinanza n. 2324 del 2017) e ha ritenuto ammissibile il rimedio della richiesta di chiarimenti nel suo (solo) contenuto proprio di strumento volto ad ottenere precisazioni

e delucidazioni su punti del *decisum*, ovvero sulle concrete e precise modalità di esecuzione, escludendo al contempo che con quel mezzo "*possano essere introdotte ragioni di doglianza volte a modificare e/o integrare il proprium delle statuizioni rese […], nel caso di specie, con la sentenza di ottemperanza (ma lo stesso discorso potrebbe farsi con riguardo ad una sentenza di merito)*".

Di diverso avviso è invece il Collegio rimettente che ritiene non inammissibile una revisione in sede di chiarimenti, ex artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, cod. proc. amm, del capo della sentenza d'ottemperanza che ha imposto siffatta penalità di mora.

1.2. Deporrebbero in tal senso i seguenti argomenti:

a) la statuizione di una penalità di mora è configurabile quale "*misura strumentale di amministrazione dell'esecuzione della sentenza ottemperanda*", come tale estranea alla funzione propria del *ius dicere* e dunque non passibile di formare un autentico giudicato, posto che essa non attiene alla *res* controversa e al relativo profilo accertativo, né come *petitum* né come causa *petendi*;

b) essa poggia piuttosto su una contingente valutazione d'opportunità, tutta interna al già strumentale processo di ottemperanza, nel rapporto fra mezzo e fine, tanto da concretizzarsi in una mera sanzione per il perdurare dell'inottemperanza;

c) attesa la natura solo strumentale e sanzionatoria dell'*astreinte*, sarebbe irragionevole negarne la modificabilità al variare delle circostanze postene a fondamento, tanto più allorché, come nel caso in esame, le conseguenze pratiche dell'applicazione della misura diano luogo a risultati economici manifestamente sproporzionati, incongrui, irragionevoli;

d) le medesime ragioni rinvenibili a sostegno della possibilità di mutare il precetto sanzionatorio conducono ad affermare che la revisione possa esplicare effetti anche rispetto al passato, secondo la prudente valutazione del giudice dell'ottemperanza, con il solo limite dell'irretroattività *in peius* della misura, in applicazione del generale principio del divieto di applicazione retroattiva di precetti afflittivi; e) non potrebbe opporsi a simile conclusione la circostanza che la statuizione della penalità è titolo esecutivo; né che l'applicazione retroattiva della modifica andrebbe a incidere su diritti già maturati, posto che di fronte a una sopravvenuta «manifesta iniquità» o altra «ragione ostativa» lo stesso presupposto genetico della misura risulta compromesso, travolgendo in radice la ragione del credito (o della sua entità) e la sua conseguente esigibilità, secondo lo schema logico inveratosi nell'ordinamento civile in relazione all'applicazione della clausola penale di all'art. 1384 Cod. civ. e ai poteri giudiziali ufficiosi di riduzione ad equità, secondo quanto chiarito da Cass., SS.UU., 13 settembre 2005, n. 18128.

2. Nel giudizio dinanzi a questa Adunanza Plenaria, le parti hanno svolto argomenti difensivi.

2.1. In particolare, secondo Roma Capitale, che ha aderito integralmente alle conclusioni raggiunte dal Collegio rimettente, il principio della revisione costituirebbe un precipitato ontologico del giudizio di ottemperanza, che proprio in ragione delle sue concrete finalità appare perseguibile attraverso l'istituto processuale della richiesta di chiarimenti, nell'ottica di assicurare la giustizia sostanziale evitando locupletazioni da parte del "soggetto beneficiato". In tale contesto non vi sarebbe alcuna lesione del principio di intangibilità della *res iudicata*, proprio avuto riguardo alla circostanza che il giudizio d'ottemperanza costituisce strumento di attuazione di precedente giudicato sostanziale, in ragione delle mutate esigenze oggettive e delle sopravvenienze, da valutare anche in una logica equitativa, la stessa che consente al giudice civile la riconduzione ad equità della clausola penale ex art. 1384 c.c.

2.2. Di diverso avviso la difesa della società Real Fettuccina, la quale fondamentalmente pone l'accento sul rischio di una dequotazione della funzione giurisdizionale rispetto a quella amministrativa, e sul conseguente grave *vulnus* al sistema della giustizia amministrativa derivante dall'eventuale negazione della stabilità degli effetti delle sentenze rese in sede di ottemperanza e dell'irretrattabilità delle relative statuizioni sulla penalità di mora, per giunta ad esclusivo vantaggio della parte pubblica. Del resto, anche ove volesse accedersi alla argomentazioni del Collegio rimettente e si ritenesse ragionevole, oltre ad una modifica *ex nunc* dell'*astreinte*, anche una revisione *ex tunc* del disposto giudiziale – aggiunge la deducente - si schiuderebbe al giudicante un profilo valutativo di enorme rilievo, mancando nell'ordinamento una specifica disciplina del procedimento di eventuale riesame, delle relative modalità e dei termini, nonché dei limiti alla riproposizione di istanze di valutazione equitative, astrattamente proponibili all'infinito in assenza di un regime di stabilità delle sentenze d'ottemperanza.

3. Ritiene questa Adunanza di dover muovere dal fondamentale arresto del 2014, i cui passaggi sono d'ausilio a ricostruire la peculiare e composita natura giuridica dell'*astreinte*.

Secondo AP 15/2014 l'*astreinte* è "*una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadrabile nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all' obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice*" risolvendosi in un "*meccanismo automatico di irrogazione di penalità pecuniarie in vista dell'assicurazione dei valori dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale a fronte della mancata o non esatta o non tempestiva esecuzione delle sentenze emesse nei confronti della pubblica amministrazione e, più in generale, della parte risultata soccombente all'esito del giudizio di cognizione*".

E' evidente l'ambivalenza della ricostruzione legata alla natura necessariamente condizionale della relativa statuizione giudiziale di condanna: proiettata verso il futuro in funzione compulsoria di un adempimento della parte pubblica; ma applicabile sono una volta che l'inadempimento si sia concretizzato, così rendendo illecito il comportamento. Un precetto giudiziale che, nella sua funzione e nella sua dinamica, assomiglia molto a quelli normativi di matrice sanzionatoria ai quali pure è associabile una funzione preventiva di carattere dissuasivo ed una repressiva postuma a contenuto pecuniario.

3.1. Com'è noto il modello della penalità di mora ha trovato applicazione anche nell'ambito del processo civile a mezzo dell'introduzione nel codice di procedura civile dell'art. 614-bis, ad opera dell'art.49, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69, poi novellato dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, ed anzi è in corso un processo di omogeneizzazione che va riducendo le marcate differenze innanzi rinvenibili rispetto al modello delineato dal codice del processo amministrativo.

Nell'ordinamento processuale civile l'esatta e attuale funzione delle *"misure di coercizione indiretta"* non è più, infatti, soltanto quella di condanna volta ad indurre il debitore ad adempiere volontariamente obbligazioni infungibili, insuscettibili di esecuzione forzata, come si ricavava, all'indomani dell'introduzione dell'istituto, dall'incerta formulazione originaria della rubrica dell'art. 614 bis cit., quanto, più in generale, quella costitutiva di strumenti volti a compulsare, con la comminatoria di sanzioni pecuniarie contenuta nella statuizione, l'adempimento, da parte del debitore, di obbligazioni a contenuto non pecuniario.

3.2. A ben vedere l'unico elemento che, sul piano sostanziale e funzionale, differenzia oggi l'*astreinte* in sede civile da quella disposta in sede giurisdizionale amministrativa è l'estensione delle stessa, in questo secondo caso, anche all' ottemperanza di statuizioni di adempimento di

obbligazioni pecuniarie, giusto quanto, dapprima chiarito dall'Adunanza Plenaria n.15/2014, e poi sancito dal legislatore con l'art. 1, comma 781, lett. a) della legge n. 208 del 2015 a modifica dell'art. 114, comma 4, lett. e) del c.p.a.; laddove nell'ordinamento processual-civilistico, come accennato, il potere di comminare *astreintes* è invece rimasto espressamente escluso per le obbligazioni pecuniarie.

3.3. In entrambi i casi la sanzione pecuniaria comunque si aggiunge e non si sostituisce, siccome pervasa da una *ratio* sanzionatoria e non riparatoria, all'eventuale danno cagionato dall'inosservanza del precetto giudiziale. E' infatti da ritenere che, sia il creditore beneficiario delle *astreintes* di cui all'art. 614 bis c.p.c., sia quello beneficiario delle *astreintes* di cui all'art. 114, comma 4, lett. e) del c.p.a dispongano di un cumulo di mezzi di esecuzione forzata: l'uno (in forma specifica) per ottenere l'adempimento dell'obbligazione di consegna o rilascio, di fare o non fare (distruggere) fungibile non adempiuta alla scadenza del termine o, in sede amministrativa, per ottenere l'adempimento dell'obbligo di *facere* pubblicistico; l'altro per ottenere (mediante espropriazione) la soddisfazione del credito pecuniario previsto sotto forma di *astreinte*, per il ritardo con il quale il beneficiario abbia ricevuto, in seguito all'esperimento dell'azione esecutiva o di ottemperanza, la prestazione dedotta in obbligazione.

Ciò, conformemente al modello francese delle *astreintes*, cui l'ordinamento italiano è chiaramente ispirato (per una compiuta ed esaustiva disamina comparativa si veda AP 15/2014 cit.).

4. L'incertezza che caratterizza l'odierna *quaestio iuris* non risiede tuttavia nella funzione delle *astreintes*, sulla quale le previsioni dei diversi rami dell'ordinamento collimano, quanto, piuttosto, nel rapporto tra tali misure coercitive indirette e gli strumenti processuali attraverso i quali esse sono comminate, nonché, e soprattutto, nel regime di stabilità delle decisioni che da tali strumenti processuali promanano, a fronte di un'evoluzione dei fatti non coerente, o comunque, non prevista nella prognosi giudiziale *ex ante* fatta.

Sul tema necessitano alcune preliminari considerazioni.

4.1. Nell'ordinamento processual-civilistico la competenza funzionale a pronunciare l'*astreinte* non appartiene al giudice dell'esecuzione, bensì al giudice della cognizione (da questo punto di vista è forse infelice la collocazione dello strumento nell'ambito del processo di esecuzione), coerentemente con la considerazione che il processo esecutivo è istituzionalmente deputato non all'accertamento o alla creazione di nuovi diritti in capo ai soggetti che ne sono parti, bensì all'attuazione dei diritti "consacrati" in un titolo esecutivo, la cui esistenza costituisce vera e propria condizione dell'azione esecutiva.

In quello processual-amministrativistico la penalità di mora è invece comminata dal giudice in sede di ottemperanza con la sentenza che accerta il già intervenuto inadempimento dell'obbligo posto dal comando giudiziale. Ai sensi dell'art. 114 lett. e) c.p.a. dedicato all'azione di ottemperanza, "*Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso* (ndr per ottemperanza) *salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo*".

4.2. Invero, tale assunto, seppur non rilevando specificatamente per la risposta ai quesiti posti, merita approfondimento, per finalità sistematiche e non da ultimo perché destinato a interferire con il complessivo regime dei rimedi.

In dottrina sono almeno due gli orientamenti rinvenibili.

4.2.1. Una parte della dottrina ha sostenuto che al giudice amministrativo spetterebbero, già in sede di cognizione, ai sensi dell'art. 34, primo comma, lett. c) ed e), c.p.a., i poteri che generalmente gli competono in sede di ottemperanza. Infatti l'art. 34, lett. e), c.p.a., nel descrivere i possibili contenuti delle sentenze di merito, contempla anche l'adozione delle misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione. Nell'ampia formulazione sarebbe sussumibile – secondo tale tesi - anche il potere di condannare la parte soccombente al pagamento di una somma di denaro a titolo di penalità di mora. L'art. 34 c.p.a. attuerebbe così il principio di concentrazione delle tutele proclamato dall'art. 7, settimo comma, c.p.a., consentendo l'anticipazione dell'adozione dei provvedimenti propri della fase dell'ottemperanza e rendendo labile il confine tra cognizione ed esecuzione. La penalità di mora, se applicata già nella sentenza di merito, potrebbe anzi svolgere una funzione deflattiva dei giudizi esecutivi.

4.2.2. Al contrario, altra dottrina, richiamando il tenore testuale delle norme citate ha sostenuto che: a) l'assegnazione di un simile potere al giudice della cognizione non potrebbe desumersi dall'art. 34, lett. e), c.p.a., limitandosi quest'ultimo a citare espressamente solo il potere di nomina di un commissario *ad acta*;

b) del resto l'art. 114, quarto comma, lett. e), c.p.a. non potrebbe comunque essere interpretato estensivamente posto che solo il giudice dell'ottemperanza sarebbe in grado di conoscere i fatti avvenuti dopo il provvedimento di condanna e perciò di calibrare la misura della penalità di mora alla luce delle vicende successive alla sentenza di merito.

4.3. La tesi restrittiva non convince. L'indicazione, nell'ambito dell'art. 34, del potere di nomina del commissario *ad acta*, lungi dal restringere la portata delle "*misure attuative del giudicato*" pronunciabili, su istanza di parte, dal giudice della cognizione, assolve, semmai, ad una finalità ampliatrice delle determinazioni adottabili in sede di merito, espressamente ricomprendendovi persino la più penetrante ed invasive delle misure, ossia la sostituzione dell'amministrazione. Inoltre, se è vero che in sede di ottemperanza è possibile calibrare l'entità della penalità di mora alla luce di un acclarato inizio di inadempimento, non può non evidenziarsi che è nella fase di cognizione che è compiuto l'accertamento della lesione della pretesa e delle modalità di realizzazione coattiva della riparazione e che, in ogni caso, l'anticipazione della misura attuativa del giudicato alla fase di cognizione non impedisce che essa possa rimodularsi in sede di ottemperanza.

Il disposto normativo citato offre dunque sufficienti spunti per sostenere che anche nel giudizio amministrativo di cognizione possano essere comminate le *astreintes*, ovviamente ove ne ricorrano i presupposti, *id est*, ove il vincolo conformativo derivante dal contenuto accertativo o demolitorio della sentenza sia così stringente, in ragione del carattere non discrezionale della residua attività amministrativa, da imporre un adempimento in tempi prefissati, o sia comunque pronunciata una condanna.

Cade cosi un altro fattore che impedisce la piena equiparazione delle *astreintes* in sede giurisdizionale civile e amministrativa, quanto meno nel senso "unidirezionale" che nel processo amministrativo anche il giudice della cognizione può pronunciare *astreintes*.

Ciò che infatti continua piuttosto a segnare un *discrimen* tra le due *astreintes* è che nel processo amministrativo, a differenza che in quello civile, esse possono disporsi anche in sede di esecuzione del giudicato. Ma ciò è evidentemente dovuto non già ad una diversità ontologica delle misure, quanto alla circostanza che il giudizio amministrativo, in ragione della peculiarità del suo oggetto, conosce uno strumento processuale che eccede il mero "incidente di esecuzione" tipico del processo

civile ed assume contenuti anche cognitori e di merito in ordine alla successiva riedizione dell'attività amministrativa invalida.

5. Riportate le coordinate essenziali delle *astreintes*, è proprio sul rapporto con il giudizio di ottemperanza che occorre soffermarsi per dare risposta ai quesiti formulati dal rimettente. Il tema da indagare deve in particolare circoscriversi al rapporto tra le sopravvenienze e la sentenza che ormai irrevocabilmente abbia disposto l'*astreinte*. Esso si innesta su quello, più generale, della natura giuridica della sentenza resa all'esito del processo d'ottemperanza e della sua attitudine a formare giudicato.

5.1. Questa Adunanza se ne è già occupata *funditus* nella decisione n. 2/2013, ivi chiarendo che il giudizio di ottemperanza presenta un contenuto composito, entro il quale convergono azioni diverse, talune riconducibili all' "attuazione" del comando giudiziale e alla concretizzazione dei suoi effetti conformativi; altre di mera esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata nei confronti della pubblica amministrazione; altre ancora aventi natura di cognizione, e che, in omaggio ad un principio di effettività della tutela giurisdizionale, trovano nel giudice dell'ottemperanza il giudice competente, in guisa da potere intendere quest'ultimo quale "*giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto*".

5.2. E' evidente che così riassumendosi il contenuto del giudizio e della relativa decisione finale, il regime di stabilità di quest'ultima non possa che seguire la natura composita dei relativi contenuti e differenziarsi in relazione ad essi. Sicché, ad esempio, la declaratoria della nullità di eventuali atti emanati in violazione o elusione del giudicato di cui alla lettera b) dell'art. 114 comma 4, o la prescrizione di talune modalità di esecuzione, ivi compresa l'eventuale determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione, di cui lett. a) dell'art. 114 cit., costituiscono chiari casi in cui la sentenza ha un contenuto d'accertamento, integrativo della sentenza ottemperanda, come tale suscettibile di passare in giudicato. La stessa cosa accade per l'esecuzione di quelle statuizioni di condanna, costituenti titolo esecutivo ex art. 115 c.p.a., per le quali, similmente a quanto predicabile per il processo di esecuzione civile, si genera un diaframma tra i fatti estintivi, impeditivi e modificativi del diritto di credito - conosciuti o conoscibili dal giudice che ha emesso il provvedimento costituente titolo esecutivo o dai giudici deputati a conoscere delle impugnazioni avverso lo stesso - e quelli collocabili temporalmente in epoca successiva alla formazione del titolo esecutivo e all'acquisizione da parte sua del carattere della definitività. Diaframma dal quale discende il concetto di "cristallizzazione" del diritto accertato nel titolo esecutivo ed il conseguente corollario di "intangibilità" del giudicato, nella sua duplice accezione formale (art. 324 c.p.c.) e sostanziale (art. 2909 c.c.).

5.3. Non è così per le statuizioni accessorie di carattere meramente strumentale rispetto alla materiale esecuzione del precetto, cristallizzatosi a seguito della fase di cognizione e di attuazione. Esse attivano strumenti surrogatori, com'è nel caso della nomina del commissario ad acta, o compulsori - tipicamente le *astreintes* della quali si dibatte – la cui unica funzione è quella di garantire il principio di effettività della tutela consacrato nell'art. 1 del codice del processo amministrativo, in osservanza dei ripetuti moniti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo cui – come già ricordato da AP n.15/2014 "il *diritto ad un tribunale sarebbe fittizio se l'ordinamento giuridico interno di uno Stato membro permettesse che una decisione giudiziale definitiva e vincolante restasse inoperante a danno di una parte*" (sent. Hornsby c. Grecia, 13/03/1997, e Ventorio c. Italia,17/05/2011).

5.4. L' effettività della tutela è principio che rende inutilizzabile il concetto di "giudicato" nei confronti delle statuizioni strumentali alla materiale esecuzione. Non perché esse costituiscano misure "amministrative", come sostenuto in alcuni passaggi argomentativi dal rimettente, ma piuttosto a cagione del loro continuo e fisiologico raccordo con l'evoluzione dei fatti pertinenti, sì che l'efficacia funzionale in relazione all'obiettivo pratico di conformare la situazione di fatto alla situazione di dichiarato diritto possa essere sempre monitorata e salvaguardata, a tutela del creditore e nel rispetto dell'interesse pubblico cui l'attribuzione del potere amministrativo, oggetto del giudicato, è correlata, radicandosi pertanto nel permanente potere del giudice di controllo e di governo dello svolgersi della fase esecutiva, che si consuma solamente ad avvenuta esecuzione del giudicato.

5.5. Corollario di tale affermazione è la rilevanza delle sopravvenienze. Ritiene questa Adunanza Plenaria che tutte le volte in cui le misure strumentali - siano esse surrogatorie, ovvero compulsorie - siano incise, nella loro efficacia, da fatti o circostanze sopravvenute, esse debbano poter essere ricalibrate dal giudice dell'ottemperanza in modo da preservarne il predetto nesso di strumentalità.

E' il caso, ad esempio, della temporanea o definitiva inesigibilità della prestazione secondo l'ordinaria diligenza. Ove l'amministrazione deduca che l'adempimento è divenuto temporaneamente o definitivamente impossibile per causa ad essa non imputabile, la funzione di stimolo e quella sanzionatoria, proprie dell'*astreinte*, non avrebbe più ragion d'essere, e ove non elisa o adeguata, si trasformerebbe in uno strumento di coattivo trasferimento di ricchezza privo di ogni valida causa, che vieppiù si aggiungerebbe al danno da inesecuzione del giudicato, comunque risarcibile a prescindere dal requisito soggettivo della colpevolezza (Cons. St., A.P., sentenza 12 maggio 2017, n. 2).

L'ordinamento non tollera spostamenti patrimoniali in assenza di una valida causa, e, anche ove questi siano *ab origine* consensualmente disposti, prevede l'immanente controllo giudiziario in guisa da riservare tutela giuridica agli stessi esclusivamente nei limiti dell''interesse che il creditore aveva all'adempimento (così art. 1384 cc sulla clausola penale) e non oltre; a tutela di un interesse generale che trascende quello delle parti del rapporto (Cass., SS.UU., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.).

Questo interesse generale non viene meno ove la fonte dello spostamento patrimoniale sia una sentenza. Certamente non può discorrersi di controllo giudiziario concomitante, posto che nel caso dell'*astreinte* è lo stesso giudice a disporre lo spostamento patrimoniale in funzione compulsoria ed eventualmente sanzionatoria. E' nondimeno corretto parlare di un ineludibile controllo successivo ove le sopravvenienze rendano lo sviluppo della condanna nel tempo non più coerente con la sua funzione (illuminante il raffronto con l'art. 1384 c.c. laddove esso fa riferimento ad es. alla parziale esecuzione dell'obbligazione principale).

5.6. A supporto dell'anticipata conclusione depongono ulteriori elementi, legati alle peculiarità all'ottemperanza ed alla configurazione normativa del relativo processo.

Può infatti dirsi che la stessa immanenza dell'alternativa surrogatoria, tipica del processo di ottemperanza, è ragione che porta a concludere circa la possibilità di modifica dell'*astreinte*, atteso che l'eventuale nomina del commissario, sempre possibile, è misura la cui applicazione non può che presupporre il permanere del potere giudiziale di intervenire sul regime della pregressa condanna.

L'insediamento del commissario *ad acta*, infatti, nella sua duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell'amministrazione inadempiente surrogata, priva quest'ultima della potestà di provvedere (Cons. St., sez. V, 16 aprile 2014, n. 1975; CdS, sez IV, n. 5014/2015) integrando

una ipotesi di impossibilità soggettiva sopravvenuta che rende non più funzionale ed utile l'*astreinte*, sì da imporne la soppressione *ex nunc*.

Potrebbe sostenersi che l'inadempimento è pur sempre riferibile all'amministrazione obbligata che non ha colpevolmente dato seguito alle statuizioni della sentenza, ma il mantenere l'*astreinte*, nonostante la nomina di un organo straordinario incaricato di adempiere, farebbe perdere alla stessa il carattere composito di stimolo e sanzione, lasciando inammissibilmente residuare solo quest'ultimo in una statuizione claudicante non più sussumibile nella nozione di *astreinte*.

Insomma, l'esigenza di una modifica *in itinere* dell'*astreinte* è insita nei principi dell'ordinamento, nella peculiare configurazione del processo di ottemperanza, ed è il frutto del carattere necessariamente condizionato della condanna, del novero e della modulazione degli strumenti attuativi a disposizione del giudice.

5.7. Sul versante processuale si rinvengono ulteriori indizi che confermano la tesi. L'esigenza che il giudice dell'ottemperanza continui a mantenere il governo delle statuizioni di carattere strumentale è senz'altro a base dalla previsione normativa che espressamente radica in capo al giudice dell'ottemperanza il potere di conoscere delle questioni inerenti agli atti del commissario ad acta (art. 114 comma 6 c.p.a.); nonché di quella ulteriore, del pari potenzialmente incidente sugli strumenti di esecuzione, di fornire chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, anche su richiesta del commissario.

Sono entrambi rimedi, quello del reclamo e dei chiarimenti, che presuppongono una statuizione giudiziale passata in giudicato e che si innestano nel processo di materiale esecuzione fornendo alle parti occasione processuale per la discussione anche degli eventuali effetti delle sopravvenienze.

E così è stato nel caso di specie, in cui il Commissario *ad acta* ha utilizzato il ricorso per chiarimenti (ma lo stesso sarebbe potuto accadere a valle mediante il "reclamo" avverso l'atto del Commissario che tali chiarimenti non avesse ritenuto necessari) proprio per ottenere delucidazioni in ordine al rapporto tra *astreinte* e decorso del tempo e delle sopravvenienze che lo hanno caratterizzato.

6. Il tema sollevato nell'ordinanza di rimessione, tuttavia, non è limitato alla proiezione futura degli effetti dell'*astreinte* rispetto alle dedotte sopravvenienze, ma giunge a mettere in discussione il "merito" del criterio di quantificazione stabilito con sentenza in sede di ottemperanza, alla luce dell'iperbolico accrescersi della somma nel corso della lunga parentesi temporale, oggettivamente tale da recidere ogni legame con l'originario valore della controversia e da determinare un'ingiusta e ingente locupletazione in capo al privato o, quanto meno, un'attribuzione patrimoniale di cui è difficile individuare la causa sostanziale nel solo titolo formale di un'asseritamente immodificabile condanna all'*astreinte*.

In sostanza il Commissario chiede, e la Sezione rimettente perora, una riforma con effetto *ex tunc* della statuizione, tale da travolgere gli atti di esecuzione forzata nelle more avviati dal creditore sulla base del titolo esecutivo costituto dall'*astreinte* ex art. 114 comma 4 lett. e).

Così posto, ritiene questa Adunanza che il tema, molto delicato, necessiti di una scomposizione.

6.1. Dev'essere in primo luogo escluso che la statuizione sull'*astreinte* possa essere, in via generale e ordinaria, oggetto di un atipico gravame, idoneo a condurre ad un riesame sotto il profilo dell'equità dei contenuti della condanna, nonché ad una conseguente revisione *ex tunc* della stessa, con travolgimento degli atti esecutivi *medio tempore* svolti in forza del titolo esecutivo.

A ciò osta, non tanto il "giudicato", atteso che come sopra visto la statuizione è sicuramente suscettibile di adeguamento rispetto alle sopravvenienze, quanto l'esigenza di certezza e conseguente stabilità e irretrattabilità dell'*astreinte*, indispensabile perché essa possa svolgere efficacemente la sua funzione compulsoria. E' infatti la finalità stessa dell'*astreinte*, quale misura volta a sollecitare l'adempimento della statuizione giudiziale, a postularne la stabilità e la irretrattabilità, poiché, a diversamente ritenere, verrebbe incisa la vincolatività del precetto ausiliario potendo in ogni tempo la parte soccombente confidare in una sua revisione, peraltro non senza una intuibile proliferazione di contenzioso.

Quest'ultima – non è privo di utilità ricordarlo – è disposta su domanda di parte, all'esito di un giudizio svolto nel pieno contraddittorio delle parti, sulla base di valutazioni poggianti sugli atti e i documenti di causa, alla luce di un prognosi informata a parametri necessariamente oggettivi. Dunque non v'è modo per l'emergere di iniquità "genetiche" se non postulando un doppio grado di giudizio.

6.2. Escluso che si possa chiedere e ottenere il mero riesame della statuizione di condanna, sono piuttosto, come già segnalato, le sopravvenienze a rivestire un ruolo fondamentale e a segnare il discrimine.

In proposito è forse utile un ulteriore approfondimento del procedimento di comminazione e applicazione dell'astreinte, con attenzione particolare alla sua peculiarità più rilevante: l'essere proiettata al futuro e condizionata al comportamento inadempiente del debitore.

A ben vedere l'*astreinte* può logicamente scomporsi in una fase in cui vige una minaccia in funzione squisitamente compulsoria, a prevenzione di un ipotetico adempimento, e in una seconda fase in cui la minaccia, diviene, sulla base della constatazione del comportamento concretamente manifestato dal debitore, una vera e propria sanzione.

Tale schema è del resto quello invalso nell'ordinamento francese, al quale quello italiano si è chiaramente ispirato, in cui sono espressamente e pragmaticamente previste una *astreinte* provvisoria (minaccia) ed una *astreinte* definitiva (sanzione), a prevenzione dell'innaturale scissione – propria del nostro ordinamento - tra il momento in cui si radica l'interesse all'impugnazione della *astreinte* (collocabile al tempo della sua comminatoria) e quello della sua concreta applicazione da parte del creditore beneficiario (che ne "autoliquida" l'ammontare con il precetto).

Seppur non espressamente prevista nel nostro ordinamento, una doppia fase di valutazione comunque si rende per altra via necessaria quando gli eventi successivi abbiano determinato una sopravvenuta iniquità della sanzione (è il caso ad esempio della sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa non imputabile, oppure del concorso colposo del creditore).

La sanzione, a differenza della minaccia, necessita di controllo e rivalutazione al fine di assicurarne la correlazione all'effettivo e colposo inadempimento e scongiurarne la non manifesta iniquità in concreto.

Quando da tale nuova valutazione, fatta *ex post*, derivi la necessità di una riduzione o di una parziale elisione della sanzione, le conseguenze possono ben incidere sull'efficacia del titolo esecutivo già formatosi, posto che l'efficacia di titolo esecutivo non è affatto incompatibile con il carattere precario dello stesso.

A ben vedere è quanto già stato fatto dalla Sezione V a mezzo dell'ordinanza del 16 Maggio 2017 n. 2324, in cui la stessa ha circoscritto la parentesi temporale entro la quale il ritardo nell'adempimento poteva considerarsi imputabile all'amministrazione.

6.3. I "chiarimenti" sono la sede naturale ove valutare le sopravvenienze, posto che essi riguardano proprio le modalità applicative della minaccia, id est la concreta determinazione della sanzione alla luce del comportamento successivo delle parti e delle sopravvenienze fattuali e giuridiche. Oggetto pacificamente sussumibile nell'ampio concetto di "*modalità d'ottemperanza*" di cui all'art. 112 comma 5 c.p.a.

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

Il caso sottoposto a questa Adunanza è paradigmatico.

7.1. Come segnalato dalla Sezione rimettente, il calcolo dell'*astreinte*, effettuato in forza del criterio progressivo indicato nella sentenza di ottemperanza, ha prodotto, nel caso di specie, risultati che vanno ben al di là della somma richiesta dallo stesso ricorrente nel ricorso per ottemperanza, giungendo a cifre iperboliche del tutto sganciate dal valore della controversia ed inimmaginabili per lo stesso ricorrente al momento della presentazione dell'istanza di tutela.

Tanto, a ben vedere, è successo perché la sentenza ha fissato, in via suppletiva ed eventuale, per disincentivare il protrarsi dell'inadempimento, una somma *pro die*, crescente progressivamente e repentinamente, senza limiti, ossia senza un tetto massimo (quanto meno esplicito), o comunque, un parametro di riferimento dal quale tale tetto possa in qualche modo ricavarsi.

7.2. Ritiene questa Adunanza che una condanna "ipotetica" (nel senso che è rapportata all'eventualità dell'inadempimento), quale quella disponente la penalità di mora, che non fissi l'ammontare massimo oltre il quale la stessa perde la propria funzione compulsoria e diviene invece fonte di sproporzionata e iniqua locupletazione del privato in danno della controparte, si ponga in contrasto con i principi cardine di garanzia in materia sanzionatoria (dalla quale l'*astreinte*, in quanto partecipe anche di tale natura, non può considerarsi affrancata) come noto mutuabili da quelli penali alla luce della giurisprudenza "*Engel*" della Corte europea dei diritti dell'uomo, i quali pretendono, anche alla luce di un concetto rafforzato di legalità e dei connessi corollari della chiarezza, intelligibilità e prevedibilità della regola di diritto (a partire da CEDU 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c/Italia, n° 24638/94; Belvedere Alberghiera S.r.l. c/Italia, n° 31524/96), che sia sempre prefissato o comunque oggettivamente predeterminabile il massimo edittale.

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

provocare lo spostamento dell'interesse del ricorrente verso l'utilità succedanea della (sovra)compensazione economica.

La fissazione del tetto massimo della penalità e la valutazione, da parte del giudicante, della relativa non manifesta iniquità, è dunque, nell'ottica sopradetta, elemento assolutamente necessario ed ineludibile.

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

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

Sul punto è bene soffermarsi.

7.3. Giova rammentare in proposito che a mente dell'art. 614 *bis* cpc "*Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile*". Gli indici parametrici citati costituiscono un limite alla discrezionalità del giudice e conferiscono alla sanzione il carattere della predeterminabilità e prevedibilità, contribuendo a prevenire possibili arbitri nell'esercizio della funzione giudicante, suscettibili di essere stigmatizzati, nella misura in cui creano spostamenti patrimoniali ingiustificati, in sede costituzionale oltre che dinanzi alle Corti europee.

Essi sono espressione di un principio generale e fungono da comune denominatore nel procedimento di applicazione delle *astreintes*, qualunque sia la giurisdizione chiamata ad applicarle (salvo ovviamente specifiche e derogatorie previsioni di legge), vieppiù oggi in ragione del progressivo processo di omogeneizzazione del quale si è fatto sopra cenno.

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

E' in ciò sta l'essenza del criterio della non manifesta iniquità, da considerarsi ulteriore e peculiare rispetto agli indici operanti in via generale a limitazione della discrezionalità del giudicante, quando essi portino all'applicazione di un *astreinte* che, proprio in relazione alla sempre percorribile e risolutiva alternativa surrogatoria, potrebbe rilevarsi in concreto iniqua.

7.4. Di tanto v'è prova nella sintesi operata dall'art. 1, comma 781, lett. a), l. 28 dicembre 2015, n. 208, il quale, recependo i contenuti del fondamentale arresto della Plenaria n. 15/2014 cit., ha previsto, con formulazione ellittica, che "*Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali*".

Gli interessi legali costituiscono un indice chiaro e netto. L'utilizzazione suggerita dal legislatore (sebbene quale parametro non vincolante) sottende certamente un implicito riferimento al "*danno quantificato o prevedibile*" di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. da intendersi quale danno da ritardo nell'esecuzione del giudicato, temperato alla luce delle peculiarità del giudizio d'ottemperanza e dell'immanente opzione surrogatoria. Il prioritario collegamento al prevedibile danno per il ritardo nell'esecuzione del giudicato, in effetti, costituisce equilibrato indice di non manifesta iniquità, anche valutato in rapporto alla più volte cennata concorrenza della misura surrogatoria, conferendo alla penalità di mora efficacia compulsoria (l'amministrazione inadempiente vede sostanzialmente sommarsi l'importo dell'*astreinte* al danno da inesecuzione da giudicato) senza far trasmodare l'interesse del creditore della prestazione di *facere* in un surrettizio interesse alla protrazione dell'inadempimento.

Dal punto di vista sistematico, come ampiamente spiegato dall'Adunanza Plenaria 15/2014, il meccanismo che porta alla comminazione dell'*astreinte* non muta conformazione o natura a seconda dell'oggetto del giudizio d'ottemperanza, poiché "*le sentenze aventi ad oggetto un dare pecuniario non pongono problemi specifici e non presentano caratteristiche diverse rispetto alle altre pronunce di condanna*" (così A.P. cit.).

Il riferimento agli interessi legali, quale esempio di penalità di mora non manifestamente iniqua, è dunque illuminante anche per le obbligazioni di *facere* diverse da quelle pecuniarie, indicando un criterio guida che a ben vedere è selezionato in via prioritaria tra quelli enucleati dall'art. 614 *bis* cpc, costituito dal riferimento al danno da ritardo nell'acquisizione della disponibilità del bene della vita, sebbene a titolo di mero parametro stante la natura pacificamente sanzionatoria dell'*astreinte*, e ferma restando, naturalmente, la possibile concorrenza di un diverso e maggior danno (anche) da ritardo.

7.5. Ciò che in ogni caso non può essere revocato in dubbio è che l'importo massimo, individuato in applicazione dei parametri e delle valutazioni indicate, è profilo essenziale e indefettibile dell'*astreinte*, sicché il giudice dell'ottemperanza deve porsi immancabilmente, in sede di determinazione dell'*astreinte*, il tema del valore tendenzialmente massimo della stessa, oltre che di quello minimo su base giornaliera. Ed è sul valore massimo che deve compie in particolare la valutazione di non manifesta iniquità.

7.6. Nel caso di specie, la sentenza n. 6688/2011 si è dapprima posta il problema della giusta quantificazione dell'*astreinte*, alla luce dei parametri di cui all'art. 614 *bis* cpc e dell'art. 114 c.p.a., ritenendo che si dovesse "*reputare congrua, in ragione della gravità dell'inadempimento, del valore della controversia, della natura della prestazione, dell'entità del danno e delle altre circostanze, oggettive e soggettive, del caso concreto, la misura, commisurata al canone di concessione, di 300 euro al giorno, da corrispondere in caso di mancata esecuzione della sentenza nel termine prima assegnato di trenta giorni dalla notificazione o comunicazione di questa decisione*".

Ha però poi disposto, avuto riguardo "*all'accentuarsi, in termini di progressività, della gravità della condotta inottemperante del debitore in caso di ulteriore protrazione della stessa nel tempo*" che

l'*astreinte* "*crescesse progressivamente, in caso di prolungamento dell'inottemperanza, nella misura del 50%(percento), ogni quindici giorni, con riferimento alla base data dall'importo progressivamente rideterminato*".

In tale secondo passaggio della condanna condizionale l'*astreinte* si è affrancata dal tetto massimo, smarrendo la correlazione con il parametro del danno da ritardo, pur correttamente operato dal giudicante nel primo approccio, e legittimando un conteggio tale da raggiungere cifre iperboliche manifestamente ed oggettivamente inique, *rectius*, sulle quali il giudicante non ha avuto, in ragione della loro indeterminatezza, modo di fare alcuna valutazione di coerenza con i parametri di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., né con il requisito della non manifesta iniquità di cui all'art. 104 c.p.a..

Il criterio di progressione indicato in sentenza ha cioè surrettiziamente rimosso il tetto massimo e ha dato la stura ad un accrescimento indeterminabile *ex ante*, perciò solo oggettivamente non valutabile sotto il profilo della non manifesta iniquità.

Così evidentemente non può essere. In tal modo intesa, ossia privata dei limiti e del tetto massimo, la condanna "progressiva" difetta – questo il dato saliente – di una specifica valutazione in termini di coerenza rispetto ai parametri ed al requisito della manifesta iniquità, indi perde la natura di *astreinte*, per divenire pena manifestamente sproporzionata e priva di ogni aggancio a criteri oggettivi e predeterminati che possano giustificare un trasferimento coattivo di ricchezza così imponente.

In casi siffatti la valutazione di equità, mancata, deve poter essere recuperata, alla luce del fondamentale principio della necessarietà e immanenza della soglia massima; immanenza che ne rende determinabile il limite anche *ex post*.

Quand'anche non espressamente prevista e indicata, essa può e deve, quindi, essere ricercata e individuata *ex post* dal giudice, proprio in sede di reclamo o di chiarimenti, con l'ausilio del riferimento al parametro del danno da ritardo e delle indicazioni in tal senso fornite dalle parti (sul punto si evidenzia, che la stessa ricorrente aveva limitato la propria domanda di *astreinte* all'importo di €. 1.027,00 giornalieri) affinché il meccanismo progressivo indicato in sentenza, quale apprezzabile espediente per accentuare la carica compulsoria, possa operare sino a raggiungimento del tetto massimo non manifestante iniquo, e non oltre.

8. A tale necessitata lettura ben può accedersi, anche in questo caso, attraverso l'istituto del ricorso per "chiarimenti".

A ben vedere non si tratta di un riesame della valutazione equitativa innanzi fatta, o di un gravame sotto mentite spoglie, ma della richiesta di applicazione di un tetto massimo e della correlata valutazione di non manifesta iniquità originariamente omessa, che si rende necessaria alla luce della situazione di fatto quale concretamente determinatasi a seguito delle vicende successive alla determinazione originaria dell'*astreinte*.

Non c'è modifica del criterio progressivo o degli importi, ma fissazione del limite oltre il quale l'*astreinte* non può andare, pena lo snaturamento e la sua inapplicabilità.

Il ricorso per chiarimenti, in ragione dell'ampia perimetrazione legislativa, può certamente ricomprendere nel suo oggetto tale richiesta. Del resto, in casi siffatti, esso è utile a prevenire l'eventuale successivo reclamo avverso gli atti del commissario 114 comma c.p.a. che le parti avrebbero comunque titolo a proporre.

9. Conclusivamente, in risposta ai quesiti posti possono affermarsi i seguenti principi:

9.1. E' sempre possibile in sede di c.d. "ottemperanza di chiarimenti" modificare la statuizione relativa alla penalità di mora contenuta in una precedente sentenza d'ottemperanza, ove siano comprovate sopravvenienze fattuali o giuridiche che dimostrino, in concreto, la manifesta iniquità in tutto o in parte della sua applicazione.

9.2. Salvo il caso delle sopravvenienze, non è in via generale possibile la revisione ex tunc dei criteri di determinazione della astreinte dettati in una precedente sentenza d'ottemperanza, sì da incidere sui crediti a titolo di penalità già maturati dalla parte beneficiata. Tuttavia, ove il giudice dell'ottemperanza non abbia esplicitamente fissato, a causa dell'indeterminata progressività del criterio dettato, il tetto massimo della penalità, e la vicenda successiva alla determinazione abbia fatto emergere, a causa proprio della mancanza del tetto, la manifesta iniquità, quest'ultimo può essere individuato in sede di chiarimenti, con principale riferimento, fra i parametri indicati nell'art. 614 bis c.pc., al danno da ritardo nell'esecuzione del giudicato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato:

a) formula i principi di diritto di cui in motivazione;

b) restituisce gli atti alla Quinta Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, per ogni ulteriore statuizione in rito, nel merito e sulle spese ed onorari di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Francesco Caringella, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

IL PRESIDENTE

Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL SEGRETARIO