

L'ASTREINTE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: NATURA, AMBITO OGGETTIVO, PORTATA E LIMITI ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA.

dell'Avv. Domenico Tomassetti

L'art.114, comma 4, lett. e), c.p.a. ha introdotto l'istituto dell'astreinte a sanzionare l'inosservanza della P.A. all'obbligo di conformarsi al giudicato.

L'istituto dell'astreinte è previsto dall'art.114, comma, 4, lett. e) del Titolo I del Libro IV "Ottemperanza e riti speciali" del c.p.a.

Tale norma, in dettaglio, prevede che "il giudice, in caso di accoglimento del ricorso:

a) ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione;

b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato;

c) nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano;

d) nomina, ove occorra, un commissario ad acta;

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

L'istituto di cui alla predetta lett. e) costituisce una novità del diritto amministrativo, introdotto solo con il c.p.a. di cui al D.Lgs. n.104/10, sul modello del diritto francese, che già conosceva l'astreinte come penalità da far pagare al debitore in caso di sua ingiustificata resistenza all'adempimento di un obbligazione di cui fosse accertata la non soddisfazione.

A dire il vero l'istituto dell'astreinte non era del tutto estraneo al nostro ordinamento, posto che l'art.614 bis c.p.c. (introdotto dall'art.49, comma 1 della legge n.69/09) pre-

vede la possibilità per il G.O. 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" rispetto all'inadempimento di "obblighi di fare infungibile o di non fare".

Il parallelismo con il citato art.614 bis c.p.c., oltre che rilevato dalla dottrina, è stato anche confermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in s.g., secondo cui "l'art. 114, comma 4, lettera e), del codice del processo amministrativo ha introdotto, in via generale, nell'architettura del processo amministrativo, l'istituto della cd. penalità di mora già regolato, per il processo civile, con riguardo alle sentenze aventi per oggetto obblighi di fare infungibile o di non fare, dall'art. 614 bis del codice di procedura civile procedura civile, aggiunto dall'art. 49 della legge 18 giugno 2009, n. 69. Trattasi di una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario (e quindi di una pena e non di un risarcimento), modellata sulla falsariga dell'istituto francese dell'astreinte, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice" (Cfr. CdS, V, 20/12/2011, 6688).

E' evidente che l'istituto in parola sia espressione del principio di effettività della tutela amministrativa, anche con riferimento al contributo del diritto europeo, enunciato dall'art.1 c.p.a..

Tuttavia, se è chiara (e lodevole) la ratio dell'astreinte nell'ottica del maggiore rigore con cui disciplinare l'ottemperanza da parte della P.A. ad obblighi certi, è altrettanto chiaro che la formulazione della norma che prevede l'istituto de quo ne tradisce i limiti, con riferimento alla portata applicativa, come

meglio si dirà.

Infatti l'astreinte, sulla sola base del tenore letterale della lett. e) del citato art. 114, comma 4, c.p.a., è istituito che (i) non può prescindere da una specifica richiesta effettuata dalla parte nel corso del giudizio di ottemperanza; (ii) è comunque subordinata all'accoglimento del ricorso, ed in tal caso, al discrezionale ed ulteriore apprezzamento del giudice ("salvo che ciò sia manifestamente iniquo e se non sussistono altre ragioni ostative"), posto che la condanna all'astreinte (che è una pena e non una condanna per inadempimento) costituisce un capo autonomo della sentenza con cui si accoglie il ricorso per ottemperanza; (iii) può essere imposta anche contestualmente alla nomina del commissario ad acta; (iv) potrebbe avere ad oggetto il persistente inadempimento del giudicato formatosi su obblighi di qualsiasi natura, stante il "silenzio legis" e la natura prettamente punitiva dell'istituto; (v) dovrebbe trovare applicazione solo con riferimento al rito dell'ottemperanza di cui al Titolo I del Libro IV del c.p.a. e non già anche agli riti speciali, quali, ad esempio quello relativo all'accesso ovvero al silenzio inadempimento.

Orbene, se con riferimento ai profili su esposti sub (i), (ii) e (iii) non vi è alcun contrasto dottrinale e giurisprudenziale (tenuto conto però dei non elevatissimi contributi allo stato esistenti stante la recente introduzione dell'istituto de quo) in quanto l'astreinte è, prima, nella sola disponibilità della parte interessata (senza poteri officiosi del G.A.) che ha l'onere di chiederla, anche cumulativamente con la richiesta di nomina del commissario ad acta e, dopo, soggetta alla discrezionalità del Giudice che può valutare, caso per caso, l'opportunità di concedere, accogliendo il ricorso e se del caso nominando il commissario ad acta ad ausilio della sua decisione (Cfr. TAR Lazio, Rm, I, 29/12/2011, 10305; TAR Campania, NA, IV, 15/04/2011, 2162), anche la penalità in caso di persistente inottemperanza al giudicato (sulla base del presupposto che la P.A. non perde mai il potere di provvedere), per quanto concerne i profili di cui ai punti (iv) e (v) si registrano rispettivamente pronunce giurisprudenziali e opinioni dottrinali discordanti.

Per quanto riguarda (iv) l'oggetto dell'astreinte (rectius il tipo di obbligo alla cui violazione essa può essere comminata) la giurisprudenza prevalente, cui aderisce anche il Consiglio di Stato in s.g., ritiene che l'istituto de quo possa sanzionare solo il persistente inadempimento di obblighi di fare infungibili e di non fare, con esclusione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro: "nel caso di ricorso per ottemperanza diretto ad ottenere il pagamento di una somma di denaro, non può essere accolta la domanda con la quale è stata chiesta, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, approvato con D.L.vo 2 luglio 2010, n. 104, la fissazione della "somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato". Infatti, il codice del processo amministrativo, nell'introdurre con detta norma nel nostro ordinamento l'istituto dell'astreinte, ha previsto l'applicabilità di detto istituto solo ove "ciò non sia manifestamente iniquo, ovvero sussistono altre ragioni ostative", con la conseguenza che deve escludersi la possibilità di far ricorso all'astreinte quando l'esecuzione del giudicato consista nel pagamento di una somma di denaro, stante l'iniquità della correlata condanna, essendo, l'obbligo di natura pecuniaria, già assistito, a termine del vigente ordinamento, 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" (Cfr., ex plurimis, TAR La, Rm, I, 29/12/2011, n.10305".

Tuttavia va registrato anche un orientamento minoritario, più estensivo, secondo il quale "nell'ambito del processo amministrativo l'istituto dell'"astreinte" presenta un portata applicativa più ampia che nel processo civile, in quanto l'art. 114, comma 4, lettera e), del codice del processo amministrativo non ha riprodotto il limite, stabilito della norma di rito civile (art. 614 bis c.p.c.), della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile; ne deriva che, nel sistema processual-amministrativo, lo strumento in parola non mira a compensare gli

ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza del giudice civile, mentre del rimedio processual-civilistico condivide la generale finalità di dissuadere il debitore dal persistere nella mancata attuazione del dovere di ottemperanza" (Cfr. TAR Puglia, Ba, III, 26.1.2012, 259).

Alla luce di tali orientamenti, sembrerebbe preferibile quello più restrittivo che, oltre a essere giustificato dalla valutazione discrezionale cui è chiamato il Giudice dell'ottemperanza ai sensi del citato comma 4 dell'art.114, lett. e), c.p.a., è obiettivamente difficilmente superabile nella parte in cui afferma che il danno da inadempimento di crediti di denaro del privato trova immediato ristoro nella previsione degli interessi legali.

A ciò, invero, potrebbe obiettarsi che l'astreinte non è una condanna al risarcimento del danno "speciale", ma "una pena e quindi non un risarcimento" (Cfr. CdS, V, 20/12/2011, 6688, cit.).

Pertanto sarà solo la concreta applicazione dell'istituto da parte della giurisprudenza a chiarire i contorni dell'ambito oggettivo della sua applicazione nel giudizio di ottemperanza.

Per quanto riguarda, infine, (v) l'utilizzo dell'istituto in parola anche al di fuori del giudizio di ottemperanza, cioè sulla possibilità o meno di ritenerlo applicabile anche agli altri riti speciali del Libro IV del c.p.a., è tuttora aperto un dibattito dottrinale tra la tesi

che restrittivamente vuole l'astreinte operante solo nel giudizio ex art.112 e ss. c.p.a. e quella, più estensiva, che pur in assenza di specifica disposizione legislativa, vuole pronunciabile l'astreinte anche negli altri riti speciali, in primis a quelli dell'accesso (art.116 c.p.a.), del silenzio (art.117 c.p.a.) e di ingiunzione (art.118 c.p.a.).

Tale ultimo orientamento si basa su un'applicazione estensiva del combinato disposto dei principi di effettività della tutela amministrativa e sua concentrazione (artt. 1 e 7 c.p.a.), ma sembra avere un ostacolo insuperabile, oltre che nell'assenza di previsioni legislative ad hoc, nella circostanza che, ad esempio, l'astreinte non sembra essere una sanzione comminabile inaudita altera parte, cosa che avverrebbe, così opinando, nel procedimento per decreto ingiuntivo di cui al citato art.118 c.p.a., sulla base di una "presunzione di inadempimento".

A ben vedere, dunque, anche in tale contesto sarà la concreta applicazione dell'istituto de quo a chiarire la sua oggettiva portata ed i suoi limiti, con la consapevolezza, in ogni caso, che la sua operatività anche al di fuori del giudizio di ottemperanza, sarebbe un utile strumento (si pensi al rito dell'accesso o del silenzio) per evitare "ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione" anche di statuizioni costitutive e di condanna, con possibili positivi riflessi, in primo luogo, sull'efficienza dell'azione amministrativa.