

Il ritardo della P.A. nei pagamenti ai privati e l'*astreinte*.

La sentenza che si commenta, pronunciata dal TAR Campania, involge l'istituto dell'*astreinte*, di chiara derivazione francese, come del resto gran parte dell'assetto amministrativo nazionale.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, l'istituto è previsto dall'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. nel Titolo I del Libro IV, parte dedicata all'ottemperanza e ai riti speciali.

La *sua ratio* è da ricercare in una sanzione punitiva per l'inosservanza della P.A. che si sottrae all'obbligo di rispettare una sentenza passata in giudicato.

Parte della dottrina e della giurisprudenza del Consiglio di Stato individuano un parallelismo fra l'art. 614 bis c.p.c., rubricato "*Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*", e l'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. prevedendo l'introduzione, nella normazione amministrativa, dell'istituto della cd. penalità di mora.

La penalità di mora si sostanzia in una misura coercitiva indiretta, a carattere pecuniario, volta a vincere la resistenza del debitore inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice (Cfr. CdS n. 6688 del 20.12.2011).

La penalità di mora o *astreinte*, volendo rispettare la definizione amministrativa, è nella sola disponibilità della parte interessata che ha l'onere di richiederla. L'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. determina l'ambito ed i limiti entro i quali sia possibile richiedere l'istituto in esame in quanto: "*salvo che ciò sia manifestamente iniquo e se non sussistono altre ragioni ostative il giudice* (in caso di accoglimento di ricorso), *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*".

Il precedente orientamento del CdS, conforme alla giurisprudenza prevalente, riteneva sanzionabile il solo persistente inadempimento relativo a obblighi di fare infungibili e di non fare, con esclusione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro.

Questo orientamento limitativo veniva poi disatteso da un orientamento minoritario che si poneva in un'ottica estensiva, e sosteneva una maggior portata in relazione al processo amministrativo, poiché riteneva l'insussistenza di un limite, all'adozione della misura già prevista nella normativa civile, che prevede l'obbligo di pagamento di una somma ulteriore in caso di inadempimento di obblighi *di non fare o un fare infungibile*.

L'*excursus* fin qui riportato, subisce un cambio di giurisprudenza in relazione alla portata dell'*astreinte* nel giudicato amministrativo posta in luce da una serie di pronunce in cui si innesta anche la presente decisione.

Il giudizio ha origine dal decreto n. 3387/2006 emesso dalla Corte d'Appello di Napoli concernente la richiesta di equa riparazione per l'eccessiva durata del precedente giudizio *ex lege Pinto*.

Il decreto di condanna contro il Ministero della Giustizia, non essendo stata proposta alcuna impugnazione, ha acquistato carattere di definitività ma, nonostante la forma incontestata del provvedimento, il pagamento, nonostante l'esecuzione civile (precetti e ppt) tentata per oltre otto anni non è stato mai effettuato.

Di conseguenza, il creditore e parte ricorrente, non vedendo realizzato il proprio diritto, ha notificato il ricorso, nel rispetto del rito e proposto il giudizio di ottemperanza nei confronti del Ministero della Giustizia chiedendo al TAR Campania (competente per materia) di disporre l'esecuzione del decreto indicato con la contestuale richiesta della nomina di un commissario *ad acta* perchè provveda a far eseguire il pagamento a cura e spese dell'amministrazione.

Il ricorso della parte si spingeva poi oltre, richiedendo la condanna del Ministero della Giustizia al risarcimento del danno da ritardo in virtù del'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. in suo favore, poiché era trascorso abbondantemente il termine di centoventi giorni dalla notifica del titolo esecutivo.

Le pretese lamentate dalla parte ricorrente (che dopo ben nove anni dall'emissione del decreto non è riuscita a farsi pagare dallo Stato) vengono accolte dal TAR della Campania.

I Giudici amministrativi pongono a base della loro decisione l'art. 112, comma 2, c.p.a. che, "*codificando un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il decreto di condanna*

emesso ai sensi dell'art. 3, legge n. 89/2001 ha natura decisoria in materia di diritti soggettivi ed è equiparato al giudicato con conseguente idoneità a fungere da titolo per l'azione di ottemperanza", (Cons. Stato, Sez. IV, 16.03.2012, n. 1484).

Il Collegio si sofferma poi ad analizzare il *quantum* del pagamento che, nel caso di specie, accoglie limitatamente alla sola somma definita nel giudizio di ottemperanza liquidato nel decreto decisorio, non comprensiva delle spese legali attribuite in favore del procuratore antistatario.

Sono in tal modo escluse le spese successive al decreto azionato mentre, come specificato dal T.A.R. Campania, nel giudizio di ottemperanza può essere riconosciuto l'obbligo di corresponsione alla parte ricorrente oltre che degli interessi sulle somme liquidate in giudicato, anche delle spese accessorie (T.A.R. Sicilia, Catania Sez, III Sent. 28.10.2009, n. 1798; T.A.R. Sardegna , 29.09.2003, n. 1094).

Nel giudizio di ottemperanza ulteriori somme relative a spese sono dovute solo in relazione alla pubblicazione, all'esame e alla notifica del medesimo, alle spese relative ad atti accessori, in quanto hanno titolo nello stesso provvedimento giudiziale; le eventuali spese non funzionali all'introduzione del giudizio di ottemperanza quali quelle di precetto, che riguardano il procedimento di esecuzione forzata disciplinato dagli artt. 474 ss., c.p.c. né altre procedure esecutive risultate non soddisfattive. L'uso di strumenti di esecuzione diversi dall'ottemperanza al giudicato è imputabile, ad avviso della sentenza commentata, alla libera scelta del creditore (TAR Calabria Catanzaro, Sez. I, 11 maggio 2010, n. 699; TAER Latina, Sez. I 22 dicembre 2009, n. 1348; C.d.S. Sez. IV n. 2490/01; C.d.S. Sez. IV n. 175/87) e come tale non è dovuta dall'Amministrazione.

Il punto focale è rimesso alla scelta del creditore della P.A. se agire o in sede di esecuzione civile ovvero in sede di giudizio di ottemperanza; la scelta di quest'ultima alternativa preclude la richiesta di corresponsione delle spese derivanti dall'eventuale notifica al debitore di uno o più atti di precetto (TAR Sicilia, Sez. III, 14.07.2009, n. 1268).

La disamina del Collegio prosegue concentrandosi sulla domanda proposta *ex art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a.* poiché la parte ha formulato la domanda in modo ambiguo. L'ambiguità è desumibile da un duplice richiamo, in primo luogo nella parte disciplinante l'*astreinte*, in secondo luogo nel riferimento al termine "risarcimento del danno". Tale ambiguità viene presa come riferimento dal Collegio per distinguere di netto la penalità in mora prevista dall'art. 114, comma 4, lett. e) del c.p.a. dal differente istituto dell'azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione, come invece disciplinata dall'art. 112, comma 3, c.p.a. in quanto è un'azione tipicamente risarcitoria.

Dopo aver distinto le due procedure, l'una amministrativa e l'altra squisitamente civilistica, il Collegio, nell'esercizio dei suoi poteri di qualificazione della domanda rileva che l'ambiguità è da scongiurarsi, ritenendo che la parte ricorrente intendeva chiedere l'applicazione dell'*astreinte*, in richiamo delle conclusioni all'art. 114, comma 4, lett. e) e non quelle all'art. 112 c.p.a. (azione di risarcimento danni).

L'eventuale formulazione di una domanda risarcitoria *ex art. 112, comma 3, c.p.a.* risulterebbe non accoglibile per mancanza assoluta di prova sia rispetto all'*an* che al *quantum* del danno subito.

La richiesta di condanna rivolta dalla parte ricorrente nei confronti dell'Amministrazione al pagamento dell'*astreinte* per ogni ulteriore giorno di ritardo nell'esecuzione del giudicato, dalla giurisprudenza a cui aderisce anche il Collegio giudicante il caso specifico, ritiene che la non accoglibilità. Non accoglibilità nel caso in cui l'esecuzione del giudicato inerisca il pagamento di una somma di denaro, poiché l'istituto della penalità di mora in un mezzo di coazione indiretta sul debitore, che si sostanzia in presenza di obblighi di *facere* infungibili.

Nel seguire l'orientamento appena citato il T.A.R. Campania ha considerato iniquo condannare l'Amministrazione al pagamento di ulteriori somme di denaro quando l'obbligo dell'adempimento richiesto consiste nell'adempimento ad un'obbligazione pecuniaria.

L'adempimento ad un'obbligazione pecuniaria comporta la previsione ex lege degli interessi legali ai quali la somma a titolo di *astreinte* si sarebbe sommata, provocando così degli effetti iniqui di indebito arricchimento per il creditore (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 9 novembre 2012, n. 4553; id, Sez. IV, 15 aprile 2011, n. 2162; T.A.R. Lazio, Roma Sez. I-bis, 12 novembre 2013, n. 9606).

Il contrasto giurisprudenziale fra le posizioni restrittive dell'*astreinte* e l'orientamento favorevole all'applicazione generalizzata dello stesso istituto è stato risolto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con decisione del 25 giugno 2014, n. 15, ha statuito che *nel giudizio di ottemperanza, la comminatoria delle penalità di mora di cui all'art. 114, comma 4, lett. e) del c.p.a. è ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui al precedente art. 112 c.p.a., ivi comprese quelle aventi per oggetto prestazioni di natura pecuniaria.*

Proprio relativamente a questa pronuncia la Sezione del caso concreto sente di doversi adeguare nel riconoscere, in via di principio, l'applicabilità della penalità di mora anche nel caso di condanna della P.A. al pagamento di una somma si denaro.

La decisione dell'Adunanza Plenaria evidenziava che "la considerazione delle peculiari condizioni del debitore pubblico, al pari dell'esigenza di evitare locupletazioni eccessive o sanzioni troppo afflittive, costituiscono fattori da valutare non ai fini di un'astratta inammissibilità della domanda relativa a inadempimenti pecuniari, ma in sede di verifica concreta della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura nonché al momento dell'esercizio del potere discrezionale di graduazione dell'importo", sottolineando il valore autonomo del dato letterale della sussistenza di "altre ragioni ostative" rispetto al limite negativo della manifesta iniquità che è presente anche nel codice di procedura civile, mentre il primo è di natura strettamente amministrativo.

Le specifiche motivazioni considerate alla lett. e) dell'art. 114 c.p.a. possono esser poste dal giudice amministrativo per la decisione di non comminare la sanzione pecuniaria in virtù dell'ampio potere discrezionale che possiede. Le circostanze specifiche devono essere addotte dalla parte debitrice in capo alla quale è posto l'onere probatorio. Nel caso in cui il debitore fosse pubblico l'Adunanza Plenaria evidenzia la specialità del contesto con riferimento **"alle difficoltà nell'adempimento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici"**.

Proprio in considerazione delle puntualizzazioni sopra esposte, il Collegio, nel caso concreto, ritiene che, nel caso di giudizi in cui il debitore sia lo Stato per somme di denaro a titolo di equa riparazione per eccessiva durata del processo, l'esigenza di contenimento della spesa pubblica in ragione della crisi finanziaria nazionale e l'ammontare del debito pubblico, giustifichi la mancata condanna della parte pubblica al pagamento dell'*astreinte* (TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 18 settembre 2014, n. 4973).

La proposizione di tali ragioni viene fatta rientrare nei fatti notori ex art. 115 c.p.c. come tali considerati provati poiché fatti acquisiti alle conoscenze della collettività con un grado di certezza da apparire indubitabili ed incontestabili (Cass. civ. Sez. trib. 20 giugno 2014 n. 14063, Sez. I 19 marzo 2014 n. 6299; Sez. II 5 luglio 2013 n. 16881).

Il TAR Campania a seguito di quanto considerato, dichiara l'obbligo dell'Amministrazione di dare esecuzione al decreto medesimo col pagamento in favore della parte ricorrente dell'importo liquidato nello stesso provvedimento senza possibilità di conseguire somme ulteriori.

Tuttavia, per ovviare ad un ennesimo ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, il Collegio provvede alla nomina di un Commissario *ad acta*, che entro l'ulteriore termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'inottemperanza, effettuata dalla parte ricorrente, in caso di spontaneo pagamento entro 60 giorni dalla comunicazione della sentenza, darà corso al pagamento, compiendo tutti gli atti necessari a carico e spese dell'Amministrazione.

Il caso concreto esaminato cerca di disciplinare il corretto utilizzo dell'*astreinte* in virtù dell'attuale orientamento giurisprudenziale.

Se inizialmente la visione restrittiva impediva un attuazione dell'istituto in relazione a ricorsi aventi ad oggetto i soli obblighi di *facere* o non *facere*, successivamente la giurisprudenza amministrativa,

supportata anche da alcune statuizioni della Suprema Corte, ha rideterminato lo spettro di applicabilità che la penalità di mora amministrativa assume.

L'ampliamento seguito negli anni ha dimostrato che il ricorso mediante rito di ottemperanza può essere richiesto per tutti quei procedimenti che abbiano in esame una richiesta di pagamento quindi un'obbligazione pecuniaria.

L'adempimento all'obbligazione deve esser soddisfatto dall'Amministrazione insolvente entro un congruo termine senza possibilità di comminazione, da parte dell'organo giudicante, di spese o interessi legali che comporterebbero lo scadere nell'indebito arricchimento del creditore.

In via di principio è riconosciuta l'applicabilità della penalità di mora, nei confronti della P.A., in caso di mancato pagamento ad una somma di denaro.

Se quindi il cambio giurisprudenziale propone una soluzione di pagamento in capo all'Amministrazione inadempiente, è necessario non trascurare che lo stesso art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. esclude l'applicazione dell'istituto ove sia dimostrata l'esistenza di ulteriori ragioni ostative ovvero la manifesta iniquità alla sua applicazione.

Nel ricorso preso in esame il TAR Campania riscontra l'esistenza di ragioni ostative all'applicazione della misura pecuniaria, dovuta alla crisi economica ed ai problemi di bilancio dello Stato.

La reale situazione di crisi finanziaria affrontata dallo Stato negli ultimi anni supporta l'onere probatorio fornito dalla parte inadempiente, giustificando in concreto la mancata condanna della stessa al pagamento dell'*astreinte*.

Riprendendo le fila dell'intero discorso, è legittima la richiesta vantata dal ricorrente di proporre l'*astreinte* nei confronti del Ministero della Giustizia e non un'azione risarcitoria in virtù dell'art. 112, comma 2, c.p.a., ma è manifesta la situazione per cui l'istituto incontra delle limitazioni come i fatti notori ex art. 115 c.p.c.: e cioè *fatti acquisiti alle conoscenze della collettività con un grado di certezza da apparire indubitabili ed incontestabili* che consentono allo Stato di giustificare il suo comportamento illegittimo e di comportarsi in modo diverso rispetto ai privati cittadini.

Gerardo Russillo