

# LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E LA SUA AZIONE

Saggi critici sulla legge n. 241/1990  
riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005

*a cura di*

Nino Paolantonio Aristide Police Alberto Zito



G. Giappichelli Editore – Torino

2005



Articolo 21 *ter*  
Esecutorietà

1. Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge.

2. Ai fini dell'esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. L'esecutorietà nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. - 2. Significato ed importanza della disposizione. - 3. Esecutorietà ed autorità. - 4. Esecutorietà e potestà amministrative non provvisoriale. - 5. Spazi sulla natura - discrezionale o meno - dell'esecuzione coattiva. - 6. La regola del contraddittorio in fase esecutiva. - 7. I singoli procedimenti esecutivi. - 8. L'esecuzione coattiva dell'obbligo di pagare somme di denaro.

I. *Considerazioni introduttive. L'esecutorietà nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*

Con il termine "esecutorietà", che nel diritto processuale civile indica l'attitudine di un provvedimento giurisdizionale ad essere attuato coattivamente<sup>1</sup>, si suole denominare una prerogativa di alcuni provvedimenti amministrativi, che possono essere portati ad esecuzione dall'amministrazione anche coattivamente, contro la volontà del soggetto obbligato, senza necessità di ottenere a tal fine una previa pronuncia giurisdizionale<sup>2</sup> e senza sottostare al controllo di un giudice<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> F. CAPELLI, *Esecutorietà (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, p. 1.

<sup>2</sup> Così, limitando le citazioni alle opere più recenti, V. ITALIA-G. LANDI-G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Milano, 2000, p. 259; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2000, p. 88; S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, Padova, 2000, p. 403; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZASULLI-G. PELLICOLA, B. MANO-F.A. ROVERSI MUNACCI-F.G. SCOLA, II ed., Bologna 2001, II, p. 1486; P. VITTA, *Diritto amministrativo*, 2, *Atti e norme*, VI ed., Milano, 2001, pp. 109-104; R.G. MARTELLA, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 2003, I, p. 828; F. CASERTA, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2001, p. 314.

<sup>3</sup> Questo secondo aspetto, consistente nell'assenza di un controllo giudiziale della fase di esecuzione, è opportunamente messo in luce da B. CARROZZI, *Il diritto amministrativo*, III ed., Napoli, 2003, I, p. 728.

tridica del  
sci al mus-  
e dalla ca-  
: tale cate-  
za, per cui  
mente dal-

il legislatore

si i terzi, per  
rilevato che  
ni il provve-  
niente a ri-

Per comprendere appieno il significato e l'importanza della disposizione in commento, che espressamente faculta le amministrazioni pubbliche a far uso del potere di coazione per ottenere l'adempimento delle proprie pretese da parte del soggetto obbligato, occorre fare un passo indietro per fissare, attraverso un breve *excursus* storico delle tappe fondamentali, le posizioni sulle quali erano andate via via attestandosi dottrina e giurisprudenza in ordine alla tematica in esame.

L'analisi non può che partire dal noto studio di Borsari<sup>1</sup>, che si inserisce in quella corrente di pensiero che riteneva l'esecutorietà una caratteristica generale del provvedimento amministrativo. Partendo dal presupposto che la stessa teoria della divisione dei poteri implicitamente ammetterebbe che, in sostanza, i tre poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) rappresentano tre diversi aspetti della sovranità, l'Autore afferma che "se all'Amministrazione è affidato il compito della esecuzione legislativa, che nella pratica (...) si risolve (...) nella esecuzione amministrativa, è da ammettere che le sia pur concessa la facoltà di ottenere anche con mezzi coercitivi tale esecuzione (...) Per noi dunque l'esecuzione forzata in via amministrativa trova il suo fondamento giuridico nella essenza medesima del potere che appartiene all'Amministrazione"<sup>2</sup>.

Una notevole attenuazione dell'affermazione generale del principio di esecutorietà si riscontra in Cammeo, il quale nega che tale principio assista indistintamente tutte le pretese di diritto pubblico, affermando che sono esecutorie soltanto l'esecuzione d'ufficio (per obblighi di fare fungibili) e l'esecuzione mediante uso materiale della forza (in adempimento di obblighi di non fare o sopportare), dalle quali l'amministrazione non potrebbe prescindere, trattandosi dei due modi di esecuzione che provvedono alle esigenze più urgenti<sup>3</sup>. Cade, quindi, il principale caposaldo della precedente impostazione dottrinale, secondo cui nessun ordinamento giuridico sarebbe potuto esistere ove la P.A. non avesse potuto far uso della forza: seppur ancora in forma dubitativa, si riconosce che, al di fuori dei casi in cui la coazione diretta sia espressamente concessa o risulti comunque indispensabile in ragione dell'urgenza di tutelare la sicurezza dell'ordine o dell'igiene pubblica, non può consentirsene l'uso da parte dell'amministrazione<sup>4</sup>. In ogni caso, i mezzi di esecuzione *ipso iure* concessi devono essere usati soltanto in caso di necessità, ossia quando mancano altri mezzi espressamente concessi. Per la prima volta, inoltre, posto l'accento sul concreto di esecutorietà delle pretese più che degli atti amministrativi (e stigmatizzato

<sup>1</sup> *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, adesso in *Studi di diritto pubblico*, I, Padova, 1976, p. 1 ss.; cfr. v. anche ID., *Fondamento giuridico dell'esecuzione forzata amministrativa*, in *Studi veneti*, 1905, p. 116 ss.; adesso in *Studi di diritto pubblico*, cit., p. 237 ss.

<sup>2</sup> U. BORSARI, *Fondamento giuridico*, cit., p. 278.

<sup>3</sup> *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, XII ed., Milano, 1901, p. 99.

<sup>4</sup> F. CAMMEO, *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. it.*, 1925, III, pp. 22-25.

quindi il c  
gettate le l  
tenore dell  
esecuzione

Sarebbe  
abbia port  
quegli sp  
delle più  
quanto l'ac  
nozione sta

La vent  
1930-50), e  
vedimenti  
soltanto al  
cutorie sol  
(quali lo st

Muover  
stanziale-p  
debolezza  
dell'atto a  
norme che  
"non solo  
essere inre  
individuaz  
vamente le  
terzo inter  
schi"<sup>5</sup>; in s  
cronistica;  
del nostro  
contenzios  
scettibile d  
per ritener

<sup>5</sup> Sulla gr

<sup>6</sup> F. CAM

<sup>7</sup> V. per  
ss.; M.S. GI  
a di diritto e  
diritto amministrativo  
I. Ved. (riv.)

<sup>8</sup> *Astoria*

<sup>9</sup> *L'assetto  
pubbliche am*

<sup>10</sup> F. BEN  
nella pratica

quindi il troppo frequente ricorso all'analogia con il diritto civile<sup>7</sup>, vengono gettate le basi per una distinzione tra il momento in cui si accerta l'inadempimento dell'obbligo nascente dalla pretesa amministrativa ed il procedimento di esecuzione in senso stretto<sup>8</sup>.

Sarebbe errato, tuttavia, ritenere che l'orientamento successivo a Cammeo abbia portato avanti la sua impostazione, traendo le dovute conseguenze da tutti quegli spunti di riflessione e quei ripensamenti che hanno poi costituito la base delle più recenti elaborazioni dottrinali: accade, anzi, proprio il contrario in quanto l'adesione al principio dell'esecutorietà come attributo inscindibile della nozione stessa di potere amministrativo appare totale anche negli anni successivi.

In verità, l'argomento risulta alquanto trascurato nella letteratura degli anni 1930-50, che si limita a predicare ancora il principio dell'esecutorietà dei provvedimenti amministrativi come regola generale dell'ordinamento vigente<sup>9</sup>, e soltanto alla fine degli anni '50 affiora l'idea che le pretese della P.A. siano esecutorie solo eccezionalmente, in presenza di particolari circostanze legittimanti (quali lo stato di necessità o l'urgenza) o di un'espressa previsione legislativa.

Muovendo da una diversa interpretazione della fisionomia del rapporto sostanziale-processuale fra P.A. ed amministrati, Benvenuti dimostra, quindi, la debolezza delle argomentazioni addotte a sostegno della regola dell'esecutorietà dell'atto amministrativo, sostenendo, al contrario, l'eccezionalità delle sparse norme che conferiscono all'amministrazione poteri di autotutela esecutiva, che "non solo non possono essere estese analogicamente ma neppure potrebbero essere interpretate estensivamente"<sup>10</sup>. Secondo l'Autore, in particolare, l'erronea individuazione di un potere generale dell'amministrazione di realizzare coattivamente le proprie pretese fu dovuta a più fattori: in primo luogo, ad una scorretta interpretazione di altri ordinamenti giuridici, segnatamente quelli tedeschi<sup>11</sup>; in secondo luogo, ad una visione dei poteri-doveri della P.A. ormai antiquistica; infine, alla mancata comprensione della portata delle stesse norme del nostro ordinamento ed in particolare dell'art. 7 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, che, avendo carattere di norma eccezionale, è insuscettibile di estensione analogica, ergo inidoneo a costituire un valido argomento per ritenere l'ammissione generale della c.d. autotutela esecutiva<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Sulla questione si tornerà appresso v. *infra* par. 4.

<sup>8</sup> F. CAMMEO, *op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>9</sup> V. per tutti SANCI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Padova, 1937, p. 284 ss.; M.S. GIOVANNI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 422 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, VII ed., Milano, 1954, p. 294 ss.; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, III ed., Milano, 1960, p. 224 ss.; C. VITTO, *Diritto amministrativo*, I, V ed. (riv. e agg. da E. CASSETTA), Torino, 1962, p. 449 ss.

<sup>10</sup> *Autotutela*, in *Enc. dir.* IV, Milano, 1959, p. 554.

<sup>11</sup> L'osservazione era già di R. LUCIFREDI, *Le prestazioni obbligatorie in materia dei privati alle pubbliche amministrazioni* I Padova, 1934, p. 170 (nota II) e p. 180 (nota II).

<sup>12</sup> F. BENE ENUTI, *op. cit.*, pp. 554-555. Per il problema generale dell'interpretazione dell'art. 7 nella precedente letteratura, cfr. V.E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. it.* VIII, II,

A conclusioni analoghe a quelle di Benvenuti perviene qualche anno dopo anche Sandulli, notoriamente incline a metodologie concettuali ben diverse. Dopo aver premesso che l'esecuzione forzata amministrativa è comunitaria a tutti i sistemi caratterizzati dalla concentrazione dei poteri pubblici (*ergo*: a tutti i sistemi politici assolutistici) e che i criteri liberali che informarono la prima legislazione degli Stati italiani postunitari avevano già introdotto in materia radicali innovazioni, l'Autore trae anch'egli dall'art. 7 della legge abolitrice del 1867 la dimostrazione che, di regola, l'amministrazione non può, nel corso del giudizio, esercitare la coazione nei confronti degli amministrati per conseguire l'oggetto delle prestazioni inerenti ai doveri nascenti dai provvedimenti amministrativi<sup>14</sup>. Un'attenta analisi del sistema vigente conferma, infatti, che le pretese della P.A. non sono di per se stesse esecutorie e, in mancanza di regole particolari, sono sottoposte alla disciplina comune, "onde può dirsi che anche oggi la possibilità di una esecuzione forzata da parte dell'autorità amministrativa non è da riconoscere fuori dei casi in cui sia in alcun modo espressamente o implicitamente prevista dalla legge"<sup>15</sup>.

Di fronte a così autorevoli indicazioni, si sarebbe indotti a pensare che alle medesime conclusioni, rigorosamente rispettose del principio di legalità, sia pervenuta tutta la dottrina successiva.

Il rifiuto dell'insegnamento tradizionale circa l'esistenza di un principio generale di esecutorietà delle pretese amministrative era, invece, ancora timido o comunque tutt'altro che unanime, sicché in alcuni studi successivi si legge che l'esigenza che gli atti della P.A. siano eseguiti, ancorché illegittimi, pur manifestandosi in modo particolare nelle ipotesi in cui è stabilita l'esecutorietà del provvedimento amministrativo, costituisce un principio del nostro ordinamento, che attribuisce carattere imperativo agli atti dei pubblici poteri. L'esecutorietà, pertanto, rappresenterebbe "un aspetto ulteriore e conseguente della imperatività, non potendosi pensare che l'esecuzione dell'atto si arresti là dove essa derivi da un comportamento del privato. Perciò, le leggi che regolano l'esecutorietà dell'atto amministrativo per talune materie non fanno altro che applicare, per singole fattispecie, un principio che deriva dalla stessa logica dell'ordinamento amministrativo"<sup>16</sup>.

Torino, 1895-98, p. 895; G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano, 1901, p. 458; L. MORIARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, 1923, p. 301 ss.; O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti di impero e di gestione*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, I, Milano, 1903, p. 712 ss.; F. CAMMEO, *Commentario*, cit., I, p. 706 ss.; G. TREVES, *La sospensione di diritto dell'esecutorietà degli atti amministrativi in pendenza di giudizio di fronte ai tribunali ordinari*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1934, I, p. 335 ss.; G. AZZARITI, *L'esecuzione dell'atto amministrativo lesivo di diritti in pendenza del giudizio*, in *Foro it.*, 1947, IV, p. 87 ss.

<sup>14</sup> Note sul potere amministrativo di coazione, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, p. 819 ss., spec. p. 828 ss.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 831.

<sup>16</sup> Così C. CARBONE, *Esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1964, p. 416.

Si tratta  
via di (sep  
Nel suo  
prende, in  
alla genera  
lice argom  
rio (detta  
zione, che  
zione pub  
totorela es  
sente tale  
zione secon  
vità: "teori  
non esserle  
prestazione  
tà degli atti  
mentali de  
mento di a  
to"<sup>17</sup>. L'im  
come vede  
che i due p  
stanza che  
vo"<sup>18</sup>. Un i  
oltre, con  
stente, che  
nistrazione  
mezzi diver  
ma anche d

<sup>17</sup> *I beni p*

<sup>18</sup> Su ques  
vella legge

<sup>19</sup> S. CASSE  
nrale sulla p  
"l'imperatività  
quattro avverti  
contenziosi  
il contenuto n  
to, sicché in  
esecuzione, tan

<sup>20</sup> *Op. cit.*

<sup>21</sup> S. CASSE  
cedimenti che  
quello che ha  
diritto amministr.

<sup>22</sup> *Op. cit.*

Si trattava, però, di sparute recrudescenze di un fenomeno che era ormai in via di (seppur lenta) estinzione.

Nel suo ben noto studio sulla tutela della proprietà pubblica, Cassese riprende, infatti, il filone concettuale più moderno, arricchendo la tesi contraria alla generalizzazione della potestà esecutiva dell'amministrazione di ulteriori solide argomentazioni. Chiarita la distinzione tra l'imposizione dell'obbligo primario (della anche obbligatorietà e efficacia) e l'ordine-condanna dell'amministrazione, che, ove rimasto inosservato, può essere eseguito dalla stessa amministrazione pubblica a spese dell'interessato<sup>17</sup>, l'Autore precisa, innanzitutto, che l'autotutela esecutiva attiene esclusivamente al secondo momento<sup>18</sup>. Tenendo presente tale distinzione, si comprende — secondo Cassese — l'autorevole affermazione secondo la quale l'esecutorietà non è un attributo necessario dell'imperatività: "teoricamente, l'atto imperativo potrebbe essere sempre esecutorio o anche non esserlo mai. Pel diritto positivo, lo è solo talune volte"<sup>19</sup>. La rigorosa interpretazione del principio di legalità e, più, specificamente, del principio di tipicità degli atti amministrativi induce poi l'Autore a privilegiare i profili procedurali dell'esecuzione, distinguendo anche sotto questo aspetto tra procedimento di accertamento-condanna e procedimento di esecuzione in senso stretto<sup>20</sup>. L'importanza di tale distinzione sta nella fondamentale intuizione — che, come vedremo, si rivelerà foriera di interessanti sviluppi sino ai giorni nostri — che i due procedimenti sono autonomi l'uno dall'altro, come dimostra la "circostanza che l'uno e l'altro si concludono con un provvedimento amministrativo"<sup>21</sup>. Un importante passo in avanti rispetto alla dottrina precedente viene, inoltre, compiuto da Cassese con l'affermazione, in lui più consapevole ed insistente, che poiché un potere di autotutela si deve intendere attribuito all'amministrazione con riferimento a mezzi specifici, essa non può minacciare l'uso di mezzi diversi da quelli determinati dalla legge: tipicità non solo dei casi, quindi, ma anche dei mezzi di esecuzione<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> *I beni pubblici. Circoscrizione e tutela*, Milano, 1968, pp. 520-521.

<sup>18</sup> Su questo aspetto si tornerà appresso, nel commentare specificamente l'art. 21 bis della novellata legge n. 241/1970; v. *infra*, par. 6.

<sup>19</sup> S. CASSESE, *op. cit.*, p. 322. È appena il caso di rammentare che M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, pp. 531-532, aveva osservato che "l'imperatività è semplicemente una qualifica che diamo a certi atti della pubblica autorità, in quanto aventi attitudine a produrre effetti che incidono in sfere giuridiche altrui". Tutti gli aspetti contenutistici della qualità dell'imperatività diversi dalla degradazione dei diritti che ne costituisce il contenuto minimo sono, quindi, di diritto positivo: tale è anche l'esecutorietà del provvedimento, sicché "in una visione meramente teorica non è necessario che il provvedimento imperativo sia esecutorio, tant'è vero che nelle stesse nostre leggi positive talora non lo è".

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 330.

<sup>21</sup> S. CASSESE, *op. cit.*, p. 331. Nel senso che l'esecutorietà "si esprime mediante appositi procedimenti che sono i procedimenti esecutivi, i quali costituiscono un procedimento diverso da quello che ha dato vita al provvedimento da eseguire", si era già espresso M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Milano, 1967, p. 167.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, p. 337.

Nella stessa ottica – intesa ad escludere, sulla base di una rigorosa interpretazione dei principi di legalità e di tipicità degli atti amministrativi, l'esistenza di un principio generale di esecutorietà – si muove Corso, che, dopo aver premesso che "non tutti i tipi di effetto richiedono una esecuzione", sottolinea che si ravvisano delle ipotesi in cui l'autotutela si riferisce a pretese nascenti direttamente dalla legge anziché da provvedimenti amministrativi, sicché sarebbe più esatto parlare di esecutorietà delle pretese e non già degli atti<sup>21</sup>. Importante, inoltre, è l'affermazione che, così come l'esecutorietà indica non tanto un attributo dell'atto, quanto il potere dell'amministrazione che lo ha emanato di portarlo coattivamente ad esecuzione in caso di inadempimento dell'obbligato, l'autotutela esecutiva non è l'effetto di un atto, ma l'espressione di un potere che può anche prescindere dall'atto stesso; in altri termini – e qui sta l'importanza del concetto ai fini della ricostruzione del procedimento esecutivo – l'attività di esecuzione "è l'esplicazione di un altro potere (di autotutela) anche se è diretta alla soddisfazione dello stesso interesse tutelato dall'atto rimasto ineseguito"<sup>22</sup>.

Una vera e propria svolta nello studio del fenomeno dell'esecuzione si ha, a nostro avviso, con i contributi di Sacchi Morsiani, che più di ogni altro ha evidenziato la necessità di codificare in appositi procedimenti l'attività di esecuzione. Già nel suo primo studio sull'argomento, l'Autore, scartata in partenza l'idea di identificare il fenomeno dell'esecuzione con l'attività materiale preordinata a tradurre nella realtà gli effetti del provvedimento<sup>23</sup>, accetta la bipartizione tra procedimento di autotutela decisoria ed autotutela esecutiva in senso stretto ed afferma – con un'intuizione, secondo noi, di basilare importanza per un tentativo di ricostruzione dei procedimenti esecutivi – che è impossibile stabilire una volta per tutte se l'autotutela esecutiva costituisca un potere a sé stante ovvero sia consustanziale al potere primario esercitato con l'adozione dell'atto esecutivo: "essa rispetto a certe situazioni appare come una espressione fisiologica del potere sostanziale primario, mentre rispetto ad altre, che più comunemente nella pratica vengono in rilievo, si configura come manifestazione di un aspetto patologico del rapporto con gli amministrati"<sup>24</sup>. Sacchi Morsiani insiste anche sul

<sup>21</sup> *L'efficacia del procedimento amministrativo*, Milano, 1965, p. 435 ss. Laddove si distingue tra gli effetti finali e quelli strumentali, assumendo che l'esecuzione va intesa soltanto ai secondi.

<sup>22</sup> G. CORSO, *op. cit.*, pp. 439-440 critica, tuttavia, la dissociazione dell'esecuzione in due provvedimenti operata da Cassese, affermando che essa nasce da una errata concezione del c.d. ordine di riduzione in pristino (c.d. decisione-condanna), che non è in realtà un provvedimento di autotutela decisoria, bensì una diffida ad adempiere, cioè una dichiarazione non negoziale di volontà, che, essendo diretta a ribadire l'obbligo preesistente e non a crearne uno nuovo, ha efficacia meramente dichiarativa.

<sup>23</sup> Questo è il significato riservato spesso al termine "esecuzione" anche nell'ambito dell'attività giurisdizionale: G.A. MICHELI, *Esecuzione forzata*, in *Commentario al codice civile*, diretto da V. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1953, p. 362; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto dallo stesso A., Napoli, 1958, p. 283.

<sup>24</sup> *Note sull'esecuzione degli atti amministrativi*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 414-415, laddove giustamente si rileva che il problema dell'esecuzione amministrativa si pone in termini diversi a seconda "che si tratti di realizzare l'obiettivo di un procedimento la cui

fatto - già r  
mediante la  
minati, non  
in quanto  
previsti dall'

L'approc  
non muta n  
con maggio  
via, una ma  
stenza, in ca  
potere sost  
no soprattutto  
normativa e  
guendo uno  
riguardo sos  
come potere  
sto modo di  
razioni tradi  
esecutori sta  
le metodo cu  
che l'Autore

Più di tut  
la regola dell  
possibile far  
l'esecuzione e  
anza di una  
tendo i pres  
caratterizzare  
dalla quale ab  
re le singole t

normale funzione  
invece di poter  
configurata come  
cizio di un potere

*Op. cit.*

<sup>25</sup> *Op. cit.*,  
ficato avrebbe po  
tin che disciplina  
o sul procedimen  
giuridico.

<sup>26</sup> *L'esecuzione*

<sup>27</sup> *Esecuzione*

<sup>28</sup> F. SATTI, *Pro  
cedimento de Napo*



fatto – già notato da Cassese<sup>27</sup> – che se venissero tipicizzati i mezzi di esecuzione mediante la previsione di più procedimenti esecutivi legislativamente predeterminati, non si porrebbe neanche un problema di scelta dello strumento più mite in quanto l'amministrazione sarebbe costretta a ricorrere agli specifici mezzi previsti dalla legge<sup>28</sup>.

L'approccio seguito dall'Autore nello studio del fenomeno dell'esecuzione non muta nel successivo studio monografico<sup>29</sup>, nel quale egli si limita a ribadire con maggior vigore alcune affermazioni di principio, lasciando trasparire, tuttavia, una maggiore consapevolezza rispetto alla precedente dottrina circa l'esistenza, in taluni casi, di un'intima ed ineliminabile connessione tra esecuzione e potere sostanziale primario. Nell'ultimo studio, infine, Sacchi Morsiani si propone soprattutto di tentare, in assenza di qualsivoglia disegno organico offerto dalla normativa vigente, una compiuta sistemazione dei procedimenti esecutivi, seguendo uno schema che, coerentemente al metodo sino ad allora utilizzato, ha riguardo sostanzialmente al problema della definizione del potere di esecuzione come potere connesso ovvero nuovo rispetto al potere dispositivo primario; questo modo di ordinare i procedimenti esecutivi, sicuramente diverso dalle classificazioni tradizionali, serve a dimostrare che alla base di certi tipi di procedimenti esecutivi sta un potere originario, ma non appare incompatibile con il tradizionale metodo organizzatorio basato sui diversi tipi di obblighi inadempiti, tant'è che l'Autore propone in conclusione una sorta di combinazione dei due criteri<sup>30</sup>.

Più di recente, muovendo dal convincimento che, introdotta in via generale la regola della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, non fosse più possibile far a meno di una regolamentazione sistematica dell'intera fase dell'esecuzione delle pretese amministrative, abbiamo tentato di supplire alla mancanza di una canonizzazione legislativa dei singoli procedimenti esecutivi rinvenendo i presupposti per uno studio delle garanzie procedimentali che devono caratterizzare l'esecuzione amministrativa nell'ambito della legge n. 241/1990, dalla quale abbiamo tentato di trarre almeno i principi che dovrebbero informare le singole fasi di tali procedimenti<sup>31</sup>. In particolare, abbiamo posto l'accento

normale funzione consiste nell'acquisizione di un'*utilitas* connessa ad una cosa (...) o che si tratti invece di promuovere un procedimento amministrativo in via sostitutiva (...) che, non potendosi configurare come espressione fisiologica del potere sostanziale primario, è concepito come esercizio di un potere diverso".

<sup>27</sup> *Op. cit.*, pp. 494-495.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 426. Va detto, peraltro, che l'A. si era anche posto il problema di quale significato avrebbe potuto assumere una norma sull'esecutorietà che – come in altri ordinamenti positivi – disciplinano l'esecuzione amministrativa nel quadro di una normativa generale ed organica sul procedimento – fosse stata inserita nell'ambito di una disciplina generale dell'azione amministrativa.

<sup>29</sup> *L'esecuzione delle pretese amministrative*, Padova, 1977.

<sup>30</sup> *Esecuzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, spec. p. 17 ss.

<sup>31</sup> F. SAIITA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, 1995.

sul principio di partecipazione nell'ambito dei procedimenti esecutivi come strumento di garanzia del privato, ma anche di collaborazione del medesimo con l'amministrazione nella scelta della misura esecutiva; sull'istruttoria come attività indefettibile intesa a verificare l'esistenza dei presupposti per l'uso della coazione e ad individuare il mezzo meno gravoso per l'esecutando; sull'obbligo di motivare l'atto di esecuzione sia al fine di persuadere della legittimità e non arbitrarietà del sacrificio imposto all'esecutando, sia per dar adeguata contezza del fatto che la misura esecutiva è stata adottata in presenza di presupposti necessari e che l'amministrazione si è adoperata, ponendo in essere ogni opportuno accertamento istruttorio, per scegliere il mezzo meno gravoso per il privato, nonché, prim'ancora, per acquisire certezza in ordine alla permanenza dell'interesse pubblico all'esecuzione coattiva della pretesa<sup>32</sup>.

A differenza della dottrina, la giurisprudenza non ha dato un apporto considerevole alla ricostruzione del fenomeno dell'esecuzione, verosimilmente anche perché, in mancanza di una disciplina legislativa dei modi e delle forme dell'esecuzione, soltanto di rado il giudice amministrativo ha potuto esercitare un sindacato diretto sull'attività amministrativa di esecuzione. Essendo stata l'esecutorietà sempre intesa come una qualità dell'atto, ritenendo perciò legata dalla questione di legittimità dell'atto stesso, la giurisprudenza — che è, invece, chiamata a simulare proprio la conformità dell'atto alla legge ed ai principi generali dell'agire amministrativo — non ha potuto mai occuparsi direttamente della questione, ma solo in occasione di soluzioni elaborate per problemi diversi, seppure connessi.

Il limitato approccio che, nel processo amministrativo di legittimità, è stato suovato consentito al giudice con il rapporto sostanziale sottostante, conosciuto solo attraverso il "filtro" del provvedimento impugnato, ha, inoltre limitato la tutela giurisdizionale ai soli casi in cui l'esecuzione si svolgesse attraverso atti amministrativi autonomamente impugnabili. Com'è stato giustamente osservato, la rilevata difficoltà di considerare unitariamente atto esecutivo ed esecuzione coattiva ha comportato, nella prima fase, una valutazione dell'atto che prescindesse dalle conseguenze della sua suscettibilità ad essere eseguito coattivamente; nella seconda fase, una tutela che — ove possibile — incontra un limite proprio nell'impugnabilità dell'atto esecutivo<sup>33</sup>.

E così, riguardo al problema dell'esecutorietà come caratteristica generale o meno del provvedimento amministrativo, la giurisprudenza ha assunto un atten-

<sup>32</sup> F. SARTÀ *op. cit.*, p. 161 ss.

<sup>33</sup> A. DI GIOVANNI, *La tutela del cittadino verso la evasione e l'esecuzione forzosa degli atti amministrativi nella giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987, II, p. 445 ss., spec. p. 454, il quale aggiunge che il tutto non è altro "che un riflesso necessario della esecutorietà che è per definizione la sottrazione alla conoscenza e alla sorveglianza del giudice della esecuzione coattiva".

tamento e dell'autore.

In ordine a questo, si è osservato che, in mancanza di una ipotesi coattiva di esecuzione dell'atto, si può parlare di un provvedimento di natura propria.

## 2. Signifi-

Alla luce di quanto detto, si può dire che l'esecutorietà è una disposizione di effetto coercitivo.

Una simile situazione che

" Per un altro punto di vista, per il rapporto di natura sostanziale, l'esecutorietà deve essere intesa come una qualità dell'atto, legata dalla questione di legittimità dell'atto stesso, e non arbitrarietà del sacrificio imposto all'esecutando, sia per dar adeguata contezza del fatto che la misura esecutiva è stata adottata in presenza di presupposti necessari e che l'amministrazione si è adoperata, ponendo in essere ogni opportuno accertamento istruttorio, per scegliere il mezzo meno gravoso per il privato, nonché, prim'ancora, per acquisire certezza in ordine alla permanenza dell'interesse pubblico all'esecuzione coattiva della pretesa".

F. SARTÀ, *op. cit.*, p. 161 ss.

" In ordine a questo, si è osservato che, in mancanza di una ipotesi coattiva di esecuzione dell'atto, si può parlare di un provvedimento di natura propria".

Un'altra situazione che, in mancanza di una ipotesi coattiva di esecuzione dell'atto, si può parlare di un provvedimento di natura propria.

tamento quantomai acritico, limitandosi a recepire automaticamente il dogma dell'autotutela esecutiva come facoltà consustanziale al potere primario<sup>34</sup>.  
 In ordine alla nozione di atto esecutivo ed alla sua autonoma impugnabilità o meno, si registra un atteggiamento di chiusura ancora maggiore, avendo la giurisprudenza evidentemente trascurato di considerare, da un lato, che in determinate ipotesi, stante l'intrinseca legittimità della pretesa esecutoria, l'esecuzione coattiva di un provvedimento può essere evitata soltanto mediante l'impugnazione dell'atto di esecuzione; dall'altro, che quest'ultimo è spesso promanazione di un potere diverso ed autonomo rispetto al potere primario, ergo dotato di una propria valenza giuridica tale da contribuire in certa misura ad una sistemazione degli interessi in gioco<sup>35</sup>.

## 2. Significato ed importanza della disposizione

Alla luce del suddescritto quadro dottrinale e giurisprudenziale, si potrebbe essere indotti a pensare che il nuovo art. 21 ter della legge n. 241/1990 contenga una disposizione meramente ricognitiva di un principio già esistente<sup>36</sup>, ergo priva di effetti innovativi quantomeno nella parte in cui sancisce la regola dell'esecutorietà nei soli casi e modi previsti dalla legge<sup>37</sup>.

Una siffatta lettura, però, non terrebbe conto del fatto che, a prescindere dal rilievo che certi anacronistici orientamenti giurisprudenziali rendevano quanto-

<sup>34</sup> Per un esame delle pronunce più rappresentative si rinvia a F. SAITTA, *op. cit.*, p. 101 ss. Da ultimo, v. però Tar Valle d'Aosta, 17 marzo 2005, n. 54, in *www.lexitalia.it*, n. 4/2005, che, facendo rigorosa applicazione del principio di legalità, ritiene illegittimo l'esercizio dei poteri di autotutela esecutiva per ottenere lo sgombero di un'area appartenente al patrimonio disponibile della regione, detenuta dal comune in base ad un contratto di comodato.

<sup>35</sup> F. SAITTA, *op. cit.*, p. 105 ss., a cui si rinvia anche per le relative indicazioni giurisprudenziali. Per l'affermazione che spesso l'esecuzione serve ad integrare, specificare, circostanziare il potere sostanziale primario, v. G. BERTI, *La P.A. come organizzazione*, Padova, 1968, p. 472, nota 35.

<sup>36</sup> In tal senso sembra doversi leggere il rilievo di F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge n. 15/2005 alla legge n. 241/1990)*, in *www.giustamm.it*, n. 3/2005, secondo cui la disposizione in commento codifica un principio pacifico sin da quando la dottrina ha abbandonato le teorizzazioni dei primi anni del secolo scorso che spiegavano tale caratteristica come una qualità naturale dell'effetto giuridico dell'atto amministrativo e prescindevano dal collegamento con il principio di legalità.

<sup>37</sup> Un fenomeno analogo, d'altronde, si è verificato di recente nell'ambito dell'ordinamento tributario, laddove, con l'art. 68, d.p.r. n. 287/1992, il potere di autoannullamento ha assunto espressamente carattere generale: a tale disposizione è stato, infatti, perlopiù assegnato un valore ricognitivo di poteri già istituzionalmente appartenenti all'amministrazione finanziaria e la sua ragione d'essere è stata essenzialmente rintracciata nell'opportunità di contrastare e rimuovere le remore psicologiche dell'amministrazione medesima nel riconoscere i propri errori ed annullare i propri atti: cfr. D. STEVANATO, *Autotutela (dir. trib.)*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, III, Milano, 1999, p. 296; M. CLARICH, *Qualità dell'amministrazione e giustizia amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 285.

mai opportuno consacrare in una norma di legge la regola secondo cui il potere amministrativo di coazione è subordinato ad un'espressa previsione legislativa dei relativi casi e modalità, la disposizione in commento detta anche alcune regole procedurali di non secondario rilievo.

L'importanza della norma, in altri termini, non è circoscritta all'inciso iniziale ("Nei casi e con le modalità stabilite dalla legge (...)"), che costituisce la conferma – ripetersi, comunque opportuna<sup>37</sup> – da parte del legislatore della natura eccezionale del potere di coazione, così da fugare eventuali ulteriori dubbi in proposito<sup>38</sup>, ma va ben oltre, anche se (come pure vedremo nel prosieguo), in presenza di una così ghiotta occasione, si sarebbe certamente potuto fare di più.

Per quanto concerne l'affermazione d'esordio, restano da fare due ulteriori notazioni.

La prima attiene al fatto che – come puntualmente segnalato dalla più accorta dottrina – il legislatore aveva invece già manifestato consapevolezza del fatto che l'esecutorietà, come manifestazione di autorità ulteriore rispetto all'imperatività<sup>39</sup>, debba essere anch'essa prevista autonomamente dalla legge: ciò è testimoniato dall'art. 54, comma 4, d.lgs. n. 267/2000, che anche con riguardo all'ordinanza contingibile ed urgente, la cui esecutorietà potrebbe considerarsi implicita ben più che in altre ipotesi, ha ritenuto opportuno disporre espressamente che se essa "è rivolta a persone determinate e queste non ottemperano all'ordine impartito, il Sindaco può provvedere d'ufficio a spese degli interessati"<sup>40</sup>.

La seconda attiene all'interpretazione del termine "legge", che, in ossequio alla riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., dovrebbe essere inteso in senso stret-

<sup>37</sup> Di questo avviso sembra essere anche A. ROMANO-TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della legge n. 241/1990*, in *Atti Giustiziarie*, n. 2/2005 il quale, pur notando che la disposizione in commento segue "un indirizzo ormai largamente dominante", non dubita dell'opportunità del tentativo del legislatore della riforma di "costruire un primo abbozzo di codificazione del diritto amministrativo sostanziale", ed in particolare dei sette articoli del Capo IV bis della novellata legge n. 241/1990, "che, per la prima volta, introducono nell'ordinamento disposizioni generali su aspetti fondamentali dell'azione autoritativa della p.a., la disciplina positiva dei quali si era fondata, finora, sull'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale"; in termini analoghi si esprime N. PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività dei provvedimenti amministrativi nella riforma della legge n. 241/1990*, *ibidem*, secondo il quale "la riforma sembra idonea a sopire una sensazione di disagio percepibile anche nella dottrina più recente, sempre pretesa alla ricerca di una norma generale fondante l'esecuzione amministrativa" (ironico, invece, F. SARTI, *La riforma della legge n. 241/1990: dubbi e perplessità*, *ibidem*: "Si insegnava a scuola che i provvedimenti amministrativi sono esecutori ed esecutivi. Puntualissimo, l'art. 21 ter ci dice che nei casi e con le modalità previste dalla legge le pubbliche amministrazioni possono imporre costrittivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Così è sistemata l'esecutorietà".

<sup>38</sup> Così, con specifico riguardo alla disposizione in commento prima che il d.d.l. venisse definitivamente approvato, G. LIGUGNARA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, p. 162.

<sup>39</sup> È appena il caso di rilevare che la stessa dottrina che più attentamente ha ricostruito la vicenda dell'imperatività aveva ben chiaro che l'esecutorietà non accompagna tutti i provvedimenti imperativi: cfr. M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 107.

<sup>40</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, II ed., Bologna 2002, p. 70.

to, come si con-  
con conseg-  
via, tenuto  
zione costi-  
stazioni pe-  
condaria, n-  
integrato, e  
diretti a de-  
assicurare, e  
escludere il

In defio-  
gettamento  
lato, che in  
come i priv.  
tose e, dall'  
aver luogo?

Sotto al-  
subordinan-  
detta princi-  
plicità confè

La quest-  
della dottri-  
recente intr-  
legge n. 241  
paritaria, l'a-  
vo<sup>41</sup>.

Riprendi-  
temi, aver  
ricerca, fine

<sup>41</sup> V. CERU-  
purza, in *Atti  
Giustizia al diritto*

<sup>42</sup> Così, tra  
p. 2501.

<sup>43</sup> In tal sen-  
268, il quale se-  
concordanza con  
un'amministrazione  
del fenomeno:  
trasformazione:  
Sistemi giuridici,  
ponderazione il  
l'atto finale, co-  
procedimento:  
espressione di

o cui il potere  
one legislativa  
che alcune re-

ll'inciso inizia  
ituisce la con-  
re della natura  
riori dubbi in  
proseguo). In  
to fare di più.  
e due ulteriori

lla più accorta  
a del fatto che  
all'imperativi  
ciò è testimo-  
giando all'archi-  
trarsi implicita-  
mente che se  
l'ordine inpar-

e, in ossequio  
in senso stret-

zioni nella legge  
i norme che la  
n dubita dell'op-  
zo di efficacia.  
L'art. IV della  
ento disposizioni  
gite) di quali si  
analoghi si espri-  
mente amministrativa  
sembra idonea a  
apte protesa alla  
nce, F. SARTÀ,  
cola che i pro-  
ci dice che nei  
imporre coatti-  
torietà".

L. vertice defina-  
tiva, Padova,

ricostruito la vi-  
i provvedimenti

75.

to, come riferito ai soli atti, statali e/o regionali, aventi forza e valore di legge, con conseguente esclusione delle disposizioni di rango secondario<sup>6</sup>. Va, tutta-  
via, tenuto conto che la giurisprudenza soale affermare che l'anzidetta disposi-  
zione costituzionale, "contenente una riserva relativa di legge, vieta che le pre-  
stazioni personali o patrimoniali siano imposte direttamente da una fonte se-  
condaria, ma non esclude che il precetto legislativo possa essere da detta fonte  
integrato, essendo anche ammissibile il rinvio a provvedimenti amministrativi  
diretti a determinare elementi o presupposti della prestazione, purché risultino  
assicurate, mediante la previsione di adeguati parametri, le garanzie in grado di  
escludere un uso arbitrario della discrezionalità amministrativa<sup>7</sup>".

In definitiva, l'importanza dell'inciso iniziale consiste nel rimarcare l'aso-  
gettamento del potere di coazione al principio di legalità, il che significa, da un  
lato, che in difetto di espressa previsione legislativa, anche l'amministrazione,  
come i privati, deve rivolgersi al giudice per ottenere l'adempimento delle sue pre-  
tese e, dall'altro, che, ove prevista, l'esecuzione amministrativa deve comunque  
aver luogo secondo le modalità procedurali stabilite dalla legge.

Sotto altro profilo, in verità, l'introduzione di una norma espressa che, pur  
subordinandone l'esercizio all'esistenza di un'esplicita attribuzione legislativa,  
detta principi in materia di potere di coazione può anche essere vista come l'im-  
plicita conferma della persistenza della veste autoritaria della P.A. attuale.

La questione non è di poco conto, se è vero che autorevolissimi esponenti  
della dottrina, probabilmente trasportati dall'entusiasmo derivante dall'allora  
recente introduzione dei nuovi principi dell'agire amministrativo dettati dalla  
legge n. 241/1990, avevano reputato che, andandosi verso un'amministrazione  
paritaria, l'autorità esecutiva dovesse considerarsi ormai un fenomeno necessa-  
rio<sup>8</sup>.

Riprendendo un concetto già svolto, quando, occupandoci *funditus* di questi  
temi, avevamo notato che la dequazione dell'agire autoritativo in favore della  
ricerca, finché possibile, del consenso dei destinatari, non avrebbe giammai eli-

<sup>6</sup> V. CERULLI BUELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/1990 - IV parte*, in *Atti del convegno* cit., n. 2/2005; G. CARUSO, *Società per le regole sull'invalidità formale*, in *Giurisprudenza*, 2005, p. 77.

<sup>7</sup> Così, tra le più recenti, Cass., sez. un., 10 settembre 2004, n. 18262, in *Contr. Stato*, 2004, II, p. 2501.

<sup>8</sup> In tal senso, ad es., F. BENFENITI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996, p. 289, il quale testualmente affermava: "L'esecutorietà degli atti amministrativi deriva ancora dalla concessione autoritaria dell'Amministrazione, mentre oggi, nel momento in cui si sta realizzando un'amministrazione paritaria, il principio appare piuttosto un residuo che un elemento essenziale del fenomeno amministrativo". In termini analoghi, M. NIGRO, *Giurisprudenza amministrativa - trasformazioni dell'amministrazione, riflessioni sulle conseguenze sostanziali di atti procedurali*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, p. 2577, affermava: "L'impulso di una completa ed effettiva ponderazione fa venir meno alla base l'indottrinità dell'azione (della scelta) amministrativa; e se l'atto finale, come è stato detto, non è che il riepilogo di conclusioni già raggiunte nel corso del procedimento (attraverso la ponderazione, gli apporti tecnici, ecc.), la stessa esecutorietà, come espressione di una volontà superiore, può tranquillamente venire accantonata".

minato del tutto la decisione amministrativa unilaterale, come strumento sovente indispensabile di composizione della conflittualità sociale<sup>45</sup>, non possiamo, quindi, che ribadire che l'amministrazione non ha affatto dismesso la propria veste autoritaria, la quale va tutt'al più intesa in una più ampia accezione<sup>46</sup>; ed il legislatore ne è perfettamente consapevole.

### 3. *Esecutorietà ed autotutela*

La disposizione in commento stimola, inoltre, alcuni spunti di riflessione in ordine all'annosa questione della riconducibilità o meno dell'esecuzione amministrativa nel più ampio concetto di autotutela.

Com'è noto, nel fondamentale studio di Benvenuti, l'autotutela viene qualificata come una delle tre manifestazioni della P.A., accanto all'autonomia ed all'autarchia, e sta ad indicare "la capacità di farsi giustizia da sé"<sup>47</sup>. Tale nozione si risolve nella possibilità della P.A. di risolvere i conflitti, attuali o potenziali, con i soggetti interessati dalle sue pretese senza necessità di intervento del giudice e, poiché tali conflitti possono sorgere sia quanto l'amministrazione riconosce l'invalidità del proprio provvedimento disponendone l'eliminazione e prevenendo in tal modo l'insorgenza del contrasto (conflitto potenziale), sia quando l'interessato afferma l'invalidità del provvedimento ovvero si oppone alla sua attuazione (conflitto attuale), Benvenuti riconduce entrambi i fenomeni nell'ambito del generale potere di autotutela, di cui rinviene il fondamento nel potere dell'amministrazione di esercitare (almeno tendenzialmente) la propria competenza "fino alla sua più esatta e completa realizzazione"<sup>48</sup>.

Tale impostazione è stata sottoposta a critiche anche di recente, essendosi osservato che se la ragion d'essere dell'esecutorietà viene individuata nell'esigenza, positivamente valutata, di tutelare adeguatamente l'interesse pubblico e si ricadono definitivamente i collegamenti tra l'esecutorietà e la sovranità e/o la presunzione di legittimità, non v'è più ragione di collegare tale concetto alla più ampia nozione di autotutela<sup>49</sup>. Secondo tale dottrina, del resto, i poteri collegati all'esecutorietà non sono conferiti all'amministrazione affinché renda "giustizia"

<sup>45</sup> F. SALVIA, *op. cit.*, p. 13.

<sup>46</sup> G. CORSO, *Una nuova amministrazione?*, in *Nuove autonomie*, 2003, p. 301 ss.; F. SALVIA, *Attualità del "mito della caverna"*. Postilla a G. Corso: "una nuova amministrazione?", *ibidem*, p. 315 ss.; M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, in F. MANGANARO-A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004, p. 67 ss.; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 834; un'ampia disamina in argomento, da ultimo, in M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano, 2005.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, p. 197.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 539. Id., *Appunti di diritto amministrativo*, V ed., Padova, 1987, p. 145 ss.

<sup>49</sup> G. FALCONE, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. dir. pubbl.*, VI, Torino, 1991, p. 147.

ovvero se  
perseguim  
zia di colu  
tale risulta  
sostituersi  
ad eseguin  
ciò che no  
degli atti d

Il dibat  
mento, co  
contenuta  
di approu  
tutti gli ele  
protetta, n  
violazione  
reazione d  
tendente a

Ebbene  
il legislatore  
accostando  
(art. 21 q  
Capo IV d  
legislativo:

### 4. *Esecuto*

Ad ulte  
zione "priv  
"obblighi"  
pubbliche  
amministra

Una siff.  
essendovi  
l'esecutore  
non provve  
Autorev  
rometà con  
tributo del

<sup>50</sup> G. FALCONE

<sup>51</sup> G. LIOTI

<sup>52</sup> N. PACE

ovvero risolve un preteso "conflitto" con un privato, bensì al fine di garantire il perseguimento dell'interesse pubblico nonostante l'eventuale conflitto o l'inerzia di colui che, con il suo comportamento, dovrebbe realizzare in primo luogo tale risultato, sicché l'esecutorietà non consente affatto all'amministrazione di sostituirsi al giudice per risolvere conflitti, ma soltanto di procedere lecitamente ad eseguire le proprie pretese onde perseguire il risultato di interesse pubblico: ciò che non esclude in alcun modo il sindacato giurisdizionale sulla legittimità degli atti di esecuzione".

Il dibattito non può dirsi chiuso, se è vero che in un recente studio sull'argomento, condotto peraltro tenendo conto della disposizione in commento, già contenuta nel disegno di legge di riforma della legge n. 241/1990 allora in corso di approvazione, sono stati ravvisati nell'attività amministrativa di esecuzione tutti gli elementi propri dell'autotutela: la lesione di un interesse giuridicamente protetto, nella forma dell'inadempimento al disposto del provvedimento o nella violazione del diritto reale o di credito di cui è titolare l'amministrazione, e la reazione diretta di quest'ultima a tale lesione, ove consentita dall'ordinamento, tendente al soddisfacimento dell'interesse pubblico<sup>1</sup>.

E'bbene, pur non prendendo - com'è ovvio - esplicita posizione al riguardo, il legislatore della riforma sembra aver aderito all'impostazione benemerita, accostando la disciplina dell'esecutorietà a quella dei procedimenti di riesame (artt. 21 *quinquies* e 21 *novies*), che risulta anch'essa collocata nell'ambito del Capo IV *bis* della novellata legge n. 241/1990 ed assistita da quel fondamento legislativo sinora mancante<sup>2</sup>.

#### 4. *Esecutorietà e pretese amministrative non provvedimentali*

Ad ulteriori riflessioni induce l'utilizzo, da parte del legislatore, della locuzione "provvedimento costitutivo di obblighi", che potrebbe far pensare che gli "obblighi" il cui adempimento può adesso essere imposto coattivamente dalle pubbliche amministrazioni siano soltanto quelli discendenti da provvedimenti amministrativi.

Una siffatta interpretazione restrittiva è, a nostro avviso, da disattendere, non essendovi alcuna valida ragione per escludere dall'ambito del fenomeno dell'esecutorietà (*tecnicamente*: dell'esecuzione amministrativa) le pretese amministrative non provvedimentali.

Autorevole dottrina, nel registrare "il passaggio dalla concezione della esecutorietà come attributo del provvedimento, alla teoria della esecutorietà come attributo delle pretese della amministrazione", ha chiaramente affermato che

<sup>1</sup> G. FALCONE, *ibidem*.

<sup>2</sup> G. LICIGRANA, *op. cit.*, pp. 162-163.

<sup>3</sup> N. PACIANTONE, *ibidem*.

umento sovve-  
non possiamo,  
esso la propria  
zione", ed il

i riflessione in  
azione ammi-

viene qualifi-  
onomia ed al-  
Tale nozione  
i o potenziali,  
vento del gu-  
zione ricono-  
azione è pre-  
alei, sia quan-  
pone alla sua  
mer nell'amo-  
to nel potere  
opria compe-

essendosi os-  
nell'esigenza,  
dico e si reci-  
to c'è la pre-  
retto alla più  
oteri collegati  
da "giustizia"

1 ss.; F. SATTI,  
nte", *ibidem*, p.  
INO TASSONE lo  
to la sentenza n.  
a in argomento,  
*amministrativa*,

p. 145 ss.  
pubbl. VI, Tr.

"l'esecutorietà deve concepirsi oggi, secondo la dottrina più accreditata, come un regime di particolare privilegio che - ove sia previsto, almeno implicitamente, dalla legge - assiste le pretese della P.A., derivanti da provvedimento, o da qualunque altro atto o fatto giuridico"<sup>16</sup>.

Significativamente, d'altronde, uno dei più rappresentativi lavori monografici in argomento reca il titolo "*L'esecuzione delle pretese amministrative*"<sup>17</sup>, evidentemente al fine di ricomprendere all'interno del fenomeno dell'esecutorietà anche le pretese della P.A. non derivanti da un provvedimento, bensì da altri atti e/o fatti, come ad es. la legge o il contratto. Ciò che, del resto, è detto dall'Autore in modo esplicito in un successivo lavoro, nel quale si segnala come all'esecuzione amministrativa si ricorra sovente in un settore nel cui ambito l'amministrazione pubblica assume posizione paritaria<sup>18</sup>, qual è quello dei rapporti contrattuali d'appalto: in queste ipotesi, al posto di un provvedimento esecutorio c'è dunque un rapporto di obbligazione "e non ha rilievo che tale rapporto tragga origine da un contratto piuttosto che da un provvedimento amministrativo o da una legge, perché agli effetti del *procedimento esecutivo* in questione non si ha riguardo all'atto o al fatto fonte dell'obbligazione ma all'*obbligazione* in se stessa"<sup>19</sup>.

È, d'altronde, evidente che, se si aderisce all'impostazione dottrinale secondo la quale l'autorità degli atti dei pubblici poteri non trova collocazione nell'ambito dell'efficacia degli atti stessi, quanto in quello della loro rilevanza, consistente nella loro provenienza da un soggetto pubblico (ossia, per dirla in altri termini, nel fatto stesso che gli atti esistano e siano qualificabili come tali indipendentemente dalla loro conformità alla norma)<sup>20</sup>, oltre all'imperatività, anche l'esecuto-

<sup>16</sup> G. BALON, *op. cit.*, p. 141, il quale ricorda che G. CORSO, *op. cit.*, p. 437, giustamente nota che "come vi sono provvedimenti senza esecutorietà (...) così vi è esecutorietà senza provvedimenti".

<sup>17</sup> Si allude già citato libro di G. SACCHI MORNANI, *sub nota* 26.

<sup>18</sup> È noto, peraltro, che certa giurisprudenza ritiene che talvolta anche dopo il perfezionamento del vincolo contrattuale l'amministrazione possa far uso di poteri autoritativi (cfr., ad es., con riguardo all'adozione di atti che, in definitiva, incidono sull'aggiudicazione dell'appalto, ancorché successivi alla medesima, Cons. Stato, IV, 25 settembre 2002, n. 4825, in *Giurisprudenza*, 2002, p. 9), con commento di G. CASUSO, *Ritorno lo sportacque giurisdizionale tra diritti soggettivi e interessi legittimi*, V, 9 novembre 2001, n. 3771, in *Foro amm.*, 2001, p. 2832. Tra Luzzo, sez. I ter, 25 luglio 2001, n. 6804, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, p. 2727. In argomento v. anche F. ANTONI, *La "teorizzazione" del contratto di appalto di opere pubbliche*, Milano, 1993, p. 142 ss., secondo cui la rescissione ex art. 340, legge n. 2246/1963, all. F è un atto negoziale di diritto privato assoggettato alla disciplina generale del codice civile, ma è preceduto da una sequenza di atti a tutti gli effetti amministrativi, per i quali non possono che valere le norme che disciplinano l'azione della P.A. (cfr. p. 156). Il primo tentativo di ricostruzione generale degli istituti derogativi alla disciplina privatistica che attengono all'attuazione del rapporto cittadino/P.A. si deve - come è noto - a S. RAIMONDI, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della P.A.*, Milano, 1970.

<sup>19</sup> G. SACCHI MORNANI, *op. cit.*, p. 16.

<sup>20</sup> V. le tesi di A. ROMANO TAMBUR, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1951, p. 51 ss. e in *Scritti per M. Nigro*, Milano, 1992, p. 363 ss., secondo cui questa impostazione consente, da un lato, di affermare la reale indipendenza della forza imperativa dell'atto dalla sua

rietà risulterà parte dell'...

Né, a giudizio, la pretesa e l'esecuzione dell'obbligo, o proceda al perché in attivo, secondo quanto costui soltanto se nel terminare perzione con pretesa, de rimasto in legge o da

La circostanza, a nostro avviso, consente l'esecuzione nato in mo

Stando l'ammissibilità sciata in ad

Su tale base, che si è della consi

validità (il cui indice esistente) e quindi prima di noi del potere preteso declina

"E. Anziani"

Così, Stato, I

"Coal B"

"Per quanto riguarda l'ente"

"Un'eccezione, IV"

mentre al p. sospendere l'atto nella stessa con un arco



rietà risulta giustificata quale intensificazione della produzione dell'effetto da parte dell'atto".

Né, a giustificazione del lessico normativo, può addursi che anche nei casi in cui la pretesa amministrativa sorge direttamente dalla legge, tra la pretesa stessa e l'esecuzione si frappone un atto amministrativo che accerta l'inosservanza dell'obbligo, elevando il conflitto, ordina di osservarlo e dispone che, in difetto, si proceda ad esecuzione forzata". A parte il fatto che ciò non sempre avviene, perché in molti casi manca qualsivoglia intermediazione di un atto amministrativo, secondo la configurazione della disposizione in commento il "provvedimento costitutivo di obblighi" è ben tenuto distinto dalla "diffida", alla quale soltanto sembra rimesso il compito di accertare l'inadempimento dell'obbligo nel termine all'uopo assegnato dal provvedimento costitutivo medesimo ed intimare per l'ultima volta al soggetto obbligato di adempiere onde evitare l'esecuzione coattiva; parlare di esecutorietà e/o di esecuzione dell'atto, anziché della pretesa, della P.A. è, pertanto, comunque riduttivo, nella misura in cui l'obbligo rimasto inadempito può essere costituito sia da un provvedimento che da una legge o da un contratto.

La circostanza che queste ultime ipotesi non siano state – improvvidamente, ma, a nostro avviso, anche inconsapevolmente – contemplate dalla novella<sup>40</sup> non consente, comunque, di operare ingiustificate differenziazioni di un fenomeno – l'esecuzione amministrativa – che, per le suesposte ragioni, deve essere disciplinato in modo unitario.

Stando così le cose, non è quindi un fuor d'opera nemmeno interrogarsi sull'ammissibilità di un'esecuzione coattiva in via amministrativa di un accordo, lasciato inadempito dal privato.

Su tale vicenda, invece trascurata dalla stragrande maggioranza della dottrina, che si è preoccupata soprattutto dell'ipotesi dell'inadempimento della P.A. e della conseguente tutela del privato<sup>41</sup>, si è soffermato un recente contributo, ri-

validità ed contenuto effettuale del provvedimento sarebbe, infatti, collegabile solo alla sua giuridica esistenza), in linea con il già es. intento della precedente dottrina (A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, II, pp. 388-399), e, dall'altro, di "giustificare, su un piano di necessità oggettiva, il riconoscimento dell'immediata ed incondizionata forza degli atti del potere pubblico, non più legata ad un fondamento normativo la cui supremazia appare del resto declinante negli ordinamenti contemporanei" (ibid., p. 39).

<sup>40</sup> F. ANZILLO, *Alcune puntualizzazioni sulla operatività del provvedimento amministrativo*, in *Com. Stato*, 1991, II, p. 2167.

<sup>41</sup> Così D. G. MATTARELLA, *op. cit.*, pp. 963-964.

<sup>42</sup> Per quanto concerne gli obblighi aventi origine contrattuale, l'unificazione del legislatore è segnalata criticamente da N. PAOLANTONIO, *ibidem*, e G. CARUSO, *ibidem*.

<sup>43</sup> Un'eccezione è rappresentata da T. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Fuc. dir.*, Aggiornamento, (V), Milano, 2001, p. 23, il quale sembra ammettere tale possibilità con particolare riferimento al potere di risoluzione unilaterale per grave inadempimento del privato ed al potere di sospendere l'esecuzione dell'accordo. Anche F. BENVENUTI, *Dirig. cit.*, p. 287, sembrava orientato nello stesso senso quando affermava che "nei casi in cui l'esercizio della funzione si conclude con un accordo, si verifica qualche cosa di simile alla vicenda contrattuale", ossia una situazione,

editata, come  
capitolo iramen-  
limento, o da

di monografici  
ve"<sup>44</sup>, eviden-  
riorietà an-  
si da altri atti  
tto dall'Autò-  
me all'esecu-  
l'amministra-  
porti contrar-  
secutorio c'è  
apporto tragga  
istrativo o da  
ne non si ha  
ve in se stes-

nale secondo  
ne nell'ambì-  
a, consistente  
altri termini,  
ndipendente-  
che l'esecuro-

giustamente no-  
à senza prove

perfezionarsi  
cfr., ad es., con  
punto, ancorché  
diritto, 2002, p.  
oggettiva e tale  
io, sez. I, n. 25  
F. ANZILLO, La  
secondo cui la  
ato assoggetta-  
i tutti gli effetti  
zione della P.A.  
i disciplina pri-  
vato - a N. PA-  
L.

, in *Dir. e For.*,  
a impostazione  
l'atto dalla sua

tenerlo ammissibile, stante l'eccezionalità dei poteri amministrativi delegatori del regime civilistico, la sola autotutela convenzionale, ossia fondata sull'esplicito consenso delle parti (ipotesi che, tuttavia, la stessa dottrina giustamente ritiene esulare dall'orbita del potere unilaterale), e l'esecuzione coattiva degli accordi integrativi, nei quali esiste un provvedimento finale, ancorché avente contenuto codeterminato<sup>62</sup>.

Su tali conclusioni ci sembra si possa nel complesso convenire, tenuto conto, da un lato, che l'"ambientazione tipicamente pubblicistica" degli accordi ex art. 11, che si collocano in un contesto nel quale l'amministrazione esercita comunque potere<sup>63</sup>, non è di per sé sufficiente per ritenere ammissibile, in virtù della disposizione in commento, che non ne parla affatto, l'esecuzione coattiva degli accordi sostitutivi, nei quali non v'è traccia di provvedimento; dall'altro, che, alludendo di contro la medesima disposizione a qualsivoglia "provvedimento costitutivo di obblighi", non v'è ragione per escludere che – in presenza, ovviamente, di apposita previsione legislativa – possa essere coattivamente imposto l'adempimento di un obbligo nascente da un accordo integrativo.

### 5. Spunti sulla natura – discrezionale o meno – dell'esecuzione coattiva

La disposizione in commento faculta, ma non obbliga ("possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti"<sup>64</sup>; "possono provvedere all'esecuzione coattiva"), le amministrazioni pubbliche a far uso del potere di coazione, con ciò apparentemente confermando la natura discrezionale (almeno nell'atto) dell'esecuzione amministrativa<sup>65</sup>.

A tal proposito, val la pena rammentare che la dottrina meno recente aveva

di tipo negoziale, "di accettazione da parte del cittadino della sistemazione delle proprie posizioni giuridiche nei confronti della Amministrazione. In questi casi – l'esecuzione dell'autotutela avviene su una base corrispondente a quella della previa accettazione nell'ambito di un rapporto di diritto privato": in sostanza, secondo l'A., il potere di coazione deriverebbe in tal caso da una sorta di implicito consenso che il privato manifesterebbe attraverso l'accettazione della sistemazione degli interessi risultante dall'accordo.

<sup>62</sup> G. LIGUGNANA, *op. cit.*, p. 193 ss., la quale peraltro puntualizza che, nell'ipotesi di accordo integrativo, l'esecuzione coattiva deve comunque sottostare al principio della specialità del potere, in virtù del quale "se per quel tipo di provvedimento la legge prevede l'esecutorietà, allora l'amministrazione potrà dare coattivamente esecuzione alla propria pretesa che, oltretutto, nel caso di specie risulta in qualche modo 'rafforzata' dal previo consenso del privato" (ivi, p. 195).

<sup>63</sup> Cf. GRIBO, *Attività e contratti della P.A. tra soggettiva interpretazione e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 414 e 429, *suppl.*, F. CANTONE, *Potere discrezionale e temporealis contentio*, Milano, 2004.

<sup>64</sup> Rilevi critici nei confronti della locuzione "nei loro confronti" vengono mossi da V. CIRIELLI, *ibidem*, il quale osserva che "si tratta in molti casi di attività imposte nell'interesse generale a contenuto non patrimoniale delle quali è difficile predicare un destinatario".

<sup>65</sup> V. CIRIELLI, *ibidem*, per cui la conclusione che, nel caso in cui il provvedimento diviene efficace ma costitutivo di obblighi in capo a terzi, "sarà responsabilità dell'Amministrazione agente del dare se attivare il procedimento esecutivo ove questo sia previsto".

sostenuto quanto la l

Dello si levato che alizzare l'u comportar procedere

Più di i avevano pi to ai singo maque, e quolla giaz esecuzione

Dovent far uso del dalla legge zione, resti derza ha s st possa av

<sup>66</sup> Cass. F.

<sup>67</sup> M.S. G. rito amministrativo, le nati e P.A. i solo quando l'azione degli in e nel cap. 11), l'azione, 257-271. Sex Petre non ag teressi di coll- procedimeni pubbl all'Amministr l'altro, P. Bià *diventi de da*

<sup>68</sup> M.S. G. dissensu del nale anche rig *diritti civili*, u in di stanzie argomento, R ROMANO, *Fa*

<sup>69</sup> G. SAI

<sup>70</sup> G. SAI

<sup>71</sup> App. B

sostenuto che, in linea generale, il potere di coazione fosse discrezionale, in quanto la P.A. poteva anche ritenere di non procedere esecutivamente<sup>66</sup>.

Dello stesso avviso si erano mostrati gli autori meno risalenti, che avevano rilevato che "se sotto l'aspetto funzionale i procedimenti esecutivi sono volti a realizzare l'interesse pubblico definito dal provvedimento da eseguire, tuttavia essi comportano, almeno di principio, una propria valutazione dell'opportunità di procedere all'esecuzione"<sup>67</sup>.

Più di recente, taluni avevano confermato la tesi della discrezionalità<sup>68</sup>, altri avevano precisato come il problema dovesse essere approfondito con riferimento ai singoli settori di materia ed ai diversi procedimenti esecutivi<sup>69</sup> e che, comunque, esso si è posto sia sotto il profilo della scelta tra la via amministrativa e quella giudiziaria, sia, più spesso, sotto l'aspetto di una scelta tra i vari mezzi di esecuzione<sup>70</sup>.

Dovendosi ormai escludere, in presenza di una disposizione che consente di far uso del potere di coazione (soltanto) "In tali casi e con le modalità stabilite dalla legge", qualsivoglia discrezionalità amministrativa sul *quando* dell'esecuzione, resta da riferire che, con riguardo alla discrezionalità sull'*us*, la giurisprudenza ha spesso ammesso che l'amministrazione, anziché agire esecutivamente, si possa rivolgere al giudice per ottenere una sentenza ed agire in base a quella<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Così F. CASARETO, *L'esecuzione*, cit., p. 26.

<sup>67</sup> M.S. GRANINI, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1955, II, p. 1322; Id., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 422; contra, T. MAUNZ, *Hauptprobleme des öffentlichen Verwaltungsrechts*, München-Berlin, 1953; L. MONTESANO, *La condanna nel processo civile anche nei privati e P.A.*, Napoli, 1957, pp. 217-218. Nel senso che il potere esecutivo sarebbe irrinunciabile solo quando la situazione soggettiva che s'intende realizzare non consente altro mezzo di difesa che l'azione degli organi amministrativi, M. ANNUNZIATA, *Natura e limiti dell'autotutela amministrativa e suoi rapporti con la giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Form. sup.*, 1965, III, p. 377; Id., *Le azioni possessorie e quasi possessorie tra gli enti pubblici*, in *Rev. giur. ital.*, 1967, II, pp. 257-270. Secondo S. CASSISA, *op. cit.*, p. 333, "nei casi nei quali tale mezzo è concesso dalle leggi, l'ente non agisce per la cura di interessi attinenti alla propria organizzazione ma per la cura di interessi di collettività. Vale per l'ente, quindi, il principio di necessaria difesa, per cui l'iniziativa del procedimento di tutela è doverosa". Infine, nel senso di "una perfetta sostituibilità fra procedimenti pubblicistici e privatistici per il perseguimento delle finalità pubbliche assegnate dalla legge all'Amministrazione" e, quindi, dell'ammissione di "una sorta di fungibilità fra i due, allorché l'esperienza del mezzo di diritto privato si ritenga tale da imporre pari o maggiore utilità del P.A., P. BIANCHI, *Tutela dei beni demaniali e sostituibilità di procedimenti amministrativi con provvedimenti di diritto privato*, in *Form. sup.*, 1971, II, p. 901 ss., spec. p. 943.

<sup>68</sup> M.S. GRANINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, 1988, II, pp. 1265 ss., il quale tuttavia dissente dall'opinione secondo la quale la prestazione della forza pubblica sarebbe atto discrezionale anche riguardo all'esecuzione delle sentenze (in tal senso A.M. SANDOZZI, *Note sulla natura dei divieti civili*, in *Form. it.*, 1952, I, pp. 1544 ss.), facendo presente la necessità di distinguere tra funzioni di attuazione di provvedimenti giudiziari e funzioni di esecuzione di pretese amministrative (su argomento, R. COITISE, *Forza pubblica*, in *Dire. dir.*, XVII, Milano, 1969, pp. 15 ss., spec. 19; G. ROMANO, *Forza pubblica*, in *Dir. dir. pubbl.*, VII, Torino, 1971, p. 25 ss., spec. p. 29).

<sup>69</sup> G. SACCHETTI MORSIANI, *L'esecuzione*, cit., p. 24, nota 25.

<sup>70</sup> G. SACCHETTI MORSIANI, *Forazione amministrativa*, cit., p. 15 ss.

<sup>71</sup> App. Milano, 14 gennaio 1958, in *Giur. it.*, 1958, I, p. 342; Cass., sez. un., 18 settembre

Altrettanto frequentemente si è affermata l'esigenza di una congrua valutazione delle ragioni di pubblico interesse ai fini dell'adozione di provvedimenti di esecuzione reale<sup>72</sup>.

Ma l'impossibilità di approdare ad una soluzione generalmente valida per tutti i procedimenti esecutivi è dimostrata dai contrasti sorti in ordine alla potestà di vigilanza repressiva dei comuni in materia edilizia, ritenuta da taluni discrezionale e da altri doverosa<sup>73</sup>.

Andando ai giorni nostri, è stato sostenuto che, con generale riguardo al problema dell'alternatività tra strumenti di diritto pubblico e di diritto comune, consistente nello stabilire se, pur previsto in capo all'amministrazione il potere amministrativo, per perseguire l'interesse pubblico si possa cionondimeno preferire la via negoziale, "si debba ormai seguire un'interpretazione del diritto positivo più elastica rispetto a quella del passato, la quale in definitiva trovava il suo più forte ancoraggio (ancora una volta, di tipo ideologico) proprio nel ricordato principio, ormai pacificamente superato, che nei rapporti con la P.A. il diritto pubblico è la regola, e quindi le eccezioni sono quelle che sono e devono essere intese con stretta interpretazione"<sup>74</sup>.

Con specifico riguardo ai poteri di polizia demaniale ex art. 823, comma 2, c.c., è stato, però, recentemente sostenuto che occorre revocare in dubbio la regola dell'alternatività, ai fini della protezione dei beni, fra l'esperimento delle azioni ordinarie a difesa della proprietà e del possesso e l'esercizio dei poteri amministrativi di tutela esecutiva; regola che, essendo stata affermata dalla giurisprudenza<sup>75</sup> sul presupposto che la legittimazione all'azione giudiziaria e la titolarità del potere amministrativo di coazione fossero concentrate in capo alla

1970, n. 1580, in *Giust. civ. mass.*, 1970, p. 862; 29 ottobre 1974, n. 3246, in *Foro it.*, 1975, I, c. 344; 11 dicembre 1979, n. 6442, in *Giust. civ. mass.*, 1979, p. 2848; Cons. Stato, IV, 10 febbraio 1972, n. 363, in *Rep. giur. it.*, voce *Impiego pubblico*, p. 362; 20 aprile 1988, n. 337, in *Foro it.*, 1989, III, c. 398; Tar Veneto, II, 10 marzo 1988, n. 220, *ibidem*, c. 184, che ha ritenuto non sussistere l'obbligo dell'amministrazione "di fare ricorso, per ripetere le somme non dovute, esclusivamente ai poteri autocitativi di cui dispone"; Tar Lazio, II, 13 giugno 1989, n. 825, in *Giust. civ.* 1989, I, p. 2803, che ha ritenuto legittimo un provvedimento di sfratto in sede amministrativa nei confronti dell'occupante un bene demaniale in base a concessione scaduta, di cui l'amministrazione intendeva recuperare il possesso.

<sup>72</sup> Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 28 agosto 1970, n. 48, in *Cons. Stato*, 1970, I, p. 1391; Cons. Stato, V, 21 gennaio 1969, n. 30, 21 giugno 1966 n. 926 e 31 maggio 1965, n. 54, in *Foro amm.*, 1969, I, 2, p. 40; in *Cons. Stato*, 1966, I, p. 1250 e 1963, I, p. 769.

<sup>73</sup> Per le opposte tesi, cfr. F. BENVENUTI, *Violazione delle norme edilizie e poteri in materia del Sindaco*, in *Riv. amm.*, 1958, p. 1 ss.; A.M. SANDULLI, *Sui mezzi di tutela giurisdizionale del terzo danneggiato da una licenza edilizia illegittima*, in *Atti del II Convegno di diritto amministrativo di Saureno* (dicembre 1956), Roma, 1957, p. 222 ss.

<sup>74</sup> V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune. principi e problemi*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, Padova, 1998, I, pp. 572-573.

<sup>75</sup> Tra le più recenti, Cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6852, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2(0), p. 1526; Cons. Stato, IV, 17 febbraio 2004, n. 628, in *www.giustamm.it*, n. 2/2004, con nota di N. PAOLANTONIO, *L'autotutela amministrativa è sempre alternativa*.

P.A., non  
destinazione  
all'azione  
sterrati".

Un'ultra-  
pecuniare e  
comunque  
pio di econ-  
gnamente  
in luogo d  
amministra-  
nei soli cas  
resa ammin

Negli u  
presenza d  
a mezzo re  
quale l'azi  
linea si mu-  
tema di oc-  
avere solo  
convenzion  
dipendenti  
propri inte-  
rapporti gi-

Sembra  
tenuta dov-

Di cont  
l'ipotesi in  
confronti c  
una supren  
si trovano i

<sup>76</sup> M. RENO  
109-309.

<sup>77</sup> Per un'ul-  
sul col. *diritto  
libertà e rigo-  
507*

<sup>78</sup> Tar Lec-

<sup>79</sup> Cons. S-

<sup>80</sup> Così, da

P.A., non andrebbe più bene a seguito delle privatizzazioni formali dei beni a destinazione pubblica, le quali implicano il trasferimento della legittimazione all'azione giudiziaria in capo ai nuovi proprietari e gestori privati dei beni trasferiti<sup>17</sup>.

Tralasciando quest'ultima argomentazione, che si attaglia esclusivamente al peculiare caso della tutela amministrativa dei beni a destinazione pubblica, va comunque tenuto presente che, dovendo imprimere la propria azione al principio di economicità (art. 1, comma 1, legge n. 241/1990), la P.A. dovrebbe congruamente giustificare l'aggravamento derivante dal ricorso alla via giudiziaria in luogo della più celere e meno dispendiosa (sotto tutti i profili) esecuzione amministrativa: aggravamento che verosimilmente potrebbe ritenersi opportuno nei soli casi di effettiva incertezza in ordine alla fondatezza sostanziale della pretesa amministrativa rimasta inadempiuta.

Negli ultimi tempi, peraltro, è stato affermato in giurisprudenza che, "[i]n presenza di un potere pubblicistico attribuito alla P.A. (nella specie, riscossione a mezzo ruolo di crediti), la stessa non può far ricorso a strumenti privatistici quale l'azione di accertamento davanti al giudice amministrativo"<sup>18</sup>. Nella stessa linea si muove una recente decisione del Consiglio di Stato, secondo cui "[i]n tema di contenzioso nei rapporti di pubblico impiego l'Amministrazione può avere solo il ruolo di resistente e non può agire né in via principale né in via riconvenzionale per l'accertamento di propri diritti nei confronti dei suoi pubblici dipendenti, essendo all'uopo preordinati i poteri autoritativi di realizzazione dei propri interessi sia in via provvedimentale sia in via di autotutela, in presenza di rapporti già costituiti"<sup>19</sup>.

Sembra, dunque, che in tali ipotesi l'esecuzione in via amministrativa sia ritenuta doverosa.

Di contro, dovrebbe continuare ad essere necessario rivolgersi al giudice nell'ipotesi in cui il "soggetto obbligato" sia altra amministrazione pubblica, nei confronti della quale non può essere esercitata l'autotutela, che è espressione di una supremazia che non può giammai configurarsi nei confronti di soggetti che si trovano nella medesima condizione giuridica<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Id. BENE, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2001, pp. 408-409.

<sup>18</sup> Per maggiori approfondimenti al riguardo, sia consentito rinviare a E. SARTO, *Integrità nel tal. diritto di soggetto privato, il difficile obiettivo di un'azione amministrativa "economica" tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'intervento*, in *Dir. Proc.*, 2001, p. 491 ss., spec. pp. 503-507.

<sup>19</sup> Tar Lecce, 18 maggio 2003, n. 2984, in *Dir. amm. reg.*, 2003, I, p. 1035.

<sup>20</sup> Cons. Stato, VI, 10 gennaio 2005, n. 8, in *Cons. Stato*, 2005, I, p. 6.

<sup>21</sup> Così, da ultimo, Cass., sez. III, 1 febbraio 2005, n. 1864, in *Cons. Stato*, 2005, II, p. 259.

## 6. La regola del contraddittorio in fase esecutiva

Per quanto attiene allo svolgimento dei procedimenti esecutivi, la disposizione in commento si limita a porre la regola generale della "privata diffida", rimettendo per il resto alle singole previsioni legislative la disciplina delle ulteriori modalità procedimentali: da questo punto di vista, l'intervento del riformatore è sicuramente deludente, essendo stata sprecata una ghiotta occasione per introdurre un articolato *corpus* normativo applicabile a tutti i procedimenti esecutivi.

Nel passato, anche recente, la dottrina si era a lungo diffusa sulla necessità di proceduralizzare l'attività amministrativa di esecuzione, muovendo dal presupposto che, dovendosi il provvedimento esecutivo considerare la sintesi migliore degli interessi in gioco, la più adeguata combinazione del rapporto tra cittadino e pubblico potere<sup>31</sup>, l'esecuzione assume un profilo di secondarietà e di eventualità rispetto al potere primario che va ormai sempre più accentuandosi con lo scemare dell'agire autoritativo dell'amministrazione e con il parallelo accentuarsi del rapporto di collaborazione tra questa ed i singoli cittadini<sup>32</sup>. In sostanza, l'idea di fondo è che, fallito il tentativo di trovare una soluzione ottimale sul terreno del procedimento decisionale primario, cittadino e P.A. debbano tentare di cooperare anche nella fase dell'esecuzione, per far sì che la decisione unilateralmente assunta si inserisca in maniera quanto più possibile indolore nella sistemazione degli interessi in atto vigenti<sup>33</sup>. Del resto, se il provvedimento esecutivo non è stato spontaneamente eseguito e l'amministrazione ha formalmente "sollevato" il conflitto, nulla esclude che, "determinandosi il dovere di eseguire, è il privato destinatario a diventare l'artefice principale dell'esecuzione"<sup>34</sup>. Accade, infatti, che, almeno in molti procedimenti, "l'attività esecutiva pone il privato su un piano di collaborazione con l'amministrazione"<sup>35</sup> che il concetto di "supremazia" può solo in parte spiegare, essendo stato notato come "anche nell'ambito dell'amministrazione autoritativa, le posizioni giuridiche delle figure soggettive di amministrazione attiva e quelle dei privati, eventualmente interessati dallo svolgimento dell'attività, tendano a fronteggiarsi, contrapponendosi o solo confrontandosi, su basi paritarie e che, in questo quadro, la manifestazione del potere tenda, nel rispetto di tale equiordinazione, a diventare trasparente al fine del suo controllo *in itinere* da parte del privato interessato, verificabile e rettificabile nel corso stesso del suo svolgimento"<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> M.S. GIOVINNI, *loc. cit.*, p. 148; G. BERTI, *op. cit.*, p. 343. Jaddove si sottolinea il fondo meno bilaterale della stessa imperatività.

<sup>32</sup> F. SATTI, *Contributo*, *cit.*, p. 147.

<sup>33</sup> F. SATTI, *op. cit.*, p. 149.

<sup>34</sup> G. BERTI, *op. cit.*, pp. 473-476, il quale nota che: "l'esecutorietà non è in fondo altro che un potere su oggetto dell'amministrazione, così come è l'esecuzione forzata rispetto all'adempimento dell'obbligazione civile".

<sup>35</sup> G. BERTI, *op. cit.*, p. 471.

<sup>36</sup> G. DI GIAMALÀ, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1993, p. 422.

Precisa collaborati ma di procedimenti in attesa che... tere di eseg... ai proc... l'esecuzione limitabile senza la de... che anche... vasse pur... previsione... zione contr... rinvenir...

Ancorè... sia quella... dimento... ne", il pro... sia a conse... situazione... cettizzare s... possibili so... all'adozion...

Per avei... dell'esecuz... te dagli al... legge gene... nato in var...

<sup>37</sup> Cost. V, 1986, pp. 413.

<sup>38</sup> F. SATTI.

<sup>39</sup> N. MAN... spe p. 764 v.

<sup>40</sup> Rileva il "negli ordinat... rogatorio alla... proprie del pr...

<sup>41</sup> F. SATTI, 182, al proced... dare un cert... go in parte d... che la scuzi... in cui ha ordi... finalizzati al...

Precisato, quindi, che anche il fenomeno dell'esecuzione postula un rapporto collaborativo tra amministrazione e cittadini, era stato precisato che un problema di procedimentalizzazione si poneva anche per l'esecuzione di quei provvedimenti in cui l'esecutorietà fa parte della stessa esecutività giuridica dell'atto<sup>10</sup>, atteso che anche quei procedimenti esecutivi nei quali appare evidente che il potere di eseguire coattivamente è insito nella stessa pretesa originaria (si pensi, ad es., ai procedimenti ablatori reali) richiedono un'arteriata disciplina, ancorché l'esecuzione non sia, come negli altri procedimenti, eventuale, ma viceversa ineliminabile (come, restando all'esempio fatto, non è pensabile l'espropriazione senza la definitiva occupazione materiale della res<sup>11</sup>). Non è casuale, d'altronde, che anche chi propendeva per l'esistenza di un generale potere di coazione, rilevasse pur nondimeno che la democraticità di un ordinamento si manifesta con la previsione di "limitazioni, generali o particolari, relative alle modalità dell'esecuzione coattiva", evidenziando come limiti all'esecutorietà passato, in particolare, rinverisci nella previsione di determinate garanzie per i destinatari<sup>12</sup>.

Ancorché, com'è evidente, la principale funzione del procedimento esecutivo sia quella di garantire il privato esecutando, adeguando l'articolazione procedimentale, innanzitutto, ad una funzione surrogatoria del processo di esecuzione<sup>13</sup>, il procedimento stesso serve anche a garantire un'adeguata istruttoria, ossia a consentire all'amministrazione di acquisire una completa conoscenza della situazione sulla quale sta per incidere coattivamente, ergo a qualificare e concretizzare situazioni di fatto in certa misura indeterminate, a prospettare tutte le possibili soluzioni, a rappresentare mutamenti di fatto e di diritto sopravvenuti all'adozione dell'atto esecutorio<sup>14</sup>.

Per avere conferma dell'importanza di un'integrale procedimentalizzazione dell'esecuzione è, del resto, sufficiente volgere lo sguardo alle soluzioni adottate dagli altri Paesi, che, seppure con tecniche diverse — chi optando per una legge generale, chi per una disciplina di specie —, hanno in gran parte disciplinato in vario modo l'esecuzione amministrativa: l'esempio più evidente di legge

<sup>10</sup> Così V. CERULLI BELLU, *Problemi problematici dell'automatismo esecutivo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, pp. 413-414.

<sup>11</sup> E. SARTI, *op. cit.*, p. 150.

<sup>12</sup> N. MANFISCÒ, *Saggio sull'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Rev. amm.*, 1968, p. 157 ss., spec. p. 164, e 1969, p. 1 ss., spec. p. 3.

<sup>13</sup> Rileva in proposito S. CASSATA, *L'esecuzione forzata*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 183, che "negli ordinamenti moderni, pur attenendosi, in casi particolari, un potere amministrativo surrogatorio alla funzione giurisdizionale, esso, a tutela del privato, è circondato dalle stesse garanzie proprie del processo".

<sup>14</sup> E. SARTI, *op. cit.*, p. 151. Secondo l'interpretazione di S. Cassata, *op. cit.*, pp. 181-182, il procedimento di accertamento esecutivo "ha una duplice funzione: da un lato, deve produrre una certezza sulla differenza tra stato di fatto e di diritto, verificando l'osservanza dell'obbligo da parte del privato, e, dall'altro, prepara all'esecuzione": funzioni istruttorie, di accertamento "che la situazione di fatto reale (alla scadenza del termine) è simile a quella iniziale (al momento in cui ha decorato la radice in pristino)", ha anche il secondo procedimento più direttamente finalizzato all'esecuzione.

generale organica è dato dalla *Verwaltungsunterschiedungsgesetz* adottata, il 27 aprile 1953, dalla Repubblica federale Tedesca, che regola, tra l'altro, l'impiego dei singoli mezzi esecutivi, prevedendo tutta una serie di garanzie a favore degli amministrati e, soprattutto, l'obbligo per l'amministrazione di indicare in modo specifico nell'intimazione il mezzo di esecuzione del quale intendi avvalersi<sup>70</sup>.

Stando così le cose, è evidente che, astenendosi dal disciplinare a tutto tondo i procedimenti esecutivi, anche soltanto per classificarli in relazione alle varie tipologie di prestazioni oggetto di pretesa amministrativa e per prevedere le correlate forme di esecuzione coattiva<sup>71</sup>, il legislatore della riforma ha profondamente deluso le aspettative<sup>72</sup>.

Ciò che lascia, tra l'altro, insoluto il problema dei limiti del potere di coazione, che dev'essere ancora una volta risolto avendo riguardo, in primo luogo, ai limiti costituzionali alla coazione fisica, la cui generalizzata ammissione si porrebbe in aperto contrasto con i principi costituzionali in materia di diritti fondamentali<sup>73</sup>. Già da tempo, del resto, è stato affermato che le norme che ammettono la coazione fisica *in personam* devono considerarsi di stretta interpretazione<sup>74</sup> e che, in forza del principio "*nonus precise ad factum cogi potest*", la coazione non può andare "oltre quel tanto che può condurre alla realizzazione del risultato indipendentemente da qualsiasi partecipazione della volontà dell'obbligato"<sup>75</sup>. Se, dunque, anche in un ordinamento che ammetteva ancora in via di principio l'autotutela esecutiva come facoltà generale della P.A., l'uso della forza direttamente sulla persona veniva considerato un fatto eccezionale, una sorta di *extrema ratio* alla quale ricorrere solo in mancanza di alternative, a fortiori oggi che il potere di coazione è stato riportato anche dal legislatore nell'alveo dei principi di legalità e ripercipià, la coazione *in personam* deve limitarsi il più

<sup>70</sup> Per ulteriori indicazioni, cfr. F. SAITTA, *op. cit.*, pp. 154-155.

<sup>71</sup> È evidente, peraltro, che il legislatore non avrebbe potuto disciplinare in modo uniforme il procedimento esecutivo, presentando le varie fattispecie caratterizzate quanto mai eterogenee: L. CALATERIA-M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Torino, 1985, p. 552.

<sup>72</sup> Si veda ora al riguardo i rilevanti critici di N. PAOL ANTONIO, *Considerazioni*, cit.

<sup>73</sup> Tra i primi studi in materia, cfr. P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947; ID., *La potestà di coazione*, Milano, 1954; G. SABATINI, *L'istituto del fermo e la nuova Costituzione*, in *Rev. politica*, 1948, p. 414 ss.; P. BARDI, *Costituzione e misure di pubblica sicurezza*, in *Foro pub.*, 1951, IV, p. 173 ss.; G. ABRAMONIE, *Libertà e coazione*, Napoli, 1953; L. VIGNOLO, *Saggio di una teoria delle limitazioni amministrative nel quadro del diritto pubblico*, Bologna, 1953; F.P. GARFIELI, *Protezione della libertà individuale*, in *Arch. priv.*, 1953, p. 67 ss.

<sup>74</sup> V. per tutti L. MONTEFRANCO, *Sulla restrizione coatta delle recitate e sull'uomo come oggetto di diritti*, in *Scritti giuridici in memoria di F. Calamandrei*, I, Padova, 1958, p. 281 ss.

<sup>75</sup> A.M. SANDULLI, *Notz. cit.*, p. 843. Sul principio "*nonus precise ad factum cogi potest*", v. anche L. MONTEFRANCO, *op. cit.*, pp. 285 ss.; più recentemente, A. METCALA, *L'esecutorietà degli atti amministrativi e il diritto di resistenza del privato*, in *Nuova riv.*, 1993, p. 1587 ss.

possibile e

Resta il  
mento e le  
grativa dell  
grua tutela

Constat  
comunque  
cedimental  
matiche.

In verit.  
ri problema  
per l'adem  
l'amminist  
zione coati  
di diverso,  
la quale rit  
mo mezzo,  
nor sacrific

<sup>76</sup> Si tratta  
5 e 20-94 T.U.  
337/1964 (an  
le, in *Studi gi  
na militare e  
coazione e il  
1961) recanti s.  
di sospendere  
occupazione  
Un'ulteriore  
giudico, di n.  
5 n. 148/19  
to ad opera e  
potere debbe  
l'ordine dei l*

<sup>77</sup> V. per  
gnanti per lo  
dell'Associaz  
novembre 1.  
fra riserva di  
in *Ciar. it.*, I  
un'analisi de

<sup>78</sup> F. SAR  
i quali è lo st  
dei trattamen  
que "nel risp  
sibile il dirit  
vedere un p  
833/1978) e  
diritto rivoca



adottata, il 27  
tra l'altro,  
e di garanzie a  
cauzione di in-  
e del quale in-

e a tutto rondo  
ione alle varie  
evedere le cor-  
ha profonda-

tere di cauzio-  
rino luogo, ai  
issione si por-  
di diritti fon-  
ne che ammet-  
interpretazio-  
ert". la cauzio-  
zazione del ri-  
ria dell'obbli-  
cora in via di  
l'uso della for-  
tale, una sorta  
trive, a forzare  
ore nell'alveo  
limitarsi il più

modo uniforme il  
terogenei: L. GÀ-

te.  
scenzali, Milano,  
la nuova Costitu-  
a sicurezza, in Fo-  
; C. VIAREGGI,  
o. Bologna, 1953:

o come oggetto di

oggetti". v. an-  
storica degli atti

possibile ed ammettersi nelle sole peculiari ipotesi legislativamente previste".

Resta il fatto che proprio con riferimento ai diritti fondamentali il procedi-  
mento e le garanzie ad esso concesse possono costituire una valida misura ince-  
grativa della lacunosa disciplina legislativa<sup>54</sup>, assicurando all'esecutato una con-  
grua tutela<sup>55</sup>.

Costatata la limitatezza del nuovo impianto legislativo, l'interprete non può  
comunque esimersi dal dare il benvenuto a questo pur minimo abbozzo di pro-  
cedimentalizzazione dell'esecuzione, sforzandosi di chiarire le relative proble-  
matiche.

In verità, la regola della "previa diffida" non dovrebbe dar luogo a particola-  
ri problemi interpretativi, dovendosi ritenere che, una volta scaduto il termine  
per l'adempimento indicato nel c.d. "provvedimento costitutivo di obblighi",  
l'amministrazione esecutante non possa, *sic et simpliciter*, procedere all'esecu-  
zione coattiva, ma debba prima diffidare il soggetto obbligato. Nulla di più né  
di diverso, quindi, rispetto a quanto già affermato dalla dottrina meno recente,  
la quale riteneva giustamente che il generale principio romagnosiano del mini-  
mo mezzo, in virtù del quale l'interesse pubblico dev'essere realizzato con il mi-  
nor sacrificio possibile degli interessi dei singoli amministrati, imponesse, prima

<sup>54</sup> Si tratta in sostanza dello scioglimento forzato di un associamento non autorizzato ex artt. 5 e 20 ss. T.U.L.P.S. della radiazione forzata del tenente alla leva ex art. 136, comma 5, d.p.r. n. 237/1961 (su cui, oltre a L. MONTESANO, *op. cit.*, cfr. G. VASSALLO, *Il diritto alla libertà morale*, in *Studi giuridici in memoria di E. Vassallo*, Torino, 1980, II, p. 2682 ss.; V. RACHFELT, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Roma, 1962, spec. p. 75 ss.; T. MARTINES, *Colezione di coscienza e difesa della patria*, in *Studi in onore di L. Spavoli*, Modena, 1939, IV, p. 1412 ss.); dei trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale ex artt. 33 ss., legge n. 833/1978; dell'obbligo di sospendere una determinata attività previsto dall'art. 212, comma 4, d.lgs. n. 285/1992; dell'accreditamento forzato alla frontiera degli stranieri espulsi, di cui all'art. 13, d.lgs. n. 296/1999. Un'ulteriore ipotesi sarebbe quella dell'espulsione dall'aula del consiglio comunale, su ordine del sindaco, di una persona del pubblico che fosse causa di disordine, prevista dall'art. 257, comma 3, r.d. n. 148/1915, ma è da vedere se la relativa disposizione debba ritenersi implicitamente abrogata ad opera della legge n. 142/1990, a sua volta poi abrogata dal d.lgs. n. 267/2000, ovvero se tale potere debba intendersi attribuito al presidente del consiglio comunale, cui oggi spetta mantenere l'ordine dei lavori consiliari.

<sup>55</sup> V. per tutti E. PALMISTO-SUMPIAT, *Diritti fondamentali e garanzie procedurali in Germania (spunto per una nuova visione dei diritti fondamentali)* (Conferenza al V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su "I diritti fondamentali oggi", Taormina, 30 novembre-1 dicembre 1990), pp. 1-3 del dattiloscritto; G. PIRELLI, *La tutela dei diritti di libertà fra riserva di legge e garanzie procedurali: una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, cc. 182 ss.; ID., *I diritti di libertà fra riserva di legge e garanzie procedurali: un'analisi della legislazione statale*, in *Dir. e soc.*, 1990, p. 55 ss.

<sup>56</sup> F. SATTI *op. cit.*, pp. 180-181. Valga l'esempio dei trattamenti sanitari obbligatori per i quali è lo stesso legislatore a stabilire che, costituendo un'eccezione alla regola della voluntarietà dei trattamenti sanitari (art. 33, comma 1, legge n. 833/1978), essi devono essere disposti comunque "nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compresa per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura" (art. 33, comma 2, cit.), ed a prevedere un procedimento caratterizzato da numerose garanzie per l'interessato (art. 33, legge n. 833/1978). Per maggiori approfondimenti al riguardo, cfr. R. FERRARA-P.M. VIAREGGI, *Principi di diritto sanitario*, Torino, 1990, p. 33 ss., ed i riferimenti ad alcune bibliografiche.

di far luogo all'esecuzione d'ufficio, di invitare gli interessati a provvedersi essi stessi ovvero a desistere dall'eventuale comportamento da riprendere<sup>100</sup>.

Analoghe esigenze avevano, peraltro, ispirato le legislazioni straniere di settore, che hanno, infatti, codificato il principio secondo cui all'esecuzione si può procedere solo dopo che l'invito rivolto all'interessato ad adempiere spontaneamente sia risultato infruttuoso<sup>101</sup>.

Se, poi, si vuole vedere più precisamente quale funzione garantistica la diffida - intesa da Cassese come atto di avvio del sub-procedimento di esecuzione vera e propria ed al contempo come atto conclusivo del sub-procedimento di accertamento-condanna - può svolgere nei procedimenti in esame, va, innanzi tutto, ribadito, da un lato, che, mancando il contraddittorio, il privato esecutorando non potrebbe rendere note le ragioni che giustificano il suo comportamento inadempiente, che l'amministrazione si appresta a colpire; dall'altro, che, in molti casi, un intervento esecutivo adottato senza il previo contraddittorio può produrre modificazioni irreversibili che sarebbe stato possibile evitare qualora il contravventore avesse potuto esporre le proprie ragioni<sup>102</sup>.

Tuttavia, come si è detto con generale riguardo al procedimento esecutivo, la previa diffida consente anche alla P.A. - la quale, è opportuno rammentarlo, in sede di esecuzione non fa altro che attuare l'interesse pubblico nonostante il comportamento contrario dell'interessato<sup>103</sup> - di avere a disposizione elementi sufficienti per decidere se ricorrere o meno all'uso della coazione o comunque per scegliere la soluzione meno gravosa per l'esecutorando: contraddittorio, quindi, anche in funzione di collaborazione, di arricchimento istruttorio, di adeguata ed obiettiva ricognizione della situazione esistente<sup>104</sup>.

Proprio per questo non ci sembra condivisibile la tesi secondo cui, per ragioni di economia dei mezzi giuridici, nel c.d. "provvedimento costitutivo di obblighi" potrebbe essere contenuta la diffida con l'espressa avvertenza che, in mancanza di tempestivo adempimento, si procederà ad esecuzione coattiva<sup>105</sup>: un siffatto accorpamento snaturerebbe, infatti, la (almeno) duplice funzione della diffida, vanificandone il ruolo di strumento utile al contempo sia all'amministrazione che al privato.

Né l'indicazione, nello stesso provvedimento esecutivo, del termine e delle modalità dell'esecuzione rappresenta un inutile aggravio motivazionale<sup>106</sup>; es-

<sup>100</sup> Così A.M. SANDULLI, *Natura*, cit. p. 827; G. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 298, che afferma l'esistenza del principio della previa diffida come condizione della stessa esecutorietà.

<sup>101</sup> Per più puntuali indicazioni al riguardo sia consentito rinviare a F. SATTI, *Contributo*, cit. pp. 191-192, nota 154.

<sup>102</sup> F. SATTI, *op. cit.*, pp. 192-193.

<sup>103</sup> G. FALCETTI, *op. cit.*, p. 347.

<sup>104</sup> F. SATTI, *op. cit.*, n. 198.

<sup>105</sup> In tal senso, G. VIBGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241/1990 emanate in materia di accesso derivanti da una prima lettura*, in *www.lexitalia.it*, n. 1/2005.

<sup>106</sup> Così F. FALCETTI, *ibidem*.

sendo al e  
cosa va in

Oppor  
modificare  
nella qual  
per i qual  
tansa scia  
zione<sup>107</sup>.

A nost  
to anche  
dell'inotte  
di esecuzi  
"un intere  
dal provv  
col), v'è de  
peranza a  
l'esecutor

Va da  
detti e reg  
un provv  
l'amminis  
ne degli  
cutato che  
estraneo  
pienamen

## 7. I sing

Nulla  
dimenti  
Quest

<sup>107</sup> Con  
mento eser  
e addittorie

<sup>108</sup> F. q  
della crite  
la disposit

<sup>109</sup> In c.  
sidenzioni  
repressioni  
provvisori

<sup>110</sup> Sul  
GLASTONE

sendo al contrario opportuno che il soggetto obbligato sappia sin dall'inizio a cosa va incontro in caso di inadempimento dell'obbligo primario.

Opportunamente, quindi, il testo della disposizione in commento è stato modificato rispetto alla versione originaria approvata dal Consiglio dei Ministri, nella quale la necessità di previa diffida non sussisteva per gli obblighi fungibili, per i quali la possibilità di esecuzione d'ufficio era subordinata alla sola infruttuosa scadenza del termine per l'adempimento fissato dalla stessa amministrazione<sup>15</sup>.

A nostro avviso, tuttavia, al principio di partecipazione dev'essere improntato anche il secondo sub-procedimento, che prende avvio con l'accertamento dell'inottemperanza alla diffida e si conclude con l'adozione del provvedimento di esecuzione coattiva, in quanto, a prescindere dal fatto che sia o meno in gioco "un interesse pubblico in qualche modo autonomo rispetto a quello concretato dal provvedimento costitutivo dell'obbligo"<sup>16</sup> (ciò che forse non è sempre vero), v'è da svolgere una nuova istruttoria, intesa a verificare appunto l'inottemperanza alla diffida, che non può che essere espletata in contraddittorio con l'esecutato<sup>17</sup>.

Va da sé, infine, che un procedimento esecutivo strutturato nei termini anzidetti e regolato dal principio del contraddittorio non potrà che concludersi con un provvedimento di esecuzione coattiva congruamente motivato, dovendo l'amministrazione esecutante dar atto di aver effettuato un'adeguata ponderazione degli opposti interessi al fine di legittimare, sui nei confronti dello stesso esecutato che della *communis opinio*, l'esercizio di un potere che appare sempre più estraneo alla nostra civiltà giuridica e può essere, quindi, tollerato solo se si è pienamente persuasi della legittimità e non arbitrarietà del sacrificio imposto<sup>18</sup>.

### 7. I singoli procedimenti esecutivi

Nulla di nuovo, dunque, per quanto attiene alle diverse tipologie di procedimenti esecutivi, che restano quelle individuate dalla dottrina.

Quest'ultima, mutuando schemi classificatori della scienza processualistica

<sup>15</sup> Come nota di G. LICUGNARA, *op. cit.*, p. 147, nota 41, per simili obblighi, il procedimento esecutivo sembrava dunque, destinato ad essere monofasico, ancorché la necessità del contraddittorio si sarebbe potuta comunque ricavare dai principi generali.

<sup>16</sup> È questa l'argomentazione utilizzata da N. POCANTONIO, *Considerazioni*, cit., a supporto della critica all'eliminazione della previsione, già contenuta nel comma 2 del precedente testo della disposizione, della comunicazione all'interessato dell'avvio dell'esecuzione.

<sup>17</sup> In tal senso, ancorché con una certa prudenza, G. LICUGNARA, *op. cit.*, pp. 151-152. Considerazioni analoghe, con riguardo alla fattispecie, sotto alcuni aspetti simile, del procedimento di repressione degli abusi edilizi, in F. SARTTA, *Acquasione, gestione delle opere abusive e tutela del proprietario*, in *Dir. giur. edili.*, 1995, p. 308 ss., spec. p. 313 ss.

<sup>18</sup> Sul punto, v. esplicita, F. SARTTA, *Contributo*, cit., p. 221 ss., affermantelo, da ultimo, N. POCANTONIO, *ibidem*.

sulla base dei sistemi del codice civile e del codice di procedura civile<sup>110</sup>, ha in prevalenza ordinato la materia, espressamente o implicitamente, secondo il diverso contenuto degli obblighi inadempiti<sup>111</sup>.

Secondo questa classificazione tradizionale, ritenuta la più utile ancorché di tipo descrittivo<sup>112</sup>, si hanno:

a) per gli *obblighi di fare infungibili, di non fare e di sopportare*, la coazione diretta, secondo le specifiche modalità previste dalla legge e comunque nei limiti ammessi dalla Costituzione;

b) per gli *obblighi di fare fungibili*, l'esecuzione d'ufficio a spese dell'obbligato;

c) per gli *obblighi di consegnare una cosa determinata*, l'apprensione coattiva del bene;

d) per gli *obblighi di pagare una somma di denaro*, la riscossione mediante titolo esattoriale, la procedura ingiuntiva di cui al r.d. n. 639/1910 (per le entrate patrimoniali)<sup>113</sup>, la ritenuta sui crediti ed il fermo amministrativo dei pagamenti (che, più che uno strumento di coazione, è in realtà una misura cautelare offerta all'amministrazione a tutela delle proprie pretese creditorie<sup>114</sup>).

Restano fuori da tale classificazione le ipotesi di coercizione indiretta, consistenti nella minaccia e/o nell'irrogazione di sanzioni amministrative, che a ben guardare non costituiscono un mezzo di esecuzione coattiva, bensì uno strumento per ottenere l'adempimento spontaneo<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> Si vedano, in particolare, anche per la bibliografia citata, F. MAZZARIELLA, *Esecuzione forzata (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 448 ss.; L. MONTESANA, *Formazione specifica*, *ibidem*, p. 524 ss.

<sup>111</sup> Cfr., *ex plurimis*, C. CARBONE, *op. cit.*, pp. 416-418; G. CARON, *L'efficacia*, *cit.*, p. 442; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, III ed., Milano, 1968, p. 365 ss.; G. FALCON, *op. cit.*, p. 146 ss.

<sup>112</sup> R. VILLATA, *op. cit.*, pp. 1493-1494, la preferisce a quella tra procedimenti di esecuzione diretta e procedimenti di esecuzione in danno, che, da un lato, configura categorie piuttosto generiche e che lasciano eccessivamente in ombra i diversi contenuti dell'attività da compiersi e, dall'altro, introduce quale elemento distintivo dell'esecuzione in danno un riferimento contenutistico al tipo di obbligo inadempito (di fare) non coerente con un criterio di classificazione basato sulla struttura del procedimento.

<sup>113</sup> Va a tal proposito ricordato che, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 51/1998, che ha soppresso la figura del pretore, l'ingiunzione emessa dall'amministrazione esecutante non deve più essere vidimata e, ex art. 229, ove non sospesa dal giudice su opposizione del debitore esecutato, costituisce titolo per il pignoramento e la successiva vendita al pubblico incanto dei beni del debitore stesso: R. VILLATA, *op. cit.*, p. 1495; E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 515.

<sup>114</sup> L. MONTELLI, *Fermo amministrativo*, in *Dig. Enc. trib.*, VI, Torino, 1991, p. 305; F. CARON, *Fermo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 1.

<sup>115</sup> Cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, *cit.*, pp. 104-106; R. VILLATA, *op. cit.*, pp. 1494-1495; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 731-732; B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, pp. 962-963. Più ampia la classificazione di G. SACCHI MORSIANI, *Esecuzione amministrativa*, *cit.*, p. 18, che contempla anche le attività ispettive ed i procedimenti esecutivi cautelati in relazione ad obblighi di sopportare di carattere strumentale.

<sup>116</sup> Così C. CARON, *op. cit.*, p. 420; R. VILLATA, *op. cit.*, p. 1494, sul punto cfr. anche F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 732-733.

## 8. *L'esec*

Propria, quella ritenuta op ai fini dell' crediti dell

La disp tutoria di due distri gazione.

La priur Stato e già che prevedi essere del

Non es mento", c ta dal d.p.r. 46/1999), e somme (se vo"<sup>117</sup>, ed è in parola n anche di re

getto dell'a del soggetto"<sup>118</sup>.

L' esecuzione fase esprop

netramente ministrative

mente il seq Per qua

<sup>117</sup> V. CAR.

<sup>118</sup> Su cui v. 1999; C. CARON

<sup>119</sup> Sulla tut oria, Roma.

<sup>120</sup> In tal se ta e diritto in d

<sup>121</sup> F. CARON, p. 543.

<sup>122</sup> N. IX... 2002, pp. 112.

## 8. L'esecuzione coattiva dell'obbligo di pagare somme di denaro

Proprio con riguardo all'ultima tipologia di obblighi inadempiti sopra indicata, quella avente ad oggetto il pagamento di somme di denaro, il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire con la disposizione in commento, stabilendo che ai fini dell'esecuzione "si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato" (comma 2).

La disposizione sostanzialmente conferma, quindi, la normativa vigente in materia di riscossione coattiva delle entrate pubbliche<sup>107</sup>, che si svolge secondo due distinti procedimenti: l'esecuzione in base ai ruoli e quella in base ad ingiunzione.

La prima modalità di riscossione, originariamente prevista per i crediti dello Stato e già da qualche anno applicabile alle entrate degli "altri enti pubblici, anche previdenziali, esclusi quelli economici" (art. 17, d.lgs. n. 46/1999), è posta in essere dagli esattori ed è perciò definita "esecuzione esattoriale".

Non essendo questa la sede idonea per un'approfondita disamina dell'argomento<sup>108</sup>, ci si limita a rammentare che la riscossione mediante ruoli è disciplinata dal d.p.r. n. 602/1973 (sul quale è incisivamente intervenuto il citato d.lgs. n. 46/1999), che al titolo II si occupa in particolare della riscossione coattiva delle somme iscritte a ruolo (che, ex art. 49, comma 1, "costituisce titolo esecutivo"<sup>109</sup>), ed a segnalare che l'antica opinione che considerava l'esecuzione forzata in parola un'estrussecazione dell'esecutorietà dell'atto amministrativo<sup>110</sup> è stata anche di recente contestata "perché la esecutorietà non può che attenersi all'oggetto dell'atto e perché nelle forme di esecuzione mediata il sacrificio dei diritti del soggetto esecutato non è operato dall'atto anche se è operato sulla base di esso"<sup>111</sup>. L'esecuzione forzata in base al ruolo, di contro, "è una tipica forma di esecuzione 'mediata'", sicché appare preferibile la tesi secondo cui gli atti della fase espropriativa, nella quale sono del tutto secondari gli atti di giurisdizione e nettamente prevalenti quelli di autorotela, caratterizzano un procedimento amministrativo (appunto, di autotutela), mentre nella fase satisfattiva ha decisamente il sopravvento la giurisdizione<sup>112</sup>.

Per quanto attiene, invece, all'esecuzione in base ad ingiunzione, si segnala

<sup>107</sup> V. CIPELLI IRELLI, *Osservazioni*, cit.

<sup>108</sup> Su cui v. B. CUCI, *La nuova disciplina della riscossione coattiva mediante ruolo*, Padova, 1999; G. CADEPPA A. DE PAOLI, *Le esecuzioni speciali*, Milano, 1999, p. 140 ss.

<sup>109</sup> Sulla natura del ruolo: D. LA MEDICA, *Ruolo di riscossione*, in *Dir. imp.*, XVII Aggiornamento Roma, 2000, pp. 1-2.

<sup>110</sup> In tal senso, oltre a U. BOES, *Le esecuzioni*, cit., p. 139 ss., S. PASTIATTI, *Esecuzione forzata e diritto amministrativo*, Milano, 1995, p. 208 ss.

<sup>111</sup> F. G. S. C. A., *La natura del compimento nel processo esecutivo esattoriale*, in *Giur. ital.*, 1982, p. 9-5.

<sup>112</sup> N. DE DONO-C. PALSCI, *Tribute tributazione del*, in *Enc. dir.*, Aggiornamenti VI, Milano, 2002, pp. 1129-1130.

soltanto che, se è indubbio che l'ingiunzione di pagamento prevista dall'art. 2 del r.d. n. 639/1910 non è un mezzo di accertamento del credito, bensì, appunto, uno strumento a disposizione della P.A. per procedere ad esecuzione forzata<sup>123</sup>, dottrina e giurisprudenza dibattono tra l'individuazione in essa di un titolo esecutivo stragiudiziale, di un atto del procedimento di cognizione, di un atto di esecuzione, di un provvedimento amministrativo, di un atto giurisdizionale<sup>124</sup>.

1. )  
salvo  
simo.  
2.  
essere  
lo ste  
legge  
dispo  
per si

Somma  
riente  
ma 2.

1. *Il co.*

Il co  
efficaci  
legge o  
Una  
che il c  
241/19  
241/19  
ammini  
Rigl  
re abbi  
efficaci  
sendosi  
un att  
dell'am  
rivolge  
mente

1. B.  
non c'  
1. Si  
caso ano  
1. M.

<sup>123</sup> *Cass.*, da ultimo, Cons. Stato, V, 10 gennaio 2005, n. 11, in *Cons. Stato*, 2005, I, p. 10.

<sup>124</sup> A. BAFETTONI ABELLI, *Riscossione delle entrate dello Stato e degli enti pubblici*, in: *Dir. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1176.