

GIULIANO GRÜNER

Ricercatore universitario confermato di diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Diritto pubblico dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"
Abilitato alle funzioni di Professore universitario di prima fascia di diritto amministrativo
giuliano.gruner@gmail.com

ESECUZIONE COATTIVA DELLE DETERMINAZIONI AMMINISTRATIVE DA PARTE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO?

COERCIVE EXECUTION OF ADMINISTRATIVE DECISIONS BY THE ADMINISTRATIVE JUDGE?

SINTESI

Il contributo si propone di capire se la pubblica amministrazione (p.a.), nei casi in cui le proprie determinazioni siano prive di esecutorietà (con questa espressione, nell'ordinamento italiano, si intende il potere della p.a. di dare esecuzione coattiva alle proprie determinazioni, se del caso con l'ausilio della forza pubblica, senza rivolgersi preventivamente ad un giudice, ma con tutela giurisdizionale attivabile dal soggetto amministrato), possa rivolgersi al giudice amministrativo (g.a.) per ottenerne l'esecuzione coattiva, a fronte dell'opposizione o della inerzia dei soggetti amministrati. Questo interrogativo sorge in ragione di due circostanze. In primo luogo, a seguito di una modifica del 2005 della legge sul procedimento amministrativo, l'esecutorietà sembrerebbe essere eccezionalmente ammessa soltanto qualora la legge ne disciplini in materia analitica i "casi" e le "modalità", ma molto spesso le leggi amministrative di settore non recano una tale disciplina. In secondo luogo, la p.a., per l'esecuzione coattiva delle proprie determinazioni non può rivolgersi al giudice ordinario (g.o.), sia perché tali determinazioni solo assai raramente integrano titoli esecutivi in senso tecnico, presupposti necessari per iniziare un processo civile di esecuzione, sia perché, più in generale, lo stesso g.o., almeno nella grande maggioranza dei casi, sarebbe privo di giurisdizione. Rimarrebbe, dunque, l'ipotesi del g.a., l'unico astrattamente fornito di giurisdizione per le controversie in esame, almeno nella grande maggioranza dei casi. Ma anche questa soluzione desta perplessità. Essa, infatti, darebbe luogo ad un processo amministrativo "a parti invertite", nell'ambito del quale la p.a. assumerebbe il ruolo di parte ricorrente, ed il soggetto amministrato assumerebbe il ruolo di parte resistente, mentre nell'art. 103, co. 1, e nell'art. 113, co. 1, della Costituzione è scritto – rispettivamente – che il giudice amministrativo ha giurisdizione per la tutela «nei confronti» della p.a. e «contro gli atti» della p.a. Una sentenza della Corte costituzionale ha ammesso questa possibilità, ma soltanto nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a., e senza chiarire se i principi da essa enunciati possano valere anche nell'ambito della

giurisdizione generale di legittimità del g.a. Questo appare l'interrogativo di fondo, poiché la medesima Corte costituzionale, in precedenti e importanti sentenze, ha affermato che la giurisdizione esclusiva del g.a. è ammissibile soltanto in relazione a controversie nelle quali la p.a. agisca comunque come «amministrazione-autorità», «esercitando il suo potere autoritativo». Lo stato attuale della legislazione italiana non sembrerebbe consentire questa ipotesi. La p.a., infatti, non avrebbe a disposizione alcuna azione, da proporre davanti al g.a., per far condannare il soggetto amministrato all'esecuzione coattiva dei propri provvedimenti amministrativi. Ad oggi, dunque, la situazione sembra tale per cui la p.a., qualora le sue determinazioni amministrative non siano assistite da esecutorietà, non ha a disposizione nessun mezzo tecnico-giuridico per portarle ad esecuzione coattiva, a fronte di un mero dissenso o di una mera inerzia dei soggetti amministrati. Il contributo, nella parte finale, avanza due proposte *de iure condendo*, l'una tratta dal modello tedesco, l'altra tratta dai suggerimenti della dottrina francese.

ABSTRACT

The contribution aims to understand if the public administration (p.a.), in cases where its determinations are not supported by *esecutorietà* (with this expression, in Italian law, is indicated the power of the p.a. to give coercive execution to its determinations, also with the help of the public force, without first addressing a judge, but with judicial protection which can be activated by the administered subjects), can apply to the administrative judge (a.j.) to obtain coercive execution, in the case of opposition or inertia of the administered subjects. This question arises due to two circumstances. First, as a result of a 2005 amendment to the law on administrative procedure, the *esecutorietà* would seem exceptionally admissible only if the law analytically identifies the “cases” and the “modalities”, but very often the administrative laws of sector does not have such a discipline. Secondly, the p.a., for the coercive execution of its determinations, cannot appeal to the ordinary judge (o.j.), because such determinations rarely include “executive titles” in the technical sense, assumed necessary to initiate a civil executive process, and, more generally, because the same o.j., at least in the vast majority of cases, would be without jurisdiction. It would therefore remain the hypothesis of the a.j., the only abstractly provided with jurisdiction for the disputes in question, at least in the vast majority of cases. But this solution is also a source of perplexity. It would, in fact, lead to an “inverted” administrative process, in which p.a. would assume the role of recurring party, and the administered subjects would assume the role of a resilient part, whereas in the art. 103, first paragraph, and art. 113, first paragraph, of the Constitution, it is written – respectively – that the a.j. has jurisdiction for the protection «towards» the p.a. and «against» the acts of p.a. A ruling by the Constitutional Court admitted this possibility, but only in the disputes devoted to the exclusive jurisdiction of the a.j., and without clarifying whether the principles set forth by it could also be valid within the general jurisdiction of the a.j. This appears to be the “key question”, as the same Constitutional Court, in previous and important judgments, has

stated that the exclusive jurisdiction of a.j. is admissible only in relation to disputes in which the p.a., however, acts as «administration-authority», «exercising its authoritarian power». The current state of Italian law does not seem to allow this hypothesis. In fact, the p.a. would not have any action to propose to the a.j. to condemn the administrated subjects to the coercive execution of the administrative determinations. To date, therefore, the situation seems to be such that p.a., if its administrative determinations are not assisted by *esecutorietà*, does not have any technical or legal means available to enforce those, in the case of a mere dissent or a mere inertia of the administered subjects. The contribution, in the final part, advances two propositions *de iure condendo*, the first dealing with the German model, the other drawn from the suggestions of the French doctrine.

PAROLE CHIAVE: determinazioni amministrative; esecuzione coattiva; giudice amministrativo

KEYWORDS: administrative determinations; coercive execution; administrative judge

INDICE: 1. I termini del problema - 2. Il ricorso al giudice amministrativo – in sede di giurisdizione esclusiva – e la sentenza della Corte costituzionale 15 luglio 2016, n. 179 - 3. Il ricorso al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità - 4. La “realtà effettuale” e due proposte *de iure condendo*.

1. I termini del problema

L'interrogativo che si pone è «scabro ed essenziale»¹: può la pubblica amministrazione ottenere esecuzione coattiva delle proprie determinazioni – *recte*: dei provvedimenti che esprimono, direttamente o indirettamente, l'esercizio di quello che (almeno una volta) si chiama(va) “potere amministrativo autoritativo”² – da parte del giudice amministrativo?

¹ E. MONTALE, *Avrei voluto sentirmi scabro ed essenziale*, in *Ossi di seppia*, Torino, 1925.

² Sulla negazione del carattere imperativo del provvedimento amministrativo cfr., ampiamente, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000, *passim*, nonché, più di recente, ID., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 1 ss., ove, proprio con riferimento all'imperatività, si legge: «Oggi [...] questa nozione è un peso, che inganna sui caratteri del potere amministrativo, produce confusione concettuale e aborti legislativi, lascia in vita un simulacro di supremazia dell'amministrazione sul cittadino, di cui non si sente il bisogno. Era un concetto utile quando la realtà era semplice e gli studiosi potevano permettersi di semplificarla ulteriormente. Non lo è più. La scelta, oggi, è tra compiere acrobazie teoriche, per salvare un concetto che ha fatto il suo tempo, o individuare concetti diversi, per spiegare una realtà cambiata e più complessa. L'autore propende decisamente per la seconda ipotesi».

Pertanto – fermo restando che questi «concetti diversi», a quanto risulta, non sono stati ancora elaborati, e fermo restando che, con ogni probabilità, risulterebbe difficile comprendere le parole sopra riportate al soggetto destinatario, ad esempio, di un provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato, adottato dal Ministro dell'interno ai sensi dell'art. 13, co. 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 –, la maggioritaria, più “realistica” e più condivisibile dottrina continua a ricomprendere l'imperatività tra gli i caratteri essenziali del provvedimento amministrativo. Sul punto

Occorre muovere da due circostanze.

In primo luogo, a fronte dell'art. 21-ter della l. n. 241 del 1990 (rubricato «Esecutorietà»), il potere amministrativo esecutorio sembrerebbe essere eccezionalmente ammesso soltanto qualora la legge ne disciplini analiticamente i casi e i modi. Ebbene, molto spesso la legge (*recte*: le innumerevoli leggi amministrative di settore), pur conferendo alla pubblica amministrazione poteri indubitabilmente imperativi (cioè poteri che – quanto alla produzione di effetti giuridici – costituiscono, modificano o estinguono situazioni giuridiche soggettive dei soggetti amministrati in maniera unilaterale, a prescindere dal consenso di questi ultimi³), non prevedono né i casi, né i modi, di un loro eventuale momento esecutorio, nel senso che dette leggi amministrative di settore non prevedono alcun potere della pubblica amministrazione di conformare la realtà materiale agli effetti giuridici prodotti, qualora i soggetti amministrati vi si oppongano “di fatto” o vi rimangano inadempienti⁴.

cfr., per tutti, di recente, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 12 ss., i quali rilevano che «La dottrina maggioritaria ritiene che il nucleo essenziale dell'imperatività debba essere ravvisato nell'attitudine di un provvedimento a produrre effetti che incidono in sfere giuridiche altrui e pertanto nell'idoneità della statuizione ad incidere unilateralmente, modificandole, sulle situazioni giuridiche dei destinatari del provvedimento amministrativo, a prescindere dal loro consenso. Imperatività è, dunque, quella particolare forza del provvedimento amministrativo in virtù della quale le modificazioni della sfera giuridica dei destinatari, il regolamento degli interessi prefigurato, non hanno bisogno, per la loro realizzazione, della collaborazione dei destinatari medesimi. In definitiva, il provvedimento amministrativo, quando è efficace, cioè quando risulta idoneo a produrre i suoi effetti, anche se invalido, è caratterizzato da una specifica forza, che ne costituisce la peculiare “autorità”».

³ Nel testo si utilizzano le categorie concettuali e la terminologia di M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 278 ss.

⁴ Cfr., al riguardo, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2014, n. 3802: «Posto che in caso di inadempimento, da parte del lottizzante o del Comune, agli obblighi da ciascuna parte assunti con la stipula dell'accordo, il creditore per poter realizzare coattivamente il proprio interesse deve poter contare su tutti i rimedi offerti dall'ordinamento ad un creditore che derivi tale sua posizione da un contratto di diritto privato, qualora sia inadempiente il lottizzante comunque si pone – come già accennato – il problema di stabilire se l'amministrazione possa o meno ritenersi titolare del potere di imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi gravanti sul lottizzante o di sostituirsi unilateralmente alla controparte, quale alternativa all'ordinaria possibilità di rivolgersi al giudice per ottenere l'esecuzione dei predetti obblighi. // Tale problema deve essere affrontato, secondo il Collegio, alla luce della disciplina posta dall'art. 21-ter, co. 1, della legge n. 241/1990, secondo il quale “nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge” le pubbliche amministrazioni per ottenere l'adempimento degli obblighi dei soggetti privati nei loro confronti – anziché dover agire in giudizio – possono valersi dello strumento dell'autotutela esecutoria. In particolare, con riferimento alle obbligazioni aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, il co. 2 dell'art. 21-ter attribuisce alle amministrazioni lo strumento dell'autotutela esecutoria, da esercitare secondo le modalità previste delle disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato. Invece con riferimento alle altre obbligazioni (di dare, di fare e di non fare), in assenza di una norma generale contenuta nell'art. 21-ter, occorre verificare se nella legislazione di settore si rinvenivano disposizioni in materia di autotutela esecutoria. Infatti i poteri di autotutela esecutoria – al pari di tutti gli altri poteri pubblici – sono nominati e tipici e, quando sono previsti per

In secondo luogo, la pubblica amministrazione, al fine di ottenere una tale conformazione della realtà materiale agli effetti giuridici prodotti da provvedimenti imperativi (ma non esecutori), non può, almeno nella stragrande maggioranza dei casi, rivolgersi al giudice ordinario (o ai suoi “ausiliari”: vale a dire, l’ufficiale giudiziario), né in sede di processo di esecuzione, giacché quasi mai i provvedimenti amministrativi – sia pure imperativi e sia pure efficaci – integrano titoli esecutivi in senso tecnico, a mente dell’art. 474 c.p.c., né in sede di giudizio di cognizione, giacché il giudice ordinario sarebbe carente di giurisdizione, trattandosi di controversie che comunque attengono ad interessi legittimi contrapposti a poteri amministrativi autoritativi, ovvero – secondo altra, probabilmente preferibile, terminologia – “controversie di diritto pubblico”⁵. Su questi due

l’esecuzione coattiva di obblighi che a loro volta discendono dall’esercizio (in forma unilaterale, tramite un provvedimento, o in forma consensuale, tramite un accordo) di poteri amministrativi, non costituiscono una sorta di prosecuzione di questi ultimi, ma sono poteri del tutto autonomi. // Deve, quindi, conclusivamente ritenersi che anche nella fase esecutiva degli accordi amministrativi l’esercizio dei poteri di autotutela esecutoria sia ammesso soltanto “nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge”. [...] // Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, il motivo in esame deve essere accolto perché – a differenza di quanto affermato dal Comune di Grotte di Castro – nella legislazione in materia urbanistica non esiste una norma che attribuisca all’amministrazione poteri di autotutela decisoria nella fase esecutiva delle convenzioni di lottizzazione al fine di garantire il raggiungimento delle finalità pubblicistiche violate dall’inadempimento del lottizzante».

Cfr., inoltre, T.A.R. Piemonte, Sez. II, 16 settembre 2016, n. 1153: «[...] si osserva, in linea di teoria generale, che l’esecutorietà del provvedimento amministrativo [...] costituisce una situazione eccezionale che la legge consegna alla pubblica amministrazione per imporre coattivamente l’adempimento di obblighi nei suoi confronti».

⁵ Quest’ultima espressione è ripresa da M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, *passim*, il quale – anche ad esito di una ampia analisi storico-evolutiva del sistema di giustizia amministrativa italiano – propone di individuare nel giudice amministrativo, più che il giudice degli interessi legittimi, il “giudice naturale”, per l’appunto, delle “controversie di diritto pubblico”.

Questa tesi appare, in termini logico-teorici, pienamente condivisibile. In effetti, un sistema dualistico di giurisdizione, quale indubitabilmente è quello italiano, ha senso di esistere soltanto se ai diversi ordini giurisdizionali venga attribuita giurisdizione in ordine a controversie tra loro ontologicamente diverse: quelle di “diritto privato”, ancorché sia parte la pubblica amministrazione, al giudice ordinario; quelle “di diritto pubblico”, invece, al giudice amministrativo.

A questa stessa tesi, peraltro, potrebbe muoversi una obiezione: quella per cui, così come è difficile individuare il *proprium* dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, in modo da poter distinguere con sicurezza gli uni dagli altri, allo stesso modo potrebbe essere non agevole individuare il *proprium* delle controversie “di diritto privato” e quello delle controversie “di diritto pubblico”, cosicché potrebbe risultare difficile distinguere con sicurezza anche le une dalle altre. Ma, in realtà, tale obiezione non coglierebbe nel segno, perché – al di là di taluni, ma assai più circoscritti (rispetto agli attuali: cfr. *infra*), casi “limite” e “di confine”, che comunque inevitabilmente permanerebbero – le controversie “di diritto pubblico” potrebbero agevolmente individuarsi, in linea generale, e seguendo un criterio di riparto della giurisdizione non molto dissimile da quello tedesco, in quelle controversie rispetto alle quali, cumulativamente: a) è parte una pubblica amministrazione; b) in termini astratti, non potrebbero essere parti soltanto soggetti privati (così, ad esempio, tutte le controversie concernenti il potere amministrativo sanzionatorio, così come

aspetti, la giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione, come giudice della giurisdizione, risulta assolutamente pacifica⁶.

tutte le controversie concernenti gli atti dichiarativi, cioè quelli che “impongono” le “certezze pubbliche”, sarebbero devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, giacché controversie del genere – nell’ambito del diritto privato – semplicemente non esistono).

Piuttosto, la criticità della tesi in esame è da ravvisare nell’attuale vigenza dell’art. 113, co. 3, Cost., il quale, come è noto, rimette al legislatore la scelta di quali organi di giurisdizione (ordinari o amministrativi) possano annullare gli atti della pubblica amministrazione, nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa, di talché il giudice ordinario potrebbe occuparsi – così come, in effetti, si occupa, vuoi per espressa attribuzione legislativa, vuoi per (talvolta assai discutibili) interventi delle Sezioni unite della Cassazione come giudice della giurisdizione, nonché della Corte costituzionale, sempre più spesso – anch’essa – “giudice della giurisdizione” (cfr. 27 giugno 2012, n. 162, nonché 15 aprile 2014, n. 94) – di controversie “di diritto pubblico”.

Epperò, poiché l’art. 103, co. 1, Cost., riserva comunque al giudice amministrativo la giurisdizione sugli interessi legittimi, il problema si sposta, ancora una volta, sul comprendere il *proprium* di questa nozione. Qualora si ritenga che essa, al di là del *nomen*, sia la situazione giuridica soggettiva che – in termini di teoria generale – si pone a fronte dell’esercizio del potere amministrativo, e che consista, nello Stato democratico di diritto, nella pretesa (che potrebbe anche chiamarsi “diritto”), pienamente riconosciuta e garantita dall’ordinamento giuridico, a che lo stesso potere amministrativo venga esercitato in maniera (formalmente e sostanzialmente) legittima, il giudice amministrativo potrebbe essere comunque riconosciuto come “giudice naturale” delle controversie “di diritto pubblico”, a condizione, ovviamente, di interpretare la parola «atti», contenuta nell’art. 113, co. 3, Cost., ove specificamente riferita al giudice ordinario, come «atti di diritto privato», a fronte dei quali, per l’appunto, si pongono diritti soggettivi, e non interessi legittimi.

Ma la maggioritaria dottrina si appalesa radicalmente contraria a questa ipotesi interpretativa. Cfr., di recente, A. PROTO PISANI, *Sono davvero da approvare senza riserve le recenti trasformazioni della giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 250 ss., nel cui sommario è scritto quanto segue: «Nella terza “conferenza istituzionale” organizzata dall’Accademia nazionale dei Lincei sul tema “Trasformazioni della giustizia amministrativa”, il presidente del Consiglio di Stato Alessandro Pajno ha affermato che i recenti sviluppi della legislazione e della Corte costituzionale hanno consentito alla giurisdizione amministrativa di concentrare davanti ad un unico giudice le controversie tra cittadini e pubblica amministrazione e di porsi come giudice dei diritti (anche fondamentali) dei cittadini. L’autore contesta questa impostazione e replica che la Costituzione del 1948 è chiarissima nell’attribuire il carattere di giurisdizione generale in tema di diritti alla giurisdizione ordinaria».

Non è questa la sede per andare oltre nel ragionamento; quest’ultimo, invero, è stato svolto soltanto al fine di chiarire perché nel testo si sia utilizza – e si utilizzerà ripetutamente (cfr. *infra*) – l’espressione «nella stragrande maggioranza dei casi».

Ad ogni modo, cfr., per la riscoperta dell’interesse legittimo come «figura di teoria generale», F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 392 ss., nonché pp. 399 ss. per «L’interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva».

⁶ Cfr., tra le più significative, 13 dicembre 1983, n. 7344; 24 gennaio 1995, n. 820; 23 novembre 2000, n. 1205. Ciò che colpisce è la circostanza per cui questa pacifica e consolidata giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione come giudice della giurisdizione venga tenuta in non cale dalla massima parte della dottrina amministrativistica. Essa, in realtà, è da condividere pienamente, giacché, in un sistema dualistico di giurisdizione, affidare alla cognizione del giudice amministrativo il giudizio sulla legittimità dei provvedimenti amministrativi ed al giudice ordinario il giudizio sulla esecuzione coattiva degli stessi potrebbe determinare un vero e proprio caos “sistemico”.

Si pensi a questo banale esempio. A fronte dell’art. 21-ter della l. n. 241 del 1990 (almeno laddove le disposizioni in esso contenute vengano “prese sul serio”), i provvedimenti che, ai

2. Il ricorso al giudice amministrativo – in sede di giurisdizione esclusiva – e la sentenza della Corte costituzionale 15 luglio 2016, n. 179

Sembrerebbe rimanere, dunque, soltanto il ricorso al giudice amministrativo, l'unico – almeno nella stragrande maggioranza dei casi – astrattamente fornito di giurisdizione. Ma il relativo processo risulterebbe assai “peculiare”. Nell'ambito di esso, infatti, la pubblica amministrazione assumerebbe il ruolo (non già di parte resistente, bensì) di parte ricorrente, ed il soggetto amministrato assumerebbe il ruolo (non già di parte ricorrente, bensì) di parte resistente. In altri termini, si tratterebbe di un processo amministrativo “a parti invertite”⁷.

sensi degli artt. 264 e 265 del r.d. n. 1265 del 1934, ordinano l'abbattimento di bestiame affetto da afta epizootica, non possono più ritenersi dotati di esecutorietà. Si immagini, allora, che venga adottato un tale provvedimento, e che, da un lato, il destinatario di esso lo impugni innanzi al giudice amministrativo, ritenendolo illegittimo, per ottenerne, prima, in via cautelare, la sospensione dell'efficacia, e, poi, il definitivo annullamento in sede di giudizio di merito; e che, dall'altro lato, la stessa pubblica amministrazione autrice del provvedimento in questione, ritenendolo legittimo ed adducendo l'esistenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile (per l'interesse pubblico) derivante dalla mancata esecuzione immediata di esso, ricorra innanzi al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., per chiedere ed ottenere un provvedimento giurisdizionale, avente la qualità di titolo esecutivo, che disponga, per l'appunto, la esecuzione immediata del proprio provvedimento amministrativo. Poiché, aderendo alla ipotesi poco sopra prospettata, entrambi i giudici, in tali evenienze, dovrebbero ritenersi forniti di giurisdizione, e poiché non risulta la esistenza di alcuna norma di legge che preveda alcuna pregiudizialità tra i due processi, potrebbe anche accadere che nessuno dei due giudici sospenda il processo innanzi a sé, e che entrambi tali giudici, in sede cautelare, accolgano le richieste dei rispettivi ricorrenti, e che, poi, ad esito dei due relativi giudizi di merito, il giudice amministrativo di primo grado, con sentenza confermata dal Consiglio di Stato, annulli il provvedimento di abbattimento del bestiame, ritenendolo illegittimo, mentre il Tribunale ordinario, ritenendo legittimo lo stesso provvedimento e quindi “applicandolo”, proprio ai sensi dell'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, condannando, con sentenza anch'essa confermata dalla Corte di appello, il suo destinatario a prestarvi adempimento. Immaginando che entrambe le sentenze dei giudici di appello vengano emesse prima che una di esse sia passata in giudicato, dovrebbe addirittura attendersi, per aversi certezza definitiva sull'intera vicenda, il passaggio in giudicato della prima sentenza, e poi promuovere – se possibile – un giudizio di revocazione, ai sensi dell'art. 395, co. 1, n. 5), c.p.c., nei confronti della sentenza passata in giudicato per seconda. Il che, come si comprende, non può essere.

⁷ Si tratta di ipotesi già verificatesi nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Così, oltre a quanto si rileverà nella nota successiva, può ricordarsi Cons. St., Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, relativa ad una controversia che, in materia di concessione di gestione di una casa comunale per il ricovero di anziani, vedeva la pubblica amministrazione assumere il ruolo di ricorrente innanzi al giudice amministrativo per far “condannare” il concessionario alla esecuzione del rapporto concessorio, la cui validità ed efficacia veniva invece contestata dallo stesso concessionario. Tale sentenza ha affermato non soltanto che «in ordine alla proponibilità della domanda, la sezione ne ritiene l'ammissibilità, essendo perfettamente compatibile con la struttura del processo amministrativo in materia di giurisdizione esclusiva l'azione generale di accertamento», ma anche – ed, anzi, soprattutto, per quanto interessa in questa sede

Una sentenza della Corte costituzionale dello scorso anno, la n. 179 del 15 luglio 2016, sembrerebbe aver aderito ad una tale prospettiva⁸.

La questione di legittimità costituzionale – sollevata d’ufficio in relazione all’art. 103, co. 1, e 113, co.1, Cost., nell’ambito di un giudizio innanzi ad un Tar, nel quale la pubblica amministrazione aveva assunto proprio il ruolo di parte ricorrente per far condannare un soggetto amministrato (privato) ad adempiere a taluni obblighi assunti con una convenzione urbanistica – aveva ad oggetto l’art. 133, co. 1, lett. a), n. 2) (accordi), e lett. f) (urbanistica ed edilizia), c.p.a., «nella parte in cui, secondo il diritto vivente, esse ricomprendono, nelle materie di giurisdizione esclusiva da esse stesse indicate, le controversie nelle quali sia la pubblica amministrazione – e non l’amministrato – ad adire il giudice amministrativo».

«Ciò contrasterebbe» – secondo l’ordinanza di rimessione – «con il sistema

– che «è perfettamente legittimo che l’amministrazione, anziché azionare i propri poteri di autotutela, faccia ricorso al giudice [amministrativo] per salvaguardare la posizione soggettiva che gli deriva dall’esecuzione del contratto accessivo alla concessione».

Cfr., al riguardo, il commento di S. FOÀ, *Il Consiglio di Stato anticipa il Codice del processo amministrativo: domanda riconvenzionale e accertamento della nullità contrattuale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010, il quale osserva: «La riconduzione dell’attività contrattuale in esame all’attività funzionalizzata dell’Amministrazione comporta comunque che questa avrebbe potuto agire in via di autotutela. Discusso è se si possa estendere l’autotutela esecutiva con riferimento agli obblighi contrattuali invocando l’art. 21-ter, co. 1, primo periodo, l. n. 241 del 1990 [...]. Si tratta di ricomprendere all’interno del fenomeno dell’esecutorietà anche le pretese della pubblica amministrazione non derivanti da un provvedimento, bensì da altri atti e/o fatti, come la legge o il contratto. Sul punto la pronuncia in commento, a fronte della proposizione del ricorso già ritenuta ammissibile in prime cure, si limita a riconoscere la legittimità della scelta per la via giurisdizionale operata dall’ente concedente, non potendosi ravvisare un obbligo di intervenire in via amministrativa».

⁸ La sentenza può leggersi, oltre che in www.cortecostituzionale.it, anche in *Foro it.*, 2016, I, p. 3047, con nota di richiami – estremamente puntuale e ricca di giurisprudenza correlata – di A. TRAVI. Rileva quest’ultimo Autore che «A partire dagli anni ottanta del secolo scorso si è affermato, anche nella giurisprudenza amministrativa, l’orientamento secondo cui le controversie concernenti le materie devolute alla giurisdizione esclusiva sono di competenza del giudice amministrativo indipendentemente dalla parte (pubblica o privata) che proponga il ricorso. Gli artt. 103 e 113 Cost. dovevano essere interpretati non nel senso che la giurisdizione esclusiva potesse riguardare soltanto controversie proposte contro l’amministrazione, ma nel senso che anche nella giurisdizione esclusiva parte della controversia dovesse essere l’amministrazione nella sua specificità». Le controversie, pur sempre devolute alla giurisdizione esclusiva, nelle quali più spesso si è verificato il processo amministrativo “a parti invertite” sono quelle relative al pubblico impiego, alle concessioni di servizi pubblici, agli accordi ex art. 11, e poi anche ex art. 15, della l. n. 241 del 1990 ed alle convenzioni urbanistiche. Aggiunge il medesimo Autore che «Corollario di questo orientamento è che nelle vertenze sui diritti devolute alla giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo può adottare anche nei confronti del privato qualsiasi pronuncia ammessa nel processo civile [...]: non soltanto sentenze di condanna all’adempimento della convenzione, ma anche sentenze di risoluzione per inadempimento [...] e soprattutto sentenze costitutive ex art. 2932 c.c.».

di giustizia amministrativa delineato dagli artt. 103 e 113 Cost., i quali [...] prevedrebbero un sistema di tutela attivabile esclusivamente ad iniziativa del privato lesa da un provvedimento della pubblica amministrazione».

In effetti, nei predetti articoli della Costituzione, è dato leggere, rispettivamente, che la giurisdizione amministrativa è concessa per la tutela «nei confronti» della pubblica amministrazione e «contro gli atti» della pubblica amministrazione, e non per la tutela della pubblica amministrazione contro i soggetti amministrati o nei confronti di questi ultimi.

La Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione, sulla base – per ciò che qui interessa – delle seguenti motivazioni, che meritano di essere riportate testualmente:

- «sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni, da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più ove si consideri che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell'interesse pubblico, così come definito dalla legge»;
- «siffatta interpretazione [...] risulta [...] coerente con l'evoluzione complessiva del sistema di giustizia amministrativa, il quale – da giurisdizione sull'atto – sempre più spesso si configura quale giurisdizione sul rapporto amministrativo»;
- «d'altra parte, va rilevato che l'ordinamento non conosce materie “a giurisdizione frazionata”, in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti, che l'amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo»;
- «l'intervento richiesto dal rimettente porterebbe ad un sistema in cui l'amministrazione, anche quando abbia stipulato un accordo sostitutivo o integrativo del procedimento, potrebbe reagire all'inadempimento del privato soltanto in via di autotutela amministrativa, essendole preclusa la via della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo. L'accertamento giudiziale dell'inadempimento della parte privata finirebbe per essere condizionato alla previa instaurazione del contenzioso da

parte del privato. L'oggetto stesso del giudizio verrebbe unilateralmente determinato dal privato mediante i motivi di ricorso, non potendo l'amministrazione modificarlo o ampliarlo attraverso una domanda riconvenzionale. Tutto ciò appare difficilmente compatibile con i principi di cui agli artt. 24 e 111 Cost.».

A fronte di queste così nette affermazioni della Corte costituzionale, occorre subito precisare – e, anzi, porre nel massimo rilievo – che esse sono state rese soltanto con riferimento alle controversie, come quella nell'ambito della quale era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Neanche una sola parola, invece, viene spesa dalla Consulta, nemmeno in forma di *obiter dictum*, per chiarire se i principi affermati nella sentenza siano estensibili anche alle controversie rientranti nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

3. Il ricorso al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità

Sennonché, la medesima sentenza della Consulta richiama, in termini totalmente adesivi, le sentenze n. 204 del 2004, n. 191 del 2006 e n. 35 del 2010, in base alle quali – come è noto a tutti – la giurisdizione esclusiva è ammissibile soltanto qualora la pubblica amministrazione agisca, comunque, come «amministrazione-autorità», «esercitando il suo potere autoritativo», e vengano in considerazione materie la cui “particolarità” risieda proprio in ciò. Tanto è vero che deve trattarsi di materie che, se non fossero attribuite alla giurisdizione esclusiva, risulterebbero pur sempre attribuite, almeno nella loro massima parte, alla giurisdizione generale di legittimità⁹.

⁹ Al riguardo può rinviarsi, per tutti, ad A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 974 ss. Il titolo di questo contributo spiega, meglio di mille parole (che pure sono state scritte), il senso della sentenza 204 del 2004: «Se la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è ammissibile soltanto nelle controversie in relazione alle quali la pubblica Amministrazione agisce come autorità (sarebbe questa la particolarità delle materie) le situazioni giuridiche soggettive coinvolte dalle relative controversie sarebbero esclusivamente situazioni di interesse legittimo e non anche di diritto soggettivo. Ne segue che non vi sarebbe alcuna necessità di devolvere la controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o di derogare al tradizionale criterio di riparto che assegna comunque la giurisdizione sugli interessi legittimi al giudice amministrativo. In sostanza, se la giurisdizione esclusiva è costituzionalmente legittima quando anche “in assenza della previsione legislativa” si “contempererebbe pur sempre la giurisdizione generale di legittimità” del giudice amministrativo è evidente che della giurisdizione esclusiva non vi sarebbe più necessità (o utilità) alcuna. È per questo che la pronuncia che qui si commenta si può sintetizzare col dire che la giurisdizione amministrativa è piena, ma non è più esclusiva».

Si pone, allora, un ulteriore interrogativo, più specifico, che poi – in realtà – risulta essere il “vero” interrogativo: qualora la pubblica amministrazione, al di fuori delle materie in relazione alle quali sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, adotti un provvedimento – sì – imperativo, ma – ciò nondimeno – non esecutivo (per carenza dei presupposti di cui all’art. 21-ter della l. n. 241 del 1990), può rivolgersi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, per ottenere la conformazione della realtà materiale agli affetti giuridici prodotti, qualora i soggetti amministrati si oppongano “di fatto” a tale conformazione, oppure vi rimangano inadempienti?

La risposta non può che muovere dai dati del diritto positivo.

Innanzitutto, occorre evidenziare che la pubblica amministrazione non potrebbe adire il giudice amministrativo in sede di giudizio di ottemperanza: i provvedimenti amministrativi, infatti, ancorché efficaci (ed ancorché – può aggiungersi – divenuti “inoppugnabili”), non sono contemplati punto nell’ambito dell’art. 112 c.p.a.¹⁰

Rimarrebbe, dunque, il giudizio di cognizione (lo si ripete: “a parti invertite”). Ed occorre chiedersi, allora, quale azione la pubblica amministrazione potrebbe esperire “contro” il soggetto amministrato, rilevando subito che, tra quelle espressamente disciplinate dal c.p.a., sono da escludersi – per evidenti motivi – l’azione di annullamento, l’azione avverso il silenzio e l’azione di nullità¹¹.

Peraltro, ad avviso di B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento*, cit., par. 2.1., la Corte costituzionale, con la sentenza n. 35 del 2010, avrebbe «applicato il criterio della sentenza 204 parlando di “poteri amministrativi”, esercitabili “sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali”», con la conseguenza per cui «il criterio dell'autoritatività come condizione per la giurisdizione amministrativa, suggerita dalla sentenza 204, è stato dunque rapidamente abbandonato».

Quest'ultima affermazione, tuttavia, non appare condivisibile, perché nel medesimo passo della sentenza n. 35 del 2010 testé richiamato, è dato leggere, immediatamente prima e senza soluzione di continuità, che, per potersi legittimamente configurare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, «è richiesto che l'amministrazione agisca [...] come autorità», e solo dopo viene specificato «cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...], sia infine mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio».

¹⁰ Sul giudizio di ottemperanza può vedersi, per tutti, dopo il c.p.a., M. SAVINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, Giappichelli, 2012, *passim*, nel quale – non a caso – l'ipotesi prospettata nel testo non viene, condivisibilmente, neanche trattata. Né tale ipotesi – a quanto risulta – si è mai verificata in giurisprudenza.

¹¹ In termini generali, per il processo amministrativo fondato sulla pluralità di azioni, a seguito del c.p.a., cfr., per tutti, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, *passim*. Tuttavia, in tale lavoro, non viene affrontato l'interrogativo posto nel testo, giacché si assume – “naturalmente” – che la pubblica amministrazione sia parte resistente, non ricorrente.

L'attenzione, pertanto, potrebbe concentrarsi sulla sola azione di condanna. La pubblica amministrazione, cioè, dovrebbe chiedere al giudice amministrativo di condannare il soggetto amministrato ad eseguire il provvedimento amministrativo (imperativo ma non esecutivo)¹².

Sennonché, sorge subito un problema di non poco conto.

Come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 30, co. 1, c.p.a., «L'azione di condanna può essere proposta [soltanto] contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma».

Questo comma, invero, sembrerebbe impedire alla pubblica amministrazione di proporre un'azione di condanna nei confronti del soggetto amministrato, affinché quest'ultimo sia – per l'appunto – condannato a conformare la realtà materiale agli effetti giuridici prodotti dal provvedimento (imperativo ma non esecutivo).

Ciò in quanto:

- a. la prima parte della disposizione, riferendosi alla contestualità ad altra azione, non risulta logicamente invocabile, perché le altre azioni espressamente disciplinate dal c.p.a. (annullamento, silenzio e nullità) sono

¹² Si noti, peraltro, che, in una tale prospettiva, ove il soggetto amministrato dovesse opporsi “di fatto”, ovvero rimanere inadempiente, anche rispetto alla sentenza di condanna, la pubblica amministrazione dovrebbe esperire un “processo esecutivo”, e non è chiaro se quest'ultimo sarebbe da individuare nel giudizio di ottemperanza ovvero, previa apposizione della formula esecutiva sulla sentenza ex art. 115 c.p.a., nel giudizio civile di esecuzione.

Cfr., sul punto, T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 16 febbraio 2015, n. 47, la quale ha dichiarato «manifestamente inammissibile» un ricorso in ottemperanza promosso da una pubblica amministrazione contro un soggetto (privato) amministrato nei seguenti termini: «Il rimedio del ricorso in ottemperanza previsto dall'art. 112 c.p.a. è azionabile esclusivamente al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato. // Nel caso di specie, viceversa, poiché si chiede ordinarsi alla parte privata di eseguire l'obbligo di fare impostogli con sentenza, il rimedio non è esperibile, né tanto meno è ipotizzabile la nomina di un Commissario ad acta, figura prevista dall'ordinamento per il caso di perdurante inerzia dell'amministrazione e non certo del privato, nei cui confronti sono esperibili differenti rimedi. // L'amministrazione è, infatti, dotata del generale potere di autotutela riconosciute dall'art. 21-ter L. n. 241/1990, a tenore del quale “Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. [...] Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge”. // Invero l'adempimento delle obbligazioni di fare, poste a carico del privato dalla sentenza, può essere conseguito dall'amministrazione mediante l'esplorazione del potere ad essa attribuito di incidere sulla sfera del privato: potere che comprende la possibilità, in caso di inadempimento, di procedere all'esecuzione diretta della prestazione fungibile di *facere*, mediante la procedura di esecuzione in danno (cfr. Cass., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12231). // In tal caso l'obbligazione di fare posta a carico del privato si converte nell'obbligazione di rimborsare all'amministrazione le spese sostenute per l'esercizio del potere sostitutivo conseguente all'inerzia dell'obbligato».

tutte, come si è visto, esperibili soltanto dal soggetto amministrato contro con la pubblica amministrazione;

- b. la seconda parte della disposizione, riferendosi ai «casi di cui al presente articolo», contempla esclusivamente, come è noto, la «condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria».

Sembrerebbe, dunque, che – in base all'attuale assetto normativo recato dal c.p.a. – la pubblica amministrazione non possa esperire davanti al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, alcuna azione di condanna nei confronti del soggetto amministrato.

Si potrebbe, però, tentare di percorrere un'altra strada.

Considerando, infatti, che la giurisprudenza amministrativa – il riferimento, in particolare, è alle note Adunanze plenarie n. 3 e n. 15 del 2011 – sembrerebbe aver ammesso, pur nel silenzio del c.p.a., l'azione atipica di accertamento nell'ambito del processo amministrativo, si potrebbe di nuovo invocare la prima parte dell'art. 30, co. 1 del c.p.a., ove è scritto che «L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione», ed immaginare che:

- a. questa «altra azione» sia, per l'appunto, un'azione atipica di accertamento, che la pubblica amministrazione potrebbe esperire al fine di far accertare dal giudice amministrativo (quantomeno) l'efficacia del provvedimento da eseguire;
- b. che la pubblica amministrazione, «contestualmente» a tale azione atipica di accertamento, esperisca un'azione volta a far condannare il soggetto amministrato all'esecuzione del provvedimento.

Senonché, le richiamate sentenze dall'Adunanza plenaria hanno – sì – riconosciuto l'esperibilità dell'azione atipica di accertamento, ma – occorre ricordare – lo hanno fatto sempre e soltanto per assicurare una tutela piena ed effettiva all'interesse legittimo nei confronti del potere amministrativo autoritativo, giammai a quest'ultimo nei confronti del primo.

In particolare, nella Adunanza plenaria n. 15 del 2011, è dato leggere quanto segue: «L'Adunanza [...] reputa che l'assenza di una previsione legislativa espressa non osti all'esperibilità di un'azione di tal genere quante volte, come nella specie, detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo. Sviluppando il discorso già avviato dall'Adunanza Plenaria con la [...] decisione n. 3/2011, si deve, infatti, ritenere che, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costitu-

zionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non precluda la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113)».

La soluzione ipotizzata poco sopra, dunque, non sembra percorribile, dato l'attuale assetto normativo e giurisprudenziale¹³.

4. La “realtà effettuale” e due proposte *de iure condendo*

Insomma, la situazione – almeno ad oggi – sembra essere la seguente. Per l'esecuzione coattiva dei propri provvedimenti amministrativi, qualora la pubblica amministrazione non possa avvalersi del potere esecutivo (per carenza dei presupposti di cui all'art. 21-*ter* della l. n. 241 del 1990), essa non può rivolgersi al giudice ordinario, perché i provvedimenti amministrativi quasi mai integrano titoli esecutivi, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., e perché – più in generale – tale giudice sarebbe carente di giurisdizione, almeno nella stragrande maggioranza dei casi.

¹³ Cfr., al riguardo, T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 agosto 2017, n. 797: «per giurisprudenza consolidata, il G.A. ha il potere di emettere, nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva e con riguardo ai diritti soggettivi, pronunce di mero accertamento, pure a prescindere dall'impugnativa degli eventuali atti adottati dall'Amministrazione (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Toscana, Sez. II, 1° giugno 2015, n. 847). // Per quanto attiene, invece, agli interessi legittimi, vi sono discussioni in dottrina e giurisprudenza circa la possibilità di una tutela di questi tramite lo strumento delle pronunce di mero accertamento (cfr., sul punto, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 13 aprile 2015, n. 5361). // In un recente arresto (T.A.R. Veneto, Sez. I, 16 dicembre 2016, n. 1380), tuttavia, questa Sezione ha aderito all'orientamento di una recente giurisprudenza (cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 8 agosto 2016, n. 386, con i precedenti citati), la quale ritiene preferibile l'insegnamento tradizionale, secondo cui non può ammettersi un'azione generale e atipica di accertamento se la posizione per la quale si agisce – sia pure nell'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A. – sia quella di interesse legittimo. Ciò, per le seguenti ragioni: // - l'interesse legittimo nasce da un rapporto non paritetico, ma di supremazia/soggezione tra le parti (Amministrazione/amministrato), cosicché non spetta al giudice risolvere il conflitto di interessi tra le parti, dettando la regola puntuale nel caso concreto, bensì al soggetto (l'Amministrazione) titolare del potere sull'altro soggetto (l'amministrato); // - il giudizio che il G.A. è chiamato a dare non è sul rapporto (tra Amministrazione e amministrato), ma sulla correttezza dell'atto (amministrativo) in cui si è estrinsecato quel rapporto di supremazia, cosicché, in caso di giudizio negativo, esso assume la forma della pronuncia caducatoria; // - all'esito del pronunciamento giurisdizionale possono residuare margini di discrezionalità in capo all'Amministrazione, che non possono essere esercitati dal G.A., a pena di violazione del divieto *ex* art. 34, co. 2, primo periodo, del d.lgs. n. 104/2010 (a tenor del quale, in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati)».

Ma la pubblica amministrazione non può rivolgersi neanche al giudice amministrativo, perché – almeno nell’ambito della giurisdizione generale di legittimità – non ha a disposizione alcuna azione esperibile¹⁴.

¹⁴ Un Autore, al riguardo, ha scritto quanto segue: «Tutte le considerazioni sin qui svolte dimostrano ed avvalorano, dunque, la seguente tesi: poiché, in forza del principio costituzionale di buon andamento dell’Amministrazione, il provvedimento amministrativo – di principio – deve essere eseguito, anche contro l’opposizione, o a fronte dell’inerzia, dei soggetti amministrati; poiché, in forza dei principi desumibili dagli artt. 103, co. 1, e 113, co. 1, Cost. – ai quali risulta pienamente conforme, sotto il profilo in esame, il diritto processuale vigente, sia civile che amministrativo – l’Amministrazione, a tal fine, non può – di principio – adire alcuna istanza giurisdizionale; ne deriva, evidentemente, in forza di una lettura congiunta di questi stessi principi costituzionali, che l’esecutorietà del provvedimento amministrativo, lungi dal poter essere relegata ad una “anomala eccezione”, deve considerarsi, tutto al contrario, come un elemento sistematico del diritto amministrativo italiano, o – se si vuole – come un principio generale dello stesso. // Laddove si intenda condividere questa tesi, ne consegue anche che l’esecutorietà – sul piano dogmatico – non è, propriamente, né una qualità del provvedimento amministrativo, né – meno che mai – un potere “alieno” rispetto a quello manifestato dal provvedimento medesimo: essa, invece, si rivela – in linea di principio – come un attributo costituzionalmente necessario del potere amministrativo in quanto tale. // Poiché, peraltro, quest’ultimo, almeno di norma, si esprime mediante il provvedimento amministrativo, può anche continuarsi a parlare – avendo chiare, però, le conclusioni alle quali si è appena giunti – di esecutorietà del provvedimento amministrativo, così come comunemente si parla di imperatività del provvedimento amministrativo. // Volendosi accogliere la tesi qui proposta, ne deriva, inoltre, che l’esecutorietà si configura, anche al di là dell’imperatività, come il vero tratto distintivo del potere amministrativo rispetto al così detto potere privato. Difatti, pur ammesso e non concesso che in talune ipotesi – per la verità assai sparse ed assai dubbie [...] – il così detto potere privato consenta ad un soggetto di produrre unilateralmente immutazioni nella sfera giuridica di un altro soggetto, non gli consente mai, per contro, in mancanza di un previo consenso, di conformare unilateralmente, cioè senza il ricorso ad una istanza giurisdizionale, la realtà materiale – si badi: materiale – agli effetti giuridici prodotti dal potere medesimo, giacché l’uso della forza privata, salvo la legittima difesa e lo stato di necessità – che integrano, queste sì, anomale eccezioni – è sempre vietato». Così G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 367 ss.

Questa tesi, che sembrerebbe (il condizionale è d’obbligo) essere condivisa da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 365 ss., è stata fortemente criticata da S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 337 ss., sulla base dell’assunto di fondo per cui essa – nella sostanza – negherebbe il principio di legalità inteso in senso sostanziale. Epperò, tale tesi non nega affatto questo principio (con il quale, anzi, si confronta ampiamente). Affermare che l’esecutorietà sia un principio generale del nostro ordinamento amministrativo, infatti (così come, del resto, ha affermato, a più riprese, anche la Corte costituzionale: cfr., ad esempio, 23 marzo 1970, n. 44, la quale, nel riferirsi alla esecutorietà, parla di un «principio di fondamentale importanza nel nostro ordinamento, [...] [che non viola i] precetti costituzionali che assicurano l’eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge e l’intangibilità del loro diritto di agire in giudizio per la tutela dei diritti ed interessi legittimi contro tutti gli atti lesivi della pubblica amministrazione»), non implica nella maniera più assoluta che il relativo potere non debba essere analiticamente disciplinato (ciò che non fa – è appena il caso di rilevarlo – l’art. 21-ter della l. n. 241 del 1990). Semplicemente, sarebbe sufficiente una legge generale che lo disciplinasse in maniera analitica (sul modello tedesco: cfr. *infra* nel testo e nelle note), oppure considerare che, dato lo stato attuale dell’ordinamento amministrativo sostanziale e processuale, il potere in questione risulti comunque pienamente giuridicizzato, in forza dei principi che governano l’attività amministrativa, e pienamente sindacabile in sede giurisdizionale, in forza della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale affermate dal c.p.a.

Pertanto, le soluzioni possibili sembrano due, entrambe *de iure condendo*:

- a. adottare una legge che, sul modello tedesco, disciplini – in maniera al tempo stesso generale ma sufficientemente analitica – l'esecuzione coattiva dei provvedimenti amministrativi da parte della stessa pubblica amministrazione (così sovvenendo al principio di stretta legalità imposto dall'art. 21-ter della l. n. 241 del 1990), con tutela giurisdizionale attivabile dal soggetto amministrato davanti al giudice amministrativo¹⁵;
- b. introdurre, nell'ambito del c.p.a., un'apposita azione di carattere *lato sensu* "esecutivo", esperibile *ex ante* dalla pubblica amministrazione, magari attraverso un rito speciale accelerato, davanti, per l'appunto, al giudice amministrativo – l'unico, almeno nella stragrande maggioranza dei

Ad ogni modo, durante il Convegno 'Εκλέγεται. La dinamica della determinazione oltre i concetti tradizionali di potere e volontà, Urbino, 9 e 10 febbraio 2017, i due Autori hanno convenuto, *de visu* ed in pubblico, su due aspetti: in primo luogo, le argomentazioni tecnico-giuridiche volte ad affermare o a denegare l'esecutorietà come principio generale "nascondono", in realtà, concezioni profondamente diverse della pubblica amministrazione e dei suoi rapporti con i soggetti amministrati; in secondo luogo, e soprattutto, sarebbe necessaria una ulteriore riflessione – comune e il più possibile "partecipata" – sul problema, perché a tutt'oggi esso risulta irrisolto.

¹⁵ Nell'ordinamento tedesco, a fronte di una risalente «dottrina generale dell'esecutorietà come prerogativa "naturale" e consuetudinaria dei poteri sovrani» [così G.D. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, Utet, 1991, p. 146, nota n. 16, il quale, al riguardo, richiama R. VON GNEIST, *Verwaltungsexecution*, in *Holtzendorff, Rechtslexicon*, III, Leipzig, Duncker & Humblot, 1881, pp. 1106 ss. (ma sull'evoluzione della dottrina successiva sino alla VwVG, sulla quale cfr. subito *infra*, cfr. anche E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 1° Band, Allgemeiner Teil, München, 1950, pp. 220 ss.)], sussiste, sin dal 1953, una apposita legge federale che disciplina in termini generali, ma allo stesso tempo in maniera assai analitica, la materia: si tratta della *Verwaltungsvollstreckungsgesetz* (VwVG) [sull'esame di tale legge (da ultimo modificata nel 2009), alla quale occorre aggiungere le leggi dei singoli *Länder*, che possono prevedere discipline autonome in materia, cfr., di recente, ed in un'ottica comparata con l'ordinamento italiano, l'ampia, seria ed accurata analisi di L. DE GREGORIIS, *Esercizio proporzionale del potere esecutivo nell'ordinamento giuridico italiano e tedesco*, in *www.giustamm.it*, 2011)].

In quello stesso ordinamento, inoltre, esiste anche un'altra importante legge federale, la *Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes* (UZwG), che disciplina in estremo dettaglio i poteri ed i limiti della forza pubblica in relazione, per l'appunto, alle misure di coazione diretta *in rem* ed *in personam*. Su tale legge, e sulle sue strette connessioni con la VwVG, cfr., per tutti, K.-H. BLÉUMEL, *Bundespolizeigesetz: BPolG. Zwangsanwendung Nach Bundesrecht: VwVG, UZwG*, Berlin, R. Boorberg, 2006, *passim*.

Naturalmente, anche la dottrina tedesca si è a lungo interrogata sul fondamento teorico del potere esecutivo, ma – per ciò che interessa in questa sede – occorre evidenziare che «tale problema è attualmente privo di importanza pratica» (così G.D. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., p. 146, nota n. 16, che richiama, al riguardo, H.-U. ERICHSEN, W. MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, De Gruyter, 1981, p. 261), dal momento che «l'esecuzione dell'atto amministrativo nell'ordinamento giuridico tedesco contempla *ex lege* la possibilità della sua realizzazione coatta, senza intervento del giudice e con i mezzi esecutivi apprestati dall'ordinamento» (così, ancora, L. DE GREGORIIS, *Esercizio proporzionale del potere esecutivo nell'ordinamento giuridico italiano e tedesco*, cit.).

Tutto ciò non fa certamente della Germania un paese meno democratico della Francia o dell'Inghilterra.

casi, astrattamente fornito di giurisdizione in ordine alle controversie in esame, che senza ombra di dubbio sono “controversie di diritto pubblico”¹⁶.

Quest’ultima soluzione corrisponde ad un suggerimento della più recente dottrina francese, la quale, avvertendo nell’ordinamento d’Oltralpe problematiche del tutto analoghe a quelle affrontate in questa sede, ha rilevato che l’unico modo per uscire da tale *impasse* sarebbe quello «de l’institution, par voie législative, d’un juge de l’exécution»: «Celuici ne pourrait être que le juge administratif, seul juge naturel des actes administratifs (le juge judiciaire n’en connaissant que par voie d’exception) dont l’office, en l’occurrence, conjuguerait contrôle de légalité des actes à exécuter et usage des procédures de référé»¹⁷.

¹⁶ Azione che dovrebbe essere rimessa – come assai condivisibilmente rileva F. SAITTA, *Esecuzione amministrativa e giurisdizione (noterelle a margine di una recente pronuncia)*, in *www.giustamm.it*, 2017, VI (ma lo studio è in corso di pubblicazione anche in *Diritto e processo amministrativo*) – alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

¹⁷ Così C. MILHAT, *Entre contraintes et interdits: l’administration et l’exécution de ses actes*, in *Droit et cultures*, 2009, pp. 57 ss. Può essere interessante rilevare che questo Autore richiama, in relazione all’*impasse* segnalata nel testo, le parole di H. BERTHÉLEMY, *De l’exercice de la souveraineté par l’autorité administrative*, in *R.D.P.*, 1904, pp. 209 ss., il quale, nel domandarsi «la loi ne sera-t-elle pas obéie? L’administration chargée d’en procurer l’observation, s’avouera-t-elle impuissante devant l’inertie des [administrés]? La justice restera-t-elle impassible devant la violation flagrante de l’ordre édicté?», si rispondeva: «Oui, la justice doit rester impassible et l’administration doit s’avouer impuissante», giacché «la justice ne peut prononcer une peine pour une négligence dont la loi n’a fait ni un crime, ni un délit, ni même une contravention. [...] Où le texte est muet, la fonction de l’administrateur s’arrête. Son autorité ne lui appartient que parce qu’il représente l’Etat dont il fait valoir les droits. Elle n’est que le mode d’exécution de la volonté souveraine du législateur et la volonté souveraine du législateur ne peut pas se présumer quand il ne l’a pas exprimée». Ma lo stesso C. MILHAT controbatte, a sua volta, assai efficacemente: «Pour séduisante qu’elle soit, cette assertion n’est cependant pas satisfaisante, car reposant sur une conception réductrice et erronée du droit. Si la règle de droit ne peut être sanctionnée, cela signifie, d’après le postulat kelsenien, que le règlement des actions humaines cesserait d’être du droit. Pis encore, il faudrait se résigner à admettre que l’autorité chargée d’appliquer la loi, en l’occurrence l’administration, malgré ses prérogatives de puissance publique, pourrait être mise en échec par le simple fait d’un administré se faisant justice à lui-même. Ce qui est catégoriquement nié dans les rapports de droit privé, n’est guère plus acceptable en droit public».