
PREFAZIONE

Nei vecchi manuali di diritto amministrativo c'è un capitolo sulla tutela esecutiva del privato nei confronti della pubblica amministrazione, a mezzo, essenzialmente, del giudizio di ottemperanza davanti al giudice amministrativo; e un capitolo sulla tutela esecutiva della amministrazione contro il privato, che solo in parte passa attraverso il giudizio perché l'amministrazione, si legge, dispone del potere di autotutela, e quindi può soddisfare le sue pretese con l'esercizio di poteri amministrativi sostanziali.

Salvatore Mazzamuto, che ha dato contributi fondamentali al tema della esecuzione forzata, esamina oggi i rapporti tra le due categorie di soggetti-privato ed ente pubblico – dal punto di vista del civilista. Un civilista che prende atto della *“esportazione delle tecniche privatiste di tutela nel campo dell'amministrazione”* (è il titolo del primo paragrafo del capitolo I): ma nello stesso tempo è consapevole dei limiti di questa *“esportazione”*. La più efficace protezione giuridica del privato contro la pubblica amministrazione è in realtà assicurata da una tecnica pubblicistica, qual è il giudizio di ottemperanza. A sua volta, la moltiplicazione dei poteri di aggressione del patrimonio del privato da parte della pubblica amministrazione è il risultato di strumenti giuridici in buona parte diversi da quelli offerti dal codice civile e dal codice di procedura civile.

Se così non fosse, ammette Mazzamuto, non si giustificherebbe un lavoro sulla esecuzione forzata e la pubblica amministrazione, che presuppone l'esistenza di tratti specifici dell'istituto quando il privato ha interesse a *“forzare”* la pubblica amministrazione, e non solo per fare valere pretese a carattere patrimoniale, e la pubblica amministrazione necessita di strumenti rapidi per realizzare i suoi crediti verso il privato.

Se c'è un principio che ha orientato nel tempo i due processi, è sicuramente il principio della effettività della tutela giurisdizionale: intesa non come astratta *“giustiziabilità”* del diritto o dell'interesse, ma come esito di

un concreto rimedio che ne garantisca la soddisfazione o che comunque ne scoraggi l'insoddisfazione (Virgilio Andrioli, Adolfo di Majo).

Quando una delle parti è una pubblica amministrazione, aleggia l'interesse pubblico, per cui la aspirazione del privato a veder soddisfatto il suo diritto trova un limite in quel "terzo" invisibile, a tutela del quale certi bene pubblici sono sottratti all'espropriazione; e l'aggregazione del denaro pubblico da parte del privato deve fare i conti con un regime che vincola una parte del denaro alla soddisfazione di interessi alieni (degli impiegati pubblici, di altri creditori, ecc.). Una questione che viene affrontata con sapienza nel capitolo II del libro.

Certo, molta acqua è passata sotto i ponti, da quando fu approvato l'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (1865), ancora in vigore. «*L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali per quanto riguarda il caso deciso*». Ludovico Mortara, nel suo monumentale commentario del codice e della legge di procedura civile, così traduce in più chiare parole il contenuto della disposizione: «*le sentenze dei tribunali che dichiarano la lesione di un diritto per effetto di un atto amministrativo saranno eseguite se ed in quanto all'organo governativo che effettuò la lesione, o a quello che sovra di esso esercita una potestà gerarchica, piacerà*».

Qual è la ragione di questo divieto? Un divieto che rende inammissibile nel processo civile l'azione di annullamento dell'atto amministrativo; e non consente l'esecuzione forzata sui beni dell'ente pubblico anche se dell'atto è stata accertata l'illegittimità ai sensi del successivo art. 5.

«*Legislatore, interpreti, espositori teorici, tutti ammisero, quasi senza discussione, che la legge non avrebbe potuto attribuire al magistrato il diritto di riformare o modificare l'atto senza investirlo con ciò di un ufficio di amministrazione attiva*» (così, ancora, Lodovico Mortara). Una concezione estrema del principio della separazione dei poteri, che oggi la Costituzione respinge quando affida alla legge il compito di determinare «*quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione*» (art. 113, comma. 3°); e quindi prevede la possibilità che anche il giudice ordinario annulli l'atto amministrativo illegittimo. Cosa che tante leggi di settore oggi prevedono.

Il vuoto di tutela creato dall'art. 4 legge cont. viene in parte colmato un quarto di secolo dopo (1889): quando alla neonata quarta sezione del Consiglio di Stato viene attribuito anche il potere di decidere, «*pronunziando*

anche in merito, dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudice dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico».

Un superamento del divieto posto dall'art. 4 legge cont.?

No, perché nella testa del legislatore del 1883 la IV Sezione del Consiglio di Stato è pur sempre un organo amministrativo, come lo sono le preesistenti prime tre Sezioni (consultive): sicché la coazione ad adempiere all'obbligo di conformarsi al giudicato, cui viene assoggetta l'amministrazione soccombente, è pur sempre esercitata da un organo amministrativo.

Ma qualche anno dopo, prima la Cassazione, poi lo stesso legislatore, affermeranno la natura giurisdizionale del procedimento davanti al nuovo organo e quindi la natura di giudice della IV e della V Sezione. L'esecuzione del giudicato civile viene così imposta all'amministrazione riluttante nell'ambito di un processo esecutivo.

Una svolta si ebbe nel 1928 quando il Consiglio di Stato, forzando la lettera della legge, estese la possibilità utilizzando giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo. Un fatto *«di pura e semplice (direi bruta) normazione giurisprudenziale»* (Mario Nigro). A partire da quel momento il ricorso per esecuzione del giudicato viene usato soprattutto per l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo.

Al rimedio si ricorre per costringere l'amministrazione soccombente a riesercitare il potere amministrativo in modo conforme alla sentenza amministrativa che ha accolto il ricorso: perché, ad es., sia corretta la graduatoria di un concorso, perché sia nominata una nuova commissione giudicatrice, perché venga riesaminata la richiesta di provvedimento autorizzativo respinta dall'amministrazione con un atto annullato dal giudice amministrativo, perché l'amministrazione provveda dopo che è stato annullato il suo silenzio-rifiuto etc. etc.

Tutto questo mette in luce la profonda differenza che la tutela esecutiva contro la pubblica amministrazione esibisce a seconda che il comportamento censurato (atto, inerzia) si iscriva in un rapporto di diritto pubblico o in un rapporto di diritto privato. Altro è per l'ente pubblico, per esempio, non pagare un debito, altro non esaminare una richiesta di autorizzazione o di concessione. Quindi, due forme di "esecuzione forzata": quella che viene affidata al processo di esecuzione civile, a cui il privato ricorre quando ha ottenuto dal giudice civile il riconoscimento del suo credito, e quella che viene cercata nel giudizio amministrativo di ottemperanza, per

ottenere che l'amministrazione si conformi alla regola sul legittimo esercizio del potere amministrativo enunciata dal giudice amministrativo.

L'elasticità del giudizio di ottemperanza consente il suo impiego anche per ottenere l'esecuzione forzata dei diritti di credito accertati dal giudice civile. Le due forme di tutela esecutiva – la tutela dei crediti accertati dal giudice civile e la tutela esecutiva assicurata dal giudice dell'ottemperanza a chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto impugnato – sono distinte: ma il giudizio di ottemperanza può essere usato, e in modo spesso più spedito, anche per ottenere l'adempimento da parte dell'amministrazione, dell'obbligo di ottemperare al giudicato civile. In definitiva, con riguardo alle sentenze del giudice ordinario, esecuzione civile e giudizio di ottemperanza operano in concorso e realizzano un sistema di “*doppia tutela*” (Marcello Clarich).

Come rileva Mazzamuto la concorrenza tra i due rimedi ha finito per operare in termini di reciprocità, nel senso che anche una pronuncia condannatoria del giudice amministrativo può trovare soddisfazione, oltre all'ottemperanza, nell'esecuzione civile. Alle sentenze del giudice amministrativo viene apposta la formula esecutiva e i provvedimenti dello stesso giudice che dispongono il pagamento di somme di denaro valgono come «*titolo anche per l'esecuzione nelle forme disciplinate dal libro III del codice di procedura civile e per l'iscrizione di ipoteca*» (art. 115 c.p.a.).

L'ambito di applicazione del giudizio di ottemperanza è stato poi ulteriormente esteso dal legislatore. Non è più necessario che la sentenza sia passata in giudicato: anche la sentenza esecutiva (di primo grado) può dare ingresso al giudizio di ottemperanza, come anche il lodo arbitrale o la misura cautelare cui l'amministrazione non ha dato seguito (artt. 112 e 59 c.p.a.). Sempre con il ricorso in ottemperanza può essere chiesta la condanna dell'amministrazione al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi dopo la condanna e può essere chiesto il risarcimento dei danni connessi alla impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione (art. 112, comma 3°, c.p.a.). Tutto questo viene chiarito nel volume di Mazzamuto.

Altrettanto interessante è la ricognizione dei poteri che l'amministrazione può esercitare per far valere *in executivis* le sue pretese. Anzitutto può esercitare poteri di autotutela, senza ricorrere al giudice. La dottrina amministrativistica, tuttavia, sin dagli anni sessanta del secolo scorso (Feliciano Benvenuti, Aldo Maria Sandulli), ha messo in discussione l'esistenza di

un generale potere di autotutela. Il principio di legalità, che regge il potere di provvedere, esige che anche il potere di dare esecuzione al provvedimento che il privato non ha osservato debba essere sorretto da una specifica autorizzazione legislativa. Il potere di dare un ordine non include il potere di dare esecuzione coattiva all'ordine cui il privato non ha obbedito: occorre a questo fine una autonoma previsione di legge che contempri questo secondo potere. Solo *«nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti»* (art. 21-ter legge n. 241/1990).

L'«esecutorietà» non è considerata più un attributo generale del potere amministrativo. Esistono invece specifici poteri caratterizzati dalla esecutorietà previsti da singole disposizioni di legge. Un esempio? Secondo l'art. 823, comma 2°, c.c. spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal presente codice. E, quindi, essa può chiedere al giudice la reintegrazione del possesso contro l'autore dello spoglio (art. 1168 c.c.), ma può anche procedere per cacciarlo dal bene demaniale indebitamente occupato a mezzo della forza pubblica.

La pubblica amministrazione ha anche il potere di creare da sé il titolo esecutivo: l'ordinanza-ingiunzione per la riscossione delle sanzioni amministrative pecuniarie (art. 18 legge n. 689/1981); l'avviso di accertamento dell'Agenzia delle Entrate per il mancato pagamento di IRPEF, IVA ed IRAP; l'ordinanza ingiunzione *ex r.d.* n. 639/1910 per la riscossione coattiva dei tributi comunali, che ha le caratteristiche del precetto e dell'atto esecutivo, in origine subordinata alla vidimazione del pretore, oggi affrancata da tale necessità; il fermo amministrativo (le c.d. gancasce fiscali, art. 86 d.P.R. n. 602/1973 aggiornato dall'art. 4 legge n. 248/2005).

Sono tutte deroghe al disposto dell'art. 2910 c.c.: il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può fare espropriare i beni del debitore, secondo le regole stabilite dal codice di procedura civile. Nessuno, tuttavia, rileva Mazzamuto, ha mai pensato che il rinvio al codice di rito renda inammissibile forme espropriative diverse da quelle ordinarie. Il tendenziale deperimento dei mezzi ordinari di realizzazione coattiva dei crediti pecuniarî si deve, per un verso, alla crescita degli strumenti di garanzia del credito (garanzie autonome, pegno irregolare, riservato dominio, mandato irrevocabile all'incasso, polizze assicurative, fondi interbancari), alternativi alla garanzia patrimoniale del debitore e rafforzativi della stessa; e per altro

verso della considerazione di concetti, valori e fini estranei alla tutela espropriativa, quali la natura amministrativa dei procedimenti, le esigenze del risparmio o della economia, il buon funzionamento del credito.

Un capitolo del lavoro (il IV) è poi dedicato alla esecuzione in forma specifica nei confronti della pubblica amministrazione: l'esecuzione forzata per consegna o rilascio o l'esecuzione forzata degli obblighi di legge (per es. la restituzione dell'immobile oggetto di occupazione appropriativa o usurpativa, ottenibile sia in sede civile che con il giudizio di ottemperanza, o ancora la reintegra nel posto di lavoro in applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ridimensionati nella sua portata della legge n. 92/2012, la c.d. legge Fornero). Mentre il capitolo V ricostruisce il dibattito sull'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto cui l'amministrazione si sia sottratta (art. 2932 c.c.).

L'esecuzione forzata è regolata dal codice civile nel titolo V dedicato alla tutela giurisdizionale dei diritti, a sua volta ricompreso nel VI libro del codice intitolato alla tutela dei diritti, significare che la tutela dei diritti non presuppone necessariamente una loro violazione (come si evince dalla c.d. pubblicità dichiarativa, dalle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale). La tutela giurisdizionale dei diritti interviene per superare l'ostacolo della resistenza che oppone il responsabile della violazione del diritto a restaurare l'ordine violato quando il responsabile si rifiuta di risarcire o restituire volontariamente, dopo aver commesso la violazione. La tutela giurisdizionale segna l'estremo limite del diritto: essa presuppone che questo sia stato violato e che il responsabile non abbia spontaneamente rimediato alla violazione, risarcendo o restituendo. Ed interviene in un ordinamento che in linea generale vieta al danneggiato di farsi ragione da sé. Con l'esecuzione forzata il diritto che è stato violato si prende la rivincita.

Guido Corso