

L'attivazione del potere sostitutivo: dal cittadino alle istituzioni*

di Sebastiano Licciardello

Sommario: 1. L'attivazione del potere sostitutivo. – 2. Potere sostitutivo e modello gerarchico di amministrazione. – 3. Potere sostitutivo e modello di amministrazione per “autonomie” e “responsabilità”. – 4. Il potere sostitutivo nei rapporti intersoggettivi (cenni). – 5. Il potere sostitutivo in funzione di ripristino dell'efficacia dell'agire pubblico. – 6. Il potere sostitutivo come sanzione ripristinatoria. – 7. L'attivazione del potere sostitutivo da parte dei cittadini.

1. *L'attivazione del potere sostitutivo*

L'attivazione del potere sostitutivo avviene mediante un atto di iniziativa proveniente da una amministrazione o da un privato in concorrenza con una amministrazione.

Nella prima ipotesi il procedimento è avviato d'ufficio dal sostituto. In sostanza, viene avviato per iniziativa della stessa amministrazione titolare del potere sostitutivo, per tutelare un interesse che viene messo a rischio dall'inerzia dell'amministrazione competente in via ordinaria¹.

Ma può accadere che il potere di attivare il sostituto appartenga ad un organo o ente terzo a cui l'ordinamento attribuisce il potere di iniziativa. In tal caso può parlarsi di iniziativa eteronoma: ad esempio il responsabile del procedimento amministrativo attiva l'organo tecnico di cui all'articolo 17 della legge 7 agosto 1990, n. 241 in caso di inerzia dell'organo originariamente competente all'adozione di una valutazione tecnica ovvero il presidente del Consiglio dei ministri è chiamato ad intervenire nei confronti di una regione su iniziativa di un ente locale ai sensi dell'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

Si è discusso in passato se sia attivabile il potere sostitutivo da parte della competente amministrazione, stante che in tal modo si avrebbe una sorta di abdicazione del potere.

* Relazione al Convegno “*Il potere sostitutivo della pubblica amministrazione*”, Napoli, Università “Luigi Vanvitelli”, 13-14 dicembre 2024.

¹ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004, 306. In tema vedi pure C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo*, Padova, 2004.

Simil possibilità è oggi ammessa, ad esempio, dall'art 12, comma 3, del decreto legge 31 maggio 2021 n. 77, sulla *Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza, per cui il ministro competente provvede nel caso in cui la richiesta di esercizio dei poteri sostitutivi provenga, per qualunque ragione, direttamente da un soggetto attuatore.

La distinzione tra iniziativa di ufficio ed iniziativa privata allo stato attuale appare recedere rispetto alla attivazione del potere sostitutivo per iniziativa concorrente sia privata che di ufficio.

Invero una ipotesi di attivazione da parte del privato del potere sostitutivo è stata prevista dall'art. 3 *ter* del decreto legge 12 maggio 1995, n. 163 riguardo i ritardi nella adozione di provvedimenti da parte di amministrazioni statali e poi dall'art. 2 comma 9 *ter* della l. n. 241/1990 nella formulazione introdotta dal decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5 il quale prevedeva che decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento il privato potesse rivolgersi al responsabile di cui al comma 9 *bis* perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concludesse il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

La disposizione è stata interpretata nel senso che non solo il cittadino che abbia presentato una istanza all'amministrazione possa attivare il potere sostitutivo ma anche chiunque abbia presentato una qualsiasi richiesta o presentato una denuncia può attivare il potere sostitutivo avendo diritto ad una risposta, ancorché in forma breve, avendo una "*pretesa al provvedimento*" ai sensi del comma 1 dell'art. 2².

La previsione del potere sostitutivo per inerzia procedimentale, per ciò che concerne l'attivazione, è però stata modificata dall'art. 61, comma 1, lett. b), decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, per cui il responsabile o l'unità organizzativa di cui al comma 9 *bis*, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

Va aggiunto che l'iniziativa concorrente di parte e di ufficio prescinde "*dalla legittimazione ad avviare il procedimento originario*" quindi per un procedimento ad iniziativa di parte può essere attivato il potere sostitutivo d'ufficio e per un procedimento officioso può essere attivato il potere sostitutivo dalla parte che ha interesse³.

Ulteriori disposizioni prevedono una attivazione concorrente del

² S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, Torino, 2020, 196 s.; F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Napoli, 2023, 162.

³ F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, cit., 194.

potere sostitutivo da parte dell'amministrazione e dei privati. Ad esempio, l'art. 30 del decreto legge 17 maggio 2022, n. 50, prevede l'attivazione del potere sostitutivo del Ministero delle imprese e del *made in Italy* su istanza dell'impresa, dell'ente o della pubblica amministrazione interessati, in caso di inerzia nelle procedure ad oggetto investimenti per il sistema produttivo nazionale. Parimenti l'art. 7 del decreto legge 14 aprile 2023, n. 39, prevede che al fine di fronteggiare la crisi idrica in caso di inerzia, il Commissario straordinario nazionale per l'adozione di interventi urgenti connessi al fenomeno della scarsità idrica, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo.

Da questo quadro del tutto sommariamente tracciato sembra che il tema della attivazione dell'esercizio di poteri sostitutivi sia del tutto asistemico; il che ridurrebbe l'analisi ad una mera ricognizione delle disposizioni normative che individuano il soggetto a cui spetta l'attivazione del potere sostitutivo: sempre parte pubblica, talvolta, in concorrenza, parte privata⁴.

Ma questo appare all'evidenza cosa piuttosto inutile.

Come appare del tutto inutile prendere atto della "confusione" del diritto positivo, senza tentare una ricostruzione unitaria dell'istituto, ricostruzione che non è pensabile, attraverso il tralattizio ordine costruttivo "schematizzante" delle categorie giuridiche⁵ di cui già da tempo si è evidenziato il loro "*décloisonnement*"⁶, quanto piuttosto attraverso il metodo storico, necessario a ricostruire, seppure ai limitati fini dell'oggetto della relazione, l'istituto, la nascita e l'evoluzione, così da cercare di compren-

⁴ Ad esempio, l'art. 9 della legge 5 agosto 2022, n. 118, in materia di trasporto pubblico locale prevede che sia il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili a proporre l'esercizio del potere sostitutivo di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131. Nello stesso senso l'art. 12 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 in materia di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche.

⁵ J.L. BERGEL, *Ouverture*, in *Les catégories en droit*, Collection des Presses Universitaires de Seaux, 2017, 16.

⁶ Ci riferiamo al saggio di B. SEILLER, *L'érosion de la distinction SPA-SPIC*, in *AJDA*, 2005, 417 il quale si interroga sulla secolare categorizzazione nel diritto amministrativo invitando a riflettere sulla sostenibilità di tutte le categorie di esso. Più recentemente C. KALOUDAS, *La décloisonnement des catégories en droit administratif*, in *Les catégories en droit*, cit., 163 ss. Vedi pure le insuperabili pagine di Giorgio Berti che racconta della sua frequenza all'Università di Ferrara del corso di diritto amministrativo tenuto dal prof. Tumati, chiedendosi "*che senso aveva quella classificazione di istituti, di regole, di giurisprudenza che usciva prevalentemente, come una serie ordinata di gradevoli figurine dal quadro che aveva in mente il professore e che noi studenti avremmo dovuto ricomporre nella nostra mente?*" (G. BERTI, *Diritto amministrativo. Memorie ed argomenti*, Padova, 2008, 2 ss.).

derne la natura, la funzione, gli scopi, gli interessi che vuole soddisfare, per cercare quindi di collocare sistematicamente, nel contesto ricostruito, il profilo dell'attivazione del potere sostitutivo ⁷.

2. *Potere sostitutivo e modello gerarchico di amministrazione*

L'istituto della sostituzione amministrativa è ricondotto dalla dottrina del primo Novecento all'organizzazione. Per Federico Cammeo il potere di sostituzione è attribuito ordinario della gerarchia ⁸. Santi Romano nel suo corso di diritto amministrativo si occupa della sostituzione nel paragrafo dedicato alla distribuzione delle funzioni tra diversi organi ritenendo che un organo è autorizzato ad esplicare attività di un altro organo nei casi di necessità o quando quest'ultimo non è in grado di funzionare ⁹ e Guido Zanolini tratta della sostituzione occupandosi dell'organizzazione gerarchica dello Stato ed individuando tra i poteri del superiore gerarchico il potere di sostituzione dell'azione dell'inferiore, quando questo, avendo l'obbligo di provvedere, non abbia provveduto ¹⁰.

Pertanto, il potere sostitutivo veniva inteso come “*fenomeno connaturale alla gerarchia, tale da prescindere da norme di legittimazione*” ¹¹.

Invero era comunemente riconosciuta all'ufficio superiore la facoltà di assumere per singoli casi la competenza dell'ufficio inferiore, “*sicurissimo principio su cui v'è l'universale consenso*” sosteneva Cino Vitta ¹².

Sarà Vittorio Emanuele Orlando a ritenere necessario invece un fondamento legislativo del potere di sostituzione e ciò per l'autonomo rilievo che è andato ad assumere il vizio di incompetenza ¹³

⁷ Su questo metodo di indagine vedi V. OTTAVIANO, *Premessa metodologica*, in *Scritti giuridici*, Milano 1992, I, 9 (già in *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 1947, 339, nota 2).

⁸ Vedi F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1901, 472. Vedi pure E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Roma, 1917, I, 24.

⁹ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 112.

¹⁰ G. ZANOLINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, I, 147.

¹¹ Vedi M.R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, in *Diritto e società*, 2017, 365, nt. 11. L'Autore richiama G. CONTI, *Organizzazione gerarchica e stato democratico*, Padova, 1989, 59 ss.

¹² C. VITTA, *Dritto amministrativo*, I, Torino, 1954, 183.

¹³ V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. III, Parte II a cura di V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1923, 659.

Così per Forti il potere di sostituzione appartiene “*sempre all'ufficio superiore con una sola eccezione notevole e di portata assai larga: e cioè quando la sfera delle attribuzioni dell'ufficio inferiore è costituita per legge*”¹⁴. In questi casi, non vi è facoltà di sostituzione del superiore gerarchico.

Il che è condiviso dal Sandulli il quale nel Manuale, riconduce alla gerarchia il potere sostitutivo sempre che l'autorità sovraordinata “*disponga di una competenza in tutto o in parte comprensiva di quella dell'organo inferiore e quindi concorrente con essa*”¹⁵. Anche la giurisprudenza specificava che la competenza dovesse essere attribuita ai due organi in materia indistinta¹⁶.

Il ricondurre comunque la sostituzione all'organizzazione amministrativa gerarchica appariva in linea con la concezione tradizionale di amministrazione e dei rapporti amministrazione/cittadino.

Ricondotto il potere sostitutivo alla relazione gerarchica inferiore/superiore è stato confrontato con il potere di decisione sul ricorso gerarchico, ponendosi in questo caso però la questione di spiegare la natura dell'iniziativa che appartiene in specie ad un privato, il ricorrente.

Pucchetti, nella monografia del 1938, *il ricorso gerarchico*, sostiene che il privato quando presenta un ricorso amministrativo agisce come sostituto dell'autorità amministrativa: come esiste il sostituto processuale nel processo civile così col ricorso amministrativo il privato si sostituisce alla pubblica amministrazione¹⁷.

Si tratta di una concezione diffusa, molto bene rappresentata dal Guicciardi, per il quale il cittadino è portatore di un interesse qualificato e coincidente con l'interesse pubblico che provoca l'esercizio del controllo repressivo, ossia di quei poteri che si “*potrebbero spiegare d'ufficio sugli atti delle autorità dipendenti*”¹⁸.

Pertanto, nella concezione tradizionale, che sopravviverà, almeno fino agli anni Novanta del Novecento, l'iniziativa nella attivazione del potere sostitutivo nei rapporti interorganici è comunque funzionale alla cura dell'interesse (generale) dell'amministrazione, nella sua unità garantita dal principio gerarchico.

¹⁴ U. FORTI, *Diritto amministrativo*, I, Napoli, 1931, 239.

¹⁵ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 240.

¹⁶ Consiglio di Giustizia Amministrativa, 7 maggio 1974, n. 75.

¹⁷ A. C. PUCCHETTI, *Il ricorso gerarchico*, Padova, 1938, 50.

¹⁸ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 96.

3. *Potere sostitutivo e modello di amministrazione per "autonomie" e "responsabilità"*

La recessione prima, a partire dagli anni '70 del secolo scorso del principio gerarchico e il suo superamento dopo, con la legislazione degli anni '90, non travolgeranno il potere sostitutivo che a questo punto si affranca dal modello organizzativo gerarchico.

Il riconoscimento dell'autonomia dirigenziale se ha comportato la caducazione dei poteri ministeriali di annullare, revocare o riformare gli atti dei dirigenti, di decidere sui ricorsi gerarchici e di riservare a sé l'adozione di particolari categorie di provvedimenti non ha fatto venire meno - con il d.lgs. n. 29 del 1993 - il potere di avocazione ministeriale, specificatamente previsto dall'art. 14, 3° comma.

Il potere di avocazione, il cui permanere poteva fare dubitare dell'effettivo superamento del principio gerarchico, è tuttavia scomparso con il d.lgs. n. 80 del 1998, che invece mantiene in capo al ministro il potere di sostituzione per inerzia.

Il potere del ministro di sostituzione appare in linea con i nuovi principi di organizzazione individuati nell'«autonomia» e nella «responsabilità»¹⁹.

Rispetto all'avocazione, che può prescindere dall'inerzia ed avere pertanto carattere preventivo, il potere di sostituzione per inerzia ha carattere successivo ed è funzionale a rendere effettivo il principio di sussidiarietà che, riferito all'organizzazione per autonomie, legittima interventi sostitutivi a garanzia dell'efficacia dell'azione amministrativa ed alla effettiva cura degli interessi dei cittadini. Sotto questo profilo il principio di sussidiarietà si presenta come una formula piuttosto flessibile che legittima i poteri *sostitutivi* per supplire ad (eventuali) inerzie dell'amministrazione²⁰.

Nel passaggio da una organizzazione gerarchica ad una organizzazione per autonomie e responsabilità, l'iniziativa dell'attivazione del potere sostitutivo nelle relazioni intraorganiche, non corrisponde ad un generale interesse dell'amministrazione ma ad un interesse pubblico che si declina nella soddisfazione degli interessi di cittadini, imprese, collettività ed allontanandosi dalla funzione di controllo e coordinamento gerarchico

¹⁹ S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per autonomie e diritti dei cittadini*, Torino, 2000.

²⁰ Vedi M.R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, cit. 375.

diventa -come ha evidenziato la dottrina- “un’importante strumento di riequilibrio dell’organizzazione amministrativa, attraverso cui è possibile attribuire ad essa la flessibilità necessaria per apprendere dall’esperienza concreta ed adattarsi in modo efficace alla complessità dei problemi reali, affrontando una realtà in continua evoluzione che come tale può mettere in crisi l’assetto statico dell’organizzazione”²¹. Per corrispondere la sostituzione all’esigenza “di ricondurre sulla via della legittimità, organi per così dire ‘traviati’ per loro dolo o colpa, così assumendo carattere coattivo o repressivo, volto a correggere l’irregolarità della funzione o il suo mancato esercizio anche contro la volontà dell’organo competente in via ordinaria”²².

In sostanza, per garantire la continuità e l’effettività dell’esercizio della funzione pubblica²³.

4. Il potere sostitutivo nei rapporti intersoggettivi (cenni)

Il potere sostitutivo oltre che nelle relazioni interorganiche rileva anche nelle relazioni intersoggettive ma in modo più complesso quando sono coinvolti enti pubblici dotati di autonomia politica.

In questi casi l’attivazione del potere sostitutivo risponde alla “vocazione garantista dello Stato o, comunque, di ogni ente territoriale preposto alla tutela di esigenze unitarie all’interno di contesti caratterizzati dalla compresenza di più anelli istituzionali”²⁴.

²¹ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, cit, 289. Anche Stefano Villamena, ritiene che il potere sostitutivo “corrisponde ad una particolare applicazione del principio di sussidiarietà in senso verticale o ascendente. Infatti, se con tale principio si predilige tradizionalmente una scelta di prossimità rispetto all’attribuzione di competenze nei diversi livelli di governo, non mancano applicazioni addirittura inverse le quali, proprio sulla base della sussidiarietà, determinino che il livello superiore riassorba attraverso la sostituzione competenze altrimenti spettanti ad altri livelli”. Specificando che “la sussidiarietà che caratterizza il potere sostitutivo è di natura competitiva o, per meglio dire, concorrente, poiché gli organi amministrativi coinvolti nella relativa fattispecie conservano la piena disponibilità dell’esercizio del potere di provvedere” (S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., 200).

²² Vedi M.R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, cit. 363.

²³ In questo senso M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, cit., 22 e M.R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, cit. 374.

²⁴ Q. CAMERLENGO, *Potere sostitutivo (Dir. cost.)*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. III, 662 s. La garanzia della effettività della funzione a cui corrisponde l’attivazione del

Invero, prima delle riforme avviate negli anni '90 del secolo scorso, gli interessi unitari erano principalmente garantiti nei rapporti intersoggettivi attraverso il sistema dei controlli amministrativi. D'altra parte, il potere sostitutivo esercitato dallo Stato sugli enti locali viene tradizionalmente inquadrato nella funzione di controllo ²⁵.

La Corte costituzionale, specificherà che la sostituzione può essere prevista dalla legge solo per attività prive di discrezionalità nell'*an* e obbligatorie, tutelando l'intervento sostitutivo interessi unitari ²⁶.

Questi saranno definiti nel testo novellato nel 2001 dell'art. 120 della Costituzione per cui il Governo può sostituirsi a organi degli enti territoriali nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Va aggiunto che per l'art. 116, comma 5, le Regioni nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto

potere sostitutivo la rinveniamo nell'art. 12 del decreto legge 31 maggio 2021 n. 77, sulla governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza. Per questa disposizione nei casi di mancato rispetto da parte degli enti politici territoriali degli obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, nell'inerzia o nella difformità nell'esecuzione dei progetti o degli interventi, il Presidente del Consiglio dei ministri, ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR, su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente, assegna al soggetto attuatore interessato un termine per provvedere non superiore a quindici giorni. In caso di perdurante inerzia, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente, sentito il soggetto attuatore anche al fine di individuare tutte le cause di detta inerzia, il Consiglio dei ministri individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio, ovvero in alternativa nomina uno o più commissari ad acta, ai quali attribuisce, in via sostitutiva, il potere di adottare tutti gli atti o provvedimenti necessari ovvero di provvedere all'esecuzione dei progetti e degli interventi.

²⁵ U. FORTI, *I controlli sull'amministrazione comunale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., Vol. II, Parte II, 1915. Di diverso avviso U. BORSI, *Intorno al cosiddetto controllo sostitutivo*, in *Studi Senesi*, Torino, 1916, 169 ss. che invece prospetta una funzione di cooperazione tra autorità.

²⁶ Vedi Corte costituzionale, 9 marzo 2018, n. 56; Corte costituzionale, 16 luglio 2004, n. 227.

delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.

La dottrina costituzionalistica ha evidenziato la connessione tra il potere sostitutivo ed il principio di sussidiarietà: *“la sostituzione di un ente, ad opera di quello immediatamente «meno prossimo» rispetto alla comunità di riferimento, non è che il frangente vitale di invero della sussidiarietà istituzionale. Così come l'intervento sussidiario non può prescindere dalla obiettiva constatazione della inadeguatezza dell'ente titolare di una data funzione, altrettanto deve valere ai fini del legittimo esercizio del potere sostitutivo. Questa condizione si rivela illuminata dal principio di leale collaborazione che, non a caso, è enunciato tanto nell'art. 118 Cost., in ordine alla allocazione delle funzioni amministrative, quanto nell'art. 120, 2° co., Cost.”*²⁷.

²⁷ Q. Camerlengo, *Potere sostitutivo (Dir. cost.), Digesto delle discipline pubblicistiche*, cit., 662 s. Va precisato che la Corte costituzionale ha ritenuto che poteri sostitutivi diversi rispetto a quelli di cui all'art. 120, devono necessariamente essere esercitati da organi di governo dell'ente politico superiore “in considerazione dell'incidenza dell'intervento sull'ordine delle competenze e sull'autonomia costituzionale dell'ente sostituito”. Pertanto, con la decisione 29 aprile 2005, n. 167 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, l. rg. Abruzzo 23 gennaio 2004 n. 4, che attribuiva al difensore civico regionale un potere di controllo sostitutivo nei confronti degli enti locali. Resta invece vigente l'art. 136 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 per cui qualora gli enti locali, sebbene invitati a provvedere entro congruo termine, ritardino o omettano di compiere atti obbligatori per legge, si provvede a mezzo di commissario ad acta nominato dal difensore civico regionale, ove costituito, ovvero dal comitato regionale di controllo. Il commissario ad acta provvede entro sessanta giorni dal conferimento dell'incarico. Il Consiglio di Stato ha precisato che i poteri surrogatori del Difensore Civico, previsti dalla normativa di cui all'art. 136 del D.Lgs. n. 267/2000 non si configurano nei casi di atti e di provvedimenti di competenza degli enti locali inadempienti in esercizio di un potere amministrativo connotato da un contenuto di ponderazione o di comparazione di interessi confliggenti, ma solo laddove questi siano chiamati ad assumere una decisione in adempimento di un obbligo di legge che consenta valutazioni di tipo meramente tecnico (Consiglio di Stato, Sez. V, 16 luglio 2021, n. 5365).

È stato oggetto di sindacato di costituzionalità anche il potere prefettizio di sostituzione previsto dall'art. 143 comma 7 bis del d.lgs. 267/2000 introdotto dal decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, per cui qualora dalla relazione del prefetto emergano situazioni sintomatiche di condotte illecite gravi e reiterate, tali da determinare un'alterazione delle procedure e da compromettere il buon andamento e l'imparzialità delle amministrazioni comunali o provinciali, il prefetto al fine di far cessare le situazioni riscontrate e di ricondurre alla normalità l'attività amministrativa dell'ente, individua i prioritari interventi di risanamento indicando gli atti da assumere, con la fissazione di un termine per l'adozione degli stessi. Nel caso di inerzia si sostituisce, mediante commissario ad acta, all'amministrazione inadempiente. La Corte costituzionale con la sentenza 24 luglio 2019, n.195, ha

Pertanto, ulteriore corollario è la procedimentalizzazione del potere sostitutivo e l'effettiva partecipazione degli enti destinatari dell'atto di sostituzione, oggi garantita dall'art. 8 della l. n. 131/2003.

D'altra parte, la portata potenzialmente lesiva del sistema autonomistico dell'art. 120, comma 2, si smorza attraverso la previsione di un procedimento partecipato che rappresenterà non solo una garanzia per gli enti territoriali ma attiverà un confronto tra i diversi livelli di governo per l'effettiva definizione e tutela di quegli interessi unitari che l'art. 120, comma 2, intende custodire.

Per concludere possiamo dire che l'iniziativa pubblica di attivazione del potere sostitutivo nelle relazioni intersoggettive (Stato/autonomie) corrisponde funzionalmente a quelle esigenze unitarie oggi indicate nell'art. 120, comma 2, della Costituzione.

5. *Il potere sostitutivo in funzione di ripristino dell'efficacia dell'agire pubblico*

Questo sopravvivere del potere sostitutivo al superamento del modello gerarchico di amministrazione, la intrinseca riconduzione al principio di sussidiarietà e, pertanto, ad una organizzazione, che diventa strumentale all'azione pubblica ed ai risultati che deve essa perseguire ci consente di considerare anche l'attivazione in questa prospettiva strumentale rispetto alla responsabilità di risultato, che riguarda ogni amministrazione e che come rimarcato dalla dottrina “è da intendere non solo come responsabilità di assicurare la realizzazione di un risultato che dipenda unicamente dal suo intervento, ma anche come responsabilità di realizzare le condizioni necessarie perché il risultato possa essere prodotto da un altro ufficio o da un'altra amministrazione, rispetto a cui la prima è in una situazione di interdipendenza”²⁸.

Si tratta di un approccio oggi sollecitato dal rilievo del principio di risultato nell'agire pubblico.

Principio che la Corte costituzionale riconduce alle riforme degli anni Novanta, a quelle riforme che inaugurano “un nuovo modello di pubblica amministrazione” governato oltre che dal principio di legalità, dai criteri di

dichiarato la illegittimità del potere sostitutivo prefettizio per essere la previsione lesiva dell'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali e viola il principio di tipicità e legalità dell'azione amministrativa, disciplinando un nuovo potere prefettizio fondato su presupposti generici ed eccessivamente discrezionali.

²⁸ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, cit., 292 e 304.

economicità ed efficacia (art. 1 della l. n. 241/1990), organizzato attribuendo ai dirigenti *“il compito di conseguire gli obiettivi assegnati dagli organi di governo e, conseguenzialmente... responsabili per i risultati effettivamente raggiunti?”*. Determinando il passaggio da una amministrazione che *“doveva dare semplicemente esecuzione alla legge, adottando un singolo e puntuale atto amministrativo, a quella che è stata definita “amministrazione di risultato”, cioè un’amministrazione che deve raggiungere determinati obiettivi di policy e che risponde dei risultati economici e sociali conseguiti attraverso la sua complessiva attività... e perciò sempre più ampiamente investita del compito di scegliere, nell’ambito della cornice legislativa, i mezzi di azione ritenuti più appropriati?”*. Sottolineando che l’ampia discrezionalità *“è una componente essenziale e caratterizzante tale tipo di amministrazione”*. Per la Corte negli anni successivi agli anni Novanta la scelta a favore di un’amministrazione di risultato si è andata via via consolidando ed in questo contesto si colloca il Codice dei contratti pubblici del 2023 che nell’enunciare i principi generali che reggono l’azione amministrativa nella materia colloca all’art. 1 il principio del risultato ²⁹.

Il rilievo del risultato nell’indagine sul potere sostitutivo ci consente di capire quella collocazione del potere sostitutivo in norme che lo affastellano con ulteriori rimedi avverso l’inerzia amministrativa, per assicurare -evidentemente- il risultato.

Sotto questo profilo possono essere prese in considerazione due ipotesi.

Anzitutto il potere sostitutivo previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo di cui abbiamo già detto.

Nell’art. 2 della legge n. 241/1990 la previsione del potere sostitutivo si intreccia con la responsabilità per mancata o tardiva adozione del provvedimento che costituisce elemento di valutazione della performance

²⁹ Corte costituzionale, sentenza 16 luglio 2024, n. 132. Per il Consiglio di Stato *“il principio del risultato, secondo la declinazione datane dal legislatore: - costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea; - costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto”. Quindi “un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse, da perseguire attraverso il rispetto della concorrenza della trasparenza, funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice”. Un principio “avvinto inestricabilmente” con quello della fiducia per cui “la gara è funzionale a portare a compimento l’intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell’intervento medesimo”* (Consiglio di Stato, Sez. VII, sentenza 01 luglio 2024, n. 5789; vedi pure Consiglio di Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924).

del dirigente, nonché ipotesi di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile. Va aggiunto che per l'art. 2 *bis* le amministrazioni sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. E comunque in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo.

Quindi il potere sostitutivo si affastella chiaramente nella norma con la responsabilità da mancata performance, con la possibilità di attivazione di un procedimento disciplinare, la previsione di un indennizzo e del risarcimento: un vero e proprio "*trattamento d'urto*" per la cura dell'inerzia amministrativa³⁰.

Questo affastellarsi della disciplina del potere sostitutivo con quella delle responsabilità, la rinveniamo nell'art. 18 bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, introdotto dall'art. 41 del decreto legge 31 maggio 2021 n. 77, sulla governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza che sanziona la violazione degli obblighi di transizione digitale.

Come è risaputo l'Agenzia per l'Italia Digitale esercita poteri di vigilanza, verifica e controllo sul rispetto delle disposizioni del CAD e di ogni altra norma in materia di innovazione tecnologica e digitalizzazione della pubblica amministrazione. Nel caso di violazioni procede alla contestazione nei confronti del trasgressore.

Le violazioni accertate dall'Agenzia rilevano ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comportano responsabilità dirigenziale e disciplinare. Poi, in caso di mancata ottemperanza alla richiesta di dati, documenti o informazioni o quando il soggetto non ottemperi all'obbligo di conformare la condotta, l'Agenzia applica una sanzione amministrativa pecuniaria.

Contestualmente segnala la violazione alla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale che diffiderà ulteriormente il soggetto responsabile a conformare la propria condotta agli obblighi previsti dalla disciplina vigente. Ed in mancanza potrà essere nominato un commissario *ad acta* incaricato di provvedere in sostituzione³¹.

Pertanto, le violazioni rilevano ai fini della misurazione e della valu-

³⁰ S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., 147.

³¹ Nel caso di inerzia o ritardi riguardanti amministrazioni locali, si procede all'esercizio del potere sostitutivo di cui agli articoli 117, quinto comma, e 120, secondo comma, della Costituzione, ai sensi dell'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

tazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comportano responsabilità dirigenziale e disciplinare. E poi rilevano ai fini della irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria ed ai fini della attivazione del potere sostitutivo.

6. *Il potere sostitutivo come sanzione ripristinatoria*

Questo intrecciarsi di poteri e di conseguenze al comportamento inerte dell'amministrazione tende verso il ripristino dell'efficacia dell'azione pubblica, il che costituisce il minimo comune denominatore delle ipotesi di esercizio del potere sostitutivo e ci consente di trarre una conclusione circa la natura del potere.

Dobbiamo a tal fine ricordare che Massimo Severo Giannini riteneva che il potere sostitutivo avesse natura sanzionatoria a carattere affittivo³².

Oggi sappiamo che il carattere affittivo non sempre connota il potere sanzionatorio. Il momento affittivo della sanzione amministrativa appare prevalente se non determinante negli illeciti depenalizzati, con una funzione deterrente dissuasiva.

E tuttavia le sanzioni amministrative non sono sempre espressione di una mera potestà punitiva che si risolve nella applicazione ad un soggetto di una pena determinata secondo indici marcatamente personalizzati alla stregua della sanzione penale, in quanto il potere sanzionatorio viene attribuito talvolta per il perseguimento di interessi affidati alla cura di una amministrazione.

Si pensi al potere sanzionatorio attribuito alle amministrazioni indipendenti.

Ad esempio, la potestà sanzionatoria dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato prevista dalla legge 9 luglio 1990, n. 187 rappresenta un aspetto della funzione complessiva di detta Autorità che è insieme "*pedagogica, dissuasiva e correttiva*"³³ a completamento dei poteri ad

³² L'inquadramento della sostituzione tra i procedimenti ablatori di tipo repressivo sanzionatorio emerge dall'intervento di Massimo Severo Giannini al convegno di Cagliari del 1980 sull'esercizio del potere sostitutivo. Vedi *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere sostitutivo nei confronti dell'amministrazione locale, Atti del convegno di studi amministrativi*, Cagliari 19 – 20 dicembre 1980, Milano, 1983.

³³ C. TEITGEN COLLY, *Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes*, cit., p. 28. Sul potere "persuasivo" dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, vedi P. AQUILANTI, *Poteri dell'autorità in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e*

essa attribuiti di controllo delle intese restrittive della libertà di concorrenza, dell'abuso di posizione dominante e delle operazioni di concentrazione³⁴.

Il carattere non afflittivo della sanzione è ancora più evidente nei casi in cui il potere sanzionatorio dell'amministrazione tende con evidenza non tanto a punire una condotta illecita quanto piuttosto a ripristinare o conservare interessi pubblici prescindendo da ogni qualificazione della condotta tenuta dal soggetto.

Orbene, se il potere sostitutivo è finalizzato a ripristinare la legalità, l'efficienza, l'efficacia dell'amministrazione che rispetto al dovere di provvedere è rimasta inerte, può attribuirsi al potere sostitutivo la natura sanzionatoria e tuttavia non afflittiva (per come invece riteneva Giannini) ma ripristinatoria³⁵.

La distinzione tra sanzioni afflittive e ripristinatorie ha una immediata ricaduta sul piano procedimentale: invero, l'applicazione della sanzione amministrativa afflittiva prevede un previo procedimento per l'accertamento e la valutazione della condotta illecita attraverso una indagine incentrata sulla condotta dell'agente secondo le disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689.

Invece, il provvedimento ripristinatorio-sanzionatorio, si caratterizza per il fatto che l'accertamento di responsabilità riguarda profili di ordine puramente oggettivo da accertare attraverso un modello procedimentale partecipato.

Tale distinzione risiede nel fatto che nei procedimenti ripristinatori è prioritario l'interesse alla restaurazione diretta dell'interesse pubblico violato, declinato -nel caso di esercizio del potere sostitutivo- nel dovere di provvedere.

Della soluzione potrebbe taluno dubitare tenuto conto che in taluni casi il potere sostitutivo rappresenta non solo una deroga al sistema delle competenze ma anche una deroga alla legislazione. In questo senso si muove l'art. 57 del decreto legge 14 agosto 2020, n. 104, l'art. 32 del decreto legge 9 agosto 2022, n. 115, l'art. 2 del decreto legge 17 febbraio 2022, n. 9, l'art. 4 del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, l'art. 12, comma 5 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77.

di abuso di posizione dominante (art. 12-15), in Diritto antitrust italiano, II, Bologna, 1993, p. 891, nota 17.

³⁴ Cfr. S. LICCIARDELLO, *Sulle sanzioni a tutela della concorrenza e del mercato. Italia e Francia a confronto*, cit., p. 97 ed ivi nota 21; vedi pure M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1994 (2° ed.), p. 113; M. Clarich, *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca impresa società*, n. 1/1995, p. 61.

³⁵ S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni ripristinatorie*, in *La Sanzione amministrativa. Parte generale*, Torino, 2011, 333 s.

Quest'ultima disposizione, sulla *Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza, prevede che il titolare del potere sostitutivo provveda all'adozione dei relativi atti mediante ordinanza motivata *“in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto dei principi generali dell'ordinamento, delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea”*³⁶.

Si tratta in tutti i casi di esercizio del potere sostitutivo che non va confuso -per una diversa finalizzazione- con il potere di ordinanza *extra ordinem*, essendo il potere sostitutivo funzionale al superamento dell'inerzia amministrativa competente in via ordinaria e determinata -non può escludersi- dalla “oscurità” di una ipertrofica legislazione amministrativa³⁷.

Tuttavia, anche in questi casi possiamo qualificare il potere sostitutivo in termini di sanzione ripristinatoria. Ripristinatoria, della legalità di risultato declinazione del principio di buon andamento³⁸. Infatti, ciò che rileva per l'esercizio del potere sostitutivo è -come abbiamo visto- il risultato, che comunque va conseguito nel rispetto dei principi, così superando l'inerzia dell'amministrazione competente in via ordinaria.

³⁶ Nel caso in cui la deroga riguardi la legislazione regionale, l'ordinanza è adottata, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, da adottarsi ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Nel caso in cui la deroga riguardi la legislazione in materia di tutela della salute, della sicurezza e della incolumità pubblica, dell'ambiente e del patrimonio culturale, l'ordinanza è adottata previa autorizzazione della Cabina di regia, qualora il Consiglio dei ministri non abbia già autorizzato detta deroga con la delibera adottata ai sensi del comma 1, ultimo periodo.

Per ulteriori previsioni che legittimano l'esercizio di un potere in deroga alla legge vedi art. 41 e 42 del decreto legge 26 marzo 2001, n. 151, art. 33 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 e art. 1 del decreto legge 7 agosto 2012, n. 129.

³⁷ Da ultimo S. CASSESE, *Decreti oscuri e dannosi*, in *Corriere della Sera*, 22 marzo 2025. In sostanza il legislatore anziché porre mano ad una semplificazione della legislazione che attarda l'agire pubblico, preferisce la strada del potere sostitutivo anche in deroga a quella legislazione.

³⁸ In questo senso vedi Consiglio di Stato, Sez. VI, Sent., 23 giugno 2022, n. 5186. Cfr. M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità ed amministrazione di risultato* (atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004.

7. *L'attivazione del potere sostitutivo da parte dei cittadini*

Adesso possiamo chiederci che ricadute questo ha sulla qualificazione del potere di attivazione che, come si è detto, spetta alla parte pubblica anche in concorrenza con la parte privata.

Correttamente, con le previsioni di poteri sostitutivi, si è ritenuto che *“l’ordinamento non colloca più al centro della sua azione l’interesse privato, bensì, più in generale, l’interesse pubblico relativo al buon andamento amministrativo”* e ciò in quanto *“il problema dell’inerzia non investe soltanto il singolo individuo che si rapporta con l’amministrazione, ma ha effetti negativi anche sull’affidamento e sul relativo grado di fiducia che la comunità ripone in questa”*³⁹.

Ciò trova conferma nella previsione dell’art. 2, comma 4 bis, della legge n. 241/1990, che prevede una condivisione pubblica, attraverso la pubblicazione nel sito internet istituzionale alla sezione “Amministrazione trasparente”, dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti.

In questo contesto l’iniziativa per l’attivazione del potere sostitutivo, ancorché spettante al privato, non è solo strumento di tutela della propria situazione giuridica soggettiva, ma declinazione del principio di solidarietà, espressione del nuovo rapporto tendenzialmente paritario tra amministrazione e cittadino, retto dai principi di collaborazione e buona fede che debbono improntare reciprocamente i rapporti tra pubblico/privato⁴⁰.

In sostanza il cittadino non è estraneo all’effettivo compimento della doverosità della funzione amministrativa in ogni sua declinazione.

³⁹ S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., 23 e 40.

⁴⁰ S. LICCIARDELLO, *Diritto amministrativo*, Firenze, 2020, 401.

Abstract

Dall'insieme delle disposizioni che prevedono un potere sostitutivo sembra che il tema della attivazione dell'esercizio di poteri sostitutivi sia del tutto asistemico. È necessario invece tentare una ricostruzione unitaria dell'istituto attraverso il metodo storico, così da cercare di comprenderne la natura, la funzione, gli scopi e gli interessi che vuole soddisfare. Per quanto l'istituto era ricondotto dalla dottrina del primo Novecento all'organizzazione, ed in particolare al tradizionale rapporto gerarchico, nel successivo passaggio da una organizzazione gerarchica ad una organizzazione per autonomie e responsabilità, l'iniziativa dell'attivazione del potere sostitutivo corrisponde ad un interesse pubblico che si declina nella soddisfazione degli interessi di cittadini, imprese, collettività e si allontana dalla funzione di controllo e coordinamento gerarchico, per legarsi al principio del risultato ed al suo soddisfacimento, senza avere carattere sanzionatorio affittivo, ma piuttosto ripristinatorio. In questo contesto, l'iniziativa per l'attivazione del potere sostitutivo, ancorché spettante al privato, non è solo strumento di tutela della sua situazione giuridica soggettiva, ma declinazione del principio di solidarietà.

The provisions establishing substitute power appear disorganized. It is necessary to reconstruct the institution historically to understand its nature, function, purposes, and interests. Although initially tied to organization and hierarchical relationships, with the shift to autonomy and responsibility, the activation of substitute power responds to the public interest of citizens, businesses, and the community. Thus, it distances itself from hierarchical control and is linked to the principle of results and their achievement, without having a punitive nature but rather a restorative one. In this context, the initiative to activate substitute power, even if it is the responsibility of the private individual, protects their legal status and also expresses the principle of solidarity.