amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Inerzia amministrativa e potere sostitutivo nelle relazioni intersoggettive

di Sveva Bocchini

(Assegnista di ricerca di diritto amministrativo presso l'università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. La nozione di sostituzione amministrativa. - 2. Le origini del potere sostitutivo - 3. La teoria del controllo sostitutivo: critica. - 4. La configurazione del potere di sostituzione amministrativa quale funzione di amministrazione attiva. – 6. L'inerzia quale presupposto del potere. – 7. L'imputazione dell'atto e le ricadute processuale – 8. L'inesauribilità del potere della p.a. sostituita. - 9. Il potere di riesame dell'atto adottato dal sostituto.

Abstract

The proliferation of regulatory cases in which replacement interventions are envisaged in the face of inertia in the performance of administrative acts is the source of a renewed dogmatic interest in the power of administrative replacement.This paper, starting from a historical investigation on the substitution power, aims to give a systematic framework in the light of the current regulatory context so as to reconstruct those features common to the different types of substitution that allow a unitary legal qualification. This investigation is functional to the resolution of the issues that the exercise of the substitution power raises such as the attribution of the deed adopted as a substitute, the exhaustibility of the administrative power, the identification of the Authority which has the power to review the act adopted.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

Il proliferarsi di fattispecie normative in cui si prevedono interventi sostitutivi a fronte dell'inerzia nel compimento di atti amministrativi è fonte di un rinnovato interesse dogmatico sul potere di sostituzione amministrativa.
Il presente scritto, partendo da un'indagine storica sul potere di sostituzione, si propone di darne un inquadramento sistematico alla luce dell'attuale contesto ordinamentale sì da ricostruire quei tratti comuni ai diversi tipi di sostituzione che ne consentano una qualificazione giuridica unitaria.
Tale indagine è funzionale alla risoluzione delle questioni che l'esercizio del potere di sostituzione solleva quali l'imputazione dell'atto adottato in via sostitutiva, l'esauribilità del potere amministrativo, l'individuazione dell'Autorità cui compete il potere di riesame dell'atto adottato.

1. La nozione di sostituzione amministrativa

La sostituzione amministrativa può definirsi per una consolidata tradizione giuridica[1] come l'istituto mediante il quale un potere attribuito dall'ordinamento ad una determinata autorità è esercitato per autorizzazione legislativa da altro soggetto a fronte dell'inerzia o dell'impossibilità[2] di agire del soggetto competente.
Tratto peculiare della sostituzione amministrativa, tale da differenziarla dalla sostituzione privatistica, è che la stessa non dipende da un'iniziativa del sostituito, ma dal verificarsi di una situazione oggettiva di inerzia nell'adozione di un atto che il soggetto competente avrebbe dovuto adottare[3], sicché la stessa non si configura quale esercizio alternativo della funzione amministrativa[4], ma, al contrario, il potere sostitutivo ha carattere *eccezionale,* ovvero non rientrante nell'ordinario svolgimento

[1] Sulla sostituzione giuridica cfr. M. GRAZIADEI - R. SACCO, *Sostituzione e rappresentanza,* Dig. Priv. – sez. civ., Torino, 1989, XVIII, 616 ss.: "il vocabolo sostituzione denota genericamente le varie ipotesi in cui un soggetto ricorre alla cooperazione di un altro soggetto che compie in suo luogo un'attività giuridica". Si veda inoltre G. MIELE, *Scritti giuridici*, I, Milano 1987, 426 ss., il quale osserva che il concetto di sostituzione "ha per le sue caratteristiche che una determinata attività o attribuzione o competenza, considerata in modo concreto dal diritto positivo come spettante ad un soggetto, venga data da esercitare per generale autorizzazione legislativa, per obbligo o per atto del soggetto titolare, ad un altro soggetto". Sulla nozione di sostituzione nel diritto amministrativo senza pretesa di esaustività cfr. E. ESPOSITO, *Il potere sostitutivo*, Napoli, 1966; G. SIRIANNI, *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Milano, 1991; C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo. Caratteri - Sanzioni-Rimedi*, Milano, 1992; F. G. SCOCA, in *Potere sostitutivo e attività amministrativa di controllo*, in AA.VV., *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Milano, 1982, 15; M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004, 4 ss.

[2] Parte della dottrina ricollega l'impossibilità di agire all'istituto della supplenza cfr. G. BARONE, *Sui caratteri distintivi della supplenza nell'organizzazione amministrativa*, in *Studi in onore di Ottaviano*, Milano, 1993, 183; M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 12; D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa*, Milano, 1909, 137.

[3] Occorre il decorso di un termine o il riscontro oggettivo di un impedimento del titolare in base al quale affermare che la figura soggettiva cui spetta esercizio del potere non è intenzionata o non è in condizione di farlo.

[4] La sostituzione, quindi, si differenza dalla delegazione in cui l'iniziativa della sostituzione è dello stesso delegante (sostituito), né si può parlare di sostituzione in tutti casi in cui il titolare della funzione amministrativa decide di affidare a privati la costruzione di opere o di gestire servizi pubblici.

ISSN 2036-7821

dell'attività amministrativa, e *temporaneo*, esercitabile cioè fino al permanere dell'inerzia[5].

Va peraltro evidenziato che non tutti i poteri sostitutivi rientrano nella nozione di sostituzione amministrativa così intesa, giacché vi sono nel nostro ordinamento numerose previsioni normative che, disponendo la sostituzione di organi, incidono sulla titolarità delle competenze e non sull'esercizio delle stesse. La dottrina tradizionale distingue, infatti, la sostituzione amministrativa "parziale" dalla quella "totale": la prima, consistendo nella sostituzione nel compimento di un singolo atto o una serie di atti omessi, comporta la sola legittimazione a compiere l'atto omesso (*legittimatio ad agendum*)[6]; la seconda, invece, avendo ad oggetto l'esercizio in via sostitutiva di tutte le competenze di uno o più organi, presuppone la previa rimozione degli organi amministrativi ordinari e il trasferimento della titolarità di quell'ufficio o organo al sostituto (*legittimatio ad officium*).

Inoltre, il titolare del potere sostitutivo può compiere direttamente gli atti oggetto della sostituzione (c.d. sostituzione diretta) o attraverso la nomina di un commissario (c.d. sostituzione indiretta). La nomina di un commissario è prevista tanto per la sostituzione totale che per quella parziale rispetto alla quale è ricorrente l'espressione commissario *ad acta* in analogia con il commissario *ad acta* nominato dal giudice per garantire l'ottemperanza al giudicato o ad una sentenza o ordinanza cautelare. Tuttavia, come di recente ribadito dal Consiglio di Stato[7], il commissario nominato dalla p.a. per sostituire un organo o ente inadempiente nell'esercizio di una funzione amministrativa è una figura profondamente diversa dal commissario *ad acta* di nomina giudiziaria. Il primo ha come scopo quello di assicurare l'esercizio del potere amministrativo, ossia l'effettività dell'azione amministrativa, il secondo, invece, mira ad assicurare l'attuazione di un provvedimento giurisdizionale, ossia l'effettività della tutela giurisdizionale.

Infine la sostituzione può avvenire tra organi della stessa amministrazione (sostituzione interorganica) o tra organi di enti differenti (sostituzione intersoggettiva), ossia tra Stato e enti strumentali o enti territoriali o tra Regione e enti locali.

---

[5] Una parte della dottrina estende lo studio della sostituzione amministrativa a fenomeni in parte diversi dall'adozione in via sostitutiva del provvedimento, ossia alla sostituzione procedimentale da parte di altre Amministrazioni (v. l'adozione di valutazioni tecniche) o alla sostituzione interna nel compimento di atti di non provvedimenti o ancora alla sostituzione procedimentale da parte del cittadino (d. i. a, ora s.c.i.a., dichiarazioni sostitutive, dichiarazioni redatte dai professionisti) cfr. M. BOMBARDELLI, *op.cit.*, 219 ss. Si è scelto invece qui di restringere il campo di analisi alla mancata adozione del provvedimento al fine di indagare quei profili problematici che solo il mancato agire provvedimentale pone.

[6] Il potere sostitutivo si esaurisce con il compimento del singolo atto omesso per il quale è attribuito. La competenza del sostituto si riespande dopo che il potere è stato esercitato.

[7] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 25 maggio 2021, n. 8.

ISSN 2036-7821

Oggetto del presente contributo è il potere di sostituzione "parziale" nelle relazioni intersoggettive, giacché, coinvolgendo la stessa più amministrazioni e non incidendo sulla titolarità della funzione, ha da sempre presentano profili di maggiore problematicità.

L'approccio seguito fino ad ora dalla dottrina tradizionale è stato quello di studiare la sostituzione amministrativa nell'ambito dell'organizzazione. In particolare gli studi più recenti[8] si sono occupati di trovare un fondamento al potere di sostituzione diverso dal potere di supremazia e compatibile con la crisi del modello gerarchico nei rapporti interorganici e il riconoscimento dell'autonomia costituzionalmente garantita agli enti locali nei rapporti intersoggettivi soprattutto dopo la riforma del titolo V della Costituzione che ha introdotto il principio della equiordinazione tra gli enti territoriali. È mancato per lo più[9] un inquadramento concettuale del potere sostitutivo che in funzione della natura giuridica dello stesso consenta di valutarne le implicazioni sull'interpretazione e applicazione dell'istituto.

2. Le origini del potere sostitutivo

Il potere sostitutivo nel nostro ordinamento ha origine antiche che risalgono all'unificazione nazionale. Con l'instaurarsi dello Stato unitario emerse, da un lato, l'esigenza di realizzare una divisione razionale dei compiti amministrativi tra gli agenti burocratici soggetti a stretta direzione politica, dall'altro, quella di assicurare un controllo centralizzato su tutto il territorio dello Stato in modo da contenere i particolari pluralismi e prevenire i pericoli per l'unità politica assicurando la legalità dell'azione amministrativa.

In questo contesto l'organizzazione dello Stato era improntata a rapporti di *gerarchia* tali da riconoscere agli organi inferiori una sfera di potere determinata per oggetto, valore e territorio, ma tale da lasciare agli organi superiori un'ampia facoltà di ingerenza dai contenuti indeterminati[10].

La competenza degli organi inferiori era allora concepita come "delegazione di potere" da parte del superiore, la quale era priva dei caratteri dell'assolutezza e dell'irrevocabilità, sicché l'autorità superiore poteva sempre sostituirsi nell'attività di quella inferiore[11].

---

[8] Cfr. C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007; L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle Autonomie. Saggio critico sull'art. 120 Cost., comma II, della Costituzione*, Torino, 2007; S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, 2008; V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali*, Milano, 2012.

[9] L'unico studio sistematico dell'istituto in tempi relativamente recenti è la monografia di M. BOMBARDELLI, *op. cit*.

[10] Cfr. M. MANNA, *Partizioni teoriche del diritto amministrativo*, Napoli, 1866, 141.

[11] Cfr. G. SIRIANNI, *op. cit*., 57: "Se l'autorità superiore della gerarchia può in ogni momento surrogarsi a quella inferiore, ove lo ritenga necessario, tale facoltà di avocazione include *a fortiori* quella di sostituzione all'inferiore

ISSN 2036-7821

Com'è noto la concezione tradizionale del rapporto di gerarchia tale da includere al suo interno il potere di invadere le competenze dell'organo subordinato entrò in crisi sul finire dell'800[12] con il riconoscimento dell'incompetenza come uno dei vizi dell'atto avverso il quale è ammesso dalla legge Crispi (l. 21 marzo 1889, n. 5992) il ricorso giurisdizionale. La previsione dell'incompetenza tra vizi dell'atto rafforzò infatti la convinzione circa la *natura esclusiva e inderogabile della competenza*, dotando di rilevanza giuridica una norma di organizzazione[13].

Emergeva in quell'epoca la necessità di individuare un fondamento normativo al potere sostitutivo tale da giustificare la possibilità di alterare l'ordine legale delle competenze[14].

Si deve all'opera di Caruso Inghilleri[15] il più compiuto tentativo di sistematizzazione della materia.

L'illustre A. ricollegava il potere di sostituzione in assenza di una apposita previsione di legge ai soli rapporti di gerarchia (assoluta), ovvero quelli intercorrenti tra gli organi di un ramo del servizio correlati da un'identica competenza per materia, anche se graduati riguardo al territorio, al contrario, riteneva sempre

---

che manchi di operare nei termini prescritti dalle norme, dai giudicati, dagli ordini ricevuti dalla stessa autorità superiore" .

[12] Sulla crisi del rapporto di gerarchia cfr. G. MARONGIU, voce *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano,1968, 618 ss.

[13] Va, tuttavia, ricordato che pur dopo il riconoscimento dell'incompetenza tra vizi dell'anno non mancano autori che ripropongono la concezione tradizionale del rapporto di gerarchia tale da includere il potere di avocazione il quale include in sé il potere di sostituzione cfr. L. M. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in V.E. Orlando (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1900, I, 307: "negli uffici di carattere burocratico vige la regola in virtù del principio di subordinazione gerarchica il superiore può sempre sostituire l'inferiore, salvo quando sia disposto in contrario dalle leggi o dai regolamenti dell'ufficio". Cfr. anche E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Roma, 1917, I, 24, secondo cui la supremazia gerarchica non comprende il potere di avocazione, mentre include tra *i poteri di vigilanza* giuridica del superiore nei confronti dell'inferiore quello di provvedere in sostituzione quale sanzione per il mancato espletamento delle funzioni che il funzionario dipendente si rifiuti di compiere mentre era obbligato a compierle. Sul punto cfr. anche G. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, I, 1950 il quale individuava il carattere proprio della gerarchia nella "fungibilità" dell'inferiore con il superiore; E. CASETTA, *Manuale diritto amministrativo,* (a cura di) F. Fracchia, Milano, 2021,116: "nelle relazioni di gerarchia in senso proprio, ancora presente nell'ambito dell'amministrazione militare, l'organo subordinato non dispone di un una propria esclusiva competenza, ancorché in ossequio al principio di legalità non possa operare nell'ambito ad esso assegnato e l'organo superiore ha una competenza comprensiva anche di quella del secondo, di qui il riconoscimento in capo all'organo superiore di un potere di avocazione per motivi di interesse pubblico indipendentemente dall'inadempimento dell'organo inferiore e di sostituzione a seguito dell'inerzia dell'organo inferiore. In termini cfr. M. CLARICH, *Manuale diritto amministrativo*, Bologna, 2022, 353.

[14] Cfr. V. E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1905, 52 ss.

[15] Cfr. D. CARUSO INGHILLERI, *op. cit*., 155 ss., il quale inquadrava la sostituzione operata dal superiore gerarchico tra le manifestazioni di una funzione indiretta priva del carattere della straordinarietà. Per A. infatti le fattispecie sostitutive non determinavano una modificazione della titolarità delle attribuzioni, ma solo una diversa distribuzione indiretta dell'esercizio di poteri comuni sia all'autorità sostituita che a quella sostituente, di vera e propria sostituzione c.d. perfetta poteva invece parlarsi solo a proposito della sostituzione dello Stato nei confronti degli enti locali.

ISSN 2036-7821

necessaria un'apposta previsione di legge tra gli organi tra i quali non sussiste identità di competenza per materia (gerarchia impropria).
Tale impostazione fu poi ulteriormente sviluppata fino al punto di ritenere che il potere di sostituzione, seppure costituisse conseguenza indiretta del rapporto di gerarchia, in ogni caso dovesse rivestire carattere eccezionale e come tale richiedere una espressa previsione di legge che ne individuasse i presupposti[16].

3. La teoria del controllo sostitutivo: critica

Particolare interesse suscitò il potere di sostituzione statale nei confronti degli enti locali previsti dalla legge comunale e provinciale del 1865. La previsione di enti pubblici dotati di attribuzioni in relazione alla dimensione territoriale degli interessi creava, infatti, una fattispecie di inderogabilità di competenze astrattamente più incisa di quella in capo agli uffici dell'amministrazione statale[17].
A fine di dare un inquadramento sistematico a detto potere Ugo Forti, nel suo studio sui controlli[18], propose quindi la riconduzione del potere sostitutivo nell'ambito dell'ambito della funzione di controllo enucleando la figura dei "controlli sostitutivi" quale sottospecie dei controlli sugli organi con funzione repressiva[19].
Forti individuò tre tipologie di controlli sostituivi. La prima tipologia comprendeva i casi in cui, *lasciando immutato l'ordine delle competenze,* il controllo sostitutivo operava per la correzione di un singolo comportamento. Il controllore emetteva in *luogo e invece del controllato un provvedimento* che produce il medesimo effetto di quello del controllato.
Nella seconda tipologia rientravano i casi in cui l'autorità sostituente *agiva per competenza propria*. In tale ipotesi il potere del sostituente di intervenire era considerato concorrente e comunque sussidiario rispetto a quella dell'autorità

[16] A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova,1931.
[17] Il decentramento aveva un esclusivo rilievo amministrativo essendo l'ente Comunale una mera articolazione dello Stato: la categoria di riferimento era quella dell'autarchia. Gli enti locali sono portori di interessi propri, ma i fini perseguiti da quest'ultimi sono coincidenti con quelli perseguiti dallo Stato.
[18] Cfr. U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. Orlando (diretto da) *Primo trattato completo di diritto amministrativo,* Milano, 1915, II, 656: "la funzione di controllo consiste in un giudizio circa la rispondenza di determinate attività a determinate norme e principi, ora è chiaro che tale funzione non può compiersi senza l'impiego di un duplice ordine di mezzi. Occorre, in primo luogo, che l'organo di controllo possa venire a conoscenza dell'attività su cui deve portare il giudizio, ed occorre, altresì, perché il giudizio abbia un'efficienza pratica, che esso possa tradursi in una manifestazione di volontà munita di effetto giuridico proprio, e cioè l'organo di controllo sia fornito di mezzi che gli permettano di adempiere in modo giuridicamente efficace al compito suo".
[19] Forti distingueva tra controllo sostitutivo straordinario (o sostituzione di organi) e controllo sostitutivo ordinario (o sostituzione di attività). Nella prima ipotesi Forti limitava l'attività di controllo alla nomina dell'organo e configurava in termini di amministrazione attiva la successiva attività posta in essere dall'organo straordinario. Viceversa nella seconda i due momenti del giudizio e della volontà non possono essere distinti perché l'attuazione del controllo opera mediante un unico atto e solo impugnando quest'atto che si può impugnare la sostituzione.

ISSN 2036-7821

sostituita, avendo come scopo quello di supplire alle deficienze eventuali del sostituito nell'adempimento dei propri compiti naturali. In termini analoghi alla prima tipologia Forti riteneva che il sostituto emettesse provvedimenti che producevano effetti uguali a quelli dell'organo sostituito.
La terza tipologia, invece, secondo l'A. si differenziava dalle prime due perché la funzione di controllo si esauriva con l'accertamento del comportamento omissivo e con l'esercizio di una potestà di natura organizzativa consistente *nella nomina di un organo straordinario* incaricato di sostituirsi nell'esercizio di una determinata competenza. In questo caso gli atti compiuti dall'organo straordinario erano da imputare direttamente al sostituito sia nei lori effetti che nella responsabilità, perché l'organo straordinario agiva come organo del sostituito in virtù del rapporto organico che veniva ad instaurarsi con quest'ultimo. Tale ultima tipologia rivestiva, inoltre, carattere straordinario perché determinava un mutamento della normale organizzazione dell'amministrazione.
La riconduzione del potere sostitutivo entro la categoria dei controlli suscitò tuttavia non rare perplessità. Già nel 1917 Umberto Borsi[20], occupandosi dell'ibrido concetto di "controllo sostitutivo", come lui stesso lo definì, cercò di separare i due aspetti quello del controllo e quella della sostituzione. Secondo lo studioso il controllo doveva esaurirsi almeno sul piano logico nella costatazione di regolarità dell'azione amministrativa che poteva essere positiva o negativa, l'accertamento dell'inerzia, che aveva il valore di presupposto, era rapportabile al controllo, la sostituzione che costituiva l'effetto del controllo[21] era, invece, azione amministrativa[22].

---

[20] U. BORSI, *Intorno al cosiddetto controllo sostitutivo*, in *Studi senesi*, XXXII, 1916, 183: "la vera natura di tale attività non deve rimanere nascosta nella deformità del concetto di controllo artificiosamente ingigantito e bisogna affrettarsi a riportare l'una o l'altro sotto la buona luce alle giuste proposizioni se non si vuole prima o poi assistere alla teorica configurazione della più grande parte dell'attività amministrativa come una serie di controlli".

[21] U. BORSI, *op. cit.*, 180: "Accertato l'inadempimento occorre che sia raggiunto il fine che la legge ha avuto in vista nello stabilire l'obbligo". L'A. pone anche in luce che il Forti palava parlava di sostituzione dell'organo controllante all'organo controllato quasi che fosse indispensabile che la funzione di controllo e la conseguente funzione sostitutiva venissero esercitate dallo stesso organo. Secondo l'A. si possono addurre ragioni *pro* e *contra* il cumulo delle due funzioni: in favore quella, ad esempio, che affidare la sostituzione all'organo controllante si evita risparmio di attività e quindi di tempo e spesa, in senso contrario, che l'organo sostituito può essere turbato nel sereno esercizio del controllo o dal desiderio o dalla preoccupazione di sostituire l'organo di controllo. Cfr. A. PIZZI, *Osservazioni intorno al controllo sostitutivo*, in *Foro amm.*, 1963, 952: "la fase successiva la sostituzione- non può farsi rientrare nell'ambito del controllo quasi fosse un mezzo di estrinsecazione di quest'ultimo. Essa infatti in quanto espressione di amministrazione attiva, che appunto presuppone avvenuto l'esercizio del controllo, viene a configurarsi semmai come un suo effetto". Per una critica all'impostazione di U. Forti v. anche C. ESPOSITO, *op. cit.*, 30 ss.

[22] U. BORSI, *op. cit.*, 182, il quale evidenzia che la sostituzione è rapportabile alla cooperazione tra p.a. non ha quindi funzione repressiva: la particolare complessità degli ordinamenti moderni, l'indole varia dei compiti affidati alle diverse autorità e dei rapporti tra le medesime, le quali allora vengono assumere anche una funzione formalmente antitetica non devono fa perdere di vista l'idea generale di una cooperazione di tutte per il conseguimento dei fini propri dell'amministrazione.

ISSN 2036-7821

La dottrina[23], nell'occuparsi della sostituzione nell'ambito dei controlli, iniziò così a distinguere il controllo *sugli organi*, i quali hanno ad oggetto l'attività complessiva e sono caratterizzati dallo scioglimento dell'organo o dell'ente e dalla nomina di altro soggetto, dal controllo *sugli atti*[24] , in cui, ove si riscontra l'omissione dell'atto dovuto, la funzione di controllo si arresta alla determinazione di far luogo alla sostituzione che rappresenta una *manifestazione di amministrazione attiva*.

Tale intuizione fu poi portata ad estreme conseguenze da autorevole dottrina che, in virtù delle differenze funzionali tra controllo ordinato alla verifica della regolarità di una funzione e sostituzione volta a curare interessi pubblici sostanziali, negò la riconduzione delle misure di tipo sostitutivo alla figura del controllo giuridico amministrativo[25]. Si cominciò così a far strada l'idea che il procedimento che determina la sostituzione nel compimento di atti obbligatori è in realtà unico poiché finalizzato alla realizzazione di un interesse pubblico unitario, di guisa che il potere sostitutivo si colloca al di fuori della materia dei controlli[26].

L'estromissione dall'area del controllo si fondava sulla considerazione che nel caso di sostituzione lo stesso perderebbe il carattere di accessorietà rispetto alla funzione attiva deliberante[27]. Inoltre si osservava che il controllo sugli atti si presentava come

---

[23] Cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 244.

[24] La sostituzione si tradurrebbe in una forma di controllo di legittimità avente ad oggetto quegli atti con cui espressamente o implicitamente l'ente rifiuta di esercitare un potere che la legge gli impone di attivare cfr. F. BENVENUTI, *I controlli sostitutivi nei confronti dei comuni e l'ordinamento regionale*, in *Riv. amm*, 1956, 241 ss.,secondo cui l'omissione nell'esercizio del potere proprio per il rilievo che la legge gli attribuisce si concretizza non in una semplice inerzia ma in un atto negativo, il controllo sulla legittimità dell'omissione è quindi un controllo di legittimità sull'atto negativo con cui la p.a. sostituita rifiuta di attivarsi nell'esercizio del potere.

[25] Cfr. M. S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubb*., 1974, 1276: "il sostituto non agisce per controllare il sostituto; agisce per curare un interesse pubblico, che può essere comune ad esso e al sostituito, o anche affidato al sostituito con potenziale partecipazione del sostituto. Il momento di verifica è atto istruttorio, la norma può anche stabilire che nel procedimento si inserisca un subprocedimento comminatorio (invito o diffida ad adempiere) il cui esito negativo funga da presupposto – fatto permissivo dell'esercizio del potere di sostituzione. Sul potere di sostituzione quale funzione di amministrazione attiva cfr. F. G. SCOCA, *Potere sostitutivo e attività amministrativa,* cit., 25 e ss.

[26] La formula "controllo sostitutivo", tuttavia, è stata utilizzata sia in dottrina che in giurisprudenza con una certa continuità cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 521, il quale però distingueva i controlli sostitutivi ed interventi dello Stato nei confronti delle Regioni denominati surrogatori. In giurisprudenza *ex multis* cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2019, n. 7172; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 5 luglio 2019, n. 1788; Tar Campania, Napoli, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 465. A livello legislativo la locuzione "controllo sostitutivo" è ancora presente nell'art. 4, secondo comma, della l. n. 131/2003 (c.d. legge "La Loggia"), nonché in leggi regionali, che disciplinano, pur dopo l'abrogazione dell'art. 130 Cost., forme di controllo sostitutivo sugli atti degli enti locali (v. l. r. Abruzzo 23 gennaio 2004, n. 4). Inoltre il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. t.u.e.l.), disciplina i poteri sostitutivi regionali e statali nel titolo V denominato "i controlli", nel capo I rubricato "controllo sugli atti".

[27] Cfr. G. BERTI - L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir*., X, 1962, 316, il quale osserva "l'effettuazione dei giudizi, di riesame di attività altrui, permangono allo stato di premesse logiche dei provvedimenti che vengono adottati e non hanno altra rilevanza se non dal punto di vista della giustificazione e della motivazione. L'attività logica di controllo è superata, insomma, dallo stesso provvedimento, in funzione del quale è esplicata, è cioè sussunta in una manifestazione di potestà "attiva" meglio giustificata nell'ambito di poteri di supremazia speciali appartenenti allo Stato nei confronti degli enti minori".

ISSN 2036-7821

potere estraneo alla sfera degli interessi concreti riferibili al soggetto nella cui organizzazione è inserito l'organo di controllo. La prospettiva "giustiziale" o para giustiziale del controllo in funzione di garanzia obiettiva del diritto postulava l'ammissibilità di un controllo neutrale e l'assenza nel procedimento di attività di cura di un interesse pubblico concreto. Ciò appariva maggiormente evidente a fronte di un'inerzia nell'adozione di atti obbligatori nell'*an*, ma che lasciano una ampia sfera di discrezionalità in ordine al *quid* e al *quomodo.*
Infine si evidenziava che il controllo presuppone un coordinamento tra enti e organi e quindi una cooperazione tra i medesimi al fine di porre in essere e rendere giudicamene operante una fattispecie. Alla sostituzione, secondo questa impostazione, "ripugna, invece, l'idea della cooperazione la quale presuppone il contemporaneo funzionamento dell'organo controllore e controllato e lo svolgimento di entrambe le competenze in relazione ad un'unica fattispecie"[28].

4. La configurazione del potere sostitutivo quale funzione di amministrazione attiva
Il superamento della logica del controllo ha portato al riconoscimento di *un'autonoma funzione di amministrazione attiva* del potere di sostituzione a fronte dell'inerzia amministrativa.
Il sostituto non agisce per controllare il sostituito, ma per il perseguimento dell'interesse pubblico affidato alla cura della organo/p.a. inadempiente e di un ulteriore interesse pubblico rappresentatati dalla continuità[29] e dal buon andamento dell'azione amministrativa[30].
Occorre però soffermarsi sulla natura giuridica del potere esercitato dalla p.a. sostituente nell'attuale contesto ordinamentale.
La riflessione dottrinale è stata fortemente influenzata dal superamento del modello centralista e dall'accoglimento di un schema di relazione tra Stato e enti territoriali basato sulla separazione delle competenze, che in virtù dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta agli enti territoriali (art. 5) e del principio di

[28] Così G. BERTI - L. TUMIATI, *op. cit.*, 843.
[29] Cfr. C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa*, Milano 2007, 37. In termini M. BOMBARDELLI, *op.cit.*, 247; M. SPASIANO, *Il principio del buon andamento*, in M. Renna. F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 124. In senso critico rispetto alla riconduzione del potere sostitutivo al principio di continuità cfr. N. PAOLANTONIO, *Il principio di continuità* in M. Renna- F. Saitta (a cura di) *Studi sui principi*, cit., 340, secondo il quale la continuità dell'azione amministrativa attiene al funzionamento dell'organo (v. *prorogatio);* la sostituzione parziale attiene, invece, al compimento di soli atti che l'organo o Amministrazione aveva il dovere di compiere attraverso la previsione di un potere "eccezionale" e "temporaneo" di sostituzione che non intacca la titolarità della p.a. sostituita.
[30] Cfr. M. SPASIANO, *Il principio del buon andamento,* cit., 124, il quale evidenzia il nesso tra buon andamento e poteri sostitutivi quali strumenti atti a garantire l'effettivo esercizio della funzione amministrativa.

ISSN 2036-7821

pariordinazione degli stessi (art. 114 Cost.) ha reso necessario individuare un fondamento costituzionale al potere sostitutivo[31].

Com'è noto la Corte Cost., dopo la riforma del titolo V, ha rinvenuto tale fondamento per il potere sostitutivo ordinario nella tutela di *esigenze unitarie* che fanno capo allo Stato o alla Regione rispetto alle inerzie degli enti territoriali (art. 118 Cost.)[32], mentre per il potere sostitutivo governativo "straordinario" nell'esigenza di tutela di *interessi essenziali*, elencati dall'art. 120 Cost quali il mancato rispetto di norme e trattati costituzionali, il pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, i livelli essenziali delle prestazioni, che rimandano a "emergenze istituzionali di particolare gravità" e delle quali lo Stato, quale responsabile ultimo dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica garantita dall'art. 5 della Costituzione, si fa portatore[33].

---

[31] Già prima della riforma del titolo V in assenza di alcuna previsione costituzionale che menzionasse poteri sostitutivi statali si era posto il problema della legittimità costituzionale delle numerose ipotesi di sostituzione statale nei confronti delle Regioni introdotte dal legislatore statale. Parte della dottrina riteneva, infatti, che in assenza di un'adeguata base costituzionale l'esercizio di poteri statali dovesse essere escluso in tal senso A. M. SANDULLI, *Manuale,* cit., 529; G. BERTI, L. TUMIATI, *Commissario,* cit., 845. La Corte Cost. ha invece riconosciuto la legittimità di tali previsioni o perché rivolte ad assicurare il rispetto degli obblighi statali assunti sul piano internazionale (cfr. Corte Cost. n. 142/1972) o per la tutela di valori costituzionali primari (Corte Cost. n. 317/1983) o per la salvaguardia di interessi nazionali non suscettibili di frazionamento (Corte Cost. n. 177/1988). La Corte Cost. in quest'ultima sentenza elaborò un vero e proprio statuto della sostituzione amministrativa definendo i presupposti sostanziali e procedurali, ossia l'avere ad oggetto un'attività vincolata nell'*an*, ma non necessariamente nel *quid* e nel *quomodo*, e il cui esercizio debba avvenire nel rispetto del principio di leale collaborazione. Tale decisione ha costituito un punto fermo per la giurisprudenza del decennio successivo. Per una più ampia ricostruzione del dibattito circa la legittimità costituzionale delle previsioni di legge introduttive di poteri sostitutivi statali nei confronti di enti territoriali si rinvia a C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali,* cit. 23 ss.; V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi*, cit., 45 ss.

[32] L'allocazione della funzione amministrative è attribuita alla legislazione statale o regione (a seconda che la materia spetti alla competenza legislativa statele o regionale) secondo il criterio, espresso dall'art. 118 Cost., della preferenza generalizzata per gli enti più vicini a i cittadini, ma tale concreta allocazione è controbilanciata da un criterio flessibile improntato sui principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza che consentano anche di prevedere poteri sostitutivi eccezionali per il perseguimento di interessi unitari in caso di omissioni da parte dell'ente competente.

[33] Cfr. Corte Cost., 27 gennaio 2004, n. 43, ove si afferma che l'art. 120 Cost. disciplina unicamente il potere sostitutivo "straordinario", ma questo non esclude l'ammissibilità, anche dopo la riforma del titolo V della Costituzione, di interventi sostitutivi ordinari, previsti da leggi di settore, statale o regionale, in capo ad organi dello Stato o delle Regioni o di altri enti territoriali in correlazione con il riparto di funzioni amministrative da esso realizzato e con le ipotesi specifiche che li possono rendere necessari anche da parte regionale nei confronti di enti locali. Per la Corte la norma dell'art. 120 Cost."deriva palesemente dalla preoccupazione di assicurare comunque in un sistema di più largo decentramento di funzioni, quale quello delineato dalla riforma, la possibilità di tutelare, anche al di là degli specifici ambiti delle materie coinvolte e del riparto costituzionale delle attribuzioni alcuni interessi essenziali- il rispetto di obblighi internazionali e comunitari, la salvaguardia dell'incolumità e della sicurezza pubblica, la tutela in tutto territorio nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni concernetti diritti civili e sociali- che il sistema costituzionale attribuisce allo Stato. La Corte chiarisce perciò che la legge statale o regione, nel disciplinare le funzioni amministrative, può prevedere anche poteri sostitutivi di un livello di governo rispetto ad un altro per il compimento di specifici atti o attività, considerati dalla legge necessari per il perseguimento degli interessi unitari coinvolti e non compiuti tempestivamente dall'ente competente. Sulle condizioni e limiti per l'esercizio di tali poteri il collegio ha riaffermato la necessità di

ISSN 2036-7821

In particolare si è messo in rilievo che nella sostituzione "ordinaria" i relativi meccanismi rispondono ad una logica tutta interna al principio di sussidiarietà "ascendente" di allocazioni di funzioni tra diversi livello di governo in cui l'ente più comprensivo, che esercita la sostituzione, cura l'interesse affidato alla cura del sostituito nell'ipotesi di inadempimento di quest'ultimo (art. 118 Cost.)[34]; nella sostituzione "straordinaria" , invece, la presenza di emergenze e di interessi essenziali va ricondotta secondo una logica esterna al principio di sussidiarietà alla tutela di un interesse generale dell'ordinamento che fa capo allo Stato[35].

Ciò che preme evidenziare in questa sede è che tanto la giurisprudenza[36] quanto la dottrina[37] hanno ravvisato nel perseguimento di un interesse pubblico ulteriore di cui l'ente sostituto è portatore (tutela di interessi unitari o di interessi essenziali a fronte di emergenze istituzionali di particolare gravità) il carattere peculiare del potere di

---

rispettare i limiti individuati dalla Corte prima della riforma del titolo V, ovvero che le ipotesi di potere sostitutivo siano disciplinate dalla legge che deve definirne i presupposti sostanziali e procedurali, in secondo luogo che la sostituzione sia prevista solo per atti o attività prive di discrezionalità nell'*an*, la cui obbligatorietà sia il riflesso di interessi unitari alla cui salvaguardia procede l'intervento sostitutivo, in terzo luogo che il potere sia esercitato da un organo di governo della Regione o sulla base di una decisione di questo, infine che la legge appresti congrue garanzie procedimentali per l'esercizio del potere in conformità al principio di leale collaborazione, sì da assicurare all'ente sostituito la possibilità di interloquire con l'ente sostituto al fine di evitare la sostituzione attraverso un autonomo adempimento. In questo modo, la sentenza ripropone, in un'ottica di continuità, il modello sostitutivo *ante* riforma atteso che ammette un potere di sostituzione regionale nei confronti degli enti locali, disancorando la disciplina di quest'ultimo dalla materia della lett. *p)* del comma 2, dell'art. 117 Cost., e, quindi, in definitiva, dalla competenza del legislatore statale.

[34] Cfr. S. PAJNO, *La sostituzione tra enti territoriali nel sistema costituzionale italiano*, Palermo, 2007, 170, il quale evidenzia che, pur se l'intervento sostitutivo deriva dall'esigenza di tutelare gli interessi pubblici propri dell'amministrazione sostituente, tali interessi sono solo quelli sottesi alla funzione amministrativa ordinariamente spettante all'ente sostituto, secondo la tesi dell'interconnessione interfunzionale avanzata dallo stesso Autore in forza della quale l'esercizio del potere sostitutivo ordinario costituisce una *species* del più generale fenomeno di allocazione di funzioni amministrative in base al principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, Cost.

[35] Cfr. M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 202, il quale ritiene che nell'attuale contesto ordinamentale caratterizzato dall'evoluzione dell'amministrazione in senso policentrista e multi organizzativo il potere sostitutivo anche quello straordinario debba trovare sempre la propria giustificazione non in una relazione di supremazia seppure attenuata, ma *in una relazione funzionale*, ossia in una relazione tra soggetti diversi, non integrati in senso verticale, ma vincolati dall'ordinamento giuridico ad integrare un collegamento reciproco il cui il contributo di ognuno è indispensabile per il raggiungimento di un risultato comune. In questa prospettiva la sostituzione viene vista come strumento a disposizione dei diversi titolari degli interessi coinvolti nella dinamica di perseguimento dell'interesse generale che si vengono a trovare nell'impossibilità di curare i loro interessi a causa del comportamento di chi rimane inerte nella cura di un interesse inscindibilmente connesso. Diversamente S. PAJNO, *La sostituzione,* cit., 229, secondo cui l'art. 120, secondo comma, Cost., affida la cura degli interessi ad essa sottesi anche al Governo (sia pure in seconda battuta), oltre che agli enti ordinariamente competenti. Secondo l'A. perciò l'interesse per cui il Governo si attiva è il medesimo interesse per il quale le funzioni oggetto di sostituzione sono state (originariamente) conferite all'ente che subisce la sostituzione.

[36] Sulla diversità dell'interesse perseguito dal sostituto rispetto a quello del sostituito in giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. V., 23 aprile 1982, Id., sez. V., 25 maggio 1995, n. 827, Id., sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332.

[37] In dottrina cfr. C. MAINARDIS, *op. cit.*, 113; M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 318.

ISSN 2036-7821

sostituzione tale da connotarlo in termini di autonomia e diversità rispetto al potere di amministrazione attiva attribuito al sostituito.

Se si guardano poi le numerose ipotesi di intervento sostitutivo previste dal legislatore nell'attuale contesto ordinamentale può notarsi che esse rispondono principalmente a due finalità[38]. La prima è quella di garantire la funzionalità complessiva della pubblica amministrazione, ove, data una situazione di "coincidenza" o comunque di "connessione" dell'interesse del sostituto con quella del sostituito, l'inerzia di ques'ultimo pregiudica la cura di un interesse pubblico attribuito al sostituto, il quale agisce quindi per tutelare un interesse proprio compromesso dall'inerzia della p.a. competente. Tale modello è rinvenibile, ad esempio, nella programmazione territoriale "a cascata" alla quale partecipano, sia pure con differenti ruoli, una pluralità di livelli di governo e ove l'inerzia di un soggetto pubblico può "facilmente determinare conseguenze negative per il buon andamento che si trasmettono a catena nell'ambito istituzionale proprio di altri soggetti"[39]. La seconda finalità della sostituzione è quella di *tutelare diritti e interessi dei privati* che potrebbero subire una lesione a causa dell'inerzia dell'ente competente. In tali fattispecie l'attivazione di un intervento sostitutivo da parte di altro ente/organo viene considerata *una forma di ricorso atipico*[40], sollevando il privato dall'onere di adire il giudice amministrativo al fine di ottenere il provvedimento richiesto. Si tratta di ipotesi ricorrenti nel nostro ordinamento: si pensi, ad esempio,

[38] Sulle finalità della sostituzione cfr. G. SIRIANNI, *op. cit.*, 12, il quale individuava tra le finalità della sostituzione anche la garanzia della legalità dell'azione amministrativa. La loro previsione, già contenuta nella prima legge provinciale e comunale del 1865, era rinvenibile secondo l'A. nelle norme che attribuivano alla Regione il potere di sostituzione nel caso di mancata adozione di atti obbligatori da parte degli enti locali contenute nella l. 8 giugno 1990, n. 142. Tale potere, oggi disciplinato nell'art. 136 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 2678 (c.d. Testo unico enti locali), va, tuttavia, interpretato alla luce delle sentenze della Corte Cost. nn. 43 e 69 del 2004 che nel riconoscere la legittimità costituzionale di previsioni di legge (statali o regionali a seconda della materia) che introducono ulteriori poteri sostitutivi, oltre a quello straordinario di cui all'art. 120 Cost., ancorano la legittimità costituzionali di tale previsioni all'esigenza di tutela di interessi unitari compromessi dall'inerzia degli enti locali e ne attribuiscono la competenza ad un organo di governo della Regione. In termini dubitativi rispetto alla possibilità di includere il difensore civico tra gli organi di governo della Regione cfr. M. SPASIANO, *Il difensore civico regionale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Foro amm.*, 2005, 3037.

[39] Cfr. G. SIRIANNI, *op. cit.*, 37 ss.: "L'inerzia di un soggetto pubblico può determinare conseguenze negative per il buon andamento che si trasmettono a catena nell'ambito istituzionale proprio di altri soggetti. I poteri sostitutivi sono prefigurati allo scopo di impedire che tale genere di disfunzioni resti privo di correttivi: sicché l'insieme delle autorità pubbliche responsabili in senso lato del governo del territorio viene a costituire una sorta di ordinamento, dotato di strumenti interni di autocorrezione". Un esempio è dato dall' art. 8 l. 17 agosto 1942, n. 1150, che attribuisce un potere di sostituzione al Prefetto (ora Regione) nel caso mancata adozione di piani regolatori generali da parte del Comune. Quasi tutte legge regionali di governo del territorio prevedono inoltre poteri sostitutivi regionali nel caso di inerzia di enti preposti all'assunzione di atti di loro competenza in materia urbanistico edilizia e paesistico ambientale. Cfr. M. BOMBARDELLI, *op cit.*, 91 ss., part. 185 ss., ove si afferma efficacemente che la sostituzione di un centro ad un altro è volta ad assicurare «la completezza del sistema delle interdipendenze necessarie per condurre l'amministrazione al perseguimento del risultato satisfattivo dell'interesse generale».

[40] Cfr. G. SIRIANNI, *op. cit.*, 16. In tal senso Cons. Stato, sez. I, 2 marzo 1984, n. 369.

ISSN 2036-7821

agli interventi sostitutivi consentiti dall'art. 21 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 (c.d. T.U. dell'edilizia) per il rilascio del permesso di costruire o ancora alla previsione contenuta nell'art. 146 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (c.d. Codice dei beni culturali) che consente all'interessato, nel caso di mancata emanazione dell'autorizzazione paesaggistica, di richiedere il provvedimento in via sostitutiva alla Regione tramite la nomina di un commissario *ad acta*[41]. Ma anche il potere sostitutivo previsto dall'art. 4 l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia) per gli interventi volti alla realizzazione di interventi produttivi aventi rilevante impatto sulla crescita economica del Paese risponde ad una logica di incremento della tutela del cittadino a fronte delle inerzia amministrativa anticipando gli effetti di questa ad una fase procedimentale[42].

[41] Questo potere di sostituzione si affianca a quello di sostituzione interna previsto dall'art. 2, comma 9 *bis* e 9 *ter*, introdotti dalla d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, poi modificato dall'art. 61, comma 1, lett. *b*., del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazione dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, che prevede che decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento il responsabile dell'unita o l'unità organizzativa responsabile, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere di sostituzione entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concludendo il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario *ad acta*. Sul potere di sostituzione interna cfr. A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio amministrativo*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 292, il quale pone in evidenza che detto potere proprio per la sua natura interna ha dimostrato scarsa efficacia, secondo l'A. è, infatti, necessaria un'alterità tra ente inerte e il soggetto chiamato a sostituirsi affinché detto potere sia esercitato in concreto. Sulla sostituzione interna introdotta dalla l. n. 5 del 2012 cfr. S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal d.l. semplificazioni n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, in www.*giustizia-amministrativa.it*. Sulla portata della modifica introdotta dal d.l. n. 77/2021 all'art. 2, comma 9 *bis* e *ter* l. 241/1990 cfr. F. CAPORALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento*, in *Giorn. amm*., 2021, 776.

[42] L'art. 4 della l. 124/2015 (c.d. l. Madia) ha previsto l'emanazione di un regolamento governativo (ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400), recante norme di accelerazione dei procedimenti amministrativi "relativi a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all'avvio di attività imprenditoriali", affiancate a penetranti poteri sostitutivi. L'art. 4 della legge n. 124/2015 non ipotizza che l'accelerazione e l'esercizio dei poteri sostitutivi sia generalizzato, ma attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, il compito di individuare i singoli interventi con positivi effetti sull'economia o sull'occupazione per i quali adottare le misure sostitutive. Per i procedimenti così individuati la legge prevede poi termini di conclusione ridotti in misura non superiore al cinquanta per cento rispetto a quelli applicabili ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 241 del 1990. Sul potere di sostituzione introdotto dalla l. Madia cfr. A. POLICE, *Unresponsive Administration e rimedi: una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.a,*. in atti del Convegno annuale AIPDA 2016 "*Antidoti per la cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, il quale osserva: "questa riforma dà corpo a quel principio di sussidiarietà anche ascendente che è inevitabilmente necessario se si vogliono favorire forme di accelerazione della decisione senza rinunciare all'esercizio del potere, con conseguente assunzione della responsabilità del pubblico potere: responsabilità in termini politici (e quindi anche legittimazione democratica del processo decisionale) e responsabilità in termini giuridici". Per una critica a tale norma cfr. S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione come dovere*, Napoli, 2016, la quale pone in luce che il legislatore nel prevedere la riduzione di termini rende ancora più difficile l'adempimento quasi al fine di legittimare una più urgente sostituzione. In termini critici cfr. anche M. SPASIANO, *Storia, fondamento e attualità del potere sostitutivo nella pubblica amministrazione*: *dalla logica della straordinarietà all'amministrazione alternativa*, in *Dir. e società*, 2019, 58, il quale esprime perplessità sia sul dimezzamento dei termini del procedimento introdotto dalla l. n. 125/2015, sia sull'inclusione da parte del regolamento attuativo tra i procedimenti aventi effetti positivi su economia e occupazione anche di provvedimenti costitutivi di posizioni primarie.

ISSN 2036-7821

Volendo, quindi, tentare di ricondurre a "unità" le diverse ipotesi di sostituzione (anche quelle esercitate nei confronti di enti non dotati di autonomia costituzionalmente garantita), può osservarsi che il potere di sostituzione può essere qualificato, a parere di chi scrive, come un *autonomo potere* rispetto a quello della p.a. sostituita, perché trattasi di un potere che potremo definire in senso lato di *secondo grado,* giacché presuppone l'accertamento dell'inerzia del sostituito. In altri termini la presenza di un interesse ulteriore sia esso legato alla realizzazione di esigenze unitarie (art. 118 Cost.) o di interessi essenziali a fronte di emergenze istituzionali (art. 120 Cost.) giustifica dal punto di vista costituzionale la previsione di un potere sostitutivo nei confronti di enti territoriali dotatati di autonomia costituzionalmente garantita, ma non altera il modello di riferimento di base della sostituzione amministrativa rappresentato *in primis* dalla cura di un interesse pubblico attribuito ad altra amministrazione. Il sostituto agisce per la cura di un interesse affidato alla p.a. sostituita, ma per il perseguimento di ulteriori interessi ricorrenti nelle diverse fattispecie e più in generale a garanzia del buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.)[43].

Il tratto qualificante del potere di sostituzione è rappresentato allora dal costituire un potere di amministrazione attiva come quello attribuito alla p.a. sostituita, ma diverso e succedaneo rispetto a quest'ultimo.

La conseguenza di tale ricostruzione è che la previsione di un potere sostitutivo non determina un trasferimento di competenze, ma l'attribuzione di un autonomo potere di provvedere rispetto a quella della p.a. inerte, che si esaurisce con il compimento dell'atto omesso o da parte dell'ente sostituto o da parte dell'ente competente.

Una conferma in tal senso sembra derivare dalle numerose sentenze della Corte Costituzionale[44] sui poteri sostitutivi nei confronti di enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita, ove la Corte ha rimarcato la necessità di un procedimento volto a stimolare, pur dopo il verificarsi dell'inerzia, l'adempimento dell'obbligo di provvedere in capo all'ente competente in conformità con il principio di leale collaborazione.

La natura del potere si riflette, infine, sul carattere complesso del procedimento di sostituzione implicante una prima fase di accertamento dell'inerzia in cui la p.a.

[43] Cfr. M. SPASIANO, *Storia, fondamento, attualità,* cit., 58, il quale evidenzia peraltro che la diffusione del potere sostitutivo in ambiti sempre più vasti risponde più che all'esigenza di continuità ed effettività dell'esercizio dell'azione dei pubblici poteri, ad esigenze di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa al fine di offrire agli interlocutori dell'amministrazione garanzie maggiori di quelle che possono derivare dalla varia forme di silenzio significativo o di autocertificazione.

[44] Cfr. Corte Cost. n. 47 del 2003 e ord. n. 43 del 2003.

ISSN 2036-7821

inadempiente deve interloquire con il sostituendo ed una seconda fase di esercizio del potere omesso disciplinata dalla l. n. 241/1990[45].

5. L'inerzia come presupposto del potere sostitutivo

Configurato il potere di sostituzione a fronte dell'inerzia nell'adozione di atti amministrativi come potere succedaneo rispetto a quello della p.a. titolare della funzione, occorre ora soffermarsi con attenzione sull'individuazione dei presupposti legittimanti al fine di evitare che lo stesso si risolva un indebito svuotamento di competenza altrui.

Presupposto fondamentale per la sostituzione ai fini che qui interessano è la violazione dell'obbligo di provvedere, ossia la mancata adozione di un provvedimento obbligatorio nell'*an*, seppure non nel *quid* o nel *quomodo*. Più problematico è l'individuazione del momento in cui si realizzazione detta violazione. Invero, se nei procedimenti ad istanza di parte la doverosità nasce dalla proposizione dell'istanza, sicché il silenzio illegittimamente prestato dalla p.a. concretizza la violazione dell'obbligo di provvedere[46]; nei procedimenti d'ufficio, invece, è necessario distinguere tra termini di esercizio del potere e termine di conclusione del procedimento: i primi decorrono da un fatto diverso dall'inizio della sequenza procedimentale e hanno, quindi, vita e operatività autonoma, tanto che possono scadere sia nella costanza del procedimento che in un momento anteriore, sicché per non lasciare all'arbitrio del sostituto la scelta del momento in cui è attivabile il potere sostitutivo è sempre necessario l'individuazione legislativa del termine di esercizio[47].

Ciò posto, il primo quesito da risolvere è se il potere sostitutivo sia esercitabile esclusivamente a fronte della mancata adozione dell'atto obbligatorio o anche in presenza di atti non conformi ad un risultato da perseguire. Si è così discusso circa la possibilità di esercitare il potere sostitutivo a fronte di provvedimenti illegittimi o inopportuni[48].

Tale interpretazione presenta, a parere di chi scrive, profili di criticità. Ed, infatti, consentire l'esercizio del potere sostitutivo a fronte di atti illegittimi o inopportuni significa riconoscere un potere di controllo su tali atti che, non solo richiederebbe una apposita previsione di legge, ma soprattutto, se esercitato nei confronti di enti dotati

[45] La verificazione dell'inerzia da parte della pubblica amministrazione costituisce il presupposto per l'esercizio del potere ma non ha una propria autonomia cfr. M. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1276.

[46] Cfr. A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in *Dir. e proc. amm*, 2017, 359 ss.

[47] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2006, n. 5706, che in relazione al potere sostitutivo previsto dall'art. 136 d.lgs. 2000, n. 276, afferma che il carattere obbligatorio dell'atto non deve essere necessariamente ricavato dal carattere perentorio del termine.

[48] Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Art. 8 (Attuazione dell'art. 120 Cost. sul potere sostitutivo)*, in AA.VV., *Legge "La Loggia", Commento alla l. 5 giugno 2003, n. 131 in attuazione del Titolo V. Cost.*, Bologna 2003, 175.

ISSN 2036-7821

di autonomia costituzionale, contrasterebbe con l'attuale assetto costituzionale improntato sul principio di equiordinazione tra gli enti territoriali (art. 114 Cost.)[49].
Ora, se tale opzione ermeneutica è sostenibile in relazione al potere sostitutivo straordinario[50], ove a fronte di emergenze istituzionali radicate in valori essenziali per lo Stato ordinamento, l'art. 120 Cost., che fonda direttamente il potere di intervento dello Stato (senza la necessaria intermediazione di una norma di legge attributiva del potere)[51], non prevede espressamente come presupposto per l'esercizio del potere un inadempimento dell'ente competente[52], è sicuramente da

[49] L'unica norma che prevede un potere di annullamento "straordinario" di atti di enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita è l'art. 138 d.lgs. n. 267 del 2000 (c.d. T.u.e.l.) di cui peraltro una parte della dottrina dubita dell'attuale vigenza dopo la riforma del titolo V della Cost. cfr. P. CAVALERI, *Diritto regionale*, Padova, 2003, 210;V. CERULLI IRELLI , *Lineamenti di diritto amministrativo,* Torino, 2021,, 513; A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, 6, 1305 ss., spec. 1324, Sulla sopravvivenza di tale potere dopo la riforma del titolo V cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. I, parere 7 aprile 2020 n. 735, ove il fondamento costituzionale del potere viene individuato nell'art. 117 Cost., comma 2, che attribuisce alla potestà esclusiva statale determinate materie corrispondenti all'unità e coerenza dell'ordinamento, sicché il potere di annullamento straordinario del governo va limitato a dette materie. In dottrina, tra i numerosi contributi sul tema, G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi tra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2005, 5, 819 ss.; A. DE MICHELE, *L'art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo*, *ivi*, 2008, 5, 619 ss.; V. COCOZZA, *Il potere sostitutivo «configura» l'autonomia: qualche riflessione sul più recente percorso giurisprudenziale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, I, Napoli, 2008, 599 ss. Per una lettura dell'art. 120 Cost. come fondamento costituzionale del potere governativo di annullamento straordinario previsto dall'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000 cfr. G. SCIULLO, *Il controllo sugli enti locali e la riforma costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 899 ss.; V. DI CAPUA, *Il potere governativo di annullamento straordinario e il mito della Fenice*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 1, 247 ss. In senso contrario cfr. L. BRUNETTI, *Considerazioni sul potere di annullamento di cui all'art. 138 Tuel e sulla riconducibilità all'art. 120 Cost*., in *Dir. amm*., 2006, 721, il quale nega la riconduzione del potere di annullamento straordinario all'art. 120 Cost. data la diversità del potere sostitutivo che implica una funzione di amministrazione attiva e l'annullamento di atti da ricondurre una funzione di controllo. Per giustificare la sopravvivenza dell'art. 138 del T.u.e.l l'A. riconduce perciò al potere di "autotutela" governativa il potere di annullamento straordinario limitandolo perciò ai soli atti posti in essere dal Sindaco in qualità di ufficiale di Governo.

[50] Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo,* cit., 68, il quale afferma che l'inadempimento che dà luogo al potere di sostituzione straordinaria del governo previsto dall'art. 120 può essere sia di carattere omissivo o commissivo e ciò sia con riferimento all'attuazione di adempimenti previsti da dette norme sia in caso di erronea o carente attuazione, ma anche a fronte dell'adozione di provvedimento in contrasto. In questo caso il meccanismo previsto dall'art. 8 l. n. 131/2013 della diffida riguarderebbe secondo l'A. l'esercizio di un potere di annullamento d'ufficio, revoca, riforma dell'atto.

[51] L'art. 120, comma 2, Cost. istituisce direttamente il potere di potere sostitutivo, rimandando alla legge solo la disciplina del procedimento, ossia le modalità della sostituzione e non l'individuazione dei singoli casi di attivazione cfr. S. PAJNO, *La sostituzione,* cit,, il quale, tuttavia, pone in luce che come il legislatore ordinario sia propenso a procedere ad una preventiva individuazione normativa dei casi in cui si può addivenire alla sostituzione straordinaria, mentre il Governo, salvo casi specifici, non pare incline ad utilizzare tale strumento autonomamente in assenza della richiamata mediazione legislativa.

[52] Va peraltro evidenziato che numerose sono le previsioni contenute nella legislazione più recente che in ragione della tutela di interesse essenziali per l'ordinamento (art. 120 Cost.) individuano l'inerzia che legittima il potere di sostituzione non nel mancato compimento di singolo atto, ma nella mancata realizzazione di un obiettivo. V. da ultimo la previsione dall' art. 12, comma 1, del d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla l. n. 108/2021, ove si prevede un potere sostitutivo statale nell'ipotesi di in attuazione degli obiettivi del PNRR e ciò a fronte della mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti, o nel caso di ritardo, inerzia o

ISSN 2036-7821

escludere nei casi di sostituzioni "ordinaria" disciplinati da leggi settore ex art. 118 Cost., ove in conformità al principio di sussidiarietà nell'allocazione delle funzioni amministrative da parte del legislatore, l'intervento sostitutivo dell'ente più comprensivo si giustifica solo in caso di inadempimento dell'ente più vicino ai cittadini.

Si è anche posto in dubbio che l'inerzia dell'ente sostituito sia il presupposto qualificante del potere sostitutivo a fronte di una situazione di "urgenza"[53].

Tuttavia anche detta interpretazione desta perplessità. Ed infatti ritenere che l'esercizio del potere di sostituzione possa prescindere dall'inerzia dell'ente sostituito significherebbe ammettere l'attribuzione di una competenza "propria" e non di un mero esercizio di una competenza altrui, caratterizzata come tale dalla "temporaneità". Come giustamente osservato da parte di altra dottrina può allora ritenersi che l'urgenza del provvedere debba essere intesa come inerzia "anticipata", giacché l'urgenza riduce i tempi per l'adozione dell'atto dovuto *in primis* dall'ente competente[54].

La tesi che ancora alla sola urgenza il presupposto per l'esercizio del potere sostitutivo può ad avviso di chi scrive essere accolta solo in relazione al potere sostitutivo "straordinario", ove la tutela di valori essenziali per l'ordinamento, può

---

difformità nell'esecuzione degli stessi. Peraltro l'art. 13 estende i meccanismi sostitutivi anche a fronte di dissenso di organi della Regione o di un ente locale laddove non sia stato possibile superare il dissenso in sede di conferenza permanente. Precisamente, la disposizione dispone che il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente, assegna all'ente territoriale inadempiente un termine per provvedere non superiore a 30 giorni. In ipotesi di inottemperanza, il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente, individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio competente ovvero nomina un commissario *ad acta*, per adottare gli atti o provvedimenti necessari ovvero provvedere all'esecuzione dei progetti. In caso di dissenso, diniego o opposizione da parte della Regione, la Segreteria tecnica può proporre al Presidente del Consiglio dei ministri o al Ministro per gli affari regionali e le autonomie, entro i successivi 5 giorni, di sottoporre la questione alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome per concordare le iniziative da assumere, entro il termine di 15 giorni dalla data di convocazione della Conferenza. Decorso tale termine, qualora non si sia raggiunta una soluzione condivisa ed idonea alla realizzazione dell'intervento, il Presidente del Consiglio dei ministri ovvero il Ministro per gli affari regionali propone al Consiglio dei ministri le iniziative necessarie per attuare il potere sostitutivo ex artt. 117, comma 5, e 120, comma 2, Cost.

[53] Nel senso che l'urgenza possa giustificare il potere di sostituzione G. AVANZINI, *op. cit.*, 87: "si può ammettere che in determinate situazioni un soggetto possa sostituire il titolare di competenza nell'esercizio di questa non perché sia rimasto inerte, ma perché il comportamento richiesto debba essere anticipato rispetto ai tempi originari assegnati data l'eccezionalità della situazione venutasi a creare nella realtà in cui l'amministrazione è chiamata ad operare".

[54] Cfr. M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 277, il quale ritiene che anche in caso di urgenza deve essere tenuto in considerazione il presupposto dell'inerzia, avendo cura di determinare quest'ultimo non con riferimento al termine originariamente previsto per lo svolgimento di una certa attività, ma in termini presuntivi rispetto ad esso, con riferimento ad un nuovo termine stabilito in relazione all'urgenza di operare, che deve quindi essere adeguatamente comunicato all'ente originariamente competente, così da metterlo in condizione di operare in via d'urgenza.

ISSN 2036-7821

giustificare un intervento preventivo dello Stato a fronte di situazioni emergenziali[55], ma con l'avvertenza che l'esercizio di un potere che prescinda dall'inerzia altrui si configura quale *fonte di una attribuzione "propria"* e non di un potere sostitutivo in senso tecnico.

Infine può discutersi se l'adozione di atti dilatori o soprassessori, che solo apparentemente configurando una spendita del potere, sia equiparabile alla mancata adozione del provvedimento ai fini dell'esercizio del potere di sostituzione. Può osservarsi in proposito che in relazione all'azione avverso il silenzio rifiuto la giurisprudenza tende ad equiparare all'inerzia l'adozione di atti elusivi dell'obbligo di provvedere[56] al fine di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale. Ebbene la mancata estensione di detta interpretazione all'esercizio del potere di sostituzione condurrebbe a negare la valenza unitaria della nozione giuridicamente rilevante di inerzia, il che è tanto più criticabile se, come si ritiene, potere sostitutivo e azione giurisdizionale si configurano spesso come rimedi alternativi a tutela del privato (v. *infra*). Inoltre, se per giustificare la proposizione di un ricorso avverso il silenzio rifiuto può farsi riferimento al principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), non di meno per l'attivazione del potere sostitutivo assume rilevanza il principio del buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.)[57].

6. L'imputazione dell'atto e le ricadute processuali

Chiarita la qualificazione giuridica del potere sostitutivo, occorre ora valutarne le implicazioni che da esso ne discendono.

Invero se non vi è dubbio che nei confronti dei terzi, siano essi altre Amministrazioni o privati, l'atto adottato in via sostitutiva produce gli stessi effetti dell'atto che doveva essere adottato dal sostituto, giacché ciò rappresenta proprio lo scopo della previsione di un potere sostitutivo, più problematica è la questione degli effetti della sostituzione nei confronti della p.a. sostituita.

Si tratta, in primo luogo, di verificare a quale soggetto (sostituito o sostituto) debba essere imputato l'atto adottato in via sostitutiva. La questione è da sempre oggetto di discussioni in ragione della diversa natura giuridica attribuita al potere sostitutivo.

[55] L'art. 8 l. n. 131/2001 prevede nei casi di assoluta urgenza una procedura d'intervento che prescinde dalla formale contestazione dell'inadempimento. Sulla legittimità di un intervento sostitutivo anticipato ex art. 120 Cost. cfr. C. MAINARDIS, *op. cit.*, 196, il quale riconduce tale potere preventivo ad un potere surrogatorio in senso ampio come corollario della straordinarietà della fattispecie tipizzata dalla Costituzione.

[56] Tar. Sicilia, Catania, sez. II, 20 maggio 2021, n.1648; Tar Puglia, Bari, sez. III, 17 giugno 2020, n. 861; Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2021, n. 4803, ove si afferma che l'adozione di un atto suprassessorio o interlocutorio che comporti un illegittimo arresto procedimentale costituisce violazione del dovere di procedere tanto nei casi in cui non venga dato avvio al procedimento, quanto in quelli in cui lo stesso non venga concluso con l'emanazione del provvedimento finale. In tali ipotesi, l'interessato ha a disposizione una duplice modalità di tutela, essendo legittimato a proporre, indifferentemente, l'azione di annullamento o l'azione avverso il silenzio.

[57] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 133; Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2009, n. 136.

ISSN 2036-7821

Ed, infatti, la dottrina che considerava il potere sostitutivo quale manifestazione della funzione di controllo sosteneva che gli organi nominati del sostituto agiscono come organi dell'amministrazione sostituita in virtù del fatto che le funzioni e poteri esercitate dallo stesso *sono del tutto assimilabili a quelle degli organi ordinari* dell'amministrazione sostituita[58] . In quest'ottica si è affermato che il potere di sostituzione indiretta si esaurisce con la nomina o l'insediamento del commissario *ad acta* il quale entra a far parte dell'organizzazione della p.a. sostituita, cosicché i suoi atti sono alla stessa direttamente imputati. In altri termini il rapporto che si instaura tra commissario *ad acta* e p.a. sostituita è di natura inter organica[59]: il commissario assume la qualifica di organo straordinario della p.a. sostituita, così come il commissario nominato per sostituirsi in tutte le funzioni in caso di impossibilità o mal funzionamento dell'ente.

Tale impostazione è stata posta in discussione in ragione della diversa natura della sostituzione totale rispetto a quella parziale. La prima, avendo ad oggetto la sostituzione nell'esercizio di una competenza generale in difetto di funzionamento dell'ente, implica una sostituzione di organi ed incide sull'organizzazione dell'ente sostituito, sicché il commissario eventualmente nominato dell'ente sostituto agisce come organo straordinario del sostituito. La sostituzione parziale, invece, implicando il solo esercizio del potere di adozione di singoli atti, non determina alcun mutamento nella struttura organizzativa del sostituito, di guisa che anche l'organo nominato dalla p.a. titolare del potere di sostituzione *assume la veste di organo della p.a. sostituta* [60].

---

[58] Cfr. U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, cit., 626; A. PIZZI, *Osservazioni intorno al c.d. controllo sostitutivo,* in *Foro amm*., 1963, 952 ss. In senso parzialmente diverso è stato anche sostenuto che il commissario agisce quale "mero strumento di imputazione di determinate attività all'amministrazione rimasta inerte, sicché lo steso agisce come organo straordinario esclusivamente su un piano oggettivo non in ordine ai profili meramente soggettivi, non ravvisando nella specie alcun rapporto di immedesimazione organica, poiché lo stesso costituisce un centro di competenza, seppure transitoriamente, esterna all'ente sostituito cfr. G. ORSONI, *Il commissario ad acta*, Padova, 2001.

[59] In tal senso in dottrina R. DICKMANN, *Competenza e regime giuridico dei provvedimenti adottati nell'esercizio dei poterei sostitutivi e di ordinanza del governo*, in *Foro amm*., CdS, 2008, 2549 ss.; V. PARISIO, *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia*, in *Riv. giur. edil*., 2006, 207, secondo la quale l'esercizio di poteri sostitutivi mira a tutelare l'unitarietà e la continuità della funzione amministrativa e non ha nulla di sanzionatorio o repressivo, per questo appare più conforme a tale logica la ricostruzione del commissario nell'ambito del rapporto organico. In giurisprudenza cfr. Tar Campania, Napoli, sez. II, 19 dicembre 2013, n. 5872; Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2004, n. 2520; Id., sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5647; Id., sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3536; Id., sez. IV, 8 giugno 2000, n. 3280; Id., sez. IV, 22 ottobre 2019, n. 7172; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 5 luglio 2019, n. 1788.

[60] Cfr. Cons. Stato, sez. V., 29 gennaio 2003, n. 439, in *Foro amm*., CdS., 2003, n. 2605 con nota di M.A. VISCA, *Ancora una pronuncia in tema di commissario ad acta*, in *Foro amm*., CdS., 2003, 2605; Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332, Id., sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1441 e 17 aprile 2018, n. 2283 In dottrina cfr. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 176 ss. "gli atti compiuti dal commissario (e la relativa responsabilità) vengono imputati all'ente sostituto, anche se i loro effetti sono destinati a prodursi nella sfera giuridica dell'ente sostituito". "(l)'esercizio del potere sostitutivo attraverso il commissario appare (…) del tutto assimilabile all'esercizio del potere stesso direttamente ad opera di organi ordinari dell'ente sostituto: si tratta semplicemente

ISSN 2036-7821

Tuttavia tale opzione ermeneutica, seppure condivisibile nei risultati, non ha indagato a fondo le ragioni che ne sono alla base. Ed infatti la circostanza che il potere sostitutivo si risolva nell'esercizio (e non nella titolarità) di una funzione attribuita ad un altro ente non ha, a parere di chi scrive, portata dirimente per risolvere la questione dell'imputazione dell'atto. Invero, come ci insegna la dottrina civilistica, il compimento di un atto giuridico da parte di un altro soggetto può avvenire o in nome proprio o in nome altrui, cosicché l'atto adottato dal sostituto nel primo caso è da imputare al sostituto, nel secondo, invece, direttamente al sostituito.
La chiave per risolvere la problematica va allora individuata partendo dalla qualificazione del potere di sostituzione. In quest'ottica, se come si è cercato di dimostrare il potere sostitutivo nel compimento di singoli atti è espressione di *un potere diverso* da quello attributo alla p.a. originariamente competente, allora non può porsi in dubbio che gli atti compiuti dal sostituto siano imputabili allo stesso sia che siano compiuti direttamente attraverso un proprio organo, sia che siano posti in essere attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, il quale instaura, quindi, *una relazione funzionale con il soggetto che lo ha nominato che mantiene su di esso un potere di vigilanza.* In questa prospettiva il rapporto che si instaura tra sostituto e commissario *ad acta* ha carattere carattere interorganico, mentre quello tra quest'ultimo e la p.a. sostituita assume carattere intersoggettivo[61].
La su esposta "sistematizzazione" dell'istituto impatta notevolmente sulla legittimazione passiva e attiva nei giudizi di impugnazione dell'atto sostitutivo.
Infatti, una volta riconosciuta l'imputazione dell'atto adottato in via sostitutiva all'amministrazione sostituta ne deriva che il ricorso per l'annullamento di tale atto debba essere notificato (art. 41 c.p.a.) a quest'ultima e ciò sia nei casi di sostituzione

---

di una diversa modalità tecnica di codesto esercizio, che non sembra possa alterare l'ordine delle imputazioni e delle responsabilità" Per una critica alla distinzione tra sostituzione totale e sostituzione parziale cfr. A. PIZZI, *op. cit.*, 951, la quale sottolinea l'impossibilità di distinguere nettamente tra sostituzione di attività e sostituzioni di organi ritenendo piuttosto che si tratta di un'identica situazione – l'irregolare comportamento degli enti locali- che la legge disciplina con modalità e intensità diverse, ma con gli stessi effetti giudici". In termini G. AVANZINI, *op. cit.*, 82: "il fatto che la deroga alla normale distribuzione delle competenze possa avere diversa intensità e avere ad oggetto un singolo atto o l'intero organo non alterna se non in termini quantitativi i problemi che esso genera". In senso critico rispetto alla distinzione tra surroga a competenze generali e specifiche cfr. anche V. PARISI, *op. cit.*, 208.

[61] Un discorso a parte meritano i commissari straordinari o commissari unici che operano in più regioni nominati per l'adozione non di un singolo atto, ma di una attività complessa comprensiva di più atti spesso facenti capo ad amministrazioni diverse. Tali commissari assumono una posizione di autonomia sia rispetto alla p.a. sostituta sia alla p.a. che li nomina ciò si deduce sia dal fatto che il commissario fa capo ad una struttura parallela a quella che lo ha nominata, anche se rimane assoggettati ai poteri di vigilanza da parte dell'amministrazione che li nomina, la quale fissa gli obiettivi e controlla il raggiungimento degli stessi: si pensi al commissario per l'attuazione degli interventi idrici e al commissario unico nazionale per la depurazione e i commissari per la bonifica di interessi nazionali, ai Commissari unici per gli interventi di collettamento fognature e depurazione dell'acque e per la bonifica delle discariche di siti d'interesse nazionale. Sulla natura del commissario unici cfr. M. NARDINI, *L'esercizio del potere sostitutivo statale in materia ambientale*: *i commissari unici*, in *www.federalismi*, 2021.

ISSN 2036-7821

diretta che indiretta[62]. Va peraltro osservato che, a fronte dei perduranti contrasti giurisprudenziali e della conseguente possibilità di configurare un errore scusabile del ricorrente nell'individuazione della p.a. cui notificare il ricorso, l'effettività della tutela giurisdizionale dovrebbe in ogni caso assicurata attraverso la rimessione in termini al fine di procedere ad una nuova notifica alla p.a. sostituta ed evitare la decadenza della proposizione dell'azione.

Inoltre, se l'atto adottato è imputato al sostituto, ne deriva anche la legittimazione attiva del sostituito all'impugnazione.

E' noto che la legittimazione della p.a. ad impugnare atti di altre amministrazioni in caso di lesione di una attribuzione o competenza[63] è un fenomeno riconosciuto sin dai tempi dello Stato unitario, che si è poi accentuata con l'affermarsi di uno Stato policentrista e autonomista e la conseguente frammentazione delle competenze tra enti anche dotati di autonomia costituzionalmente garantita.

In tali fattispecie si è ritenuto che la p.a. ricorrente assuma la veste di amministrato[64]. In questa prospettiva si è sempre riconosciuto alla p.a. sostituita la legittimazione ad impugnare tanto l'atto di nomina del *commissario ad acta* quanto l'atto adottato dal sostituto per l'assenza di inerzia amministrativa[65]. Ed infatti la mancata adozione del provvedimento costitisce il presupposto per esercizio del potete sostitutivo, sicché l'atto adottato in sua assenza può dirsi annullabile perché emanato in carenza di potere in concreto[66].

---

[62] In tal senso Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 2015, n. 2857: "ai fini di stabilire a chi spetta la legittimazione passiva a nulla rileva che successivamente all'emanazione dell'atto impugnato la relativa competenza sia stata trasferita ad altro organo o ente, non assumendo quest'ultima la posizione di contraddittori necessari nelle controversie concernenti la legittimità degli atti posti in essere dagli organi in precedenza concorrenti. In senso diverso cfr. Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 5 luglio 2019, n. 1788, secondo cui gli atti del commissario *ad acta*, nominato dalla Regione in sostituzione degli organi comunali competenti in via ordinaria, è titolare di un'autonoma legittimazione processuale rispetto all'amministrazione comunale sostituita in quanto organo non riconducibile ad alcuna delle due amministrazioni (controllante e sostituita) né identificabile con esse. Se ne deduce che il provvedimento adottato dal commissario ad acta è direttamente riferibile allo stesso commissario. Questi non è organo del Comune, ma costituisce l'autorità emanante, cosicché a lui il ricorso introduttivo deve essere notificato, pena l'inammissibilità a norma dell'art. 41, comma 1, c.p.a.

[63] Già SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, I, 83 e 123.

[64] Cfr. M. DELSIGNORE, *L'Amministrazione ricorrente*, Milano, 2020.

[65] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2000, n. 1982; Id., sez. V, 6 ottobre 1999, n.1332.

[66] Sulla riconduzione dell'atto emanato in carenza di un presupposto per il suo esercizio nell'ambito dell'annullabilità piuttosto che in quello della nullità per difetto assoluto di attribuzione cfr. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, Torino, 2017, 422; M. CLARICH, *Manuale di diritto*, cit.,141- In tal senso è orientata giurisprudenza prevalente ex *multis* Cons. Stato, sez. IV, 17 novembre 2015, n. 5228; Id., sez. V. 30 agosto 2013, n. 4323, Id., sez. IV, 16 agosto 2014, n. 4281. In senso diverso cfr. M. CAVALLARO - M. IMMORDINO, *La nullità del provvedimento tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21 septies l. 241/1990*, in *www.giustizia-amministrativa*, 2007, ove si afferma che il provvedimento adottato in assenza di un presupposto debba essere considerato nullo per mancanza di un elemento essenziale, poiché se le norme individuano dei presupposti quali condizioni fondamentali per l'attribuzione del potere, la loro presenza ne condiziona in concreto l'esistenza per cui la loro mancanza può ben può farsi confluire nel difetto di un elemento essenziale del provvedimento.

ISSN 2036-7821

Inoltre va posto in evidenza che la p.a. cui è attribuita la cura di un determinato interesse pubblico è titolare di una posizione differenziata e qualificata a fronte dell'esercizio del potere da parte di altra Amministrazione[67] e come tale legittimata ad impugnare i provvedimenti illegittimi lesivi degli interessi affidati alla sua cura. In questa prospettiva va anche riconosciuta la legittimazione dell'ente sostituito ad impugnare gli atti adottati dell'ente sostituto.

L'orientamento contrario, fondato sull'imputazione dell'atto adottato in via sostitutiva direttamente al sostituito, non tiene conto che gli effetti dell'atto ricadono sulla p.a. sostituita non solo in termini di oneri finanziari, ma sono destinati a permanere e condizionare il successivo svolgimento delle funzioni ordinarie dell'ente (si pensi alla localizzazione di un'opera pubblica o l'adozione di un piano regolatore), che si troverebbe così a subirne gli effetti ma sarebbe privato della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.).

Una forma di compensazione della mancanza di legittimazione ad agire dell'Amministrazione sostituita non è peraltro ravvisabile nella possibilità di rimuovere il provvedimento attraverso l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio. Ora, a parte la dubbia configurabilità di un potere di annullamento d'ufficio in capo al sostituito di un provvedimento dalla stessa non adottato (v. *infra*), va osservato che l'annullamento d'ufficio presuppone, oltre all'illegittimità dell'atto, anche la sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla sua rimozione, la valutazione (comparativa) tra tutti gli interessi in gioco e la considerazione dell'affidamento[68] dei soggetti privati ingenerato dal provvedimento amministrativo. Risulta pertanto evidente che la natura discrezionale del potere di annullamento d'ufficio non può in alcun modo sopperire alla negazione in capo alla

[67] Per una riflessione sulla legittimazione da parte di un ente territoriale ad impugnare atti emanati da un altro ente nell'ambito di concezione della giustizia amministrativa finalizzata alla tutela di pretesa sostanziale avente la consistenza di interesse legittimo (artt. 24, 103, 113 Cost.) cfr. M. RENNA - S. VACCARI, *La proiezione processuale dei dissensi tra gli enti territoriali*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 700, il quale osserva "nelle ipotesi di adozione di atti con valenza 'paralizzante' o 'limitante' di un proprio potere amministrativo, l'ente territoriale" è titolare di un interesse legittimo il cui bene della vita abbia a oggetto la pretesa sostanziale a conservare la pienezza delle possibilità giuridiche inerenti al potere amministrativo leso; in altri termini, una pretesa a salvaguardare la massima capacità espressiva di un determinato potere amministrativo, il cui svolgimento potenziale è in concreto ostacolato dagli effetti dispiegati da un atto amministrativo esercizio di un altrui potere".

[68] Sulla tutela dell'affidamento *ex plurimis* F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 3 ss.; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino,2005; E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 173 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2011, 159 ss.; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016.

ISSN 2036-7821

stessa della legittimazione ad impugnare il provvedimento adottato avanti al giudice amministrativo, il quale, se accerta l'illegittimità del provvedimento, salvo le ipotesi previsti dall'art. 21 *octies* l. n. 241/90 o dall'art 34 c. 3 c.p.a., non può che annullarlo.

8. L'inesauribilità del potere della p.a. sostituita

Occorre a questo punto esaminare il problema della consumazione del potere della p.a. sostituita sia in relazione alla possibilità di adottare l'atto omesso dopo il verificarsi dell'inerzia, sia in ordine al riconoscimento di un potere di riesame del provvedimento adottato dalla p.a. sostituta.

Anche tale questione è strettamente connessa a quella della natura giuridica del potere di sostituzione.

La dottrina che inquadrava la sostituzione nell'alveo dei controlli sugli organi con finalità repressiva sosteneva la consumazione del potere della p.a. competente di adozione dell'atto omesso[69] quale sanzione per l'inadempimento dell'obbligo di provvedere.

Ma anche la dottrina[70] che configurava la sostituzione amministrativa quale controllo di legittimità sugli atti nella forma omissiva affermava che la sostituzione si accompagnasse alla privazione della legittimazione a compiere l'atto in capo all'ente/organo originariamente competente. Il presupposto implicito di tale ricostruzione è che la funzione di controllo si innesti su una funzione esercitata (o non esercitata), ossia su una fattispecie esaurita.

La prospettiva cambia radicalmente allorché si ravvisa nel potere di sostituzione una funzione di amministrazione attiva. L'attribuzione di un potere di analoga natura rispetto a quello del sostituito rende necessario riflettere sul rapporto di concorrenza o alternatività intercorrente tra i due poteri.

Così un diffuso orientamento afferma *l'alternatività* dei poteri, ritenendo che la previsione di un potere sostitutivo e la nomina di un commissario *ad acta* determinino un spostamento di competenza al sostituente[71] . Si è così sostenuto che la

[69] Cfr. A. PIZZI, *op. cit.*, 952, la quale osserva la sostituzione "si pone come sanzione nei confronti dello stesso organo o ente, in quanto gli inibisce, giuridicamente di porre in essere quell'attività che egli avrebbe dovuto svolgere e, invece, ha omesso". Forti invece inquadrava la sola sostituzione indiretta nell'ambito dei controlli sugli organi riteneva che solo in caso di nomina del commissario che opera come organo straordinario della p.a. sia impedito alla p.a. sostituita di adottare l'atto nel lasso di tempo che va dalla nomina del commissario a quella in cui quest'ultimo esaurisce il suo mandato.

[70] Cfr. E. CASETTA, *Manuale diritto amministrativo,* cit., 150, la sostituzione attiene all'attività di controllo sugli atti i quali possono continuare a svolgere attività, fatta eccezione per quella relativa all'adozione dell'atto che essi avevano l'obbligo di emanare, la vicenda della nomina del commissario si accompagna alla perdita della legittimazione in capo all'organo dell'ente originariamente competente il quale sopporta tra l'altro le relative spese.

[71] La giurisprudenza che attribuisce al *commissario ad acta* la natura di organo straordinario della p.a. nega la permanenza del potere della p.a. dato che non ritiene che stesso potere possa essere attribuito a due organi della stessa amministrazione cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 1993, n. 774, in *Cons. Stato,* 1993, I, 927; Id., sez. IV, 26

ISSN 2036-7821

competenza deve essere attribuita necessariamente ad unico soggetto sia per ragioni di certezza del diritto[72], sia al fine di evitare duplicazioni di provvedimenti e di procedimenti a garanzia del buon andamento e dell'efficienza dell'azione amministrativa[73], sia, infine, per impedire che la p.a. si sottragga alla sostituzione attraverso atti meramente elusivi.

Di contro altro filone dottrinale e giurisprudenziale sostiene la permanenza del potere alla p.a. competente e la conseguente *concorrenza dei poteri* facendo leva sul principio dell'inesauribilità del potere amministrativo[74] e sull'esigenza che sia l'organo o la p.a. *in primis* competente ad agire in via amministrativa[75].

---

gennaio 1998, n. 71; Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332 cfr. G. BERTI – L. TUMIATI, *op. cit.*, 845, il quale con riferimento alla sostituzione commissariale nell'adozione di un singolo atto colloca il commissario accanto agli organi normali, che sono conservati, ma ritiene che l'attività di quest'ultimi sia sospesa in concomitanza con lo svolgimento della competenza commissariale.

[72] In tal senso M. L. INVERSINI, *Il potere della p.a. surrogata di provvedere dopo la nomina del commissario ad acta,* in *Riv. giur. edil.*, 2006, secondo cui la titolarità di un potere non può essere attribuita contestualmente ad organi diversi e distinti dell'Amministrazione qualunque sia la relazione che li unisce (interorganica o intersoggettiva), ma deve essere individuata dalla legge in modo univoco e aprioristico

[73] Cfr. G. ORSONI, *Il commissario ad acta*, cit., 74: "Il provvisorio esautoramento del potere del sostituendo, pur alternando la concezione democratica dell'ordinamento, riflette un'idea efficientista del perseguimento dell'interesse pubblico, anche laddove il potere sostitutivo postulasse la perdita per quanto temporanea del potere del sostituito a causa della sua imperatività.

[74] Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 326: "l'inesauribilità del potere si spiega facilmente con il fatto che il potere amministrativo è tenuta a curare in modo costante l'interesse pubblico. Se il potere è uno strumento di tutela di questo interesse è naturale che di questo strumento l'autorità debba disporne in ogni tempo".

[75] Questa tesi si collega al *favor* per l'intervento dell'organo originariamente competente cfr. D. CARUSO INGHILLERI, *op. cit.*, 141 ss.; M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 304: "il *favor* deve manifestarsi nel senso che l'intervento della figura originariamente competente non deve essere mai escluso, nemmeno nel caso in cui sia tardivo". Sul punto cfr. anche V. PARISIO, *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia,* cit., 207, secondo la quale la permanenza del potere in capo al soggetto sostituito si giustifica perché il potere sostitutivo mira a garantire all'interessato che un provvedimento conclusivo vi sia con la minore alterazione possibile delle competenze. In giurisprudenza per la tesi che configura l'istituto dell'esercizio dei poteri sostitutivi come un fenomeno di esercizio concorrente di potere Tar Lazio, sez. II, 26 giugno 2002, n. 5883; Tar Campania, Salerno, 11 giugno 1992, n. 209, in *Trib. amm. reg.*, 1992, I, 3563; Tar Lazio, sez. I, 27 settembre 1991, n. 1632, in *Nuova Rass.*, 1992, 1017; Tar Lazio, sez. I, 20 settembre 1991, n. 1591, in *Trib. amm. reg.*, 1991, I, 3366; Tar Lazio, sez. I, 8 novembre 1990, n. 1050, in *Foro amm.*,1991, 1218. La tesi della permanenza del potere è stata da ultimo ribadita anche in caso alla nomina del commissario *ad acta* di nomina giudiziaria cfr. Cons. Stato, ad plen., 25 maggio 2021, n. 8 con argomentazione che attengono però alla diversa natura del potere esercitato dal commissario *ad acta* di nomina giudiziale il quale come ausiliare del giudice è tenuto a garantire l'esecuzione della sentenza e non la cura in concreto dell'interesse pubblico che resta quindi attribuito alla p.a. titolare del potere. L'Adunanza Plenaria ritiene infatti che l'Amministrazione, soccombente in sede giurisdizionale, non perde il proprio potere di provvedere, pur in presenza della nomina e dell'insediamento di un commissario *ad acta* al quale è conferito il potere di provvedere per il caso di sua inerzia nell'ottemperanza al giudicato (ovvero nell'adempimento di quanto nascente da sentenza provvisoriamente esecutiva ovvero da ordinanza cautelare), e fino a quando lo stesso non abbia provveduto. Fino a tale momento, si verifica, secondo la Corte, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell'amministrazione, che ne è titolare *ex lege*, e da parte del commissario, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece. Sulla permanenza del potere di provvedere dopo la nomina del commissario *ad acta* da parte del giudice amministrativo cfr. G. BALLO, *Gli effetti della nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio: permane o si consuma il potere di provvedere dell'Amministrazione silente*, in *wwwgiustamm.it*, 12/2020.

ISSN 2036-7821

Ebbene quest'ultimo orientamento è in linea con la qualificazione del potere sostitutivo qui accolta.

Se, infatti, si configura il potere sostitutivo come una sorta di potere di secondo grado avente funzione rimediale di fronte all'inerzia, ossia come un potere *diverso* da quello della p.a. sostituita[76], è allora da ritenersi che quest'ultimo, salvo i casi in cui siano previsti termine perentori[77] per il suo esercizio, non possa dirsi consumato finché permane l'inerzia cui può porre fine o la stessa p.a. inadempiente o quella cui è attribuito il potere di sostituzione. In quest'ottica l'inerzia o la nomina di commissario da parte dell'ente sostituto non determinano il trasferimento del potere a tale ente, quanto piuttosto l'attribuzione di un *nuovo potere concorrente e succedaneo* rispetto con quello della p.a. inerte.

Inoltre può osservarsi che nei procedimenti ad istanza di parte è orientamento costante in giurisprudenza che la scadenza del termine per provvedere, salvo i casi in cui sia previsto un termine perentorio, non preclude all'interessato di rivolgersi direttamente al giudice amministrativo per ottenere una sentenza di condanna a provvedere nei confronti della p.a. competente (art. 31 c.p.a.)[78]. Può quindi affermarsi

---

[76] Cfr. G. SIRIANNI, *op. cit.*, il quale configurava il potere di sostituzione come un potere omogeneo rispetto a quello della p.a. competente, ma proprio della p.a sostituente.

[77] Secondo un orientamento costante in giurisprudenza il termine per l'esercizio di potere è solitamente ordinatorio e può assumere carattere perentorio soltanto dove sia espressamente previsto dalla legge cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3173; Tar Campania, Napoli, sez, IV, 3 febbraio 2015, n. 506. Secondo alcune pronunce la perentorietà può essere desumibile dal contesto normativo di riferimento indipendentemente da una specifica qualificazione in tal senso cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 1982, Id., sez. VI, 13 novembre 1973, n. 506, ove si afferma che la perentorietà può discendere dalla "logica del sistema"; per una critica a tale impostazione cfr. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 74. Sulla distinzione tra termini perentori e ordinatori cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere. Profili critici*, Napoli, 2018, 307, il quale ritiene che la suddetta distinzione non possa essere adottata nel diritto amministrativo in quanto attiene a termini di carattere processuale e non sostanziali quali quelli che attengono all'esercizio del potere amministrativo. In questi termini l'infruttuosa scadenza di un termine (sia esso il termine per la conclusione del procedimento o il termine previsto per l'adozione dell'atto) produce effetti estintivi della situazione giuridica soggettiva, cosi come i termini sostanziali del privato, e pertanto preclude alla la p.a. di adottare un atto valido. Tuttavia l'A distingue i termini riguardanti l'esercizio del potere e quelli di conclusioni del procedimento: i primi che riguardano esclusivamente i procedimenti d'ufficio determinano una preclusione assoluta all'esercizio del potere; i secondi determinano, invece, una preclusione relativa nel senso che impediscono l'adozione di un atto valido in senso al procedimento ma consentono di avviare un nuovo procedimento che può terminare con l'adozione di un atto valido.

[78] Sul carattere ordinatorio del termine di conclusione del procedimento ex *multis* Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 1996, n. 621; Id., sez. V, 13 febbraio 1997, n. 153; Id., sez. II, 16 ottobre 1996, n. 1154; Cons. giust. amm. reg. sic., 14 febbraio 2001, n. 77; Tar Lazio, sez. II, 3 aprile 1996, n. 636; Id., sez. II, 24 gennaio 1994, n. 65; Tar Marche, 10 ottobre 1997, n. 1016; Tar Toscana, sez. II, 15 maggio 1998, n. 394; Tar Calabria, Catanzaro, 10 novembre 1999, n. 1380; Tar Emilia-Romagna, sez. II, 29 maggio 1999, n. 274; Tar Toscana, sez. II, 23 febbraio 1996, n. 70. Dal carattere ordinatorio del termine di conclusione del procedimento ne consegue che, superato il termine conclusivo, l'amministrazione non perde il potere e può sempre adottare un atto tardivo, che non è valutato in termini di illegittimità bensì di responsabilità. Questa concezione riflette quella del silenzio-inadempimento, considerato come fatto giuridico che non denota una volontà di rifiuto, bensì la semplice violazione del dovere di provvedere v. Cons. Stato, ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1. Cfr. altresì F.G. - M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 431 ss., dove si sostiene che il silenzio "è idoneo ad operare solo sul piano

ISSN 2036-7821

che l'attivazione del potere sostitutivo non rappresenti, in assenza di una apposita previsione di legge, una condizione di procedibilità o di ammissibilità della domanda[79], tale da determinare un sensibile allungamento dei tempi di accesso alla giustizia in contrasto con principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.). Il potere sostitutivo si profila così come ulteriore strumento per garantire al cittadino una sollecita definizione del procedimento[80].

La questione allora non è tanto, a mio avviso, quella di riconoscere la concorrenza dei poteri da un punto di vista strutturale, quanto quella di assicurare un coordinamento tra provvedimenti e procedimenti in una prospettiva funzionale.

Sotto il primo profilo il criterio per risolvere il conflitto tra provvedimenti è facilmente rinvenibile in quello della priorità temporale. In tale prospettiva il provvedimento della p.a. sostituta adottato dopo quello della p.a. competente, può dirsi annullabile per carenza di potere in concreto, dato che il presupposto del potere sostitutivo è l'inerzia che viene meno con l'adozione dell'atto. Il provvedimento

processuale (alla stregua di qualsiasi presupposto processuale): non rileva sul piano sostanziale, sul quale risulta conforme ai principi che resti integro il potere dell'Amministrazione di provvedere, sia pure tardivamente, sulla domanda del privato; ciò corrispondendo non solo all'interesse pubblico, ma anche all'interesse del privato, al quale risulta utile non solo il provvedimento (tardivo) favorevole (per ovvie ragioni), ma anche il provvedimento (tardivo) sfavorevole, se non altro perché rende noti i motivi del rigetto della domanda". Va tuttavia dato atto di una più recente tendenza del giudice amministrativa a riconoscere la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento volto all'emanazione di provvedimenti sfavorevoli di fronte ai quali il privato è titolare di interesse legittimo oppositivo cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584.

[79] Una norma di tal genere era ad esempio contenuta nell'art. 21 d.lgs. n. 380/2001, ove in relazione al rilascio del permesso di costruzione si prevedeva che decorso del termine per la conclusione del procedimento, l'interessato per ottenere il provvedimento doveva inoltrare la richiesta di intervento sostitutivo al competente organo regionale, il quale nei successivi quindici giorni nominava un commissario *ad acta*, che entro i successivi sessanta giorni emanava il provvedimento e solo dopo che sia trascorso quest'ultimo termine senza l'emanazione del provvedimento si intendeva formato il silenzio rifiuto azionabile davanti al giudice amministrativo. Un termine perentorio era anche previsto per il rilascio dell'autorizzazione unica ambientale dall'art. 29 *quinquies*, comma 10, del d.lgs. n. 152/2006 prima della riforma ad opera del d.lgs. n. 468/014

[80] In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2021, n. 3904, ove in relazione ad una domanda di condono edilizio presentatati ai sensi dell'art. 32 del d.l. n. 269/2003 conv. dalla l. n. 326/2003 e disciplinata dalla all'art. 7 della l.r. Campania 18 novembre 2004, n. 10, che prevede il potere sostitutivo della Provincia, trascorsi 24 mesi dalla proposizione dell'istanza, i giudici amministrativi hanno ritenuto che trascorso tale termine l'interessato possa richiedere sia l'intervento sostitutivo della provincia, sia di agire ex artt. 31 e 117 c.p.a. Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 3 dicembre 2020, n. 12961, ove con riferimento al potere sostituivo regionale di adottare provvedimenti necessari per esecuzione dell'ordine di demolizione previsto dall'art. 31, comma 8, d.lgs. n. 380/2001 si afferma espressamente che l'attivazione del suddetto potere non è condizione né di ammissibilità della domanda, né di procedibilità. L'eventuale adozione del provvedimento omesso da parte dell'ente sostituto nel corso del giudizio avverso il silenzio rifiuto determina la cessazione della materia del contendere. Nel caso di perdurante inerzia sia da parte dell'ente competente che dell'ente sostituendo deve, inoltre, ritenersi rimessa al privato la scelta di quale amministrazione convenire in giudizio. In relazione alla sostituzione interna prevista dall'art. 2, comma 9 *ter*, l. n. 241/1990 cfr. L. MARZANO, *Poteri sostitutivi in caso di inerzia della Pubblica Amministrazione*, in *Libro dell'anno del diritto on line* 2016, la quale esprime tuttavia perplessità circa l'assenza di termini sospensivi o dilatori per l'azione giurisdizionale dopo l'attivazione del potere sostitutivo

ISSN 2036-7821

adottato dal sostituito dopo quello della p.a. sostituta è, invece, annullabile, perché l'adozione dello stesso fa venir meno il potere di provvedere[81].

Il vero nodo da sciogliere riguarda, invece, la duplicazione dei procedimenti e il dispendio di mezzi e risorse che si verifica a causa della possibile contemporanea pendenza di due procedimento aventi lo stesso oggetto. Inoltre non può sottacerci che la sostituzione nel corso di un procedimento già avviato potrebbe compromettere la tutela dell'affidamento eventualmente maturato dal privato. E, infatti, non solo le risultanze istruttorie condizionano la decisione finale[82] ma molto spesso il momento decisorio è preceduto da decisioni limitate o parziali le quali orientano la decisione finale[83].

Sulla base di queste considerazioni è opinione di chi scrive che il coordinamento tra p.a. debba essere assicurato in un'ottica di leale collaborazione[84] attraverso la previsione di un obbligo generalizzato di informazione circa l'apertura di un procedimento sostitutivo, così come affermato dalla Corte Cost. per il potere sostitutivo esercitato nei confronti di enti dotati di autonomia costituzionalmente

---

[81] Con riferimento al recupero dell'esercizio delle competenze da parti Regione a fronte di un intervento sostitutivo statale si è evidenziato però che la Corte Cost. sotto la vigenza del vecchio titolo V sosteneva la natura provvisoria dei provvedimenti sostitutivi statali cedevoli di fronte a un successivo intervento regionale cfr. Corte Cost. n. 31/1983. In dottrina cfr. G.M. SALERNO, *I poteri sostitutivi del Governo nella legge n. 131 del 2003*, in B. Caravita (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, 2004, 331 ss., il quale sostiene il recupero di competenze da parte dell'ente sostituito, ma con l'adozione di un atto che abbia efficacia solo *pro futuro.* Una soluzione originale è poi quella proposta da C. MAINARDIS, *op. cit.*, 126, il quale propone di distinguere tra inerzia imputabile e non imputabile: nel primo caso l'esercizio del potere sostitutivo statale determinerebbe secondo l'A. l'impossibilità da parte dell'ente territoriale di ritornare sulla fattispecie concreta, diversamente nei casi di forza maggiore dovrebbe prevalere un atteggiamento di favore per l'autonomia tale consentirne un intervento in seconda battuta. Tale tesi tuttavia non solo è priva di ancoraggio normativo, ma finisce per far assumere al potere sostitutivo una connotazione sanzionatoria che come si è più volte evidenziato risulta estranea all'istituto.

[82] L'art. 3 l. n. 241/1990 prevede che il provvedimento deve essere motivato in relazione alle risultanze dell'istruttoria. L'art. 6, inoltre, stabilisce che se l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale non può discostarsi dalle risultanze istruttorie se non indicandone la motivazione del provvedimento finale.

[83] Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione della scelta amministrativa. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997. Con l'approvazione della legge generale sul procedimento l. n. 241/1990 si è osservato il provvedimento finale tende a perdere una propria significativa consistenza perché preceduto da altre decisioni limitate o parziali emersi in sede istruttoria le quali orientano il procedimento selezionando il materiale di ponderazione al punto che la decisione finale non può che essere il risultato di tutto ciò una sorta di "riepilogo" privo di effettivo contenuto innovativo cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento*, Napoli, 1999, 29. L'espressione "riepilogo" riferita alla decisione finale si deve a W. SCHMITT GLASER, *Il Procedimento amministrativo e la sua legge: un'osservazione introduttiva*, in A. Masucci (cura di) *La codificazione del procedimento nella Repubblica federale di Germania*, Napoli, 1979, 425. L'espressione è ripresa anche da M. Nigro, *Il procedimento amministrativo, tra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione* (a proposito di un recente disegno di legge), in *Dir. proc. amm.*, 1989, 5 ss.

[84] Sul principio di leale collaborazione quale espressione dinamica relazionale del principio del buon andamento cfr. M. SPASIANO, *Il principio di buon amministrativo cit.* 123 ss. Più in generale sul principio di leale collaborazione tra p.a. cfr. P. MARZANO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni*, in www.federalismi.it., 2017.

ISSN 2036-7821

garantita, in modo da stimolare il sostituendo ad adempiere pur dopo il verificarsi dell'inerzia, e qualora non ciò non avvenga (o la p.a. competente si trovi nell'impossibilità di adempiere), occorre consentire alla p.a. sostituente il subentro nel procedimento eventualmente già avviato dal sostituendo sì da recuperare la documentazione acquisita e i risultati delle istruttorie già espletate. In termini analoghi il dovere di cooperazione dovrebbe imporre alla p.a. sostituente di consentire il subentro della p.a. competente che tardivamente intendesse esercitare il potere nel procedimento già avviato.[85].

Il dovere di leale collaborazione, esplicazione del generale principio di buon andamento e di non aggravamento dell'azione amministrativa, si profila così come lo strumento attraverso cui evitare la duplicazione di competenze e di procedimenti.

9. Il potere di riesame dell'atto adotto dal sostituto

Occorre, infine, riflettere sull'individuazione dell'autorità cui compete il potere di riesame[86].

Le difficoltà sorgono in virtù del carattere "temporaneo" del potere sostitutivo subordinato al permanere dell'inerzia, sicché, una volta che la stessa sia venuta meno, il potere di sostituzione può dirsi esaurito, di guisa che l'ente sostituto non potrebbe esercitare alcun potere di riesame sull'atto adottato[87].

In questa prospettiva può affermarsi che l'adozione dell'atto da parte del sostituto determini la riespansione del potere di amministrare della p.a. sostituita titolare della funzione e il conseguente potere di riesame dell'atto. Tale impostazione si fonda sulla considerazione che il potere di amministrazione attiva e potere di riesame siano

---

[85] Sul punto cfr. M. BOMBARDELLI. *op. cit.*, il quale ipotizza che l'intervento tardivo possa essere ammesso *in senso collaborativo* dopo che il sostituente abbia cominciato ad operare "perché la sostituzione non deve perseguire tanto la finalità di sanzionare chi rimane inerte, quanto piuttosto di ripristinare lo svolgimento dell'attività interrotta rispetto al quale l'intervento tardivo del soggetto originariamente competente può dimostrare la sua utilità".

[86] La questione non si pone se si accoglie l'orientamento atto a configurare gli organi del sostituto come organi straordinari del sostituito cfr. Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 26 aprile 2013, n. 385, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "Il fatto che il commissario *ad acta* abbia agito in via sostitutiva dell'Ente non fa comunque venire meno il potere che in via ordinaria spetta all'Ente stesso e di conseguenza non viene meno neppure il potere di autotutela nei confronti dell'eventuale atto adottato dal Commissario *ad acta*, e ciò perché, tale ultimo atto è comunque imputabile all'amministrazione rimasta inerte". Cfr. *ex multis* Tar Puglia, Bari, sez. I, 9 marzo 2010, n. 848.

[87] Cfr. Tar Campania, Salerno, sez. II, 16 febbraio 2015, n 381, ove si afferma che il potere di annullamento d'ufficio degli atti adottati dal commissario *ad acta* non è esercitabile né dalla p.a. titolare del potere sostitutivo, dato che tale potere è subordinato all'inerzia della p.a. competente, né dal commissario *ad acta* dalla stessa nominato sia in considerazione del carattere "chiuso" del suo mandato (…) sia perché, una volta esaurito il suo compito ed in virtù della sua estraneità alla cura istituzionale degli interessi pubblici sarebbe difficilmente ipotizzabile, anche da un punto di vista pratico, il suo intervento in autotutela nei confronti di atto già rilasciato. In tal senso in dottrina cfr. G. ORSONI, *op. cit.*, 91, che sostiene che con il venir meno dell'inerzia il sostituto abbia consumato integralmente il potere di provvedere, per cui non sarebbe legittimato ad esercitare poteri di autotutela rispetto ad atti ormai fuoriusciti della relativa sfera di competenza.

ISSN 2036-7821

espressione dello stesso potere di provvedere quale corollario del principio di inesauribilità del potere amministrativo[88]. In altri termini il principio dell'inesauribilità del potere postula che ogni potere sopravviva al suo esercizio e consenta pertanto sempre l'adozione di nuovi provvedimenti in relazione alla fattispecie oggetto di precedenti atti ogniqualvolta si manifesta l'esigenza di provvedere, sicché è la stessa norma attributiva del potere a dare fondamento al potere di riesame dell'atto.

Questa opzione ermeneutica tuttavia presenta profili di criticità laddove si pone in discussione il principio di inesauribilità del potere amministrativo[89] e si afferma che i poteri di riesame e i potere di amministrazione attiva siano poteri diversi per presupposti, limiti, struttura, tale da richiedere uno autonomo e specifico fondamento normativo[90].

---

[88] Com'è noto tale inquadramento dogmatico deriva dal superamento della teoria che considerava il potere di riesame quale espressione del potere di autotutela cfr. F. BENVENUTI, *Autotutela* (*dir. amm.*), cit., 537 ss., il quale definisce il potere di autotutela amministrativa come la capacità riconosciuta all'amministrazione di risolvere i conflitti attuali o potenziali nascenti dai propri atti e i destinatari del provvedimento nel cui ambito vanno ricondotti sia l'annullamento d'ufficio che la revoca con la sola differenza insita nell'incidere l'uno sui vizi di legittimità con effetti *ex tunc*, l'altra sui vizi di merito con effetti *ex nunc.* Concepisce il potere di esercizio del potere come "riesercizio" dello stesso potere di provvedere, invece, G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo* Milano, 1969, 206 e ss.:"L'atto di riesame costituisce esplicazione dello stesso potere esplicato con l'atto di primo grado in quanto l'interesse pubblico concreto richiesto per gli atti di conferma, convalida, annullamento e revoca non è altro che "la causa del potere di cui l'autorità è istituzionalmente investita", ossia il medesimo interesse cui l'autorità è preposta; "e se identico è l'interesse nei due momenti, identico sarà il potere amministrativo esplicato, che nell'interesse da perseguire s individua". Per un inquadramento dei provvedimenti di riesame nell'ambito dell'attività di amministrazione attiva cfr. anche A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 101, il quale considera tali provvedimenti quali strumenti di rinnovata gestione dell'interesse a cui è preordinata l'attività dell'amministrazione da modellarsi in relazione alle esigenze dell'attualità; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado,* in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2019, 303, la quale ritiene che i poteri di secondo grado quale strumento finalizzato a garantire l'adeguatezza costante della scelta amministrativa con l'interesse pubblico in concreto perseguito esplicazione del principio dell'efficacia dell'azione amministrativa quale espressione del dovere costituzionale del buon andamento nell'accezione di adeguatezza e cioè di corrispondenza dell'assetto già realizzato con il provvedimento alla costante e perenne soddisfazione dell'interesse pubblico per la cui cura il potere è stato attribuito e in precedenza esercitato.

[89] Cfr. M. TRIMARCHI, *op. cit*., 229, il quale sostiene che il principio di inesauribilità del potere costituisce un dogma, ossia un dato *a priori* postulante quale connotato intrinseco del potere. L'A. perviene alla sua decostruzione sia per il tramite di una regola sostanziale basata sulla valorizzazione della valorizzazione formale della motivazione, sia dell'idea che l'atto assorbe il potere rappresentando l'attuazione in concreto dell'ordinamento e non può essere concepito come manifestazione della volontà infinitamente riproducibile di esercitare una competenza giuridica. L'atto, in altre parole, assorbe il potere, il quale viene ad esaurirsi attraverso il suo esercizio.

[90] M. TRIMARCHI, *op. cit*., 184 ss. pone in evidenza le differenze tra potere di primo grado e secondo grado: "in primo luogo, gli atti di ritiro producono effetti giuridici consistenti nella rimozione del provvedimento di primo grado o dei suoi effetti, che non trovano corrispondenza nei poteri amministrativi ordinari; in secondo luogo, la decisione di secondo grado è soggetta a presupposti specifici, sconosciuti alla disciplina dei poteri di primo grado: l'invalidità o l'inopportunità di un provvedimento precedente". L'A. osserva, inoltre, che la decisione di secondo grado è a iniziativa officiosa, come dimostra l'assenza dell'obbligo di provvedere, ma può ben ricadere su provvedimenti rilasciati ad istanza di parte; inoltre la decisione di secondo grado, se non altro perché l'amministrazione deve bilanciare l'interesse alla rimozione dell'atto con la posizione dei controinterssati, è quasi

ISSN 2036-7821

Com'è noto il problema di dare un fondamento giuridico ai poteri di riesame ha trovato soluzione con la riforma della l. n. 241/1990, ad opera della l. n. 15/2005 , che ha codificato alcuni poteri di riesame: l'annullamento d'ufficio, la convalida, la revoca dettandone la relativa disciplina[91].

Ai fini che qui interessano l'art. 21 *quinquies* con riferimento alla revoca e l'art. 21 *nonies* in relazione all'annullamento d'ufficio prevedono che il potere di riesame sia attribuito allo stesso organo della p.a. o ad un altro organo ma in presenza di un'apposita previsione di legge.

Sulla base di tale disposizione sembrerebbe che l'amministrazione sostituita non possa esercitare il potere di riesame dell'atto adottato dall'amministrazione sostituta[92].

Si tratta, tuttavia, di un'interpretazione che, ad avviso di chi scrive, può essere solo in parte accolta. Infatti, è pur vero che la l. n. 15/2005 ha introdotto una disciplina espressa dei poteri di riesame, codificando limiti, presupposti e conseguenze[93], ma

---

sempre espressione di potere discrezionale, mentre la decisione di primo grado su cui ricada può essere espressione di potere discrezionale o vincolato". L'A. afferma pertanto che il principio di legalità vieta di rivedere le proprie decisioni se non dove e nei limiti in cui ciò sia espressamente autorizzata.

[91] Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo-Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento* (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo), Torino, 2020, 489, il quale ritiene che con la novella del 2005 si ha avuto un vero e proprio cambio di paradigma in materia di riesame, da allora, infatti, secondo l'A. l'annullamento e la revoca sarebbero poteri indubbiamente diversi e distinti dai poteri di primo grado.

[92] In tal senso già prima della l. 241/1990 cfr. F.P. VOLPE, *Sostituzione intersoggettiva ed autotutela del sostituito*, in *Tribunali Amministrativi Regionali*, 1989, n. 11, 36, 6 ss., il quale ritiene che il potere di annullamento di ufficio compete soltanto all'autorità emanante o all'autorità ad essa sovra ordinata, ma in nessun caso all'autorità sostituita, che, per i medesimi motivi e coerentemente, conserva l'interesse processuale all'impugnativa dell'atto. Secondo l'A. a siffatto orientamento non sembra osti neppure la prospettata nozione di "stessa autorità emanante", in termini di attuale identità oggettiva della funzione, piuttosto che in termini di materiale identità del soggetto agente, poiché la ricostruzione estensiva della fattispecie è fondata sull'argomentazione che la potestà di autotutela è implicita al potere di provvedere non è applicabile alle ipotesi sostitutive, giacché l'astratta identità oggettiva della funzione non sembra applicabile, con riferimento a moduli organizzativi, di già strutturati, intrinsecamente, secondo uno schema di alternatività della competenza. L'A osserva: "nella fattispecie della sostituzione intersoggettiva, la configurabilità di una perfetta assimilazione della funzione sembra trovare ostacolo nello stesso carattere surrogatorio dell'azione del sostituto, che, pur con identità di oggetto, muove da un diverso presupposto ed è preordinata, in via principale, pur se non esclusiva, alla cura di un diverso interesse. L'esercizio dei poteri sostitutivi, trova, in tal senso, peculiare ed esclusivo fondamento nell'omissione dell'atto dovuto ed è preordinato, prima che al soddisfacimento dell'interesse speciale, inerente all'oggetto del provvedimento, alla cura dell'interesse, inerente all'azione, al corretto e tempestivo esercizio della funzione, formalmente leso dal comportamento osservato dall'organo competente in via ordinaria".

[93] L'art. 21 *quinquies*, come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. *ter*, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, a garanzia dell'affidamento del destinatario del provvedimento limita peraltro notevolmente il potere di revoca: il potere di revoca per rivalutazione dell'interesse pubblico originario non può essere disposta in relazione ai provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici; la revoca per mutamento della situazione di fatto può essere pronunciata solo ove tale mutamento fosse imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento. Sulla modifica dell'art. 21 *quinquies* cfr. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013, secondo il quale però l'omesso esame di un fatto prevedibile, sebbene escluda la

ISSN 2036-7821

anche, dopo l'entrata in vigore della suddetta legge, non può negarsi che gli stessi siano espressione di una funzione di amministrazione attiva che compete al titolare del potere di provvedere.

Ed infatti proprio la configurazione legislativa dell'annullamento e la revoca sono come strumenti di cura dell'interesse pubblico concreto conferma che tali istituti siano espressione di una funzione di amministrazione attiva[94]. In questi termini il potere di riesame può essere considerato come "uno strumento di rinnovata gestione dell'interesse cui è preordinata l'attività dell'amministrazione in relazione all'esigenza dell'attualità"[95].

---

revoca, tuttavia non rileverebbe in termini di illegittimità del primo provvedimento, giustificandone l'annullamento d'ufficio. L'art. 21 *nonies* come modificato dall'art. 6 della l. 2015 n. 124, ha inoltre introdotto il termine di diciotto mesi, poi ridotto a 12 mesi dal d.l. 77/2021, convertito con modificazioni dalla l. 2021 n. 108, per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di provvedimenti attributivi di vantaggi economici. Il comma 2 *bis* dell'art. 21 *nonies* prevede però la possibilità di superare tale termine in caso di false rappresentazioni di fatti o dichiarazione di fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazioni o dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali, nonché delle sanzioni previste dal d.p.r. 2000 n. 445 cfr. A. GUALDANI, *Il tempo dell'autotutela*, in *federalismi.it*, 2017 e M. RAMAJOILI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 107, che, peraltro, sottolinea la natura decadenziale dello stesso; nello stesso senso M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti. Riflessioni a margine della legge 7 agosto* 2015, n. 124, in *federalismi.it*, 2015. In giurisprudenza sulla natura perentoria del termine per l'esercizio del potere di annullamento d'uffico cfr. Tar Salerno, sez. I, 17 luglio 2017, n. 1209 e Tar Roma, sez. II-*bis*, 7 marzo 2017, n. 3215: «l'art. 21 *nonies* ha introdotto un preciso e ben individuato termine definibile "perentorio" per l'esercizio del potere di autotutela, ossia un termine "massimo" per il legittimo esercizio del potere in questione, pari a 18 mesi, cui non può necessariamente non riconnettersi l'annullamento in sede giurisdizionale per l'ipotesi del mancato rispetto di esso». Sulla questione del superamento del termine a fronte di condotta dolosa o colposa del destinatario del provvedimento si rinvia a S. BOCCHINI, *L'affidamento "colposo e l'annullamento d'ufficio. Il caso degli aiuti di Stato illegittimi*, in G. Corso, F. G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde, Scritti in onore di Maria Immordino, I, Napoli, 2022, 293 ss. e alla dottrina ivi richiamata.

[94] Sull'unitarietà del potere esercitato con il primo e il secondo atto anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 15/2005 cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005*, in *Nuove autonomie*, 2005, 303; Id., *Il riesame del provvedimento dopo la legge n. 124/2015*, in *Nuove autonomie*, 2015, 335. Sul punto più di recente cfr. M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa*, Torino, 2021, 78, il quale ritiene che le differenze di disciplina ed effetti tra procedimento di primo grado e di secondo grado non possa portare a negare che l'amministrazione in sede di autotutela spontanea persegue principalmente (o quantomeno anche) l'interesse affidatole dalla norma attributiva del potere di primo grado. L'A., pur ritendendo il potere di autotutela abbia causa "mista" , perché in parte persegue l'interesse perseguito con il potere di primo grado, in parte svolge una finalità giustiziale, trae dall'identità parziale di causa con il potere di primo grado il fondamento del potere di autotutela, il quale perciò ben potrebbe essere esercitato anche in assenza di un'esplicita previsione di legge, in quanto autorizzato dalla norma attributiva del potere, oltre che da una complessiva lettura del nostro ordinamento.

[95] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332, ove pur ritenendosi che i poteri di riesame non possano essere esercitati dell'ente sostituito in quanto l'atto adottato in via sostitutiva è espressione di un potere esercitato da un centro di competenza autonoma, tuttavia, introduce un temperamento in relazione a circostanze sopravvenute o non valuta e/o non valutabili in sede di rilascio dell'atto. In termini cfr. Tar Campania, Napoli, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 465.

ISSN 2036-7821

Riprendendo le considerazioni espresse da autorevole dottrina[96] può affermarsi che "con l'emanazione dell'atto si sia esaurito il potere, ma non la funzione che, invece, permane oltre il suo esercizio". Il potere di riesame non è allora da intendersi come espressione del potere di amministrazione attiva[97], ma dell'immanenza e dell'inesauribilità della funzione di amministrazione attiva derivante dalla necessità di garantire la continua rispondenza dell'attività amministrativa al pubblico interesse[98].

In altri termini è da ritenere che la l. n. 241/1990 abbia dettato una disciplina per il legittimo esercizio del potere di riesame, ma non una norma attributiva dello stesso.[99].

Seguendo questa logica il riferimento allo "stesso organo" va allora inteso in senso lato, ossia come organo appartenente alla p.a. titolare del potere di provvedere anche se diversa da quella che ha adottato l'atto.

Del resto i giudici amministrativi hanno sempre ritenuto che il principio dell'identità tra organo che esercita potere di riesame e organo che ha adottato l'atto incontri una deroga nei casi in cui la titolarità della funzione è radicata in capo ad altro organo; come avviene nel caso violazione delle regole di competenza o nell'ipotesi di trasferimento delle competenze ad altro organo[100].

---

[96] Così A. CONITERI, *Il riesame*, cit., 82; in termini B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 785: "Carattere del potere amministrativo è la sua permanenza, al di là del singolo esercizio. Il potere amministrativo, dunque, appartiene al genere dei poteri che non si esauriscono con il loro esercizio, e in ciò si distingue da molti poteri privati, come quello di recesso e quello di riscatto. A ben vedere, non si tratta di un carattere strutturale del potere amministrativo, ma di una conseguenza del suo inserimento in una funzione, la quale permane al di là del singolo episodio di amministrazione. La norma che disciplina la funzione, in altre parole, ricollega il sorgere del potere al verificarsi di determinati presupposti (come l'istanza di parte, o anche il semplice accertamento della necessità di provvedere in merito al relativo interesse), determinando il continuo succedersi, in capo all'amministrazione di poteri di uguale contenuto. L'esercizio del potere determina – se si vuole – il suo esaurimento, ma la permanenza della funzione, produce la titolarità, in capo all'amministrazione, di nuovi poteri e poiché lo svolgimento della funzione può richiedere di intervenire nuovamente nello stesso rapporto giuridico, l'Amministrazione può revocare il provvedimento già emanato, così come può emanare un nuovo provvedimento in seguito all'annullamento di quello precedente".

[97] Il potere è uno degli strumenti di cui la funzione si avvale per assolvere ai suoi doveri verso la comunità sul concetto di funzione cfr. G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, 1968.

[98] Cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento*, cit., 11: "il riesame da parte dell'amministrazione si spiega pienamente "alla luce del principio di continuità dell'esercizio del potere pubblico e dello stesso concetto di funzione intesa in senso dinamico, che impone necessariamente al titolare del *munus* pubblico, attraverso il presente di guardare al futuro non al passato".

[99] Con riferimento al potere di revoca cfr. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, 104 ss., cit., secondo cui l'art. 21 *quinquies* non costituisce il fondamento giuridico del potere di revoca, ma soltanto la disposizione che ne disciplina l'esercizio indicando nei presupposti, i limiti e le conseguenze. Il fondamento del potere sarebbe piuttosto da ravvisare in una lettura combinata dell'art. 21-*quinquies* stesso con la norma attributiva del potere di primo grado.

[100] Nel caso di atto adottato da un'autorità incompetente, l'atto di autotutela, quale espressione della stessa funzione di cui è emanazione il provvedimento che ne costituisce l'oggetto, non può essere adottato che dall'organo titolare della funzione e non già da quello che, sia pur in difetto di competenza, ha effettivamente

ISSN 2036-7821

A ragionare diversamente verrebbe compromesso il principio di continuità dell'azione amministrativa, espressione del principio del buon andamento, non essendo individuabile una p.a. titolare del potere di riesame, dato che quest'ultimo, come visto, non può essere attribuito alla p.a. sostituta che con l'emanazione dell'atto ha esaurito la sua funzione[101].

Vi è però un altro aspetto da considerare: la p.a. sostituta è il soggetto che risponde delle conseguenze dannose dell'atto illegittimo, in quanto l'atto sostitutivo, come osservato, è a quest'ultima che va imputato, sicché è alla stessa quale "arbitro" del danno cagionato che dovrebbe essere attribuito il potere di rimuovere l'atto illegittimo[102]. Come giustamente osservato in dottrina[103] con il riconoscimento del principio della risarcibilità dell'interesse legittimo la valutazione dell'interesse pubblico concreto alla rimozione dell'atto illegittimo, da bilanciare con altri interessi, risulta oggi fortemente influenzato dalla necessità di valutare le conseguenze economiche negative derivanti dalla sua mancata eliminazione. In questo senso alla luce della norma dell'art. 30, comma 3, secondo inciso c.p.a, si è anche parlato di "doverosità" del potere di riesame, intesa come "obbligo di apertura del procedimento sia d'ufficio che su istanza di parte, quale strumento di tutela di natura

---

emanato l'atto da rimuovere, anche se si può ipotizzare che l'organo incompetente, accortosi del vizio, possa provvedere ad annullare il proprio atto e rimettere la pratica al soggetto competente, cfr. Cons. Stato., sez. V, 20 febbraio 2006, n. 701, in *Foro amm.*- C.d.S., 2006, 1837; Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2000, n. 6354, in *Foro amm.*, 2000, 11. Nell'ipotesi di trasferimento di potere in forza del principio "*tempus regit actum*", l'organo, al quale vengano attribuite competenze in precedenza svolte da altro organo, ben può compiere gli atti di autotutela necessari per la rimozione di atti illegittimi e contrari agli interessi dell'ente stesso, sebbene emanati anteriormente all'acquisizione delle nuove competenze Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2002, n. 408, in *Foro amm.*, C.d.S., 2002, 110.

[101] Cfr. Tar Campania, Salerno, sez. II, 16 febbraio 2015, n. 381, in *Riv. giur. edil.*, 2015, I, 75, ove con riferimento ad un permesso di costruire rilasciato dalla Provincia a fronte dell'inerzia comunale riconosce il potere di autotutela del Comune in virtù del principio della continuità dell'azione amministrativa espressione del più generale di buon andamento costituzionalmente riconosciuto del quale uno strumento operativo è rappresentato dal potere di autotutela.

[102] Così M. IMMORDINO, *Verso la doversoità dell'annullamento d'ufficio su domanda di parte?, Una rilettura dell'istituto alla luce dell'art. 30, comma 3, secondo inciso, c.p.a.,* in A. Contieri (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, 41. Sul dovere della p.a. di rispondere ad un'istanza di riesame a fronte di un'istanza del privato a verificare la legittimità compiendo una valutazione prognostica della rimozione dell'atto illegittimo sulla quantificazione da parte del giudice amministrativo del danno risarcibile cfr. S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso*? in *federalismi.it*, 2016. Sul tema della doverosità del potere di annullamento d'ufficio cfr. anche M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un "fossile vivente" nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo*, in *federalismi.it*, 2018, n. 8<, A. CASSATELLA, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso*? nota a Tar Trentino Alto Adige, Trento,16 dicembre 2009, n.305, in *Foro amm.*, T.a.r.., 2010, 810.

In giurisprudenza alcune aperture sull'obbligo di rispondere ad un'istanza di riesame si sono riscontrate solo nei casi in cui non sia scaduto il termine per provvedere Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6056, in *Dir. e giust.*, 2006, 41, 87, ove si ritiene sussistente l'obbligo di pronunciare sull'istanza di riesame, posto che la stessa appare esente dall'intento di eludere la decadenza dall'impugnazione del diniego, in quanto proposta in pendenza del termine per proporre ricorso.

[103] Cfr. C. DEODATO, *Annullamento d'ufficio*, in *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1196.

ISSN 2036-7821

sostanziale la cui attivazione è sintomatica dell'ordinaria diligenza delle parti di un rapporto amministrativo ai fini della quantificazione del danno derivante dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo"[104].

Può quindi affermarsi che la funzione del potere di annullamento d'ufficio assume oggi anche una valenza "giustiziale" quale strumento per rimediare ad una precedente violazione di legge[105]. In quest'ottica torna alla mente con riferimento all'annullamento d'ufficio la nota costruzione benvenutiana[106] del potere di autotutela come potere per risolvere conflitti attuali o potenziali senza l'ausilio del giudice.

Sulla base di siffatte considerazione l'idea di chi scrive è che sia necessario procedere ad una distinzione funzionale tra poteri di annullamento d'ufficio e di convalida, da una parte, e potere di revoca, dall'altra, ai fini della corretta allocazione del potere di riesame nelle relazioni intersoggettive caratterizzate dall'esercizio di un potere sostitutivo.

In quest'ottica il potere di annullamento d'ufficio quale strumento per rimediare ad una precedente violazione di legge deve essere attribuito alla p.a. che ha adottato l'atto illegittimo fino a quando non sia trascorso il termine per l'esercizio dell'azione risarcitorio ed è quindi solo con riferimento a tale segmento temporale che la portata letterale della disposizione dell'art. 21 *nonies* che prevede che sia l'organo che ha emanato l'atto ad avere il potere di annullamento ufficio può trovare applicazione. Trascorso questo termine, svolgendo il potere di annullamento d''ufficio, così come la revoca, una funzione prettamente di gestione dell'interesse pubblico concreto

---

[104] Cfr. M. IMMORDINO, *op. ult.*, cit., 71, la quale deduce la doverosità dell'attivazione di strumenti di autotutela anche d'ufficio dall'inciso dell'art. 30, comma 3, c.p.a. secondo cui il giudice nel valutare il danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio del potere deve tener conto del comportamento complessivo di *entrambe le parti* del rapporto amministrativo e dal richiamo operato dall'art. 30 c.p.a. agli *strumenti di tutela previsti dall'ordinamento* quale mezzo idoneo ad evitare e ridurre il danno. Sulla necessità di valutare anche il comportamento dell'Amministrazione in sede risarcitoria cfr. F. G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 981. Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, ove si include tra gli strumenti attivabili dal privato per evitare o ridurre il danno ingiusto, oltre a quelli di natura processuale, quale l'impugnazione tempestiva del provvedimento attraverso l'azione di annullamento, anche quelli di natura sostanziale quali l'assunzione di mezzi atti a stimolare l'autotutela.

[105] Sulla funzione riparatoria più che ripristinatoria del potere di annullamento d'ufficio S. TUCCILLO, *op. cit.*, 175, secondo la quale il legislatore nel richiamare "l'autotutela" nella rubrica dell'art. 6 della l. n. 124/2005 ha voluto conservare per l'annullamento d'ufficio un'incidenza specifica nella gestione dei conflitti che possono scaturire tra una manifestazione di potere viziata e i valori dell'ordinamento nel suo insieme. L'A. evidenzia, inoltre, che nella previsione di una responsabilità specifica per il mancato esercizio del potere di riesame si apprezza maggiormente la doverosità del potere di riesame ad esito "conservativo" che consente, al contempo, di ripristinare la legalità violata, conservare inalterato l'assetto di interessi e evitare la condotta contra legge fonte di responsabilità. Sulla differenza tra annullamento d'ufficio e revoca: il primo inteso quale forma di autotutela e quindi di un privilegio dell'amministrazione, la seconda considerata espressione dello stesso potere di provvedere cfr. B. G. MATTARELLA, *Autotutela e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2007, 1223.

[106] Cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, cit.

ISSN 2036-7821

"attualizzato", tale potere va invece riconosciuto alla p.a. sostituita titolare della funzione.

ISSN 2036-7821