

# CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL  
DIRITTO DELLE  
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO  
2 / 2025

APRILE - GIUGNO

# Potere sostitutivo e risultato provvedimento nella dinamica della leale collaborazione tra privato e pubblica amministrazione

*Alessandro Berrettini*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-2-32

*L'inerzia amministrativa rappresenta un problema rilevante nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione. Il potere sostitutivo, disciplinato dall'art. 2, comma 9-bis e seguenti della legge n. 241/1990, è stato introdotto come rimedio multilivello per garantire la tempestiva dell'azione amministrativa, rafforzando il principio di leale collaborazione e buona fede tra privato e pubblica amministrazione anche attraverso il dovere di quest'ultima di attivare tale potere d'ufficio. Il presente lavoro indagherà pertanto le implicazioni dell'art. 2 comma 9-bis citato sul piano sistematico con particolare riferimento all'indennizzo e al risarcimento del danno da ritardo. A tal fine, si evidenzieranno alcune criticità che derivano da certe posizioni del giudice amministrativo, le quali non sembrano tener conto di un necessario bilanciamento tra responsabilità amministrativa e oneri a carico del cittadino.*

## ***Substitutive power and “administrative result” in the dynamics of loyal collaboration between private and public administration***

*Administrative inertia represents a significant problem in the relationship between private and public administration. The substitutive power, regulated by art. 2, paragraph 9-bis and following of law no. 241/1990, was introduced as a multilevel remedy to ensure timely administrative action and strengthen the principle of loyal collaboration and good faith between private and public. This paper investigates the implications of art. 2 paragraph 9-bis on a systematic level with particular reference to compensation and damages for delay in adopting the administrative single-case decision. Some critical issues will be highlighted that derive from certain positions of the administrative judge that do not seem to take a necessary balance between*

*administrative responsibility and the burdens on the citizen.*

*Sommario: 1. Il potere sostitutivo quale rimedio multilivello all'inerzia amministrativa.- 2. Il principio di leale collaborazione e buona fede nell'attuale disciplina dell'art. 2 comma 9-bis, l. n. 241/1990 per l'ottenimento del bene della vita "provvedimento".- 3. Il potere sostitutivo come "strumento rilevatore dell'inerzia amministrativa" sul piano disciplinare.- 4. Potere sostitutivo e suo ruolo nell'ambito dell'indennizzo e del risarcimento del danno da ritardo amministrativo.- 5. Riflessioni conclusive.*

## **1. Il potere sostitutivo quale rimedio multilivello all'inerzia amministrativa**

Il tema dell'inerzia amministrativa è strettamente legato al potere attribuito alla pubblica amministrazione e alle correlate garanzie per difendersi da esso in un determinato momento storico<sup>[1]</sup>. Se si riflette sulle prime pronunce in materia di silenzio, l'inerzia di cui trattasi non veniva considerata un disvalore in sé, ciò perché il legislatore dell'epoca non prevedeva specifici mezzi di tutela per combatterlo<sup>[2]</sup>. Infatti, sebbene agli inizi del '900 la Quarta Sezione del Consiglio di Stato con il caso "Longo"<sup>[3]</sup> avesse introdotto in via pretoria un rimedio alla mancata risposta dell'amministrazione attraverso la creazione di una forma di silenzio-rigetto<sup>[4]</sup>, sul piano del diritto positivo l'inerzia non era ancora stata qualificata come attività illecita, non esistendo un generalizzato dovere di provvedere a carico della P.A.

Dalle insindacabili ragioni di opportunità che giustificavano la mancata risposta dell'amministrazione<sup>[5]</sup> si è giunti a considerare il tempo come un bene della vita autonomo da tutelare<sup>[6]</sup>, con la conseguente introduzione di un obbligo di provvedere e di farlo entro un termine prestabilito. Proprio per le originarie limitazioni dovute alle lacune normative sul tempo (massimo) che avrebbe dovuto governare l'azione amministrativa, la dottrina successiva non ha mancato di evidenziare come questo profilo dovesse essere trattato necessariamente a livello di diritto positivo<sup>[7]</sup>, da qui il riconoscimento di tale indicazione da parte del

legislatore nell'art. 2, l. n. 241/1990<sup>[8]</sup>. Per questa via si assegnano i tempi all'azione amministrativa, riconoscendosi altresì un obbligo di provvedere e dei rimedi nel caso in cui l'amministrazione procedente non rispetti quanto posto dalla innovativa previsione. Si gettano così le basi per la costituzione di un vero e proprio «*statuto legislativo avverso l'inerzia amministrativa*»<sup>[9]</sup>.

A partire dal testo originario della legge sul procedimento amministrativo si consolida progressivamente l'idea che il potere della P.A. debba tener conto della certezza dei rapporti giuridici che attraverso il suo esercizio vengono a prodursi<sup>[10]</sup> in chiave di lealtà e collaborazione con il privato<sup>[11]</sup>. È a partire da questa osservazione che il silenzio dell'amministrazione tende sempre più ad assumere significati diversi<sup>[12]</sup> come quello di rigetto e di accoglimento rispetto alla istanza presentata. Tutto ciò, invero, con il fine di attribuire un effetto al comportamento dell'amministrazione, facendo comprendere al privato se abbia o meno diritto ad ottenere il bene della vita anelato<sup>[13]</sup>.

È così che, rispetto al passato, il silenzio può talvolta assumere un chiaro significato di inadempimento<sup>[14]</sup> allorché la legge imponga all'amministrazione di decidere sull'istanza del privato mediante un provvedimento espresso. Di conseguenza, al fine di fronteggiare l'inerzia, il legislatore nel menzionato art. 2, l. n. 241/1990 considera una serie di rimedi di natura sostanziale, rispetto a quelli offerti dal d.lgs. n. 104/2010<sup>[15]</sup>. Tra questi, oggetto del presente lavoro, il potere sostitutivo disciplinato all'art. 2, commi 9-*bis* e ss., in cui “tempo” e “provvedimento” sono garantiti dall'amministrazione attraverso un meccanismo di sostituzione dell'organo competente rimasto inerte e, dunque, inadempiente.

Tornando a quanto rilevato in apertura al presente lavoro si conferma come l'inerzia abbia subito un trattamento molto diversificato a seconda del contesto storico in cui essa si è manifestata. Ed in effetti, se si guarda ai menzionati commi 9-*bis* e ss. questi hanno subito una importante modifica dal c.d. decreto “semplificazioni” finalizzata a garantire certezza dei rapporti giuridici nel periodo *post* pandemico ed in attuazione di un Piano di grande portata come il PNRR<sup>[16]</sup>. Tramite il comma 9-*bis*, la l. n. 108/2021 (di conversione del decreto semplificazione, ossia il d.l. n. 77/2021) ha introdotto<sup>[17]</sup> la facoltà per l'organo di governo di individuare, ai fini dell'attribuzione del potere sostitutivo, «*un'unità organizzativa*» in luogo di una figura apicale dell'amministrazione. Ciascuna amministrazione potrà pertanto scegliere tra una di queste due figure. Il comma

9-ter invece è stato riformulato introducendo la possibilità di attivare il potere sostitutivo «*anche d'ufficio*» e non più solo su istanza del privato interessato <sup>[18]</sup>.

Entrambe le novità tendono a bilanciare il rapporto tra privato e pubblica amministrazione, valorizzando la componente biunivoca della leale collaborazione e buona fede <sup>[19]</sup> al fine di superare i fenomeni di inerzia amministrativa. Dal 2020 <sup>[20]</sup> in poi emerge con forza una spinta verso il rafforzamento della funzionalizzazione dell'organizzazione e della connessa attività al pubblico interesse <sup>[21]</sup>, espandendo l'area di responsabilità dell'amministrazione in cui incide anche l'attività del privato. Basti pensare a questo riguardo a come la proposizione dell'istanza del privato volta ad esercitare il potere sostitutivo sia necessaria per ottenere il successivo indennizzo conseguente al mero ritardo <sup>[22]</sup> dell'amministrazione o, in certi casi, addirittura sull'*an* e sul *quantum* del risarcimento del danno da ritardo. Infatti, come riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, «*La condotta attiva del privato può (...) assumere rilievo come fattore di mitigazione o anche di esclusione del risarcimento del danno (...), laddove si accerti che le condotte attive trascurate (...) avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno*» <sup>[23]</sup>.

Tutti questi elementi aiutano a comprendere come l'inerzia, intesa quale mancato adempimento all'obbligo di provvedere in un tempo certo, assuma un forte connotato di disvalore con particolare riferimento alla certezza dei rapporti giuridici nonché al risultato ad essa correlato, consistente nell'emanazione del provvedimento amministrativo.

Inoltre, se si riflette su altre misure adottate dai decreti semplificazioni in tema di silenzio assenso, si può notare come si voglia limitare l'incertezza che fisiologicamente crea l'assenza di risposta dell'amministrazione allargando il campo del provvedimento espresso <sup>[24]</sup>. Ad esempio, in forza dell'art. 20, comma 2-bis, l. n. 241/1990, l'amministrazione «*è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda*» <sup>[25]</sup>. Ciò si aggiunge naturalmente a tutti quegli istituti giuridici, presenti nella medesima legge sul procedimento amministrativo, finalizzati anch'essi a garantire certezza dei rapporti giuridici attraverso un atto non sottoposto al regime del silenzio rigetto o assenso. Immediato è il riferimento all'obbligo di rilascio della «*ricevuta*»

disciplinata dall'art. 18-*bis*, attraverso cui l'amministrazione, oltre ad «*attesta(re) l'avvenuta presentazione dell'istanza, della segnalazione e della comunicazione*», ha l'obbligo di «*indica(re) i termini*» entro i quali «*è tenuta, ove previsto, a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza*»<sup>[26]</sup>. Non solo, sempre in questo ambito non si può trascurare di considerare il c.d. provvedimento in forma semplificata<sup>[27]</sup>, in cui se l'amministrazione procedente ravvisa «*la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda*», allora sarà tenuta a concludere il procedimento «*con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo*»<sup>[28]</sup>. Anche quest'ultimo istituto rappresenta un evidente presidio in termini di certezza sul rispetto dei tempi di risposta (positiva o negativa che sia, qui non rileva) dell'azione amministrativa. Poste queste premesse risulta evidente come il potere sostitutivo possa assumere un valore centrale nel contrasto alle incertezze derivanti dal silenzio inadempimento al fine di raggiungere come risultato l'emanazione tempestiva del provvedimento amministrativo. Ciò induce a riflettere sul modo in cui il potere sostitutivo possa raggiungere il risultato provvedimentale anche attraverso la necessaria collaborazione del privato sancita dall'art. 1, comma 2-*bis* l. n. 241/1990, senza però trascurare gli effetti complessivi che tale istituto produce sul contrasto alla patologia dell'inerzia. Occorre però procedere per gradi, analizzando dapprima il funzionamento del potere sostitutivo sia dal punto di vista dell'organizzazione che dell'attività.

## **2. Il principio di leale collaborazione e buona fede nell'attuale disciplina dell'art. 2 comma 9-*bis*, l. n. 241/1990 per l'ottenimento del bene della vita “*provvedimento*”**

Sin dai primi studi in materia di potere sostitutivo si comprende come questo si relazioni al profilo organizzativo. A prescindere dal tipo di classificazione offerta al potere in esame, esso incide chiaramente sulla competenza amministrativa dell'organo rimasto inerte. Il potere sostitutivo è stato ricondotto a specifiche relazioni organizzative ed in particolare al rapporto gerarchico<sup>[29]</sup>. Sul punto parte della dottrina considera il potere *de qua* coesenziale al potere del superiore

gerarchico, che, ricomprendendo quello del subordinato, non ha bisogno di una specifica copertura legislativa<sup>[30]</sup>. Altra parte della dottrina, invece, ritiene che il potere sostitutivo debba necessariamente passare per una disposizione di legge, essendo questo concorrente a quello del sostituito. Questa teoria evolve poi verso altre relazioni organizzative dove non è ravvisabile una sovraordinazione tra sostituto e sostituito, incardinandosi il relativo potere in un «*rapporto organizzativo meno stretto*» tra soggetti distinti sottoposti ad un vincolo funzionale consistente «*nello svolgimento di un compito comune*»<sup>[31]</sup>.

La centralità della copertura legislativa nella dinamica attributiva del potere sostitutivo coniuga le esigenze legate all'efficienza con quelle altrettanto importanti legate alla certezza dei rapporti giuridici. Nondimeno, l'art. 2, l. n. 241/1990 sembra comprendere entrambe le tesi che legittimano il potere sostitutivo: sia quella sulla base del rapporto di sovraordinazione tra sostituto e sostituito; che quella in forza di una necessaria predeterminazione normativa affinché questo potere possa dispiegarsi. Si prevede – infatti – che l'organo di governo individui «*un soggetto nell'ambito delle figure apicali (...) cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia*» e, in caso di omissione di tale atto, «*al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione*».

Al di là della rigidità della teoria basata su un potere sostitutivo legato unicamente alle relazioni organizzative di gerarchia, la norma indicata valorizza il vincolo funzionale che l'ente attribuisce discrezionalmente con proprio atto al potenziale sostituito. Ed in tal senso sarà possibile ravvisare casi in cui l'amministrazione individua figure apicali come sostituti, altri in cui invece assegna codesto compito ad organi non legati da un vincolo di sovraordinazione con il soggetto inerte. La sostituzione è dunque legata alla necessità di raggiungere il risultato provvedimentale anche per il tramite della cooperazione tra organi. Merita rilevare, a riguardo, come la giurisprudenza<sup>[32]</sup> consideri la sostituzione come una “avocazione”; istituto che, a ben vedere, prescinde dal «*comportamento omissivo*» dell'organo gerarchicamente inferiore<sup>[33]</sup>. Grazie alle modifiche dell'art. 2, l. n. 241/1990 si introduce pertanto un meccanismo di compensazione mediante il quale i sostituti individuati dall'amministrazione cooperano per realizzare il fine attribuito dalla legge in un'ottica di «*complementarità funzionale*»<sup>[34]</sup> strettamente connessa, almeno in origine, alla condotta attiva del privato. Infatti,

dalla lettura della prima versione dell'art. 2, comma 9-ter, l. n. 241/1990, tale cooperazione tra sostituto e sostituito poteva realizzarsi solo con la presentazione di un'istanza finalizzata ad attivare l'esercizio del potere sostitutivo, dunque rimettendo al privato la realizzazione del fine in parola. Invece, nell'intento di valorizzare i compiti istituzionali della pubblica amministrazione la l. n. 108/2021<sup>[35]</sup> modifica il comma 9-ter appena indicato, introducendo l'obbligo di esercitare d'ufficio il potere in esame. Dunque, la sostituzione dell'organo inerte è svincolata dall'interesse del privato e va nella direzione di valorizzare il principio di collaborazione e buona fede nella sua accezione bidirezionale<sup>[36]</sup>. È come se, in sinergia, privato e amministrazione collaborassero nel contrasto all'inerzia amministrativa per la tutela di un comune interesse, ossia il provvedere.

Del resto, come più volte evidenziato il profilo dell'inerzia amministrativa è strettamente legato in termini di tutela a quello della leale collaborazione<sup>[37]</sup>, quale endiadi della collaborazione e buona fede richiamata dall'art. 1 comma 2-bis l. n. 241/1990<sup>[38]</sup>. Chiari esempi in questa direzione possono essere rinvenuti nella figura del provvedimento di rigetto in forma breve, nonché in quella dell'obbligo di rilascio della ricevuta a seguito di procedimenti ad iniziativa di parte<sup>[39]</sup>. Il primo istituto impone all'amministrazione l'obbligo di provvedere anche in seguito alla presentazione da parte del privato di semplici domande che non assumono la forma dell'istanza<sup>[40]</sup>; il secondo, invece, prevede il rilascio di una «ricevuta» che attesti l'avvenuta presentazione dell'«istanza» («segnalazione» o «comunicazione») da parte del privato, in cui indicare i «termini» entro cui la stessa sarà tenuta a rispondere, nonché quelli «entro i quali il silenzio» dell'amministrazione «equivale ad accoglimento dell'istanza». Entrambe le disposizioni di legge evitano che il privato sia soggetto a defatiganti attese e/o infinite interlocuzioni<sup>[41]</sup>, conoscendo tempi, significato di eventuali silenzi, nonché esiti di domande irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate<sup>[42]</sup>.

La recente novità del potere sostitutivo s'inserisce in questo solco volto a non oberare i privati di oneri procedurali. Il principio di leale collaborazione valorizza la relazione asimmetrica, ma pur sempre partecipata, tra amministrazione<sup>[43]</sup> e privato imponendo doveri di protezione alla prima e «una più marcata responsabilizzazione»<sup>[44]</sup> al secondo. Quanto ai doveri di protezione appena indicati, essi non si realizzano solo mediante un rapporto bilaterale tra organo competente e privato bensì anche attraverso una sinergia interna tra

sostituito e sostituito. Così, il potere sostitutivo determina una sorta di concorrenza fra uffici al fine di dare risposta al privato, salva restando la titolarità del potere medesimo nell'organo sostituito<sup>[46]</sup>. Di conseguenza, tra l'organo inerte e il sostituito si dovrebbe instaurare occasionalmente una relazione organizzativa di coordinamento, in cui entrambi i soggetti sono in posizione equiordinata al fine di realizzare il risultato provvedimentoale<sup>[46]</sup>.

### **3. Il potere sostitutivo come “*strumento rilevatore dell'inerzia amministrativa*” sul piano disciplinare**

L'istituto in esame non determina soltanto conseguenze organizzative all'interno degli uffici in cui opera. Esso è infatti utile a far emergere dei fatti rilevanti sul piano disciplinare. Secondo l'art. 2, comma 9-*bis*, chi esercita il potere sostitutivo «*comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare*» e «*in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria*». A ciò si aggiunge la generale previsione del comma 9 per cui «*La mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di (...) responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente*».

In sostanza, la norma crea un circolo virtuoso volto a sanzionare l'organo inadempiente attraverso un principio di responsabilità dell'organo sostitutivo. La responsabilità disciplinare assume così un ruolo centrale nella dinamica della lotta all'inerzia amministrativa, assicurandone la sua emersione. Questo tipo di responsabilità trae la sua origine dalla specialità che caratterizza il pubblico impiego privatizzato<sup>[47]</sup>, ponendosi in un'ottica pubblicistica legata all'efficienza amministrativa<sup>[48]</sup>. A dimostrazione di ciò, la responsabilità disciplinare da inerzia si emancipa da questioni essenzialmente privatistiche, tradizionalmente connesse ad azioni di tutela giurisdizionale. Il sistema che rafforza l'istituto del potere sostitutivo è determinato, infatti, dal combinato disposto dell'art. 55, d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 2, l. n. 241/1990. Sono proprio i connotati dell'impianto sanzionatorio del TUPI a costituirne il deterrente che porta l'organo sostitutivo ad attivarsi. Basti riflettere sia sul ruolo dell'Ufficio per il procedimento disciplinare (UPD) per sanzioni superiori al mero rimprovero verbale,

costituendo questo un organo finalizzato all'applicazione uniforme e ragionevole della normativa, che sui termini certi di inizio e conclusione del procedimento disciplinare.

Risulta poi altrettanto importante il momento di attivazione dell'UPD che può essere determinata non solo dalla segnalazione del dirigente, bensì anche dalla segnalazione dei privati nonché di pubblici dipendenti, quest'ultima agevolata anche dall'istituto del *whistleblowing*.

Il profilo legato alla efficacia deterrente dell'art. 55 TUIPI consiste nella completezza della menzionata segnalazione, grazie alla quale è possibile istruire con prove adeguate l'intero procedimento sanzionatorio. A tal riguardo, la peculiare fattispecie dell'inerzia disciplinata dall'art. 2 comma 9-*bis* si presta a garantire la completezza accennata in quanto la norma configura l'illecito dell'organo sostitutivo prevedendo unicamente un'omissione circa la segnalazione del funzionario inerte ed una conseguente attribuzione della sanzione a cui soggiace quest'ultimo a titolo di responsabilità oggettiva. Per integrare la fattispecie sarà sufficiente, da parte dell'organo competente, una semplice verifica dell'omissione del sostituto, agevolata dall'attivazione d'ufficio o tramite privato del potere sostitutivo.

Sul piano disciplinare e su quello più propriamente legato al rapporto tra privato e pubblica amministrazione il principio di collaborazione risulta anche qui coesistente nella dinamica relativa alla lotta all'inerzia; ciò sotto una duplice aspetto: sul piano disciplinare il privato assolve una funzione di segnalazione dell'illecito attraverso l'attivazione del potere sostitutivo quale elemento cardine per attivare l'obbligo di comunicazione dell'illecito stesso da parte dell'organo sostitutivo all'UPD. Sul generale rapporto tra privato e pubblica amministrazione, invece, la leale collaborazione permette alla pubblica amministrazione di contrastare direttamente il fenomeno dell'inerzia e di realizzare il proprio fine pubblicistico mediante l'emanazione del provvedimento occasionato dall'esercizio diretto del potere sostitutivo. In sostanza, la leale collaborazione responsabilizza l'amministrazione al fine di tutelare la posizione del privato che si trova in balia dell'inerzia.

Non si vuole affermare che, nell'ottica della leale collaborazione, il privato sia stato spogliato del suo ruolo preminente nella lotta all'inerzia; tuttavia, la recente integrazione della norma pare valorizzare il momento pubblicistico evitando che

il privato possa addossarsi compiti che vanno ad aggravare ulteriormente la sua posizione. Nondimeno, sebbene non si deresponsabilizzi il privato ad agire per l'ottenimento del provvedimento amministrativo, il relativo obbligo sembra ripercuotersi negativamente nei suoi confronti sul piano della tutela risarcitoria. Esiste, infatti, una certa giurisprudenza che valuta negativamente il comportamento del privato che non si attiva per esercitare il potere sostitutivo, costituendo questo un «*indice di serietà ed effettività dell'interesse legittimo al provvedimento espresso*»<sup>[49]</sup>. In tal senso, il potere sostitutivo oggetto di questo approfondimento assolve «*un ruolo centrale nella fattispecie di responsabilità dell'amministrazione per danno da ritardo*»<sup>[50]</sup>. Sul piano risarcitorio esso assume pertanto un connotato diverso: da una parte è strumento rilevatore dell'inerzia ed occasione per il privato di sollecitare l'amministrazione ad agire; dall'altra elemento che incide non soltanto sull'*an* ma anche sul *quantum* del risarcimento del danno determinato dal ritardo dell'amministrazione.

#### **4. Potere sostitutivo e suo ruolo nell'ambito dell'indennizzo e del risarcimento del danno da ritardo amministrativo**

Il potere sostitutivo assume un ruolo di notevole importanza non solo nella disciplina del risarcimento del danno, ma anche in quella dell'indennizzo per il mero ritardo dell'amministrazione. Sebbene la fattispecie disciplinata dall'art. 2-bis, l. n. 241/1990 preveda il diritto all'indennizzo «*in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi*», l'art. 28, comma 9 del D.L. n. 69/2013<sup>[51]</sup> pone un limite al suo esercizio. Tale limite consiste nel subordinare il riconoscimento del diritto all'indennizzo al ricorso al potere sostitutivo entro il termine perentorio di venti giorni decorrenti dal termine di conclusione del procedimento amministrativo.

Merita sin d'ora rilevare un mancato coordinamento della norma indicata con le novità apportate all'art. 2, comma 9-bis, l. n. 241/1990. Se nel decreto semplificazioni del 2021, come già evidenziato, era chiara la volontà di attribuire all'iniziativa d'ufficio l'attivazione del potere sostitutivo per non far gravare unicamente sul privato il compito di rimuovere l'inerzia, l'art. 28 appena indicato, di contro, impone all'istante un onere che andrebbe ripartito con

l'amministrazione, determinando di conseguenza una considerevole limitazione al ristoro indennitario. Se la logica è quella di evitare che il privato con la sua inerzia produca in via strumentale un aumento del *quantum* dell'indennizzo<sup>[52]</sup>, l'esercizio d'ufficio del potere sostitutivo potrebbe invece responsabilizzare l'amministrazione a rimuovere l'inerzia per non incorrere nel pagamento di una somma di denaro direttamente proporzionale ai giorni derivanti dalla mancata attivazione del rimedio in analisi.

La giurisprudenza non sembra aver interpretato in via sistematica il combinato disposto dell'art. 28, comma 2, d.l. n. 69/2023 con il nuovo art. 2, comma 9-bis, l. n. 241/1990. Essa, infatti, conferma il rigetto delle istanze volte all'ottenimento dell'indennizzo allorché il privato non abbia esercitato il potere sostitutivo<sup>[53]</sup>. Si evidenzia pertanto come il giudice amministrativo non abbia considerato i nuovi equilibri del rapporto fra privato e pubblica amministrazione sanciti dall'attivazione d'ufficio del potere sostitutivo. Equilibri, questi, che dovrebbero condurre il giudice amministrativo a leggere diversamente l'art. 28, comma 2 più volte citato, con la conseguenza che l'inerzia del privato nell'attivazione del potere sostitutivo debba essere valutata, caso per caso, dal lato del profilo della colpa e del dolo, senza essere meccanicamente considerata un elemento limitante l'accesso al ristoro indennitario.

Sebbene la disciplina dell'indennizzo sembri tagliare i ponti con quella del risarcimento del danno da ritardo, non richiedendo per l'ottenimento dell'indennizzo gli elementi previsti dall'art. 2043 c.c., il potere sostitutivo risulta un comune elemento preclusivo per l'accesso alla tutela dall'inerzia amministrativa. Infatti, sul piano del risarcimento del danno da ritardo della pubblica amministrazione la giurisprudenza interpreta l'esercizio del potere sostitutivo come elemento sintomatico per determinare la sussistenza o meno dell'onere di collaborazione da parte del privato ai sensi dell'art. 1227 c.c. Emblematica in tal senso risulta essere la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021. Essa originava dal ricorso presentato da una società avverso la Regione Sicilia contenente una domanda di risarcimento danni conseguenti al ritardo nel rilascio delle autorizzazioni uniche per la costruzione e la gestione di quattro impianti fotovoltaici; ritardo che non aveva permesso, per una sopravvenienza normativa, di accedere a degli incentivi tariffari. Ebbene, tra le questioni sottoposte dal giudice remittente<sup>[54]</sup>, una chiedeva al Consiglio di Stato di

affrontare la misura del danno risarcibile in conseguenza del ritardo, posta in stretta connessione con quella relativa alla natura della responsabilità della pubblica amministrazione. La Plenaria, nell'affermare come il danno da ritardo sia direttamente riconducibile alla responsabilità da fatto illecito extracontrattuale<sup>[55]</sup>, si concentra sul ruolo che il potere sostitutivo assolve in questo campo, rilevando quanto segue: il potere sostitutivo, essendo «*uno strumento di cooperazione con il privato istante, finalizzato a superare l'inerzia dell'amministrazione*», assume un ruolo preminente nella responsabilità per danno da ritardo, poiché, come anticipato, esso rappresenta «*indice di serietà ed effettività dell'interesse legittimo di quest'ultimo al provvedimento espresso*».

L'attivazione del potere sostitutivo viene dunque considerato un elemento sintomatico per comprendere se il decorso del tempo sia o meno indifferente per il privato. Pertanto, l'inerzia del privato è qualificata come un comportamento valutabile ai sensi dell'art. 30 c.p.a. per escludere la presenza di danni «*che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*». L'attivazione del potere sostitutivo, pur non assumendo il valore di presupposto processuale per l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno<sup>[56]</sup>, risulta così un «*fattore di mitigazione o anche di esclusione del risarcimento*», concorrendo alla definizione della responsabilità.

Nel ribadire come dall'emanazione della l. n. 241/1990 si sia determinata una diminuzione della posizione di supremazia dell'amministrazione ed un conseguente onere collaborazione con il privato, il rimedio procedimentale in esame costituisce – per il giudice amministrativo – un'attuazione di quest'ultimo. Il quadro appena delineato è ricondotto allo schema dell'art. 1227 c.c., comma 2, ossia alla responsabilità extra contrattuale in cui debitore e creditore hanno un reciproco obbligo di collaborazione, tale per cui «*il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*»<sup>[57]</sup>. Cosicché, l'obbligo del creditore si sostanzia in un obbligo positivo consistente in una sorte di dovere di protezione del bene della vita a cui anela rappresentato, nel caso concreto, dal tempo.

Le conseguenze di questa impostazione sono evidenti. Il rimedio muta la sua dinamica sul piano della responsabilità del danno da risarcimento, da risorsa per il privato e rimedio stragiudiziale, a elemento volto a rafforzare le sue ragioni nel

caso in cui venga attivato. Ciò in forza della rilevanza del ruolo del comportamento del privato ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., vale a dire quale «*criterio della consequenzialità immediata e diretta [che] opera in funzione limitatrice delle conseguenze dannose risarcibili comprese nella serie causale originata dal fatto illecito*»<sup>[58]</sup>.

Sebbene il ritardo dell'amministrazione abbia determinato la lesione del bene giuridico «*tempo*», avendo come noto dignità di interesse risarcibile ai sensi dell'art. 2-bis, l. n. 241 del 1990<sup>[59]</sup>, la mancata attivazione del potere sostitutivo incide sul c.d. danno conseguenza, potendo ridurre sia nell'*an* che nel *quantum* il risarcimento del danno del privato qui ricondotto, nel caso di specie, alla perdita di *chance*.

Di recente, la Plenaria<sup>[60]</sup> è tornata ad occuparsi del rapporto tra potere sostitutivo e responsabilità disciplinare. Anche in questo frangente la controversia verteva sul diritto al risarcimento del danno da ritardo dell'amministrazione per non aver tempestivamente risposto alla richiesta di incremento stipendiale presentata da diversi privati. Un ritardo, questo, che ha impedito l'accoglimento della relativa istanza a causa di una sopravvenienza normativa<sup>[61]</sup>. Tralasciando l'*excursus* processuale che ha determinato la pronuncia di cui trattasi, merita qui rilevare che il giudice amministrativo, rispetto alla precedente pronuncia del 2021, si è incentrato sul tipo di inerzia prevista dall'art. 2, comma 2-bis l. n. 241/1990, distinguendo la tardiva adozione di un provvedimento a contenuto favorevole, dall'adozione tardiva di un provvedimento legittimo ma sfavorevole per l'interessato, rispetto alla mera inerzia. Ciò che accomuna tutte le fattispecie qui elencate per ottenere un ristoro derivante dall'inerzia dell'amministrazione è nella configurabilità di un «*danno ingiusto*», secondo l'impostazione derivante dalla responsabilità *extra* contrattuale. Al fine di integrare l'ingiustizia del danno è necessario, per tutte le forme di inerzia indicate, che sia provato «*il nesso di imputazione soggettiva dell'amministrazione*» rappresentato, non soltanto dalla violazione dalle norme di diritto pubblico, ma anche «*dalla "rimproverabilità" dello scostamento così realizzatosi rispetto al modello normativamente predefinito*»<sup>[62]</sup>.

Passando in esame le singole ipotesi di inerzia richiamate dal giudice amministrativo, l'ingiustizia del danno si verifica nel caso di tardiva adozione del provvedimento quando «*l'illegittimità accertata ha determinato la privazione di*

*un'utilità che il diritto assicurava o ne ha pregiudicato, sempre in contrasto con il diritto, l'acquisizione»<sup>[63]</sup>*. Quanto al caso dall'adozione tardiva di un provvedimento legittimo, ma sfavorevole per l'interessato e della mera inerzia, invece, l'ingiustizia si palesa «*dal sacrificio di beni "intermedi" purché meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, come la c.d. "chance"»<sup>[64]</sup>* o dalla «*lesione dell'affidamento commisurata all'interesse "negativo"»<sup>[65]</sup>*, come le occasioni perdute per effetto della lesione della libertà di autodeterminazione.

In questo contesto di oggettiva difficoltà probatoria s'inserisce il mancato esercizio del potere sostitutivo da parte del privato che viene considerato costantemente dal giudice amministrativo un fattore di mitigazione del danno. Merita però rilevare che, a differenza della precedente Plenaria in tema, qui il collegio non sembra qualificare il comportamento inerte del privato quale elemento che possa escludere l'*an* del risarcimento del danno, riducendo l'impatto ed il ruolo del potere sostitutivo sulle pretese risarcitorie.

## 5. Riflessioni conclusive

L'analisi del potere sostitutivo nella dinamica della l. n. 241/1990 ha evidenziato come questo istituto trovi il suo fondamento nel principio di leale collaborazione e buona fede, sancito dall'art. 1, comma 2-*bis* l. n. 241/1990. L'istituto indicato, anche a seguito delle recenti modifiche normative, ha confermato la sua funzione di rimedio avverso l'inerzia provvedimentale con l'introduzione dell'obbligo di esercizio d'ufficio dello stesso. Sebbene tale novità abbia determinato un impatto rilevante sul rapporto privato-pubblica amministrazione, la giurisprudenza non sembra aver colto questo aspetto sia sul piano dell'indennizzo che su quello della responsabilità per danno da ritardo. Quanto al primo, come sopra evidenziato, i limiti all'accesso alla tutela indennitaria<sup>[66]</sup> si aggiungono alle posizioni della giurisprudenza che assegnano ancora al privato un ruolo unico e preminente nell'attivazione del potere sostitutivo. Invece, quanto al secondo, ossia al profilo del risarcimento del danno da ritardo, il diritto vivente non pare tenere in debita considerazione le novità dell'art. 2, comma 9-*bis*, l. n. 241/1990, con particolare riferimento al ruolo del privato nell'ambito dei canoni della causalità giuridica e delle prescrizioni contenute nell'art. 30, comma 3 c.p.a. La giurisprudenza amministrativa, infatti, continua a considerare l'inerzia del privato

nell'attivazione del potere sostitutivo come presunzione di disinteresse per l'ottenimento del provvedimento espresso, concorrendo a determinare il danno da ritardo.

Ma la presunzione anzidetta non tiene conto del ruolo dell'amministrazione nella fattispecie dell'inerzia. Se il legislatore ha inteso valorizzare l'esercizio d'ufficio del potere sostitutivo appare difficile ritenere che la condotta del privato inerte sia sintomo d'indifferenza, considerato che la sostituzione possa avvenire, appunto, anche d'ufficio. La condotta del privato sul piano del risarcimento dovrebbe allora uscire dalla dimensione presuntiva ed essere valorizzata alla luce del contesto che – di volta in volta – si appalesa innanzi al giudice a cui il privato chiede tutela. Non si vuole certo ammettere l'inapplicabilità dell'art. 1227, secondo comma, del codice civile, ma solo evidenziare come la valutazione equitativa del danno da ritardo che il giudice deve effettuare anche ai sensi dell'art. 2056 c.c.<sup>[67]</sup>, così come ribadito dalla stessa Plenaria del 2021, debba tenere in considerazione la modifica operata al comma 9-ter. A ragionare diversamente, si modificherebbe la natura stessa del potere sostitutivo, che rischierebbe a quel punto di passare da strumento rimediabile per il privato a limite per lo stesso.

Una soluzione in linea con quanto appena riferito potrebbe allora ravvisarsi nella posizione recentemente assunta dalla Plenaria del 2024, in cui la mancata attivazione del potere sostitutivo inciderebbe solo sul *quantum* del risarcimento del danno. Ciò consentirebbe al giudice di valutare in maniera più coerente al dettato normativo il comportamento del privato e, in questo modo, stabilire se il mancato esercizio del potere sostitutivo sia stato strumentale ad accrescere il danno da ritardo o, al contrario, se la sua inerzia sia anche frutto della mancata collaborazione dell'amministrazione procedente che non ha provveduto ad attivarsi d'ufficio in sostituzione dell'organo rimasto inerte.

Soluzioni diverse rischierebbero di paralizzare l'azione di risarcimento. Ciò sia alla luce della oggettiva difficoltà di provare l'elemento soggettivo<sup>[68]</sup>, sia per il fatto che la risarcibilità del danno da ritardo non può prescindere, soprattutto a parere della giurisprudenza, dall'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale<sup>[69]</sup>.

D'altronde, come recentemente precisato dalla Corte costituzionale<sup>[70]</sup>, ci troviamo di fronte ad un paradigma nuovo dell'amministrazione, in cui si cerca di consolidare il risultato e di trovare così nuovi punti di equilibrio nel rapporto tra

amministrazione e privato, influenzando così il regime della responsabilità del danno da ritardo. In tal senso, campo di elezione di questa nuova forma di equilibrio nel rapporto fra privato e pubblica amministrazione è rappresentato dal Codice dei contratti pubblici<sup>[71]</sup>. Il d.lgs. n. 36/2023 consolida l'esigenza del rispetto dei tempi<sup>[72]</sup> dal lato dell'amministrazione, cristallizzando il "risultato" in un principio gerarchicamente superiore agli altri elencati nei primi dodici articoli del medesimo decreto<sup>[73]</sup>. Il "risultato", in questo ambito, ma evidentemente con estensioni possibili anche in altri contesti procedimentali, costituisce un elemento di valutazione della «*responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche*»<sup>[74]</sup>, evidenziando - ancora - come il rispetto dei tempi rappresenti un obbligo essenziale per l'amministrazione, «*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*»<sup>[75]</sup>. L'inerzia amministrativa è antitetica al "risultato".

Anche alla luce di questo, nonché di quanto emerso nel corso della trattazione, servirebbe rimeditare il disvalore offerto da una certa giurisprudenza al mancato esercizio del potere sostitutivo da parte del privato; evitando che il privato che presenti un'istanza rimasta inevasa e che poi non si attivi subito per innescare la sostituzione possa essere considerato come un "capro espiatorio"<sup>[76]</sup> ai fini dell'esclusione del risarcimento del danno da ritardo.

1. Si intende far riferimento alla nota espressione del Cons St., Ad. Plen. n. 10/1978 in cui il silenzio amministrativo deve essere «*risolto in relazione allo stato di elaborazione degli istituti in quel dato momento storico*».
2. È quanto emerge dall'analisi di diversi autori che hanno commentato la pronuncia richiamata del caso Longo (Cons. St., Sez. IV, 22 agosto 1902, n. 429). Si veda da ultimo, tra tutti, S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 8 ss.
3. Il caso riguardava l'impugnazione da parte del ricorrente di un provvedimento in materia disciplinare che lo dispensava dal servizio. Proposto un ricorso gerarchico agli organi competenti per richiedere la revoca di tale provvedimento, non riceveva risposta. Di conseguenza il Consiglio di Stato riconosce come significato del silenzio quello di rigetto del ricorso. In tema si vedano i commenti di U. Borsi, *Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1903, pp. 260 ss.; E. Tommassone, *Del provvedimento definitivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2, 1912, pp. 468 ss.; F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 101 ss.; A. Travi, *Ricorso gerarchico*, in *Dig. disc. pubbl., sez. pubbl.*, 1997, Aggiornamento 2011, Utet, Torino, pp. 56 ss.

4. Si veda in merito l'analisi condotta da A. Travi, *Ricorso gerarchico*, in *Dig. disc. pubbl., sez. pubbl.*, cit., pp. 394 ss.
5. G. Vacchelli, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Società Editrice Libreria, Milano, 1903, p. 419.
6. Secondo M. Immordino, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo fra certezza ed incertezza*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2014, L'incertezza delle regole*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 138-139, la «conclusione del procedimento con un provvedimento espresso ed entro un termine certo e predeterminato costituisce (...) un vero e proprio bene sostanziale, autonomo rispetto all'interesse legittimo, pretensivo o oppositivo, che si fa valere in sede procedimentale, tutelabile in sé e di per sé». Sulla differenza tra interesse legittimo pretensivo all'ottenimento di un bene della vita ed il tempo, si vedano A. Romano Tassone, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, p. 998; A. Colavecchio, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 172; M. Renna, *Commento all'art. 2-bis della l. n. 241/1990*, in A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Nel diritto Editore, Roma, 2010, p. 139.
7. G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Perico, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, I, Monduzzi Editore, Bologna, 2005, p. 725.
8. F. Figorilli, A. Giusti, *Commento all'art. 2*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica Amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 136 ss. Da ultimo, A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio-inadempimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 273 ss.
9. Si riprende l'efficace espressione utilizzata da S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., p. 36, che evidenzia il ruolo centrale dell'art. 2 l. n. 241/1990 circa i rimedi sostanziali offerti dal legislatore per i ritardi amministrativi.
10. Sul punto, si veda L. Giani, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., pp. 411 ss. Da ultimo, M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 10, 2020, pp. 21 ss.
11. Secondo L. Giani, *I tempi (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., pp. 2480-2481, «il principio (della certezza) emerge gradualmente come valore bilanciale rispetto al potere, e la sua ponderazione crea una scala assiologica in cui vengono in rilievo anche i profili attinenti alla stabilità delle decisioni, riferita ai principi di buona fede e tutela dell'affidamento nella stabilità della decisione», limitando l'esercizio del potere entro un termine. In tema, G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra*

- autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, pp. 351 ss.; S. Villamena, *La pubblica amministrazione e i suoi principi*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 53. In giurisprudenza, Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.
12. Si deve a A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Jovene, Napoli, 1989, pp. 670 ss., l'espressione silenzio «*significativo*».
  13. Ciò non significa che l'amministrazione sia esentata dal rispetto dell'obbligo di provvedere nei casi di silenzio assenso o rigetto. Si veda in merito, M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 23 ss.; F. Gosis, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 L. n. 241 del 1990: conseguenze del provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis L. TAR*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 571 ss.; G. Mari, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 150 ss.
  14. F.G. Scoca, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 255 ss. ha evidenziato come per inerzia si debba intendere solo «*inadempimento del dovere di provvedere tempestivamente*»; R. Di Pace, *L'inerzia e il silenzio nell'analisi delle opere di Franco Gaetano Scoca*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 1942-1944. Così anche C. Barbatì, *Inerzia e pluralismo amministrativo. Caratteri – sanzioni e rimedi*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 1 ss.; B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., pp. 157 ss.
  15. Ci si riferisce all'azione avverso il silenzio della p.a. ex art. 31 c.p.a. Merita evidenziare che parte della dottrina (S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., pp. 93-147) ritiene che i rimedi tradizionali, impugnatori, previsti dal c.p.a. non risolvono il problema dell'inerzia patologica, rimettendo all'amministrazione l'emanazione del provvedimento negato al privato. Si valorizzano pertanto i rimedi sostanziali previsti dall'art. 2, l. n. 241/1990 tra cui proprio il potere sostitutivo.
  16. Dal Dossier n. 394/3, vol. II, relativo alla l. n. 108/2021, si evince come il potere sostitutivo sia stato disciplinato con particolare riguardo all'attuazione del PNRR in materia dei contratti pubblici: «*al fine di garantire il rispetto dei tempi di attuazione di cui al Piano nazionale di ripresa e resilienza nonché al Piano nazionale per gli investimenti complementari al medesimo PNRR e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea, l'esercizio del potere sostitutivo in caso di inerzia, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, da parte del responsabile o dell'unità organizzativa di cui all'art. 2, comma 9-bis, della L. n. 241/1990 abbia luogo entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto qualora siano decorsi inutilmente i termini*».
  17. A mente della lett. a), art. 61, l. n. 108/2021.
  18. Secondo quanto disciplinato dalla lett. b), art. 61, l. n. 108/2021.
  19. In tema si vedano, F. Manganaro, *Il principio di buona fede e attività delle*

- amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, *passim*; G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, pp. 351 ss.; R. Cavallo Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 1, 2000, pp. 41-49; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 100-139.; F. Merusi, *La certezza dell'azione*, in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 17 ss.; L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, p. 110; F. Manganaro, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Dir. amm.*, 1, 2016, pp. 93 ss.; da ultimo, si vedano F. Cortese, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *questa Rivista*, 2, 2020, pp. 329-362; P. Marzaro, *Semplificazione, coordinamento degli interessi pubblici e leale collaborazione come canone di legittimità dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 3, 2019, pp. 501 ss.
20. Si fa riferimento in particolare all'art. 1, c. 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, comma introdotto dall'art. 12, c. 1, lett. a), decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120, per cui: «*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*».
  21. G. M. Racca, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, pp. 614 ss.
  22. L'indennizzo per il danno c.d. da mero ritardo, ex art. 2-bis, comma 1-bis, della l. n. 241/90, richiede che il privato attivi il potere sostitutivo nel termine perentorio di venti giorni dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, ai sensi di quanto previsto dell'art. 28 del d.l. n. 69 del 2013, convertito dalla l. n. 98 del 2013.
  23. Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7.
  24. Il legame tra certezza dei rapporti giuridici e ricevuta viene evidenziato per lo più dalla dottrina: E. Giardino, *L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 1, p. 26 in cui ritiene l'art. 18-bis uno strumento volto a responsabilizzare l'amministrazione e a informare il privato.
  25. Il fine della disposizione di legge è «*ridurre i profili di incertezza*» derivanti dal silenzio amministrativo, rendendolo un meccanismo effettivo (Dossier n. 394/3, vol. II, del Senato, relativo all'art. 62, comma 1, l. 29 luglio 2021, n. 108, 269, in materia di attestazione ai sensi dell'art. 20, comma 2 bis, l. n. 241/1990).
  26. Per una disamina più attenta della norma, si rimanda a N. Paolantonio, *Presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 895 ss.
  27. Come evidenziato da S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., p. 57 con il rigetto in forma breve o provvedimento in forma semplificata «*il Legislatore ha voluto imporre all'amministrazione l'obbligo di provvedere indipendentemente dal grado di fondatezza, ammissibilità o ricevibilità della domanda*» al fine di evitare «*illusori affidamenti*».

28. Si rimanda in particolare ai lavori monografici di S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
29. F. Ledda, *Intervento*, in *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nell'amministrazione locale*, Giuffrè, Milano, 1981 pp. 75 ss.; F. Piga, *Intervento*, in *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nell'amministrazione locale*, cit., pp. 90 ss. Per una ricostruzione più compiuta si veda M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, Cedam, Padova, 2005, pp. 25-26.
30. G. Sirianni, *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 125 ss.
31. M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, cit., pp. 26-28, che riprende le teorie di V. Bachelet, *In tema di controllo sostitutivo e di controinteressati*, in *Foro amm.*, 1957, p. 316; E. Esposito, *Il potere sostitutivo. Amministrazione centrale ed enti locali*, Jovene, Napoli, 1968, pp. 95 ss.
32. Cons. St., Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21; Cons. St., Sez. IV, 9 maggio 2024, n. 4184; Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2024, n. 12; Cons. St., Sez. IV, 4 giugno 2024, n. 5003.
33. B. Cavallo, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 346. Così anche S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., p. 199.
34. Il riferimento è dovuto alle riflessioni di M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, cit., p. 148, in cui evidenzia come il soggetto inerte non risulti l'unico *dominus* del procedimento in quanto è responsabile del risultato l'intero apparato amministrativo.
35. Art. 61, comma 1, lettera a), l. n. 108 del 2021.
36. T.a.r. Lombardia, Brescia, (sezione I), sentenza del 26 settembre 2017, n. 1168. In tema L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit., e S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008.
37. Si veda in merito, S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., pp. 48-51.
38. Come evidenziato da A. Bartolini, S. Fantini, *I principi di buona fede e collaborazione nella legge sul procedimento amministrativo*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1, 2022, p. 32, correttezza e buona fede sono due principi diversi che possono essere riuniti in un'unica espressione: leale collaborazione.
39. Rispettivamente previsti agli artt. 2 comma 1 e 18-bis, l. n. 241/1990. Si veda in tema di rigetto breve, N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, cit., pp. 157-184.
40. L'art. 2 comma 1, dispone infatti che «Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo».
41. In tal merito, N. Paolantonio, *Presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni*, cit.,

- pp. 895 ss.
42. In questa direzione, S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., p. 51. Recentemente, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia (sezione I), sentenza del 2 ottobre 2023, n. 284.
  43. Per Cons. St., Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21, «*il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; ed in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento*».
  44. Cons. St., sez. III, 13 dicembre 2023, n. 10744 secondo cui «*Le parti del procedimento amministrativo, ivi compreso quello di evidenza pubblica, devono tenere una condotta conforme ai principi di collaborazione e di buona fede (art. 1, comma 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, aggiunto dall'art. 12, comma 1, lett. a), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, l. 11 settembre 2020, n. 120, dovendosi configurare un rapporto di tipo orizzontale tra cittadini e pubblica amministrazione, che genera in capo alla seconda doveri di protezione o, secondo taluni, obblighi correlati a diritti soggettivi, parimenti comporta anche una più marcata responsabilizzazione dei primi, sia in seno al procedimento che con riguardo al processo*».
  45. T.A.R. Abruzzo (sezione I), sentenza del 23 marzo 2016, n. 177.
  46. È quanto auspicato da S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., p. 201 e da C. Micciché, *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati: tra partecipazione e organizzazione*, in *Federalismi.it*, 13, 2022, p. 172 al fine di evitare conflitti tra sostituto e sostituito. Sul punto si veda F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, passim.
  47. Sui connotati della responsabilità disciplinare si vedano tra tutti, R. Cavallo Perin, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 1, 2003, pp. 119 ss. e F. Manganaro, *La specialità del lavoro presso le amministrazioni pubbliche*, cit., p. 2174; E. Carloni, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Ist. fed.*, 2, 2013, pp. 384-385.
  48. R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza*, Maggioli, Rimini, 2016, p. 324.
  49. Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7.
  50. Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7.
  51. Convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98.
  52. Corrispondente, secondo l'art. 28, comma 1, d.l. n. 69/2013 ad «una somma pari a 30 euro per ogni giorno di ritardo con decorrenza dalla data di scadenza del termine del procedimento, comunque complessivamente non superiore a 2.000 euro».
  53. Cons. St., Sez. VI, 7 febbraio 2025, n. 960; Cons. St., Sez. II, 23 gennaio 2025, n. 525; Cons. St, Sez. VI, 23 dicembre 2024, n. 10320; TAR Molise (sezione I), sentenza del 17 ottobre 2022, n. 365; TAR Emilia - Romagna, Bologna, (sezione II), sentenza del 3 giugno 2022, n. 475; TAR Liguria (sezione I), sentenza 23 maggio 2022, n. 408; TAR Lazio, Roma (sezione III stralcio), sentenza del 20 aprile 2022, n. 4727.

54. Consiglio di Giustizia della Regione Sicilia.
55. Secondo Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, «*diversamente da quanto avviene nel settore della responsabilità contrattuale, il cui aspetto programmatico è costituito dal rapporto giuridico regolato bilateralmente dalle parti mediante l'incontro delle loro volontà concretizzato con la stipula del contratto-fatto storico, il rapporto amministrativo si caratterizza per l'esercizio unilaterale del potere nell'interesse pubblico, idoneo, se difforme dal paradigma legale e in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, a ingenerare la responsabilità aquiliana dell'amministrazione*». In tema si veda P. Nasini, *La responsabilità della pubblica amministrazione, aspettando l'adunanza plenaria*, in *Il Foro italiano*, 2021, 2, pp. 39-46.
56. Contrariamente a quanto evidenziato da Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, per T.A.R. Calabria (sezione staccata di Reggio Calabria) sentenza del 5 ottobre 2023, n. 748 l'esercizio del potere sostitutivo è condizione legittimante l'accesso alla tutela del risarcimento del danno, confondendo tale requisito con quello già analizzato per l'ottenimento dell'indennizzo da danno da ritardo. Si veda in merito M. Bombardelli, *Il progetto individuale per le persone disabili e il danno da ritardo nella sua adozione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2024, p. 124.
57. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3.
58. Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7.
59. Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7.
60. Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2024, n. 12.
61. Più nello specifico, la norma indicata era l'art. 7, comma 7, del decreto-legge 19 settembre 1992, n. 384, convertito con modificazioni dalla legge 14 novembre 1992, n. 438, aveva disposto in questi termini: «*[l]articolo 2, comma 4, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, va interpretato nel senso che dalla data di entrata in vigore del predetto decreto-legge non possono essere più adottati provvedimenti di allineamento stipendiale, ancorché aventi effetti anteriori all'11 luglio 1992*».
62. Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2024, n. 12.
63. Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2024, n. 12.
64. Cons. St., Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268.
65. Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.
66. Per un'analisi dei limiti posti dalla normativa, a partire dall'art. 28 comma 2, d.l. n. 69/2013, si veda nello specifico S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, cit., pp. 203-215.
67. Secondo Cons. St., Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268, «*con specifico riguardo alla responsabilità aquiliana da fatto illecito, vi è una disposizione specifica in tema di danno-conseguenza che rimette all'«equo apprezzamento delle circostanze del caso» la relativa valutazione (art. 2056, comma 2, cod. civ.). La liquidazione equitativa assume una centrale rilevanza, sul piano tecnico, in tema di quantificazione di danni che si proiettano nel futuro e che non sono determinabili con la certezza propria di quelli verificabili sul piano storico,*

*come invece nel caso del danno emergente. Il che implica, con specifico riferimento alla fattispecie in esame, che non può ritenersi che il danno da lucro cessante, sul piano giuridico, possa equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione».*

68. Recentemente Cons. St., Sez. IV, 9 maggio 2024, n. 4184 non ha ritenuto sussistente l'elemento soggettivo della colpa dell'amministrazione per aver tardato nell'emanazione del provvedimento in forza della complessità procedimentale. Secondo il giudice occorre infatti *«rilevare come la complessità tecnica dei procedimenti instaurati ha determinato un allungamento temporale nella emanazione del provvedimento (favorevole) non imputabile ad una condotta colposa o dolosa delle amministrazioni coinvolte, quanto, piuttosto, ad una serie di concause in parte riconducibili allo stesso comportamento della società appellante».*
69. Per Cons. St., Sez. VI, 23 maggio 2024, n.4610; Cons. St., Sez. V, 9 gennaio 2024, n.292 *«nel settore del danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento amministrativo il requisito dell'ingiustizia esige dunque la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole, per il quale aveva presentato istanza».* Si vedano in tema, F. Liguori, *L'azione amministrativa, Argomenti e questioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 190 ss. Contrariamente a questa impostazione Cons. St., Ad. Pl., 15 settembre 2005, n. 7, che separa la spettanza del bene della vita dal riconoscimento del danno da ritardo. In tema e in senso critico a tale impostazione si vedano M. Clarich, G. Fonderico, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e App.*, 1, 2006, pp. 61 ss.
70. Corte Cost., sent. n. 132/2024, *«il consolidamento dell'amministrazione di risultato e i mutamenti strutturali del contesto istituzionale, giuridico e sociale in cui essa opera, come si è già messo in evidenza, giustificano la ricerca, a regime, di nuovi punti di equilibrio nella ripartizione del rischio dell'attività tra l'amministrazione e l'agente pubblico, con l'obiettivo di rendere la responsabilità ragione di stimolo e non disincentivo all'azione».*
71. Si vedano in merito, tra tutti, M. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Aa.Vv.*, Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 11 ss.; R. Caranta, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur. It.*, 8-9, 2023, pp. 1950 ss.; G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, pp. 287 ss.; M. Ramajoli, *I principi generali*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (diretto da), *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 45 ss.; sul piano generale, circa il "risultato" nel procedimento amministrativo prima del Codice del 2023 si veda L. Giani, *L'operazione amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo*, in *Nuove autonomie*, 2, 2012, pp. 197-224.
72. Secondo l'art. 1, d.lgs. 36/2023, *«Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività (...)».*
73. Secondo l'art. 4, d.lgs. n. 36/2023, *«Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3».*

## CERIDAP

74. Art. 1 comma 4, d.lgs. n. 36/2023.
75. Art. 1 comma 4, d.lgs. n. 36/2023.
76. Espressione, questa, che viene presa in prestito da E. Frediani, *Attività amministrativa e capri espiatori*, Mucchi Editore, Modena, 2024, pp. 50-96, il quale evidenzia come in caso di inerzia il responsabile del procedimento sia talvolta considerato un capro espiatorio in forza di problemi organizzativi non dipesi da lui.