

## La stra-ordinarietà perduta dell'art. 120, comma 2, della Costituzione

Laura Buffoni\*\*

(31 gennaio 2020)

*In corso di pubblicazione in Le Regioni*

**Sommario:** 1. La disposizione e le questioni; 2. Il potere sostitutivo 'straordinario'; 3. La mediazione della legge; 4. La previa legge e la libertà locale; 5. L'alternativa.

### *1. La disposizione e le questioni*

Con la sentenza n. 195 del 2019 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, tra gli altri, dell'art. 28, comma 1, del d.l. n. 113 del 2018, convertito, con modificazioni, nella legge n. 132 del 2018.

Nel seno dell'art. 143 del t.u. enti locali, che regola lo scioglimento dei Consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso, la disposizione inserisce, al comma 7-*bis*, quale «sub-procedimento», «distinto, ma collegato», «senza soluzione di continuità», alla sequenza procedimentale precedente, un distinto potere del Prefetto.

I presupposti del potere sono due, concorrenti, di cui uno negativo e uno positivo: a) l'insussistenza del presupposto per l'attivazione del potere governativo straordinario di scioglimento dei Consigli comunali e provinciali, di cui al comma 1, sia «perché emerge che non vi sono gli ipotizzati collegamenti con la criminalità organizzata di tipo mafioso, sia perché, pur sussistendone elementi indiziari, questi non raggiungono quella soglia di affidabilità probatoria tale da qualificarli «concreti, univoci e rilevanti»» ovvero l'insussistenza del presupposto «per l'adozione di provvedimenti, correttivi dell'azione dell'ente e

sanzionatori, in senso lato, dei dipendenti coinvolti nell'infiltrazione di tipo mafioso» di cui al comma 5; b) l'emersione dalla relazione del Prefetto di cui al comma 7, «riguardo ad uno o più settori amministrativi», di «situazioni sintomatiche di condotte illecite gravi e reiterate, tali da determinare un'alterazione delle procedure e da compromettere il buon andamento e l'imparzialità delle amministrazioni comunali o provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati».

Lo scopo del potere è «di far cessare le situazioni riscontrate e di ricondurre alla normalità l'attività amministrativa dell'ente».

Il mezzo per la restaurazione dell'ordine, della «normalità», è l'individuazione da parte del Prefetto, «sulla base delle risultanze dell'accesso», dei «prioritari interventi di risanamento indicando gli atti da assumere», con la fissazione di un termine per la loro adozione, nonché di un «ulteriore termine» la cui violazione determina la «sostituzione» mediante commissario *ad acta* e la messa a disposizione dell'ente locale di «ogni utile supporto tecnico-amministrativo a mezzo dei propri uffici». Gli oneri della misura sostitutiva restano a carico del bilancio degli enti locali.

La Corte precisa che si tratta «uno sbocco intermedio, meno invasivo» [n.d.r. del potere di scioglimento dei Consigli], «con la previsione di una misura non incidente sugli organi, ma riguardante solo l'attività dell'ente volta a promuovere, intanto, la correzione della eventuale mala gestione di quest'ultimo, in ipotesi causata da possibili infiltrazioni della criminalità organizzata»<sup>1</sup>.

Riconduce la fattispecie concreta, come prospettato da parte ricorrente, al potere «sostitutivo» e, nello specifico, alla sostituzione straordinaria del Governo dell'art. 120, comma 2, della Costituzione.

Ne fonda, conseguentemente, la dichiarazione di illegittimità costituzionale su tre argomenti.

In primo luogo, l'art. 28, comma 1, è invalido per violazione del principio di legalità dell'azione amministrativa, ricavato dal principio di buon andamento dell'art. 97, comma 2, della Costituzione<sup>2</sup>, sia ove si acceda all'interpretazione

---

<sup>1</sup> Corte cost., sent. n. 195 del 2019, punto 10 del *Considerato in diritto*.

<sup>2</sup> *Ivi*, punti 11 e 14 del *Considerato in diritto*.

letterale della disposizione impugnata sia ove si attinga al canone dell'interpretazione sistematica. La lettera rivela la «vaghezza» e, quindi, la discrezionalità del presupposto positivo di attivazione (le «figure sintomatiche di condotte illecite gravi e reiterate»), l'apoditticità delle conseguenze che ne devono derivare (l'ovvia e tautologica «alterazione delle procedure», la compromissione del «buon andamento e imparzialità delle amministrazioni comunali o provinciali», nonché del «regolare funzionamento dei servizi»), l'assenza della previa legge che imponga uno specifico obbligo di provvedere all'ente locale e la conseguente atipicità e creatività della misura 'sostitutiva' (i «prioritari interventi di risanamento»). Il contesto non consente di ridurre la «genericità». Tra il presupposto negativo e positivo non vi è «alcuna connessione logica o causale, che non sia la loro mera sequenzialità temporale». Quello positivo è difficilmente delimitabile rispetto alla fattispecie delle «gravi e persistenti violazioni di legge» dell'art. 141 t.u. enti locali e resta «generico se comparato a quello del primo comma dell'art. 143, il quale evoca chiaramente una fattispecie penale ben specifica: il reato di associazione a delinquere di tipo mafioso». Si affianca e sovrappone alle contigue fattispecie del potere sostitutivo del Governo dell'art. 137, t.u. enti locali e del generale potere di annullamento straordinario del Governo dell'art. 138, t.u. enti locali. È, in una qualche misura, persino irragionevole in quanto «situazioni analoghe, se emerse in un contesto diverso, quale in ipotesi quello del controllo sugli atti dell'ente locale, secondo le disposizioni previste dal Capo I del Titolo VI del t.u. enti locali, [...] non consentirebbero l'esercizio del potere sostitutivo prefettizio in esame».

In secondo luogo, a cascata, «l'insufficiente determinazione del presupposto del potere sostitutivo» e «il contenuto atipico e indifferenziato» della misura sostitutiva nella previa legge incidono su «l'autonomia costituzionalmente garantita che la Repubblica promuove e riconosce agli enti locali territoriali (art. 5 Cost.)», la cui «complessiva garanzia costituzionale di autonomia risulta accentuata dopo la riforma costituzionale del 2001»<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> *Ibidem.*

In terzo luogo, questo potere sostitutivo «*extra ordinem*» viola l'art. 120, comma 2, della Costituzione sotto il profilo soggettivo. Il potere in questione, discrezionale nei presupposti e nel contenuto, a differenza delle altre fattispecie di potere sostitutivo «di maggiore incidenza nell'autonomia dell'ente locale»<sup>4</sup>, viene attribuito al Prefetto, così escludendo la assunzione di responsabilità politica del Governo prescritta dall'art. 120, comma 2.

Conclude la Corte che «rimane ovviamente nella discrezionalità del legislatore riformulare la norma in termini compatibili con il principio di legalità dell'azione amministrativa e con la garanzia di autonomia costituzionalmente garantita di cui godono gli enti locali territoriali».

Il caso poteva essere prospettato e deciso diversamente, poiché il potere prefettizio disegnato dalla disposizione non è, a rigore, un potere «sostitutivo». Il Prefetto non si 'sostituisce' nell'esercizio di una funzione amministrativa pretermessa dall'ente locale titolare e, specificatamente, nell'adozione di un atto, pre-esistente, tipico e nominato, omesso. Si 'sostituisce' all'amministrazione che non adotta l'atto dal medesimo Prefetto «indicato» come necessario per «risanare» le accertate «situazioni» di illiceità e inefficienza amministrativa. Quindi, l'atto che deve essere adottato dall'ente locale e di cui si sanziona l'inadempimento, così come il termine entro cui adottarlo, non preesiste all'intervento del Prefetto, ma è da questi creato e imposto. Il Prefetto crea liberamente la funzione di amministrazione attiva, la impone all'ente locale e lo sostituisce ove non 'obbedisca'. Per limitarsi ai profili competenziali, la disposizione integra una grossolana invasione di competenze legislative regionali, nonché regolamentari e amministrative locali. Ripristina la superiorità gerarchica del Prefetto, che 'vigila' sull'andamento dell'amministrazione locale, propria dell'ordinamento pre-repubblicano. Viola gli artt. 114, 117, commi 2, 3 e 6, e 118, comma 2 della Costituzione.

---

<sup>4</sup> La Corte si riferisce espressamente alle ipotesi di «inattività qualificata» dell'ente locale (art. 138, *rectius* art. 137), di «atti viziati da illegittimità» (art. 139, *rectius* art. 138), di «malfunzionamento di organi e servizi o di gravi e persistenti violazioni di legge» (art. 141) e «finanche per gravi motivi di ordine pubblico (art. 142)»: *ivi*, punto 15 del *Considerato in diritto*.

Se ci si attiene al *thema decidendum*, così come delineato in giudizio e, quindi, si muove dalla qualificazione del potere come sostituzione amministrativa, è, comunque, revocabile in dubbio la tenuta, teorica e dogmatica, degli argomenti concatenati dalla Corte per giungere alla decisione, condivisibile nell'esito finale, di dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 1, d.l. n. 113/2018.

Più precisamente, è controvertibile: a) la sussumibilità della fattispecie nel potere sostitutivo «*extra ordinem*»; b) comunque, ove si acceda, come la Corte accede, a tale qualificazione, la prescrizione della mediazione della previa legge e, con essa, la sostenibilità della violazione del principio di legalità sostanziale dell'azione amministrativa che si assume prescritto dall'art. 97, comma 2, della Costituzione; c) la diretta derivabilità dalla violazione del principio di legalità dell'incompatibilità del potere sostitutivo con l'autonomia locale.

Ne deriverà, come *questione* generalissima, un ripensamento del tipo di condizionalità che lega principio di legalità e principio di autonomia territoriale e dell'assimilabilità della relazione tra principio di legalità e libertà dei 'corpi' locali a quella tra la previa legge e i diritti di libertà.

Si proverà, alla fine, a delineare l'argomentazione alternativa che, pure in aderenza alla prospettazione della questione di parte ricorrente, avrebbe potuto sostenere la decisione.

## 2. Il potere sostitutivo 'straordinario'

La Corte ha considerato che la disposizione impugnata disegnerebbe «uno strumento correttivo meno invasivo dello scioglimento dei consigli comunali e provinciali, nonché più duttile degli *ordinari* interventi sostitutivi», ovvero «un potere prefettizio sostitutivo *extra ordinem*, ampiamente discrezionale»<sup>5</sup>.

Non ha specificato a quale clausola, tra quelle elencate all'art. 120, comma 2, sia riconducibile, ma ha notato che si tratta di una «appendice» del procedimento regolato dai primi sette commi dell'art. 143, che delinea una

---

<sup>5</sup> Punto 10 del *Considerato in diritto* (l'enfasi è nostra).

«misura governativa straordinaria di carattere sanzionatorio», «funzionale all'esigenza di contrasto della criminalità organizzata mafiosa o similare» ed attinente «alla materia dell'ordine pubblico e della sicurezza»<sup>6</sup>.

Nella giurisprudenza costituzionale è ricorrente la differenziazione tra le ipotesi di sostituzione «ordinaria» previste dalla legge, statale o regionale, e quella di sostituzione «straordinaria», disciplinata direttamente dalla Costituzione<sup>7</sup>. Più precisamente, nel lessico delle pronunce l'insieme delle circostanze che giustificano l'attivazione dei poteri sostitutivi ordinari è denotato attingendo alla categoria dell'«eccezionalità»; il controllo sostitutivo «straordinario» e «aggiuntivo» del Governo è, invece, ricondotto a situazioni di «emergenze istituzionali di particolare gravità che comportano rischi di compromissione relativi ad interessi essenziali della Repubblica»<sup>8</sup>. Dobbiamo capire la 'ordinarietà eccezionale' dei primi e la 'straordinarietà emergenziale' del secondo.

I primi sono «eccezionali» perché, nei casi previsti dalla legge competente per materia e attributiva della funzione amministrativa, consentono di attrarre l'esercizio della funzione in capo all'ente sostituito, derogando o meglio sospendendo il normale riparto delle competenze e il normale svolgimento di attribuzioni degli enti territoriali. È il principio di sussidiarietà, desunto dagli artt. 117 e 118 Cost., che dispone in una scala ascensionale ideale, ove vi siano fasci di funzioni interconnesse, intrecciate, la sostituzione nell'esercizio della funzione e l'attrazione della titolarità della funzione a tutela di esigenze unitarie. Ma sono «ordinarie» se confrontate con quelle dell'art. 120. Legittimano, infatti, la sostituzione dell'ente territoriale inadempiente rispetto a un atto obbligatorio nell'*an* per il perseguimento delle esigenze 'unitarie' selezionate e veicolate dalla legge, statale o regionale, attributiva della funzione, senza limitazioni

---

<sup>6</sup> Come ritenuto da Corte cost., sent. n. 182 del 2014, citata al punto 9 del *Considerato in diritto* della decisione in commento.

<sup>7</sup> Cfr. Corte cost., ord. n. 15 del 2003; sent. n. 313 del 2003; ord. n. 31 del 2004; sentt. nn. 27, 43, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 112, 140, 172, 173, 203, 236 e 240 del 2004; 167 e 383 del 2005; 209, 249, 250 e 254 del 2009; 44 del 2014; 50 e 171 del 2015.

<sup>8</sup> Cfr. le espressioni ricorrenti ai punti 3.2, 3.3. e 4 del *Considerato in diritto* della sentenza capostipite n. 43 del 2004, ripetute nelle successive di cui alla nota precedente.

materiali di sorta. Le istanze unitarie, nella Costituzione pluralista, sono diffuse, de-soggettivizzate, scomponibili nelle *unità* degli enti costitutivi dell'ordinamento pluralistico.

Il potere sostitutivo dell'art. 120, comma 2, è «straordinario» perché prescinde dal riparto delle competenze, sia legislative che amministrative e perché si esercita, nei casi di fallimento della sussidiarietà allocativa ordinaria, in uno specifico e limitato 'campo di esperienza', quello delle sole emergenze costituzionali compendiate nelle clausole riconducibili ai valori di «uguaglianza, sicurezza e legalità»<sup>9</sup>.

Ma ciò significa affermare che questa disposizione ha incluso nella Costituzione *formale* un potere di emergenza, un potere giuridico, messo *in forma*, perché ricondotto al diritto positivo, ma *extra-ordinem*. La Costituzione adopera la «straordinarietà» per connotare gli istituti derogatorio/sospensivi delle competenze costituzionali<sup>10</sup>.

Segni testuali dell'ascrivibilità del potere sostitutivo dell'art. 120 al diritto dell'emergenza sono: a) la morfologia della norma, che è quella tipica assunta dalle norme d'emergenza nelle Costituzioni degli ordinamenti contemporanei a matrice democratico-pluralista: si articola nell'individuazione del soggetto competente a disporre in via d'eccezione e del processo/procedimento attraverso cui si decide di provvedere eccezionalmente; b) la descrizione dei casi presupposti con clausole generali, che rinviano a concetti giuridici indeterminati, che è l'inevitabile conseguenza della natura imprevedibile ed imprevedibile del fatto emergenziale, che non si presta ad essere disciplinato<sup>11</sup>; c) la funzionalizzazione della sostituzione governativa alla tutela

---

<sup>9</sup> Corte cost., sent. n. 236 del 2004.

<sup>10</sup> Il riferimento è all'art. 77, Cost.

<sup>11</sup> Sulla difficoltà di prevedere i presupposti del caso di eccezione vedi P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1979, 56-7 e 133, il quale rileva l'incidenza esercitata sulla morfologia della disciplina degli stati di eccezione dal pensiero decisionista, interessato solo all'eccezione assoluta, vale a dire al caso d'eccezione come condizione estrema di sospensione totale della Costituzione, in alcun modo riconducibile alle previsioni dell'ordinamento, che al massimo potrebbe prevedere il soggetto competente a provvedere, ma non potrebbe mai prevedere il presupposto ed il contenuto della competenza

dell'incolumità pubblica e della sicurezza, nonché dell'unità giuridica ed economica: l'emergenza è da sempre la strada 'securitaria' per assicurare l'unità dell'ordinamento; d) la titolarità del potere in capo al Governo<sup>12</sup>.

Nello specifico, poi, questo potere riveste i caratteri tipici dello stato d'emergenza conservativo.

Dà luogo ad una ipotesi non di deroga permanente ma di sospensione delle norme costituzionali attributive delle competenze regionali e locali. Non si tratta di uno spostamento permanente della competenza, come avviene per l'attrazione in sussidiarietà della funzione amministrativa, ma piuttosto di una paralisi temporanea dell'efficacia della norma attributiva dell'esercizio del potere ordinario<sup>13</sup>. Il rispetto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione per l'esercizio del potere sostitutivo prescrive, infatti, che il sostituto mantenga la facoltà di provvedere e, comunque, che, ad esercizio avvenuto, si riespanda il riparto ordinario delle competenze. Vale a dire traduce nella dialettica interna alla forma di Stato l'esigenza che l'applicazione degli istituti di emergenza avvenga in maniera 'ragionevole', ossia limitata nel tempo, proporzionata ai bisogni da fronteggiare, lesiva nella minore misura possibile delle competenze locali ed adeguatamente bilanciata con gli altri interessi pubblici e privati, eventualmente contrastanti, implicati dal caso concreto<sup>14</sup>.

Il perché di tale sospensione dell'ordine costituito delle competenze si radica nell'esigenza di instaurare un regime d'eccezione per conservare la

---

che sono «necessariamente illimitati»; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, 115; P. G. GRASSO, *Necessità (stato di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Miano, Giuffrè, 1977, 867; G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza*, in *Dir. soc.*, 1994, 218.

<sup>12</sup> Sul riconoscimento in capo al Governo della decisione politica fondamentale nello stato d'emergenza cfr., in senso critico, P. PINNA, *Lo stato d'emergenza e la giurisdizione*, in *Le Regioni*, 1987, 1137, 1139-40 e 1142; ID., *Crisi costituzionali, Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, Utet, 1989, 485.

<sup>13</sup> Significativamente, la Corte discorre, in ordine all'esercizio unitario delle funzioni attratte in sussidiarietà, di «deroga» alle attribuzioni costituzionali: cfr. Corte cost., n. 43 del 2004, punto 3.1. del *Considerato in diritto*.

<sup>14</sup> A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011, 307 ss.

stabilità, l'inviolabilità, della Costituzione totale vigente, ovvero l'unità politica sostanziale che il testo restituisce attraverso l'individuazione dei presupposti materiali legittimanti la sostituzione e compromessa dall'inerzia del sostituito. Questo, però, significa anche che la sospensione dell'art. 120, comma 2, è costituzionalmente legittima solo ed esclusivamente per gli inadempimenti che mettano in pericolo quei fini fondamentali. A catena, significa che quei presupposti-fini che la legittimano devono essere oggetto di stretta interpretazione, perchè la norma della Costituzione d'emergenza, in quanto norma eccezionale di sospensione dell'organizzazione costituzionale in un ordinamento politicamente disomogeneo, non tollera applicazioni estensive e tanto meno analogiche<sup>15</sup>.

Adoperando le categorie del diritto costituzionale dell'emergenza, può concludersi che la norma di competenza dell'art. 120 delinea uno stato di eccezione interno all'ordine giuridico costituzionale, che, per un verso, si allontana dal modello schmittiano dello stato di eccezione assoluto ed estremo, esterno al diritto positivo e come tale irriducibile alle previsioni del diritto, per l'altro, acquisisce una struttura logica relazionale rispetto alle norme costituzionali<sup>16</sup>. Ma sempre di un potere emergenziale si tratta: non può che manifestarsi nei momenti disgregativi del patto costituzionale di convivenza.

La norma oggetto del giudizio non pare, affatto, riconducibile al potere sostitutivo «straordinario».

I presupposti materiali di attivazione del potere sostitutivo prefettizio non integrano alcuna emergenza costituzionale. Si tratta di «condotte illecite», idonee a determinare «un'alterazione delle procedure e da compromettere il

---

<sup>15</sup> Vedi, per tutti, V. ANGIOLINI, *op. cit.*, 130 e 324; P. PINNA, *op. cit.*, 133.

<sup>16</sup> Sulla «struttura topologica dello stato di eccezione» riconducibile all'ossimoro «estasi-appartenenza», in tensione tra «essere-fuori e, tuttavia, appartenere» al mondo del diritto, cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, 48 e 66-7. L'ascrizione della sostituzione straordinaria all'emergenza controverte, però, nel diritto vigente le conclusioni cui Agamben giunge, contro Schmitt, in ordine allo stato di eccezione come stato *kenomatico* di diritto (*ivi*, 63): la sostituzione colma le interruzioni, gli arresti, i vuoti nella continuità dell'ordine giuridico; se è misura tipica dello stato di eccezione, significa che questo è pieno di diritto, è uno stato *pleromatico* del diritto.

buon andamento e l'imparzialità delle amministrazioni comunali o provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati», ovvero idonee a rompere «la normalità» dell'attività amministrativa e, pertanto, da «risanarsi».

Il linguaggio della disposizione è impreciso, non è scritto nella lingua del diritto, è più tecnico-economico, macchinico, che giuridico, più effettuale che normativo, con i riferimenti al 'funzionamento', alla 'alterazione', alla 'normalità' e al 'risanamento'. Pare aggiungere alla conformità al diritto quella al paradigma economico-aziendalistico dell'efficienza, efficacia e economicità dell'azione-attività, in armonia con il modello sostanzialista dell'amministrazione di risultato. Può dubitarsi della coerenza/compatibilità tra i due parametri. Tra legalità e obbligazione di risultato sussiste una relazione di alternatività, una polarità: la prima è fondata sul principio di maggioranza, la seconda, declinata come efficienza, è criterio di legittimazione del potere e, quindi, della legalità proprio nei casi di fallimento del principio maggioritario<sup>17</sup>.

Di sicuro, però, può dirsi che la disposizione sanziona, come soglia giuridica minima, le ordinarie ipotesi di violazione di legge o più in generale delle fonti del diritto. Integrano, secondo la statica del diritto, «condotte *illecite*», ovvero comportamenti, azioni o omissioni, antiggiuridici di un uomo perché *sanzionati* con atti coercitivi e, secondo la dinamica, i correlati atti *illegittimi*, ovvero atti invalidi perché violano la *norma* che li regola, che ne fonda la validità<sup>18</sup>. Può discutersi se la violazione di legge sia condizione sufficiente per fondare la sostituzione ai sensi dell'art. 28, comma 1, ma ne è di certo condizione necessaria. La decisione in commento lo conferma, ove argomenta, da un lato, che la fattispecie è contigua a quella delle «gravi e persistenti violazioni di legge» dell'art. 141 t.u.e.l. e alla fattispecie penale del reato di associazione a delinquere di tipo mafioso dell'art. 143, comma 1, dall'altro, che

---

<sup>17</sup> Così, seppure con riguardo al sistema delle fonti, C. MEZZANOTTE, *Quale sistema delle fonti? Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste Istituzioni*, 1991, n. 87-8, 57.

<sup>18</sup> Interpreto la disposizione impugnata attingendo alla distinzione della dottrina pura del diritto tra illiceità, quale predicato di un certo comportamento prescritto dalle norme di un sistema normativo fondato sulla statica del diritto e illegittimità/invalidità come categoria propria di un sistema normativo di tipo dinamico, delineata come noto da H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, spec. 131, 220 e 222.

la disposizione «neppure espressamente richiede» «qualcosa di più» di «meri atti illegittimi, per i quali è già previsto un rimedio in chiave di potere sostitutivo» ovvero il potere di annullamento straordinario dell'art. 138, t.u. enti locali. Può revocarsi in dubbio che l'art. 138 sia qualificabile come potere sostitutivo, considerato che dispone l'«annullamento» di «atti»: è vero che alla sostituzione può guardarsi, e si è guardato<sup>19</sup>, come a una forma del controllo di legittimità su atti negativi (ovvero su omissioni), ma la lettera dell'art. 138, presa nel suo con-testo, differenzia questo potere da quello che immediatamente lo precede all'art. 137, qualificato «sostitutivo» e propriamente riferito a «inattività che comporti inadempimento».

In ogni caso, resta che quegli argomenti inducono a concludere che i presupposti materiali della sostituzione coinciderebbero con l'ordinario, ampio, vizio di illegittimità dell'atto amministrativo. Ma allora non può ricondursi all'art. 120, comma 2.

Per limitarci alle clausole più prossime, la tutela dell'«unità giuridica» che legittima la sostituzione, in deroga al riparto delle competenze costituite, non può che riguardare il solo caso della violazione della Costituzione o delle leggi costituzionali. Ha senso fondare in Costituzione quel potere sostitutivo che, sospendendola/derogandola in una sua parte, conserva, ripristina, la Costituzione violata, la sua vigenza e la sua validità. Se ad essere violata è la legge e se l'art. 120 si aggiunge alle sostituzioni ordinarie, è sufficiente la legge che autorizza la sostituzione. Per questa stessa ragione è sbagliato includervi la

---

<sup>19</sup> Sull'identificazione dell'oggetto del controllo sostitutivo nell'atto negativo nella pubblicistica classica D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa indiretta*, Soc. ed. Libreria, Milano, 1909, 140; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Soc. ed. Libreria, 1912, 172; M.S. GIANNINI, *Ordinamento e funzioni delle amministrazioni comunali*, in *Corriere amministrativo*, 1950, 978 ss.; F. BENVENUTI, *I controlli sostitutivi nei confronti dei comuni e l'ordinamento regionale*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1956, 245; G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, Giuffrè, 1956, 254; U. POTOTSCHNIG, *I controlli*, in AA. VV., *Realtà e prospettive dei controlli sugli enti locali territoriali*, Milano, Giuffrè, 1979, 42; L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 1985, 444. *Contra*, nel senso dell'irriducibilità dei controlli sostitutivi al modello del controllo di legittimità su atti vedi A. AMORTH, *Problemi del controllo sugli enti locali dopo le norme della Costituzione*, in *L'Amministrazione italiana*, 1950, 363; A.M. SANDULLI, *I controlli sugli enti territoriali nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 584.

violazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato/Repubblica, che, se ancorati all'art. 12, comma 1, delle 'preleggi', sono categoria più ampia dei soli principi «fondamentali» del testo costituzionale. Il rango costituzionale della violazione pare presupposto dall'interpretazione dell'«unità giuridica» quale «richiamo ad interessi “naturalmente” facenti capo allo Stato, come ultimo responsabile del mantenimento della unità e indivisibilità della Repubblica garantita dall'articolo 5 della Costituzione»<sup>20</sup>. Al di là della scarsa perspicuità del riferimento alla 'natura' per qualificare giuridicamente interessi, il richiamo dell'art. 5 ne precisa la forma/materia costituzionale. Ancora, è implicato dalla decisione che ha ritenuto legittimo l'esercizio del potere sostitutivo nell'ipotesi di mancata (o non esatta) conformazione di una Regione ad una sentenza costituzionale, in quanto «il Governo potrebbe ritenere che l'inerzia di una Regione nell'applicare una sentenza di questa Corte o la sua applicazione distorta siano idonee a ledere l'unità giuridica della Repubblica o la sua unità economica, determinando disarmonie e scompensi tra i vari territori proprio in relazione a decisioni del giudice delle leggi, che, per definizione, hanno una finalità unitaria»<sup>21</sup>. È confermato dalla dichiarazione di non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 17, 81 e 83, della legge n. 56 del 2014, che prevede l'esercizio del potere sostitutivo straordinario dello Stato per l'eventualità del mancato esercizio della potestà statutaria delle Province e delle Città metropolitane. Per la Corte «le norme censurate mirano ad assicurare il necessario principio dell'unità giuridica su tutto il territorio nazionale (finalità, tra le altre, esplicitamente contemplata dal secondo comma dell'art. 120 Cost.) con l'attuazione del nuovo assetto ordinamentale rivisto dalla stessa legge n. 56 del 2014»<sup>22</sup>, ma la potestà statutaria locale ha diretto fondamento nell'art. 114, comma 2, della Costituzione.

Né è più pertinente evocare la clausola del «pericolo grave per l'incolumità e sicurezza pubblica». Anche a voler ritenere che le violazioni di legge

---

<sup>20</sup> Corte cost., sent. n. 43 del 2004.

<sup>21</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 121 del 2012.

<sup>22</sup> Corte cost., sent. n. 50 del 2015, punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

sanzionate dall'art. 28, comma 1, siano omogenee alle altre disposizioni del decreto legge «sicurezza» e siano riconducibili alla materia di competenza legislativa statale «dell'ordine pubblico e della sicurezza», resta che la 'materia' non coincide con la clausola dell'art. 120, comma 2. Può anche immaginarsi che l'ordine pubblico, come stato materiale di pace, coincida o, comunque, sia condizione necessaria per la sicurezza pubblica<sup>23</sup>. Ma l'art. 120 aggiunge il presupposto del «pericolo grave» e il bene dell'«incolumità»(pubblica), che evocano l'integrità (fisica) del 'corpo' della *popolazione* più che quella politica del *popolo*. E le ordinarie, 'normali', illiceità/illegittimità sanzionate dal potere sostitutivo prefettizio non sono limitabili a questo campo di eccezione.

Ne deriva che, nella disposizione in questione, il legame con la conservazione della Costituzione vigente è debole.

Quindi, dalla sua riconduzione al potere sostitutivo 'straordinario' dell'art. 120, comma 2, la vigenza e la validità della Costituzione nello stato di emergenza non hanno niente da guadagnare, mentre la Costituzione, in tempi normali, ha tutto da perdere.

### 3. *La mediazione della legge*

La 'normalizzazione' dell'art. 120, comma 2, non è solo sbagliata per ragioni intrinseche al testo costituzionale, ma è anche inutile per la tenuta del protocollo argomentativo tessuto dalla Corte nella decisione in commento.

La ritenuta violazione del principio di legalità sostanziale ricavato dall'art. 97, comma 2, della Costituzione e, conseguentemente, dell'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali poggia sul dover essere costituzionale della previa legge ordinaria.

Non si intende qui affrontare la questione generale della «necessarietà» e «ordinarietà» della legislazione nella Costituzione vigente, ovvero la legislazione come necessaria forma ordinaria, «normale», di attuazione e di

---

<sup>23</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1992, 286.

svolgimento della Costituzione<sup>24</sup>. Né si vuole evocare la controversa ricavabilità del principio di legalità sostanziale dalla Costituzione e, nello specifico, la sua desumibilità dalla (o almeno compatibilità con la) specifica riserva di legge relativa dell'art. 97, comma 2, della Costituzione<sup>25</sup>.

Al fini della decisione del caso concreto, pare sufficiente osservare che l'art. 120, comma 2, non prescrive la mediazione della previa legge ordinaria sostanziale. Appartiene alla Costituzione formale dell'emergenza ed è direttamente facoltizzante. Legittima un potere sostitutivo stra-ordinario, quindi diretto ed immediato, ovvero senza la necessaria intermediazione della legge in funzione attuativa. Rinvia alla legge non per l'attribuzione del potere e dei presupposti materiali, ma per la sola determinazione della forma, del procedimento di sostituzione<sup>26</sup>.

Ogni diversa considerazione non potrebbe che rivolgersi contro il diritto costituzionale vigente, contro l'art. 120, comma 2. Ma, salvo volere sostenere che il principio di legalità, restrittivamente inteso quale raffrontabilità sostanziale del potere esecutivo alla previa legge ordinaria, sia un principio supremo e volerne, quindi, desumere l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, l. cost. n. 3 del 2001, adombrando una rottura della Costituzione, il giurista di diritto positivo potrebbe dire poco altro.

Ma se si cerca, interpretando, di dare una 'forma' giuridica alla disposizione costituzionale revisionata, evitando il caos, può dirsi che l'irrelevanza della previa legge ordinaria sostanziale non desta scandalo alla luce della diffusione della superiore prescrittività costituzionale<sup>27</sup>, della fine della scissione tra ordine

---

<sup>24</sup> F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. I. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1970, 157-64.

<sup>25</sup> Sul punto, a partire dalla decisione n. 115 del 2011, su cui poggia quella in commento, S. PARISI, *Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

<sup>26</sup> Per tutte cfr. Corte cost., sentt. nn. 43 e 240 del 2004; 209, 249, 250 e 254 del 2009; 44 del 2014; 171 del 2015.

<sup>27</sup> In termini teorico-general, almeno, cfr. P. PINNA, *Il costituzionalismo del secondo dopoguerra e la crisi del controllo di costituzionalità accentrato*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione": verso un controllo di costituzionalità di tipo*

legale e ordine costituzionale<sup>28</sup> e della doppia co-estensività tra Amministrazione e Costituzione<sup>29</sup>. L'amministrazione qui si salda direttamente con la Costituzione.

Potrebbe anche aggiungersi la notazione che il potere sostitutivo è segno del passaggio dalla rappresentanza alla responsabilità quale metro democratico dello Stato pluralista contemporaneo. Rafforza, infatti, la fase discendente della relazione democratica tra governanti e governati, a scapito della carica di legittimazione connessa all'investitura dei rappresentanti. La questione, così posta, però, pone più problemi di quanti ne risolve. Regge solo ove sia fondato sostenere un concorso del sostituto – anche nella mera forma dell'emersione dell'inerzia e della misura-sostituzione – nell'irrogazione della sanzione democratica che è legata alla periodica revisione del consenso elettorale e di competenza del corpo elettorale. L'inaccettabilità di un soggetto diverso dal corpo elettorale, quale unico giudice della responsabilità democratica che non tollera concorsi né intromissioni, è stato il presupposto logico-concettuale che ha impedito la pensabilità di obblighi di *facere* nei confronti degli organi costituzionali, per l'impossibilità di attivare meccanismi giuridici che operino in funzione sanzionatoria differenti dai meccanismi connaturati alla responsabilità

---

*diffuso?*, Torino, Giappichelli, 2002, 490 e ss.; O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 893 e ss.

<sup>28</sup> Sulla ricomposizione dei circuiti della legalità ordinaria e costituzionale come portato della ricucitura tra ordine legale e costituzionale vedi O. CHESSA, *Interpretazioni del pluralismo. Il dritto costituzionale tra stabilità e mutamento*, Milano, Giuffrè, 2005, 98 e ss. Più di recente sulla «sovrapposizione» della legalità costituzionale a quella legale M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, 374 e 396 ss. e M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, ivi, Annali IX, 2016, 461 ss. e spec. 463.

<sup>29</sup> Sulla doppia coestensività C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 257 e ss.; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi in memoria di Bachelet*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1987, 385 e ss.; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996, 72 e ss. Sulla saldatura tra Costituzione ed amministrazione per effetto della armonizzazione tra ordine legale e ordine costituzionale vedi C. PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 84 e ss. e spec. 86.

politica, quale, per l'appunto, il mancato rinnovo del mandato elettivo<sup>30</sup>. Solo se si accede all'idea – che qui non può che essere accennata e non argomentata – che la Costituzione dello Stato democratico-pluralista contemporaneo postula il superamento del carattere 'lineare' dei rapporti di validità costituzionale (e, quindi, anche di legittimità democratica) ed il contestuale riconoscimento della necessaria 'matricialità' e 'reticolarità' dei processi decisionali pubblici, la questione potrebbe porsi in termini sostanzialmente diversi. Ad una visione della Costituzione articolata in infiniti nodi ed in cui non esiste un fondamento unitario e preconstituito di cosa debba considerarsi costituzionalmente legittimo, infatti, non sembra ripugnare l'idea che alla parcellizzazione dei percorsi formativi della volontà pubblica corrisponda una moltiplicazione delle possibili sedi della sanzione.

In ogni caso, l'assenza di interposizione legislativa nell'art. 120 appare coerente con la natura emergenziale dell'istituto, che implica la concretezza, la immediatezza, della misura sostitutiva<sup>31</sup>.

È, infine, conforme alla linea discretiva tracciata dalla Corte tra le sostituzioni ordinarie e quella straordinaria. Le prime hanno il proprio fondamento nello stretto nesso tra competenza ad allocare le funzioni amministrative e competenza a disciplinare il potere sostitutivo e quindi si fondano sulla legge, che «ne deve definire i presupposti sostanziali e procedurali, in ossequio al principio di legalità»<sup>32</sup>. L'art. 120 Cost. legittima un

---

<sup>30</sup> Cfr., con riguardo all'inconfigurabilità di un dovere costituzionale sanzionabile giuridicamente di adempimento interno degli obblighi derivanti dal diritto internazionale pattizio, P. CARETTI, *Ordinamento comunitario e autonomia regionale. Contributo allo studio delle incidenze del diritto internazionale sui poteri delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 61, nt. 93 e 152-5.

<sup>31</sup> La necessarietà della mediazione della previa legge materiale è, però, implicitamente negata anche ove si ritenga, al contrario, che l'art. 120, comma 2, legittimi sostituzioni legislative: in tal caso, infatti, la previa legge non potrebbe svolgere alcuna funzione garantista, di garanzia della predeterminazione dei casi, in quanto, salvo sostenere una gerarchia logica o assiologica tra la legge che pre-vede i casi della sostituzione e quella che adotta la misura sostitutiva, la seconda potrebbe sempre modificare la prima.

<sup>32</sup> Il virgolettato è tratto da Corte cost., sent. n. 171 del 2015, ma il protocollo argomentativo che ricorre è, nelle sue linee, quello costruito a partire dalle sentenze nn. 43 e 73 del 2004, e ancora prima dalle decisioni nn. 177 del 1988 e 338 del 1989, fino alle sentt. nn. 44 del 2014 e 50 del

intervento che, finalizzato a garantire interessi essenziali relativi a competenze trasversali, prescinde dal riparto delle competenze sia amministrative che legislative e, quindi, ha bisogno di fondarsi sulla Costituzione<sup>33</sup>.

Il che, di per sé, non determina l'annichilimento del principio di legalità.

Innanzitutto, la legalità, l'esigenza della previa base legale, è soddisfatta dalla Costituzione. È punto controverso della teoria costituzionale se la Costituzione si risolva nel testo (documento) costituzionale e se coincida con tutto il testo, ma non è controverso che, pur ponendosi le distinzioni, la Costituzione sia (anche, se non esclusivamente) *una* legge, legge costituzionale. Tra Costituzione e legge vi è contiguità, perché sono fatte della medesima *materia*; la Costituzione è *la* prima legge, perché da essa deriva la legislazione ordinaria. Dunque, il fondamento legale sostanziale del potere sostitutivo straordinario sta nella Costituzione, che ne è la misura, il parametro di giudizio. La generalità di quel fondamento è tutt'uno con la natura emergenziale dell'istituto e con l'imprevedibilità del fatto emergenziale: ma una

---

2015. La conclusione potrebbe essere revocata in dubbio alla luce della più recente sentenza n. 252 del 2017, ove, a proposito dell'art. 120, comma 2, la Corte, dopo aver rilevato che la disposizione «introduce [...] una riserva di legge in materia di disciplina del potere sostitutivo», ha considerato che «alla stregua di tale chiaro disposto costituzionale, questa Corte ha più volte affermato (sentenze n. 338 del 1989 e n. 177 del 1988) che le ipotesi in cui può essere esercitato il potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni o delle Province autonome e le modalità di esercizio dello stesso debbono essere previste da un atto fornito di valore di legge». Ma la giurisprudenza citata, che richiede la previsione con legge anche dei presupposti sostanziali, si riferisce al testo costituzionale pre-vigente, che non fondava direttamente alcun potere sostitutivo intersoggettivo. Ha, però, correttamente concluso che la disposizione impugnata ha violato l'art. 120, non già perché non disciplinasse i presupposti sostanziali, ma perché «rimette al decreto le modalità di attuazione del potere».

<sup>33</sup> Lo scarto differenziale tra le due ipotesi di sostituzione, avuto riguardo al principio di legalità ordinario, emerge dalla sent. n. 50 del 2015, dove la Corte ha ritenuto che la sostituzione prevista per il mancato esercizio dell'autonomia statutaria locale dalla l. n. 56 del 2014 può ricondursi al principio dell'unità giuridica contemplata dal secondo comma dell'art. 120 Cost. oppure, alternativamente, «in ogni caso, il potere sostitutivo statale trova il suo fondamento espresso nella legge, dalla quale risulta la definizione dei presupposti sostanziali, e costituisce la manifestazione degli interessi unitari alla cui salvaguardia è propriamente preordinato l'intervento surrogatorio dello Stato» (punto 5.6 del *Considerato in diritto*).

volta deciso, deliberato, di includere nella Costituzione positiva l'emergenza, per allontanare lo spettro dello stato di eccezione assoluto, estremo, questo è il prezzo da pagare alla sua inclusione nell'ordine costituito, alla sua riduzione al diritto posto.

La sostituzione – pena la violazione del principio di sussidiarietà cui l'art. 120 condiziona le sue modalità legali – è, poi, legittima solo nel caso di mancata adozione di un atto qualificato come doveroso dalla previa legge e solo dopo il decorso di un termine che consuma il potere di provvedere dell'ente ordinariamente competente. Deve, cioè, inerire atti «privi di discrezionalità nell'*an*», siano poi essi a contenuto vincolato o discrezionale nel *quid* e nel *quomodo*<sup>34</sup>.

Ancora, la legge ordinaria può definire, delimitare, in concreto le situazioni riconducibili ai presupposti sostanziali contemplati nella norma costituzionale<sup>35</sup>.

Infine, la specialità/eccezionalità dell'art. 120, comma 2, pare argomento sufficiente per escludere la previa legge ordinaria per garantire il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione prescritta dall'art. 97: la garanzia presidiata dalla legge ordinaria nell'art. 97 è rimessa, nell'art. 120, comma 2, alla diretta previsione in Costituzione dei presupposti sostanziali e alla riserva di legge procedurale.

Ma se la previa legge ordinaria non è necessaria per l'esercizio del potere sostitutivo *extra ordinem*, la violazione del principio di legalità dell'art. 97, comma 2, è fuori gioco e, nella misura in cui questa è derivata da quella, la lesione dell'autonomia locale.

#### 4. La previa legge e la libertà locale

---

<sup>34</sup> Corte cost., sent. n. 177 del 1988 e, dopo la revisione costituzionale, conf. sentt. nn. 43, 73, 172, 173 e 227 del 2004; 209 del 2009; 44 del 2014; 171 del 2015.

<sup>35</sup> Cfr. i casi decisi da Corte cost., sentt. nn. 383 del 2005; 165 del 2011; 50 del 2015; 44 del 2014.

In ogni caso, la deduzione della garanzia della sfera di competenza locale dal rispetto del principio di legalità sostanziale pone la *questione* autonoma della tenuta, teorica e dogmatica, di quella deduzione.

Se il concatenamento tra violazione del principio di legalità sostanziale e lesione dell'autonomia locale non è fondato, la censura è inammissibile o, comunque, se anche si ritiene sufficiente in fase di ammissibilità la mera prospettazione della lesione<sup>36</sup>, la censura è infondata, poiché, almeno ai fini dell'accoglimento, è necessaria la dimostrazione concreta della lesione indiretta di competenza.

La Corte, accedendo alla dottrina della 'ridondanza', ammette il parametro dell'art. 97, secondo comma, Cost.<sup>37</sup>, «sotto il profilo del buon andamento della pubblica amministrazione, che include anche il principio di legalità dell'azione amministrativa (sentenza n. 115 del 2011), stante *l'evidente incidenza sull'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali territoriali*»<sup>38</sup>. Nel

---

<sup>36</sup> Nella pronuncia, il legame tra violazione del parametro extra-competenziale e lesione della competenza regionale/locale pare solo adombrato, con, appunto, la mera *prospettazione* della lesione: la Corte ammette la questione di legittimità costituzionale ridondante senza individuare la materia statale e senza definire precisamente gli ambiti di competenza locale, normativa, amministrativa e/o finanziaria, incisi dalla disciplina statale. Potrebbe non essere sufficiente per soddisfare il requisito della ridondanza secondo l'interpretazione più restrittiva desumibile da Corte cost., sent. n. 194 del 2019, punto 9.2. del *Considerato in diritto*, che, nelle materie esclusive statali, esige un «un onere motivazionale particolare, ossia quello di dimostrare, in concreto, ragioni e consistenza della lesione indiretta delle proprie competenze, non essendo sufficiente l'indicazione in termini meramente generici o congetturali di conseguenze negative per l'esercizio delle attribuzioni regionali». Pare, però, in linea con quella diversa giurisprudenza che ha identificato la lesione indiretta della competenza regionale non già in una diminuzione dell'autonomia regionale o locale, ma nel suo mero *condizionamento* da parte di una legge statale a sua volta costituzionalmente illegittima: cfr. Corte cost., sentt. nn. 145, 244 e 287 del 2016; 75 del 2017; 5 del 2018.

<sup>37</sup> Analoghi casi di ridondanza per violazione del principio di buon andamento dell'art. 97 della Costituzione sono stati decisi da Corte cost., sentt. nn. 29 e 43 del 2016; 13 del 2017; 101, 137 e 139 del 2018; 161 del 2019.

<sup>38</sup> Corte cost., sent. n. 195 del 2019, punto 11 del *Considerato in diritto* (l'enfasi è nostra). C. PADULA, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in *Consulta online*, 2019, 381, nt. 29, nota, adesivamente, che qui la Corte ritiene sussistente l'incidenza

caso della lesione della sfera di competenza locale, poi, affinché la ridondanza funzioni, occorre postulare che la violazione delle competenze costituzionalmente garantite degli enti locali territoriali determini, almeno «potenzialmente», una «vulnerazione delle competenze regionali». Questa presupposizione si presta ad una ambivalente lettura. Da un lato, implica una visione paternalistica del 'centro' regionale rispetto all'ente locale. Dall'altro, però, potrebbe significare che tra autonomia locale e autonomia regionale non vi è dualismo, opposizione polare, ma integrazione<sup>39</sup>. In ogni caso, a diritto costituzionale vigente, allarga la sfera di competenza della Regione e la sua legittimazione nel giudizio in via principale.

Nel merito, la Corte ha ritenuto fondata la questione in quanto «l'insufficiente determinazione del presupposto del potere sostitutivo» e la «latitudine del suo contenuto atipico e indifferenziato», ovvero la creatività della misura prefettizia disancorata da una omissione qualificata dalla previa legge, violano il principio di legalità sostanziale, come già declinato nella decisione n. 115 del 2011, secondo cui «ogni potere amministrativo deve essere «determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»<sup>40</sup>. La Corte aggiunge che «tutto ciò inficia irrimediabilmente la compatibilità di tale potere sostitutivo extra ordinem, in primo luogo, con il

---

sull'autonomia locale costituzionalmente garantita senza precisare la materia di riferimento: il criterio adoperato è, cioè, quello, dell'incidenza sulla *competenza* costituzionale (regionale o) locale e non quello della attinenza della legge statale alla *materia* regionale, confermando che la titolarità statale o regionale non è decisiva ai fini della ridondanza ovvero che questa può darsi anche nelle materia di potestà esclusiva statale (non trasversale).

<sup>39</sup> Seppure a fini processuali, la decisione parrebbe, cioè, sottendere una dottrina *inclusiva* dell'autonomia opposta a quella difensivo-garantistica, *polemica*, del *trade-off* tra le due sfere di autonomia, che nel passato aveva fondato Corte cost., sent. n. 370 del 2006.

<sup>40</sup> Punto 14 del *Considerato in diritto*. La sentenza n. 115 del 2011 citata dalla Corte chiarisce, al punto 4 del *Considerato in diritto*, il perchè: «tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982)».

principio di legalità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), *nonché* con l'autonomia costituzionalmente garantita che la Repubblica promuove e riconosce agli enti locali territoriali» ovvero che la assenza della previa legge lede la 'garanzia' dell'autonomia locale, compendiata nelle garanzie dell'art. 114, comma 2, dell'art. 118, comma 2, dell'art. 117, comma 6, dell'art. 119, comma 1 e della norma abrogatrice dell'art. 9, comma 2, l. cost. n. 3 del 2001<sup>41</sup>.

La tesi presupposta è la seguente: la mancata predeterminazione con legge dei presupposti del potere sostitutivo lede l'art. 97, comma, 2 e *perciò* l'autonomia locale.

Sottende l'assimilabilità della relazione tra principio di legalità e libertà dei 'corpi' locali a quella tra la previa legge e i diritti di libertà.

L'idea, se letta con le armi della storia delle dottrine dell'autonomia locale studiata in connessione con quella delle ideologie politiche, reca marcati i segni della concezione liberale-garantista delle libertà e dell'autonomia locale. È l'ideologia liberale che costruisce il rapporto Stato-corpi locali negli stessi termini del rapporto Stato-individuo: l'autorità è tenuta essenzialmente a garantire ai cittadini, formalmente eguali, le sfere di libertà individuali e i diritti di proprietà, così come le sfere di potere proprie dei corpi locali. Il credo garantista apre, cioè, alla visione delle libertà locali come realizzazione delle libertà individuali e delle autonomie territoriali come garanzia concreta della libertà ed elemento suscitatore dell'esigenza liberale-borghese<sup>42</sup>. La logica liberale del *pouvoir municipal à la Constant*, che di quella concezione rappresenta la

---

<sup>41</sup> *Ibidem* (l'enfasi è nostra). Al punto 10 aveva già adombrato il legame, considerando che la discrezionalità, genericità e vaghezza dei presupposti delineava il potere «complessivamente in termini tali da non essere compatibili con l'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali territoriali». Al punto 15 ha ripetuto che «la garanzia costituzionale di autonomia degli enti locali territoriali (Comuni, Province e Città metropolitane) richiede [...] che i presupposti di tali poteri sostitutivi, incidenti nell'attività dell'ente, siano sufficientemente determinati dalla legge».

<sup>42</sup> Sulla concezione delle autonomie locali come un argine a difesa delle libertà individuali e sulla contrapposizione tra concezione garantista e concezione democratica dell'autonomia v. V. CRISAFULLI, *Vicende della "questione regionale"*, in ID., *Stato, popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, 250-1.

matrice ideologica<sup>43</sup>, si impernia sulla separazione/contrapposizione delle sfere di competenza tra autorità (Stato o Regione) e libertà (potere locale) e sul bifronte meccanismo dell'accentramento politico e del decentramento amministrativo, che nasconde, a sua volta, la contrapposizione affari generali/affari particolari, ove l'individuazione dei livelli di interessi è operata in sede centrale. La definizione statale delle sfere di competenza e l'assegnazione di compiti e fini da assolvere (in che consiste la sfera 'garantita' e da difendere di potere locale) costituiscono gli strumenti più adatti allo svuotamento politico e comunitario dei corpi locali ed aprono ad una costruzione dall'alto del potere locale, per l'appunto, razionalmente ed illuministicamente costruito dal centro.

La trasposizione non può funzionare né teoricamente né dogmaticamente nella forma di governo rappresentativo del popolo delineato dagli articoli 1, 48, 67 e 70 della Costituzione e nella concezione democratica dell'autonomia locale implicata dal legame tra l'art. 1 e l'art. 114 della Costituzione.

Rispetto ai diritti del cittadino, la legge concilia autorità e libertà in nome del popolo: la legge garantisce l'*auto-nomia* intesa quale obbedienza alle leggi che ci si im-pone, quale auto-governo, perchè al soggetto dei diritti è imputabile, attraverso la mediazione del corpo rappresentativo, la legge. Più precisamente, nel testo costituzionale vigente, il principio di legalità sostanziale o, per lo meno, le singole riserve di legge hanno il senso generale di limitare la libertà del soggetto di diritto esattamente nella misura in cui il medesimo vi ha acconsentito mediante il governo rappresentativo democratico. Nello specifico, l'art. 97, comma 2, pone una riserva di legge relativa, rinforzata nel contenuto, per tutti i 'pubblici uffici', per la pubblica amministrazione di ogni livello territoriale di governo. Alla ragione liberale e garantista della legge, di garanzia generale dei diritti contro la libertà del potere esecutivo, contro la sua autoreferenzialità e parzialità, si aggiunge quella democratica: la pubblica amministrazione, il potere esecutivo, mediante la legge, è legato al circuito democratico-rappresentativo e, quindi, al popolo.

---

<sup>43</sup> Sulle origini storiche ed ideologiche del modello liberal-garantista delle autonomie locali, riscontrabile nell'ideologia della classe liberal-cavouriana, cfr. G. VOLPE, *Autonomia locale e garantismo*, Milano, Giuffrè, 1972, 62 e ss.

La riserva di legge dell'art. 97, comma 2, e, più in generale, il principio di legalità ordinaria, non può funzionare allo stesso modo per le autonomie locali. Queste sono garantite direttamente dalla Costituzione e non dalla legge ordinaria, alla cui produzione, nel diritto vigente, non partecipano, né direttamente né indirettamente. Rispetto ai diritti dei corpi locali, la legge non è autonomia, ma *etero-nomia* di assemblee rappresentative di comunità politiche diverse da quelle locali. Anzi, nel diritto costituzionale vigente la legge ordinaria, eteronoma, è, in diversa misura, contro-potere dell'autonomia locale. Partitamente, l'autonomia statutaria e regolamentare locale è garantita dall'art. 114 e dall'art. 117, comma 6, *contro* la legge statale dell'art. 117, comma 2, lett. p), Cost. e la legge regionale residuale, che alle prime contendono il campo. Rispetto alle fonti regolamentari locali, prodotte da assemblee rappresentative, la legge non svolge alcuna funzione garantista né tanto meno democratica, La legge competente per materia *conferisce* funzioni amministrative in deroga alla attribuzione costituzionale diretta ai Comuni dell'art. 118, comma 1, Cost. La legge dello Stato, a vario titolo, conferma l'autonomia finanziaria locale dell'art. 119. Ancora, nella chiamata in sussidiarietà, il principio di sussidiarietà parrebbe addirittura precedere e fondare la competenza legislativa, la legalità. In una, la legge, statale o regionale, è limite all'autonomia locale alla cui opposizione, de-finizione, il soggetto territoriale, a differenza del soggetto dei diritti di libertà, non partecipa.

Si può concludere che l'art. 97, comma 2, nella forma di stato, *garantisce* che l'amministrazione locale sia regolata, nei contenuti e nei modi, secondo i principi del buon andamento e dell'imparzialità e in quella misura garantisce i diritti di libertà civile, economica e sociale dal potere esecutivo<sup>44</sup>. Ma non garantisce di per sé l'*auto-nomia* politica locale, i cui spazi sono garantiti dalla

---

<sup>44</sup> Proprio a questa limitata *ratio* corrisponde quella legalità evocata nella sentenza al punto 10 del *Considerato in diritto*, ove la Corte argomenta la necessaria 'rigorosità' del presupposto richiesto per il potere governativo di scioglimento del consiglio comunale o provinciale con la considerazione che il suo esercizio «risulta essere particolarmente incisivo e drastico» rispetto alle assemblee rappresentative locali, «espressione della volontà popolare, presidiata da garanzia costituzionale».

Costituzione contro l'invasione della legge e, comunque, non garantisce la democraticità di quell'autonomia<sup>45</sup>.

Nel caso specifico, l'art. 97, comma 2, anche ove ritenuto applicabile, prescrive che la previa legge predetermini il contenuto minimo, ovvero la forma e il contenuto, della sostituzione, come ogni altra funzione amministrativa, ovvero la funzione sostituita e la misura sostitutiva tipiche. Ma affinché la predeterminazione garantisca l'autonomia locale, la legge riservataria che nomina e attribuisce la funzione non è condizione sufficiente. Né sono sufficienti, materialmente, i principi del buon andamento e l'imparzialità. Il primo potrebbe addirittura spingere nella direzione dei canoni dell'efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, alternativi al principio di legalità. Il secondo può anche alludere alla giustizia, alla parità, contro le parti, le fazioni, e quindi alla necessaria rappresentazione nella legge dell'interesse generale, di ciò che unisce, della *città*. Ma è muto rispetto all'autonomia locale.

Per la sua garanzia la legge deve rispettare gli specifici e diretti limiti costituzionali della Parte II, Titolo V della Costituzione.

Ma allora, in ogni caso, l'evocazione del principio di legalità sostanziale, tratto dall'art. 97, comma 2, è inutile ai fini del decidere il caso concreto.

## 5. L'alternativa

---

<sup>45</sup> Né indebolisce l'argomento lo stato di 'salute' di quella democraticità, costituzionalmente imposta, nel diritto legislativo vigente. Ci si riferisce alla previsione, con legge dello Stato, di meccanismi di rappresentanza di secondo grado degli organi di governo di Province, Città metropolitane e Unioni di comuni. Innanzitutto, è un 'fatto' che non dice nulla sul dover essere, sull'ideal-tipo costituzionale. In ogni caso, può anche concedersi che quelle forme di elezione indiretta non siano di per sé incostituzionali. Ma di certo non può negarsi che l'elezione diretta sia il metodo di scelta degli organi di governo che lega in modo più coerente rappresentanza e sovranità popolare e che quindi invero al massimo grado la democraticità della Repubblica e di tutti i suoi enti costitutivi. Cosicché, nel caso della elezione indiretta o di secondo grado che dir si voglia, discorrere di legittimazione *democratica* della rappresentanza pare piuttosto una finzione giuridica al quadrato. Se già il dispositivo rappresentativo è una *fictio iuris*, perché si imputa al popolo, al corpo elettorale, la volontà manifestata dai suoi rappresentanti, l'elezione *indiretta* si fonda sull'imputazione fittizia al corpo elettorale dell'elezione dei rappresentanti, ancora prima della volontà che manifestano.

Se pure si tiene ferma la qualificazione del potere in questione come potere 'sostitutivo', secondo la delimitazione del *thema decidendum*, è, comunque, possibile risolvere la questione di legittimità costituzionale posta con una motivazione differente, *alternativa*, che mantenga una coerenza intrinseca rispetto alla giurisprudenza costituzionale precedente e che non incappi nelle obiezioni testè formulate.

Escluso che l'art. 28, comma 1, d.l. n. 113 cit. possa sussumersi nell'art. 120, comma 2, della Costituzione, l'unica possibilità che si dà è la sua ascrizione alla fattispecie di sostituzione ordinaria fondata sulla legge. Ma proprio questa qualificazione del potere è la ragione dell'illegittimità costituzionale della disposizione che lo disciplina. Il che consente di recuperare molti degli argomenti adoperati dalla Corte, seppure con riguardo alla fattispecie dell'art. 120, comma 2.

Il legislatore statale ha introdotto in seno all'art. 143, t.u.e.l. un potere 'sostitutivo' prefettizio nell'esercizio della sua competenza legislativa in materia di ordine pubblico e sicurezza. Il discorso non cambia se si riconduce la disposizione alla potestà legislativa esclusiva in materia di funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, ex art. 117, comma 2, lett. p), Cost. o ad altro titolo competenziale. La legge ordinaria che regola la materia e alloca le funzioni (fondamentali e non) è competente a disciplinare il potere sostitutivo per le funzioni nella titolarità dell'ente minore per dimensioni territoriali. La compromissione del buon andamento e dell'imparzialità delle amministrazioni locali, nonché del regolare funzionamento dei servizi alle medesime affidati incrina le condizioni – di certo quelle 'minime' o 'essenziali' – di godimento dei diritti di libertà civili, politici e sociali e le esigenze unitarie ad esse sottese.

La legge che disciplina la sostituzione ordinaria nella fattispecie viola, però, le condizioni al cui rispetto il testo costituzionale ne subordina la legittimità costituzionale.

In primo luogo, la disposizione non prevede quale presupposto del potere prefettizio un 'inadempimento' dell'ente locale.

Enumera presupposti materiali (quali condotte illecite, alterazione delle procedure, nonché compromissione del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione e del regolare funzionamento dei servizi) che implicano non solo omissioni, ma anche atti illegittimi e inefficaci. Aggiungere, per di più, i criteri metagiuridici dell'efficienza e della funzionalità significa includere nel giudizio di conformità (legittimità/illegittimità) dell'azione amministrativa parametri propri delle scienze economico-aziendalistiche, che non sono misurabili dal diritto. Sicché, in concreto, è giuridicamente impossibile individuare la soglia di adeguatezza e di idoneità (*rectius*, efficienza e funzionalità) al di sotto della quale l'azione amministrativa svolta dal soggetto titolare delle relative attribuzioni legittimi l'intervento sostitutivo e, di conseguenza, sindacarne la legittimità. Parimenti, lo scopo della cessazione delle «situazioni riscontrate» non limita in alcun modo il potere prefettizio a omissioni.

Così, la sostituzione si trasforma in un potere caducatorio, di annullamento, degli atti degli enti territoriali, che è di certo divenuto privo di fondamento nel testo costituzionale vigente, per effetto dell'abrogazione degli artt. 125, comma 2, e 130 della Costituzione e, forse, incostituzionale perché viola il principio della parità tra gli enti costitutivi della Repubblica desumibile dall'art. 114 della Costituzione<sup>46</sup>. Nella sentenza in commento, la Corte, con un *obiter dictum*, pare ritenere vigente il potere di annullamento straordinario del Governo proprio in forza dell'art. 120, comma 2 della Costituzione<sup>47</sup>. La conclusione non è, però, condivisibile perché, in nome della «tutela dell'unità dell'ordinamento»<sup>48</sup>, si confonde la sostituzione con l'annullamento. Teoricamente, l'una e l'altro sono misure di controllo tipiche e distinte: la prima presuppone il mancato esercizio di

---

<sup>46</sup> Dall'abrogazione di una disposizione costituzionale non può, infatti, desumersi un precetto eguale e contrario a quello abrogato e, comunque, quel precetto non è a contenuto vincolato: vi è uno scarto nel dedurre dall'abrogazione della disposizione che istituisce una forma di controllo il divieto di quel controllo. La norma abrogatrice può intendersi come norma che pone la regola dell'abolizione dei controlli preventivi di legittimità e di merito sulle autonomie locali solo se la si ritiene direttamente coimplicata dalla pari costitutività degli enti territoriali di cui all'art. 114.

<sup>47</sup> Punti 13 e 15 del *Considerato in diritto*.

<sup>48</sup> Cfr. T.u.e.l., art. 138.

una competenza; il secondo il suo illegittimo esercizio. Dogmaticamente, la legge costituzionale n. 3 del 2001 ha abrogato, con l'art. 9, comma 2, (l'art. 125, comma 1, e) l'art. 130 e contestualmente, con l'art. 6, ha introdotto in Costituzione il potere di sostituzione. L'abrogazione e la coeva novazione del testo costituzionale non avrebbero alcun senso se la seconda fosse da intendersi come 'sostituzione' di atti illegittimi, ovvero come un controllo di legittimità, che era precisamente il contenuto precettivo della disposizione costituzionale abrogata.

Al più, la disposizione 'simula' una sostituzione, perché non la limita al caso di mancata adozione di atti che la previa legge identifichi e qualifichi come obbligatori almeno nell'*an*.

È l'identificazione della misura sostitutiva in «prioritari interventi di risanamento indicando gli atti da assumere» a mostrare come l'atto da assumere non pre-esista alla sostituzione, ma sia posto, costituito come obbligatorio, dal sostituto, tanto che è il medesimo che ne fissa il termine originario di adozione, senza il quale non si dà inadempimento e il termine ulteriore per la 'giustizia' del procedimento<sup>49</sup>. Non è solo che «l'individuazione da parte del prefetto di «prioritari interventi di risanamento» non è limitata ad attività vincolata per legge e non discrezionale»<sup>50</sup>, ma è piuttosto che qui manca, in radice, la 'prescrizione' della legge, l'atto previsto come obbligatorio per legge, sia esso poi nel contenuto vincolato o discrezionale. Se così è, manca l'omissione giuridicamente qualificata.

Ma la sostituzione nell'ordinamento pluralista, funzionalmente differenziato, non può che essere rimedio nei casi fallimento della sussidiarietà allocativa

---

<sup>49</sup> La Corte correttamente rileva che la disposizione censurata «asigna allo stesso prefetto, che ritenga sussistere una situazione di mala gestio dell'ente, non già un potere d'impulso e sollecitatorio dell'adempimento di obblighi di legge [...], bensì quello ben più incisivo della diretta individuazione, ampiamente discrezionale, di «prioritari interventi di risanamento» da cui sorge, per l'ente locale, l'obbligo di conformazione. È quest'obbligo – non preesistente nella legge, ma sorto ad hoc per determinazione del prefetto – che poi, ove non adempiuto dall'ente, facoltizza l'esercizio del potere sostitutivo mediante commissario ad acta» (punto 14 del *Considerato in diritto*).

<sup>50</sup> Punto 15 del *Considerato in diritto*.

ordinaria. Il che significa che il Governo può sostituirsi se gli enti competenti non hanno provveduto ad attivarsi solo ove e nei termini in cui vi fossero tenuti.

Coerentemente, l'art. 8, comma 1, l. n. 131 del 2003 o le leggi speciali che a quel modello devono uniformarsi<sup>51</sup> prescrivono che il Governo possa sostituirsi solo nel caso di mancato compimento di provvedimenti «dovuti o necessari» da parte dei livelli di governo ordinariamente competenti e previa assegnazione di un congruo termine a provvedere. La Corte costituzionale, da tempo, discorre di «omissione alla quale si intende sopperire con l'intervento sostitutivo», ammonendo che la medesima «sia definita come fatto giuridicamente qualificato, e non sia una semplice inattività»<sup>52</sup>.

È decisivo intendersi sul significato di provvedimenti «dovuti o necessari» o, a rovescio, di omissione come «fatto giuridicamente qualificato». Di certo l'omissione è resa significativa come fatto giuridico legittimante la sostituzione dall'esistenza di un correlato obbligo a provvedere desumibile dall'imposizione di un termine originario perentorio<sup>53</sup> e, in ogni caso, dalla assegnazione di un termine perentorio a provvedere<sup>54</sup>, che consumano il potere di provvedere, con invalidità dell'atto sopravvenuto. Può discutersi se sia sufficiente la previsione di

---

<sup>51</sup> Corte cost., sentt. nn. 209 del 2009; 44 del 2014; 171 del 2015.

<sup>52</sup> Corte cost., sent. n. 313 del 2003, punto 9 del *Considerato in diritto*. Altrove la Corte, un poco confusamente, individua il presupposto di attivazione della sostituzione talvolta nella «persistente» o «protratta inerzia» (sentt. nn. 303 del 2003; 193 del 2007; 78 del 2011; 28, 104, 180, 219 e 228 del 2013; 44, 110 e 278 del 2014; 14, 170 e 190 del 2017), talaltra nell'«inadempimento [...] intesa come avente riguardo alla violazione di quelle norme che, nel prescrivere il compimento di determinati atti o attività (eventualmente fissando termini per l'adempimento)» (sent. n. 227 del 2004; conf. 103 del 2003 e 240 del 2004), talaltra ancora nell'«inerzia» o «inadempimento» (sentt. nn. 28 del 2003; 43 e 112 del 2004; 152 del 2015). È vero che la Corte ha esteso l'esercizio del potere sostitutivo anche ai casi di «illegittimo esercizio delle competenze attribuite», oltre che di «mancato esercizio» nelle sentt. nn. 236 del 2004, 383 del 2005 e 44 del 2014, ma – a tacer d'altro - con specifico riguardo alla sostituzione governativa straordinaria dell'art. 120, comma 2.

<sup>53</sup> La perentorietà del termine originario è presupposto della ammissibilità della sostituzione fin da Corte cost., sent. n. 37 del 1991.

<sup>54</sup> Qualifica perentorio il termine della diffida prevista dall'art. 8, c. 1, l. n. 131 del 2003 Corte cost., sent. 44 del 2014.

un termine ordinatorio per rendere significativa l'omissione, considerato che tale natura non esclude la giustiziabilità del silenzio-inadempimento. Ai fini della sostituzione pare escluderlo il principio di sussidiarietà e leale collaborazione, declinato nelle forme essenziali dell'art. 8, comma 1, citato e specificatamente nella previa diffida a provvedere, che rende, comunque, il termine a provvedere perentorio: il che, però, significa che la violazione di un termine ordinatorio non può mai rappresentare un inadempimento dell'obbligo di provvedere sufficiente a giustificare la sostituzione tra ordinamenti parziali. Il punto controverso è se possa discorrersi di obbligo a provvedere in base alla sola «natura dell'atto da compiere»<sup>55</sup>, da cui si desumerebbe l'indifferibilità, e quindi la rilevanza, dell'omissione, prescindendo dalla espressa previsione di un termine per la loro adozione. In termini generali, può sollevarsi più di un dubbio sull'utilità di ricorrere a espressioni come «natura» dell'atto o degli interessi, che evocano la filosofia della 'natura delle cose' e che, dunque, creano e non risolvono problemi: le cose, per il diritto, non esistono 'in natura', non sono un *dato* indipendente dal diritto, ma sono già da sempre nominate, qualificate e quindi *costituite* dal diritto e, comunque, pre-supposte, definite, dal diritto. Nello specifico, se l'obbligo a provvedere – e dunque la qualificazione giuridica dell'inerzia – lo si potesse desumere solo dalla 'natura' dell'atto o degli interessi, si finirebbe, di nuovo e per altra via, per trasformare il potere sostitutivo in potere surrogatorio. Infatti, l'obbligo a provvedere non preesisterebbe ma sarebbe creato, *a posteriori*, ricorrendo al dispositivo costruttivista della natura delle cose: significherebbe ritenere legittime sostituzioni sulla base della sola *decisione* del Governo o dell'organo di governo regionale e, quindi, della sola urgenza di provvedere che di per sé qualificherebbe l'omissione come inadempimento. Il che, per un verso, tradirebbe la figura del potere sostitutivo come ci è stata consegnata dalla dogmatica giuspubblicistica e dalla giurisprudenza costituzionale, per l'altro, violerebbe il legame tra sostituzione e

---

<sup>55</sup> Così Corte cost., sent. n. 177 del 1988, punto 5.2 del *Considerato in diritto* e così parrebbero lasciare intendere Corte cost., sentt. nn. 227 del 2004, punti 6 e 7 del *Considerato in diritto* e 49 del 2018.

sussidiarietà costituzionalmente imposto e ripristinerebbe quello tra sostituzione e gerarchia.

Nel caso concreto non vi è alcun inadempimento qualificato, cui il potere sostitutivo previsto pone rimedio, in quanto, nell'art. 28, comma 1, l'obbligo a provvedere sorge, *ex post*, per effetto della indicazione dell'atto da adottare da parte del Prefetto. Manca, in radice, l'atto di cui una previa legge prescriva l'obbligatorietà almeno nell'*an*, sia essa desumibile dall'imposizione di un termine perentorio ovvero dalla natura dell'atto/attività da compiere.

Ma, allora, la norma oggetto del giudizio è direttamente incostituzionale per violazione degli articoli 114, 118, commi 1 e 2, e 120, comma 2, della Costituzione<sup>56</sup>.

In secondo luogo, la disposizione impugnata attribuisce il potere al Prefetto e non al Governo. Ma la Corte ha esteso il soggetto dell'art. 120, comma 2, anche alle sostituzioni ordinarie. Il che implica che, nel caso di sostituzione statale, la decisione deve sempre essere assunta con *deliberazione* del Governo nella sua composizione specifica dell'art. 92 della Costituzione e, quindi, dall'organo che deve avere la fiducia delle Camere<sup>57</sup>. La sostituzione di un livello di governo ad un altro, paritario, deve essere politicamente, prima che giuridicamente, giustiziabile.

La riconduzione della deliberazione sostitutiva al circuito democratico-rappresentativo e, comunque, almeno, alla responsabilità politica del Governo è un rimedio alla riduzione di *auto-nomia* e, quindi, di democraticità che l'avocazione dell'esercizio della funzione ad un livello meno prossimo alla comunità politica di riferimento determina. Ciò vale, ovviamente, nel caso di un potere sostitutivo che abbia «un'incidenza [...] molto ampia» nell'attività dell'ente

---

<sup>56</sup> La Corte, nel monito finale, pare correggere i termini della questione, ammonendo che «rimane ovviamente nella discrezionalità del legislatore riformulare la norma in termini compatibili con il principio di legalità dell'azione amministrativa e con la garanzia di autonomia costituzionalmente garantita di cui godono gli enti locali territoriali» (l'enfasi è nostra). La garanzia dell'autonomia locale è indipendente, e non già derivata, dal rispetto del principio di legalità.

<sup>57</sup> Sul punto, ormai pacifico, cfr., tra le molte, Corte cost., ord. n. 31 del 2004; sentt. nn. 112, 172 e 173 del 2004; 167 del 2005.

locale e che non è «limitato ad attività vincolata per legge e non discrezionale»<sup>58</sup>. Ma, a rigore, la titolarità del potere in capo a organi di governo politicamente responsabili di fronte alle assemblee rappresentative non è correlata alla quantità di discrezionalità amministrativa esercitata al posto del sostituto. Per questo basterebbe un qualsiasi organo della pubblica amministrazione e non già un organo nel senso specifico dell'art. 92, stante l'assenza di discrezionalità nell'*an* dell'atto da adottare e, per la discrezionalità del *quid*, le ordinarie forme di responsabilità che legano gli ordinari apparati amministrativi agli organi politici di vertice nel modello ministeriale delineato dall'art. 95 della Costituzione. Quella titolarità ha senso solo per consentire la diretta sanzionabilità politica ex art. 94 della Costituzione della decisione di sostituirsi a enti politici territoriali, necessari e parimenti costitutivi della Repubblica, che omettano atti obbligatori nell'*an*, siano poi essi a contenuto vincolato o discrezionale nel *quid* e nel *quomodo*. Per questo è condivisibile la conclusione della Corte in ordine alla ragione della necessaria assunzione di responsabilità politica del potere esecutivo: «la garanzia costituzionale di autonomia degli enti locali territoriali (Comuni, Province e Città metropolitane) richiede [...] l'eventuale sostituzione a organi dell'ente rispetti il canone dell'art. 120, secondo comma, Cost. [...] sull'assunzione a livello governativo della responsabilità per l'esercizio di tali poteri». Ma per ciò stesso non è corretto sovrapporre a tale conclusione il differente argomento che «quanto più il potere sostitutivo, incidente nell'autonomia dell'ente locale territoriale, presenta una connotazione di discrezionalità nei presupposti e nel contenuto, tanto più il livello di assunzione di responsabilità si eleva da quello amministrativo (provvedimento del prefetto) a quello politico (deliberazione del Governo)»<sup>59</sup>. La discrezionalità del potere sostitutivo, ovvero la vaghezza dei suoi presupposti e del suo contenuto, è ragione della sua radicale illegittimità costituzionale se manca la predeterminazione dell'inadempimento e della conseguente misura sostitutiva in senso proprio. Ciò che impone la responsabilità del potere

---

<sup>58</sup> Corte cost., sent. n. 195 del 2019, punto 15 del *Considerato in diritto*.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

esecutivo è l'autonomia politica dell'ente sostituito, che aumenta nel caso di discrezionalità nel contenuto dell'atto omesso.

In terzo luogo, se si riqualifica la fattispecie in oggetto come sostituzione ordinaria ai sensi dell'art. 118 della Costituzione, cui l'art. 97, comma 2, si applica, può anche censurarsi la violazione nel caso di specie del parametro extra-competenziale.

Restano, però, tutte le obiezioni alla fondatezza teorica e dogmatica della derivazione della garanzia dell'autonomia locale dal principio di legalità e, quindi, tutta la debolezza dell'ammissibilità, prima ancora della fondatezza, di quella censura nel giudizio in via principale.

\*\* Professoressa associata di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Sassari