

Oltre il dogmatismo: la nuova dimensione dell'inefficacia pubblicistica

di Federica Campolo

SOMMARIO: 1. Introduzione: tra inefficacia e invalidità. – 2. L'inefficacia del contratto d'appalto come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione. – 3. L'inefficacia nel c.d. Decreto Semplificazioni. – 3.1. L'inefficacia in caso di conferenza di servizi e silenzio assenso. – 3.2. L'inefficacia degli atti inibitori tardivi in seguito alla presentazione della SCIA. – 3.3. Le prime applicazioni giurisprudenziali. – 4. Riflessioni conclusive: verso una nozione elastica di inefficacia.

1. *Introduzione: tra inefficacia e invalidità.*

Gli artt. 120 e ss. del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104¹, in tema di annullamento delle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici, e, in seguito, l'introduzione del comma 8 *bis* all'art. 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241, ad opera del decreto legge 16 luglio 2020 n. 76, c.d. Decreto Semplificazioni², figlio della crisi pandemica, hanno riportato all'attenzione degli interpreti l'istituto dell'inefficacia³.

Tale categoria, elaborata dalla pandettistica con riferimento al negozio giuridico, viene identificata con la incapacità di un atto di produrre effetti⁴. Ciò si verifica in presenza di un fatto o di una circostanza che ostacoli la realizzazione dell'interesse desiderato.

In accordo con la dottrina civilistica più convincente, l'inefficacia è da intendersi però non in senso assoluto, ma come inidoneità a produrre gli effetti tipici del particolare atto posto in essere⁵.

¹ Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 «Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo».

² Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni nella legge 11 settembre 2020, n. 120, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale».

³ Sulla nozione generale di inefficacia si rimanda, *ex multis*, a M. FERRARA SANTAMARIA, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1962, 610 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969; V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, 322 ss.; A.M. SANDULLI, *Inefficacia (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1971, 375 ss.; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1976, 332 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2003, 921 ss.; F. MODUGNO, *Efficacia*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 2135 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2019, 523 ss.

⁴ Per una ricostruzione delle elaborazioni dottrinali sorte intorno al legame tra giuridicità del fatto e idoneità a produrre effetti si rimanda, fra tutti, a F.G. COCCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.

⁵ Infatti, il negozio inefficace ben potrebbe produrre alcuni effetti, anche se differenti da quelli propri della sua fattispecie negoziale. Sul punto si rimanda a V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., 322 ss.

Come cause di inefficacia vengono indicate l'invalidità dell'atto, nota come inefficacia derivata, e le altre circostanze⁶ previste dalla legge o dalle parti, c.d. inefficacia in senso stretto⁷.

L'inefficacia in senso stretto è posta principalmente a garanzia di interessi esterni, che impedirebbero la realizzazione del piano negoziale⁸.

In merito alla figura dell'invalidità, occorre richiamare le sue manifestazioni della nullità e dell'annullabilità. Il contratto annullabile sarà produttivo di effetti cedevoli e temporanei, poiché destinati a venir meno, con effetto *ex tunc*, in ipotesi di rilevazione dell'invalidità e conseguente rimozione dal mondo giuridico, tramite una sentenza avente carattere costitutivo. Il contratto nullo, diversamente, in quanto affetto da una forma di invalidità più grave, è *ab origine* improduttivo di effetti. La relativa contrarietà all'ordinamento giuridico potrà essere accertata in giudizio da chiunque vi abbia interesse, oltre che rilevata d'ufficio⁹.

Tra invalidità e inefficacia sussiste, pertanto, una speciale connessione, dal momento che l'improduttività di effetti è la conseguenza della difformità dell'atto rispetto al suo paradigma legale¹⁰.

La dottrina, in merito al rapporto tra invalidità e inefficacia, ha elaborato diverse ricostruzioni, che hanno dato vita a un dibattito molto complesso¹¹.

⁶ Con specifico riferimento al diritto privato, ad esempio, si ha inefficacia nell'eventualità in cui sia stata posta una condizione sospensiva che non si realizzi o quando un contratto, stipulato dal rappresentante senza poteri, non venga ratificato dal falsamente rappresentato.

⁷ Cfr. A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi (ristampa anastatica dell'edizione del 1916)*, Padova, 1986, 60.

⁸ «Dato il fondamento eminentemente assiologico della inefficacia, si deve ammettere che ad essa dà luogo ogni fatto, anche non riconducibile alla struttura logica del coelemento, che però incida sulla realizzazione dell'interesse negoziale, in quanto denunci l'interferenza di interessi esterni incompatibili e prevalenti rispetto all'interesse interno negoziale. [...] Si può dire pertanto che l'esistenza di un interesse di per sé giuridicamente rilevante rappresenta la costante di ogni forma di inefficacia in senso proprio; la variabile invece è data dal modo con cui l'interesse rilevante si costituisce e dalla specifica situazione di interessi che di volta in volta interferisce sulla sua realizzazione». V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., 333.

⁹ Sulla nullità, appaiono di interesse, per esaminare il rapporto tra invalidità e inefficacia, le tradizionali elaborazioni dottrinali volte a equiparare tale categoria con quella dell'inesistenza, sulla base del rapporto biunivoco esistente tra giuridicità del fatto ed efficacia. Simili teorie sono state oggetto di un progressivo ripensamento da parte di quella dottrina che ha messo in discussione che l'efficacia, intesa come capacità di produrre effetti giuridici, costituisca l'unica discriminante nel giudizio di rilevanza giuridica dell'atto negoziale. Si vedano, tra i più recenti nella letteratura giuspubblicistica, A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 17 ss. e M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, 6 ss.

¹⁰ Vi è uno speciale nesso che lega l'efficacia non già con la validità stessa, ma con l'invalidità, rappresentandone in certo senso il luogo di proiezione delle conseguenze del suo reale e concreto manifestarsi. Cfr. F. MODUGNO, *Efficacia*, cit., 2135 ss.

¹¹ In particolare, attente ricostruzioni dell'evoluzione storico-giuridica di questo rapporto, ne hanno evidenziato due fasi fondamentali. Una prima, caratterizzata dalla c.d. concezione effettuale, dove l'efficacia giuridica assumeva rilievo centrale, in cui l'invalidità era intesa come «formula rias-

È stato sostenuto, a titolo esemplificativo, che l'efficacia potrebbe essere identificata come una forma debole di validità, che si sostanzierebbe nell'appartenenza all'ordinamento giuridico. Ciò proprio perché l'atto invalido può produrre comunque effetti, anche se precari¹². La validità in senso forte consisterebbe nella conformità dell'atto al parametro legale¹³.

Secondo un'interpretazione che appare più convincente, l'invalidità è da intendersi come una ragione speciale di inefficacia, che discende dall'atto stesso e viene identificata come inefficacia per invalidità intrinseca. Questa viene distinta dall'inefficacia, quale concetto di ordine generale, che discende da «ragioni che attengono l'effetto»¹⁴.

Di interesse appare la distinzione svolta tra efficacia giuridica ed efficacia pratica attuale, che corrisponderebbe a quella esistente tra invalidità e inefficacia, dove l'atto inefficace mancherebbe della capacità di produrre effetti concreti, mentre l'atto invalido sarebbe privo dell'attitudine a produrre effetti giuridici¹⁵.

Le nozioni di efficacia-inefficacia, elaborate nell'ambito del diritto privato, sono state fatte proprie, senza sostanziali modifiche, dal diritto amministrativo¹⁶, e con una certa facilità¹⁷. È stato osservato che in questo settore, dove la

*suntiva di tutte quelle qualificazioni negative che evocano l'idea dell'inefficacia dell'atto giuridico». Una seconda fase, invece, basata sulla c.d. concezione causale, attribuiva prevalenza, sul piano della produzione di effetti, alla norma, per cui la validità/invalidità era connessa alla conformità o meno dell'atto al diritto. Per ulteriori approfondimenti sul punto e per comprendere le ragioni del passaggio a una diversa concezione dogmatica, si rinvia a M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, cit., 124 ss.*

¹² In passato, per questa ragione, l'annullabilità è stata intesa come *species* della validità e non come un'ipotesi di invalidità. Si precisa, inoltre, che anche la nullità talvolta comporta la produzione di effetti giuridici. L'ipotesi tradizionale è quella dell'art. 2126 c.c., relativa al rapporto di lavoro nullo. Sul punto, cfr. *Ivi*, 10 ss. e 125 ss.

¹³ Cfr. P. CARNEVALE, *Validità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, cit., 6147 ss.

¹⁴ Tale ricostruzione, che conserva la sua attualità, è stata effettuata, oltre un secolo fa, dal già menzionato A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, cit., 60 ss. L'Autore definisce qui l'inefficacia come «*uno stato dell'atto indipendente dalla conformità sua alla norma giuridica che lo disciplina, nel qual stato può trovarsi tanto l'atto valido, quanto l'atto vizioso*».

¹⁵ «*L'inefficacia, essendo qualità di un atto, opera senza bisogno di pronuncia giudiziale; l'annullabilità, invece, per essere operativa, deve condurre all'annullamento, mediante pronuncia giudiziale; l'annullabilità. Essendo uno stato anormale, è capace di sanatoria: l'inefficacia, essendo uno stato normale, non può e non deve essere sanato*». Cfr. *Ibidem*.

¹⁶ Va tuttavia notato che la trasposizione della teoria pandettistica all'atto amministrativo, con particolare riferimento al regime dell'invalidità del provvedimento, è stata graduale «*poiché in un primo periodo la dottrina (meglio, i classici) ha prestato una particolare attenzione nel porre in evidenza i caratteri di specialità dell'atto amministrativo, mentre in un secondo stadio (tra gli anni '30 e '40) ha innestato completamente la costruzione civilistica, elaborando la figura dell'atto negoziale*». Cfr. A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., 9 ss.

¹⁷ La facilità con cui le elaborazioni civilistiche in tema di inefficacia sono state recepite dal diritto pubblico sono chiaramente esplicate da A.M. SANDULLI, *Inefficacia (dir.amm.)*, cit., 375 ss., secondo cui «*agli operatori del diritto pubblico le categorie dell'efficacia-inefficacia parvero tanto appropriate agli*

differenza tra invalidità e inefficacia appare ancora più netta¹⁸, la dottrina amministrativista¹⁹ ha provveduto a semplificare il dibattito dottrinale, scongiurando la sovrapposizione tra queste categorie²⁰.

In accordo con la sistematica classica, efficacia e validità del provvedimento vengono esaminati confrontando i requisiti di validità con le sue condizioni di operatività. I primi incidono sulla vitalità del provvedimento e ineriscono alla sua essenza, le seconde sono relative alla capacità del provvedimento di produrre effetti e costituiscono elementi esterni all'atto²¹.

L'analisi sull'efficacia-operatività del provvedimento, in tale prospettiva, era volta a distinguere le diverse tipologie di circostanze su questa incidenti, nonché i limiti temporali e spaziali degli atti amministrativi²².

istituti che essi erano chiamati a utilizzare, che le recepirono immediatamente e senza porre quelle riserve che, più per atteggiamento mentale di cautela che per raziocinio, altre volte avevano assunto di fronte a categorizzazioni e a concettualizzazioni della dottrina; al punto che già col terzo decennio di questo secolo dette categorie erano ormai, se è lecito così esprimersi, popolarizzate, e correntemente – anche se talora non proprio correttamente – applicate dalla burocrazia dei paesi a diritto amministrativo».

¹⁸ Autorevole dottrina ha affermato con forza l'autonomia dell'inefficacia rispetto all'invalidità e «ad ogni altra categoria predicabile per un atto». *Ivi*, 378.

¹⁹ Sull'invalidità dell'atto amministrativo si rinvia a B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1993, 295 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; P.M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, cit.; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009; F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, Soveria Mannelli, 2009; A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; F. CARINGELLA, M. PASTORE, *Manuale di Diritto Amministrativo*, V, *L'invalidità del provvedimento*, Roma, 2014; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, Milano, 2015.

²⁰ Ciò perché «da un lato, la normativa privatistica poneva dei problemi che a quella pubblicistica erano estranei (gli effetti degli atti di diritto privato, essendo in massima parte volontari o volontariamente comandati), dall'altro la giurisprudenza, soprattutto del giudice amministrativo impose con tale forza la distinzione da renderne indeclinabile l'accettazione da parte della pratica e della dottrina. Questo spiega perché nel diritto pubblico, alla contemplazione di un osservatore esterno, la materia si presenta in modi non tormentati e semplificati». Inoltre, perché l'atto amministrativo è «per definizione una manifestazione di volontà capace di effetti giuridici, in quanto gli effetti pratici ai quali essa intende sono riconosciuti e protetti dall'ordinamento». A.M. SANDULLI, *Inefficacia (dir.amm.)*, cit., 375-376.

²¹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1984, 692 ss. In questi termini M.R. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti: l'efficacia*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2021, 289, ove si legge che «la differenza sostanziale tra inefficacia e invalidità degli atti consiste nella circostanza che mentre la prima è il prodotto di taluni aspetti della volontà delle parti ovvero di elementi estrinseci al negozio, l'invalidità è invece il portato di vizi intrinseci all'atto».

²² In tal senso va precisato che l'efficacia del provvedimento amministrativo manifesta «l'attitudine a produrre un effetto giuridico e non la materiale produzione dello stesso che, peraltro, può derivare direttamente dall'esecuzione del provvedimento amministrativo o richiedere l'adozione di ulteriori atti. D'altronde la produzione degli effetti del provvedimento può (e talora deve) essere sospesa per volontà dell'amministrazione o del giudice». M.R. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti*, cit., 290.

Appare di interesse osservare che la peculiare pertinenza della categoria dell'inefficacia nel diritto amministrativo discende dalla necessità che si avverte, in questa disciplina con maggiore forza che nel diritto privato, di tutelare interessi generali ed esterni²³.

La categoria dell'efficacia pubblicistica è oggi contemplata dalla legge sul procedimento, al suo capo IV-*bis* inserito dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15, che ne delinea alcuni aspetti peculiari.

L'art. 21 *bis* si sofferma sull'efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati, prevedendo che questo, di regola, sarà produttivo di effetti solamente a seguito della comunicazione personale al suo destinatario²⁴. L'art. 21 *quater*, rubricato «Efficacia ed esecutività del provvedimento», stabilisce, al primo comma, che i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, indicando, al comma successivo, le ipotesi in cui è possibile sospendere la sua efficacia o l'esecuzione. Tale disciplina ha dettato un mutamento nell'interpretazione tradizionale del provvedimento amministrativo – ove questo era ritenuto privo del carattere della recettività – offrendo così maggiori garanzie al privato²⁵.

Preme evidenziare – come si vedrà nei prossimi paragrafi – che l'inefficacia suscita ancora oggi dubbi e riflessioni negli interpreti, che sembrano faticare ad accettare tale categoria così come ricostruita dalla dottrina, in assenza di una disciplina legislativa di carattere generale volta a definirne precisamente la portata, i limiti e il meccanismo di funzionamento. È così che ogni qual volta il Legislatore ricorra alla sanzione della privazione di effetti per un atto giuridico,

²³ A.M. SANDULLI, *Inefficacia (dir. amm.)*, cit., 377.

²⁴ È stato giustamente osservato che tale articolo possiede una portata applicativa più ampia, derivante dai termini decadenziali previsti per ottenere tutela dinnanzi al giudice amministrativo, ove il ricorso va proposto, di regola, entro sessanta giorni dalla comunicazione o piena conoscenza del provvedimento. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 336.

²⁵ Prima di questo intervento si riteneva che gli atti amministrativi non avessero, di regola, carattere recettivo. Eccezioni erano costituite dagli atti a contenuto normativo e da quegli atti per cui «il risultato pratico ultimo non è opera esclusiva dell'autorità che li abbia posti in essere, ma può essere conseguito solo col concorso della volontà dei destinatari (p. es., ordini, intimazioni, proposte, richieste, provvedimenti che predispongono la prelazione di cose d'arte da parte dell'Amministrazione)». A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 666. Sulla teorica dell'atto amministrativo recettivo si veda la ricostruzione offerta da G. GARDINI, *L'efficacia dei provvedimenti amministrativi e il tramonto dell'atto amministrativo recettivo "per natura"*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, cit., 1011 ss. L'autore, in particolare, mette in luce la *ratio* del Legislatore del 2005, il quale «mira ad assicurare la piena realizzazione del diritto di difesa, inteso in senso estensivo come possibilità dei cittadini di attenuare gli effetti pregiudizievoli delle decisioni amministrative mediante comportamenti conformi o conseguenti (si pensi all'ottemperanza alle sanzioni), oltre che come facoltà di reazione processuale contro illegittime lesioni della propria sfera giuridica. In altri termini, nello stabilire l'estensione dell'obbligo di comunicazione, il Legislatore privilegia l'esigenza dei destinatari di difendersi e reagire contro i provvedimenti lesivi, e rinunciando all'obbligo di comunicazione per i provvedimenti "a collaborazione obbligatoria", lascia sullo sfondo l'istanza della cooperazione tra amministrazione e privati in vista del miglior svolgimento della funzione pubblica».

la dottrina maggioritaria, implacabile, condanna tale scelta e cerca di ricondurla alle ricostruzioni dogmatiche tradizionali²⁶.

2. *L'inefficacia del contratto d'appalto come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione*

Come anticipato, la nozione di inefficacia, scarsamente oggetto di analisi da parte del moderno diritto amministrativo, è tornata in auge negli ultimi anni grazie al dibattito nato intorno alla sorte del contratto pubblico, a seguito dell'annullamento della relativa aggiudicazione. In particolare, si discuteva su quale fosse la patologia che avrebbe dovuto colpire il contratto e quali fossero le modalità di rimozione dello stesso dal mondo giuridico. Questo dibattito era reso particolarmente acceso dall'incertezza in merito al riparto di giurisdizione, andando a impattare su quella terra di mezzo che si trova al confine tra la conclusione della fase a evidenza pubblica e la stipulazione del contratto²⁷.

I contrasti giurisprudenziali e dottrinali sul tema sono stati placati dall'intervento del Legislatore europeo, con la direttiva n. 2007/66/CE, c.d. seconda direttiva ricorsi²⁸. Questa ha previsto, al suo art. 2 *quinqüies*, la privazione di effetti per il contratto aggiudicato illegittimamente, per le ragioni ivi elencate²⁹, lasciando al diritto nazionale la possibilità di precisare le concrete conseguenze.

La sanzione dell'inefficacia per il contratto stipulato a seguito di un'illegittima aggiudicazione trova una spiegazione ai considerando 13 e 14, che si fonda

²⁶ Di interesse l'ampia ricostruzione e i richiami al dibattito esistente in tema di inefficacia – in materia di appalti pubblici, ma dotati di una portata generale – operati da V. LOPILATO, R. TUCCILLO, *Effetti delle decisioni giurisdizionali sul contratto*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, 859 ss.

²⁷ Sulle problematiche legate alla giurisdizione in materia di affidamento di contratti pubblici si veda, fra tutti, M. LIPARI, *La giurisdizione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS diretto da, *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 591 ss.

²⁸ Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici. Consultabile in www.eur-lex.europa.eu.

²⁹ «a) se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea senza che ciò sia consentito a norma della direttiva 2004/18/CE;

b) in caso di violazione dell'articolo 1, paragrafo 5, dell'articolo 2, paragrafo 3, o dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto;

c) nei casi di cui all'articolo 2 ter, lettera c), secondo comma della presente direttiva qualora gli Stati membri abbiano previsto la deroga al termine sospensivo per appalti basati su un accordo quadro e su un sistema dinamico di acquisizione». Consultabile in www.eur-lex.europa.eu.

sulla necessità di garantire un'effettiva tutela della concorrenza, principio cardine della disciplina dell'evidenza pubblica, in presenza di gravi violazioni della normativa sui contratti pubblici³⁰.

Tali indicazioni sono state recepite dal Legislatore nazionale prima agli artt. 245 *bis* e *ter* del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, poi confluite negli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo.

Come anticipato, prima che l'intervento europeo andasse a chiarire l'impatto dell'annullamento della fase pubblicistica sul contratto, un vivace dibattito aveva animato la dottrina e la giurisprudenza, portando all'elaborazione di diverse tesi, che, in questa sede, vale la pena riproporre brevemente³¹.

Secondo un primo orientamento, il contratto sarebbe stato affetto da nullità, talvolta identificata come nullità virtuale, ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c., e talvolta come nullità strutturale, ai sensi dell'art. 1418, comma 2³².

I sostenitori della tesi della nullità virtuale, in particolare, ritenevano che la

³⁰ «Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo. La privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere. Le aggiudicazioni mediante affidamenti diretti illegittimi ai sensi della presente direttiva dovrebbero includere tutte le aggiudicazioni di appalti avvenute senza pubblicazione preliminare di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ai sensi della direttiva 2004/18/CE. Ciò corrisponde a una procedura senza previa indizione di una gara ai sensi della direttiva 2004/17/CE». Consultabile in www.eur-lex.europa.eu.

³¹ La dottrina sul punto è numerosissima. Per la ricostruzione del dibattito si rimanda, tra i molti, a G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 413 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 1195 ss.; M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, in *Diritto e formazione*, 2002, 245 ss.; S. FANTINI, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. app.*, 2003, 751 ss.; F. MERUSI, *Annulamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.* – T.A.R., 2004, 569; M. MONTEDURO, *Invalidità del contratto*, in *Repertorio degli appalti pubblici*, a cura di L. R. PERFETTI, II, 2005, 829 ss.; F.G. SCOCA, *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.* – T.A.R., 2007, 797 ss.; A. SCACCHI, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2009, 1501 ss.; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1326; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2011, 664 ss.; G. FERRARI, *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo c.p.a.*, *Giur. merito*, 4, 2011, 0919B; V. LOPILATO, R. TUCCILLO, *Effetti delle decisioni giurisdizionali sul contratto*, cit., 851 ss.; A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, 360 ss.

³² Si vedano V. CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, cit., e F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione e i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, 645 ss.

disciplina sull'evidenza pubblica avesse valore imperativo, in quanto costituita da norme di diritto pubblico. La stipulazione di un contratto sulla base di un'aggiudicazione viziata, infatti, si sostanzierebbe in un esercizio illegittimo della funzione amministrativa, non essendo la p.a. dotata di una libera capacità di diritto privato, vincolata come è alle risultanze della fase pubblicistica³³.

Si tratterebbe, invece, di nullità strutturale per l'insussistenza dell'elemento essenziale dell'accordo, poiché l'annullamento dell'aggiudicazione con effetti *ex tunc* determinerebbe una mancanza originaria del consenso dell'Amministrazione, ovvero per la carenza della causa in concreto, identificata nello scambio tra l'opera, il servizio o la fornitura e l'utilizzazione del denaro pubblico³⁴.

Nella pratica, una simile interpretazione andava a scontrarsi con le esigenze di certezza dei rapporti giuridici nonché di concentrazione ed effettività della tutela giurisdizionale. Da un lato, infatti, l'azione di nullità poteva essere proposta da chiunque fosse interessato, in qualunque tempo, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso al giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione. Dall'altro lato, il concorrente interessato a contestare la procedura di gara e la successiva stipulazione del contratto avrebbe dovuto, in un primo momento, impugnare l'aggiudicazione innanzi al giudice amministrativo e successivamente il contratto davanti al giudice ordinario, per ottenere la sentenza di accertamento della nullità. In dottrina e giurisprudenza, inoltre, veniva contestata la stessa solidità giuridica di una simile tesi³⁵, evidenziando, tra

³³ Tesi sostenuta, in particolare, dal giudice amministrativo. Cfr., ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, in *Appalti urbanistica edilizia*, 2003, 349; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 7 maggio 2002, n. 802, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, 2898, con nota di S. VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione fra capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, patologie negoziali e questioni di riparto di giurisdizione*, *ivi*, 145 ss.; T.R.G.A. Bolzano, 12 febbraio 2003, n. 48, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394, *ivi*; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218, in *Riv. amm. appalti*, 2003, 78; Cons. Stato, Sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470, in *Red. Giuffrè*, 2003; Cons. Stato, Sez. V, 29 marzo 2006, n. 1591, *ivi*, 2006.

³⁴ Si veda Cons. Stato, Sez. V, ord. 21 maggio 2004, n. 3355, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 2205 ss., con nota di G. MICARI, *L'adunanza plenaria di fronte alla problematica ma necessaria sistematicità del diritto (giurisprudenziale) amministrativo*, *ivi*, 2223 ss., che opta per la tesi della nullità per difetto del consenso. Cass., 9 ottobre 1961, n. 2058; Cass., 10 aprile 1978, n. 1668, accolgono invece la tesi della nullità per incompetenza assoluta dell'organo stipulante.

³⁵ Oltre all'instabilità nei rapporti giuridici che sarebbe derivata dall'accoglimento di una simile tesi, non essendo previsto un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di nullità innanzi al giudice ordinario, in relazione alla nullità virtuale si dubitava che la normativa in tema di evidenza pubblica potesse avere, in via generale e indifferenziata, carattere imperativo. Con riferimento alla tesi della nullità strutturale, invece, veniva osservato che l'art. 1418, comma 2 era pensato per sanzionare la mancanza dell'accordo al momento della stipulazione del contratto e non per motivi sopravvenuti. Infatti, il giudizio di validità del contratto, di regola, deve essere svolto con riferimento alla situazione di fatto e alla normativa in vigore al momento della sua conclusione e su questo non incidono le vicende successive. Per superare tali criticità venne fatto richiamo alla c.d. nullità speciale, per cui l'azione volta

le diverse criticità, che la nullità è una patologia del contratto consistente in un vizio genetico che lo inficia *ab origine*, mentre il contratto pubblico, nel caso di specie, è colpito da una vicenda sopravvenuta all'annullamento giurisdizionale dell'atto conclusivo della procedura di gara.

Secondo un diverso orientamento, il contratto avrebbe dovuto essere qualificato come annullabile³⁶. L'annullabilità, in particolare, veniva fatta risalire, a seconda delle diverse interpretazioni, alle seguenti ragioni: l'incapacità di agire della stazione appaltante, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione; l'errore essenziale sulla qualità dell'altro contraente; il difetto di legittimazione negoziale della stazione appaltante.

La principale criticità di questa ricostruzione – oltre al già richiamato difetto di concentrazione della tutela – era data dalla limitazione alla sola pubblica Amministrazione della legittimazione ad adire il giudice ordinario per l'annullamento del contratto, sul discutibile presupposto che la normativa sui contratti pubblici fosse posta esclusivamente a tutela dell'interesse pubblico³⁷. In capo all'operatore economico pretermesso sarebbe residuata unicamente la tutela risarcitoria³⁸.

all'accertamento della nullità del contratto sarebbe stata esperibile solo dal soggetto che aveva impugnato l'aggiudicazione. Cfr. A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, 362 ss.

³⁶ In giurisprudenza si vedano, ad esempio, Cass., Sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885; Cass., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269; Cass., Sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842; Cass., Sez. I, 1° agosto 2002, n. 11427; Cons. Stato, Sez. VI, 1° febbraio 2002, n. 570, in www.giustizia-amministrativa.it. Peculiari T.A.R. Piemonte, Sez. II, 30 gennaio 2007, n. 464, *in*; Id, 4 dicembre 2007, n. 3652, *in*, che optano per la tesi dell'annullabilità assoluta, quindi azionabile anche dal privato interessato.

³⁷ La tesi dell'annullabilità si fondava su «un sistema tarato sulla logica giuscontabilistica dell'evidenza pubblica finalizzata alla tutela del solo interesse della stazione committente a spuntare il migliore rapporto "qualità-prezzo", ma inadeguato rispetto alla rilevata estensione dell'area finalistica della tutela all'interesse generale alla concorrenza e al mercato». P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, cit. Ancora, di interesse le considerazioni espresse da Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2003, 2949, 3312, a confutazione di questa interpretazione, per cui «la tesi tradizionale dell'annullabilità relativa del contratto, a ben vedere, finisce col vanificare la tutela del soggetto controinteressato, il quale, pur avendo ottenuto ragione davanti al giudice amministrativo, ove il contratto sia stato già concluso, resta privo di alcun risultato praticamente utile, non essendo in grado di soddisfare la propria aspirazione finale ad essere il contraente; il contratto, infatti, sarebbe impugnabile dinanzi al giudice ordinario su iniziativa della sola Amministrazione soccombente nel giudizio amministrativo ed avrebbe una sua vita autonoma, preclusiva di ogni utilità dell'annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale amministrativa, che non sia quella legata alla possibilità di richiedere il risarcimento del danno per equivalente. Sul piano del buon senso, poi, appare iniquo che l'Amministrazione sia l'unico soggetto legittimato a lamentare la violazione delle norme ad evidenza pubblica per ottenere l'annullamento del contratto quando le illegittimità accertate in tale procedimento di regola non sono subite da essa Amministrazione, ma sono da questa provocate. Senza dire che tale opzione ermenutica potrebbe finire per risolversi in una facile elusione del principio di effettività della tutela giurisdizionale da parte dell'Amministrazione, mediante l'immediata stipula del contratto pur in presenza di violazioni della par condicio e di illegittimità degli atti di gara, se si considera che il più delle volte ben difficilmente l'annullamento dell'aggiudicazione può essere pronunciato prima della stipulazione del contratto».

³⁸ Veniva evidenziato, inoltre, che simile ricostruzione non avrebbe accolto le elementari nozioni civilistiche per cui l'annullabilità è ipotesi residuale rispetto alla nullità, da comminarsi solo

Un'ulteriore tesi era quella della caducazione automatica³⁹, volta a riconoscere e valorizzare l'inestricabile collegamento tra fase pubblicistica e fase privatistica, innescando un meccanismo rispondente alla regola del *simul stabunt simul cadent*⁴⁰. Una simile ricostruzione era stata criticata da coloro che ritenevano che le due fasi dovessero avere vita autonoma e che, una volta stipulato il contratto, tutte le relative vicende dovessero sottostare alle norme di diritto privato⁴¹.

Anche la teoria dell'inefficacia del contratto era stata prospettata dagli interpreti, prima ancora dell'intervento della direttiva comunitaria⁴². Questa si poneva come "correttivo" della teoria della caducazione automatica, poiché andava a distinguere fase

nelle ipotesi tassativamente previste. Cfr. L. MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2004, 597 ss.

³⁹ Tesi sostenuta sia dal giudice ordinario che dal giudice amministrativo. Si vedano, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2003, 1, 1598 ss., con nota di B. DE ROSA, *Brevi note in ordine alla caducazione automatica del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione*, *ivi*, 1605 ss.; Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2004, 1, 2079; Cass., Sez. I, 26 maggio 2006 n. 12629, in *Giustizia Civile*, 2007, 2, 441; Cass. Sez. I, 27 marzo 2007, n. 7481, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2007, 4-5, 1280; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, 23 gennaio 2007, n. 433, in www.giustizia-amministrativa.it; Cass., Sez. I, Civile, 15 aprile 2008, n. 9906; Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2013, n. 3133, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2014, 2, 477.

⁴⁰ Taluni sostenitori della teoria della caducazione erano giunti a questa conclusione ritenendo che il contratto fosse più correttamente qualificabile come accordo amministrativo integrativo del provvedimento «*in relazione al carattere autoritativo e comunque funzionale, in ogni caso non riconducibile allo schema contrattuale, di molti dei poteri attribuiti alla P.A. tanto nella fase genetica quanto in quella esecutiva del rapporto giuridico connesso all'appalto*». Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 240 ss.

⁴¹ E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 633 ss. Ancora, questa teoria è stata definita un «*guscio vuoto che descrive, ma non spiega*», poiché «*designa un evento, un accadimento di fatto, ma nulla dice sui meccanismi che lo provocano e sulle ragioni intrinseche che lo giustificano; descrive la dinamica (quasi fisica) del travolgimento dell'atto "a valle" per effetto dell'annullamento di quello presupposto; ma non spiega le ragioni sostanziali di questa interferenza. A meno che con essa non si intendesse fare riferimento allo schema logico del rapporto di presupposizione tra atti, che però implica l'idea di un ruolo prevalentemente esecutivo del contratto rispetto all'aggiudicazione, quanto meno nel senso che il contratto sarebbe avvinto da un nesso talmente stringente alla presupposta aggiudicazione da giustificare l'applicazione della regola simul stabunt, simul cadent. In questo senso la tesi della caducazione automatica finirebbe (forse inconsapevolmente) per dire di più di quella della nullità, poiché andrebbe ben al di là della trasmissione del vizio dall'aggiudicazione al contratto, riducendo il contratto a una mera conseguenza logico-giuridica dell'aggiudicazione*». P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto*, cit.

⁴² In giurisprudenza si rimanda nuovamente a Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, per cui «*il contratto d'appalto di opere pubbliche stipulato a seguito di un'aggiudicazione annullata dal giudice amministrativo non è nullo, né annullabile, né soggetto a caducazione automatica conseguente all'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione, bensì inefficace per mancanza nella p.a. del requisito della legittimazione a contrarre*», in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, 2949, 3312, richiamata, tra le altre, da Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465, in *Riv. della corte dei conti*, 2004, 3, 330; Id, 12 novembre 2004, n. 7346, in *Red. Giuffrè*, 2004; Id, 14 dicembre 2006, n. 7402, in www.giustizia-amministrativa.it e Id, 17 dicembre 2008, n. 6292, *ivi*. In dottrina si veda R. GAROFOLI, *La giurisdizione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, cit., 3930 ss.

pubblicistica e privatistica, evitando di sanzionare con l'invalidità il contratto, che di per sé era da considerarsi pienamente legittimo, incidendo solo sul piano degli effetti concreti. Al contempo, la tesi dell'inefficacia garantiva il riconoscimento dell'influenza che la normativa sull'evidenza pubblica aveva sul contratto, che finiva con il caratterizzarlo in modo del tutto peculiare rispetto agli ordinari contratti di diritto privato⁴³.

Riprendendo le categorie esposte nel paragrafo precedente, l'annullamento dell'aggiudicazione sembra divenire così una causa, diversa dall'invalidità, capace di determinare l'inefficacia del contratto, qualificabile, dunque, come inefficacia in senso stretto. Si tratterebbe di una condizione di operatività, di un requisito esterno al contratto il cui venir meno lo renderebbe incapace di modificare concretamente la realtà giuridica, in risposta a un interesse di ordine generale.

Più precisamente, il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, espressione del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica Amministrazione, acquista il valore di condizione di efficacia del contratto⁴⁴.

La soluzione dell'inefficacia, come accennato, è stata accolta nel nostro ordinamento, in ottemperanza alla disciplina introdotta dalla c.d. seconda direttiva ricorsi. Tale soluzione è stata considerata lo specchio del pragmatismo del Legislatore europeo, poco incline ai sofismi fini a se stessi⁴⁵.

Si crede che l'espedito dell'inefficacia per il contratto d'appalto discendente da un provvedimento di aggiudicazione illegittimo sia compatibile con le categorie giuridiche del diritto nazionale. Questa costituirebbe un'impossibilità di produrre effetti conseguente non a un difetto interno al contratto, ma da una condizione esterna, espressamente prevista dalla legge.

⁴³ Invero, la reciproca influenza tra fase pubblicistica e privatistica è oggi pacificamente riconosciuta. Sul punto è stato significativamente osservato, ancora in P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto*, cit., che «l'area grigia tra diritto pubblico e diritto privato, sia sul piano dell'azione amministrativa (procedimento/ accordo, provvedimento/ contratto) che su quello dell'organizzazione (privatizzazioni "fredde", società partecipate pubbliche, fondazioni di partecipazione, etc.) impone inevitabili contaminazioni e non può essere spiegata (sapere cosa), né gestita (sapere come) intestandosi a voler fare uso dei modelli – pubblicistici o privatistici – "puri", immaginando linee di confine ben definite o compartimenti a tenuta stagna di separazione tra i due "mondi" incomunicabili del diritto pubblico speciale e del diritto privato comune. Il postulato assiomatico della separatezza dei due mondi, quello amministrativo, fino all'aggiudicazione, e quello civile, a partire dal contratto, oltre che urtare con la evidenza dei fatti (che sono continui nell'unitarietà dell'affare economico-sociale), costringe ad acrobazie intellettuali più o meno sterili, per quanto brillanti, che finiscono comunque per scontrarsi con la innaturale impermeabilità e incomunicabilità tra le due fasi, imposta dall'assioma di partenza. Se si accantonasse il quale, invece, probabilmente, si riuscirebbe a vedere le cose come stanno realmente, e cioè che l'unitario affare economico sociale (una p.a. che deve acquistare beni, servizi o lavori sul mercato concorrenziale) non tollera cesure interne e valichi di intraducibilità tra l'area dell'attività coperta dall'art. 97 Cost. (quella amministrativa) e quella più direttamente riconducibile (in parte e salve le numerose clausole esorbitanti) ai dettami del codice civile».

⁴⁴ Cfr. R. CAPONIGRO, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 10, 2009, 2423 ss. Questa, a seconda delle diverse interpretazioni, può assumere i caratteri di condizione risolutiva tacita ovvero di *condicio iuris* negativa, lasciando però inalterato il risultato sul piano pratico. Cfr. P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, cit.

⁴⁵ Cfr. A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, cit., 368.

Richiamando le elaborazioni della dottrina in tema di inefficacia, la normativa prevista dal codice del processo amministrativo si inserirebbe nella categoria dell'inefficacia successiva, riconosciuta nelle ipotesi di condizione risolutiva e di sopravvenuta rimozione dell'atto-fatto costitutivo dell'efficacia. In particolare, è proprio questa seconda ipotesi che sembra venire in essere nel caso in esame, dove l'annullamento sopravvenuto dell'aggiudicazione, che aveva attribuito efficacia al contratto, porta alla perdita dell'efficacia così acquisita.

Viene valorizzata, in questo modo, l'elasticità intrinseca alla figura dell'inefficacia, che, in quanto attiene agli effetti e non all'atto, appare caratterizzata da confini cedevoli. Si ritiene, inoltre, che questa normativa abbia il pregio di riscoprire l'inefficacia quale categoria autonoma, indipendente dall'invalidità, come già affermato dalla risalente dottrina e giurisprudenza amministrativa, cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente.

Per completezza espositiva, va aggiunto che le incertezze inerenti alla giurisdizione sono state contemporaneamente risolte grazie all'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. della dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

L'attuale disciplina dell'inefficacia del contratto, come ricordato, è contenuta agli artt. 121 e 122 del c.p.a.⁴⁶.

L'art. 121 si riferisce ai casi in cui l'inefficacia sia conseguenza delle gravi violazioni ivi elencate, per cui il giudice che ha annullato l'aggiudicazione è chiamato a dichiarare l'inefficacia del corrispondente contratto, che può operare, a seconda del caso concreto, con effetti *ex nunc o ex tunc*. Il secondo comma dell'art. 121 lascia aperta la possibilità alla conservazione dell'efficacia del contratto quando ciò risponda a un interesse generale dotato di carattere imperativo. Il quinto comma, invece, introduce delle ipotesi – legate a comportamenti tenuti dalla stazione appaltante, capaci di dimostrare il rispetto dei principi di concorrenza e *par condicio* tra gli operatori – in cui non deve essere comminata la sanzione dell'inefficacia.

L'art. 122 delinea l'inefficacia del contratto in tutte le ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione per ragioni differenti da quelle elencate all'articolo precedente, affidando tale scelta alla discrezionalità del giudice, da effettuarsi bilanciando diversi fattori, quali l'interesse delle parti e l'effettiva possibilità per il concorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara e subentrare nel contratto.

⁴⁶ Per un'analisi dell'attuale disciplina si rimanda fra i molti a M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile"*, in www.federalismi.it, 2010, 7; V. LOPILATO, R. TUCCILLO, *Effetti delle decisioni giurisdizionali sul contratto*, cit., 852 ss., R. D'AGOSTINO, *Efficacia dell'annullamento ex tunc, ex nunc o a die crastino?*, in www.giustiziainsieme.it, 2021, che illustrano le teorie elaborate intorno al concetto di inefficacia a seguito del recepimento della normativa europea.

Dal quadro sinora tratteggiato, emerge con evidenza la flessibilità della disciplina e il notevole margine di discrezionalità lasciato in capo al giudice, espedienti necessari per garantire la tutela sia della libera concorrenza sia dell'interesse pubblico alla celere esecuzione dei contratti⁴⁷.

L'inefficacia si inserisce in questo progetto come la figura ideale a colpire il risultato della procedura di aggiudicazione dei contratti pubblici, dove i confini tra fase pubblicistica e fase privatistica appaiano tanto intricati che i caratteri della prima incidono e permangono inevitabilmente nella seconda⁴⁸. Questa, determinando l'improduttività di effetti del contratto, al fine di preservare un'esigenza esterna all'accordo negoziale, non fa altro che tutelare quegli interessi pubblici e privati che connotano l'evidenza pubblica e da cui il negozio giuridico è inevitabilmente pervaso.

Non sembra, invece, che la caducazione del contratto possa farsi dipendere dalla sua invalidità, poiché l'illegittimità dell'aggiudicazione non si riflette automaticamente sulla struttura del programma negoziale⁴⁹. L'invalidità, inoltre, mal si concilierebbe con le previsioni dettate dal codice del processo amministrativo, che lasciano al giudice, secondo le modalità sopra accennate, spazi di discrezionalità atti a calibrare l'operatività della sanzione della privazione di efficacia del contratto, a seconda delle differenti esigenze del caso concreto.

Tale ricostruzione si ritiene compatibile con la considerazione della procedura di aggiudicazione di un contratto pubblico come composta da due fasi non chirurgicamente distinte, ma capaci di fondersi l'una nell'altra – senza però confondersi – e si considera altresì conforme alla struttura della giurisdizione esclusiva, che, come noto, chiama il giudice amministrativo a occuparsi anche di

⁴⁷ È stato sostenuto che l'inefficacia, in questo caso, va intesa come «nozione complessa la cui operatività è subordinata all'evidenziarsi di interessi pubblici e privati e alla valutazione conclusiva del giudice che deve ponderarli sotto il profilo della proporzionalità delle scelte e dell'effettività della tutela che è chiamato ad assicurare. Un'inefficacia dai caratteri evidentemente più pubblicistici e comunitari rispetto alla caducazione generalizzata». E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit.

⁴⁸ Il contratto pubblico, come noto, si distingue da quello di diritto privato, oltre che per l'interesse pubblico che muove l'agire della p.a., in ragione della limitazione della libertà contrattuale della stazione appaltante, tenuta al rispetto dei rigidi meccanismi dell'evidenza pubblica. Sul legame tra aggiudicazione e contratto è stato osservato che «la manifestazione di volontà dell'amministrazione, quindi, è espressa con la scelta del contraente ed è doppiata, ai fini negoziali, con la stipulazione del contratto, per cui sussiste un rapporto di strettissima connessione ed, anzi, di presupposizione necessaria tra gli atti del procedimento ad evidenza pubblica volto all'individuazione del contraente, di cui l'aggiudicazione costituisce il provvedimento conclusivo, ed il contratto stipulato con il soggetto aggiudicatario». Cfr. R. CAPONIGRO, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, cit.

⁴⁹ Contrariamente a quanto ipotizzato in queste righe, autorevole dottrina ha ritenuto che l'espediente dell'inefficacia sia indicativo del rifiuto della dottrina e del Legislatore «di mettere in discussione i postulati ricevuti dalla tradizione», rifugiandosi «dietro il paravento agnostico dell'inefficacia» per evitare di dover indagare l'esatto stato patologico del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione. Cfr. P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto*, cit.

situazioni di diritto soggettivo, quando queste siano strettamente legate ad altre di interesse legittimo.

In definitiva, la categoria dell'inefficacia appare, in tale ipotesi, non solo la soluzione più pragmatica, ma anche quella più adatta a incidere i contratti pubblici, in ragione della sua sovrapponibilità strutturale nel diritto amministrativo e nel diritto privato, laddove, invece, l'invalidità – caratterizzata da una differente configurazione nell'ambito pubblicistico e in quello privatistico – mal si adatterebbe a dinamiche in cui l'esercizio di potere autoritativo e l'autonomia negoziale risultano saldamente connesse.

3. *L'inefficacia nel c.d. Decreto Semplificazioni*

Come accennato nel paragrafo introduttivo, è stato il d.lgs. n. 76/2020 a mettere nuovamente in luce la categoria giuridica dell'inefficacia⁵⁰. In questo caso la scelta della sanzione della privazione di effetti non è derivata dalla necessità di recepire una direttiva europea, ma è stata autonomamente adottata del Legislatore nazionale, forse condizionato dal pragmatismo che ha caratterizzato la sopra analizzata modifica alla disciplina delle sorti del contratto pubblico a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Non si può, infatti, non pensare che l'adozione della patologia dell'inefficacia in materia di appalti pubblici abbia saputo condizionare il modo di esprimersi del Legislatore, fornendo quantomeno un antecedente linguistico di ispirazione.

Il Decreto Semplificazioni è stato elaborato al fine di contribuire al superamento delle conseguenze negative sull'economia legate al blocco dell'intera società dovuto alla crisi pandemica da Covid-19, contesto in cui era fondamentale un approccio caratterizzato da profonda concretezza.

Il d.lgs. n. 76/2020 ha introdotto al suo titolo II delle significative modifiche alla legge sul procedimento e, in particolare, a taluni istituti di semplificazione dell'azione amministrativa. Più precisamente, come affermato nella relazione illustrativa al Decreto, tali interventi hanno lo scopo di «rendere effettivi alcuni

⁵⁰ Per un commento generale alle modifiche apportate alla disciplina sul procedimento dal Decreto Semplificazioni si rimanda a F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in www.federalismi.it, 2020; T. CHIACCHIO, *Il procedimento amministrativo dopo il c.d. decreto semplificazione*, in www.lexitalia.it, 2021; G. NOTARPIETRO, *Le modifiche al procedimento amministrativo introdotte dal dl semplificazioni*, in www.rivista.camminodiritto.it, 2021; A. MANZIONE, *Il tempo e la responsabilità della P.A. nella visione del legislatore all'epoca della pandemia*, in www.giustiziainsieme.it, 2021. Con specifico riferimento alla materia edilizia si veda V. CAVARRA, *Le misure generali per la ripresa post-pandemia del comparto edilizio: le innovazioni alla legge n. 241/1990 impattanti sul settore edilizia*, in *Prontuario di edilizia. La normativa per l'edilizia privata dopo la pandemia, tra sostenibilità, digitalizzazione e semplificazione*, a cura di M. RIZZO, Milano, 2021, 28 ss.

istituti e alcune finalità già insite nella legge, tenendo conto delle criticità emerse in fase applicativa, nonché a ridurre i tempi dei procedimenti».

Rilevante ai nostri fini è, come anticipato, l'introduzione all'art. 2 della l. n. 241/1990 del comma 8 *bis*, volto a dare certezza all'inerzia della p.a., negli specifici casi in cui il Legislatore ha attribuito a questa un determinato significato. Tale novità, più precisamente, incide sui seguenti istituti: sulla conferenza dei servizi, sul silenzio tra pp.aa., sul silenzio assenso di cui all'art. 20 della l. n. 241/1990 e, anche se in modo peculiare, sui poteri inibitori in materia di segnalazione certificata di inizio attività, c.d. SCIA.

Il nuovo comma 8 *bis* prevede, in tali ipotesi, che le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei diversi termini ivi previsti, siano prive di effetti.

Per una migliore chiarezza espositiva occorre distinguere le ipotesi di conferenza di servizi e silenzio assenso da quelle relative ai poteri inibitori in caso di SCIA, dal momento che queste presentano talune differenze strutturali non irrilevanti.

3.1. *L'inefficacia in caso di conferenza di servizi e silenzio assenso*

Il primo istituto cui il Decreto Semplificazioni fa riferimento è la conferenza di servizi⁵¹ e, più precisamente, il termine di conclusione della conferenza semplificata di cui all'art. 14 *bis*, l. n. 241/1990. Questo articolo, al comma 2, lettera c), prevede che le Amministrazioni partecipanti alla conferenza di servizi siano chiamate a rendere le proprie determinazioni nel termine perentorio di quarantacinque giorni o di novanta giorni in caso di Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili.

Ancora, è fatta menzione dell'art. 14 *ter*, comma 7, relativo alla determinazione motivata di conclusione della conferenza simultanea, all'esito dell'ultima riunione, da adottarsi sulla base delle posizioni prevalenti espresse dalle Amministrazioni partecipanti. Tale articolo precisa che dovrà intendersi acquisito senza condizioni l'assenso di quelle Amministrazioni che non abbiano partecipato alla conferenza o che non abbiano espresso un dissenso valido.

⁵¹ Per un approfondimento sull'istituto della conferenza di servizi si rimanda, ad esempio, a R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 653 ss.; G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 705 ss.; D. D'ORSOGNA, *La Conferenza di servizi*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2021, 235 ss.; G. VESPERINI, *La nuova conferenza di servizi*, in *Giur. dir. amm.*, 2016, 5, 578 ss.; F. SCALIA, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2016, 6, 625 ss.; S. BATTINI (a cura di), *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016; F. SCIARRETTA, *Nuove questioni in tema di Conferenza di Servizi*, *Foro amm. - C.d.S.*, 2012, 11, 3037 ss.; F. BASSANINI, L. CARBONE, *La conferenza di servizi. Il modello e i principi*, in *La nuova disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006; G.D. COMPORITI, *Conferenza di servizi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1220.

Il nuovo comma 8 *bis* stabilisce che le determinazioni giunte oltre i termini ivi indicati saranno improduttive di effetti.

Si tratta chiaramente di una novità che, come affermato dal Legislatore, mira a incentivare le Amministrazioni a rispettare i termini a queste imposti e a rendere così effettiva quella semplificazione cui l'istituto della conferenza di servizi è finalizzato.

L'inefficacia che colpisce l'eventuale atto tardivo si crede costituisca – così come si evince dalla lettera della legge oltre che dalla tradizionale ricostruzione della categoria dell'inefficacia da parte della dottrina amministrativista – una forma di inefficacia in senso stretto, svincolata dall'invalidità dello stesso, in risposta a un interesse esterno. Questo interesse è da identificarsi proprio con gli obiettivi del Decreto Semplificazioni, ovvero sia garantire la migliore tutela dell'interesse pubblico attraverso una maggiore certezza sulle conseguenze del mancato rispetto dei termini procedurali.

La medesima finalità è perseguita dal Legislatore con riferimento all'istituto del silenzio assenso⁵², sia nella sua forma generale prevista dall'art. 20 della l. n. 241/1990, sia in relazione al silenzio formatosi tra le pubbliche Amministrazioni, ai sensi dell'art. 17 *bis*. È proprio su questa figura – specialmente in relazione ai rapporti tra p.a. e privato – in considerazione della sua grande applicazione pratica, che la modifica legislativa inciderà maggiormente.

Come noto, l'istituto del silenzio assenso è stato introdotto allo scopo di incentivare l'Amministrazione al rispetto dei termini per la conclusione del procedimento, di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990. Il meccanismo operativo del silenzio assenso è basato su una finzione giuridica, grazie alla quale l'inerzia della p.a., protratta oltre il termine previsto per il rilascio di uno specifico provvedimento, è equiparata a un atto di assenso.

La dottrina ha riconosciuto le criticità insite in questo strumento procedurale, fortemente legate all'incertezza generata dalla mancanza di un pronunciamento esplicito da parte dell'Amministrazione. Era stato osservato, in particolare, che il silenzio assenso non risulta soddisfacente né per il privato né per la p.a. Il privato, infatti, da un lato, rimaneva in balia dell'Amministrazione, che poteva rimuovere il provvedimento tacito d'assenso attraverso l'esperimento degli strumenti di autotutela pubblicistica, ai sensi dell'art. 20, comma 3 della legge sul procedimento⁵³, dall'altro faticava a rendere spendibile il provvedimento così

⁵² Sul silenzio assenso si vedano, tra i tanti contributi, M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 968 ss.; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, *ivi*, 273 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il provvedimento in forma semplificata*, *ivi*, 301 ss.; S. COGLIANI, *Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del giudice amministrativo*, *ivi*, 309 ss.

⁵³ Va osservato, inoltre, che, secondo una interpretazione dottrinale, l'obbligo dell'Amministrazione di pronunciarsi in modo espresso non verrebbe meno nei casi di formazione del silenzio

ottenuto, finendo questo per divenire un ostacolo alla circolazione economica. Allo stesso tempo la pubblica Amministrazione si sarebbe privata dell'esercizio della propria attività discrezionale, omettendo quella cura dell'interesse pubblico di cui è garante.⁵⁴

Inoltre, il silenzio assenso generava – e genera tuttora – incertezze anche sul piano giurisprudenziale. Ci si domandava, infatti, se la completezza documentale della domanda fosse un requisito necessario alla formazione del provvedimento tacito⁵⁵. Parte rilevante della giurisprudenza riteneva che il silenzio non si perfezionasse con il semplice decorso del tempo, ma che richiedesse l'esame della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge per l'ottenimento del provvedimento richiesto⁵⁶.

È in questo precario quadro giuridico che si innesta la riforma dell'art. 2, comma 8 *bis* del codice del procedimento amministrativo. Colpendo con la sanzione dell'inefficacia i provvedimenti tardivi dell'Amministrazione, prodotti oltre i termini di formazione del silenzio assenso, si ottengono differenti risultati pratici: – si afferma la natura perentoria e non ordinatoria dei termini di conclusione dei procedimenti a istanza di parte⁵⁷;

significativo. Cfr. A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 601 ss.; F. FIGORILLI, M. RENNA, *Commento all'art. 2, in Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 105 ss.; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit. 285 ss.

⁵⁴ Cfr., *ex multis*, B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, 1995, 156; P. CARPENTIERI, *Il silenzio assenso nel sistema dell'art. 20, l. 7 agosto 1990 n. 241 e dei reg. governativi 26 aprile 1992 n. 300 e 9 maggio 1994 n. 407: un istituto ancora non adeguatamente disciplinato*, in *Foro amm.*, 9, 1997, 2585 ss.; V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro amm. – T.A.R.*, 7-8, 2006, 2798 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Silenzio assenso e «interesse pubblico all'annullamento – il commento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, 4, 409 ss.; M. OCCHIENA, F. SAIITA, *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2010, 5, 399.

⁵⁵ F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, cit. evidenziano che «la previsione dell'inefficacia degli atti adottati successivamente alla scadenza del termine ex art. 20 (per limitarsi al caso forse più importante), pur sottraendo all'amministrazione l'occasione di esprimersi tardivamente ("fuori tempo massimo"), non risolve (il problema della definitiva stabilizzazione dei rapporti, comunque minata dal potere di autotutela e) la questione dell'incertezza in cui versano gli interessati rispetto all'intervenuta formazione del silenzio produttivo dei medesimi effetti di un provvedimento di accoglimento. Da un lato, infatti, potrebbero esservi dubbi circa la sussistenza dei requisiti necessari affinché si formi il silenzio, richiedendosi, per ottenere una certezza definitiva, una decisione giurisdizionale; d'altro lato, il campo di applicazione del regime del silenzio-assenso resta non esattamente definito dall'ordinamento».

⁵⁶ Si rimanda, *ex multis*, alle considerazioni e ai riferimenti giurisprudenziali presentati da S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, 344 ss. e A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? Un'analisi della giurisprudenza*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 2021, 735 ss.

⁵⁷ La giurisprudenza del Consiglio di Stato era ferma nel ritenere la natura meramente

- si prova a rimuovere l'alone di incertezza sul provvedimento tacito, offrendo al privato una regola chiara – da adoperare anche di fronte ai terzi – con cui affermare il valore giuridico del silenzio assenso;
- viene gravata l'Amministrazione di una maggiore pressione a pronunciarsi entro i termini di legge.

Un altro vantaggio che la previsione dell'inefficacia sembra poter attribuire a questa ipotesi è la riduzione del contenzioso giurisdizionale. L'aver chiarito, senza margini di dubbio, che il provvedimento tardivo non produce *ex lege* alcun effetto, sembra possa evitare al privato di richiedere anche il solo accertamento della formazione del silenzio assenso.

È stato osservato, inoltre, che laddove un simile giudizio venisse instaurato, il giudice si dovrebbe limitare a una sorta di «certazione notarile» sull'effettivo superamento del tempo previsto per l'Amministrazione per provvedere⁵⁸.

Invero, la prima dottrina chiamata a interpretare l'introduzione di questa nuova forma di inefficacia pubblicistica non ha mostrato particolare entusiasmo, criticando sia la validità giuridica della qualificazione in termini di inefficacia dell'atto tardivo, sia svalutando la reale utilità pratica dell'intervento⁵⁹.

Come già avvenuto per l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, sono state offerte letture alternative in merito alla più idonea qualificazione giuridica da attribuirsi all'atto tardivo⁶⁰.

In proposito, è stato osservato che l'inefficacia non potrebbe qualificarsi come categoria dogmatica a sé stante, ma sarebbe sempre la conseguenza o dell'invalidità dell'atto o di particolari stati del provvedimento, quali la sospensione o la revoca. Secondo questa interpretazione, pertanto, il Legislatore avrebbe colposamente omesso di precisare l'antecedente logico capace di comportare la

ordinatoria dei termini di conclusione del procedimento, ove non diversamente previsto. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2008 n. 3215, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, 6, 1845 ss.; Id., 14 gennaio 2009, n.140, *ivi*, 2009, 1, 221 ss.; Cons. Stato, Sez. IV, 3 aprile 2009, n. 2110, *ivi*, 2009, 4, 950, per cui «il provvedimento tardivo promana da un potere esistente e non può considerarsi viziato solo perché intervenuto ultra termines».

⁵⁸ A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso*, cit.

⁵⁹ M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020; M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni) (note a margine di Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 1 luglio 2020, n. 7476 in www.giustiziasieme.it, 2020; S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento e "sorte" dell'atto tardivo*, cit., F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, cit. e M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, 1, 2022, 11 ss.*

⁶⁰ Cfr. M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, cit. e M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit.

privazione di effetti del provvedimento⁶¹. Partendo da questa considerazione, sono state prospettate diverse soluzioni per cui il provvedimento tardivo sarebbe annullabile o nullo.

Gli interpreti sembrano maggiormente orientati verso la tesi della nullità, poiché ritenuta l'unica in grado di giustificare l'improduttività di effetti *ab origine* e garantire al contempo una maggiore certezza per i privati⁶².

Tuttavia, chi scrive ritiene che nel caso di specie sarebbe preferibile valorizzare la figura dell'inefficacia come autonoma e indipendente rispetto all'invalidità, così come descritta dal Legislatore del Decreto Semplificazioni – guidato da intenti strettamente pragmatici – e, in ogni caso, conformemente alle storiche elaborazioni dottrinali riproposte all'incipit di tale contributo.

Si ritiene, cioè, che la patologia dell'inefficacia, così come ricostruita dalla pandettistica e recepita nel diritto amministrativo, sia una categoria a sé stante che, come più volte ricordato in questa sede, determina l'improduttività di effetti non per ragioni interne all'atto, ma allo scopo di rispondere a un interesse esterno. Nel caso di specie, questa forza capace di rendere *inutiliter datur* l'atto tardivo è determinata dal Legislatore nell'interesse a che la p.a. rispetti i termini procedurali a questa imposti, in un'ottica di semplificazione dell'azione amministrativa e di tutela dei rapporti economici.

D'altronde, che fosse preferibile il richiamo alla nullità dell'atto tardivo come presupposto dell'inefficacia non sembra trovare una reale giustificazione nemmeno nel maggiore grado di certezza che questa determinerebbe. Si ritiene, invece, che l'utilizzo del termine inefficacia sia di immediata e più facile comprensione per i privati. La norma, cioè, afferma con una chiarezza tale da non lasciare adito a dubbi, che l'eventuale atto dell'Amministrazione pervenuto oltre i termini di formazione del silenzio assenso non produce alcun effetto.

Si crede, piuttosto, che tale semplicità potrebbe evitare la presentazione di ricorsi giurisdizionali, se le Amministrazioni, ad esempio, indicassero con chiarezza – a partire dai loro siti internet istituzionali – che, oltre lo scadere del termine previsto per la conclusione dei procedimenti ad istanza di parte, questa non potrebbe più pronunciarsi, se non in autotutela, e che l'eventuale provvedimento tardivo non avrebbe alcuna forza vincolante per il privato. Diffondere, oltre che tra gli esperti del settore, la conoscenza di questa novità legislativa, appare un

⁶¹ La tesi dottrinale che nega l'autonomia alla categoria giuridica dell'inefficacia sembra oggi dominante, seppur in contrasto con gli approdi della storica dottrina amministrativista, derivante dalle elaborazioni della pandettistica, di cui si è fatto cenno nel primo paragrafo. Si veda, ad esempio, S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Il diritto dell'economia*, cit.

⁶² Per la tesi della nullità optano M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit.; M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire*, cit.; S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento e "sorte" dell'atto tardivo*, cit.; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, cit.

onere imprescindibile per la buona riuscita degli obiettivi di semplificazione. Questo sistema potrebbe costituire un reale sprone per le Amministrazioni a rispettare quei termini procedurali divenuti perentori per effetto della modifica legislativa.

In altre parole, il Legislatore, guidato da quello spirito puramente pragmatico che aveva animato anche il Legislatore europeo, pare abbia saputo – forse inconsapevolmente – dare nuova vita a una categoria giuridica, quale l'inefficacia, così confacente al diritto amministrativo, in virtù della sua duttilità e, soprattutto, della sua attitudine a fornire tutela a quegli interessi preminenti, individuati da questo di volta in volta.

3.2. *L'inefficacia degli atti inibitori tardivi in seguito alla presentazione della SCIA*

Più problematico è sicuramente apparso l'inserimento, accanto agli istituti sopra elencati, del riferimento agli atti inibitori, di cui all'art. 19, comma 3 della L. n. 241 del 1990, emanati tardivamente dalle pubbliche Amministrazioni, facendo però espressamente salva la possibilità di pronunciarsi in presenza dei presupposti richiesti per l'annullamento d'ufficio⁶³.

Va solo accennato in questa sede che la SCIA, diversamente dal silenzio assenso, non è assimilabile, per espressa ammissione dell'art. 19, comma 6 *ter*, a un provvedimento tacito di assenso. Si tratta, invece, come ormai unanimemente riconosciuto, di un atto del privato di c.d. liberalizzazione temperata. Temperata perché, benché il privato abbia la possibilità di dare inizio alla propria attività nel momento stesso della presentazione della segnalazione, in capo all'Amministrazione permane il potere di adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione e di rimozione di eventuali effetti dannosi, entro i limiti di 60 giorni, che si riducono a 30 in materia edilizia⁶⁴.

Il Decreto Semplificazioni, con riferimento alla SCIA, va a colpire proprio

⁶³ In tema di SCIA si rimanda, tra i molti contributi, a L. FOGLI, *La scia tra il processo di semplificazione e l'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione*, in *Azienditalia*, 2022, 3, 512; G. CONDINO, *La segnalazione certificata di inizio attività. Un'occasione mancata di rilancio: commento e analisi dell'attuale architettura dell'istituto*, in *Giustamm.it*, 2021, 5; F. SAVO AMODIO, *S.c.i.a. e tutela del terzo: la complessa ricerca di un equilibrio*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2020, 1, 14; C. LAMBERTI, *Segnalazione certificata di inizio attività SCIA – La SCIA tutela le attività economiche e non il terzo*, in *Giur. It.*, 2019, 4, 917; E. SCOTTI, *La segnalazione di inizio attività*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, 2016, 584 ss.; S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2016, 1-2, 141 ss.; E. BOSCOLO, *La S.C.I.A. dopo la legge Madia e i decreti attuativi*, in *Giur.it.*, 2016, 2802 ss.; W. GIULIETTI, N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, cit., 902 ss.

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, G. SCIULLO, *Modelli ricostruttivi di dia e tutela del controinteressato*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2007, 975 ss.; V. PARISIO, *Direttiva, Bolkestein, silenzio-assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P. 29 luglio 2011 n. 155*, in *Foro amm.- T.A.R.*, 2011, 2978 ss.; S.S. SCOCA, *Gli atti di autoamministrazione*, in *Giur. It.*, 2014, 7, 1787.

questi poteri inibitori, che non potranno essere esercitati efficacemente oltre i termini indicati, che, anche in questo caso, divengono perentori. In questo modo, il Legislatore ha voluto offrire risposta al bisogno, avvertito dai privati, di dare maggiore chiarezza agli istituti di semplificazione già presenti nel nostro ordinamento, in modo da non dover subire il peso dell'incertezza dovuto all'inazione della pubblica Amministrazione, avendo riguardo alla necessità di sbloccare l'economia.

Il punto critico di questa modifica è stato individuato nell'inciso «fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni». I primi interpreti, in particolare, si sono domandati se questo dovesse essere inteso come la possibilità per la p.a. di rimuovere in autotutela i provvedimenti inibitori tardivi da questa pronunciati, ritenuti *ex lege* inefficaci, ovvero come la riaffermazione di quanto già enunciato all'art. 19, comma 4 della legge sul procedimento, cioè del potere, scaduti i termini di 30-60 giorni, di adottare provvedimenti inibitori ove sussistano i requisiti per l'annullamento d'ufficio⁶⁵.

È stato sostenuto in proposito che la prima interpretazione sarebbe preferibile perché consentirebbe una lettura unitaria delle disposizioni sul silenzio assenso e la SCIA, ma porterebbe a svalutare l'autotutela, necessaria per il rispetto del principio di legalità⁶⁶.

Invero, si crede che le preoccupazioni espresse da autorevole dottrina potrebbero essere alleggerite se si ragionasse secondo quell'ottica strettamente pratica e meno attenta alla dogmatica adottata dal Legislatore. Optando, cioè, per la soluzione interpretativa più lineare e conforme alla lettera della legge, sembrerebbe che il Decreto Semplificazioni abbia voluto confermare la possibilità per la p.a. di adottare quei poteri inibitori entro il termine di 12 mesi, sussistendone l'interesse pubblico e ove sia riscontrata l'illegittimità dell'atto del privato, tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Del resto, non si vede perché il Legislatore avrebbe dovuto ammettere la rimozione in autotutela dell'atto tardivo, laddove questo risulta di per sé inefficace, andando ad aggravare l'azione dell'Amministrazione, senza ottenere reali benefici per il privato.

Se si rivalutasse la figura dell'inefficacia nella sua autonomia, valorizzando la sua chiarezza esplicativa e la sua portata semplificatoria, le modifiche legislative così ricordate potrebbero condurre a un reale miglioramento degli istituti procedurali da queste toccati.

Ancora, si crede sia possibile fornire una lettura unitaria dell'art. 2, comma 8

⁶⁵ Cfr. M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit.; M. NOTARPIETRO, *Le modifiche introdotte al procedimento amministrativo dal decreto semplificazioni*, cit.

⁶⁶ M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit.

bis, tenendo però in debita considerazione la differenza strutturale degli istituti a questo assoggettati. L'incidenza da un lato sugli atti emessi successivamente alla formazione del silenzio assenso, dall'altro sugli atti inibitori tardivi – entrambi comunque provvedimenti di primo grado – porta a sanzionare, in ogni caso, l'inefficienza della p.a., dando risposta all'interesse alla certezza e celerità dell'azione amministrativa. In ambedue le ipotesi permane la possibilità di esercitare i poteri in autotutela, precisando però che per il silenzio assenso si tratterà di veri e propri provvedimenti di secondo grado, nel caso della SCIA, invece, l'intervento della p.a. sarà di primo grado, perché si innesta su una precedente attività del privato.

D'altro canto, l'elasticità tipica della figura dell'inefficienza si presta ad abbracciare indifferentemente queste diverse tecniche di semplificazione.

3.3. *Le prime applicazioni giurisprudenziali*

Partendo dal presupposto che il diritto amministrativo è capace, forse meglio di ogni altra branca del sapere giuridico, di prendere forma e concretezza nelle aule giudiziarie, si crede fondamentale soffermarsi sul recepimento delle modifiche apportate dal Decreto Semplificazioni nella sua realtà applicativa. A distanza di oltre due anni dalla sua entrata in vigore, la casistica giurisprudenziale appare ancora piuttosto limitata, indice forse dell'effettiva chiarezza della normativa così introdotta e della sua idoneità – come auspicato – a ridurre il contenzioso giurisdizionale.

Di seguito verranno brevemente richiamate tre pronunce, incidenti su diversi istituti.

Una pronuncia che appare significativa è quella resa da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 26 marzo 2021, n. 3716⁶⁷, riguardante il caso più problematico della novella legislativa, cioè l'inefficienza dell'atto inibitorio tardivo, a seguito della presentazione della SCIA da parte di un privato.

Nel caso di specie, il ricorrente aveva domandato l'accertamento della nullità della determinazione dell'Amministrazione – o comunque l'annullamento della stessa – perché giunta oltre il termine di 30 giorni dalla presentazione della SCIA edilizia, non trattandosi di un provvedimento fondato sui presupposti dell'annullamento d'ufficio.

Il Collegio chiamato a pronunciarsi sulla questione ha, in prima battuta, preso atto delle innovazioni apportate all'istituto della SCIA, riconoscendone la *ratio* nella riduzione dei tempi procedurali e nella definizione delle conseguenze correlate all'inerzia dell'Amministrazione.

Il provvedimento inibitorio tardivo è stato, di conseguenza, ritenuto improduttivo di effetti, in deroga alla regola generale della natura ordinatoria dei

⁶⁷ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 26 marzo 2021, n. 3716 è consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

termini procedurali, sancendo l'illegittimità della determinazione così adottata dall'Amministrazione.

Il T.A.R. Roma ha confermato le perplessità avanzate dalla dottrina già richiamata sulla mancata indicazione da parte del Legislatore dell'antecedente logico capace di dare causa all'inefficacia⁶⁸, affermando però che, in mancanza di un riferimento espresso del Legislatore, l'inefficacia non può dirsi conseguenza della nullità dell'atto tardivo. Ha avuto modo, inoltre, di chiarire che in capo alla p.a. permane la possibilità di intervenire sulla base dei presupposti di cui all'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990, confermando, così che la consumazione del potere di provvedere alla scadenza del termine di 30/60 giorni non è assoluta.

La pronuncia in esame sembra aver saputo cogliere il pragmatismo della riforma, manifestando, tuttavia, alcune perplessità, riferibili, in special modo, al piano processuale. Nel caso di specie, infatti, il ricorrente ha esperito, alternativamente, l'azione di accertamento della nullità e quella di annullamento dell'atto tardivo. Il Collegio si è trovato nella posizione di dover escludere la prima azione, in mancanza di un appiglio testuale che avvalorasse la tesi della nullità, e di sancire, per converso, una generica illegittimità del provvedimento tardivo.

Il risultato pratico della sentenza risponde alle modifiche apportate dal Decreto Semplificazioni, confermando l'improduttività di effetti del provvedimento inibitorio tardivo, tuttavia, si ritiene che l'azione più idonea al caso di specie sarebbe stata quella di mero accertamento dell'inefficacia, in considerazione della pienezza della tutela giurisdizionale amministrativa, che può essere raggiunta attraverso l'azione ritenuta più adatta allo scopo⁶⁹, nonché dell'autonomia dell'inefficacia delineata dal Decreto Semplificazioni.

L'atto tardivo, infatti, come ampiamente ricordato non è da considerarsi strutturalmente invalido, ma diviene improduttivo di effetti in ragione della sua contrarietà a un interesse esterno, così come espressamente sancito dal Legislatore.

Ulteriore elemento significativo, capace di far risaltare la bontà della modifica legislativa, è la scelta da parte del Collegio di definire il giudizio all'esito dell'udienza cautelare, ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, in considerazione, oltre che della completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, dell'opportunità della sollecita decisione nel merito, vista la manifesta fondatezza del ricorso.

Sull'inefficacia del provvedimento emesso a seguito della formazione del

⁶⁸ «La previsione *ex lege* dell'inefficacia, tuttavia, è stata introdotta senza alcun riferimento al rapporto con eventuali altri vizi di validità dell'atto, con conseguenti problematiche interpretative correlate all'autonomia della categoria pur con la stretta interrelazione sussistente con i vizi di validità, trovando, su di un piano generale, l'inefficacia primariamente radice nei vizi tipici dell'atto amministrativo», *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr., *ex multis*, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2021, 127 ss., L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della costituzione*, in *Persona e Amministrazione*, 2018, 2, 237 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 436 ss.

silenzio assenso ai sensi dell'art. 20 della legge sul procedimento, di rilievo risulta la sentenza del T.A.R. Trieste, Sez. I, 13 aprile 2021, n. 121⁷⁰, avente ad oggetto il diniego di un permesso di costruire.

La citata pronuncia è significativa da un lato perché la stessa parte ricorrente ha presentato correttamente domanda di accertamento dell'inefficacia del provvedimento tardivo, e solo in subordine di annullamento, dall'altro perché, con grande semplicità e chiarezza, il Collegio ha recepito la novità legislativa.

Il T.A.R. Trieste, infatti, verificato il superamento dei termini previsti per la conclusione del procedimento, ha accolto il ricorso dichiarando l'inefficacia del provvedimento tardivo. Anche nel caso di specie, il Giudice ha ritenuto sussistessero i presupposti per la definizione del giudizio in sede cautelare, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., considerando le questioni di pronta e facile soluzione.

Il T.A.R. ha avuto modo di esplicitare il funzionamento del meccanismo di cui all'art. 2, comma 8 *bis* della L. n. 241 del 1990, affermando che tale norma «laddove sanziona esplicitamente con l'inefficacia il provvedimento eventualmente emesso una volta decorso il termine per provvedere e formatosi *per silentium* il provvedimento favorevole, lascia, per l'appunto, intuire che l'amministrazione precedente risulta deprivata, in via definitiva, del relativo potere, similmente a quanto accade nel caso di atti non rientranti nell'ordinaria amministrazione o non urgenti e indifferibili adottati dagli organi amministrativi in regime di proroga (cfr. art. 3 d.l. 16 maggio 1994, n. 293, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 15 luglio 1994, n. 444⁷¹), e può eventualmente agire solo in autotutela».

Di rilievo, infine, la scelta del giudice amministrativo di porre a carico dell'Amministrazione le spese di lite «nonostante la novità della questione», poiché l'iniziativa edilizia per cui il privato aveva presentato istanza «era da tempo conosciuta dal competente ufficio comunale».

Quanto emerso dalla pronuncia appena delineata porta a ritenere che la novità legislativa, così interpretata, sia in grado di apportare l'auspicata semplificazione e chiarificazione dell'istituto del silenzio assenso, superando le criticità dogmatiche giustamente rilevate dalla dottrina.

Questa pronuncia appare significativa anche perché sembra voler superare quell'interpretazione giurisprudenziale sopra richiamata, particolarmente diffusa in materia edilizia, per cui il silenzio assenso potrebbe formarsi solo in presenza di tutti i requisiti e presupposti previsti dalla legge, in mancanza dei quali la p.a. avrebbe sempre il potere di pronunciarsi in modo esplicito.

Lo strumento dell'inefficacia prescelto dal Legislatore assume così la dimensione di vero pungolo per la p.a. ad agire tempestivamente, caratterizzato dalla semplicità e rapidità dell'accertamento giurisdizionale.

⁷⁰ T.A.R. Trieste, Sez. I, 13 aprile 2021, n. 121 è consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷¹ L'articolo citato dal T.A.R. Trieste, peraltro, prevede la nullità degli atti adottati in sua violazione. In tale ipotesi, quindi, l'inefficacia derivava dalla invalidità stessa dell'atto.

Un'altra pronuncia di interesse riguarda, invece, la formazione del silenzio assenso tra Amministrazioni ai sensi dell'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, emessa dal T.A.R. Salerno⁷². Nel caso in esame, il Collegio ha riconosciuto l'inefficacia del parere tardivo rilasciato dalla Soprintendenza, cui il Comune di Salerno si era adeguato, rigettando la richiesta del privato di autorizzazione paesaggistica, necessaria per la definizione di un procedimento di condono edilizio.

Il ricorrente aveva espressamente domandato l'annullamento del parere della Soprintendenza e di ogni atto a questo consequenziale, affermando l'applicabilità dell'art. 2, comma 8 *bis* del Decreto Semplificazioni. Il T.A.R. ha accolto il ricorso, precisando che la domanda del privato era volta sostanzialmente all'accertamento della formazione in via tacita dell'assenso della Soprintendenza, ritenendo di poter soprassedere, data la relativa carenza di interesse, dal formale annullamento del parere, stante l'inefficacia dello stesso.

Anche con questa sentenza sembra che il T.A.R. Salerno abbia saputo cogliere al meglio la portata semplificatoria dell'intervento legislativo del 2020, per cui, una volta verificata la sua applicabilità *ratione temporis* al caso di specie, al Giudice spetta il solo compito di accertare la tardività dell'atto, la sua conseguente inefficacia e quindi l'avvenuta formazione del silenzio assenso, senza dover procedere all'annullamento dello stesso⁷³.

Per completezza, va sottolineato che, nonostante l'indubbia positività dell'intento del Legislatore, attraverso l'introduzione della soluzione dell'inefficacia dell'atto tardivo non appare del tutto risolto il problema dell'incertezza dell'azione amministrativa. Come dimostrano anche le sentenze richiamate, infatti, questa può essere definitivamente rimossa solo a seguito della decisione di un Giudice o dell'intervento della stessa p.a., mediante l'emanazione di un atto espresso.

Una soluzione a questo problema è stata offerta, prima, in materia edilizia, dallo stesso Decreto Semplificazioni, che ha modificato l'art. 20, comma 8 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001 n. 380, con riferimento al silenzio assenso formatosi sulla domanda di rilascio di un permesso di costruire. In questo caso è stato previsto che, su richiesta del soggetto interessato, venga compilata dallo sportello unico per l'edilizia «un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti»⁷⁴.

⁷² Si tratta di T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 14 ottobre 2021, n. 2152, consultabile in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷³ Questo indirizzo è stato confermato in ulteriori sentenze del T.A.R. Campania, come ad esempio, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 23 giugno 2021 n. 15423; Id, 3 novembre 2021, n. 2319, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷⁴ Per un approfondimento si rimanda, per esempio, a M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire*, cit.

Simile previsione è stata, poi, estesa, in via generale, all'istituto del silenzio assenso, di cui all'art. 20 della l. n. 241/1990, con l'introduzione del comma 2 *bis*, ad opera dell'art. 62, comma 1, del decreto legge 31 maggio 2021 n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021 n. 108⁷⁵, allo scopo di «consentire la piena operatività e il rafforzamento dell'efficacia del silenzio assenso⁷⁶». Il Decreto Semplificazioni *bis*, ha previsto, inoltre – risultando più innovativo del suo modello in materia edilizia – che in caso di richiesta infruttuosa dell'attestazione di formazione del silenzio assenso da parte della p.a., questa potrà essere sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del d.P.R. n. 445 del 2000⁷⁷.

Un solo cenno, in ultimo, va rivolto al tema del terzo controinteressato e, in particolare, a come l'introduzione del comma 8 *bis* all'art. 2 della l. n. 241/1990 possa influire negativamente sulla sua tutela, in considerazione del fatto che tale disciplina è stata costruita soprattutto a garanzia dell'istante. Il provvedimento tardivo emanato dalla p.a. e favorevole per il terzo, benché intrinsecamente inefficace, potrebbe, infatti, generare in questi un affidamento sulla correttezza dell'azione amministrativa, conducendolo, ad esempio, nel caso del silenzio assenso, a rinunciare alla proposizione di una tempestiva azione volta all'impugnazione del provvedimento tacito a lui sfavorevole. Non volendosi soffermare in questa sede su tale problematica, basti rilevare che sembrerebbe difficilmente ipotizzabile che il provvedimento tardivo possa ingenerare un affidamento incolpevole nel terzo, dal momento che è la sua semplice emanazione fuori termine a colpirlo con la sanzione dell'inefficacia⁷⁸. Invece, con riferimento alla SCIA, permane invariata l'annosa questione della tutela del terzo, che avrebbe forse potuto trovare, negli interventi legislativi sopra richiamati, un tentativo di risoluzione⁷⁹.

⁷⁵ Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», convertito con modificazioni dalla Legge 29 luglio 2021, n. 108.

⁷⁶ Come si legge nella relazione illustrativa al Decreto Semplificazioni *bis*.

⁷⁷ Sul punto, si rinvia alle considerazioni critiche offerte da M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit.

⁷⁸ Sull'affidamento del privato si rimanda, tra i contributi dottrinali più recenti, a S. PUDDU, *La tutela dell'affidamento del cittadino nel quadro delle trasformazioni del sistema amministrativo*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 5, 2021, 1767 ss.; G. SERRA, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita*, in *www.federalismi.it*, 2021; F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2018, 823 ss.

⁷⁹ Si ricorda, in proposito, che la nota pronuncia Corte costituzionale 13 marzo 2019, n. 45 aveva ritenuto auspicabile un intervento del legislatore «quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo di sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione e al conseguente effetto estintivo del potersi». Tra i moltissimi contributi sul tema si rimanda, a titolo esemplificativo, a F. LIGUORI, *La "parentesi amministrativa" della s.c.i.a. e le tutele del terzo*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 4, 2019, 281 ss.

4. *Riflessioni conclusive: verso una nozione elastica di inefficacia*

Le modifiche legislative sopra richiamate sono state in grado di dare nuova vita alla categoria dell'inefficacia pubblicistica. Questa, che sembra essere stata adottata più per spirito pragmatico che a seguito di un'attenta analisi dogmatica, si crede sia stata capace di adattarsi perfettamente – e forse inaspettatamente – alle esigenze cui il Legislatore voleva fornire risposta⁸⁰.

Nel caso dell'inefficacia dei contratti pubblici, in particolare, l'espedito della privazione di effetti è stato sfruttato dal Legislatore europeo, lontano da quella ricerca esegetica attraverso cui la dottrina e la giurisprudenza italiana avevano tentato di analizzare il problema, con l'intento di gettare luce in quel limbo esistente tra fase pubblicistica e fase privatistica nelle procedure di aggiudicazione. L'inefficacia diviene la sanzione con cui colpire il contratto scaturente da un'aggiudicazione invalida, allo scopo di tutelare uno dei principi fondamentali in materia di contratti pubblici, cioè la concorrenza. In questo caso l'inefficacia non deriva da un vizio strutturale del contratto, ma è autonoma, legata alla necessità di garantire il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, la cui violazione ha già determinato l'annullamento dell'aggiudicazione.

Grazie alla duttilità di questa categoria possono essere regolate le sue conseguenze a seconda delle esigenze del caso concreto. Come visto, gli artt. 120 e 121 c.p.a. concedono al giudice ampi poteri discrezionali, necessari per comparare i differenti interessi in gioco, potendo così stabilire la retroattività o meno, nonché la comminazione stessa dell'inefficacia.

L'intervento attuato sull'art. 2 della l. n. 241/1990 colpisce il cuore del diritto amministrativo, il procedimento, quello strumento attraverso cui il potere amministrativo può irradiarsi e prendere forma. Gli istituti interessati, come osservato, sono diversi, ma per tutti l'inefficacia che affligge l'atto tardivo costituisce il mezzo per rendere effettiva la semplificazione amministrativa di cui tali istituti sono interpreti, offrendo maggiore certezza ai rapporti tra pubblico e privato. Ciò è reso possibile, ancora una volta, dalla grande elasticità che caratterizza questa categoria.

L'inefficacia, inoltre, non comporta neanche in questi casi la rimozione di

⁸⁰ In conclusione sembra utile ricordare la pronuncia Cons. Stato., Ad. plen., 25 maggio 2021, n. 8, secondo cui *«gli atti adottati dal commissario “ad acta” dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, ovvero quelli che l'amministrazione abbia adottato dopo che il commissario ad acta abbia provveduto, sono da considerare inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse, a seconda dei casi, al giudice dell'ottemperanza o al giudice del giudizio sul silenzio»*. In questo caso è il giudice amministrativo ad adoperare la categoria giuridica dell'inefficacia, a ulteriore conferma di come questa stia assumendo una nuova importanza nel lessico del diritto pubblico. Per un commento alla citata sentenza, si rimanda a A. SCOGNAMIGLIO, *Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio della P.A. (nota ad Ad. Plen. 25 05 2021 n. 8)*, in www.giustiziaisieme.it, 2021.

specifici vizi strutturali, ma offre una tutela a interessi di carattere generale, di volta in volta identificati dal Legislatore. In particolare, è la risposta all'esigenza – costituzionalmente riconosciuta – di buon andamento della pubblica Amministrazione.

Anche questa modifica legislativa si avvale della categoria dell'inefficacia intesa come pienamente autonoma e indipendente. Tale soluzione si mostra particolarmente atta a ridurre o quanto meno semplificare il contenzioso giurisdizionale, in ragione dell'immediatezza e chiarezza illustrativa del suo meccanismo operativo e delle sue conseguenze. I primi risultati applicativi sembrano incoraggianti.

Presentare, l'una di seguito all'altra, queste modifiche legislative si crede possa far comprendere come – nonostante le grandi diversità in termini soprattutto di genesi dell'intervento, posizioni giuridiche soggettive coinvolte e obiettivi ricercati – l'inefficacia ivi contemplata presenti caratteri simili, che la rendono così adatta al diritto amministrativo, per le differenti ragioni già esposte.

L'inefficacia che emerge è una figura autonoma, indipendente da qualsivoglia forma di invalidità o presupposto, particolarmente duttile e carica di pragmatismo. Sembra sia stata data così forma a una nuova inefficacia pubblicistica, semplice e lineare, capace di superare i rigidi inquadramenti delle più tradizionali e utilizzate categorie dogmatiche, pur potendosi inserire perfettamente nel solco della ricostruzione esegetica che di questo istituto è stata delineata a partire dall'esperienza di diritto privato, costituendo una sua naturale evoluzione.