

Il provvedimento inefficace, *rectius* inutile nell'ambito del comma 8-bis dell'articolo 2 della Legge n. 241/1990.

di

Federico Giuseppe Russo, Procuratore dello Stato

Sommario: 1. Premessa. 2. Una lineatura sul vaso di cristallo: il nuovo comma 8 *bis* dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990. 3. Il ritorno dell'eroe. Il provvedimento inefficace, *rectius* inutile: l'impossibile riconduzione del comma 8-*bis* dell'articolo 2 della l. n. 241 del 1990 nell'ambito della invalidità. 4. Il ritorno dell'eroe. Il provvedimento inefficace, *rectius* inutile: un'aporia in tema di esecutività ed esecutorietà e il vuoto di tutela per il privato controinteressato. 5. Una postilla.

Abstract: *Il contributo volge lo sguardo sul nuovo comma 8 bis dell'art. 2 della l. 241 del 1990, introdotto dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, rappresentando alcune irriducibili implicazioni, di ordine generale, sul suo inquadramento dogmatico e sul suo rapporto con le predette categorie concettuali. In particolare, sulla scorta delle teoretiche della rilevanza giuridica e della autoritarietà del provvedimento amministrativo, si prospetterà la tesi della autonomia dogmatica del provvedimento tardivo rilevante, valido, ma 'inefficace', ovvero sia 'inutile' o 'inefficiente'. Conseguenzialmente, il lavoro evidenzierà la possibile aporia del provvedimento così formato con riferimento all'esecutività ed esecutorietà, rilevando prospettabili criticità di tutela del privato controinteressato. Infine, si fornirà una postilla di riflessione sulla possibilità di prospettare una lettura 'concreta', europea, di invalidità sulla base dell'insegnamento del Maestro Aldo Piras.*

1. Premessa

Forse al di là di quanto si aspetterebbe, le modifiche introdotte dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76 sulla legge generale del procedimento amministrativo hanno riaperto vecchie ferite dogmatiche e dottrinarie sulla esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo, solo apparentemente sopite dall'articolo 14 della Legge n. 15 del 2005. Specialmente attraverso la qualificazione *ope legis* del provvedimento amministrativo adottato tardivamente quale 'inefficace', il neo-sdoganato (se mi si può permettere la licenza poetica) comma 8-*bis* dell'articolo 2 della l. n. 241 del 1990 ha spalancato nuovamente le porte al dibattito sulla incidenza dogmatica delle categorie della efficacia, esecutività, esecutorietà e, non da ultimo, validità nel costruito legislativo sul provvedimento amministrativo (Cap. 2).

Seppur nell'ambito di un dibattito tutto da scoprire, la norma ha già portato alcuni autorevoli commentatori a porsi il quesito sulla sua più opportuna inquadratura dogmatico-legislativa, ponendola nel 'diaframma necessitato' della validità, tra nullità e annullabilità.¹ Ciò perché sarebbe frutto di una **complicazione** l'introduzione di "un atto che circola nel sistema amministrativo, valido, a cui però per via interpretativa non può essere riconosciuta la capacità di modificare alcunché"². In altri termini, la dichiarazione di inefficacia *ex lege data* di un provvedimento amministrativo tardivo non sarebbe supportabile, sia sul piano della sistematica che su quello della utilità giuridica in concreto, se non si presupponga una forma di invalidità.

¹ M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge 'Semplificazioni'*, in *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 *GIUSTIZIA INSIEME* www.giustiziasieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo.

² M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge 'Semplificazioni'*, in *Quaderni Costituzionali*, ut supra n. 1.

Nel tentativo di confutare tale asserzione si prefigge il presente contributo. Si dimostrerà come la previsione di un provvedimento inefficace *ex lege*, non appare un ossimoro giuridico, bensì una realtà dogmatica foriera di rilevanti conseguenze pratiche. Per mezzo delle teoretiche, mai tramontate, della rilevanza giuridica e della autoritarità, un provvedimento amministrativo potrà essere considerato rilevante, valido, ma anche legislativamente inefficace in quanto inutile (Cap. 3).

Senonché, per i precipui fini pratici della certezza delle situazioni giuridiche soggettive dei privati istanti, la declaratoria legislativa di inefficacia non appare *ex se* sufficiente. Come si avrà modo di rilevare, si prospetterà l'aporia sistemica della mancanza di un meccanismo di sospensione automatica dell'esecutività e della esecutorietà del provvedimento tardivo, asseritamente ritenuto inefficace. Inoltre, si evidenzierà l'ulteriore criticità nella mancata introduzione di rimedi legislativi a tutela del privato pretermesso, oltre a quelli, temporalmente limitati e non coerentemente ricostruiti, della autotutela amministrativa dell'annullamento d'ufficio (Cap. 4).

Infine, sulla scorta delle predette coordinate sistematiche, il contributo concluderà con alcune suggestioni di ordine teorico, raccogliendo la sfida posta dal Maestro Aldo Piras su una nuova lettura della invalidità del provvedimento amministrativo. In ragione della peculiarità del potere amministrativo rispetto alle dogmatiche del negozio giuridico, il contributo considererà la opportunità di rapportare la invalidità ai concreti connotati del rapporto procedimentale, anche al fine di avallare letture più sostanzialiste ed 'europeisticamente orientate' (cap. 5).

2. Una lineatura sul vaso di cristallo: il nuovo comma 8-bis dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990.

All'interno del quadro dogmatico delimitato dalle categorie di efficacia, esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo, efficacemente stigmatizzati a livello ordinamentale dagli articoli 21-ter³ e 21-quater⁴, trova un inaspettato intervento il comma 8-bis all'articolo 2 della l. n. 241 del 1990, recentemente introdotto dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76.

Con tale disposto il Legislatore ha inteso far chiarezza sulla ancora aperta questione della sorte del provvedimento amministrativo reso tardivamente della Pubblica Amministrazione, nelle ipotesi in cui la decorrenza del termine, solamente o unitamente ad altri presupposti sostanziali, consuma il potere amministrativo.

Esso recita 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 termini di cui agli articoli 14 bis, comma 2, lettera c), 17 bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14 ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis,*

³ L'art. 21-ter recita come segue: *“1. Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge. 2. Ai fini dell'esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato”*. L'articolo richiama la c.d. esecutorietà del provvedimento amministrativo, qualificabile come la capacità del provvedimento amministrativo di essere eseguito mediante l'imposizione di obblighi coercitivi. Per maggiori approfondimenti sul tema si rimanda a F.Luciani, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, 2010, Torino, Giappichelli Editore e F.Saitta, *Un abbozzo di codificazione per l'esecuzione amministrativa (Note a margine dell'art. 21-ter della nuova 241)*, in www.giustamm.it.

⁴ L'art. 21-quater statuisce che: *“1. I provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo. 2. L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze. La sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'articolo 21 novies”*. Il carattere della esecutività viene definito in dottrina quale *“la prerogativa dell'atto amministrativo di imporre la propria esecuzione, in autoesecuzione o con l'intervento dell'amministrazione”* in F.Luciani, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo, ut supra* n. 3).

primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21 novies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni”.

Come è stato accennato in premessa, l'intervento normativo uniforma sotto la sanzione della inefficacia 4 fattispecie fattuali, le quali sono distinguibili a seconda della rilevanza verso l'esterno del procedimento o, al contrario, verso l'interno dello stesso.

Con riferimento al primo gruppo si identificano le ipotesi indicate dagli articoli 19, commi 3 e 6-*bis*, primo periodo; 20, comma 1, ossia:

- a) i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti prodotti dalla stessa, resi oltre il termine di 60 giorni a seguito della presentazione di Segnalazione Certificata di Inizio Attività (S.C.I.A.) ai sensi dell'articolo 19, comma 3 e 4 della l. n. 241 del 1990;
- b) nei procedimenti a istanza di parte, i provvedimenti della Pubblica Amministrazione resi oltre i termini del procedimento nei casi in cui l'ordinamento dispone la formazione del c.d. silenzio assenso, ai sensi dell'articolo 20 comma 1.

In questi due casi, come è evincibile, la dichiarazione dell'inefficacia del provvedimento amministrativo si relaziona in rapporto a una fase procedimentale già conclusa e definita dal Legislatore con la formazione e/o la stabilizzazione di una situazione giuridica positiva in capo al privato.

Diversamente nei presupposti e negli effetti si inquadrano gli altri casi previsti dal comma in commento. Essi comportano la qualificazione della inefficacia in rapporto ad atti amministrativi endo-procedimentali (pareri, assensi, concerti, nulla osta, determinazioni comunque denominate) resi in contrasto con i meccanismi di semplificazione introdotti dal Legislatore nei procedimenti c.d. complessi:

- d) le determinazioni amministrative rese in conferenza di servizi simultanea o semplificata oltre i termini stabiliti dagli articoli 14-*bis*, comma 2 lettera c) e 14-*ter*, comma 2, in cui l'Amministrazione portatrice degli interessi sensibili e/o qualificati rende la propria determinazione al di là dei 45 giorni per interessi semplici e 90 giorni per interessi sensibili;
- e) gli atti amministrativi emessi in violazione del c.d. silenzio endo-procedimentale tra amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 17-*bis* della l. n. 241 del 1990, ovvero sia decorsi 30 giorni o 90 dal ricevimento dello schema di provvedimento.

Alla luce di una prima lettura critica, autorevoli commentatori hanno posto l'attenzione su alcuni profili problematici emergenti dal nuovo dettato normativo.

In primo luogo, la norma sembra non aver chiarito i rapporti tra la declaratoria dell'inefficacia *ex lege* con la eventuale invalidità del provvedimento o atto amministrativo adottato tardivamente. Sulla considerazione che *“nel nostro ordinamento, in termini di teoria generale, l'inefficacia essere una categoria dogmatica a sé stante, ma è configurabile unicamente come una conseguenza in termini di perdita della capacità di produrre effetti conseguente all'accertamento di una serie di cause di invalidità”*⁵, la critica si è soffermata nel tentativo di riconduzione della inefficacia all'interno delle categorie della nullità o della annullabilità del provvedimento amministrativo⁶.

Una seconda – e consequenziale – area di indagine si è iscritta nei rapporti tra la declaratoria di inefficacia e i poteri di autotutela dell'Amministrazione. Valorizzando l'inciso conclusivo alla norma del *“fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni”*, la critica si è dedicata nel prospettare due possibili letture antitetiche: l'una, estensiva, secondo cui i provvedimenti di secondo grado non appaiono contemplati nella declaratoria di inefficacia a prescindere dal termine di adozione, potendo essere esercitati comunque dalla Pubblica Amministrazione; l'altra, restrittiva, ove anche detti provvedimenti tardivi di secondo grado risultano

⁵ M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge 'Semplificazioni'*, ut supra n. 1.

⁶ M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge 'Semplificazioni'*, ut supra n. 1; 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, ut supra n. 1.*

essere inclusi nella declaratoria di inefficacia, lasciando residuare solo in capo alla P.A. il potere di annullamento d'ufficio al fine di eliminare l'incertezza giuridica determinata dal provvedimento tardivo⁷.

Come è evincibile, sotto le mentite spoglie della semplificazione, la norma pone questioni di ordine generale di peculiare eleganza dogmatica. La introduzione di una qualificazione giuridica *ex lege* di inefficacia di un provvedimento amministrativo, avulsa da una previa (necessitata?) enunciazione di un vizio di invalidità del provvedimento, ha spinto nuovamente la dottrina a confrontarsi sugli scenari della rilevanza giuridica e della imperatività, sui rapporti tra validità ed efficacia, sui vizi di nullità e sulla inesistenza del provvedimento.⁸

Pur nella consapevolezza delle perplessità suscettabili, si vuole offrire una alternativa visione della scelta legislativa sulla inefficacia *ex lege*. A differenza della considerazione (per certi versi condivisibile) secondo cui da un tentativo di semplificazione si produce un effetto di complicazione nel sistema, il presente contributo si propone di muovere da una più ampia prospettiva, intuuta dal Legislatore nella norma in commento.

Attraverso la declaratoria di inefficacia per i provvedimenti amministrativi tardivi, il Legislatore ha creato una lineatura nel vaso di cristallo della dogmatica del provvedimento amministrativo, facendo riemergere la fragilità delle ricostruzioni dottrinarie sulla necessaria equivalenza tra inefficacia e invalidità. Tale equivalenza, tuttavia, - sempre che la presente tesi sia ritenuta degna di qualche osservazione dal lettore -, non appare più sullo sfondo delle riflessioni del Legislatore. Secondo una ottica più sostanzialistica, a tratti europeisticamente orientata, il comma 8-bis guarda alla sostanza della consumazione del potere provocata dalla norma, una consumazione esplicitamente imposta dal Legislatore attraverso la declaratoria di inefficacia.

Ebbene, proprio al peculiare rapporto tra consumazione del potere pubblico, invalidità, inefficacia e inesecutività che nei capitoli successivi si prospetterà la tesi della esistenza di un provvedimento amministrativo rilevante, valido, ma legislativamente inefficace in quanto inutile.

3. Il ritorno dell'eroe. Il provvedimento inefficace, *rectius* inutile: l'impossibile riconduzione del comma 8-bis dell'articolo 2 della l. n. 241 del 1990 nell'ambito della invalidità.

Come si è avuto modo di vedere in premessa, sulla base della prospettazione dogmatica di relazione tra invalidità e inefficacia, secondo le parole di certa dottrina non può essere accettata la ricostruzione giuridica di un *“un atto che circola nel sistema amministrativo, valido, a cui però per via interpretativa non può essere riconosciuta la capacità di modificare alcunché”*⁹. Sulla stessa onda il recente contributo di altra dottrina, la quale, nella recente nota alle sentenze del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5034 del 13 agosto 2020 e T.A.R. Lazio, Sezione II-bis, n. 7476 del 1 luglio 2020, ha evidenziato che *“pur aderendo alla tesi dell'accezione 'autonoma' dell'inefficacia rispetto all'invalidità, si ritiene che la stessa inefficacia non possa affatto inquadrarsi come una condizione autonoma dell'atto in senso assoluto: essa, infatti, configura in ogni caso un effetto scaturente da 'altro', ovvero da alcune patologie (nullità, annullabilità) o stati (sospensione, revoca) del provvedimento”*. Conclude, infine, evidenziando *“la principale criticità della riforma in esame:*

⁷ M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge 'Semplificazioni'*, *ut supra* n. 1.

⁸ Gli articoli dottrinari di M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge 'Semplificazioni'* e 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, ut supra n. 1, fanno ampio uso del dibattito.*

⁹ M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge 'Semplificazioni'*, *ut supra* n. 1.

l'aver adoperato la categoria dell'inefficacia senza in alcun modo specificare quale sia – nel caso di specie – il prius logico di tale stato dell'atto"¹⁰.

Ovviamente, sulla base della premessa di ordine logico della ontologica correlazione tra invalidità e inefficacia, tra vizio dell'atto e conseguenza sul piano effettuale, non può che condividersi la preoccupazione esposta dai citati commentatori; nonché il conseguente tentativo di *reductio ad unitatem* delle ipotesi di inefficacia nell'alveo della invalidità. In tal senso, appare degna di rilievo la prospettazione compiuta da sui possibili tre scenari ricostruttivi del fenomeno, così individuati:

1) l'autonomia della dichiarazione di inefficacia *ex lege* del provvedimento amministrativo, pur mantenendo ferma la sua validità, la quale, tuttavia, non può essere accettata in virtù di un vantaggio solo apparente per il cittadino, il quale, seppur non più onerato dal dovere di impugnazione, *"difficilmente sarebbe 'propenso a ritenere non efficace un provvedimento espresso comunque validamente adottato' "*¹¹;

2) il provvedimento tardivo inefficace potrebbe inquadrarsi quale conseguenza della invalidità, *sub specie* dell'annullabilità, anche se tale opzione, commenta l'esimio Autore, *"deve essere scartata: se il provvedimento fosse annullabile, infatti, le conseguenze dell'inefficacia non potrebbero prodursi ex lege (come invece sancisce espressamente la norma), dovendo piuttosto discendere dall'eventuale annullamento dell'atto stesso (in sede giurisdizionale o in autotutela)"*¹²;

3) allora, il provvedimento amministrativo tardivo dovrebbe qualificarsi come invalido, *sub specie* nullo, nell'ambito di una nullità testuale non ben chiarita in ragione della infelice formulazione legislativa e giustificata dalla sopravvenuta carenza di potere¹³.

Alla prospettazione della nullità si richiama anche il contributo di M. Macchia, il quale si riferisce alla tesi della nullità testuale, seppur nella consapevolezza della criticità della tecnica di normazione adoperata dal Legislatore, la quale, nel comma 8 bis sconta un problema di volatilità delle disposizione con conseguenti incertezze applicative.¹⁴

In tale contesto, evidentemente più che aperto, di dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul corretto inquadramento della declaratoria di inefficacia, il presente contributo, si ribadisce, propone una diversa lettura del dato normativo.

Come si è detto, la tesi della nullità muove dalla premessa logica ed ontologica secondo cui la inefficacia del provvedimento amministrativo è bisognosa di un aggancio o nel mondo dei vizi del provvedimento (*ergo* nella invalidità) ovvero nella sussistenza di stato del provvedimento (sospensione o revoca o ancora eventuali condizioni risolutive dell'efficacia). Pertanto, ove si volesse condividere tale premessa logica, la soluzione proposta dagli citati Autori sarebbe oltremodo condivisibile. Infatti, la soluzione della nullità testuale sarebbe, agli occhi di chi scrive, l'unica possibile e accettabile, seppur nella consapevolezza delle forzature interpretative e semantiche date dall'assenza della locuzione 'nullità' o 'nullo' nel corpo della norma anche nella versione finale approvata dal Legislatore in sede di conversione.

¹⁰ 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, ut supra n. 1.*

¹¹ 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, ut supra n. 1, il quale richiama lo stesso scritto di M. Macchia.*

¹² 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, ut supra n. 1.*

¹³ 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, ut supra n. 1, il quale riaggancia la propria tesi della nullità rifacendosi alla giurisprudenza amministrativa della declaratoria del 'tamquam non esset' e in considerazione dei recenti approdi dogmatici apportati nello studi del provvedimento nullo da F. Luciani, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, ut supra n. 3.*

¹⁴ M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge 'Semplificazioni'*, ut supra n. 1, il quale richiama F. Carnelutti, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930.

I motivi che spingono gli Autori ad approdare sulla nullità testuale sono di chiara evidenza. Difatti, con riferimento alle ipotesi di nullità per assenza degli elementi essenziali del provvedimento di cui alla prima ipotesi dell'articolo 21-*septies* della l. n. 241 del 1990, essa non può essere configurabile con riferimento al *tempus* del provvedere. Come notato dalla giurisprudenza e dalla dottrina più attenta, non appare possibile una automatica trasposizione della teoria dei requisiti essenziali del negozio giuridico nel campo della nullità di diritto pubblico. Invero, sulla considerazione del perseguimento dell'interesse pubblico, con riferimento particolare alla funzione amministrativa, gli elementi indefettibili su cui far aderire la nullità in commento si inquadrerebbero nella mancanza di forma del provvedimento e del contenuto di esso.

Il *tempus*, così, non potrebbe rientrare nella forma in quanto presupposto della nullità si ascriverebbe nella assenza degli elementi formali tali per cui non sarebbe possibile cogliere la intellegibilità del dispositivo o, comunque, nei soli casi in cui il requisito formale sia espressamente richiesto dalla legge a pena di nullità¹⁵. Eguale discorso si prospetta per l'elemento della causa, intesa come perseguimento dell'interesse pubblico, correttamente rappresentata dalla dottrina più recente quale elemento afferente più alla funzione che alla struttura.¹⁶ Infine, con riferimento all'oggetto del provvedere, corre rilevare una possibile dicotomia di prospettazioni a seconda della accezione che la giurisprudenza si prefigga di attribuire al medesimo *tempus*.

Invero, ove si aderisse a una lettura pancivilistica dell'oggetto, si potrebbe ipoteticamente considerare ascrivibile a tale ipotesi di nullità la violazione del termine perentorio da parte della P.A. relativamente ad alcune ipotesi di inefficacia infra-procedimentale.

In particolare, secondo una lettura promossa da alcuni commentatori ed avvalorata da un non poco recente caso del Consiglio di Stato, la nullità per carenza dell'elemento essenziale si profilerebbe a seguito della decorrenza del termine perentorio. Tuttavia, occorre rilevare le caratteristiche del caso giurisprudenziale da cui è originato l'indirizzo pretorio.

Chiamato a valutare una situazione paradossale di sussistenza di due segretari comunali presso il medesimo ente locale, il Supremo Consesso ha evidenziato la nullità della nomina del segretario comunale più recente, in quanto l'Agenzia Autonoma per la gestione dell'Albo dei Segretari non avrebbe potuto indicare al Presidente un nuovo nome in virtù della "*preminente considerazione della sicura inefficacia di qualunque nomina disposta dopo lo spirare dei 120 giorni di cui all'articolo 99 del T.u.e.l.*"¹⁷.

Ebbene, una tale chiave di lettura, ove sempre si volesse aderire, riposa nella qualificazione della nullità dell'oggetto del provvedere nella incompatibilità logica e giuridica tra due opposte determinazioni: da una parte la conferma del precedente segretario decorso i termini dei 120 giorni, definita *ex lege*; dall'altra, la nuova nomina sulla base dell'indicazione di un potere precluso automaticamente, in quanto vincolato in tutti i suoi elementi. In questo modo, e soltanto secondo dette considerazioni, la nullità strutturale è stata riconosciuta (ed è anche riconoscibile), in quanto l'interesse pubblico al buon andamento della macchina amministrativa non può sostenere la persistenza di due segretari per la medesima carica. Il potere di nomina, in altri termini, si sarebbe automaticamente consumato una volta decorso il termine, **ciò in quanto in questo caso è lo stesso tempus ad assumere e a riflettere l'interesse pubblico al buon andamento.** Per cui ove l'accezione del *tempus* a provvedere si identifichi con l'interesse pubblico, la sua violazione potrebbe essere ascritta alla nullità strutturale in commento.

Nei casi di cui al comma 8-*bis* tale *modus operandi* potrebbe essere, invero, inquadrabile, seppur astrattamente, ad alcune situazioni di atti endo-procedimentali adottati tardivamente, sempre nella misura in cui: a) l'interesse pubblico si incorpori proprio nel *tempus*; b) il potere dipendente dallo stesso sia del tutto vincolato in considerazione degli altri presupposti, escluso il tempo.

¹⁵ F. Caringella, *Manuale Ragionato di diritto amministrativo*, 2019, Dike giuridica e R. Garofoli – G. Ferrari, *Manuale di Diritto Amministrativo*, VIII ed., 2015, Nel Diritto editore.

¹⁶ F. Caringella, *Manuale Ragionato di diritto amministrativo*, *ut supra* n. 16.

¹⁷ Cons. Stato, sez. V, sent. n. 4694 del 31 luglio 2006.

Senonché, anche la predetta prospettazione potrebbe ritenersi minoritaria alla luce del significato attribuito al concetto di oggetto dei provvedimenti dal Consiglio di Stato nella successiva elaborazione giurisprudenziale. Infatti, la giurisprudenza ha avuto il pregio di sovrapporre l'oggetto con l'interesse pubblico. Il difetto totale di oggetto si verificherebbe nella ipotesi, propriamente di scuola, in cui manchi completamente l'interesse pubblico sotteso al provvedimento. Essendo configurabile l'oggetto nell'interesse pubblico normato, *rectius* nell'estrinsecazione in concreto dell'interesse pubblico, allora, secondo detta giurisprudenza, ogni elemento patologico sarebbe da individuarsi nel tradizionale vizio di eccesso di potere.¹⁸

Pertanto, nella configurazione ora assunta della nullità per violazione degli elementi essenziali del provvedimento, tesa sempre più a limitarne l'ambito applicativo a favore o della annullabilità o della inesistenza, la soluzione della nullità testuale appare essere la più congeniale.

Analoghi ragionamenti possono muoversi anche in rapporto al caso della nullità per difetto di attribuzione. Nella consapevolezza di una diatriba dottrina e giurisprudenziale lungi dal ritenersi conclusa, la tesi attualmente prevalente in giurisprudenza vede comprendere nel 'difetto di attribuzione' le ipotesi della incompetenza assoluta (difetto di attribuzione in senso stretto) e della c.d. carenza di potere in astratto. In particolare, tale carenza è ravvisabile nelle fattispecie in cui la Pubblica Amministrazione assuma di esercitare un potere che non le era mai stato attribuito in precedenza, non potendo così detto potere in alcun modo comportare un effetto di degradazione (affievolimento) della situazione giuridica del privato¹⁹.

Come è stato notato, la questione della qualificazione della carenza di potere in astratto e il difetto di attribuzione si innesta nel più ampio e complesso dibattito giurisprudenziale sui confini della giurisdizione del Giudice Ordinario dinanzi alle molteplici ipotesi di carenza di potere. Prima, infatti, che il Legislatore positivizzasse la categoria del difetto di attribuzione, i Giudici di Palazzo di Spada e gli Ermellini della Suprema Corte si sono ampiamente confrontati sui confini della carenza di potere, distinguendo due ipotesi patologiche del potere amministrativo: a) la carenza di potere in astratto; b) la carenza di potere in concreto.

In particolare, se la carenza di potere in astratto si consolidava intorno alla prospettata ipotesi di carenza della norma attributiva del potere²⁰, ancora divergenti sono apparsi i profili in ordine alla figura della c.d. carenza di potere in concreto.

Giova notare come la categoria della c.d. carenza di potere in concreto è stata elaborata dalla Suprema Corte al fine di estendere la *cognitio* del Giudice Ordinario anche in rapporto a situazioni in cui, pur sussistendo una norma attributiva del potere, in concreto il potere amministrativo è stato esercitato in assenza dei suoi presupposti e condizioni.²¹ In particolare, la Cassazione annovera tra le ipotesi di carenza di potere quella della consumazione del potere ablatorio *sub specie* espropriativo discendente dal superamento del termine finale di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità²².

In tal caso, impiegando le parole dell'illustre F. Luciani, "*in realtà questa vicenda non modifica la corrispondenza tra inesistenza dell'atto e sua incapacità di affievolire situazioni di diritto; semplicemente la estende ad ipotesi in cui tale capacità di affievolimento sarebbe astrattamente prospettabile in capo all'amministrazione, salvo dimostrazione che nella fattispecie concreta questa capacità derogatoria si è consumata per il verificarsi di una circostanza di fatto, come ad esempio il superamento di un termine finale, oltre il quale il diritto astrattamente fievole si consolida in un diritto perfetto*"²³.

Come è noto, la carenza di potere in concreto è stata osteggiata dal Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa, il quale, nella celebre sentenza della Adunanza Plenaria n. 4 del 26 marzo 2003, sottolinea come le ipotesi di carenza di potere in concreto attagliano più che altro alle modalità di

¹⁸ Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 1957 del 4 aprile 2012.

¹⁹ F. Luciani, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo, ut supra* n. 3.

²⁰ Es. Cassazione, Sez. Un., sent. n. 5803 del 11 giugno 1998 e Ad. Plen. sent. n. 4 del 26 marzo 2003.

²¹ R. Garofoli – G. Ferrari, *Manuale di Diritto Amministrativo, ut supra* n. 16, pag. 1211.

²² Cassazione, Sez. Un. sent. n. 1550 del 2 marzo 1983.

²³ F. Luciani, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo, ut supra* n. 3, pag. 106.

esercizio di un potere attribuito, rappresentando ipotesi di cattivo uso del potere. La carenza di potere, per assurgere a circostanza di nullità, deve seguire una verifica in astratto “*vale a dire mediante criteri che debbono essere il più possibile semplificati e che tengano conto della portata della legge, cioè della sussumibilità al tipo di atto da essa previsto*”, i.e. alla sola carenza di potere in astratto, in quanto “*una volta verificato che il potere è stato attribuito e che il provvedimento ne è espressione, ogni eventuale violazione di regole dell’ordinamento costituisce violazione di legge, la quale, come è noto, unitamente alla incompetenza relativa, costituisce un vizio di legittimità dell’atto autoritativo*”²⁴.

Il percorso critico della giurisprudenza amministrativa ho trovato, come si è detto, ampio riscontro nella ermeneusi del vizio di nullità per difetto di attribuzione di cui all’articolo 21-*septies*, ove le diverse letture dell’articolo in dottrina e in giurisprudenza sono concordi nel ritenere espulsa dal sistema delle nullità la categoria della carenza di potere in concreto²⁵.

Se, dunque, la nullità per difetto di attribuzione si identifica con la carenza di potere in astratto nel senso sopra specificato, la soluzione della nullità testuale indicata dagli autorevoli commentatori per le ipotesi indicate di provvedimento amministrativo tardivo di cui all’articolo 2, comma 8-*bis* appare giocoforza l’unica percorribile.

Difatti, in tutte le circostanze fattuali e giuridiche indicate nella legge, il potere esercitato dalla Pubblica Amministrazione è sicuramente attribuito, nel senso che esso trova saldo fondamento in un preciso complesso normativo di legislazione speciale. Non si potrebbe, infatti, arrivare ad affermare una tale forma di nullità per il sol fatto della consumazione del potere a seguito del decorso del tempo. Del resto, come si avrà modo di valutare *infra*, in alcune delle fattispecie illustrate nelle norma potrebbe porsi più di qualche dubbio in ordine alla asserita consumazione del potere e alla conseguente declaratoria di inefficacia.

Tantomeno appare prospettabile l’*extrema ratio* della inesistenza del provvedimento amministrativo. Senza voler approfondire il più che secolare dibattito sulla astratta configurabilità della situazione patologica della inesistenza del provvedimento amministrativo, così come sviluppata dalle celebri teorie causalistica²⁶ e realistica²⁷, l’odierna ricostruzione giuridica della inesistenza si configura nella c.d. ‘*inqualificazione della fattispecie*’, ovvero sia nella impossibilità di ricondurre la fattispecie fattuale nello schema giuridico astratto posto dal Legislatore²⁸. Conseguentemente, già da detta ricostruzione, la inesistenza, seppur da alcuni commentatori utilizzata per includere anche le ipotesi di carenza di potere in astratto²⁹, non può in alcun modo delinearsi a casi di emissione di provvedimento amministrativo tardivo, in virtù della evidente situazione ontologica di rilevanza del potere e qualificazione del fatto concreto nel modello legislativo.

Si ribadisce, l’elemento distintivo dei casi di cui al comma 8-*bis* in commento è la consumazione del potere amministrativo per volontà del Legislatore, non configurandosi in concreto alcuna situazione di irrilevanza né di assenza di norma attributiva né infine di carenza degli elementi essenziali. Inoltre, come correttamente adombrato da certa dottrina, la sanzione della invalidità nella forma dell’annullabilità per eccesso di potere non è definibile sulla base anche della struttura della norma³⁰. Alla luce di ciò, i percorsi ermeneutici non potevano che muoversi per rime obbligate: o si ricostruisce la norma sulla base della opzione della nullità testuale oppure si afferma la possibilità giuridica del provvedimento amministrativo tardivo, valido, ma inefficace.

Ebbene, il seguente lavoro reputa più opportuno seguire la seconda opzione. A parte gli aspetti di coerenza dogmatica di cui si adombrerà nella seguente sezione, l’autonomia della ‘sanzione giuridica’

²⁴ Ad. Plen. sent. n. 4 del 26 marzo 2003.

²⁵ Per una ricostruzione del dibattito R. Garofoli – G. Ferrari, *Manuale di Diritto Amministrativo*, ut supra n. 16, pagg. 1212-1216.

²⁶ Si cita quale precursore T. Ascarelli, *Inesistenza e nullità*, in *Problemi giuridici*, tomo I, 159, Milano;

²⁷ Si veda A. Falzea, (voce) *Efficacia giuridica*, in Enc. Dir., XIV, Milano 1965. Sulla rilevanza della tesi realista se ne parlerà in dettaglio *infra*.

²⁸ Vedasi per il dibattito R. Garofoli – G. Ferrari, *Manuale di Diritto Amministrativo*, ut supra n. 16, pagg. 1199- 1207.

²⁹ F. Caringella, *Manuale Ragionato di diritto amministrativo*, ut supra n. 16, pagg. 1001-1002.

³⁰ Vedi nota prima.

della inefficacia rispetto alla validità appare confacente con il predetto sistema legislativo sulle invalidità, il quale poggia sul principio di legalità³¹. Solo la legalità può ‘giustificare’ e ‘rapportare’ la deviazione del potere in concreto rispetto all’interesse pubblico perseguito. Ed è sempre la legalità che può individuare le tipologie di sanzioni cui il potere pubblico ‘deviato’ è tenuto a rispondere. In altri e più chiari termini, è la legalità nella sua accezione della tipicità a individuare la tipologia di sanzione e il suo regime di applicazione. Con la conseguenza che la legalità/tipicità delle ipotesi di invalidità, non può accettare forme di nullità testuali costruite per via ermeneutica, seppur egregiamente ricostruite e motivate.

Del resto, come hanno sempre rilevato illustri Maestri, nel diritto amministrativo il regime della invalidità giuridica (e i suoi rapporti con l’inefficacia) è nella piena disponibilità del Legislatore e non soggetto alla tirannide delle categorie logico-formali.³²

Pertanto, seppur difficilmente ‘commestibile’ dall’odierno sistema, non appaiono dubbi per cui il comma 8-*bis* dell’articolo 2 abbia introdotto la sola sanzione della inefficacia per i casi di devianza del potere amministrativo ivi disciplinati.

Né, come si avrà modo di rilevare nella successiva sezione, tale sanzione appare un ossimoro giuridico, uno scherzo frutto di una tecnica di redazione normativa non coerente. Essa risponde, invece, alla *quaestio* della sorte del provvedimento di fronte a specifiche ipotesi di consumazione del potere amministrativo, connotate da un peculiare rapporto di limitazione della sfera di azione di alcuni poteri amministrativi da altri poteri amministrativi.

Ergo, una limitazione che non porta seco i temi della rilevanza giuridica (inesistenza), della assenza della norma attributiva del potere (nullità), della mancanza degli elementi essenziali (nullità) o ancora anche del cattivo uso del potere attribuito (annullabilità), bensì inquadrabile sul piano giuridico e meta-giuridico della imperatività. Come si avrà modo di spiegare, raccogliendo la incredibile intuizione dell’illustre Maestro M.S. Giannini, dietro le ‘mentite spoglie’ della inefficacia si cela la sanzione della ‘inutilità del provvedimento’, ovvero una situazione in cui il potere amministrativo è stato inutilmente esercitato e pertanto non può produrre i suoi effetti in quanto pecca di imperatività. Al pari di Edipo, mendico e cieco, che, rifugiatosi ad Atene dal re Teseo, ritorna a determinare i destini della sua Tebe con il suo volere, anche nel caso dell’inefficacia del provvedimento tardivo l’imperatività del potere pubblico torna a disegnare i rapporti con il potere pubblico e il privato destinatario.

4. Il ritorno dell’eroe. Il provvedimento inefficace, *rectius* inutile: la teoretica della rilevanza e della autoritarità del provvedimento amministrativo al vaglio delle novità legislative, l’aporia in tema di esecutività ed esecutorietà e il vuoto di tutela per il privato controinteressato.

Oltre che alle predette esigenze sistematiche, la tesi dell’inefficacia del provvedimento amministrativo tardivo sembra trovare ragionevole fondamento nelle celebri teoretiche della rilevanza giuridica e della autoritarità del provvedimento amministrativo.

Sulla scorta delle intuizioni fornite dalla dottrina tedesca di Otto Mayer secondo cui il provvedimento amministrativo era ‘*la pronuncia autoritativa di pertinenza dell’amministrazione, determinativa nel caso singolo per l’amministrato di ciò che per lui dev’essere conforme a diritto*’,³³ la celebre dottrina c.d. realista inaugurata da M.S. Giannini ha definito il provvedimento amministrativo come ‘*momento*

³¹ Sulla scorta anche di attenta dottrina civilistica³¹, il mito della inefficacia ed inesecutività dell’atto nullo appare fuorviante, in quanto l’atto nullo non impedisce né le c.d. esecuzioni spontanee né la produzione dei suoi effetti giuridici di carattere giuridico né, infine, la sua esecutorietà, come suggerito da A. Di Majo, *La nullità*, in *Trattato di diritto privato* (diretto a cura di M. Bessone), VII, 2002, Giappichelli. Tale discorso vale, a maggior ragione, nei confronti del provvedimento amministrativo nullo, connotato dalla categoria della rilevanza, la quale “*ha la forza necessaria per scindere il profilo dell’efficacia da quello dell’esecuzione*” come efficacemente descritto da F. Luciani nel testo citato.

³² M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa* in *Riv. dir. proc.*, 1963, 536 ss.; A. Piras, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 599; A. Romano Tassone, *Sull’autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1991, 89.

³³ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I3, Munchen, 1924.

dell'autorità', luogo in cui 'si puntualizzano, nel caso concreto, i rapporti autorità-libertà'³⁴. L'elemento della autoritarrietà (o anche imperatività) assurge al *quid proprium* del provvedimento amministrativo, in quanto con il potere amministrativo la Pubblica Amministrazione ha a disposizione uno strumento di sua esclusiva pertinenza l'utilizzo del quale è idoneo a incidere la altrui sfera di libertà.

Sul tema della nozione di imperatività si sono rilevate voci leggermente discordanti, tra chi la inquadra nella capacità di incidere la sfera giuridica altrui comportandone una modificazione e/o affievolimento della situazione giuridica soggettiva delineata (da cui discendono le caratteristiche della degradazione, esecutività e inoppugnabilità), adombrata dall'illustre Maestro M.S. Giannini³⁵, e chi, invece, pone la autoritarrietà in stretta connessione con la fase precedente della rilevanza della fattispecie.

In particolare, seguendo le indicazioni civilistiche conferite dal celebre scritto dello Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, l'illustre Maestro Aldo Piras introduce la distinzione tra rilevanza, autoritarrietà, validità ed efficacia del provvedimento amministrativo. Le seguenti parole sono indicative del complesso (ma al tempo stesso intuitivo) costruito giuridico elaborato dall'esimio professore:

<<Come è facile intuire, questo ulteriore carattere differenziale della specifica rilevanza giuridica del provvedimento amministrativo è costituito dalla stessa imperatività o autorità dell'atto; questa non va dunque definita in rapporto al momento dell'efficacia del provvedimento stesso, e tanto meno in relazione al fenomeno della c.d. degradazione od affievolimento del diritto – che rappresenta, ovviamente, un aspetto solamente eventuale di detta imperatività, in quanto riguarda l'ipotesi in cui l'atto amministrativo si trovi ad aver di fronte un diritto soggettivo – ma esclusivamente rispetto al momento della rilevanza giuridica stessa del provvedimento (38). Il che significa, come deve riuscire evidente, che l'autorità del provvedimento non è altro se non la particolare condizione giuridica di cui gode questo tipo di atto, a cui l'ordinamento – in deroga ai principi che reggono il momento dell'efficacia degli atti di diritto privato – riconosce l'attitudine ad esplicare la sua funzione pratica sin dal momento ed alle sole condizioni per cui si riveli giuridicamente esistente come tale (39)>>³⁶.

In tale contesto dogmatico l'elemento dell'imperatività si è, quindi, intrecciato con la stessa rilevanza del provvedimento amministrativo, assurgendo quale elemento di differenziazione rispetto ad altri fenomeni del mondo giuridico.

Chiamato a dare una definizione di rilevanza giuridica, il Maestro Aldo Piras pone l'accento sulla imputabilità dell'atto all'autorità pubblica, allo Stato, così da definire come **“i criteri, in base a cui solo si può giudicare dell'esistenza di un provvedimento amministrativo, è quella stessa che fissa sotto quali condizioni un tale atto può essere imputato allo Stato, definendone così insieme la relativa fattispecie o figura legale”**³⁷.

In altri termini, i rapporti di rilevanza ed imperatività conati dall'autore si pongono secondo uno schema di causa-effetto già a livello ontologico. Configurandosi la rilevanza nell'imputabilità dell'atto allo Stato, *i.e.* nel peculiare criterio di individuazione delle fattispecie giuridiche che si realizza per mezzo della legge, la imperatività si pone come il logico e consequenziale effetto scaturente dalla stessa, di un fatto rilevante perché identificato dalla legge. Il seguente passaggio esplica l'essenza del rapporto tra i due elementi:

<<A nessuno sarà sfuggito, difatti, che, seppure in qualche luogo della presente indagine, facendo applicazione dell'ordine di idee qui difeso al provvedimento amministrativo, si è detto che la

³⁴ M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, Enc. Dir., IV, 1959.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ A. Piras, *Interesse Legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, Giuffrè 1962, pag. 386-389. Teoretica ripresa da F. Luciani.

³⁷ A. Piras, *Interesse Legittimo e giudizio amministrativo*, *ut supra* n. 36, pag. 382.

peculiare autorità, che l'ordinamento riconosce a quest'atto, e che si denomina imperatività, appare legata alla sola condizione che l'atto sia esistente e, perciò, giuridicamente rilevante come tale, non anche a quella che sia efficace, l'affermazione va intesa in un senso particolare: non va cioè intesa nel senso che l'autorità o imperatività facciano un tutt'uno, ossia si identifichino con il concetto stesso della rilevanza del provvedimento; la verità è infatti che l'imperatività, appunto perché è invece un effetto, si distingue in modo ben netto dalla rilevanza del provvedimento, ma, nonostante questo, cioè sebbene sia un effetto, non si riporta tuttavia al momento dell'efficacia dell'atto stesso; il che val quanto dire che sorge indipendentemente dal fatto che il provvedimento medesimo sia anche efficace>>>³⁸.

Essendo, quindi, effetto tipico della rilevanza giuridica, dalla stessa discendente ma autonoma, si può bene comprendere come il Legislatore possa anche incidere su tale legame scindendolo. In altri termini, possa prevedere che, per circostanze collegate a specifiche condizioni giuridiche, un provvedimento amministrativo sia privato della direttamente della imperatività.

Ebbene, la enunciazione di tale cesura si appresta perfettamente nei casi della declaratoria di inefficacia di cui all'articolo 2, comma 8-*bis* della l. n. 241 del 1990, per una motivazione tanto semplice quanto intuitiva: **la consumazione del potere amministrativo esercitato da parte di altro potere amministrativo.**

Invero, il fenomeno della consumazione del potere è elemento di recente attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, sulla cui base si sconfessa il dogma della inesauribilità del potere amministrativo. Introdotto dal Santi Romano, il dogma qualifica il potere amministrativo, al pari di altri poteri pubblicistici, come '*energia giuridica*' che, come afferma l'illustre Maestro E. Cannata Bartoli, "*non annovera la volontà tra i propri elementi costitutivi né quando si esercita si risolve in tanti poteri diversi e distinti quanti i casi in cui si esplica e si fa valere, ma rimane sempre il medesimo*"³⁹. Essendo esso stesso elemento ontologico del potere amministrativo, il suo contrapposto, ovvero la consumazione della sua energia giuridica, non può che essere determinato da altro di pari grado o superiore potere pubblicistico, il quale, nell'ambito dell'ordinamento giuridico, è stato correttamente configurato in tre distinte situazioni: a) per volontà del legislatore; b) per volontà del giudice amministrativo dell'ottemperanza; c) per autovincolo della medesima Pubblica Amministrazione.

Nel contesto dei poteri tardivi di cui al comma 8-*bis*, la consumazione del potere amministrativo è sì dichiarata dal Legislatore, ma sulla considerazione della verifica di un potere amministrativo già formato. In più semplici parole, **la consumazione del potere viene sancita dal Legislatore in quanto è lo stesso Legislatore che, per mezzo dei meccanismi di semplificazione, ha permesso la formazione di una estrinsecazione dello stesso potere.**

In tal senso sono perfettamente comprensibili sia i casi di atti a rilevanza esterna che quelli infra-procedimentali, seppur con i dovuti distinguo. Difatti, per i primi la consumazione del potere si giustifica o con la formazione di un atto implicito (o comportamento amministrativo di assenso) nel caso di silenzio assenso di cui all'articolo 20 ovvero con un comportamento implicito di insussistenza dei presupposti per l'adozione delle misure interdittive per la ipotesi di SCIA di cui all'articolo 19; per i secondi, nella espansione (per assorbimento) del potere amministrativo della autorità procedente sia nei casi di silenzio assenso infra-procedimentale che di conferenza dei servizi.

La consumazione del potere amministrativo in questi casi, dunque, si confronta sul piano fenomenico nei rapporti tra poteri, nelle loro reciproche interconnessioni e limitazioni, così che dinanzi a poteri già esercitati e consumati per volontà della legge, la logica conseguenza giuridica sul piano della reazione ordinamentale (positiva) alla devianza è data dalla privazione della imperatività, ovverosia

³⁸ A. Piras, *Interesse Legittimo e giudizio amministrativo*, ut supra n. 36, pag. 381.

³⁹ E. Cannata-Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Giuffrè, 1950, pagg. 94-95, il quale adopera anche la similitudine del lancio della pietra "*non esistono tante forze da lanciare, quanti sono i lanci che si compiono, ma ogni lancio rappresenta la realizzazione dell'unica forza, la quale rimane sempre la medesima, indipendentemente dal numero delle pietre lanciate*".

dalla privazione della **attitudine ad esplicare la sua funzione pratica** di cura dell'interesse pubblico. Per questo motivo, la declaratoria dell'inefficacia *ex lege* è indicativa, invece, di un fenomeno giuridico ben rappresentato dal Maestro M.S. Giannini nel commento alle ipotesi di invalidità sopravvenuta del provvedimento, di inutilità sopravvenuta (*tamquam non esset*). Spiega, infatti, che “*l'atto non già si invalida, bensì diviene inidoneo a produrre ulteriori effetti per l'avverarsi di un fatto giuridico che non può neppure dirsi – di massima – estintivo, ma solo impeditivo – ossia agente sull'efficacia dell'atto, e quindi sul rapporto*”. Sennonché, in conformità con le premesse sulla imperatività, la inutilità sopravvenuta muta nei casi in analisi in una inutilità, sì sopravvenuta a causa della verifica dei presupposti di consumazione del potere, ma non solo incidente sul piano dell'efficacia, ma anche della imperatività: una **'inimperatività' del provvedimento amministrativo**. Così ricostruita l'inefficacia quale inutilità per assenza di imperatività, la posizione del privato dinanzi al provvedimento amministrativo tardivo sarebbe quella di colui il quale si trova essere destinatario di un fatto giuridico, rilevante per la produzione di eventuali effetti di liceità, responsabilità amministrativa e disciplinare, ma non sottoposto ai caratteri della esecutività e della esecutorietà. Un *quid facti* che, tuttavia, richiede forme di tutela nel caso di sua emissione e di autoesecuzione:

- a) una tutela accertativa, connotata dall'elemento della carenza dei termini per l'impugnazione, da parte del privato destinatario del provvedimento e del terzo controinteressato, la quale, a sommo avviso, dovrebbe comunque spettare alla *cognitio* del Giudice Amministrativo sulla considerazione della imputabilità e rilevanza dell'atto al pubblico potere;
- b) una tutela restitutoria, conseguente a quella accertativa con cui si compone la *restitutio ad integrum* degli effetti indiretti indebitamente prodotti;
- c) una tutela risarcitoria, richiedibile sia dal privato destinatario di un provvedimento tardivo negativo che dal terzo controinteressato nel caso di accertamento della insussistenza dei presupposti per la consumazione del potere;
- d) una tutela amministrativa in autotutela, rappresentata dallo stesso inciso del comma 8-*bis*, la quale sembra permettere la rimozione del medesimo atto tardivo (in considerazione dei possibili effetti che questo produrrebbe) ed, sempre che non siano ancora spirati i termini, del presupposto comportamento amministrativo significativo.

Seppur nella consapevolezza che il tema richiederebbe una più lunga disamina (soprattutto con riferimento al **tema del silenzio assenso** e alla **questione di giurisdizione**), occorre notare come il sistema ponga aporie di ordine sistematico di non poco rilievo di cui occorre brevemente accennare. In primo luogo, la incapacità di produzione degli effetti non esclude la esecuzione spontanea o la produzione di effetti giuridici, con la conseguenza della opportuna necessità di introduzione di meccanismi di *alert* in capo ai singoli destinatari dei provvedimenti tardivi e ai controinteressati. In secondo luogo, condividendo le preoccupazioni dei recenti commentatori sulla ineffettività dei meccanismi di autotutela per via della discrezionalità amministrativa, sarebbe consigliabile la estensione del meccanismo di doverosità dello stesso dinanzi a istanze dei controinteressati. Per ultimo, ove si volesse aderire alla ipotesi in commento, specifiche modifiche nell'ambito delle norme processuali sarebbero auspicabili.

5. Una postilla

Nella consapevolezza delle implicazioni sistematiche cui il concetto sopra descritto sembra recare al sistema delle invalidità, occorre considerare come la stessa si vuole muovere nel convincimento di dovere rivedere il ruolo delle invalidità nel diritto amministrativo nazionale. L'impatto del diritto comunitario nel campo della teoria del diritto amministrativo non appare di secondo piano, in

quanto la non coincidenza in categorie e approccio incide, a lungo andare, sui profili della stabilità e certezza dei rapporti giuridici⁴⁰.

Per tale motivo, appare ancora suggestivo e degno di menzione l'appello posto dal Maestro Aldo Piras per una rimeditazione del sistema delle invalidità, in cui occorre valutare più gli aspetti del rapporto giuridico che dell'atto:

<<La realtà del fenomeno non si presta, difatti, a lasciarsi restringere entro il quadro disegnato da questo da questo, pur interessante, sforzo di sistemazione dogmatica, e la realtà del fenomeno è – come l'indagine più dettagliata meglio ci consentirà di vedere nelle pagine seguenti – questa: la disciplina delle cause d'annullabilità del provvedimento amministrativo non è riconducibile ad unità di formule e di concetti. Al più si può tentare di raggruppare le varie figure, in cui tale disciplina si risolve, in talune categorie, in tante categorie quanti sono in vettori dei quali l'emanazione dell'atto costituisce, a voler dir così, il punto d'intersecazione: vettori che, rispettivamente, provengono dal soggetto, dal potere, dall'attività (a parte vanno considerate alcune figure d'annullabilità che si caratterizzano, come più in là dimostreremo, in rapporto al concetto dei c.d. vizi dell'atto in senso stretto)>>.⁴¹

Soltanto con un approccio sostanzialistico si potranno ovviare a problematiche discendenti dall'eccesso di formalismi.

⁴⁰ P. Craig, *EU Administrative Law*, 2012, Oxford University Press.

⁴¹ A. Piras, *Interesse Legittimo e giudizio amministrativo*, ut supra n. 36, pag. 287-288.