



16 LUGLIO 2025

# Considerazioni generali sui poteri amministrativi di secondo grado

di Andrea Carbone

Professore associato di Diritto amministrativo  
Sapienza Università di Roma



# Considerazioni generali sui poteri amministrativi di secondo grado\*

di **Andrea Carbone**

Professore associato di Diritto amministrativo  
Sapienza - Università di Roma

**Abstract [It]:** Il presente contributo propone una generale ricostruzione dei poteri amministrativi di secondo grado, in ragione di una specifica considerazione della struttura procedurale della funzione amministrativa. Si argomenta che, nell'ambito di questa, l'esercizio del potere non segue una logica abrogativa, ma, al contrario, presuppone un vincolo al relativo riesercizio, in ragione della produzione, da parte del provvedimento, accanto a quello costitutivo, di un effetto di accertamento, che permane fintanto che rimane operativo l'atto da cui scaturisce. In tale prospettiva, i poteri di secondo grado sono dunque poteri autonomi, che si vengono a rapportare all'efficacia dell'atto, consentendo di rivedere la decisione in esso contenuta e porre nel nulla la sua operatività.

**Title:** General considerations on second-grade administrative powers

**Abstract [En]:** This paper examines the nature of second-grade administrative powers through an analysis of the procedural structure that characterizes administrative functions. Such a structure inherently embodies the very essence of administrative power and its exercise, precluding its re-exercise while its effects remain in force. Consequently, this paper posits second-grade administrative powers as autonomous powers, regulated by their own specific legal rules.

**Parole chiave:** diritti amministrativo; potere amministrativo; annullamento d'ufficio; convalida; funzione amministrativa

**Keywords:** administrative law; administrative power; *ex-officio* annulment; validation; administrative functions

**Sommario:** 1. Profili introduttivi. 2. Problematiche concernenti i poteri di secondo grado. 3. La struttura normativa della funzione amministrativa. Il modello procedurale di accertamento. 3.1. (*segue*) L'effetto di accertamento del provvedimento. 4. La funzione amministrativa di secondo grado e i relativi poteri. Inquadramento generale. 4.1. (*segue*) Considerazioni generali sui singoli poteri di secondo grado volti a porre in discussione la sussistenza/insussistenza della/e situazione/i giuridica/he di potere originaria/e. 5. Caratteri ulteriori. I poteri ufficiosi e quelli su ricorso propri della funzione di secondo grado. 6. (*segue*) Rapporto tra funzione di secondo grado e processo giurisdizionale. 7. Considerazioni conclusive.

## 1. Profili introduttivi

In via generale, con la definizione di poteri di secondo grado si intendono quei poteri – e, corrispondentemente, i relativi provvedimenti – idonei ad intervenire, in vario modo, in ordine ad un provvedimento amministrativo già adottato.

In proposito, non serve ricordare come il riconoscimento, in capo alla P.A., della possibilità di intervenire su un proprio provvedimento abbia conosciuto una lunga serie di problematiche, derivanti, essenzialmente, dalla mancanza di un dato specifico di diritto positivo idoneo a definire il fondamento e l'estensione dei poteri a ciò deputati. Tale circostanza ha comportato la necessità, da un lato, di

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

determinare il loro rapporto con il potere originario (se, cioè, l'intervento su un provvedimento emanato fosse, o meno, esercizio del medesimo potere da cui il provvedimento stesso è scaturito), e, dall'altro, di differenziare le diverse possibilità di intervento, in relazione alle sue conseguenze sul provvedimento adottato (annullamento, revoca, ecc.).

La stessa introduzione, ad opera della l. n. 15 dell'11 febbraio 2005, di una specifica disciplina in ordine ai poteri in questione, pur chiarendo numerosi profili controversi, non può dirsi aver portato ad una compiuta ricostruzione, pacificamente condivisa, sul loro statuto. È infatti risultato sinora discusso, in massima parte, se i poteri di secondo grado siano qualificabili come poteri autonomi, ovvero se debbano considerarsi espressione di un nuovo esercizio del potere originario, a cui il provvedimento oggetto di rivalutazione fa riferimento. Inoltre, non sempre è chiara la distinzione tra i diversi poteri coinvolti (ad es. abrogazione, revoca; convalida, ratifica, sanatoria; ecc.), né la loro portata (ad es., la questione inerente all'estensione del potere di convalida), al pari dell'effettiva qualificazione di poteri non espressamente regolamentati (così, la modifica dell'atto amministrativo).

È nostra convinzione che la mancanza di un compiuto inquadramento dei poteri di secondo grado derivi dalle discrasie in cui attualmente incorre la rappresentazione dello statuto del potere amministrativo e del suo esercizio. La considerazione dei poteri di secondo grado non può, infatti, prescindere da una più generale ricostruzione della struttura della funzione amministrativa: tutt'al contrario, essa trova riscontro proprio in ragione del suo inserimento in detta ricostruzione.

Il tentativo, che qui si propone, e che riprende quanto chi scrive ha già avuto modo ampiamente di rappresentare in ordine al modello di produzione proprio del potere amministrativo<sup>1</sup>, si esprime dunque all'interno di tale impostazione metodologica, per come, rispetto ad essa, viene appunto a definirsi la ricostruzione sistematica dei poteri amministrativi di secondo grado. Si vuole, cioè, in questa sede, delineare un quadro ricostruttivo di riferimento in ordine alla struttura normativa della funzione amministrativa, da cui muovere, poi, per una conseguente rappresentazione del generale inquadramento dei poteri di secondo grado, rispetto alla quale, a sua volta, sarà possibile definire una più specifica declinazione delle varie ipotesi che a detti poteri fanno riferimento.

## **2. Problematiche concernenti i poteri di secondo grado**

1) Volendo prendere espressamente in considerazione i profili problematici ricordati al paragrafo precedente, può partirsi dall'analisi della specifica considerazione, in quanto tali, dei poteri di secondo grado. L'alternativa, che in proposito si pone, è quella se detti poteri, in via generale, ricevano autonoma

---

<sup>1</sup> Cfr., in via generale, *Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo*, I, II-1 e II-2, Torino, Giappichelli, 2020, 2022 e 2023; con particolare riferimento ai poteri di secondo grado, II-2, p. 192 ss., il cui svolgimento viene ripreso e sviluppato nel presente saggio.

rilevanza nel diritto positivo, e, se del caso, in che modo; ovvero se costituiscano soltanto una particolare modalità di riespressione del potere originario già esercitato.

La questione si ricollega con la circostanza per cui, fino alla l. n. 15/2005, che ha modificato sul punto la l. n. 241/1990, i poteri di secondo grado non conoscevano, in via generale, un'espressa attribuzione legislativa, per cui era necessario trovarne un fondamento in conformità con il principio di legalità.

In questa prospettiva, seguendosi una prima tesi, essi sono stati allora ricondotti direttamente al medesimo potere di amministrazione attiva che aveva trovato espressione nell'atto di primo grado<sup>2</sup>. Secondo un'altra, ben nota, tesi, i poteri in esame sarebbero stati invece riconducibili alla c.d. autotutela decisoria<sup>3</sup>. Mentre altri hanno effettuato un più generico riferimento a potestà generali riferibili all'Amministrazione<sup>4</sup>.

Invero, le tesi che attraverso il riferimento al concetto di autotutela, ovvero a quello di un più generale principio espresso dall'ordinamento, hanno cercato di differenziare il potere di secondo grado da quello originario, e, conseguentemente, l'interesse tutelato dall'uno e dall'altro, non si sottraevano alla duplice obiezione per cui, da un lato, il fondamento a cui è stato fatto riferimento parrebbe eccessivamente generico per attribuirvi la rilevanza di un interesse realmente autonomo rispetto a quello del potere di primo grado; e che, dall'altro, se effettivamente si fosse dovuto concludere in tal senso, si sarebbe necessariamente ricaduti al di fuori dell'attribuzione legislativa del potere. Ed infatti, la necessità che il potere di secondo grado rimanesse comunque esplicitazione più o meno strumentale del potere originario, quale in ogni caso ad esso collegato in ragione di principi generali che governano l'esercizio della funzione

---

<sup>2</sup> In questo senso, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, Jovene, 1984, pp. 698 ss. e 707 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 335 ss., che riconduce la revoca al fenomeno abrogativo (su cui *infra*, par. 3.1); F. PAPARELLA, *Revoca (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989, p. 229; G. CORAGGIO, *Autotutela*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, Treccani, 1988, pp. 4-5; ID., *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, ivi, II, Roma, Treccani, 1988, p. 4; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, ESI, 1991, p. 76 ss.; M. ALÌ, *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 547 ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, CEDAM, 2004, spec. p. 112 ss.; in ordine all'annullamento, SANTI ROMANO, *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, I, 1968, (rist., con agg. di G. MIELE, della voce del *Nuovo Dig. it.*), pp. 644-645; in ordine alla revoca, a differenza dell'annullamento, il quale sarebbe stato riconducibile ad un potere di controllo, G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 126 ss.

<sup>3</sup> F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 539 ss., pp. 544-545. Nel medesimo senso, B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, CEDAM, 1993, p. 351 ss.; P. SALVATORE, *Revoca degli atti. III) Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Treccani, 1991, p. 1 ss.

<sup>4</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1970, p. 1032; sostanzialmente anche V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 555 ss. Con riferimento al principio di efficacia, codificato dall'art. 1, co. 1, l. n. 241/1990: M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, Giappichelli, 1999, spec. p. 121 ss. Fa riferimento sia all'autotutela sia all'impostazione di M.S. GIANNINI G. GHETTI, *Annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, UTET, 1987, pp. 267-268.

amministrativa, era appunto ciò che garantiva il rispetto del principio di tipicità, proprio dei poteri amministrativi<sup>5</sup>.

La l. n. 15/2005, ad ogni modo, disciplinando i poteri in esame, ha fornito il dato legislativo richiesto per la loro individuazione, rappresentato dall'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990 per la revoca, e dall'art. 21 *nonies*, rispettivamente co. 1 e 2, per l'annullamento d'ufficio e la convalida, in uno con la relativa disciplina<sup>6</sup>. Tuttavia, va evidenziato, da ciò non si è fatta automaticamente derivare l'autonomia di tali poteri. Né a tale risultato si è pervenuti con le modifiche apportate a dette disposizioni dalle riforme legislative intervenute a partire dal 2014, le quali hanno delineato, attraverso la previsione di limiti e presupposti più precisi e stringenti, una struttura normativa maggiormente aderente ad uno statuto autonomo dei poteri di secondo grado<sup>7</sup>. Da più parti si è infatti reputato (pur con maggiore difficoltà, a seguito delle ultime

---

<sup>5</sup> Sul problema del rapporto tra poteri di secondo grado e principio di legalità, cfr. in generale A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 116 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, spec. p. 362 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 736 ss.; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1223 ss.

<sup>6</sup> Le disposizioni menzionate, non serve ricordarlo, hanno infatti stabilito, nei relativi testi originari, che alla revoca del provvedimento si può procedere, da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, determinando così l'inefficacia del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti, e con l'indennizzo del pregiudizio dei soggetti direttamente interessati; e che all'annullamento d'ufficio dell'atto illegittimo può invece pervenirsi, sempre da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole. Su tali norme, oltre agli altri contributi citati diffusamente in nota, si vedano in particolare M. IMMORDINO, *Revoca del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 485 ss.; V. ANTONELLI, *Annullamento d'ufficio*, *ivi*, p. 643 ss.; S. VASTA, *I procedimenti di revisione*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, p. 331 ss.; D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, *ivi*, p. 393 ss.; F. COSTANTINO, *La revoca del provvedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, p. 756 ss.; ID., *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, *ivi*, pp. 869 ss.; ID., *La convalida del provvedimento*, *ivi*, p. 897 ss.; V. DOMENICHELLI, M. SINISI, *La revoca del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1057 ss.; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, *ivi*, p. 1175 ss.

<sup>7</sup> Ci si riferisce all'art. 6, l. n. 124 del 7 agosto 2015, c.d. l. Madia, che ha rimodellato la l. n. 241/1990, intervenendo in particolare sulla SCIA, sulla sospensione e sull'annullamento d'ufficio, e al precedente art. 25, co. 1, l. n. 164 dell'11 novembre 2014, c.d. sblocca Italia, che pure ha modificato la legge generale sul procedimento in relazione alla revoca e all'annullamento d'ufficio. In ordine a quest'ultimo, l'art. 25, co. 1, lett. b) *quater*, della l. n. 164/2014, ha modificato l'art. 21 *nonies* precisando che non sono soggetti ad annullamento da parte della P.A. quei provvedimenti affetti dai vizi di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, mentre l'art. 6, co. 1, lett. d), intervenendo sulla medesima norma, ha precluso all'Amministrazione, per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici ("inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20", cioè attraverso il silenzio-assenso), l'annullamento d'ufficio una volta decorsi diciotto mesi – poi portati a dodici dalla l. n. 120 dell'11 settembre 2020 – dal momento della loro adozione, salvi i casi di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato "accertate con sentenza passata in giudicato". Sulla revoca, l'art. 25, co. 1, lett. b) *ter*, l. n. 164/2014, ha modificato l'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990, stabilendo che una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario non può portare alla revocazione dei provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici, e che, in generale, i mutamenti della situazione di fatto non dovevano essere prevedibili al momento dell'adozione del provvedimento. Mentre in ordine alla sospensione, l'art. 6, co. 1, lett. c), ha stabilito, intervenendo sull'art. 21 *quater*, co. 2, l. n. 241/1990, che essa non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'art. 21 *nonies*.

modifiche legislative) essere stata soltanto normativamente prevista una specifica forma di esplicazione in cui si svolge il potere originario a fronte di un atto già adottato<sup>8</sup>.

La questione, in effetti, è rimasta controversa sino ad ora, sino a quando, cioè, a seguito della recente pronuncia della Corte costituzionale, intervenuta nelle more della pubblicazione del presente contributo, essa deve ritenersi aver trovato soluzione nel senso della considerazione autonoma, rispetto all'esercizio del potere originario, dei poteri di secondo grado<sup>9</sup>.

---

Sul punto, tra gli altri, M.A. SANDULLI, *Gli effetti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*; ID., *Postilla all'editoriale "Gli effetti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela"*; F. FRANCIARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, tutti pubblicati in *Federalismi.it*, 2015; M. LIPARI, *La SCLa e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi (in attesa dei decreti legislativi di riordino)*, in *Foro amm.*, 2015, p. 2923 ss.; N. LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in *Giustamm.it*, 2016; M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 634 ss.; G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in *Dir. econ.*, 2015, p. 575 ss.; A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, Ed. Scientifica, 2016, ed ivi i contributi di F. FRANCIARIO, A. RALLO, A. CIOFFI, A. CARBONE, S. TUCCILLO, M. TRIMARCHI, C. NAPOLITANO.

<sup>8</sup> In questo senso, secondo le differenti declinazioni, M. IMMORDINO, *Revoca del provvedimento*, cit., p. 485 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 215 ss.; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Ed. Scientifica 2016, p. 173 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Annullamento d'ufficio e ri-esercizio del potere dopo la riforma Madia*, in V. FANTI (a cura di) *Giornate di Studio in onore di Enrico Folliero*, Napoli, ESI, 2019, p. 81 ss.; ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, Ed. Scientifica, 2012, p. 614 ss.; M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 133 ss. e 159 ss.

Sull'autonomia di tali poteri, invece, oltre alla nostra posizione in questo senso di cui a *Potere*, I, cit., p. 482 ss., cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Ed. Scientifica, 2018, pp. 11 ss., 74 ss. e 178 ss.; F. FRANCIARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 2017, pp. 13 ss. e 28 ss.; N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 79 ss.; A. DI CAGNO, *Contributo allo studio del potere di convalida*, Torino, Giappichelli, 2024, p. 151 ss. In giurisprudenza, quantomeno in via implicita, Cons. St., ad. plen., n. 8 del 17 ottobre 2017.

<sup>9</sup> Ci si riferisce a Corte cost., n. 88 del 26 giugno 2025, la quale si è espressa sulla legittimità costituzionale – in via generale, nonché con riferimento alle autorizzazioni che incidono su interessi di rango sensibile e di rango costituzionale, come la tutela del patrimonio storico e artistico nazionale – del termine di un anno per procedere all'annullamento d'ufficio, stabilito dall'art. 21 *nomies*, l. n. 241/1990, a seguito delle modifiche di cui si è detto subito sopra nel testo e alla n. 7. Per quanto interessa, si è affermato che il potere amministrativo, originariamente concepito come caratterizzato dalla sua inesauribilità, “nel suo ancoraggio costituzionale è, piuttosto, una situazione soggettiva conferita al servizio degli interessi della collettività nazionale (art. 98 Cost.)”. Rispetto ad essa, si specifica che “la sede delle relazioni tra gli interessi è il procedimento amministrativo: in questa sede, l'interesse pubblico primario, che giustifica il potere, si confronta con gli altri interessi pubblici coinvolti e con gli interessi dei privati, i quali non solo possono avere consistenza oppositiva rispetto al potere che ne invade la sfera soggettiva, ma spesso volte hanno consistenza di pretesa al suo esercizio, volto ad ampliare la sfera soggettiva, pretesa che in molti casi ha fondamento nelle previsioni costituzionali”. In tale quadro, allora, “il riesame del provvedimento, pur mosso da ragioni di legittimità, non costituisce espressione di quel potere già esercitato, bensì di un altro potere riconosciuto in via generale all'amministrazione, quello dell'annullamento d'ufficio, che, proprio perché diverso da quello esercitato e su cui va a incidere, è assoggettata a regole specifiche, quanto a presupposti, a disciplina procedimentale e a portata della discrezionalità di cui la funzione di autotutela è espressione”. Nei termini descritti, la pronuncia della Corte accede quindi pienamente, come si vedrà, al fondamento generale da cui muove il quadro ricostruttivo in questa sede rappresentato in ordine alla struttura normativa della funzione amministrativa, quello, cioè, del potere come situazione soggettiva in senso proprio (non, quindi, quale mera capacità, in sé sempre presente in capo al soggetto a cui è attribuita, ma quale appunto situazione giuridica, sussistente laddove sia integrata la corrispondente fattispecie, e insussistente al verificarsi di fatti estintivi o impeditivi),

II) Il secondo ordine di problematiche concerne l'effettiva distinzione tra i poteri coinvolti, e la loro corrispondente estensione, oltre che le modalità del loro esercizio. Tali profili, più dibattuti in tempi meno recenti, hanno trovato una complessiva sistemazione nella successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, e poi, in particolare, nel dato legislativo, ma non possono comunque dirsi risolti sotto ogni aspetto.

Per quanto concerne, in particolare, la produzione di effetti eliminatori in ordine al provvedimento adottato, l'elaborazione, a cui si è assistito, è venuta a muoversi attorno ai concetti di abrogazione, annullamento e revoca, la cui reciproca delimitazione ha conosciuto specifiche incertezze in ordine ad una possibile distinzione tra vizi di legittimità e c.dd. vizi di merito, e al momento in cui verrebbe meno l'efficacia dell'atto originario<sup>10</sup>. In tale scenario, non serve ricordare come la posizione che poi ha preso piede, quanto alla distinzione tra annullamento e revoca, sia stata quella di rapportare l'annullamento d'ufficio ai vizi di legittimità, e la revoca ai motivi di opportunità<sup>11</sup>; ciò ha successivamente trovato

---

avente la sua esplicazione nel procedimento, rispetto alla quale si rapportano le situazioni di pretese dei privati; da ciò, si esprime anche la base generale comune per la conseguente declinazione dei poteri di secondo grado quali poteri autonomi.

<sup>10</sup> In proposito, vi fu in particolare chi distinse l'ipotesi di inopportunità originaria, che avrebbe dato luogo a revoca, con effetti *ex tunc*, da quella di inopportunità sopravvenuta, che avrebbe dato luogo ad abrogazione, con effetti *ex nunc*, entrambe in antitesi con l'annullamento, che avrebbe designato l'eliminazione dell'atto per motivi di illegittimità (E. GUICCIARDI, *L'abrogazione degli atti amministrativi*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, Vita e Pensiero, 1938, p. 249 ss.; F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., pp. 544-545; in termini non dissimili SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, espressamente nell'ediz. del 1937, pp. 287 e 293 ss., il quale, ammettendo l'annullamento per vizi di legittimità e, nei casi previsti, di merito, parlava poi di abrogazione, avente effetti *ex nunc*, a seguito dell'emanazione di un nuovo atto incompatibile con il precedente, e di revoca, avente effetti *ex tunc*, per esercizio da parte dell'Amministrazione di uno *ius poenitendi*). Al contrario, partendo dall'impostazione per cui si configurava un'invalidità per motivi di merito, nei casi in cui vi fosse un vizio di opportunità originario, si criticò la descritta tripartizione, evidenziandosi come, nella sostanza, nel caso di inopportunità originaria, avendosi riguardo di un vizio dell'atto, si sarebbe ricaduti nell'annullamento per vizio di merito, mentre nel caso di inopportunità sopravvenuta si sarebbe stati al cospetto di una revoca in senso proprio: in essa, dunque, l'abrogazione si sarebbe necessariamente venuta a risolvere, salvo riferirla ad atti sostanzialmente normativi come i regolamenti (così R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1942, pp. 31 ss. e 72 ss., il quale appunto riteneva che il concetto di abrogazione poteva riguardare soltanto gli atti a contenuto normativo, mentre faceva ricadere nell'annullamento d'ufficio, in un primo momento, pur in maniera limitata, p. 57 ss., anche il vizio di merito, e poi, in ID., *Revoca (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, UTET, 1968, pp. 804-805, solo i vizi di legittimità, riconducendo il merito alla revoca; V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 47 ss., che affermava che un concetto di abrogazione, diverso da quello della revoca, non esisteva nel diritto amministrativo; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento*, cit., p. 117 ss., che distingueva tra invalidità per vizi di legittimità o di merito, e cause in generale di opportunità, a cui ascriveva la revoca, mentre l'abrogazione sarebbe stata riferibile solo agli atti sostanzialmente legislativi; secondo R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1935, spec. pp. 25 ss. e 117 ss., l'abrogazione sarebbe stata la denominazione assunta dall'atto di ritiro della legge, mentre il ritiro di atti amministrativi avrebbe riguardato l'annullamento, se l'atto fosse stato invalido, compreso il vizio di merito, e la revoca, che poteva conseguire ad un mutamento dello stato di fatto, o anche soltanto ad un mutamento della valutazione compiuta dalla P.A., se l'atto fosse stato valido). Diversa la prospettazione di chi ha ritenuto che l'annullamento e la revoca avrebbero reagito entrambe contro l'invalidità degli atti amministrativi, mentre l'abrogazione non avrebbe avuto siffatto carattere: S. PUGLIATTI, *Abrogazione. Teoria generale e abrogazione degli atti normativi*, in *Enc. dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 156; E. CANNADA BARTOLI, *Abrogazione. Abrogazione dell'atto amministrativo*, *ivi*, p. 158.

<sup>11</sup> In questo senso ad es. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1940, p. 356 ss. Peraltro, sul rilievo di autorevole dottrina (A.M. SANDULLI, *Manuale*, I, cit., p. 699), per cui la salvaguardia della posizione del privato

riscontro nella disciplina degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, l. n. 241/1990, ancorché si rinvergono ancora perplessità sulla natura della revoca per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario<sup>12</sup>. Una volta ascritti alla revoca in generale i motivi di opportunità, il riferimento all'abrogazione non ha poi più avuto ragion d'essere, e in questo senso è, nella sostanza, attualmente abbandonato, pur se talvolta la dottrina vi fa riferimento in relazione alla successione di atti normativi e generali<sup>13</sup>.

Anche sotto il profilo dei presupposti e delle modalità di esercizio, la positivizzazione dei poteri in questione ha risolto molti dei profili in precedenza controversi, e fornito loro uno specifico fondamento normativo: così, sulla generale discrezionalità dell'annullamento d'ufficio, sul termine entro cui provvedere nel medesimo senso, e sui presupposti e sulle conseguenze della revoca. Le più recenti modifiche, intervenute a partire dal 2014, come già ricordato, hanno poi rafforzato tale quadro ricostruttivo, delineando la previsione di limiti e presupposti maggiormente specifici<sup>14</sup>.

Non tutte le questioni possono dirsi però superate. In particolare, anche a fronte della rinnovata disciplina normativa di tali poteri, massimamente discussa è rimasta la doverosità o meno, per l'Amministrazione, dell'apertura di un procedimento di riesame a fronte di una richiesta del privato<sup>15</sup>.

III) La possibilità di produrre effetti 'conservativi' su atti già emanati concerne, invece, poteri variamente denominati, ma che ruotano, essenzialmente, intorno ai concetti generali di convalida e conferma. Dove, con il primo, si intende, in via generale, la produzione di un effetto sanante sul provvedimento attraverso

---

avrebbe imposto che l'annullamento per originaria inopportunità limiti i suoi effetti *ex nunc*, si è comunque sostenuto (A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., pp. 88-89) che, di fatto, in questo modo l'annullamento per vizi c.d.d. di merito, a volerlo configurare in quanto tale, verrebbe comunque ascritto alla revoca, sottostando entrambi al medesimo regime.

<sup>12</sup> Cfr. in proposito A. LUPI, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 161 ss.; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 148 ss., per cui in realtà tale ipotesi sarebbe comunque riferibile ad un'invalidità.

<sup>13</sup> Cfr. ad es. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 688 ss., i quali (oltre a denominare abrogazione o rimozione nello specifico l'atto con il quale si elimina, con efficacia *ex nunc*, un provvedimento divenuto illegittimo per circostanze sopravvenute) riconoscono in proposito un effetto abrogativo in quei casi, essenzialmente riconducibili ad atti normativi e generali, in cui la normativa presuppone la possibilità che l'atto di riesercizio del potere faccia venir meno le statuizioni previgenti incompatibili.

<sup>14</sup> Si veda in proposito *supra*, n. 7.

<sup>15</sup> La posizione accolta, salve specifiche eccezioni, dalla giurisprudenza amministrativa, è infatti quella per cui la P.A. non deve in generale procedere ad un esame della legittimità dell'atto adottato a fronte di una richiesta in tal senso dell'interessato (altro è poi il problema di eventuali ipotesi di annullamento d'ufficio non discrezionale, che riguarda non l'avvio del procedimento, ma la vincolatezza o meno della decisione sull'annullamento dell'atto illegittimo): cfr. *ex multis*, Cons. St., sez. IV, n. 611 del 13 febbraio 2017; n. 1012 del 14 marzo 2016. La posizione in questione è stata oggetto di critiche da una parte della dottrina, soprattutto dopo le modifiche intervenute con la l. n. 164/2014: cfr. in particolare M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, Ed. Scientifica, 2018, pp. 49 ss.; ID., *Annullamento d'ufficio e discrezionalità nell'an: rilievi critici*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, Jovene, 2018, p. 7 ss.; in senso contrario a tale critica, invece, M. SILVESTRI, *Potere pubblico*, cit., p. 122 ss.; sul punto, si veda anche S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, Ed. Scientifica, 2015, p. 151 ss. Rileva condivisibilmente L. FERRARA, *Miriam Allena, L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 289 ss., ad ogni modo, che l'accoglimento o meno di una prospettiva che delinei in termini doverosi l'avvio del procedimento a fronte della richiesta del privato necessita, in via preliminare, di una rimediazione dei termini concettuali che vengono a tal proposito in questione: come appunto da noi effettuato *infra*, par. 5.

la rimozione del vizio che lo affligge; e, con il secondo, il riconoscimento della validità dell'atto originario<sup>16</sup>.

La possibilità di convalida è individuata, come ricordato, dall'art. 21 *nonies*, co. 2, l. n. 241/1990. La relativa problematica, in disparte possibili istituti ad essa contigui o assimilabili<sup>17</sup>, concerne essenzialmente l'estensione dell'istituto, cioè quali vizi siano effettivamente emendabili, se soltanto formali, o anche 'sostanziali', e cosa si debba intendere con questa distinzione<sup>18</sup>; le sue conseguenze, in particolare con

<sup>16</sup> Su tali istituti, tra gli altri, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 1040 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale*, I, cit., p. 687 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 508 ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 533 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2024, p. 224 ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti*, cit., p. 404 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 691 ss.; P. RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, CEDAM, 1937; G. SANTANIELLO, *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 503 ss.; ID., *Ratifica (dir. amm.)*, *ivi*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, p. 706 ss.; ID., *Sanatoria (dir. amm.)*, *ivi*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, p. 243 ss.; M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, cit., p. 5406 ss.; V. ANTONELLI, *La convalida del provvedimento annullabile e la riforma della legge sul procedimento amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 2215 ss.; G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 201 ss.; S. VASTA, *Convalida e vizi sostanziali: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 953 ss.; F. COSTANTINO, *La convalida del provvedimento*, cit., p. 897 ss.; B. ACCETTURA, *La convalida del provvedimento amministrativo. Studio sull'inversione dell'interesse*, Napoli, Ed. Scientifica, 2023; A. DI CAGNO, *Contributo*, cit.; G. FALZONE, *Il provvedimento confermativo*, Palermo, Lilia, 1947; L. MAZZAROLLI, *Gli atti amministrativi di conferma*, I, *Le decisioni*, Padova, CEDAM, 1964, [e II, *Provvedimenti e meri atti*, Padova, CEDAM, 1969, il quale è cit. dall'A. nella voce *Conferma* indicata di seguito, nonché riportato nell'elenco delle Sue opere presente negli *Studi* in Suo onore; tuttavia, tale volume, se pubblicato, non risulta reperibile]; ID., *Convalida. II) Convalida dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss.; ID., *Conferma dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss.; M. NIGRO, *Note sull'atto confermativo*, in *Foro amm.*, 1948, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1996, p. 15 ss.; ID., *Ancora sull'atto confermativo*, in *Foro it.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 131 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Conferma (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 856 ss.; A. BARUCCHI, *La riproduzione del provvedimento amministrativo. Aspetti e problemi*, Torino, Giappichelli, 1971, p. 121 ss.; G. GHETTI, *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, UTET, 1987, p. 347 ss.

<sup>17</sup> Così ad es. la ratifica, se la si intende come la convalida che, attraverso l'assunzione da parte dell'organo competente dell'atto adottato dall'organo incompetente, elimina il vizio di incompetenza (altro è invece la ratifica, prevista *ex lege*, da parte dell'organo avente competenza generale, in ordine all'atto emanato da altro organo avente legittimazione straordinaria alla sua adozione); la sanatoria, come convalida di un provvedimento viziato per la mancanza di un atto interno strumentale, che avviene attraverso l'adozione dell'atto interno mancante. Per questa distinzione, cfr. in particolare R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., p. 702 ss.

Un'efficacia sanante del provvedimento si ritrova poi in altri istituti normativi, che attuano comunque una sanatoria dell'atto, ma attraverso modalità differenti da quelle proprie della convalida. Così, un'efficacia sanante viene ricondotta anche all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, da parte di quelle impostazioni che, riconoscendo a tale norma, o ad una delle sue previsioni, valore sostanziale in ordine alla non annullabilità dell'atto per vizio formale qualora la decisione non poteva essere diversa da quella adottata, ritengono che la relativa integrazione comporti una sanatoria: cfr. ad es. F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustamm.it*, 2005; in senso contrario, sempre in via esemplificativa, si veda invece L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 103 ss.

In generale, peraltro, il rapporto tra convalida e art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990 è stato oggetto di analisi in dottrina, considerandosi che, a seguito dell'introduzione della seconda delle due norme, il problema della convalida sarebbe in gran parte superato: cfr., sul punto, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., p. 511; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., p. 696. In proposito, si veda quanto si dirà *infra*, par. 4.1, alla n. 65.

<sup>18</sup> La posizione tradizionale ha limitato la convalida ai vizi formali e procedurali, per escluderla per quei vizi non emendabili, quali l'eccesso di potere, soprattutto nella forma dello sviamento: cfr., in questo senso, P. RAVÀ, *La convalida*, cit., p. 206 ss.; G. SANTANIELLO, *Convalida*, cit., p. 505; L. MAZZAROLLI, *Convalida*, cit., p. 2; E. CASETTA, *Manuale*, cit., p. 539. Ora, in disparte il riferimento, proprio della logica attizia, ad un ruolo distintivo fondato sulla tripartizione dei vizi di annullabilità, che in sé può considerarsi superato, il problema rimane, però, quello di stabilire,

riferimento alla retroattività o meno della convalida<sup>19</sup>; le modalità del suo esercizio, in special modo se siano necessari i presupposti, sostanziali e procedurali, dell'esercizio del potere originario<sup>20</sup>; nonché il

in questo senso, quali vizi debbano considerarsi formali e quali sostanziali. La distinzione ha assunto particolare rilevanza in via generale nel momento in cui, adottata la legge sul procedimento amministrativo, le regole procedurali sono divenute maggiormente definite, così da far propendere per la necessità di una svalutazione dei vizi formali, poi recepita con l'introduzione, da parte della l. n. 15/2005, dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, da cui è a sua volta derivata una più stringente esigenza della loro specifica individuazione: cfr. ad es. A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi sostanziali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, p. 215 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 409 ss.; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 735 ss.; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003; per una compiuta ricostruzione, può rinviarsi a *Potere*, II-2, cit., p. 104 ss., spec. in nota, ed ivi più approfonditi riferimenti. Peraltro, va evidenziato come il rilievo di un vizio in senso formale, ai fini dell'applicabilità dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, non viene in ogni caso fatto coincidere, nello stesso senso, con il medesimo rilievo ai fini della convalida, in ragione della necessità di tenere distinto l'ambito di applicabilità dei due istituti, secondo quanto rappresentato alla nota precedente: si veda ad es. G. MANNUCCI, *Della convalida*, cit., p. 221 ss.; sul punto, come avvertito, si tornerà *infra*, par. 4.1, n. 65.

In ogni caso, rilievo essenziale assume, in proposito, il ruolo della motivazione del provvedimento. Si discute infatti se, in ordine ad essa, possa sopperirsi unicamente a carenze argomentative, ovvero possano essere adottati anche elementi di fatto o di diritto ulteriori, elementi afferenti cioè a presupposti sostanziali del potere. La giurisprudenza tradizionale risulta particolarmente restrittiva, e si assesta, al limite, nel primo senso: cfr. in particolare Cons. St., sez. VI, n. 3385 del 27 aprile 2021, annotata da A. TRAVI, in *Foro it.*, 2021, III, c. 388 ss.; N. BERTI, *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo*, cit., p. 190 ss.; F. APERIO BELLA, *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio (nota a Cons. St., sez. VI, n. 3385/2021)*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021. La soluzione, che a tale questione deve essere data, è incentrata sull'effettivo rilievo della considerazione del presupposto afferente alla situazione sostanziale ai fini della convalida: se, infatti, tale considerazione non può comportare, per definizione, una determinazione diversa della decisione (ché altrimenti, evidentemente, non potremmo essere al cospetto di una convalida), la rilevanza del relativo presupposto sarebbe comunque quella di vizio in ordine al discorso argomentativo che sorregge la decisione, cioè alla motivazione, quale elemento formale dell'atto. Sul punto cfr. ampiamente *infra*, par. 4-4.1.

La convalida del provvedimento a fronte di un vizio della motivazione ha assunto un ruolo particolarmente rilevante in rapporto con la possibilità che ciò avvenga nel corso del giudizio (su cui di seguito, nel testo e in nota). Per questa via, si assisterebbe, infatti, ad una delle modalità (più precisamente, ad una modalità di natura sostanziale, per come contrapposta alla possibilità che ciò avvenga in via processuale) con cui avverrebbe la c.d. integrazione della motivazione dell'atto in giudizio. Su tale profilo, rispetto al quale non è dato in questa sede soffermarsi nella sua integrale ricostruzione (si rimanda, in proposito, a quanto rappresentato in *Potere*, II-1, cit., p. 202 ss., spec. in nota; II-2, cit., p. 124 ss., spec. n. 183), è sufficiente rilevare come la commistione tra mezzi di difesa processuale e strumenti sostanziale, nonché lo stesso impreciso riferimento, in ogni caso, ad un'integrazione della motivazione dell'atto, costituisca soltanto il retaggio di un processo amministrativo ancora strutturato su base attizia, e solo indirettamente funzionalizzato alla pretesa sostanziale del ricorrente: cfr., in proposito, quanto si dirà ampiamente *infra*, par. 6.

<sup>19</sup> In via generale, l'opinione prevalente ne afferma la retroattività: cfr., in vari termini, A.M. SANDULLI, *Manuale*, I, cit., p. 688 (che faceva comunque salvi i diritti altrui); V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., p. 512; E. CASETTA, *Manuale*, cit., p. 539; M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 224; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., p. 698 ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti*, cit., pp. 406-407; P. RAVÀ, *La convalida*, cit., p. 225 ss.; A. DI CAGNO, *Contributo*, cit., p. 155 ss.; G. SANTANIELLO, *Convalida*, cit., pp. 505-506; L. MAZZAROLLI, *Convalida*, cit., p. 3, quale carattere generale; ID., *Gli atti*, I, cit., p. 18; G. GHETTI, *Conferma, convalida*, cit., p. 350. In giurisprudenza, sempre in via generale, *ex multis* Cons. St., sez. IV, n. 312 del 17 maggio 2010; TAR Lazio, sez. I, n. 1450 del 13 febbraio 2009. La problematica della retroattività o meno della convalida si è tuttavia posta, in termini più specifici, in rapporto con l'impugnazione dell'atto in giudizio (su cui subito di seguito, nel testo e in nota). In tale evenienza, secondo una parte della dottrina, la retroattività andrebbe esclusa, in quanto contrasterebbe con l'interesse all'annullamento, concretizzato dall'impugnazione: cfr. G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 25 ss.; ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova, CEDAM, 2016, p. 197; G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 225 ss. e 241 ss.; ID., *La convalida in corso di giudizio: spunti ricostruttivi alla luce del mutato regime di invalidità dell'atto*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 178 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., pp. 225-226.

<sup>20</sup> L'impostazione tradizionale si è posta in senso affermativo: cfr., in proposito, P. RAVÀ, *La convalida*, cit., pp. 163-164; G. SANTANIELLO, *Convalida*, cit., p. 505; L. MAZZAROLLI, *Convalida*, cit., pp. 2-3; B. CAVALLO, *Provvedimenti*,

rapporto con il processo giurisdizionale, in ordine alla questione della sua ammissibilità in corso di giudizio<sup>21</sup>.

Per quanto concerne invece la conferma, che al contrario non ha ricevuto riscontro legislativo, tradizionalmente l'accento è stato posto tra la differenza tra provvedimento di conferma in senso proprio, che, riaprendo il procedimento, produce nuovamente l'effetto (ed è conseguentemente impugnabile); e atto meramente confermativo, che non riapre il procedimento, e quindi non costituisce un nuovo provvedimento, produttivo di un autonomo effetto<sup>22</sup>. Non è chiaro, tuttavia, su quali basi, mancando una previsione espressa in tal senso, l'Amministrazione potrebbe adottare una nuova determinazione, sia pure identica a quella originaria, a fronte dell'atto già emanato (e, quindi, di una situazione effettuale già

---

cit., p. 405. La questione, è evidente, risulta direttamente collegata con la considerazione autonoma o meno del potere di convalida (e in generale, come visto, dei poteri di secondo grado) rispetto al potere originario. Spesso, tuttavia, si pone l'accento anche in via generale su esigenze di ordine funzionale, sulla necessità, cioè, di evitare, per tale via, possibili elusioni. In giurisprudenza, si può vedere, ad es., Cons. St., n. 3385/2021, cit., che ha ritenuto non convalidabile l'atto rispetto al quale non sussista più la situazione di potere originaria, per essere spirato il relativo termine perentorio; e ha affermato che, se l'esercizio del potere originario era su istanza di parte, il precetto di cui all'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, sul preavviso di rigetto, dovrebbe allora trovare applicazione anche nell'esercizio del potere di convalida rivolto al relativo provvedimento.

<sup>21</sup> L'indirizzo tradizionale si è, in proposito, posto in termini negativi, non ammettendo una convalida in corso di giudizio, argomentando sulla base della circostanza secondo cui, per tale via, si sarebbe conferito un ingiusto vantaggio all'Amministrazione, che avrebbe potuto evitare l'annullamento dell'atto sulla base di motivi adottati successivamente alla sua adozione (cfr. G. ZANOBINI, *Corso*, I, cit., pp. 363-364; G. SANTANIELLO, *Convalida*, cit., p. 505; L. MAZZAROLLI, *Convalida*, p. 3; ID., *Gli atti amministrativi di conferma*, I, cit., pp. 27-28, nel testo e alla n. 56; ivi anche le relative citazioni sulla giurisprudenza maggioritaria in senso conforme). L'esigenza sottesa a tale indirizzo, tuttavia, si è venuta a confrontare con la considerazione, del pari innegabile, che, non essendo preclusa all'Amministrazione la possibilità di riadozione del medesimo provvedimento, l'impossibilità di convalida si tradurrebbe, in realtà, in un aggravio, oltre che per l'azione amministrativa, per lo stesso ricorrente, che a fronte della vittoria processuale non vedrebbe conseguita anche una reale vittoria sul piano sostanziale. In questo senso, si è rilevato che l'unico argomento di diritto positivo su cui poggerebbe l'inammissibilità di una convalida in corso di giudizio sarebbe l'art. 6, l. n. 249 del 18 marzo 1968, a detta del quale “*alla convalida degli atti viziati di incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale*”, così implicitamente escludendola, si verrebbe ad assumere, per motivi ulteriori (sulla possibilità di una siffatta argomentazione, cfr., ad es. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., p. 699 ss.). Tuttavia, se si tiene conto della circostanza che detta norma presupponeva un modello processuale, in sé e nel suo rapporto con il modello di azione amministrativa, ormai del tutto superato, il quale prevedeva esplicitamente, in questo senso, l'annullamento con rinvio per il vizio di incompetenza (art. 26, co. 2, l. TAR, e all'art. 45, co. 1, T.U. C.d.S., non riprodotti nel Codice del processo amministrativo); e che l'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990, nel frattempo intervenuto, non fa alcuna menzione del profilo in esame (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., pp. 510-511; E. CASETTA, *Manuale*, cit., p. 539); sarebbe allora da dimostrare che la disposizione richiamata risulti idonea ad influire sulla generale possibilità di convalida dell'atto in corso di giudizio, e non debba, invece, ritenersi implicitamente abrogata.

In ragione dell'evoluzione descritta, si sono così registrate aperture in giurisprudenza in ordine alla convalida dell'atto nelle more del processo: cfr., da ultimo, Cons. St., sez. VI, n. 3385 del 27 aprile 2021, con le ricordate note di A. TRAVI, *loc. ult. cit.*; N. BERTI, *Autotutela conservativa*, *loc. ult. cit.*; F. APERIO BELLA, *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio*, cit.; Cons. St., sez. III, n. 4119 del 18 giugno 2019; sez. VI, n. 5984 del 19 ottobre 2018; sez. III, n. 357 del 19 gennaio 2018; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 5278 del 28 agosto 2018. La possibilità di convalida dell'atto, tuttavia, viene riconosciuta quale avente, in generale, particolari limiti, che assumono particolare rilevanza nell'ipotesi in cui si faccia riferimento alla convalida di un atto nelle more della sua impugnazione: cfr. Cons. St., n. 3385/2021, cit., di cui si è detto sopra, alle note precedenti.

Sul problema, invece, del rapporto tra efficacia retroattiva della convalida e impugnazione giurisdizionale dell'atto, si veda subito sopra, in nota.

<sup>22</sup> Cfr. in generale i riferimenti *supra*, n. 16.

operativa). Ciò che, come è evidente, si situa all'interno della problematica dell'autonoma considerazione o meno dei poteri di secondo grado, di cui si è ricordato.

Sorgono poi ulteriori problematiche in ordine a poteri di secondo grado non oggetto di espressa disciplina generale. In particolare, si può pensare alla possibilità di riformare/modificare un provvedimento adottato, che solleva perplessità per le ipotesi in cui non sussista una previsione espressa in tal senso: in ordine ad essa, del tutto incerti sono gli istituti di riferimento, oscillandosi fra riesercizio del potere originario, e annullamento/revoca/sanatorie parziali<sup>23</sup>.

### **3. La struttura normativa della funzione amministrativa. Il modello procedurale di accertamento**

Il tentativo ricostruttivo generale, che qui si intende portare avanti, parte dal presupposto che l'inquadramento dei poteri di secondo grado, e la risoluzione delle problematiche accennate al paragrafo precedente, dipenda dalla ricostruzione a cui si fa riferimento in ordine al modello di produzione proprio del potere amministrativo. Soltanto partendo dalla struttura della funzione amministrativa, in altri termini, è possibile ricavare la declinazione di detti poteri, non potendo, questi ultimi, esulare dal contesto strutturale di riferimento, di cui rappresentano nient'altro che uno dei profili rilevanti.

Ora, da parte nostra si è avuto ampiamente modo di sostenere, in più occasioni<sup>24</sup>, come il modello strutturale proprio dell'azione amministrativa debba ritenersi improntato ad un canone generale di carattere processuale, inteso, secondo l'insegnamento proprio della dottrina processualciviltistica, quale procedura caratterizzata dall'esprimersi, nella definizione della decisione, nel contraddittorio tra le parti<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Per una compiuta ricostruzione, cfr. ora N. BERTI, *La modifica*, cit., p. 5 ss., ed ivi i relativi riferimenti, il quale, come si vedrà, fornisce peraltro una rinnovata ricostruzione dell'istituto, nell'ambito dell'inquadramento proprio della nostra impostazione: *infra*, par. 4.1, n. 62. Sull'invalidità parziale, si veda ora, in generale continuità con la medesima impostazione, S. VACCARI, *L'invalidità parziale del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2024, di cui pure *infra*, ivi, n. 63.

<sup>24</sup> Si veda, in particolare, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 395 ss.; II-2, cit., pp. 20 ss.; *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 34 ss. e 181 ss.

<sup>25</sup> La considerazione di un generale canone processuale dell'attività amministrativa parte dal superamento della considerazione teleologica del processo, secondo la posizione tradizionale, la quale richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale: cfr., in merito ad essa, in particolare F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, CEDAM, 1936, p. 44; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, CEDAM, 1939, p. 4. La dottrina amministrativistica che ha sviluppato il concetto di funzione sotto un profilo strutturale, quale processo formativo dell'effetto, ha infatti avuto buon conto di considerare che il concetto di processo dovesse necessariamente rifarsi alla connotazione strutturale propria della stessa esplicazione della funzione: si è così distinto, da parte di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, Vita e Pensiero, 2006, pp. 1131-1132, il procedimento dal processo in relazione alla circostanza che nel processo partecipano soggetti che perseguono interessi diversi da quello del soggetto a cui compete l'emanazione dell'atto, i quali possono in tal modo concorrere alla trasformazione del potere (cfr. anche ID., *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 739). Per questa via, è risultato possibile giungere alla considerazione per cui il contraddittorio è ciò che caratterizzerebbe la sostanza processuale dell'attività, ciò che, quindi, definisce il processo come tale, a prescindere da qualsiasi connotazione di ordine teleologico; il processo è, cioè, un procedimento che si svolge attraverso la rappresentazione delle posizioni delle parti nella cui sfera giuridica la decisione dispiegherà i suoi effetti. In particolare, l'affermazione dell'impostazione generale appena descritta si deve ai contributi

La l. n. 241/1990 ha recepito, infatti, un modello procedimentale fondato su canoni che assumono, in termini soggettivi e oggettivi, i caratteri propri in via generale di un processo, per come appena specificati<sup>26</sup>.

In particolare, sotto il profilo soggettivo, pur non ponendosi i soggetti partecipanti su un piano di parità rispetto al momento decisorio, né assistendosi, sotto tale profilo, ad una compiuta separazione tra contraddittori e autorità decidente, si è comunque in presenza di una procedura che, nella definizione della decisione, consente ai soggetti, nella cui sfera giuridica la decisione stessa dispiegherà i suoi effetti, di partecipare all'attività strutturalmente volta alla definizione del contenuto del relativo atto, senza che il

---

di E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, CEDAM, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, UTET, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 819 ss., il quale, ponendosi, sotto tale profilo, su analoga linea, in via generale, di quella tracciata da F. Benvenuti, ha specificato come la partecipazione debba atteggiarsi, perché possa parlarsi di processo: nel senso cioè che mentre il procedimento si identifica con una serie concatenata di atti, il processo è qualche cosa di più e di diverso, essendo necessaria la partecipazione di coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale produrrà i suoi effetti in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività (E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; ID., *Processo*, cit., p. 1072; ID., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.). È su tali basi che la dottrina amministrativistica successiva, che si è inserita nel solco del concetto di funzione considerato da F. Benvenuti, ha potuto porre in diretta correlazione quest'ultima con la valorizzazione della sostanza processuale dell'attività amministrativa: in questo senso G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975, p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss.; *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, CEDAM, 1968; nonché G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss. Il passo successivo sarà quello di rapportare la sostanza processuale dell'attività non alla funzione intesa come farsi del potere, ma, come rappresentato nel testo, quale farsi della decisione: cfr. *infra*, in nota.

<sup>26</sup> Dopo l'introduzione della l. n. 241/1990, si è in via generale ammessa, perlomeno da una parte della dottrina, una generale processualizzazione, o quantomeno una processualizzazione in senso lato, dell'azione della P.A.: cfr. in particolare, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, ESI, 1996, p. 248 ss.; L. MIGLIORINI, *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Napoli, ESI, 1993, p. 89; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, *passim*; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, *ivi*, 2005, p. 1003 ss.

L'impostazione propriamente processuale della funzione amministrativa, ad ogni modo, si ritrova attualmente, nello specifico, nel filone dottrinale oggettivistico, che, ponendosi nel solco dell'insegnamento di F. Benvenuti, G. Berti e G. Pastori, ha da ultimo cercato di portare ad una più compiuta ricostruzione strutturale la considerazione della forma processuale del procedimento e, per tale via, la stessa ascrizione del procedimento amministrativo al genere procedurale a cui appartiene il processo giurisdizionale: in questo senso, cfr. in particolare L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., spec. p. 61 ss.; M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 103 ss. (che amplia una riflessione già effettuata, in forma più ridotta, in ID., *La "manifesta infondatezza" della domanda nel procedimento e nel processo*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, CEDAM, 2007, p. 309 ss.); M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, CEDAM, 2008, p. 93 ss.; ID., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; ID., *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, CEDAM, 2012.

decisore possa obliterare tale attività, pur potendosi discostare dalle relative posizioni, dandone conto<sup>27</sup>. Sotto il profilo oggettivo, poi, la considerazione normativa, che riceve l'attività procedimentale, è improntata ad un'ottica processuale, per come avente carattere di accertamento: viene infatti prevista la proposizione di una domanda da parte del privato istante o la sua auto-proposizione dalla P.A., con l'avvio del procedimento; e viene corrispondentemente regolamentata un'attività di verifica della sussistenza degli elementi fattuali e della integrazione della relativa fattispecie normativa, ai fini della definizione della decisione concernente l'esercizio o il non esercizio del potere nel caso concreto; di tali risultanze procedimentali, è prescritto debba darsene conto nell'apposita motivazione dell'atto, nel momento, quindi, di manifestazione della decisione assunta, che ad esse deve appunto essere rapportata<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> In particolare, la previsione, ai sensi degli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, della comunicazione dell'avvio del procedimento, della partecipazione delle parti, delle modalità partecipative attraverso l'accesso e il deposito di memorie scritte e documenti che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento, nonché la disciplina del preavviso di rigetto, comportano che l'autorità decidente debba necessariamente aprirsi al confronto delle parti e considerare l'attività dell'altra parte intervenuta. In questo modo, si sancisce la presenza di una procedura in contraddittorio, e si consente, secondo l'insegnamento processualciviltistico, di cui subito sopra, in nota, di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo. L'assenza di una piena pariteticità tra le parti non toglie, infatti, che i soggetti privati assumano un ruolo, all'interno del procedimento, che si caratterizza per la rappresentazione della propria posizione in termini di contraddittorio con l'autorità decidente, giacché quest'ultima, se può disattendere, non può anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola affatto in considerazione ovvero non dandone conto (si veda, in particolare, l'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990, sull'obbligo di valutazione delle memorie e dei documenti, per come correlato con il precedente art. 3, sulla motivazione dell'atto). Il contraddittorio, in questo senso, è limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che riguarda la sua esplicitazione tra le parti), ma non lo è sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e l'autorità decidente: cfr., su tale distinzione M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, cit., pp. 69 ss.). Non si può quindi negare la presenza di un contraddittorio in senso tecnico sulla base della circostanza che l'autorità decidente sia al tempo stesso appunto soggetto che decide e contraddittore, sia, cioè, parte in senso sostanziale, la quale, ancorché imparziale, cura direttamente interessi pubblici coincidenti o in conflitto con quelli dei privati attraverso lo svolgimento dell'azione amministrativa, mentre perché vi sia pariteticità effettiva l'autorità decidente dovrebbe necessariamente essere terza e indipendente rispetto alle parti (così, invece, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., pp. 239 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 939-940; ID., *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, cit., pp. 4512-4513; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 121 ss.).

La presenza di una procedura in contraddittorio (sia pure, nel senso descritto, non *prettamente garantistico*, ma *collaborativo-garantistico*, secondo la terminologia da noi utilizzata in precedenti scritti) consente quindi, come detto, di concludere nel senso che l'azione amministrativa si svolge nella forma di un processo, il cui oggetto, in particolare, si rivolge alla decisione in ordine all'esercizio della situazione giuridica di potere, e la cui struttura è quella propria di un modello fondato sulla mancanza o sull'incompleta separazione tra l'organo decidente e i contraddittori. Sul punto, si veda, ancora, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 403 ss.; II- 2, cit., pp. 20 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 34 ss.

<sup>28</sup> In questo modo, viene normativamente prevista una procedura all'interno della quale assume rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti; come detto nel testo, ciò che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori, regolamentata dagli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività viene, poi, come pure si è considerato, inquadrata all'interno di un modello processuale corrispondente, che consente di rapportarla alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda, come detto nel testo); rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verifica della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, rapporta la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra nella norma di cui all'art. 3, l. n. 241/1990. In presenza di detti caratteri, l'attività viene quindi unitariamente considerata

Il modello di produzione, che viene in questione in relazione al potere amministrativo, può dirsi essere dunque strutturato nel senso di un processo, che incentra la formazione della decisione sull'*accertamento*<sup>29</sup>. La funzione amministrativa, intesa, sotto il profilo strutturale, come processo di manifestazione di una decisione<sup>30</sup>, rappresenta cioè una procedura volta ad accertare, nella complessità soggettiva che si esplica attraverso il contraddittorio tra le parti, la sussistenza della/e situazione/i giuridica/he che assurgono ad ipotesi da verificare.

Tale rappresentazione, peraltro, non assume un carattere meramente descrittivo, ma deve considerarsi rappresentare un'esplicita scelta di valore, effettuata dall'ordinamento, nella definizione del modo di partecipazione alla determinazione del valore propria di tutte le ipotesi in cui la situazione di potere da esercitare non presenti, in sé, carattere vincolato<sup>31</sup>.

La presenza di un margine di scelta, afferente al profilo teleologico proprio del potere, comporta, infatti, la partecipazione del soggetto alla determinazione del valore da attuare, che si sostanzia nell'elaborazione di un criterio di preferenza che porta ad una regola concreta di azione. Tale elaborazione non rileva però, in ogni caso, in via autonoma e diretta: ciò avviene solo qualora si attribuisca una specifica rilevanza al processo formativo della decisione, nei termini della corrispondente configurazione della relativa struttura procedurale a cui si conferisce rilievo.

La considerazione non è senza conseguenze perché, nel momento in cui il valore riferito, da parte dell'ordinamento, è alla rilevanza normativa di una procedura fondata, come visto, sull'accertamento (scelta di valore procedurale), la stessa attribuzione di una partecipazione alla determinazione del valore da attuare (scelta di valore sostanziale) deve essere considerata necessariamente insieme alla prima, andando a costituire, entrambe, due piani di rilevanza del medesimo rapporto.

Il risultato, a cui per tale via si perviene, è quello per cui, nei termini specificati, il modello procedimentale venga a caratterizzare anche la scelta discrezionale che in esso trova riscontro, nel senso, cioè, che debbano ascrivere al modello di accertamento anche attività che, sotto un profilo materiale, da esso in sé

---

quale ascritta ad una verifica in relazione ad una proposta di decisione che trova la sua esplicazione nell'ambito di un corrispondente processo: sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., p. 410 ss.

<sup>29</sup> Sul modello procedimentale amministrativo quale procedura di accertamento, si vedano anche, nelle differenti declinazioni, B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, CEDAM, 2001, spec. p. 75 ss.; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, CEDAM, 2012, p. 92 ss.

<sup>30</sup> Secondo l'impostazione in particolare di F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, Maggioli, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, Giuffrè, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss., che, per tale via, ha superato, da un lato, la tradizionale visione strutturale della funzione come farsi dell'effetto (cfr. *supra*, in nota, nei riferimenti a Benvenuti), e, dall'altro, la configurazione di una decisione come limitata ai provvedimenti di procedimenti prettamente contenziosi. Cfr. *Potere*, I, cit., p. 387 ss.

<sup>31</sup> Sulle considerazioni di seguito nel testo, si veda *Potere*, I, cit., p. 439 ss.; ID., *A mo' di prime conclusioni. Sulla riflessione su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Pers. amm.*, 2024, 2, p. 469 ss.

esulerebbero. Il procedimento, in altri termini, non assume comunque carattere determinativo, anche in presenza di una scelta discrezionale, ma rimane ancorato alla propria struttura normativa, in ragione della scelta di valore ad essa sottesa.

Sotto il profilo delle situazioni giuridiche, ciò comporta che, sul solo piano procedurale, la scelta discrezionale partecipa già della struttura della fattispecie della situazione di potere, ancorché risulti non ancora definita. La regola di preferenza discrezionale, che eventualmente connota il potere amministrativo, deve, in altri termini, considerarsi già operativa sul piano procedurale, ancorché non lo sia sul piano sostanziale; la situazione giuridica di potere, di conseguenza, viene a configurarsi quale obbligo di adozione di un atto precettivo, sussistente se sussistono gli elementi, vincolati e discrezionali, della relativa fattispecie; o come obbligo di non adozione dell'atto, in caso di loro insussistenza. In questo modo, infatti, la relativa attività valutativa in ordine all'esercizio del potere, che si dispiega all'interno del procedimento, viene a rientrare nella considerazione normativa propria di un'attività di accertamento, quale espressione del modello strutturale della relativa funzione<sup>32</sup>.

### **3.1 (segue) L'effetto di accertamento del provvedimento**

Se si aderisce alla proposta ricostruttiva appena descritta, si ha, come conseguenza, che la decisione amministrativa assume un contenuto di accertamento, quale avente ad oggetto la sussistenza/insussistenza della/e situazione/i giuridica/he di potere oggetto del procedimento (e quindi l'obbligo di produrre l'effetto, in caso di sussistenza dei relativi presupposti; ovvero di non produrlo, in mancanza di essi). Se, infatti, come detto, la funzione individua il processo formativo della decisione, e se tale processo formativo è normativamente strutturato come procedura di accertamento rivolta alla situazione di potere da esercitare, l'accertamento è ciò che viene a connotare il contenuto della stessa decisione, assumendo rilievo centrale anche rispetto alla produzione dell'effetto costitutivo da parte del provvedimento, avente solo rilievo attuativo di quanto deciso.

A sua volta, la centralità del contenuto di accertamento è potenzialmente idonea a riversarsi sul piano effettuale, quale vincolo a considerare esistente/inesistente, ad un dato referente temporale, la situazione di potere oggetto dell'accertamento (c.d. effetto di accertamento, analogamente a quanto si riscontra per il giudicato sostanziale nel processo giurisdizionale)<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Da ciò deriva, a sua volta, che la situazione del privato rispetto al potere si configura comunque come pretesa all'utilità finale (alla produzione/non produzione dell'effetto), potendo come tale essere posta ad oggetto del giudizio; e che, corrispondentemente, nell'ordine procedurale proprio del processo giurisdizionale, la discrezionalità si ponga nel suo carattere procedurale, tale per cui il suo mancato esaurimento corrisponde solo ad un limite cognitorio per il giudice all'accertamento, che può essere superato attraverso l'allegazione, in via processuale, della scelta discrezionale corrispondente da parte della P.A. Sul punto, cfr. ancora *Potere*, I, cit., p. 456 ss.; II-1, cit., p. 211 ss.

<sup>33</sup> Sui profili di seguito nel testo, si rimanda, per un approfondimento, a *Potere*, I, cit., pp. 90 ss., 107 ss. e 495 ss.; ivi i relativi riferimenti. In ordine alla dottrina processualistica, si vedano ad ogni modo, in particolare, A. CHIZZINI, *La*

Invero, tra accertamento come attività di verifica, accertamento come contenuto dell'atto e accertamento come effetto di vincolo, non vi è, in sé, alcuna correlazione di ordine logico. L'una non presuppone l'altro e può quindi prescindere: ben può esserci un'attività di verifica giuridicamente rilevante a cui l'ordinamento non fa conseguire un effetto di vincolo; del pari, un effetto di vincolo può in ipotesi scaturire da un atto che non presuppone, quale modulo normativo per la sua adozione, un'attività giuridicamente rilevante di accertamento. I due piani, quello dell'integrazione della fattispecie e quello della produzione dell'effetto, sono logicamente distinti.

Tuttavia, rispetto a tale considerazione, va pure evidenziato come l'ordinamento tenda ad instaurare, al livello di diritto positivo, un collegamento, di ordine funzionale, tra i relativi profili. Così, l'effetto di vincolo proprio del giudicato si produce, nell'ambito del processo giurisdizionale, a seguito di una procedura di accertamento di piena giurisdizione (o quantomeno della possibilità della sua esplicazione), comportante un contraddittorio prettamente garantistico tra le parti, una volta esauriti i relativi gradi di giudizio.

Allo stesso modo, si può allora ritenere che l'atto amministrativo produca, accanto e a prescindere da un effetto costitutivo, un effetto di accertamento sulla situazione giuridica di potere oggetto del procedimento (sull'obbligo di produrre l'effetto/di non produrlo, sussistendo/mancando i relativi presupposti).

La differenza, con l'effetto di accertamento proprio del giudicato, risiede nel fatto che, in relazione a quest'ultimo, in ragione della piena giurisdizione che caratterizza il relativo processo, l'ordinamento stabilisce che l'atto, produttivo del vincolo, possa essere rimosso nella sua operatività nelle sole ipotesi delle impugnazioni straordinarie; mentre, per l'atto amministrativo, in ragione di un contraddittorio pur presente ma meno pregnante, la possibilità di far venir meno la sua operatività è più ampia, rapportandosi all'impugnazione giurisdizionale, da un lato, e alla possibilità di intervenire con un potere di secondo grado, dall'altro.

Il collegamento, di ordine funzionale, tra attività di accertamento ed effetto di vincolo, incide, quindi, sul regime di stabilità dell'atto, tale per cui ad un processo maggiormente garantistico si riconduce, in via generale, un ordine di stabilità maggiore, e viceversa. L'effetto di accertamento non consente infatti di mettere in discussione l'oggetto dell'accertamento, ma ciò non è logicamente correlato ad un determinato grado di stabilità dell'atto, che dipende invece dal regime di quest'ultimo. L'effetto di accertamento, in questo senso, semplicemente rimane in piedi fin tanto che permane l'operatività dell'atto. Se l'atto mantiene intatta la sua operatività, il vincolo permane; nei limiti, chiaramente, del suo contenuto, e in

---

*revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, CEDAM, 1994, pp. 94 ss. e 184 ss.; M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 210 ss. e 221 ss.

relazione al suo referente temporale (può essere superato da fatti successivi rilevanti, senza che si produca un contrasto con il vincolo di accertamento, per definizione)<sup>34</sup>.

La ricostruzione effettuata comporta dunque che il modello di produzione, proprio del potere amministrativo, non sia caratterizzato dalla logica dell'abrogazione, e quindi sulla successione temporale degli atti di esercizio del potere<sup>35</sup>, ma si basi su un criterio opposto<sup>36</sup>. L'adozione dell'atto, produttivo dell'effetto, comporta cioè una preclusione al riesercizio del potere – si badi bene – qualora un atto efficace sia adottato e sin tanto che esso permanga nella sua operatività<sup>37</sup>. Il potere potrà essere riesercitato solo venuto meno l'atto, se, e nei modi in cui, l'ordinamento consente di rimuoverlo: con riferimento al

---

<sup>34</sup> Cfr. ancora *Potere*, I, *loc. ult. cit.* In particolare, il vincolo dell'accertamento si rapporta al momento costituente il referente temporale a cui la dichiarazione di esistenza o inesistenza della situazione giuridica deve fare riferimento, che rappresenta un limite strutturale all'efficacia dell'accertamento stesso, nel senso che la situazione giuridica è dichiarata rispetto a quel dato momento, rispetto al quale i fatti successivi sono idonei ad influire sulla sua determinazione: così, per l'accertamento giurisdizionale il referente temporale è solitamente individuato nell'udienza di precisazione delle conclusioni.

<sup>35</sup> La logica dell'abrogazione comporta che debba considerarsi sussistente un effetto abrogativo implicitamente contenuto nell'atto di riesercizio del medesimo potere; o, nel caso si faccia riferimento a più situazioni giuridiche di potere che si pongano in relazione di incompatibilità tra loro, di atto espressione di altro potere che, portando ad un risultato incompatibile con il primo atto, comunque presupponga un implicito riesercizio del potere originario in senso difforme alla sua prima espressione. Tale effetto consiste in ciò, che, pur in presenza di un atto di esercizio di un potere che sia efficace, questo possa essere posto del nulla dal nuovo atto. È quindi un effetto, quello abrogativo, che non è diretta espressione di un particolare potere, ma deriva dall'incompatibilità, indifferentemente espressa o implicita, del secondo atto con il primo: in tanto ciò è possibile, in quanto si presupponga che non sussista una preclusione dettata dalla situazione effettuale posta in essere con il primo atto di esercizio. Conseguentemente, la situazione giuridica di potere continua a sussistere in concreto, essendo in grado di esprimere, con il suo esercizio, una situazione effettuale valida che si sostituisca, altrettanto validamente, alla precedente.

Sostanzialmente in termini con tale ricostruzione, secondo le differenti declinazioni, E. CANNADA BARTOLI, *Abrogazione*, cit., p. 157 ss., spec. pp. 158-159; S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, cit., p. 141 ss., spec. pp. 142-143; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, CEDAM, 1962, p. 294 ss.; G. CORSO, *L'efficacia*, cit., p. 335 ss. Sul punto cfr. anche, in generale, M.S. GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, Padova, CEDAM, 1942, ora in *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002, p. 423 ss.; F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giur.*, I, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss. Si veda *Potere*, I, cit., p. 80 ss.

<sup>36</sup> La struttura normativa del singolo potere può, ovviamente, porsi in termini differenti rispetto a questo modello generale, o comunque delimitarne o escluderne i relativi effetti. In particolare, una specificazione può farsi per quegli atti che non rispondono al modello di accertamento, secondo quanto rappresentato subito sopra, nel testo e in nota. Rispetto a tale modello, infatti, sono esclusi, in particolare, gli atti normativi e quelli a contenuto generale, per i quali l'art. 3, co. 2, l. n. 241/1990, non richiede la motivazione (in disparte ogni considerazione in ordine alla idoneità della relativa fattispecie normativa a configurare uno schema in cui sia previsto il rapportarsi della realtà fattuale a quella giuridica ai fini dell'integrazione degli elementi previsti dalle norme sostanziali sulla produzione). In ordine ad essi, non vi è un effetto di accertamento, ma solo un effetto costitutivo; il fenomeno abrogativo può allora essere riconosciuto nel momento in cui la struttura normativa del relativo potere presupponga la possibilità che l'atto di riesercizio faccia venir meno le statuizioni previgenti incompatibili. Ciò che è conforme all'impostazione che ammette, rispetto a tale tipologia di atti, il fenomeno dell'abrogazione, come visto *supra*, al par. 2.

<sup>37</sup> Altra è invece la preclusione di ordine sostanziale che di solito si invoca al fine di impedire il riesercizio del potere a seguito dell'annullamento dell'atto: in tale ipotesi, infatti, diversamente da quanto detto in ordine all'effetto di accertamento, la preclusione *prescinde* dall'operatività dell'effetto proprio dell'atto, e anzi ne può presupporre il venir meno (cfr. ancora *Potere*, I, cit., p. 80). Non si ritiene che una preclusione del genere esista nel nostro diritto positivo: *Potere*, I, cit., p. 346 ss.; salvo, da ultimo, quella propria dell'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 120/2020, comunque di portata molto limitata e del tutto recessiva, quantomeno rispetto ad un processo fondato sulla condanna ad un *facere*: cfr. *Potere*, II-1, cit., p. 7 ss.; *Considerazioni su preavviso di rigetto e preclusioni*, in *Dir. e proc. amm.*, 2024, p. 433 ss.

provvedimento amministrativo, come ricordato, ciò può quindi avvenire attraverso l'impugnazione giurisdizionale, ovvero, ed è ciò che in questa sede interessa, attraverso un potere amministrativo di secondo grado a ciò preposto.

#### **4. La funzione amministrativa di secondo grado e i relativi poteri. Inquadramento generale**

La funzione amministrativa corrisponde, dunque, sotto un profilo strutturale, ad un processo in cui l'Amministrazione procede ad un accertamento della/e situazione/i giuridica/he di potere, e, ravvisandone la sussistenza/insussistenza, accerta l'obbligo di produrre/non produrre l'effetto, e provvede nel senso corrispondente. Il relativo provvedimento produce un effetto dichiarativo/di vincolo a tale accertamento corrispondente, ed eventualmente il conseguente effetto costitutivo.

Rispetto ad essa, è possibile individuare una funzione *di secondo grado*, all'interno della quale avviene l'accertamento di corrispondenti poteri, anch'essi di secondo grado, idonei ad intervenire, in vario modo, rispetto ad un atto, espressione di un potere di primo grado, già adottato<sup>38</sup>.

I poteri di secondo grado si caratterizzano, in ragione della considerazione del rapporto tra il loro profilo teleologico-funzionale, la relativa struttura normativa procedurale e il particolare quadro di presupposti ad essi inerenti, per avere una consistenza tale da assumere un loro specifico rilievo sostanziale<sup>39</sup>. Sono, cioè, poteri autonomi rispetto a quello originario, di cui presuppongono l'esercizio, rapportandosi con la/e situazione/i effettuale/i da questo prodotto. Tale rapporto si esplica in ciò, che l'effetto, proprio di essi, non corrisponde a quello del potere di primo grado, ma incide su quello, dichiarativo e/o costitutivo, da quest'ultimo prodotto, ovvero sull'operatività della relativa fattispecie.

In tali ipotesi, l'oggetto del procedimento è costituito dall'accertamento della/e situazione/i di potere di secondo grado che viene/vengono in questione. Attraverso di essa/e, è possibile porre in discussione l'effetto di accertamento in ordine alla sussistenza/insussistenza della/e situazione/i giuridica/he di

---

<sup>38</sup> Sulle considerazioni che seguono, cfr. già *Potere*, II-2, cit., p. 192 ss., il cui svolgimento viene qui ripreso e sviluppato.

<sup>39</sup> Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., pp. 485 ss. In particolare, si può aderire, sotto questo profilo generale, a quanto sostenuto da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., pp. 11 ss., 74 ss. e 178 ss., il quale evidenzia come il diverso regime a cui i poteri di riesame sono sottoposti porta ad una diversa struttura del processo decisorio, e quindi, conseguentemente, ad un diverso profilo teleologico che in esso trova rappresentazione, secondo un'impostazione che riceverebbe ora pieno riscontro dalle modifiche normative da ultimo intervenute. Sul punto, si veda anche F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 2017, pp. 13 ss. e 28 ss., il quale ritiene scriminante il nuovo volto che l'autotutela decisoria avrebbe assunto a seguito dei recenti interventi legislativi, che non consentirebbero di ritenerla un'espressione dell'immanenza ed inesauribilità del potere originario, secondo il tradizionale inquadramento che viceversa sarebbe rimasto sostanzialmente intatto anche dopo la l. n. 15/2005. Da parte nostra, si ritiene che le riforme intervenute rappresenterebbero la conferma di un quadro ricostruttivo mutato già con la previsione legislativa dei poteri di secondo grado, la quale ha permesso la loro estromissione dal referente del potere originario, senza che per questo risultasse violato il principio di legalità, in ragione dell'impossibilità di attingere, come era precedentemente, ad una specifica norma attributiva.

Tale impostazione generale è stata peraltro fatta ora propria anche da Corte cost., sent. n. 88/2025, come visto *supra*, par. 2, nel testo e alla n. 9.

potere originaria/e, prodotto dall'atto amministrativo esercizio del potere di primo grado; oppure far venir meno l'effetto costitutivo prodotto dal provvedimento, in ragione di una sopravvenienza che supera l'accertamento precedente.

I) La seconda delle due categorie appena menzionate fa riferimento all'ipotesi in cui l'accertamento oggetto del provvedimento originario non sia posto in discussione, ma venga semplicemente superato, in ragione dell'intervento di un fatto rilevante successivo al referente temporale dell'accertamento<sup>40</sup>. Come spiegato, infatti, il vincolo dell'accertamento si rapporta al momento costituente il referente temporale a cui la dichiarazione di esistenza o inesistenza della situazione giuridica deve fare riferimento: detto referente rappresenta, quindi, un limite strutturale all'efficacia dell'accertamento stesso, nel senso che la situazione giuridica è dichiarata rispetto a quel dato momento, rispetto al quale i fatti successivi sono idonei ad influire sulla sua determinazione. L'esito del nuovo accertamento, corrispondentemente, è volto unicamente ad eliminare l'effetto costitutivo prodotto dall'atto originario. In tale prospettiva si colloca la *revoca per motivi sopravvenuti*, di cui all'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990<sup>41</sup>.

II) Nell'ambito invece della prima categoria a cui si è fatto riferimento, che è quella che a noi maggiormente interessa, vengono in esame i poteri attraverso cui è possibile far venir meno l'operatività dell'atto in ordine all'effetto di accertamento da esso prodotto, oppure decidere in ordine al suo mantenimento. In tale prospettiva, vengono in questione l'*annullamento d'ufficio*, la *revoca per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*, la *convalida* e la *conferma*, nei termini che si avranno modo di spiegare.

La caratteristica di tali poteri di secondo grado è quella per cui l'Amministrazione conosce direttamente, in via generale, della correttezza della valutazione di primo grado sull'originaria situazione giuridica di potere, sotto il profilo sostanziale, ovvero del vizio formale o procedurale dell'atto, al fine appunto di considerare sussistente, in ragione della presenza anche degli eventuali ulteriori elementi previsti dalla relativa disciplina normativa, il fatto costitutivo della situazione di potere di secondo grado.

Tale indicazione generale deve essere spiegata, nei termini che seguono.

In ordine al rapporto tra erroneità sostanziale ed erroneità procedurale del provvedimento, si deve tenere presente come, nell'ambito dell'annullamento d'ufficio, l'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 164 dell'11 novembre 2014, stabilisca la non annullabilità d'ufficio dei provvedimenti affetti dai vizi di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, relativo, a sua volta, alla non annullabilità dell'atto per vizi formali e procedurali qualora il contenuto del provvedimento non poteva essere diverso da quello

---

<sup>40</sup> Cfr. *supra*, par. 3.1.

<sup>41</sup> Non, quindi, quella per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, laddove possibile, su cui *infra*, nel testo, di seguito e al par. successivo.

adottato<sup>42</sup>. Ciò significa che la P.A. non potrà procedere ad un annullamento d'ufficio per vizi formali o procedurali, nei termini che si intendono contemplati dalla norma<sup>43</sup>.

In proposito, va dunque chiarito il rapporto tra vizi formali/procedurali e vizi sostanziali, così da poter rappresentare la conseguente possibilità di declinazione, in senso corrispondente, dei poteri di secondo grado.

In via generale, gli elementi sostanziali corrispondono ai requisiti la cui integrazione comporta la sussistenza della situazione di potere, intesa, secondo l'accezione che deriva dalla nostra ricostruzione, quale obbligo di produrre (in caso di integrazione positiva), ovvero di non produrre (in caso contrario), l'effetto al potere corrispondente. Gli elementi formali sono invece individuati da quelle norme sulla produzione che identificano il soggetto competente ad adottare l'atto e prescrivono le modalità di esercizio del potere.

In tale contesto si inserisce, sotto il profilo che qui interessa, la problematica del vizio della motivazione dell'atto, tradizionalmente considerata a cavallo tra le due tipologie di elementi<sup>44</sup>. Rispetto ad essa, è dunque necessaria una preliminare chiarificazione.

In proposito, volendosi sintetizzare al massimo, può dirsi come risulti ormai piuttosto pacifico che la motivazione non possa intendersi come corrispondente sostanziale dei motivi/presupposti che sorreggono una decisione<sup>45</sup>, pena, altrimenti, la sua completa svalutazione come elemento dell'atto. La motivazione rappresenterebbe, allora, un elemento formale, corrispondente ad un discorso giustificativo della decisione adottata, che per tale tramite si ricongiungerebbe al dato sostanziale<sup>46</sup>. Questa è, del resto,

---

<sup>42</sup> Come ricordato *supra*, n. 7, all'art. 21 *nonies*, co. 1, l. n. 241/1990, che stabilisce che “*il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio*”, definendone le condizioni, è stato aggiunto, dalla l. n. 164/2014, l'inciso “*esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2*”.

<sup>43</sup> In precedenza, la regola di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990 non era stata ritenuta applicabile all'annullamento d'ufficio: cfr. in questo senso A. CALEGARI, *Sulla natura sostanziale o processuale e sull'immediata applicabilità ai giudizi pendenti delle disposizioni concernenti l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi contenute nell'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990*, in *Giustamm.it*, 2005; G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 246 ss., a detta dei quali la non annullabilità in ragione della correttezza sostanziale della decisione sarebbe stata comunque ricompresa nella valutazione concernente la sussistenza dell'interesse pubblico all'annullamento. In senso contrario, per la generale applicabilità della norma, si veda tuttavia D. CORLETTI, *Vizi “formali” e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 34-35. In chiave dubitativa, ma sostanzialmente per il riferimento al solo annullamento giurisdizionale, si poneva invece F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 331, n. 26; allo stesso modo, su basi diverse D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 397.

<sup>44</sup> Sul punto, sia consentito rinviare, per un più compiuto approfondimento, a *Potere*, II-2, cit., pp. 124 ss.; ivi i relativi riferimenti.

<sup>45</sup> Nella considerazione che, in particolare, di essa diede M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, p. 265 ss., il quale, svalutando completamente la motivazione come espressione linguistica, ha dato riguardo soltanto alle ragioni oggettive che sostenessero la decisione.

<sup>46</sup> È l'impostazione fatta propria da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 28 ss., ma *passim*, che definisce (p. 50) la motivazione come discorso giustificativo redatto dal titolare del potere autoritativo a corredo di una decisione da esso adottata, ai fini appunto della ‘giustificabilità’ della decisione stessa, per come rivolta a differenti tipologie di destinatari in ragione del loro ruolo rispetto alla/e

L'impostazione che si considera attualmente recepita dal diritto positivo: l'art. 3, l. n. 241/1990, infatti, nel sancire il generale obbligo di motivare il provvedimento, ha specificato come, nella sua considerazione normativa, la motivazione debba indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione, nel collegamento procedurale con le risultanze dell'istruttoria; rappresentandola, in questo modo, come elemento formale dell'atto che deve comunque sussistere in quanto tale, a prescindere dall'esistenza in concreto di cause giustificative di fatto e di diritto<sup>47</sup>. Nello specifico, nella nostra ricostruzione, che si fonda su una considerazione della funzione quale modello processuale di accertamento, la motivazione può dirsi quindi rappresentare il discorso giustificativo della decisione, che si pone quale collegamento tra l'accertamento come attività di verifica e accertamento come contenuto dell'atto. La motivazione costituirebbe, in altri termini, un elemento attinente al contenuto formale dell'atto, che si esprime funzionalmente in chiave procedurale, per come idoneo a dare rappresentazione della considerazione degli elementi sostanziali che concernono la situazione giuridica oggetto del provvedimento, che concernono, cioè, l'accertamento come contenuto della decisione. L'elemento in questione, si aggiunge, si deve ritenere assumere carattere essenziale, nei limiti della sua idoneità ad esprimere il collegamento rappresentato, tra verifica e contenuto dell'atto. Proprio in quanto elemento formale dell'atto, però, il vizio di motivazione risulta in generale soggetto all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990<sup>48</sup>. L'ipotesi in cui il discorso argomentativo, considerato in sé e in

---

valutazione/i positivamente rilevante/i su di essa. In tal modo, è possibile considerare direttamente il dato sostanziale relativo alla motivazione sotto un profilo oggettivo, mantenendone intatto il suo rilievo formale quale discorso giustificativo.

<sup>47</sup> È considerazione comune che l'obbligo di motivazione del provvedimento, prescritto in via generale (salve eccezioni) da parte dell'art. 3, l. n. 241/1990, non consenta, in sé, di obliterare il valore della motivazione come discorso giustificativo, che dunque è un elemento che deve essere integrato a quello della valenza sostanziale della motivazione stessa: cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, cit., p. 684; in ID., *Motivazione (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3742 ss. (il quale, tuttavia, ha ritenuto, *op. ult. cit.*, p. 3743, che a seguito dell'introduzione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, la logica sostanzialistica si sarebbe riaffermata); F. CARDARELLI, *Motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 392 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 272 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 202 ss.; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 775.

<sup>48</sup> La problematica, concernente l'applicabilità dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, al vizio di motivazione, è stata a lungo indagata, in dottrina e giurisprudenza: si veda, in proposito, quanto riportato alla nota successiva; nonché, per approfondimenti, *Potere*, II-2, cit., p. 132 ss., nel testo e in nota.

Sul punto, va peraltro segnalato come la questione sia stata in via generale affrontata con riferimento al piano generale di applicazione della norma, cioè quello proprio del contesto giurisdizionale. Rispetto ad esso, l'art. 21 *octies*, co. 2, avrebbe rappresentato, secondo l'interpretazione diffusa, una delle modalità per superare un giudizio fondato 'sull'atto', e passare, attraverso la considerazione della correttezza della decisione, ad un giudizio 'sul rapporto'/'spettanza'. In questo senso (e in disparte la correttezza della diretta correlazione tra la norma in esame e l'oggetto del giudizio sulla spettanza), si è posto il problema del rapporto con i poteri di secondo grado, giacché, come già avvertito (*supra*, par. 2, n. 18), anche l'utilizzo di questi (segnatamente, della convalida) è stato visto come possibilità di integrazione della motivazione in giudizio, con la sua funzionalizzazione, per tale via, all'incidenza in un processo giurisdizionale potenzialmente o eventualmente in corso (peraltro, proprio in ragione di tale correlazione, stigmatizzandosene e limitandosene comunque il relativo utilizzo). Tuttavia, in via di principio, altro sarebbe la c.d. 'integrazione della motivazione' in giudizio, ai fini della dequotazione, rispetto a quanto avverrebbe nell'ambito del (ri)esercizio del potere

quanto rappresentativo del contesto decisionale di riferimento, si presenti carente o erroneo, costituisce così, o comunque viene in rilievo, ai fini che ora interessano, quale vizio della motivazione, nel suo carattere formale/procedurale.

In effetti, può in proposito evidenziarsi che se, da un lato, la considerazione della motivazione come elemento formale dell'atto è ciò che ha consentito di evitarne la dequotazione, che derivava appunto da una concezione della motivazione sotto il profilo del suo rilievo sostanziale, quale corrispondenza con la sussistenza di ragioni idonee a sorreggere l'adozione dell'atto (e quindi come equivalenza motivazione-motivi, che rende sufficiente la loro sussistenza sul piano sostanziale, a prescindere dalla loro enucleazione formale nella motivazione), dall'altro, tuttavia, una volta intervenuto il disposto dell'art. 21 *octies*, co. 2, che impone di considerare l'influenza del vizio rispetto alla decisione, la sua considerazione formale ha fatto comunque accedere alle logiche della non annullabilità del provvedimento, con una corrispondente valorizzazione del dato sostanziale<sup>49</sup>.

---

amministrativo sostanziale (si veda, del resto, pure quanto detto *supra*, par. 2, n. 17 sul rapporto tra convalida e art. 21 *octies*, co. 2); per cui un accomunamento delle due forme, anche generico, apparirebbe comunque improprio. Vi è, come pure evidenziato, in questo (diffuso) approccio, e in generale nello stesso riferimento all'integrazione della motivazione/motivazione postuma, un'evidente commistione fra i due piani, giurisdizionale e procedimentale, che non distingue la difesa processuale, quale esercizio di un potere processuale rispetto ad un giudizio avente ad oggetto la tutela della pretesa del privato, dall'esplicazione di un potere di secondo grado, avente quale risultato l'incisione, in maniera eliminativa o conservativa, su un precedente atto amministrativo: sul punto, cfr., in termini critici, quanto si dirà *infra*, par. 6.

<sup>49</sup> In tale prospettiva, ci pare dunque incorrono in un'*impasse* quelle posizioni, dottrinali e giurisprudenziali, che, da un lato, valorizzano il ruolo della motivazione sotto un profilo sostanziale, per come legata agli elementi sostanziali della fattispecie, e, dall'altro, proprio sulla base di tale considerazione, si oppongono alla dequotazione del relativo vizio, determinata dall'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990: in questo senso, si veda ad es., M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 466 ss.; ID., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 894 ss.; N. PAOLANTONIO, *L'integrazione postuma della motivazione ed il problema dei cc.dd. vizi formali*, in *Giustamm.it*, 2007. Ed infatti, risulta agevole evidenziare, rispetto a tale rappresentazione, secondo quanto detto nel testo, come sia la diretta considerazione degli elementi sostanziali della situazione giuridica ciò che svaluta il riferimento alla motivazione in sé considerata, come autonomo dato formale, il quale, quindi, sotto tale profilo, verrebbe a subire la dequotazione, di cui si ha adesso riscontro all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990 (per le medesime obiezioni, con riferimento a quanto affermato da M. Ramajoli, si vedano G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, pp. 863-864; F. CARDARELLI, *Motivazione del provvedimento*, cit., p. 395).

Nello scenario descritto, la considerazione del rilievo sostanziale della motivazione, tale da sottrarre quest'ultima all'applicabilità dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, senza ricadere, tuttavia, nelle medesime conseguenze attraverso l'accesso all'ipotesi inversa (in ragione, cioè, della sussistenza di motivi idonei a sorreggere la decisione sotto il profilo sostanziale), è stata allora ricercata facendo riferimento ad aspetti differenti. Nello specifico, si è posta in rilievo la particolare significatività, secondo varie declinazioni, dell'elemento motivazionale, tale da evitarne la riconducibilità all'ambito di applicazione dell'art. 21 *octies*, co. 2. Si è così affermato che la motivazione rappresenterebbe una garanzia sostanziale in relazione all'azione amministrativa, come tale, non sopperibile attraverso la sua integrazione nel corso del giudizio: si vedano, ad es., D.U. GALETTA, *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da c.d. vizi formali*, in *Foro amm.-TAR*, 2002, p. 512 ss.; ID., *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, *Quad. Foro amm.-TAR*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 100 ss.; N. LONGOBARDI, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, p. 1033 ss.; nonché, nella sua specifica impostazione, A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, CEDAM, 2013, p. 275 ss. In giurisprudenza, è possibile riscontrare uno specifico

Non si viene a porre in maniera differente neppure l'ipotesi di erroneità della considerazione di un elemento della situazione giuridica di potere, per come addotto nella motivazione dell'atto, la quale non comporti anche un'erronea considerazione della sussistenza/insussistenza di quest'ultima.

Indubbiamente, nell'ipotesi in cui la motivazione, quale discorso giustificativo della decisione, fornisce la rappresentazione della sussistenza o insussistenza degli elementi della situazione giuridica di potere, il cui accertamento è oggetto della decisione stessa, l'insussistenza di un elemento assunto come sussistente dall'atto, o della sussistenza di un elemento assunto come insussistente, farebbe in sé riferimento ad un

---

indirizzo che, ponendosi nel senso appena descritto, ritiene che il vizio di motivazione non possa essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento un presidio di legalità sostanziale insostituibile: cfr., in questo senso, Cons. St., sez. VI, n. 3194 del 18 luglio 2016; sez. III, n. 2247 del 30 aprile 2014; sez. III, n. 1629 del 7 aprile 2014. In termini meno restrittivi si è posta, però, altra parte della giurisprudenza, che considera ammissibile allegare elementi ulteriori in giudizio, non presenti nella motivazione, sulla base, appunto, dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990: si vedano, ad es., Cons. St., sez. II, n. 3853 del 15 giugno 2020; sez. IV, n. 1959 del 28 marzo 2018; n. 1018 del 4 marzo 2014. La Corte costituzionale, dal canto suo, ha giudicato inammissibile la relativa questione di legittimità costituzionale (per quanto riferita, appunto, all'applicabilità della norma in esame al vizio di motivazione), in ragione della possibilità di fare comunque riferimento, anche qualora si dubitasse della costituzionalità dell'applicazione della disposizione al difetto di motivazione, all'indirizzo giurisprudenziale che si pone in termini negativi: si veda Corte cost., ord. n. 92 del 26 maggio 2015; Corte cost., ord. n. 58 del 17 marzo 2017. Né adeguato riscontro si è avuto in sede giudiziale di diritto UE: cfr. Corte giust. UE, 21 novembre 2011, in causa C-482/10, *Cicala*; 7 novembre 2013, in causa C-313/12, *Romeo*. Mentre nessun dubbio sulla questione potrebbe riscontrarsi in ordine alla rispondenza della norma in esame al diritto CEDU, nonostante i generali rilievi sollevati in questo senso da una parte della dottrina italiana: in relazione all'art. 6 CEDU, infatti, l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, nient'altro rappresenta se non l'esplicazione del meccanismo di compensazione *ex post* tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, per come previsto dalla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, giacché, in ogni caso in cui il giudice ritenga che il contenuto del provvedimento non poteva essere diverso, il sindacato, richiesto dalla Corte, di *full jurisdiction* – da intendersi sempre collegato al concreto atteggiarsi dell'oggetto del giudizio – deve ritenersi necessariamente integrato, perché il giudice ha dovuto escludere – quantomeno con riferimento ad uno specifico profilo sollevato, e comunque con riguardo al riferito atteggiarsi dell'oggetto del giudizio – la possibilità di un'alternativa rilevante in cui l'esercizio del potere potesse concretarsi; in tale prospettiva, non si pone allora un problema di allegazioni ulteriori nel corso del giudizio, purché alle parti siano concesse adeguate possibilità di difesa (cfr. CtEDU, *Van de Hurk v Netherlands*, 19 aprile 1994, par. 57; sul punto, si veda quanto da noi considerato in particolare ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 243, ed ivi n. 143).

La considerazioni effettuate si inseriscono, come avvertito alla nota precedente, e come del resto si evince dal tenore delle stesse impostazioni richiamate, all'interno della relativa problematica in rapporto ai suoi termini essenzialmente processuali, del rilievo, cioè, generale dell'art. 21 *octies*, co 2, al processo amministrativo; e risentono, per questa via, della stessa commistione tra difesa giudiziale ed esercizio di poteri di secondo grado a fini processuali, con riferimento alla possibilità di ulteriori allegazioni attraverso gli scritti difensivi, nonché in quella della convalida dell'atto in corso di giudizio. In proposito, cfr., in termini critici, quanto si dirà *infra*, par. 6.

Ad ogni modo, rimanendo su un piano generale, e in disparte le ultime considerazioni effettuate, può rilevarsi come l'unico modo per evitare una completa svalutazione della motivazione, ai fini della non annullabilità, sarebbe non tanto quello di svalutarne il rilievo formale; quanto collegare tale elemento ad una sua specifica significatività nel suo rapporto con la struttura della normativa funzione, e rispetto ad essa (e nei limiti di essa) rapportare un'autonoma modalità di invalidazione (in questo senso, si deve ritenere, risultando comunque compatibile con il dato costituzionale ed europeo), che si ponga in maniera conforme al dettato dell'art. 21 *octies*, co. 2. Così, nella nostra ricostruzione, ove la struttura normativa della funzione amministrativa è quella di un modello processuale di accertamento, vengono in rilievo, come si dirà subito di seguito, nel testo, il vizio di motivazione idoneo a rilevare *come vizio del contraddittorio* (mancato riscontro, in motivazione, degli apporti della parte), e l'*assenza completa di discorso argomentativo*, quale mancanza dell'elemento essenziale dell'atto, nei termini del collegamento tra accertamento come attività di verifica e accertamento come contenuto della decisione.

Sul punto, si rimanda, per gli opportuni approfondimenti, e i relativi riferimenti, a *Potere*, II-2, cit., p. 134 ss., nn. 193, 194 e 196.

elemento sostanziale, quale riferibile alla situazione di potere. La considerazione, in questo senso, del rilievo sostanziale della motivazione (più correttamente, degli elementi sostanziali rappresentati nella motivazione) non vale, però, a superare l'assunto per cui, proprio in quanto è agli elementi sostanziali della situazione giuridica che si sta facendo riferimento, la sussistenza di quest'ultima potrebbe essere riscontrata anche in relazione a elementi ulteriori ad essa afferenti. Più nello specifico, nell'ipotesi in cui la decisione sul potere di secondo grado prende in considerazione direttamente la sussistenza/insussistenza dell'obbligo originario afferente al potere, allora l'erronea rappresentazione di un elemento della fattispecie della situazione di potere non si risolve, in generale, in (nella manifestazione di) un vizio di per sé rilevante sulla soluzione sostanziale determinata in ordine all'oggetto della decisione; al contrario, questo può risultare influente sulla correttezza sostanziale della decisione (la sussistenza dell'obbligo afferente al potere), in ragione di elementi ulteriori (laddove, cioè, sussista un elemento alternativo in ordine alla sussistenza/insussistenza dell'obbligo concernente il potere, la quale era stata fondata sull'erronea indicazione di altro elemento invece rivelatosi insussistente/sussistente). Il vizio in ordine alla sussistenza/insussistenza dell'elemento in questione, in tal modo, potrebbe venire in rilievo solo come vizio formale, concernente l'argomentazione giustificativa della decisione.

Ora, l'ambito oggettivo della decisione di secondo grado è determinato dal rapporto con l'incidenza dei vizi formali e procedurali, la cui rilevanza, e consistenza, è definita, a sua volta, dall'art. 21 *octies*, co. 2 (adesso, come ricordato, espressamente richiamato dall'art. 21 *nonies*), escludendo, in via generale, la loro rilevanza ai fini dell'annullamento, nei termini dalla medesima norma fatti propri. In tale prospettiva, si deve dunque concludere che la P.A. non possa arrestarsi, nei medesimi termini, alla realtà dell'atto, ma debba verificare se la valutazione dell'accertamento dell'originaria situazione giuridica di potere dia come risultato la correttezza della decisione relativa alla sua sussistenza/insussistenza, con quanto da ciò consegue<sup>50</sup>.

La considerazione sarebbe, dunque, quella della non generale rilevanza, ai fini dell'annullamento dell'atto, dei vizi formali o procedurali (in cui risulta ricompresa anche l'erroneità della motivazione, nel senso specificato), nei termini prescritti dalla disposizione esaminata. L'errore di percezione, in cui sul punto può incorrersi, tra vizi formali e sostanziali, risiede nella focalizzazione sul vizio quale presunto paradigma logico di partenza, e non invece quale corrispondente patologico del relativo profilo sostanziale o formale; di un'erroneità, cioè, del contenuto dispositivo dell'atto avente ad oggetto la sussistenza della/e situazione/i di potere da esercitare, per il caso di invalidità sostanziale, ovvero della modalità di esercizio

---

<sup>50</sup> La situazione è, in questo senso, analoga, a quanto avviene nel processo amministrativo, nel momento in cui l'oggetto del giudizio non sia più l'illegittimità dell'atto, ma la situazione di pretesa sostanziale del privato, deducibile in questo senso attraverso la condanna ad un *facere*. cfr. *Potere*, II-2, cit., spec. pp. 104 ss. e 168 ss.

della funzione procedurale e della sua rappresentazione attizia, per il caso di invalidità formale/procedurale.

II-1) Nella prospettiva indicata, l'unico limite che può porsi, in ordine al non annullamento per vizi formali/procedimentali, deriva allora da una diversa rilevanza che questi ultimi possono assumere, nel loro rapporto con il dato normativo di riferimento.

La circostanza in questione si verifica in relazione alla considerazione della funzione, nell'ambito della sua ricostruzione quale modello procedurale di accertamento: gli elementi formali e procedurali che attengono a profili relativi alla *non obliterabilità dei caratteri essenziali della funzione*, infatti, godono di un differente rilievo, non potendo, altrimenti, la sostanza strutturale della funzione, assumere la centrale rilevanza che le si è conferita. Secondo i canoni processuali sopra rappresentati, detti elementi corrispondono all'*esplicazione del contraddittorio nei propri confronti* (profilo *sogettivo*), e alla *sussistenza della motivazione dell'atto*, quale esprime il collegamento tra verifica e decisione (profilo *oggettivo*). In ordine ad essi, dovrebbe essere dunque assicurata in ogni caso un'autonoma modalità di invalidazione del provvedimento<sup>51</sup>.

In particolare, lo svolgimento del contraddittorio è necessario, come spiegato, per l'identificazione della funzione in senso processuale sotto il profilo soggettivo, nel senso che al portatore di interesse deve essere assicurata la partecipazione al procedimento, senza che l'autore dell'atto (l'organo decidente) possa obliterarne l'attività, a prescindere dall'effettiva declinazione del rapporto tra le parti<sup>52</sup>. Il vizio del contraddittorio (quale concernente la mancata comunicazione di avvio del procedimento; il mancato accesso agli atti; la non considerazione, in motivazione, delle memorie presentate; ecc.<sup>53</sup>) oblitera quindi la funzione, nel senso rappresentato.

Per i vizi inerenti al contraddittorio deve quindi essere assicurata un'autonoma forma di invalidazione, la quale, a nostro avviso, può essere ricavata da una particolare lettura del *secondo periodo* dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, per come differente dal *primo*. Secondo quanto in altra sede si è avuto modo di

---

<sup>51</sup> Cfr. ancora, in ordine al processo giurisdizionale, *Potere*, II-2, cit., p. 149 ss.

<sup>52</sup> Cfr. *supra*, par. 3, nel testo e in nota.

<sup>53</sup> Più in particolare, i vizi in questione si pongono in correlazione con le relative pretese procedimentali del medesimo contenuto: la ricezione della comunicazione di avvio del procedimento (art. 7, l. n. 241/1990); la possibilità di prendere parte al procedimento (art. 9); la possibilità di prendere visione degli atti del procedimento, nei limiti del diritto di accesso (art. 10, lett. a); la possibilità di presentare memorie scritte e documenti (art. 10, lett. b); la comunicazione del preavviso di rigetto, con la relativa esplicazione di memorie, nei procedimenti ad istanza di parte (art. 10 *bis*); l'obbligo di valutazione, da parte dell'Amministrazione, dell'apporto partecipativo delle parti, se pertinente all'oggetto del procedimento, dandone riscontro nella motivazione dell'atto (art. 10, lett. b), seconda parte). La consistenza, e la rilevanza, di tali elementi, deve poi essere posta in correlazione con il carattere collaborativo-garantistico del contraddittorio procedimentale amministrativo, per come trova riscontro, in questo senso, nelle conseguenze della sua violazione, all'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990: cfr. la nota seguente.

Sui profili in questione, si veda, ampiamente, *Potere*, II-2, cit., p. 81 ss., ed ivi i relativi riferimenti.

rappresentare in ordine a tali statuizioni<sup>54</sup>, la differenziazione fra i due non risiederebbe infatti nelle specificazioni, essenzialmente descrittive, effettuate dalla norma con riferimento all'uno o all'altro, quale l'aggettivo palese, di cui in generale non si è tenuto particolare conto, o il riferimento alla vincolatezza dell'atto, che andrebbe in ogni caso valutato in concreto. Piuttosto, dovrebbe ritenersi che il secondo periodo della norma sia riferibile, attraverso l'evocazione della comunicazione di avvio del procedimento, in via generale ai vizi del contraddittorio, laddove il primo farebbe invece riferimento agli altri vizi formali o procedurali. E, in ragione del loro diverso tenore, per come rapportato al relativo rilievo in ordine alla struttura normativa della funzione amministrativa, ne deriverebbe che la violazione del contraddittorio non consentirebbe all'idoneità della *potenziale* influenza sulla decisione di sfociare nell'*effettiva* verifica di un contenuto differente della decisione stessa (nella ricerca di elementi ulteriori rispetto a quelli propri della realtà attizia), come sarebbe invece possibile per gli altri vizi formali e procedurali, che non partecipano dei caratteri essenziali della funzione<sup>55</sup>. La non annullabilità dell'atto, nell'ipotesi di violazione del contraddittorio, vi è, dunque, soltanto qualora il vizio in questione non risulti, nel caso concreto, *potenzialmente* idoneo ad influire sul contenuto della decisione, nel senso, cioè, che gli apporti dedotti dal privato, su cui il contraddittorio è mancato o è stato violato, nulla aggiungerebbero rispetto al tenore delle argomentazioni in motivazione, in quanto non pertinenti o contenenti elementi comunque esaminati.

---

<sup>54</sup> Si veda, in proposito, *Potere*, II-2, cit., pp. 104 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 237 ss.

<sup>55</sup> Nell'approccio da noi adottato, infatti, Part. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, costituisce diretta espressione, sotto il profilo patologico, della struttura normativa della funzione di stampo collaborativo-garantistico, quale specificato subito sopra, in nota: l'elemento procedurale rileva, in questo senso, nel suo scopo collaborativo-garantisco da doversi raggiungere, quello della potenziale influenza sulla decisione, ma diverso è il suo impatto in ordine ai vizi inerenti al contraddittorio rispetto agli altri vizi procedurali, in ragione del riferimento, rispetto ai primi, ad un carattere essenziale della connotazione processuale della funzione (mentre, per quanto concerne l'assenza di motivazione, il medesimo problema non si pone, atteso che la sua radicale mancanza, pur se vizio formale anch'essa, integrerebbe una nullità per mancanza di un elemento essenziale, di carattere formale: si veda subito di seguito, nel testo). In questo senso, si interpretano, quindi, le prime due parti della disposizione, (non, cioè, nel senso tradizionale di distinzione tra vincolatezza o discrezionalità del potere, che non potrebbe ricevere riscontro, in quanto comunque da valutarsi in concreto, ma) nel senso che la seconda parte si riferirebbe, attraverso il richiamo dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento, a tutte le violazioni del contraddittorio, e andrebbe interpretata nel senso che la potenziale influenza del vizio, nel caso concreto, sarebbe sufficiente ad annullare l'atto: l'Amministrazione non potrebbe così addurre motivi ulteriori a sua difesa, ed è sufficiente che l'apporto della parte, che non si è potuto dedurre nel procedimento, sia congruente con la decisione controversa e non sia già contemplato nella motivazione dell'atto; l'annullamento è, cioè, escluso laddove l'apporto della parte non avrebbe potuto aggiungere profili ulteriori, rispetto a quanto considerato dall'Amministrazione, che avrebbero potenzialmente consentito di pervenire ad una differente definizione dell'ipotesi controversa. Nell'ipotesi, invece, delle altre violazioni, non vi sarebbero i limiti indicati, giacché, a differenza del secondo periodo, nel primo ciò che non poteva essere diverso è, per espressa statuizione legislativa, unicamente il *dispositivo* dell'atto: l'Amministrazione potrebbe difendersi in senso corrispondente; e l'atto sarebbe annullabile solo per l'erroneità sostanziale della decisione (l'erronea decisione di produrre o non produrre l'effetto, quando esso andava invece, rispettivamente, non prodotto o prodotto). L'introduzione del terzo periodo del co. 2, da parte della l. n. 120/2020, fa poi sì che, in caso di violazione della disciplina del preavviso di rigetto, non sarebbe più applicabile il secondo periodo, come detto in generale riferibile a qualsiasi violazione del contraddittorio: l'atto sarà quindi annullabile a fronte della semplice violazione, a prescindere da qualsiasi valutazione anche sulla sola potenziale influenza sul contenuto del provvedimento.

Di conseguenza, se si è incorsi in detta violazione – il rispetto del contraddittorio sarebbe stato, cioè, potenzialmente influente, in disparte l’effettiva idoneità degli apporti partecipativi a mutare la decisione intervenuta sulla produzione/non produzione dell’effetto corrispondente al potere – la P.A. potrebbe comunque, sulla base soltanto di tale vizio procedurale, per come descritto, annullare d’ufficio il provvedimento (laddove, quantomeno, non vi siano ragioni, riferibili agli interessi coinvolti, che assumano rilevanza nell’impedire comunque la rimozione della situazione effettuale prodotta, secondo la generale prescrizione dell’art. 21 *nomies*). Soltanto, si deve ritenere, qualora la parte che ha subito la lesione non si opponga al riesame o non faccia valere la violazione, la P.A. potrebbe invece procedere, attraverso il recupero del contraddittorio viziato, ad una valutazione sull’accertamento compiuto in ordine alla situazione giuridica di potere, che potrebbe portare o comunque ad un annullamento d’ufficio in ragione dell’erroneità sostanziale della decisione, oppure ad una convalida del provvedimento di primo grado, non altrimenti consentita<sup>56</sup>.

L’altra violazione, che appare idonea ad obliterare i caratteri della funzione procedurale, è quella, invece, che si esplica su un piano oggettivo, quella, cioè, concernente la completa assenza della motivazione.

In proposito, si deve ritenere che, in ragione del relativo rilievo nell’ambito del modello procedurale di accertamento, tale vizio comporti la nullità dell’atto, per mancanza, in questi termini, di un suo elemento essenziale, di carattere formale<sup>57</sup>. La motivazione, quale elemento attinente al contenuto formale dell’atto, si esprime infatti, come detto, funzionalmente in chiave procedurale, per come idonea a dare rappresentazione della considerazione degli elementi sostanziali che concernono la situazione giuridica oggetto della decisione. E assume appunto carattere essenziale, nei termini della sua idoneità ad esprimere

---

<sup>56</sup> Nell’ipotesi in esame, dunque, se l’evenienza da ultimo descritta non si verifica, la riproduzione del medesimo effetto potrebbe avvenire, qualora ne sussistano le condizioni, solo attraverso la combinazione dell’esercizio di un potere di secondo grado e il nuovo esercizio del potere originario, tenendo separati, sotto il profilo logico-procedurale, i momenti concernenti le relative funzioni (cfr. *infra*, al par. successivo, sulla modifica), così impedendosi alla P.A. di accedere alla generale possibilità di conservazione di un effetto già prodotto, se questo si pone in contrasto con l’interesse sostanziale del soggetto che ha subito la violazione del contraddittorio: sul punto, si veda il par. successivo, in merito alla convalida.

<sup>57</sup> In dottrina, si registra la posizione che vede nell’assenza della motivazione un vizio di nullità del provvedimento per mancanza, sotto vario profilo, di un elemento essenziale dell’atto: si vedano, in questo senso, con differenti declinazioni e ambiti di estensione, in particolare M. D’ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, cit., p. 365; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, cit., pp. 284 ss. e 295; per l’ipotesi in cui il vizio della motivazione impedisca la conoscibilità delle ragioni della decisione G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila*, cit., pp. 885 ss. e 904 ss.; quantomeno per la parte di motivazione necessaria all’identificazione del potere esercitato L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 1197 ss.; come possibilità anche D.U. GALETTA, *L’art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo*, cit., p. 100 ss. La tesi per cui l’assenza, o anche solo del vizio, di motivazione, comporterebbe la nullità per mancanza di un elemento essenziale dell’atto, non ha trovato, ad ogni modo, generale riscontro, come noto: si vedano, in giurisprudenza, *ex multis* Cons. St., sez. VI, n. 94 del 17 gennaio 2008; TAR Piemonte, sez. I, n. 3501 del 9 novembre 2005; sulla non riconducibilità della motivazione ad un elemento essenziale, tra gli altri, F. CARDARELLI, *Motivazione del provvedimento*, cit., p. 423 ss.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali dell’atto amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 60 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 209-210.

il collegamento rappresentato, tra accertamento come verifica e accertamento come contenuto dell'atto. In assenza di motivazione, il collegamento viene dunque meno<sup>58</sup>.

La nullità, a sua volta, per sua natura, e per quanto riscontrabile nel disposto normativo, non soltanto non è soggetta all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, che concerne l'annullamento, ma neppure rientra nell'ambito applicativo di cui all'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990, sull'annullamento d'ufficio, ed è sottratta alla possibilità di convalida, non essendovi una situazione effettuale operativa a cui la relativa fattispecie potrebbe fare riferimento ai fini del suo consolidamento. La rilevazione della nullità dell'atto, e della conseguente inefficacia di quest'ultimo, dovrebbe in proposito avvenire in ogni caso da parte della P.A., senza che vengano in considerazione i presupposti per l'annullamento d'ufficio<sup>59</sup>.

#### **4.1 (segue) Considerazioni generali sui singoli poteri di secondo grado volti a porre in discussione la sussistenza/insussistenza della/e situazione/i giuridica/he di potere originaria/e**

II-2) Tanto considerato nel rapporto tra l'esercizio del potere di secondo grado, e la previa valutazione dell'accertamento effettuato sulla situazione di potere originario, è possibile dunque individuare una funzione di secondo grado che si esplica nel senso descritto.

La funzione di secondo grado ha in generale ad oggetto, nella tipologia di poteri che si sta prendendo in esame, l'accertamento di una situazione di potere di secondo grado, attraverso la quale è possibile porre in discussione l'accertamento sulla situazione di potere originario. L'Amministrazione conosce direttamente della correttezza della valutazione sull'originaria situazione giuridica di potere, attraverso un esame dell'accertamento compiuto, al fine di considerare sussistente il fatto costitutivo della situazione di potere di secondo grado. Più nello specifico, può dirsi che l'oggetto del procedimento di secondo grado, nell'ipotesi in esame, sia costituito, in via generale, e salve particolari prescrizioni in senso contrario, da

---

<sup>58</sup> L'ipotesi appena menzionata, va aggiunto, deve intendersi in senso restrittivo, riscontrandosi nel caso in cui l'enunciato corrispondente alla motivazione non sia presente (mancanza formale della motivazione), oppure si risolva in una formula di stile, non indicante alcun presupposto di fatto e alcuna ragione di diritto che possa astrattamente porsi, rispetto ad una correlata attività verificativa, a fondamento della decisione (mancanza materiale della motivazione), senza che, si aggiunge, le ragioni della decisione stessa siano state rappresentate, in quanto tali, in altri atti del procedimento. In tale evenienza, mancherebbe del tutto, infatti, il termine di collegamento con il percorso decisionale compiuto, di cui la motivazione, nei termini precisati, risulta rappresentativa: non si assisterebbe, cioè, ad un erroneo svolgimento dell'attività di verifica, che si traduca in una carenza del discorso argomentativo, nello scorretto o mancato svolgimento di un adempimento procedurale, ovvero in un'erronea indicazione in ordine alla sussistenza/insussistenza di un elemento della situazione di potere oggetto del procedimento; sarebbe assente, invece, lo stesso riscontro del generale collegamento tra accertamento come verifica e accertamento come contenuto dell'atto. In questa ipotesi, la stessa funzione, sotto il suo profilo contenutistico, non trova riscontro nel provvedimento, cosicché si deve ritenere che manchi del tutto uno degli elementi essenziali di quest'ultimo, quale attinente al suo profilo formale. Sul punto, cfr. *Potere*, II-2, cit., pp. 140 e 145 ss.

<sup>59</sup> In questi termini, cfr., ad es., già prima della riforma del 2005, A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 324 ss.

tutti i poteri che, in ordine ad essa, vengono in considerazione in relazione alla valutazione dell'accertamento precedentemente effettuato, per come riscontrabili nel relativo assetto normativo<sup>60</sup>. Solo nelle ipotesi in cui si è detto che i vizi formali/procedurali vadano ad interessare profili di obliterabilità, e non di semplice scorrettezza, della funzione, l'oggetto della decisione di secondo grado potrà rivolgersi direttamente ad essi.

Si avranno, così, sussistendo ovviamente tutti i presupposti della relativa situazione di potere di secondo grado, le seguenti alternative.

a) L'*annullamento d'ufficio* concerne, in via generale, l'ipotesi di erronea considerazione della sussistenza/insussistenza della situazione di potere originario. L'annullamento d'ufficio costituisce, cioè, in questo senso, l'esito del procedimento di secondo grado in cui si riscontra l'erroneità del precedente accertamento in ordine alla sussistenza/insussistenza della/e situazione/i giuridica/he di potere originaria/e, e la sussistenza della relativa situazione di potere di secondo grado (la sussistenza, quindi, dei presupposti per l'annullamento d'ufficio, di cui all'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990). Nel caso di vizio del contraddittorio, per come considerato nella nostra ricostruzione, l'annullamento potrebbe però essere disposto anche direttamente a fronte di tale vizio, nei termini spiegati.

In tali ipotesi, l'effetto prodotto dal provvedimento di secondo grado è di accertamento della situazione di secondo grado corrispondente e di eliminazione dell'effetto dichiarativo e dell'(eventuale) effetto costitutivo prodotto dall'atto originario.

L'esito in ordine all'esercizio dei poteri di secondo grado in considerazione, rispetto alla valutazione compiuta in ordine all'accertamento originario, può risultare peraltro idoneo a comportare la necessità per la P.A. di esercizio della/e situazione/i corrispondente al/i potere/i originario/i. Vi è, cioè, la

---

<sup>60</sup> In particolare, si deve riconoscere che, in un procedimento che può portare all'adozione, in via alternativa o cumulativa, di provvedimenti aventi effetti differenti, ciò significa che sono prese in considerazione tutte le situazioni di potere corrispondenti a quei determinati effetti (*Potere*, I, cit., pp. 84 ss. e 471 ss.). Con riferimento ai poteri di secondo grado, la loro considerazione complessiva avviene, in particolare, in ragione del profilo valoriale, riconosciuto dall'ordinamento, relativo alla necessità di considerare la preservazione dell'azione amministrativa compiuta qualora sostanzialmente corretta, per come normativamente riscontrabile nelle previsioni che pongono i poteri in questione in una sostanziale contiguità funzionale l'uno con l'altro, all'interno del medesimo ordine di valutazioni. Ciò, deve ritenersi, quantomeno in via generale, potendo opporsi, alla soluzione indicata, specifiche prescrizioni in senso contrario (quale si deve intendere essere, in particolare, quella relativa all'annullamento per violazione del contraddittorio: si veda quanto appena detto nel testo, e quanto si specificherà ivi, subito di seguito).

Sempre in via generale, può discutersi, peraltro, se oggetto del procedimento di secondo grado, nell'ipotesi in esame, siano soltanto i poteri che attengono alla valutazione dell'accertamento compiuto in ordine alla/e situazione/i di potere originaria/e, ovvero se non si debbano ricomprendere anche i poteri che riguardano sopravvenienze, idonei quindi, come si è visto, a portare ad un nuovo accertamento sulla situazione di potere originaria superando temporalmente il precedente, senza mettere quest'ultimo in discussione. Se si opina nel primo senso – come a noi parrebbe invero maggiormente condivisibile, quantomeno, si ripete, in via generale, facendosi riferimento ad un differente ordine di valutazioni – rimane esclusa la revoca per motivi sopravvenuti, che dunque dovrebbe considerarsi, in via generale, oggetto di un procedimento separato, e non di una complessiva valutazione insieme agli altri poteri di secondo grado richiamati.

possibilità, quale conseguenza dell'esito della definizione dei poteri presi in considerazione, di produzione di differenti effetti precettivi, corrispondenti all'esercizio dei relativi poteri di primo grado. In tale ipotesi, l'esercizio di questa/e ultima/e situazione/i di potere costituisce, tuttavia, svolgimento non della relativa funzione di primo grado, ma di una funzione che si pone in chiave *esecutiva* rispetto all'esito della funzione di secondo grado: ciò in quanto, appunto, l'effetto non risulta prodotto all'esito dello svolgimento della funzione corrispondente<sup>61</sup>.

Il fenomeno, che in questo modo si viene a definire, è ciò che individua la *riforma* o *modifica* dell'atto amministrativo. Questa, dunque, salvi i casi in cui un potere corrispondente risulti espressamente attribuito in via normativa, non costituisce un potere autonomo, ma rappresenta un fenomeno complesso, di unione dell'esercizio di un potere di secondo grado, all'esito dello svolgimento della relativa funzione, e di un potere di primo grado, in chiave *esecutiva*<sup>62</sup>. Alla luce di tale ricostruzione, è possibile ricavare il relativo regime procedurale della modifica/riforma dell'atto, declinandolo in senso ad essa corrispondente.

Non vi è, invece, la possibilità di invocare, in proposito, figure ibride, quali l'invalidità parziale o similari, che, in tale via, verrebbero ad assumere un rilievo solo descrittivo, non riferibile ad una compiuta categoria concettuale<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Sulla funzione esecutiva, e sul suo rapporto con il potere di primo grado in ordine alla modifica/riforma, cfr. *Potere*, cit., II-1, pp. 26-27, n. 46; II-2, pp. 195-196, n. 9, e pp. 207 ss., nel testo e in nota.

<sup>62</sup> Cfr. ancora *Potere*, II-2, cit., p. 207.

Nelle medesime logiche si pone anche N. BERTI, *La modifica*, cit., p. 5 ss. L'A., infatti, nel ricostruire l'istituto della riforma del provvedimento amministrativo, non ritiene (aderendo alla nostra ricostruzione in ordine al potere e alla funzione amministrativa) che essa (p. 65 ss.) possa considerarsi espressione del potere originario, né che possa riferirsi ad un potere autonomo di secondo grado, mancando il fondamento normativo della relativa attribuzione (salvo le ipotesi specifiche, in cui vi sia, appunto, una tipizzazione in tal senso). La riforma viene dunque costruita come operazione amministrativa complessa, ove l'esercizio di un potere di secondo grado (di annullamento o revoca) si unisce a quello di un potere di primo grado. Tuttavia, tale rappresentazione della riforma viene reputata, in sé, eccessivamente artificiosa; per poter essere condivisibile, si ritiene (p. 165 ss.) che essa vada inserita in una ricostruzione della funzione ove il momento di accertamento (espresso il riferimento alla nostra impostazione) si rapporti a quello della funzione, e dei poteri, di secondo grado; e la produzione degli effetti che fanno riferimento al potere originario avvenga, invece, in chiave esecutiva. Da qui, si sviluppa compiutamente il regime del riesercizio del potere, in maniera corrispondente a tale rappresentazione (p. 194 ss.).

<sup>63</sup> In particolare, una ricostruzione, quale quella proposta, consente di isolare corrispondentemente il fenomeno dell'invalidità parziale, che non può fare riferimento ad una modifica in senso proprio. L'invalidità parziale non può rilevare, cioè, in ordine alla modifica del provvedimento, in quanto quest'ultima comporta la sostituzione di un effetto su un altro, e ogni singolo effetto, a cui corrisponde una singola posizione di potere a rilievo sostanziale, è differente da altro effetto, anche qualora si faccia riferimento a misure diverse in ordine all'esercizio della discrezionalità, o all'apposizioni di elementi c.dd. accidentali o accessori: le situazioni di potere rimangono comunque differenti tra loro, come già considerato *supra*, n. 60. In tale prospettiva, l'invalidità parziale può solo descrivere l'ipotesi in cui, nel medesimo documento, si faccia riferimento a più decisioni scindibili, rispetto alle quali si procede all'annullamento in corrispondenza ad una di esse (il riferimento non è, dunque, ad una decisione parziale, quale riferita cioè, in senso tecnico, ad una parte della decisione, e se del caso al relativo atto, sulla sussistenza/insussistenza della situazione giuridica di potere oggetto del procedimento; ma ad una delle decisioni, scindibili fra loro, che vengono in questione). Questa impostazione è quella che si ritrova, da ultimo, correttamente, nella compiuta ricostruzione di S. VACCARI, *L'invalidità parziale*, cit., spec. pp. 146 ss. e 173 ss., che, sotto tale profilo, si pone quindi in continuità con quanto qui rappresentato.

a1) La stessa rappresentazione può effettuarsi per l'ipotesi di *revoca per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*, laddove possibile, ai sensi dell'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990, come modificato sul punto dalla l. n. 164/2014. Se, infatti, si parte dal presupposto per cui la definizione della regola di preferenza propria della discrezionalità riservata alla P.A. (a cui andrebbe riferita tale tipologia di revoca) è normativamente ricompresa, sotto il profilo procedurale, nell'accertamento della situazione di potere<sup>64</sup>, anch'essa risulta attenersi, nella nostra ricostruzione, all'accertamento della situazione giuridica oggetto della decisione amministrativa.

In questo senso, l'esercizio del potere di revoca è dunque necessario a mettere in discussione l'operatività dell'atto in ordine all'effetto di accertamento. Come tale, la revoca per l'ipotesi in questione si differenzia allora da quella per motivi sopravvenuti, di cui si è detto.

b) La *convalida* (da intendersi quale ricomprensiva delle varie figure ad essa da considerarsi assimilabili: ratifica, sanatoria, ecc., nei termini in cui esse risultano appunto riconducibili alle logiche della convalida) rappresenta, per come espressamente disciplinata dall'art. 21 *nonies*, co. 2, l. n. 241/1990, l'esito del procedimento di secondo grado qualora si riscontri un'erronea considerazione in motivazione degli elementi del fatto costitutivo della situazione di potere originario, e, più in generale, una qualsiasi invalidità afferente ad un vizio formale o procedurale relativo all'esercizio del potere di primo grado, per come a suo tempo descritta, che non si traduca in un'erroneità della dichiarazione della sussistenza/insussistenza della situazione giuridica di potere originario, e che necessiti di essere sanata; a fronte di ciò, viene accertata la sussistenza della relativa situazione di potere di secondo grado<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Cfr. quanto detto *supra*, par. 3.

<sup>65</sup> La ricostruzione, da noi proposta, per come ricordata *supra*, par. 4, nel testo e alla n. 55, in ordine alla modalità di applicazione delle due parti dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, quali correlate ad un modello procedurale collaborativo-garantistico, consente quindi anche di chiarire la questione circa l'operatività dell'istituto della convalida con riferimento al suo rapporto con la norma appena richiamata, di cui si era accennato *supra*, par. 2, nn. 17-18.

Riprendendo quanto si è avuto modo di affermare in merito alla distinzione imperfezione-invalidità-inefficacia nella nostra impostazione in *Potere*, II-2, cit., p. 115 ss., n. 170 (ed ivi anche compiuti riferimenti), e rapportando le relative considerazioni al problema della convalida, si può avere, infatti, la seguente schematizzazione. Nell'ipotesi in cui il disposto normativo non sia in sé geneticamente idoneo, per come astrattamente considerato (a prescindere, cioè, dalla tipologia di situazione di potere a cui possa essere riferito), a rilevare in ordine al farsi della decisione, ovvero alla sua rappresentazione e a quella della sua giustificazione, la difformità non deve ritenersi andare ad incidere sulla fattispecie normativamente riferibile all'atto valido; quest'ultimo sarà quindi da considerarsi meramente irregolare, secondo l'accezione dell'irregolarità a cui da parte nostra si ritiene di dover aderire; di conseguenza, nulla vi è da convalidare. Nel caso in cui, invece, si sia al cospetto di una prescrizione normativa il cui adempimento, in astratto, rileva in ordine alla definizione dell'accertamento, ovvero alla rappresentazione della relativa decisione, la sua violazione risulta in sé idonea a comportare l'invalidità del provvedimento; questa deve ritenersi tuttavia impedita qualora sia comunque raggiunto, nel corso o all'esito del procedimento, lo scopo della garanzia procedurale, per come declinato, in senso collaborativo-garantistico, nel senso che la fruizione della garanzia non si presentava, *nel caso concreto*, ad influire *neppure potenzialmente* sul contenuto della decisione (cfr. quanto detto alla n. 55; sul differente modo di intendere il raggiungimento dello scopo in un modello collaborativo-garantistico, quale quello proprio in via generale del procedimento amministrativo, rispetto ad un modello prettamente garantistico, quale quello del processo giurisdizionale, si rimanda a *Potere*, II-2, cit., pp. 113 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 220 ss., 230-231); nell'evenienza descritta, non vi è quindi necessità di convalida,

L'effetto della convalida è quello di rendere operativa una parte ulteriore di fattispecie dell'effetto, che consente di considerare valida la situazione effettuale precedentemente prodotta (l'effetto dichiarativo ed eventualmente quello costitutivo dell'atto originario) in maniera invalida. In questo senso, l'efficacia dell'atto rimane in piedi, ma non è più soggetta alle conseguenze dell'invalidità.

Può dirsi quindi, in questi termini, che la convalida ha effetto 'apparentemente retroattivo', non nel senso, cioè, che essa attribuisce all'atto originario effetti *ex tunc*, avendo, detto atto, già prodotto gli effetti suoi propri, ma nel senso di rendere gli effetti in questione non più soggetti, come detto, alle conseguenze dell'invalidità<sup>66</sup>. Non può, dunque, sostenersi che, per ragioni di opportunità, andrebbe esclusa la retroattività della convalida, proprio perché non di retroazione degli effetti si tratta, ma unicamente di consolidamento di una situazione effettuale già prodotta<sup>67</sup>.

Nei termini rappresentati, la convalida si qualifica così, secondo i canoni generali già riferiti, come potere autonomo rispetto a quello di primo grado. Ciò comporta, a sua volta, che non possano essere condivisibili quelle impostazioni per cui, perché possa risultare sussistente la relativa situazione di potere di secondo grado, debba permanere la situazione di potere originario in capo al soggetto che ne era titolare, o che ritengono comunque applicabili, all'esercizio della relativa funzione, le medesime

---

essendo intervenuto il raggiungimento dello scopo. Nel caso in cui, al contrario, rispetto allo scenario proprio dell'ipotesi appena descritta, non intervenga il raggiungimento dello scopo, nel corso o all'esito del procedimento, l'atto, come detto, è e rimane invalido; tuttavia, qualora sia possibile accedere, ai fini della non annullabilità dell'atto, ad una valutazione della decisione che prescindendo dalla potenziale influenza sul contenuto dell'atto, per valutarsi se *effettivamente* la decisione sia sostanzialmente corretta (la prima parte dell'art. 21 *octies*, co. 2, applicabile, nella nostra impostazione, ai vizi diversi dalla violazione del contraddittorio, o comunque al caso in cui a quest'ultima non sia dato rilievo dal soggetto interessato dalla violazione stessa), allora è possibile porre nel nulla i vizi formali/procedurali: in sede giurisdizionale, ciò avviene nell'ipotesi in cui ad oggetto del giudizio sia posta direttamente la situazione di pretesa sostanziale del privato nella sua interezza (su cui cfr. *Potere*, II-1, cit., p. 32 ss.), che, come conseguenza (cfr. *Potere*, II- 2, cit., p. 168 ss.), non consente la rilevanza, sotto il profilo che qui interessa, dei vizi procedurali diversi dal contraddittorio (rispetto ai quali vi è comunque, ad ogni modo, la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla lesione della situazione procedurale); in sede amministrativa, la valutazione sulla rispondenza sostanziale della decisione si ha invece, anche qui nelle ipotesi non concernenti la violazione del contraddittorio, in ragione di quanto rappresentato nel testo, con la possibilità di accedere, in caso di riscontro positivo in ordine alla correttezza della decisione, alla convalida del provvedimento solo formalmente/proceduralmente viziato. In questa prospettiva, dunque, con riferimento alla generale applicazione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990 in ordine ai vizi formali/procedurali (sul caso specifico, ad es., della violazione dell'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, di cui al terzo periodo dell'art. 21 *octies*, co.2, si veda quanto detto *supra*, n. 55), la potenziale influenza, in concreto, sul contenuto della decisione, rende possibile procedere alla convalida dell'atto, qualora sia possibile accedere ad una valutazione in ordine alla correttezza sostanziale sulla decisione avente ad oggetto la situazione di potere di primo grado, e, in quella sede, se ne ravvisino i presupposti.

<sup>66</sup> Sul punto, in teoria generale, cfr., in particolare, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, s.d. ma 1948, p. 356; in maniera sostanzialmente analoga, G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 50. Di retroattività, e non di retroattività, quale conseguenza dell'effetto di far venir meno la rilevanza del vizio, parla G. CORSO, *L'efficacia*, cit., pp. 189-190.

<sup>67</sup> Per pervenire ad analoghe conseguenze rispetto alla irretroattività della convalida, si dovrebbe allora escludere, piuttosto, la stessa ammissibilità della convalida in determinate ipotesi, sulla base, però, di precise argomentazioni collegate alla struttura della funzione (si veda subito di seguito, nel testo); in mancanza, il rimedio all'eventuale pregiudizio, in cui è incorsa la posizione del privato, sarebbe demandato alla tutela risarcitoria, secondo quelli che sono i principi generali. Per quanto concerne, poi, il rapporto tra operatività della convalida e processo giurisdizionale, la questione si pone su altro piano, come si vedrà *infra*, par. 6.

prescrizioni di quella di primo grado<sup>68</sup>: proprio in quanto si sta facendo riferimento ad un autonomo potere, infatti, nessuna delle due condizioni indicate risulta necessaria ai fini della convalida.

La convalida, in tal modo intesa, si avrà, come spiegato, a fronte di un'invalidità afferente ad un vizio formale o procedurale relativo all'esercizio del potere di primo grado, per come a suo tempo descritta, che necessiti di essere sanata, e che non si traduca in un'erroneità della dichiarazione, contenuta nell'atto di primo grado, della sussistenza/insussistenza della situazione giuridica di potere originario, anche a fronte di un'erronea considerazione, in motivazione, degli elementi del relativo fatto costitutivo.

Nella prospettiva rappresentata, la disquisizione, in ordine alla possibilità di convalidare il provvedimento per vizi formali o anche per vizi sostanziali, risulta essenzialmente mal posta, e non ha ragion d'essere. Se, infatti, l'oggetto della decisione è la sussistenza/insussistenza della situazione, e quindi, corrispondentemente, l'obbligo di produrre/non produrre l'effetto, in tanto l'erronea considerazione degli elementi del fatto costitutivo della situazione di potere originario potrà rilevare nella considerazione sostanziale dei relativi elementi, in quanto essa sia idonea a portare ad una decisione di segno opposto a quella precedente. Nel caso contrario, la rilevanza del vizio sarà, per definizione, unicamente formale, esprimendosi in un'erroneità del percorso argomentativo atto a giustificare la decisione, cioè in un'erroneità della motivazione<sup>69</sup>.

In questa prospettiva, l'esclusione della possibilità di convalida potrebbe essere determinata solo dall'impossibilità di accedere, nell'ambito dell'esercizio della funzione di secondo grado, alla considerazione della situazione sostanziale, in ragione della relativa rilevanza di una situazione di carattere procedurale; dell'impossibilità, cioè, di riesame dell'intera fattispecie.

Ciò a nostro avviso dovrebbe essere assicurato, come spiegato, soltanto quando la funzione di primo grado non sia stata semplicemente mal esercitata, ma ne siano stati obliterati completamente i caratteri essenziali. Viene in rilievo, in questo senso, come visto, la violazione del contraddittorio, qualora la parte che ha subito la lesione si opponga al riesame o non faccia valere la violazione. Nel caso di assenza di

---

<sup>68</sup> Cfr. Cons. St., n. 3385/2021, cit., ove si prendeva in considerazione, in particolare, la persistenza della situazione di potere originario, che potrebbe essere venuta meno per essere spirato il relativo termine perentorio; e l'esplicazione del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, con le conseguenze che da esso derivano.

<sup>69</sup> Cfr. *supra*, par. 4. Non può quindi ritenersi – come invece affermato in particolare, da ultimo, da Cons. St., n. 3385/2021, cit. – che la convalida non possa essere utilizzata al fine di emendare il difetto di elementi giustificativi del potere, quale vizio di carattere 'sostanziale'. Si è spiegato, infatti, come la considerazione che può essere conferita al tenore del vizio, se di matrice formale o sostanziale, perda, in questo senso, di rilevanza, in quanto se l'oggetto dell'accertamento amministrativo è rivolto all'intera situazione giuridica di potere, l'insussistenza di un elemento sostanziale, che non incida sull'insussistenza della relativa situazione, verrebbe comunque a rilevare, ai fini che qui interessano, nell'ottica formale/procedurale, come vizio della motivazione (in termini analoghi, correttamente, N. BERTI, *Autotutela conservativa*, cit., p. 197); in ogni caso, infatti, in ordine al rilievo di una differente considerazione di uno degli elementi della situazione di potere, la convalida, intervenendo, come detto, sull'operatività della fattispecie dell'effetto, incide sulla relativa rappresentazione rispetto ad una decisione comunque corretta nella definizione del suo oggetto, in quanto manifestazione di una situazione di potere effettivamente sussistente/insussistente sul piano sostanziale.

motivazione, la convalida è poi parimenti esclusa, in ragione della nullità dell'atto, mancando, sotto il profilo logico, una situazione effettuale operativa a cui la relativa fattispecie potrebbe fare riferimento, ai fini del suo consolidamento<sup>70</sup>.

Nelle ipotesi in questione, la riproduzione del medesimo effetto potrebbe quindi avvenire, qualora ne sussistano le condizioni procedurali e sostanziali, solo attraverso la combinazione dell'esercizio di un potere di secondo grado, in relazione al vizio formale, e il nuovo esercizio del potere originario, in relazione alla sua rivalutazione; tenendo così separati, sotto il profilo logico-procedurale, i momenti concernenti le relative funzioni (a differenza di quanto avviene, quindi, in ordine alla modifica, come spiegato). Di fatto, in questo modo, si impedisce alla P.A. di accedere alla generale possibilità di conservazione di un effetto già prodotto, a seconda dei casi in assoluto, o comunque qualora esso si ponga in contrasto con l'interesse sostanziale del soggetto che ha subito la violazione del contraddittorio.

c) La *conferma* si ha invece qualora la dichiarazione della sussistenza/insussistenza della situazione giuridica di potere originario, contenuta nell'atto di primo grado, sia corretta, e non sia riscontrabile un'invalidità formale o procedurale in ordine al precedente esercizio del potere, nei termini considerati. In particolare, la conferma fa riferimento all'ipotesi in cui la dichiarazione dell'insussistenza della/e situazione/i di potere di secondo grado è determinata dalla mancanza dei presupposti della relativa fattispecie in ragione della corretta rappresentazione del precedente accertamento di primo grado sulla/e situazione/i di potere originaria/e, senza che risulti necessario attivare la convalida, non ravvisandosi un vizio formale/procedurale da sanare<sup>71</sup>.

Nei termini descritti, la conferma non rappresenta quindi una nuova espressione del precedente potere, o l'espressione di un potere autonomo di secondo grado, ma corrisponde alla dichiarazione dell'insussistenza delle situazioni di potere di secondo grado che consentono la valutazione dell'accertamento originario (è rappresentazione di esercizio di quei poteri). In forza di tale rappresentazione, essa, correttamente, non necessita di uno specifico presupposto normativo.

---

<sup>70</sup> Cfr. ancora *supra*, par. 4.

<sup>71</sup> In questo senso, la conferma ascrive ad essa anche i casi in cui la nuova dichiarazione sul medesimo oggetto si fonda su presupposti giuridici e/o fattuali ulteriori (vi sia, in questo senso, un arricchimento della motivazione), purché l'originaria dichiarazione di sussistenza/insussistenza della/e situazione/i di potere di primo grado sia corretta, e non si sia ravvisata un'invalidità formale o procedurale da sanare. La considerazione di elementi ulteriori, infatti, come già ricordato, non influisce sull'oggetto della decisione dell'atto originario, che rimane comunque la/e situazione/i giuridica/he di potere accertata/e come esistente/i o inesistente/i. In tale ipotesi, la valutazione effettuata sugli ulteriori elementi sostanziali è idonea – quale esito dell'esercizio dei poteri di secondo grado richiamati, nel rilievo negativo in questione – a rendere operativa la fattispecie dell'effetto della situazione di potere di primo grado in ordine alla loro rappresentazione (vale, limitatamente a tale profilo, ma non nei presupposti e nelle ulteriori conseguenze, quanto detto subito sopra, alla n. 69, in ordine alla convalida).

L'impugnazione di un atto di conferma corrisponde, del pari, all'impugnazione di un atto esercizio di un potere di secondo grado (di decisione negativa sul potere di secondo grado), non di un atto di esercizio del potere di primo grado; con quanto da ciò consegue in ordine alla necessità di riscontrare, per l'accoglimento della domanda volta a valutare la fondatezza della relativa pretesa, anche i presupposti ulteriori rispetto ad esso contemplati.

La conferma si differenzia poi da quello che viene definito *atto meramente confermativo*. Quest'ultimo deve ritenersi rappresentare, infatti, una mera declaratoria di inammissibilità, espressa dall'Amministrazione, dell'accertamento procedimentale nel merito, in ragione dell'operatività del precedente provvedimento avente ad oggetto il medesimo oggetto, alla quale si accompagna la contestuale rappresentazione della scelta di non avviare il procedimento di secondo grado<sup>72</sup> (esito consentito, sin tanto che l'interessato non ha una pretesa ad un siffatto avvio, da far valere nei confronti dell'Amministrazione<sup>73</sup>). Conseguentemente, la sua impugnazione è ammessa nei limiti in cui si metta in discussione (si possa mettere in discussione) tale decisione *di rito*.

## **5. Caratteri ulteriori. I poteri ufficiosi e quelli su ricorso propri della funzione di secondo grado**

Tanto precisato sul generale inquadramento dei poteri di secondo grado nell'ambito della relativa funzione, possono aggiungersi alcune considerazioni su taluni dei profili che si sono visti essere maggiormente controversi nell'attuale panorama dottrinale e giurisprudenziale.

In primo luogo, viene in conto la doverosità o meno dell'avvio del procedimento di secondo grado a fronte di una richiesta in tal senso del privato<sup>74</sup>. I poteri di secondo grado contemplati al paragrafo precedente sono infatti poteri ad iniziativa d'ufficio, rispetto ai quali il privato non ha un potere di avvio (non ha un potere di proporre una domanda procedimentale, non vi è, cioè, una domanda etero-proposta, come si riscontra nei procedimenti ad istanza di parte), che spetta invece all'Amministrazione (la domanda procedimentale è auto-proposta).

Il problema si pone a fronte di quelle ipotesi in cui la posizione del privato sia considerata astrattamente rilevante rispetto all'esercizio di un potere di secondo grado (in astratto, vi è la contemplazione di un interesse legittimo). In tali casi, si discute infatti, in via generale, se la sollecitazione presentata dal privato integri parimenti la sussistenza (non come detto di un potere di avviare il procedimento, essendo questo

---

<sup>72</sup> Si valorizza in tal modo, limitatamente a tale profilo, l'intuizione di M. NIGRO, *Note sull'atto confermativo*, cit., p. 23; ID., *Ancora sull'atto confermativo*, cit., p. 138, secondo cui, con l'atto meramente confermativo, l'Amministrazione opporrebbe all'interessato un'eccezione pregiudiziale, paragonabile all'eccezione di cosa giudicata nel processo giurisdizionale.

<sup>73</sup> Su cui subito di seguito, al par. successivo.

<sup>74</sup> Di cui cfr. *supra*, par. 2, nel testo e alla n. 15.

ufficioso, ma) di una situazione di pretesa all'avvio del relativo procedimento da parte dell'Amministrazione (la relativa denuncia sia, cioè, *qualificata*)<sup>75</sup>.

Ora, pur propendendosi, da parte nostra, per la sussistenza di una generale correlazione tra l'astratta considerazione di un interesse legittimo e la presenza di una denuncia qualificata (per cui, cioè, in via generale, all'una corrisponderebbe l'altra)<sup>76</sup>, si ritiene, tuttavia, che, per quanto concerne i poteri di secondo grado, tale correlazione non potrebbe invece riscontrarsi.

La soluzione negativa, pur in presenza di una posizione a rilievo sostanziale normativamente rilevante, è, nello specifico, determinata dal particolare rilievo che assume la funzione di secondo grado, e corrispondentemente i poteri che in essa trovano esplicazione, rispetto alla funzione di primo grado. I poteri di secondo grado sono, infatti, non soltanto autonomi poteri, ma si caratterizzano per trovare riscontro in un'*apposita considerazione della funzione*.

La funzione di secondo grado interviene difatti, come detto, a fronte di un provvedimento già adottato, e in questo trova la sua specificità, nei termini già riferiti. In tale prospettiva, può dirsi, allora, che l'ordinamento qualifica due ordini distinti, entrambi afferenti alla funzione di secondo grado. In uno trovano riscontro i poteri attivabili d'ufficio, di cui si è detto. Dall'altro, invece, vi sono i poteri che si esprimono su *ricorso* dell'interessato: essenzialmente, i tradizionali ricorsi amministrativi, quali ricorso gerarchico, ricorso per opposizione, ecc.<sup>77</sup>.

La specifica caratterizzazione della funzione di secondo grado, per come rivolta a mettere in discussione la precedente decisione, non consente una commistione tra i due ordini. Per questo motivo, si deve ritenere che, in via generale, se la stessa non è attivabile su ricorso, non può considerarsi neppure nella disponibilità dell'interessato, anche soltanto rispetto al suo esercizio. La situazione giuridica a rilievo

---

<sup>75</sup> Secondo l'impostazione da prediligere, infatti, sussisterebbe, in capo al privato, una pretesa all'avvio del procedimento da parte della P.A. (la denuncia sarebbe qualificata) in tutti quei casi in cui, a fronte di un potere d'ufficio, siano ravvisabili (invero, in varie e differenti declinazioni) i presupposti propri dell'individuazione, in capo a quel medesimo soggetto, di un interesse legittimo (della situazione, cioè, di rilevanza sostanziale, che si rapporta con il potere amministrativo): cfr. in proposito A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa*, cit., 2004, p. 157 ss.; L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 943 ss.; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, Ed. Scientifica, 2018, p. 57 ss., p. 58, n. 87; F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Napoli, Ed. Scientifica, 2023, p. 157 ss. Differente, invece, quella posizione, più restrittiva, che fa riferimento, a tal proposito, ai soli casi normativamente previsti: si veda ad es. L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 719; ID., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 144 ss. Ora, nonostante da parte nostra si propenda, sotto un profilo di carattere generale, per la prima delle due impostazioni, si ritiene tuttavia che all'evenienza descritta non possa comunque riconoscersi l'idoneità a configurare una pretesa all'avvio nell'ipotesi di potere di secondo grado, non potendo rivolgersi, l'interesse ad essa sotteso, alla disponibilità della relativa funzione: cfr. subito di seguito nel testo. Sul punto, si veda *Potere*, II-2, cit., p. 52, nel testo e alla n. 85.

<sup>76</sup> Cfr. la nota precedente.

<sup>77</sup> Sul punto, per una specificazione dell'inquadramento della funzione di secondo grado su ricorso, nella nostra ricostruzione, cfr. *Potere*, II-2, cit., p. 204 ss.

sostanziale degli interessati continua, quindi, a dover necessitare, quantomeno in via generale, dell'effettivo avvio da parte della P.A. del relativo procedimento.

## **6. (segue) Rapporto tra funzione di secondo grado e processo giurisdizionale**

Il secondo profilo che viene in questione attiene al rapporto tra le due modalità attraverso cui l'atto amministrativo adottato possa essere messo in discussione, vale a dire, come si è ricordato, l'esercizio di un potere di secondo grado e l'impugnazione nel processo giurisdizionale.

In particolare, è discussa la possibilità di esercizio di uno specifico potere di secondo grado, quello di convalida, qualora sia in corso il processo giurisdizionale in ordine alla decisione contemplata nell'atto che si vorrebbe convalidare.

L'indirizzo, tradizionalmente negativo, si basa sulla sin troppo evidente considerazione attizia del processo amministrativo, per cui, venendosi a convalidare il provvedimento in corso di giudizio, si inciderebbe sulla materia del contendere in senso negativo rispetto al ricorrente<sup>78</sup>. Il superamento dell'impostazione più restrittiva, a sua volta, si è venuto a collocare in una più generale considerazione del giudizio sulla 'spettanza' dell'utilità finale. Più nello specifico, esso si è venuto ad inserire in quella che può definirsi nei termini di 'funzionalizzazione' del giudizio di annullamento alle esigenze proprie dell'interesse sostanziale; per cui, senza mutare i termini propri dell'oggetto del giudizio impugnatorio, se ne è cercato, appunto, di 'funzionalizzare' gli istituti, così da sopperire artificiosamente alle relative mancanze. In questo senso, la convalida rappresenterebbe un istituto di diritto sostanziale funzionalizzato alle esigenze processuali, per cui, tramite l'unione di motivi aggiunti e provvedimenti successivi, sarebbe possibile pervenire ad una maggiore estensione di un oggetto del giudizio ancora concepito in termini impugnatori<sup>79</sup>.

Ora, rispetto a quanto descritto, si deve in proposito ritenere che, da un punto di vista logico, il potere di convalida si mantenga identico a sé stesso, tale per cui l'instaurazione di un processo non inciderebbe, in sé, sui presupposti e sulla declinazione di un potere sostanziale, nei termini qui oggetto di descrizione. Su questo piano, nessun limite potrebbe quindi derivare all'esercizio del potere di convalida<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Si veda quanto detto *supra*, par. 2, n. 21.

<sup>79</sup> Cfr. ancora *supra*, *ivi*.

<sup>80</sup> La prospettiva che riconduce particolari limiti alla convalida per l'ipotesi in cui è instaurato un giudizio, o che comunque concepisce i limiti della convalida in ragione di un possibile rapporto con il giudizio, risente, in effetti, della commistione tra logica attizia, da un lato, ed esigenze di funzionalizzazione alla tutela dell'interesse sostanziale, dall'altro, ad essa cercando di conformare i presupposti della convalida. Per tale via, tuttavia, non si riescono a garantire, di fatto, né l'una né le altre. Sotto tale profilo, non paiono infatti condivisibili i limiti che, nell'evidente preoccupazione di contemperamento tra opposte esigenze, vengono posti al potere di convalida durante il giudizio, anche da parte della giurisprudenza che da ultimo si è posta in termini di ammissibilità dell'istituto nelle more dell'impugnazione dell'atto (cfr. la già cit. Cons. St., n. 3385/2021). In proposito, si è già evidenziato (*supra*, par. 4.1) come non possa ritenersi che non sia convalidabile il provvedimento rispetto al quale non sussista più la situazione di potere originario: opinando in

Tuttavia, l'evenienza in esame risulta idonea, nella ricostruzione rappresentata, a rilevare sotto altro e diverso profilo, in ordine, cioè, al rapporto tra le due funzioni, l'una amministrativa di secondo grado, l'altra giurisdizionale, idonee, entrambe, a mettere in discussione la realtà rappresentata dall'atto adottato. La convalida in corso di giudizio, lo si è appena visto, costituirebbe infatti un modo surrettizio per estendere la fattispecie controversa nell'ambito di un processo avente ancora ad oggetto, essenzialmente, i vizi dell'atto. Da parte nostra, si è stigmatizzata questa tendenza in più occasioni, e si è costantemente sostenuto come la tutela dell'interesse sostanziale del privato non possa che essere raggiunta nei modi, e nei termini, in cui esso corrisponda all'accertamento della situazione dello stesso privato che si rapporta con una situazione di potere amministrativo, per come posta ad oggetto del giudizio.

Tale critica può essere ricondotta a sistema nel momento in cui si configura, da un lato, il processo amministrativo quale processo avente ad oggetto la situazione del privato nei confronti del potere, configurata quale pretesa sostanziale alla produzione/non produzione dell'effetto in rapporto al relativo obbligo, lesa dal comportamento/atto della P.A. (come a nostro avviso è possibile, attraverso la condanna ad un *facere*)<sup>81</sup>; e, dall'altro, si collocano i poteri amministrativi di secondo grado nell'ambito di un modello procedurale strutturato nei termini processuali di accertamento, quale è proprio della nostra ricostruzione della funzione amministrativa, per come specificamente volto, per i poteri che in tal modo caratterizzano la funzione di secondo grado, a mettere in discussione la decisione già adottata. Sussistono infatti, in tale prospettiva, due ordini di funzioni, una interna allo stesso ordine procedurale amministrativo, l'altra

---

tal senso, infatti, si confonde il potere originario da quello di secondo grado, poteri che invece sono, come spiegato, differenti e autonomi, quali produttivi di effetti diversi. Ancora (*supra*, ivi), non può reputarsi che, per mezzo della convalida, non sia ammissibile addurre elementi di fatto o di diritto ulteriori: non soltanto, sotto il profilo sostanziale, tale limite non trova alcun riscontro nella struttura normativa dell'istituto; ma esso, soprattutto, frustrerebbe le stesse esigenze che un giudizio sulla 'spettanza' dovrebbe garantire, atteso che, se non è possibile addurre elementi ulteriori, ma soltanto 'migliorare' il discorso argomentativo, non si va oltre, a ben vedere, un giudizio ove il riferimento della cognizione giudiziale continua a porsi su un piano attizio. Infine, una volta ricostruita la convalida nei termini precedentemente ricordati, non può escludersene la retroattività sulla base di ragioni di opportunità, considerato che, come spiegato, non di effettiva retroattività si tratta, ma di sottrazione alla possibilità di eliminazione di un effetto già operativo: si veda ancora *supra*, par. 4.1.

La rappresentazione effettuata rende evidente le criticità in cui incorre il percorso metodologico che vuole fondare i termini e i presupposti del potere di convalida sul rapporto tra quest'ultimo e la sua strumentalità ad un processo impugnatorio, che si vorrebbe funzionalizzare all'interesse sostanziale del privato, facendone tuttavia rimanere intatto il dato strutturale tradizionalmente riferito all'oggetto del giudizio di annullamento. Nella maniera descritta, infatti, da un lato si assume una caratterizzazione del potere di convalida che non trova alcun riscontro nel diritto positivo; dall'altro si frustrano le stesse esigenze di un giudizio che, per essere davvero sulla 'spettanza', deve prima delimitare i termini di questa spettanza, attraverso una corrispondente considerazione della situazione giuridica del privato che si pone in rapporto con il potere amministrativo, per poi spiegare in che modo, e con quali conseguenze, detta situazione possa essere posta ad oggetto del processo amministrativo. A venire in questione, dunque, non sono presunti limiti al potere di convalida, quanto, piuttosto, la stessa possibilità della sua operatività in ragione del rapporto tra differenti ordini procedurali: si veda di seguito, nel testo.

<sup>81</sup> Cfr. *Potere*, II-1, cit., p. 83 ss.; *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit., p. 61 ss. (anche in *Dir. proc. amm.*, 2018).

propria dell'ordine giurisdizionale, entrambe esprimendosi in 'secondo grado', che devono tra loro trovare un contemperamento.

Il contemperamento in questione si determina nel senso di un'impossibilità di commistione di due ordini di secondo grado, con conseguente prevalenza dell'ordine giurisdizionale, per il valore ordinamentale ad esso conferito nel controllo della funzione amministrativa. L'esito è dunque quello per cui, una volta adito l'ordine procedurale giurisdizionale, si debbano seguire, rispetto alla sua esplicazione, le logiche di tale ordine. La funzione di ordine sostanziale di secondo grado non può, quindi, essere funzionalizzata all'esplicazione di quella giurisdizionale: poiché, infatti, l'Amministrazione si inserisce nell'esercizio della funzione giurisdizionale nella sua qualità di parte, ne consegue l'impossibilità di sovrapposizione tra il suo ruolo nell'esercizio della funzione di secondo grado e il ruolo procedurale che la stessa assume quale parte dell'ordine procedurale superiore, cioè del processo giurisdizionale.

In particolare, come si è avuto modo di spiegare in altra sede<sup>82</sup>, nel momento in cui l'oggetto del processo è la situazione di pretesa sostanziale del ricorrente, le parti possono allegare in giudizio tutti gli elementi attinenti alla fattispecie della situazione in questione. L'allegazione è un potere processuale, consistente nella narrazione della sussistenza o dell'insussistenza di determinati fatti prospettati a fondamento di una domanda o di un'eccezione, quali elementi genetici dell'effetto giuridico invocato. Essa può riguardare anche elementi ulteriori rispetto alla realtà attizia, appunto in quanto l'oggetto del giudizio, alla dimostrazione della cui sussistenza l'allegazione è deputata, sarebbe la pretesa sostanziale del privato interamente considerata. E può pure concernere, sotto tale profilo, gli elementi discrezionali della fattispecie, se si aderisce alla tesi, da noi sostenuta, e sopra ricordata, per cui la regola di preferenza discrezionale deve considerarsi già operativa nella realtà procedurale (amministrativa e giudiziale), pur non essendolo in quella prettamente sostanziale: in tal modo, infatti, sotto il profilo della rilevanza procedurale, si sta comunque procedendo ad un accertamento (senza che, peraltro, in questi termini, il giudice possa sostituirsi all'Amministrazione rispetto ad una scelta discrezionale non esaurita, ma solo giustificandosi il suo esaurimento per via processuale<sup>83</sup>).

Nel momento in cui la realtà procedurale di riferimento è quella giudiziale, la P.A., allora, si deve considerare esercitare un potere processuale ogniqualvolta l'assetto perseguito risulti strumentale al suo ruolo di parte nel giudizio (nei termini che qui interessano, qualora stia difendendo la decisione adottata), con necessità di integrare la relativa fattispecie di esercizio del potere processuale di allegazione, e con la

---

<sup>82</sup> Si veda, sulle considerazioni che seguono, *Potere*, II-1, cit., p. 186 ss., e II-2, cit., p. 199 ss.

<sup>83</sup> Su cui si veda peraltro quanto specificato alla nota successiva.

possibilità per la parte privata di difendersi corrispondentemente (senza, quindi, necessità di impugnazione di un atto)<sup>84</sup>.

Lo scenario si pone invece in maniera differente laddove l'Amministrazione ricerchi direttamente il perseguimento e l'attuazione di un differente assetto sostanziale rispetto a quello del provvedimento adottato (una decisione di segno diverso in ordine alla produzione dell'effetto di cui si discute), non rapportabile, come tale, all'espressione del suo ruolo di parte giudiziale<sup>85</sup>. In tali ipotesi, infatti, essendosi al di fuori dell'ambito della funzione giudiziale, il potere deve essere esercitato sul piano sostanziale, con le conseguenze che da ciò derivano in ordine alle condizioni dell'esercizio stesso e alle modalità di difesa del privato<sup>86</sup>.

In tale scenario, dunque, rispetto ad un processo giurisdizionale instaurato, non può considerarsi l'operatività di una convalida, o di una conferma, per l'incompatibilità con il ruolo di parte del giudizio dell'Amministrazione. Si potrà, invece, considerare l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio (di revoca per rivalutazione della situazione originaria), se del caso accompagnandolo al riesercizio del/i potere/i originario/i, che, in tal modo, influirà sotto il profilo sostanziale sul giudizio in corso.

## 7. Profili conclusivi

La rappresentazione, che si è cercato di fornire nel corso della presente trattazione, in ordine al generale inquadramento dei poteri di secondo grado, si inserisce in una più generale ricostruzione, che da parte

---

<sup>84</sup> In tale ipotesi, dunque, la fattispecie è quella del potere processuale e del suo esercizio, quale volta, quindi, a produrre il relativo effetto processuale; il contraddittorio può anche usufruire delle forme processuali corrispondenti; non vi è onere di impugnazione, venendo in considerazione l'integrazione di un'allegazione.

Detta integrazione, si specifica in questa sede solo per inciso, assume comunque, nella nostra ricostruzione, particolari caratteri per l'ipotesi di allegazione di un elemento discrezionale, per cui è necessario mantenere intatta la dimensione sostanziale propria dell'elaborazione della regola di preferenza discrezionale: in tale evenienza, i profili, a detta dimensione afferenti, partecipano infatti della fattispecie del potere di allegazione e del suo esercizio, inserendosi al suo interno, senza per questo incidere sulla natura processuale dell'allegazione. In altri termini, nel caso di allegazione di un elemento afferente alla valutazione discrezionale, la stessa non potrà avvenire attraverso l'indicazione del relativo elemento in memoria o ricorso incidentale, da parte della difesa erariale, come per l'ipotesi di elemento vincolato. La fattispecie del potere processuale deve essere strutturata nel senso che la definizione della scelta debba provenire dal soggetto a cui l'ordinamento conferisce il relativo margine di valutazione nella determinazione del criterio di preferenza, espletandosi nel rispetto delle particolari modalità sostanziali che risultino a ciò strumentali. Il risultato confluirà un documento, che assume comunque rilevanza sul piano processuale, e, come tale, dovrà essere depositato in giudizio, e potrà essere contestato senza necessità di impugnazione. Sul punto, per i relativi approfondimenti, cfr. *Potere*, II- 1, cit., p. 211 ss.

<sup>85</sup> La stessa evenienza, peraltro, si verifica, ma per motivi differenti, qualora non sia possibile comunque accedere all'accertamento giurisdizionale della situazione a rilievo sostanziale: il potere sostanziale non si considera essere stato esercitato ai sensi, nei termini, e per gli effetti, dell'art. 34, co. 2, prima parte c.p.a.; è stata denunciata una violazione del contraddittorio procedimentale, o risulta assente la motivazione dell'atto, nei termini sopra spiegati.

<sup>86</sup> In particolare: devono comunque sussistere i presupposti della/e situazione/i di potere sostanziale (originario e/o di secondo grado) a ciò corrispondente/i, e deve essere compiutamente integrata la fattispecie del suo esercizio (anche, se del caso, mutandosi corrispondentemente il relativo svolgimento); il contraddittorio si deve dispiegare, conseguentemente, in chiave procedimentale; l'atto adottato rileva nel suo valore sostanziale, e deve essere impugnato nei modi consueti.

nostra si è proposta, ove la struttura normativa della funzione amministrativa si qualifica come modello processuale di accertamento, nei termini che si sono descritti, conformando corrispondentemente la declinazione dei relativi istituti, a partire dalla considerazione procedurale, e dalla relativa consistenza, delle situazioni giuridiche che si rapportano con il potere, in ragione dell'ascrizione, anch'essa su base procedurale, della definizione della regola di preferenza discrezionale al modello di accertamento<sup>87</sup>.

La struttura di accertamento si viene a collegare poi, sotto un profilo funzionale, all'espressione di un effetto di vincolo, da parte del provvedimento, all'accertamento contenuto nella decisione, superabile nei modi in cui è possibile mettere in discussione l'atto<sup>88</sup>.

In tale scenario, la considerazione dei poteri di secondo grado segue di conseguenza, e si presenta nei termini che si sono descritti. La complessiva caratterizzazione processuale della funzione amministrativa connota infatti, necessariamente, anche la sua declinazione come funzione di secondo grado, nel momento in cui vengono contemplati poteri idonei ad operare in tal senso. Ne deriva una precisa definizione dell'ordine procedurale amministrativo, e del suo rapporto, in questo senso, con l'ordine procedurale giurisdizionale.

Il quadro sistematico unitario, che per tale via si viene a delineare, consente così di fornire una soluzione, corrispondentemente coerente sotto il profilo sistematico, delle questioni che ancora risultano discusse in relazione ai poteri di secondo grado. Le quali, ci pare, tradiscono, nelle perplessità che le accompagnano, proprio la mancata risposta a quest'esigenza di sistema, di specifica ricostruzione, cioè, del modello normativo di produzione propria del potere amministrativo, quale fondamento da cui partire per la loro definizione.

La risposta all'esigenza sistematica descritta non può, del resto, più essere procrastinata, nel momento in cui la stessa Corte costituzionale ha mostrato, nel suo ultimo intervento, non soltanto di aderire ad una concezione dei poteri di secondo grado quali autonomi rispetto all'esercizio del potere originario, come si è già riferito; ma, soprattutto, di porre a fondamento di tale conclusione una ricostruzione del potere amministrativo che si basi sulla sua configurazione quale situazione soggettiva, e sulla sua esplicitazione strutturale nella sede procedimentale, con quanto da ciò consegue nei termini dell'operatività della relativa situazione effettuale prodotta, che preclude il riesercizio del potere originario e permette di accedere solo al (diverso) potere di secondo grado<sup>89</sup>. Si segue infatti, in tal modo, nella ricostruzione del sistema amministrativo, un'impostazione di fondo comune a quella portata avanti da chi scrive, e propria, del

---

<sup>87</sup> Si vedano i riferimenti di cui *supra*, al par. 3.

<sup>88</sup> Cfr. ancora *supra*, par. 3.1.

<sup>89</sup> La sent. n. 88/2025, di cui si è detto *supra*, par. 2, nel testo e alla n. 9, ha infatti specificato che appunto su tali basi può essere affermata l'autonomia dei poteri di secondo grado e, conseguentemente, la legittimità del termine di un anno per procedere all'annullamento d'ufficio, stabilito dall'attuale testo della disposizione di cui all'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990: in proposito, cfr. ancora *ivi*, nella parte riportata in nota.



resto, di un indirizzo più generale, che di recente, ma ormai in maniera del tutto compiuta, si è affacciato in dottrina<sup>90</sup>. Rispetto alla quale, tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, spesse volte tuttora ancorate a categorie tradizionali tralatticce, aventi al più valore descrittivo, sembrano invero faticare a confrontarsi.

---

<sup>90</sup> Si vedano le opere e gli Autori in tal senso citt. nel corso della presente trattazione.