

Nicola Berti*

*Riforma e modificazione del provvedimento amministrativo***

SOMMARIO: 1. Il fenomeno della modificazione del provvedimento – 2. La modifica del provvedimento come fatto materiale (rettifica) – 3. La modifica del provvedimento come fattispecie (convalida) – 4. La modifica del provvedimento come decisione (riforma) – 5. *Segue*. Il problema del suo fondamento normativo – 6. La riforma come operazione amministrativa complessa e il suo fondamento nella norma organizzativa.

1. *Il fenomeno della modificazione del provvedimento*

Il concetto di *modificazione* ricomprende descrittivamente una pluralità di istituti che, dal punto di vista fenomenologico, realizzano una “manutenzione” della fattispecie provvedimentale, operata mediante interventi di demolizione, ricostruzione e integrazione *testuale*, caratteristici di quella che è stata efficacemente definita una «“fabbrica” attizia distruttiva/creativa»¹. Si tratta di un fenomeno radicato profondamente nella realtà materiale, posto che – dal punto di vista operativo – la modificazione incide essenzialmente sulla dimensione linguistica del provvedimento², a differenza di quanto si sperimenta con riguardo ai ben più esplorati esiti dei procedimenti di secondo grado che realizzano una integrale eliminazione

* Ricercatore di diritto amministrativo dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

** Il presente scritto propone una sintesi aggiornata della ricostruzione effettuata dall'autore in ordine alla figura della riforma del provvedimento amministrativo, così come contenuta nel contributo monografico *La modifica dei provvedimenti amministrativi* (Torino, 2022). Con l'occasione, l'autore ringrazia i Professori Flaminia Aperio Bella, Andrea Carbone, Massimo Monteduro, Michele Trimarchi, Enrico Zampetti per i preziosi suggerimenti e il proficuo confronto intrattenuto nell'occasione della discussione sull'edizione provvisoria *Contributo allo studio della modifica dei provvedimenti amministrativi* (Torino, 2022), oggetto dell'incontro dei Dialoghi del Laboratorio di Diritto amministrativo del 18 luglio 2022.

¹ M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I. *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 29.

² Sull'esternazione linguistica come forma tipica della decisione amministrativa, v. A. DE SIANO, *Le forme della decisione della p.a.*, in R. URSI, M. RENNA, *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, p. 11 ss.

(revoca e annullamento d'ufficio) ovvero una conservazione (conferma) dell'atto di enunciazione, rendendo perciò superfluo il riferimento alla dimensione testuale³.

Tale radicamento della realtà materiale⁴, tuttavia, rappresenta al contempo uno dei principali ostacoli alla comprensione *giuridica* del fenomeno considerato, posto che nella teoria e nella prassi sono spesso confusi e sottoposti ad un medesimo regime, in quanto accumulati dall'operare fenomenologicamente una modificazione testuale del provvedimento, istituti che invece si mantengono del tutto distinti sul piano concettuale, quali la *rettifica*, la *modifica con effetto di integrazione-convalida-sanatoria* e la *riforma (o modifica in senso stretto)* dell'atto amministrativo. Gli elencati possibili esiti dei procedimenti di secondo grado ad esito manutentivo, infatti, si distinguono in relazione alle differenti "dimensioni" del provvedimento su cui incidono⁵.

³ La bibliografia in tema di atti di ritiro è sterminata. Fra i volumi più recenti v. M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2021; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018; B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017; A. GULDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2017.

⁴ Una concezione "materiale" del provvedimento è caratteristica anche del paradigma narrativo oggi dominante, rispetto al quale si assiste significativamente ad una condivisa estensione all'atto amministrativo delle proprietà meccaniche dei materiali, pur differenziate a seconda delle diverse impostazioni teoriche, quali la "durezza" (C. SILVANO, *La "durezza" del provvedimento amministrativo tra procedimento e processo. Uno studio critico*, Napoli, 2024), la "resilienza" (M. MONTEDURO, *Ma che cos'è questa "resilienza"? Un'esplorazione del concetto nella prospettiva del diritto delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2023, 1, spec. 19 ss., ove si tratta della «resilienza degli oggetti di amministrazione»), la "flessibilità" (B.L. BOSCHETTI, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattive tra settori e sistemi*, Pisa, 2018, spec. p. 140 ss.) la "resistenza" (M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, p. 321 ss.), l'"antifragilità" (I. BLEČIĆ - A. CECCHINI, *Verso una pianificazione antifragile. Come pensare al futuro senza prevederlo*, Milano, 2016).

⁵ Sulla "multidimensionalità" del provvedimento, v. ancora M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, cit., p. 179 ss.

2. La modifica del provvedimento come fatto materiale (rettifica)

L'intervento modificativo rivolto alla dimensione eminentemente "testuale" del provvedimento dà luogo ad un mero atto di *rettifica*, la quale consiste nella correzione di un errore *materiale* dell'atto volto ad adeguare il *fatto* di esternazione all'*atto* di volizione⁶. In altri termini, mediante questo istituto, l'amministrazione interviene sulla dimensione *comunicativa* del provvedimento, in recuperata aderenza alla regola precettiva corrispondente alla decisione assunta, all'esito del procedimento, in risposta ad un problema amministrativo⁷.

Nell'ipotesi ora considerata, l'oggetto dell'intervento modificativo non è, dunque, l'atto nella sua dimensione giuridica, e tantomeno la decisione amministrativa che attraverso il provvedimento assume efficacia⁸, bensì consiste esclusivamente nell'esternazione sensibile (la manifestazione) di tale decisione⁹. Si esula, dunque, dall'attività propriamente giuridica, ancorché principi relazionali quali la trasparenza e la buona fede impongano un certo grado di formalizzazione anche nell'eventualità di adozione di mere rettifiche¹⁰.

A tale riguardo, la giurisprudenza ha chiaramente affermato che «affinché un provvedimento amministrativo possa qualificarsi come meramente emendativo di errori materiali di un provvedimento precedente (concretandosi in tal caso una "mera rettifica" del provvedimento, non soggetta ai presupposti dell'art. 21-*nonies* della l. 241/1990), è necessario che esso abbia ad oggetto una *divergenza formale evincibile dal testo, tra*

⁶ Sulla figura v. P. GASPARRI, *Sulla rettificazione degli atti amministrativi*, in *Lamm. it.*, 1956, p. 455 ss.; S. PIRAINO, *La correzione degli atti amministrativi*, in *Riv. tri. dir. pubbl.*, 1972, p. 2012 ss.

⁷ Cfr. F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 248 ss., il quale considera il provvedimento come un «fatto (generalmente una dichiarazione) che rende manifesto un altro fatto logicamente anteriore, cioè la decisione relativa a un problema definito».

⁸ Sulla distinzione logico-giuridica fra decisione e provvedimento, v. M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, in R. URSI, M. RENNA, *La decisione amministrativa*, cit., p. 120 ss.

⁹ Sul provvedimento come comportamento manifestativo di assetti di interesse v. A. FALZEA, *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975; F. SANTORO PASSARELLI, *Atto giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 203 ss.; V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975; E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012.

¹⁰ Sicché nella prassi, accanto al c.d. corretto formale del provvedimento, si conoscono autonomi provvedimenti di "rettifica", i quali tuttavia non costituiscono atti di esercizio di situazioni giuridiche di potere, bensì mere conferme integrative.

elementi, proposizioni o statuizioni tra loro inconciliabili, tale per cui non sia dubbio il senso effettivo del provvedimento originario. In altri termini, l'errore materiale direttamente emendabile è soltanto quello che può essere percepito o rilevato *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente ricostruibile da chiunque. Laddove, invece, *la modifica attenga ad elementi di fatto o presupposti motivazionali che costituiscano diversità di oggetto e di effetti sostanziali*, il provvedimento "innovativo" avrà efficacia propria, costituendo una rinnovazione della volizione amministrativa, come tale suscettibile di produrre autonomamente gli effetti propri di quest'ultima, *in sostituzione* del provvedimento originario, che dunque perde la propria efficacia¹¹.

Si vede così come la distinzione (nella prassi, invero, affatto agevole) fra mera rettifica e riesame (sostitutivo) attenga non già all'"entità" dell'intervento correttivo, bensì alla sua idoneità a modificare la decisione dell'amministrazione come già assunta in una fase giuridicamente e logicamente anteriore alla sua esternazione (e ricavabile con certezza dalle risultanze procedimentali), non essendo consentito all'amministrazione "mascherare" un intervento di ripensamento mediante un *maquillage* estetico del testo provvedimentoale. Il responso sibillino «*ibis, redibis (,) non (,) morieris in bello*», del resto, dimostra che anche il mero dislocamento di un segno di interpunzione può determinare un esito decisorio totalmente antitetico.

3. *La modifica del provvedimento come fattispecie (convalida)*

L'art. 21-*nonies*, comma 2, della legge 241 del 1990 conferisce all'amministrazione un potere generale di *convalida* della fattispecie formale del provvedimento amministrativo, avente un effetto di *sanatoria* dell'imperfezione di natura invalidante¹². Essa, dunque, comporta una

¹¹ TAR Lazio (Roma), Sez. II, 29 novembre 2021, n. 12359.

¹² Sulla convalida v. P. RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937; E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Conferma (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 856 ss.; G. SANTANIELLO, (voce) *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 503 ss.; L. MAZZAROLI, (voce) *Convalida. II) Convalida dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 1 ss.; G. GHETTI, (voce), *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1987, p. 347 ss.; V. ANTONELLI, *La convalida del provvedimento annullabile e la riforma della legge sul procedimento amministrativo*,

modificazione correttiva dell'atto inteso quale elemento che concorre, unitamente al procedimento diretto alla sua emanazione, alla determinazione della fattispecie formale dell'esercizio del potere, comprensiva cioè di tutte le componenti strutturali dell'atto che di questo rappresentano condizione di validità (formale)¹³.

In altri termini, la situazione di invalidità oggetto di sanatoria non attiene alla fattispecie della situazione giuridica di potere esercitata (la cui integrazione, anzi, è presupposta, non potendosi altrimenti procedere ad una convalida), bensì alla diversa fattispecie normativa dell'atto formale di esercizio di quest'ultima, siccome non perfezionata. A questo proposito, la giurisprudenza ha affermato che «la convalida non determina una modificazione strutturale del provvedimento [...] bensì il sorgere di una *fattispecie complessa*, derivante dalla “saldatura” con il provvedimento convalidato, fonte di una sintesi effettuale autonoma»¹⁴.

Invero, l'effetto esplicato dalla sanatoria è esattamente quello di consolidare gli effetti giuridici (validi nella sostanza), ancorché precari in quanto “sorretti” dalla fattispecie dell'atto annullabile per vizio nella procedura o nella forma, mutandone il modello di operatività secondo una nuova fattispecie (sussidiaria e necessariamente complessa) di validità, in quanto tale produttiva di effetti non rimuovibili mediante l'(auto) annullamento (da cui la retroattività apparente dell'effetto sanante).

Poiché, come detto, il provvedimento costituisce atto di esercizio del potere, taluni contenuti testuali di quest'ultimo, diversi dal dispositivo, possono concorrere a determinare le condizioni di validità formale; sicché una convalida con effetto di sanatoria degli effetti ben potrebbe essere realizzata mediante una modificazione dell'atto, in tal caso ricadendosi nell'ipotesi della convalida attizia (o con modificazione dell'atto).

in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, p. 2221; G. MANNUCCI, *La convalida in corso di giudizio: spunti ricostruttivi alla luce del mutato regime di invalidità dell'atto*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 178; S. VASTA, *Convalida e vizi sostanziali: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 953 ss.; A.G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, p. 501 ss.; B. ACCETTURA, *La convalida del provvedimento. Studio sull'inversione dell'interesse*, Napoli, 2023; A. DI CAGNO, *Contributo allo studio del potere di convalida*, Torino, 2024.

¹³ Sulla “perfezione” come qualificazione dell'atto dal punto di vista della funzione nella sua manifestazione formale v. F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, p. 495.

¹⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, in *Dir. proc. amm.*, 2022, I, p. 188 ss., con nota dello scrivente *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo*; cfr. altresì F. APERIO BELLA, *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

Tuttavia, è noto che l'evoluzione ordinamentale si sia caratterizzata per una progressiva “dequotazione” del rilievo invalidante dei vizi sulla forma degli atti, ora in ragione del loro carattere minimale (in tal caso ascrivendoli alla categoria sostanziale della irregolarità)¹⁵, ora in virtù della loro innocuità rispetto al contenuto dispositivo (in tal caso ascrivendoli alla categoria processuale della non annullabilità, *ex art. 21-octies*, comma 2, della l. 241 del 1990); nonché, al di fuori di questi casi, per una tendenziale riconduzione alla categoria della nullità dei vizi più gravi, per carenza di un elemento essenziale *ex art. 21-septies* della l. 241 del 1990.

Si vede così come i margini di operatività della convalida di vizi sulla forma degli atti si siano sensibilmente ridotti, in quanto l'istituto è divenuto ora inutile (laddove il vizio non comporti invalidità) ora non invocabile (laddove non vi sia alcun effetto da consolidare in ragione del vizio di nullità). Non sorprende dunque che la convalida oggi operi principalmente per rimediare a uno dei pochi vizi sulla forma degli atti di natura permanentemente invalidante, e cioè il vizio di motivazione (discorsiva).

Ma tale riferimento privilegiato (se non esclusivo) al difetto di motivazione pare aver mutato anche la fisionomia del potere di convalida, in quanto sempre più orientato al rafforzamento della legittimità sostanziale del provvedimento adottato, operato tanto mediante la sanatoria della motivazione insufficiente, quanto attraverso l'integrazione di una motivazione riconosciuta già di per se sufficiente (in tal caso configurando una c.d. conferma integrativa, la quale – lungi dal rappresentare una nuova espressione del precedente potere – consiste piuttosto in un esercizio negativo dei poteri di secondo grado)¹⁶.

In definitiva, il rapporto tra autotutela ed illegittimità sembra oggi evol-

¹⁵ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993.

¹⁶ Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni giuridiche soggettive. II-2. Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, Torino, 2023, p. 197, nt., secondo cui «la conferma non rappresenta 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 [...]; in forza di tale rappresentazione, essa, correttamente, non necessita di uno specifico presupposto normativo. [...] La ricostruzione che si è data della conferma, si aggiunge ulteriormente, ascrive ad essa anche i casi in cui la nuova dichiarazione sul medesimo oggetto di fondi 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 sia ravvisata un'invalidità formale o procedurale».

vere da un nesso di implicazione necessaria, rispetto al quale l'autotutela presuppone l'invalidità che essa serve a rimuovere, ad una relazione più complessa, in cui l'attività di secondo grado opera in funzione della rilevazione dell'evidenza della legittimità "sostanziale" del provvedimento, apparendo quindi spesso destinata a produrre più che altro certezza giuridica¹⁷.

Del resto, appare plausibile che la norma in questione – nell'affermare la "possibilità" di convalida, per segnarne l'alternatività rispetto all'annullamento d'ufficio discrezionale – abbia inteso sottrarre il completamento della fattispecie degli atti annullabili al regime di doverosità che invece connota tradizionalmente gli interventi di regolarizzazione e/o conferma integrativa di atti irregolari o comunque imperfetti (nel cui ambito, dunque, il potere di convalida si muoverebbe); doverosità che, non a caso, riemerge spesso nella giurisprudenza "per ragioni di equità e giustizia" a fronte di istanze di riesame "confermativo" funzionali alla rilevazione della legittimità sostanziale del provvedimento (es. acquisizione *ex post* di pareri facoltativi, integrazione della motivazione *etc.*)¹⁸ e in quanto tali spendibili (da parte dell'amministrazione o dello stesso privato) anche nel contesto processuale non solo amministrativo (ad esempio a seguito di specifico *remand*, ovvero su sollecitazione della parte interessata): paradigmatica l'affermazione del Consiglio di Stato in materia di rapporti fra autotutela sul permesso di costruire e incidente penale di esecuzione per reato edilizio secondo cui «non può obliterarsi che una eventuale conferma, con argomentazioni rafforzative, della legittimità dell'intervento risulta elemento spendibile dal privato all'interno del procedimento di incidente penale di esecuzione e, pertanto, la richiesta trova giustificazione anche nell'esigenza

¹⁷ Per questo rilievo, v. G. TROPEA, *La c.d. motivazione successiva tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 534 s. E ciò, del resto, in linea con una più generale tendenza evolutiva dell'autotutela amministrativa, la quale risulta progressivamente "piegata" a logiche di tutela giustiziale, anche sul piano processuale: su questi profili, cfr. M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio*, cit.; in senso critico, M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa*, cit., spec. 95 ss.; sulla necessità di evitare la sovrapposizione del ruolo dell'amministrazione nell'esercizio della funzione di secondo grado e il ruolo procedurale che la stessa assume come parte del processo giurisdizionale v. A. CARBONE, *Potere e situazioni giuridiche soggettive (II-2)*, cit., p. 194 ss. Sulla funzione "processuale" dell'autotutela conservativa sia consentito nuovamente il rinvio a N. BERTI, *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo*, cit., p. 188 ss.

¹⁸ Corrente è la massima per cui «vi è un obbligo di provvedere sulla istanza di autotutela quando ragioni di giustizia e di equità richiedono l'adozione di un provvedimento espresso ovvero tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni dell'Amministrazione».

di tutela del diritto di difesa, così ulteriormente giustificando l'obbligo di provvedere sul punto»¹⁹.

In quanto rivolta al perfezionamento della fattispecie formale dell'atto, è comunque escluso che il potere di convalida possa essere utilizzato per modificare il contenuto precettivo dello stesso, ancorché al fine di "sanare" situazioni di invalidità sostanziale: ciò che invece chiama in causa il differente potere di *riforma* (o *modifica in senso stretto*) del provvedimento, la quale impone perciò la ricerca di un autonomo fondamento legale.

4. *La modifica del provvedimento come decisione (riforma)*

La riforma (o modifica in senso stretto) designa una variazione del contenuto dispositivo del provvedimento finalizzata a porre rimedio (ove possibile) a stati di invalidità *sostanziale* rilevati in sede di riesame²⁰. Essa, dunque, in relazione alla fattispecie normativa di produzione degli effetti precettivi, attiene alla situazione giuridica di potere esercitata attraverso l'atto, e non già all'atto attraverso il quale detta situazione è esercitata²¹.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 183.

²⁰ In dottrina, fra i pochi a trattare *ex professo* la figura della riforma v. A. CORPACI, (voce) *Riforma e modificazione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 459 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, p. 998 ss.; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 385 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 632 ss. Più recentemente, M. IMMORDINO, *Riesame dell'atto ad esito conservativo e situazioni giuridiche soggettive dei privati interessati*, in L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, p. 262 s. e, da ultimo, S. VACCARI, *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, Torino, 2024, spec. 174 ss. L'unico contributo monografico dedicato alla riforma è N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit.; in ambito francese, ove l'istituto è stato positivizzato nel 2016, v. F. CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, Parigi, 2003, spec p. 126 ss.; ID., *Retrait et modification d'un acte administratif unilatéral*, in *AJDA*, 2002, p. 802 ss.; E. BARBIN, *La régularisation des actes administratifs*, Parigi, 2023, *passim*.

²¹ L'individuazione della fattispecie della situazione giuridica, all'interno della più ampia fattispecie dell'effetto che di quella è attuazione, ove la situazione è presente come elemento insieme all'atto di suo esercizio, è operata da F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 91 ss.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 215 ss.; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, p. 183 s. Recentemente A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento. (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, p. 61 ss.

Ciò, come detto, vale a distinguere la figura in discorso dagli ulteriori interventi manutentivi di secondo grado – precedentemente esaminati – che, diversamente, si rivolgono alla fattispecie (materiale o formale) del provvedimento, in chiave correttiva (rettifica), sanante (convalida) o meramente integrativa (conferma propria), lasciandone intoccati gli effetti precettivi.

Ancorché da sempre conosciuta in diritto amministrativo²², la riforma (o modifica in senso stretto) del provvedimento non ha tuttavia trovato collocazione all'interno della legge 241 del 1990 nell'occasione dell'intervenuta positivizzazione dei poteri di autotutela ad opera della legge 15 del 2005; circostanza che non solamente ha fatto dubitare dell'effettiva compatibilità della figura in discorso con il fondamentale canone di legalità, ma altresì rende di complessa identificazione la disciplina ad essa concretamente applicabile²³.

Sul punto, la giurisprudenza maggioritaria è dell'idea che la previsione legislativa dei principali esiti decisori della potestà di secondo grado intervenuta con la predetta riforma non abbia inteso escludere il permanente esercizio dell'autotutela in tutte le forme tradizionalmente conosciute, soprattutto nelle ipotesi in cui si renda necessaria la semplice modificazione del regime decisorio precedentemente adottato, come nel caso della riforma, generalmente ricostruita in termini di *annullamento o revoca parziali*²⁴. Il descritto orientamento giurisprudenziale ancora riflette, a ben vedere, la ricostruzione tradizionale dell'istituto della riforma, come situato nel solco di una considerazione "materiale" del provvedimento, ove l'intervento modificativo avrebbe ad oggetto elementi documentali dell'atto e non già l'effetto complessivamente esplicito da quest'ultimo: in quest'ottica, l'intervento manutentivo parziale sul contenuto del provvedimento potrebbe ben essere ritenuto uno sfruttamento non integrale dei poteri

²² Perlomeno a far data da L. RAGNISCO, *Ricorso gerarchico e potere di riforma (in nota a Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 1910)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, 3-4, II, p. 185 ss.; O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934^{IV}, p. 136 ss.; R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, p. 196 ss.; A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936, p. 92 ss.; e U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938, p. 36 s.; V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; p. 81 s. e p. 226 s.; e a P. GASPARRI, *La invalidità successiva degli atti amministrativi*, Pisa, 1939, p. 62 ss.

²³ Si tratta della domanda di ricerca da cui è originata la riflessione condotta in N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit.

²⁴ Si legga, a questo proposito, quanto sostenuto da TAR Piemonte, Sez. II, 6 maggio 2020, n. 263.

generali di rimozione (revoca e annullamento d'ufficio)²⁵.

Di ciò appare plastica testimonianza l'autorevole e tutt'oggi fortunata definizione secondo la quale la modifica consisterebbe nella «innovazione del contenuto dell'atto, e cioè nella introduzione in esso di uno o più elementi in alcun modo diversi da quelli originari»²⁶. In questa prospettiva, la riforma si manifesterebbe come un istituto volto alla produzione di una situazione effettuale (in parte) differente rispetto a quella originariamente esplicita da un atto amministrativo, ottenuta per mezzo dell'innovazione (ancorché parziale) del precetto, ovvero della rimozione (c.d. riforma-rimozione), sostituzione (c.d. riforma sostitutiva) o mera aggiunta (c.d. riforma aggiuntiva) di un qualche elemento incidente (in senso ampliativo o riduttivo) sugli effetti prodotti.

In questa logica, la riforma non sarebbe nient'altro che l'effetto di una manipolazione del "materiale" giuridico rappresentato dal provvedimento di primo grado, ottenuta per mezzo di una nuova dichiarazione di volontà amministrativa volta alla parziale rimozione, con eventuale sostituzione, ovvero mera aggiunta di un qualche contenuto testuale di questo, con implicita conferma agli effetti impregiudicati dall'intervento modificativo.

Tuttavia, la pretesa di "modificare l'atto per modificare l'effetto" non regge alle più avanzate ricostruzioni di teoria generale²⁷.

Sul piano della dinamica della produzione giuridica, infatti, è stato dimostrato come il provvedimento sia (soltanto) la fattispecie di una norma che, resa operativa a livello fattuale mediante la realizzazione dell'ipotesi normativa, produce quale effetto quello di elevare il disegno precettivo tracciato dal provvedimento a (nuova) norma²⁸; è questa che, resa a sua volta operativa²⁹, produce sul piano concreto la corrispondente situazione

²⁵ Per una serrata critica a tale impostazione, che finisce per assimilare impropriamente fattispecie di riforma a interventi di rimozione parziale v. S. VACCARI, *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, cit., spec. 174 ss.

²⁶ A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 732.

²⁷ Come invece sostiene, ad esempio, la c.d. *blue pencil doctrine* anglosassone, sulla quale ancora v. S. VACCARI, *L'invalidità parziale del provvedimento amministrativo*, cit., p. 79, ove si rimarca come secondo questa impostazione sarebbe possibile rimediare a stati di invalidità parziale del negozio attraverso l'espunzione di talune locuzioni dal documento «in senso metaforico: con la 'matita blu', ossia in un'accezione rigida di tipo 'grammaticale' e testuale».

²⁸ La tesi riportata è stata compiutamente sviluppata in F.G. COCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., p. 223 ss.

²⁹ Va precisato che, ancorché la nuova norma non si identifichi con la situazione effettuale concreta (effetto del provvedimento), la quale rappresenta piuttosto la conseguenza dell'operatività della nuova norma quando ne è integrata la relativa fattispecie, la norma

effettuale (gli effetti provvedimenti). Da ciò consegue che la funzione del provvedimento nel meccanismo di produzione giuridica è solamente quella di realizzare l'ipotesi normativa, poiché, una volta prodotti gli effetti, il provvedimento non svolge più alcun ruolo, in quanto giuridicamente rimane solo la regola degli interessi, ovvero la norma giuridica di origine provvedimentale³⁰.

Pertanto, il carattere additivo, parzialmente eliminatorio o sostitutivo proprio della riforma riveste una rilevanza meramente materiale, operativa, linguistica, si direbbe *redazionale*. Giuridicamente, il fenomeno della modifica si sostanzia, diversamente, sempre in una *successione* di una norma con un'altra norma di diverso contenuto effettuale, in cui alcun ruolo riveste la modificazione dei contenuti documentali o testuali del provvedimento: la coincidenza parziale degli effetti rappresenta un fattore eminentemente contingente, trattandosi di effetti non già confermati, bensì parzialmente riprodotti nel nuovo disegno normativo provvedimentale. In altri termini, non esisterebbe che un solo tipo di riforma dell'atto amministrativo, e segnatamente quella *sostitutiva*.

Ne discende che la modificazione degli elementi della fattispecie attizia che determinano il disegno provvedimentale degli effetti (il dispositivo) non è *di per sé* in grado di mutare gli effetti regolati (la situazione effettuale) in mancanza di un'interposizione legislativa, che conferisca all'amministrazione agente il potere di dare vita ad una nuova norma, in *sostituzione* della precedente. Come detto, tuttavia, una siffatta autorizzazione all'atto *sostitutivo* non si rinviene nel diritto amministrativo generale, ma soltanto in alcuni plessi normativi settoriali caratterizzati da particolare evolutività³¹.

di origine provvedimentale (non normativa o generale) è generalmente formulata in termini incondizionati e (non ipo-)teticici, sicché può dirsi immediatamente operativa (salva la previsione di condizioni, termini o atti/fatti integrativi dell'efficacia) in quanto la fattispecie realizzativa è costituita dalla sola valida esistenza della norma, anche alla luce della situazione fattuale complessiva nell'ambito della quale essa si inserisce. Sul punto v. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., p. 242, n. 31. A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 452. Per una qualificazione dell'efficacia del provvedimento dal punto di vista del presupposto della fattispecie v. anche F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, 1987^o, oggi anche in *Scritti giuridici*, I, 2006, p. 493.

³⁰ Cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., p. 242, secondo il quale «nel secondo stadio il provvedimento non svolge alcun ruolo: troviamo soltanto la regola degli interessi, ovvero la norma giuridica di origine negoziale».

³¹ Si v. no quelli considerati in N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit., p. 125 ss.

5. Segue. *Il problema del suo fondamento*

Ancorché rappresenti una formula descrittiva, il riferimento alla *sostituzione* dell'atto risulta particolarmente efficace in quanto consente di posizionare immediatamente la questione della riforma del provvedimento sul piano che più propriamente le pertiene, ossia quello della successione nel tempo degli atti dei pubblici poteri; fenomeno, quest'ultimo, la cui caratterizzazione non può essere considerata come intrinseca o naturale ad una determinata funzione sovrana, ma costituisce un problema di stretto diritto positivo³².

In altri termini, le condizioni strutturali della modificazione di un atto dipendono dalle modalità attraverso le quali l'ordinamento consente la valida cessazione degli effetti di una norma in relazione al rinnovato esercizio del potere, e quindi, in ultima analisi, esse sono determinate dai criteri meta-normativi di composizione delle antinomie fra manifestazioni autoritative incompatibili cronologicamente successive. La nozione di "incompatibilità" qui in rilievo, peraltro, prescinde dalla difformità contenutistica fra atti, in quanto essa si pone anche fra atti di identico contenuto effettuale che, logicamente, non possono tuttavia essere co-efficaci³³: ciò che richiede in ogni caso l'individuazione di un criterio di prevalenza³⁴.

Si tratta, in definitiva, di comprendere come la meta-norma *di* produzione ordini il rapporto fra la cessazione degli effetti di un atto

³² A tale riguardo, imprescindibile è il riferimento ad A. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, 1919, trad. it., *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano ed altri saggi*, Milano, 1987, p. 327 ss., secondo il quale, in sede di critica alle teorie a lui contemporanee, «tutta la tradizionale dottrina del giudicato è più o meno orientata [...] in termini di politica del diritto [...]. Dalla esigenza che la *situazione del diritto amministrativo* sia sempre all'unisono con l'interesse pubblico non deriva direttamente che ogni atto amministrativo, in qualsiasi momento, possa essere adattato al mutato interesse pubblico [...]; e dal semplice interesse privato della parte alla intangibilità della decisione ad essa favorevole [...] non segue affatto che l'autorità sia per sempre vincolata a questa decisione; entrambe le fattispecie possono essere solo istanze *de lege ferenda*» (p. 336). Tale impostazione metodologica è accolta anche da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018, *passim*.

³³ È il principio logico-giuridico del *ne bis in idem* a precludere la co-efficacia di situazioni co-effettuali; cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive (I)*, cit., p. 80 s.

³⁴ È il problema, già rappresentato *supra*, della "conferma propria" come provvedimento riproduttivo. In argomento, v. A. BARUCCHI, *La riproduzione dell'atto amministrativo. Aspetti e problemi*, Torino, 1971, p. 205 s.

amministrativo e il riesercizio del potere in direzione incompatibile.

Sul piano astratto la soluzione è, come noto, binaria: o la meta-norma è *actus posterior abrogat priorem*, dando così luogo al fenomeno della c.d. abrogazione, la quale comporta la cessazione automatica degli effetti di un atto in conseguenza del mero riesercizio del potere³⁵; oppure essa è *actus posterior non abrogat priorem*, originando perciò la situazione di c.d. giudicato, il quale comporta un vincolo preclusivo al valido riesercizio del potere, la cui intensità può essere variamente modulata dal diritto positivo mediante l'attribuzione di poteri autonomi che consentano all'autore di disporre degli effetti prodotti dall'atto originario³⁶.

La questione, in effetti, è rilevante in quanto se si riconosce la sussistenza di un fenomeno di successione abrogativa fra provvedimenti non vi sarebbe ostacolo a ritenere che il fondamento del potere di modifica consista nel riesercizio del potere di primo grado e che quindi la legalità sia soddisfatta dall'attribuzione del potere originario; se invece non vi fosse un fenomeno abrogativo in diritto amministrativo, il fondamento della modifica andrebbe individuato altrove³⁷.

Al fine di risolvere la questione concernente il fondamento giuridico del potere di riforma, occorre, dunque, verificare lo schema di composizione delle antinomie valevole per gli atti amministrativi, rispetto ai quali difetta, a ben vedere, un criterio normativo espresso, e la cui precisa identificazione risulta invece dirimente per comprenderne il relativo regime di modificabilità.

Invero, neppure la Costituzione appare di particolare ausilio a questo fine stante l'intima conflittualità dei valori costituzionali in gioco, come

³⁵ Sul fenomeno abrogativo sono ancora fondamentali gli scritti di D. DONATI, *Abrogazione della legge* (estratto destinato al mai edito *Dizionario di diritto pubblico* curato da L. ROSSI e S. ROMANO), Modena, 1914; M.S. GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Perugia*, vol. LVI, ser. VI, vol. VII, Padova, 1942, p. 7 ss.; S. PUGLIATTI, (voce) *Abrogazione. a) Teoria generale e abrogazione degli atti normativi*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 142 ss.; C. MORTATI, *Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*, in *Id.*, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, p. 52 ss.

³⁶ Cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 351 s.

³⁷ Del resto, l'intera discussione dottrinale in argomento si è sempre assestata sulla contrapposizione tra due opposte concezioni: l'una che riconduce il fenomeno della cessazione e modificazione degli effetti degli atti amministrativi ad un modello abrogativo, correlato all'affermazione della identità del potere esercitato rispetto alla potestà primaria; l'altra che, diversamente, ne predica un autonomo fondamento, con rilevanti ricadute in tema di sua necessaria tipicità. Per questa constatazione v. M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, p. 86 s.

confermerebbe la “tensione” tutta interna all’art. 97 Cost. fra il principio di imparzialità, che spinge per una maggiore durabilità del vincolo obiettivo³⁸, e il principio del buon andamento, che, diversamente, impone la perdurante corrispondenza del contenuto degli atti all’interesse pubblico³⁹. Il tutto nella cornice del principio di legalità, il quale esige che il punto di equilibrio fra queste due opposte esigenze sia fondato nella legge⁴⁰.

Ne consegue che se non è possibile ricavare la meta-norma di composizione ordinamentale da disposizioni legislative espressamente rivolte a tale scopo (come è nel caso della funzione legislativa e giurisdizionale)⁴¹, essa dovrà essere estratta, in via induttiva, dalle regole di validità che presiedono l’adozione degli atti di esercizio dei relativi poteri, eventualmente ricavabili dalla caratterizzazione normativa dei meccanismi di rivedibilità degli stessi come posti in relazione alla situazione effettuale prodotta dall’esercizio del potere in virtù della sua prima spendita: al fine di escludere la sussistenza di un fenomeno abrogativo, infatti, non è sufficiente ravvisare l’esistenza di meccanismi di rivedibilità soggetti a criteri di validità differenti e più stringenti rispetto all’esercizio primario del potere, non essendo affatto escluso, da un punto di vista logico-giuridico, che il diritto positivo condizioni il valido esercizio di una medesima situazione di potere al ricorrere di presupposti differenti: detto in altri termini, si potrebbe ritenere che i poteri di riesame rappresentino un episodio di riesercizio del potere originario condizionato a presupposti più stringenti in considerazione della sua prima spendita, senza per ciò mettere in discussione l’identità della situazione esercitata.

Al fine di escludere l’esistenza di un meccanismo di successione abrogativa fra atti, dunque, è necessario che alla differente caratterizzazione normativa dei meccanismi di rivedibilità degli atti si accompagni l’identificazione

³⁸ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965 e, sulla scorta di quest’ultimo, A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979, p. 121.

³⁹ Per tutti M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi*, cit., spec. p. 121 ss., la quale ha fondato i poteri di autotutela sul principio di efficacia, corollario del principio costituzionale del buon andamento.

⁴⁰ Sul problematico rapporto fra principio di legalità e autotutela, v. in particolare N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, p. 363 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, spec. p. 226 ss.; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1223 ss.; G. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 427 ss.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 91.

⁴¹ Cfr. art. 15 delle Preleggi al c.c. e art. 324 c.p.c.

di un meccanismo preclusivo al riesercizio del potere di primo grado discendente dall'effetto prodotto dall'atto originario.

Infatti, laddove in relazione alla situazione effettuale prodotta dall'esercizio del potere non fosse ravvisabile alcuna efficacia preclusiva che impedisca l'adozione di un nuovo provvedimento, differente da quello già adottato e ancora efficace, quale espressione del medesimo potere (o di un potere con esso incompatibile), si dovrebbe riconoscere che l'esercizio di detto potere risponda alla logica dell'abrogazione: la situazione giuridica di potere continuerebbe, cioè, a sussistere in concreto (continuano ad essere integrati i presupposti di produzione sostanziale della fattispecie normativa del potere) e quindi ad essere in grado di esprimere, con il suo esercizio, una situazione effettuale valida, che, conseguentemente, si andrebbe altrettanto validamente a sostituire alla precedente (ancorché condizionata a presupposti di validità più stringenti derivanti dalla caratterizzazione normativa dei meccanismi di rivedibilità)⁴²; in caso contrario, laddove fosse individuabile un vincolo preclusivo, dovrebbe concludersi che il rapporto fra provvedimenti amministrativi risponda, perlomeno implicitamente, alla logica del giudicato.

Che la riedizione del potere amministrativo in direzione incompatibile rispetto ad un precedente provvedimento rappresenti un esercizio *invalido* del potere è cosa da non potersi porre in dubbio⁴³. Tuttavia, tale constatazione non chiama necessariamente in causa la sussistenza di una preclusione all'esercizio del potere originario, posto che, secondo l'approccio tradizionale al tema, l'effetto di vincolo scaturente da un provvedimento già emanato discenderebbe da un generale divieto di *venire contra factum proprium* quale presidio di razionalità e logicità del processo decisionale dell'amministrazione, oltre che di tutela delle posizioni soggettive originatesi dall'atto: secondo questo ordine di idee, dunque, la riedizione del potere risulterebbe invalida non già in ragione dell'operatività di un meccanismo sostanziale di carattere preclusivo, bensì nella forma dell'eccesso di potere come discendente dalla violazione (indiretta) dei principi precedentemente richiamati, secondo la teoria del c.d. atto interposto.

Secondo questo ordine di idee, perciò, la riedizione del potere non sarebbe preclusa laddove il corrispondente atto fosse dotato di adeguata

⁴² Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive (I)*, cit., p. 484 s., spec. nt. 195.

⁴³ Tale rilievo si inquadra all'interno delle riflessioni concernenti i vincoli di validità che derivano da precedenti episodi di attività amministrativa, tradizionalmente oggetto della c.d. teoria dell'auto-limite amministrativo. In argomento, cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimito della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, spec. p. 73 ss.

motivazione che espliciti le ragioni a sostegno della nuova determinazione, in recuperata aderenza ad un processo decisionale coerente e informato ad un canone di corretto bilanciamento con le posizioni soggettive originatesi dall'atto precedente; inoltre, nella descritta prospettiva tradizionale, sarebbe predicabile l'invalidità del nuovo atto solamente laddove quest'ultimo possieda un contenuto incompatibile con il precedente: sicché non si pongono ostacoli ad ammettere la conferma in senso proprio quale episodio di riesercizio del potere ad effetto sostitutivo (con conseguente riapertura della finestra impugnatoria).

In altri termini, nella concezione tradizionale, l'autolimita provvedimentale costituirebbe un criterio ordinatore *non già delle antinomie, bensì delle incompatibilità*.

Sicché la caratteristica dell'autolimita risiederebbe principalmente nella propria *derogabilità*; mentre il riconoscimento di un vincolo ad effetto preclusivo implica che l'invalidità dell'atto successivo si determini in ragione del diretto contrasto di quest'ultimo con la disposizione dettata dal precedente provvedimento, secondo il paradigma della *violazione*. Occorre, quindi, verificare se l'impegnatività della norma provvedimentale sia idonea a fondare un vero e proprio vincolo preclusivo all'esercizio del potere in direzione incompatibile.

A questo proposito, va anzitutto considerato che, con riguardo agli atti amministrativi, non vige una riserva costituzionale né legislativa (assoluta) di "meta-normazione", sicché lo schema di validità del provvedimento amministrativo potrebbe ben essere definito non solo da disposizioni di rango legislativo, ma altresì dalla sussistenza di c.d. auto-vincoli amministrativi, i quali possono dunque derivare tanto da atti finalisticamente indirizzati a tale scopo (come, tipicamente, gli atti amministrativi normativi e generali), quanto dal precedente esercizio dell'attività provvedimentale⁴⁴.

Chiarito ciò, la possibilità di individuare un vincolo preclusivo nell'effetto esplicato dal provvedimento di secondo grado sottende anzitutto un inquadramento della decisione di primo grado quale regola connotata da normatività, costituente in quanto tale un potenziale parametro di validità della successiva attività amministrativa. Infatti, l'impegnatività giuridica della regola degli effetti è attributo naturale e normale della norma giuridicamente vigente: sicché, laddove si ricostruisca l'effetto ricollegabile al provvedimento come il prodursi di una nuova norma, come si è cercato di dimostrare, la c.d. impegnatività si spiega come il riflesso della vigenza

⁴⁴ Cfr. M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, p. 198.

della norma di origine provvedimentale.

Il vincolo preclusivo può così essere ricavato dalla correlazione di ordine funzionale che parrebbe sussistere fra la conformazione normativa del complesso dei provvedimenti di riesame alla stregua di poteri “separati” (dalla quale appare logico ricavare una certa “resistenza” del provvedimento all’abrogazione)⁴⁵ e la struttura normativa della funzione amministrativa, ossia le modalità procedurali attraverso le quali l’ordinamento configura il processo di formazione della regola nel caso concreto (l. n. 241/1990), come improntata alla logica obiettiva dell’accertamento: correlazione che appare rivelativa di un vincolo preclusivo giuridicamente rilevante in ordine alla considerazione dell’esistenza della realtà giuridico-fattuale posta a fondamento della decisione, alla stregua di un vero e proprio giudicato materiale⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. *ivi*, p. 199. La regola di composizione delle antinomie fra provvedimenti amministrati- vi sarebbe dunque rinvenibile, secondo questo ordine di idee, proprio nelle disposizioni di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* e della l. n. 241 del 1990, le quali, sottoponendo gli atti di ritiro ad uno statuto giuridico autonomo rispetto al potere di primo grado, si rivelerebbero non solamente norme *sulla competenza* (o di conferimento di potere), ma anche, implicitamente, norme *sui conflitti*, nella misura in cui determinano l’invalidità dell’atto posteriore incompatibile in mancanza della previa caducazione, in conformità a tassativi presupposti normativi, di quello anteriore.

⁴⁶ Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive (I)*, cit., p. 456 ss. Secondo l’A. l’effetto preclusivo al riesercizio del potere discendente dall’emanazione del provvedimento sarebbe rapportabile proprio alla descritta caratterizzazione normativa del procedimento formativo della decisione, come avente autonomo rilievo rispetto alla produzione della situazione effettuale ad essa corrispondente. Si rileva infatti come, ancorché non vi sia necessaria correlazione logica fra l’accertamento come vincolo alla realtà accertata e l’accertamento come attività di verifica, l’ordinamento ravvisa solitamente un collegamento funzionale in questo senso, a sua volta connesso ad una certa stabilità formale dell’atto che ne rappresenta l’esito: nel caso del provvedimento amministrativo, una siffatta correlazione sarebbe, perciò, ricavabile dal regime di stabilità di quest’ultimo (a sua volta discendente dalla struttura normativa dei poteri di primo e di secondo grado) siccome posta in collegamento funzionale con la struttura normativa della procedura improntata all’accertamento. Di questa via, la dottrina in esame ravvisa l’operare di una preclusione dettata, appunto, dall’idoneità del provvedimento amministrativo a produrre un “effetto di accertamento”, e cioè a costituire un obbligo giuridicamente rilevante in ordine alla considerazione dell’esistenza della realtà giuridico-fattuale posta a fondamento della decisione, in quanto tale preclusivo rispetto ad alternative composizioni sostanziali in ordine ad una medesima fattispecie (giudicato materiale). In particolare, secondo questa ricostruzione, l’operare di un siffatto effetto distinguerebbe gli atti che sono “resistenti” alla riedizione del potere (rimuovibili, perciò, esclusivamente attraverso l’esperimento di autonomi poteri, dai quali dipenderebbe il grado di *intensità* del vincolo di accertamento) dagli atti che, invece, sono “cedevoli” nei confronti di quest’ulti- ma (secondo la logica abrogativa). Di talché, l’autonomia dei poteri di secondo grado, così come ricavabile dalla loro struttura normativa, rappresenterebbe nient’altro

Sicché, laddove la regola precettiva non si caratterizza più per la sua struttura di dichiarazione di volontà, ma per essere un momento di concretizzazione obiettiva del potere nell'ordinamento, realizzata attraverso il trascorrere dell'esercizio del potere nelle forme di una composizione procedimentalizzata degli interessi, essa sarebbe idonea ad imporsi, altrettanto obiettivamente, all'amministrazione, parimenti alle altre parti del rapporto amministrativo. L'amministrazione, in tal modo, si confronta con una regola provvedimentoale che, una volta in vigore, prende vita come entità duratura, esteriore e distaccata dall'autore, indipendentemente dalla volontà che l'ha posta in essere e, magari, a questa contrapponendosi.

L'effetto di vincolo, idoneo a costituire il paradigma di validità della successiva attività amministrativa, sorgerebbe perciò non già in virtù di una volontà dell'ente, esplicitamente o implicitamente indirizzata in questo senso (nella logica dell'autolimita, superabile con idonea motivazione al fine di non configurare contraddittorietà), bensì in ragione delle modalità procedurali attraverso le quali l'ordinamento struttura il processo di formazione della regola del caso concreto. Tale rilievo appare, del resto, particolarmente consonante con il pensiero di chi materialmente contribuì a redigere la legge generale sul procedimento amministrativo, laddove ravvisava l'esistenza di un principio del "giudicato sostanziale" (*materielle Rechtskraft*), quale specifico effetto del provvedimento amministrativo, «attuato sotto firma di preclusione di nuovi componimenti sostanziali diversi da quello già realizzato nell'atto a cui ci si riferisce. [...] Il suo riconoscimento concettuale non abbisogna di particolari giustificazioni: infatti il fondamento del giudicato sostanziale non può che essere ravvisato nella stessa garanzia delle posizioni delle parti, che a sua volta *coincide con il valore di legittimità insito nella procedura*. [...] Sul piano positivo la sua attuazione è assicurata però, solo in linea di principio, ed è limitata dai poteri di annullamento, modifica, revoca ed abrogazione accordati alla pubblica amministrazione in base a presupposti e condizioni peraltro *tassativamente previsti*»⁴⁷.

In questi termini, l'invalidità dell'atto incompatibile risponderebbe alla logica della violazione diretta (e non già mediata dal riferimento ai principi generali, secondo lo schema dell'eccesso di potere) del precedente provvedimento, giacché la violazione investirebbe il canone normativo

che l'evidenza del vincolo maturato in ordine all'effetto di accertamento (giudicato materiale) che si crea a seguito della originaria verifica in ordine alla sussistenza in concreto della situazione giuridica di potere.

⁴⁷ G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, oggi anche in ID., *Scritti scelti*, I, Napoli, 2010, p. 148.

della situazione giuridica di potere con riferimento alla regola decisoria costituita dalla determinazione amministrativa, in relazione al vincolo che deriva dalla normativa sulla produzione, ricavabile dal modello strutturale della funzione, come posto in correlazione funzionale con la disciplina delle regole sull'autotutela decisoria⁴⁸. Tanto che non sarebbe più dato ragionare, a questo punto, di una successiva manifestazione di volontà in contrasto con quella precedente (quale espressione del divieto di *venire contra factum proprium*), ma di un provvedimento assunto in violazione di una decisione caratterizzata dal proprio inserimento nel diritto obiettivo (espressione dell'obbligo del *patere legem quam fecisti*)⁴⁹.

6. *La modifica come operazione amministrativa complessa e il suo fondamento nella norma organizzativa*

Nella prospettiva cui si aderisce, l'efficacia di giudicato esclude dunque che l'atto possa essere modificato con il mero riesercizio. Tuttavia, in quanto la consumazione del potere dipende dall'atto, derivando la preclusione dall'effetto esplicato dal provvedimento, nulla osta a che, una volta rimosso quest'ultimo, il potere possa essere validamente riesercitato⁵⁰.

Il fenomeno della modifica, dunque, si articola, necessariamente in due passaggi: il primo consiste nella rimozione del provvedimento attraverso l'esercizio di un potere di ritiro tipizzato (revoca o annullamento d'ufficio),

⁴⁸ Si aderisce perciò alla ricostruzione proposta in A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive (I)*, cit., p. 505 ss.

⁴⁹ Per una simile prospettazione in ambito francese v. G. ZALMA, *Patere regulam quam fecisti ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux*, in *Revue du droit public*, 1980, p. 1109 ss.; sull'atto amministrativo come possibile fonte di diritto obiettivo v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003, spec. 172 ss.

⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sent. non def. 16 ottobre 2024, n. 8296 che, nel dubitare della ragionevolezza - sotto il profilo costituzionale - del termine decadenziale 'rigido' dei dodici mesi per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti ha affermato, tra le altre cose, che «deve, peraltro, tenersi a mente che l'annullamento della precedente determinazione amministrativa si pone come presupposto logico-giuridico necessario ed infettibile per il riesercizio del potere amministrativo [...] con la conseguenza che la previsione di un limite rigido alla possibilità di intervento in autotutela si traduce, indirettamente, nella preclusione alla spedita di altri profili di capacità speciale autoritativa dell'amministrazione». La criticità era già stata sollevata dallo scrivente ne *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit., p. 170, suggerendosi una interpretazione alternativa più aderente alla ratio della disposizione (p. 220 s.).

il secondo è rappresentato dal riesercizio del potere originario, che è reso nuovamente possibile dalla rimozione del vincolo. Questi due passaggi si distinguono dal punto di vista logico-giuridico, in quanto è necessario che entrambi i momenti trovino il loro fondamento nella legge, ma dal punto di vista materiale l'operazione è unitaria, ancorché complessa, in quanto rimozione e riesercizio avvengono come un tutt'uno⁵¹.

Il fenomeno della sostituzione dell'atto (ad esito modificativo) non consiste perciò in un riesercizio del potere da cui consegue la cessazione degli effetti prodotti dall'atto originario (secondo un effetto abrogativo automatico), ma è la cessazione degli effetti prodotti dall'atto originario (realizzata mediante l'esercizio di autonomi poteri caducatori) a costituire piuttosto la condizione giuridica per il valido riesercizio del potere originario.

Questa medesima impostazione si ritrova ora anche in una sentenza del Consiglio di Stato, nella quale è stato affermato che «nel solco di quanto osservato dalla più recente dottrina, il potere di modifica del provvedimento amministrativo deve essere inquadrato nel *genus* dei poteri di secondo grado costituendo peculiare espressione di quella che è tradizionalmente definita la c.d. autotutela decisoria. In questo senso, il fenomeno giuridico della modifica del provvedimento amministrativo *si compone di due distinti momenti logici: quello del ritiro, sub specie di revoca parziale, del provvedimento originario e quello del nuovo esercizio del potere di amministrazione attiva in chiave, appunto, sostitutiva-integrativa della porzione di provvedimento già ritirato*. Da questa ricostruzione discende che il procedimento volto all'esercizio del potere di modifica deve svolgersi secondo le forme e con le garanzie (anzitutto partecipative, come l'obbligo di comunicazione di avvio, ma anche in punto di motivazione) previste per i poteri di autotutela»⁵².

Il corollario di tale ricostruzione, dunque, è che il riesercizio del potere originario in sede di modifica non comporta un nuovo svolgimento del primo procedimento con le proprie regole, perché è piuttosto il riesercizio del potere a dover sottostare alle logiche del procedimento di secondo grado: trattasi, infatti, di riesercizio del potere con caratteristiche procedurali che non ripete dalla propria natura di primo grado, ma che acquisisce

⁵¹ Per la ricostruzione della riforma quale “operazione amministrativa complessa” e le relative implicazioni di ordine sostanziale e procedurale, v. N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit., p. 165 ss. Sulla nozione di operazione amministrativa imprescindibile è il riferimento a D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.

⁵² Cons. Stato, Sez. VI, 17 aprile 2024, n. 3498.

dal fatto di collocarsi all'interno di una funzione di secondo grado (ad esempio, in punto di officiosità e facoltatività nell'*an*). Del resto, è stata ormai acquisita al patrimonio della teoria generale la distinzione fra potere come situazione giuridica soggettiva, che trova fondamento nella norma attributiva, e procedimento per l'esercizio della funzione, che trova invece fondamento nelle regole procedimentali: in questa logica, il procedimento di secondo grado ha, a ben vedere, una struttura procedurale "neutra", la quale prescinde dai contenuti precettivi dei poteri che in esso possono essere espressi, sicché in esito all'accertamento in esso compiuto ben potrebbe essere (ri)esercitato anche il potere originario (a maggior ragione considerando che, in mancanza di una disciplina legale del procedimento di secondo grado, quest'ultimo segue di norma le regole del procedimento previsto per l'adozione dell'atto che ne costituisce oggetto, secondo il principio del c.d. *contrarius actus*)⁵³.

Anche dal punto di vista provvedimentale, i due momenti (rimozione-riesercizio) ben potrebbero coesistere all'interno di un atto documentalmente unitario (pure denominato, per prassi, *riforma*), ancorché a contenuto dispositivo plurimo. Ciò è possibile, in quanto, parafrasando una recente pronuncia giurisprudenziale, l'atto plurimo si caratterizza per la concentrazione delle finalità che normalmente connotano atti distinti in un unico contesto, spesso anche motivazionale, giusta la stretta interconnessione e talvolta consequenzialità, fra le diverse scelte operate dall'amministrazione e rispetto alla cui legittimità non sussiste alcuna pregiudizialità sistematica, posto che una simile esplicitazione dell'agire amministrativo risponde ai fondamentali canoni di economicità ed efficacia di cui all'art. 1, co. 1, della l. 241/1990. Tali considerazioni non possono non valere anche in relazione all'esercizio del potere di autotutela, posto che il principio generale della libertà della forma, in mancanza di una norma che imponga di scindere necessariamente il contenuto di ciascun atto di riesame o esito dello stesso, consente di non ritenere violati i principi di nominatività e tipicità degli atti amministrativi⁵⁴.

⁵³ Rifiuta, invece, l'idea che la valenza di accertamento della decisione di secondo grado possa riguardare già tutti gli effetti producibili, e che quindi la discrezionalità sia spesa ed esaurita già nel contesto del procedimento di annullamento d'ufficio/revoca di cui l'eventuale riesercizio del potere costituirebbe perciò specifica "esecuzione", C. CUDIA, nella generosa recensione a NICOLA BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2022, in *Dir. pubbl.*, 2024, II, p. 461 ss., dove comunque si ammette la possibilità di ricostruire il momento di riesercizio come "esecuzione" dell'accertamento di secondo grado in limitate ipotesi.

⁵⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 4 aprile 2024, n. 3105.

In ragione delle superiori considerazioni, se si è ragionato correttamente, può dunque essere superata l'idea per cui la modifica rappresenti una potestà del tutto priva di base legale, posto che la norma di conferimento del potere generale di riforma può essere agevolmente individuata proprio nella disposizione organizzativa⁵⁵ che attribuisce i poteri revoca e annullamento d'ufficio del provvedimento allo stesso «organo che lo ha emanato» (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*) e, perciò, al presunto titolare della competenza primaria. Sarebbe, in altri termini, l'identità soggettiva dell'organo competente per entrambe le potestà a giustificarne la naturale possibilità di un esercizio congiunto, essendo piuttosto demandato alla legge stabilire i casi nei quali i poteri caducatori sono attribuiti a un organo differente da quello titolare della potestà primaria e, pertanto, identificare le fattispecie di riesame senza possibile esito di riforma.

A questo riguardo, coglie nel segno l'affermazione del Consiglio di Stato secondo la quale «attraverso l'attribuzione congiunta dei relativi poteri al medesimo organo amministrativo [...] si salvaguarda anche la pienezza e l'esclusività della potestà amministrativa di base, preordinata al perseguimento dell'interesse pubblico affidato all'organo di amministrazione attiva, *tenendo conto pure dell'eventuale riesercizio del potere, una volta che ne sia stata caducata la manifestazione originaria [...] auto-emendandosi*»⁵⁶. Considerazione che si pone nel solco della tradizionale ricostruzione delle potestà di autotutela decisoria come «attività secondaria e cioè di assicurazione della giustizia e della efficienza dei provvedimenti di autarchia e di autonomia»⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. C. NAPOLITANO, *Profili organizzativi dell'autotutela*, in *Persona e amministrazione*, I, 2019, p. 241 ss.

⁵⁶ Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2023, n. 11307.

⁵⁷ F. BENVENUTI, (voce) *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1789.