

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – BICOCCA
SCUOLA DI DOTTORATO

Dipartimento di Giurisprudenza
Dottorato di ricerca in Scienze giuridiche – XXXII ciclo
Curriculum di Diritto pubblico – S.S.D. IUS 10/Diritto amministrativo
Coordinatore: Chiar.mo Prof. Maurizio Arcari

LA MODIFICA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Margherita Ramajoli
(Università degli Studi di Milano - Bicocca)

Co-tutor:

Chiar.mo Prof. Mauro Renna
(Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano)

Supervisor:

Chiar.mo Prof. Bertrand Seiller
(Università di Parigi II Panthéon-Assas)

Dottorando:
Dott. Nicola Berti
Matricola: 823002

Anno accademico 2018-2019

INDICE

Premessa generale	1
-------------------------	---

CAPITOLO I

PROFILI STRUTTURALI DELLA MODIFICA	5
------------------------------------	---

<i>Premessa</i> — La modifica nella “logica dell’atto”: la «riforma»	6
--	---

1. La «modificazione» come possibile esito logico (parzialmente conservativo) dei procedimenti di riesame. La «riforma» dell’atto amministrativo e sua distinzione rispetto ad altre fattispecie modificative. Delimitazione dell’oggetto di indagine alla «riforma» per vizi di merito	8
---	---

2. Fondamento del potere di «riforma» dell’atto amministrativo. Adesione alla tesi dell’autonomia dei poteri di riesame rispetto alle potestà di primo grado	28
---	----

2.1. (Segue.) Sulla conseguente necessità di distinguere tra «riforma-riesercizio» e «riforma-riesame». Contestuale riscontro dell’atipicità del potere di «riforma-riesame» e sua problematica ammissibilità alla luce del principio di legalità	60
---	----

2.2. Vaglio della tesi che considera la «riforma-riesame» come rientrante nell’ambito di legittimazione della norma attributiva del potere di «revoca». Rilievi critici	82
---	----

3. Proposta di ricostruzione della «riforma-riesame» in termini operazionali quale combinazione coordinata di potestà tipiche nella forma della «revoca-riesercizio»	90
--	----

4. Profili comparati: la <i>modification de l’acte administratif</i> nel diritto francese. Riscontro dell’eterogeneità dell’istituto nei due ordinamenti	106
--	-----

<i>Prime conclusioni parziali</i> — Costatazione del “polimorfismo” strutturale della riforma dell’atto amministrativo. Sulla conseguente necessità di accogliere una prospettiva dell’indagine di tipo dinamico-funzionale	126
---	-----

CAPITOLO II

PROFILI FUNZIONALI DELLA MODIFICA	131
-----------------------------------	-----

<i>Premessa</i> — La modifica nella “logica dell’attività”: il «procedimento aperto» e l’«operazione modificativa»	132
--	-----

1. La decisione di “modificare”: la preferenza per la conservazione (parziale) dell’atto quale espressione del principio (oggettivo) di conservazione dei valori giuridici	141
--	-----

2. Riflessi funzionali della «riforma-riesercizio»: la continuità della funzione e il «procedimento aperto»; verso un superamento della distinzione fra procedi-	
--	--

menti di primo e di secondo grado	148
3. Riflessi funzionali della «riforma-riesame»: utilità della categoria giuridica dell'«operazione amministrativa» per comprendere la fenomenologia della vicenda modificativa intesa come superiore unità di procedimenti tipici funzionalmente coordinati verso un risultato di “modifica”	162
3.1. (Segue.) La “modifica” come «risultato operativo»; conseguenze applicative sul piano della piena attuazione delle c.d. garanzie procedurali	172
3.2. (Segue.) I possibili riflessi in punto di motivazione e di effettività del (successivo) sindacato giurisdizionale	178
<i>Seconde conclusioni parziali</i> — Sussiste la possibilità di configurare una categoria giuridicamente autonoma di “modifica” sul piano dinamico. Sulla necessità di indagare la relativa incidenza sul rapporto amministrativo nella sua funzione complementare	182

CAPITOLO III

PROFILI RELAZIONALI DELLA MODIFICA 186

<i>Premessa</i> — La modifica nella “logica del rapporto”: la «conformazione» delle relazioni giuridiche amministrative di durata	187
1. Posizioni giuridiche favorevoli del privato nel rapporto amministrativo e potere di modifica: la tutela “ponderativa” del legittimo affidamento e il principio di proporzionalità	193
1.1. (Segue.) L'indennizzo come forma di tutela “patrimoniale” del legittimo affidamento e fattore di riequilibrio nell'ambito del giudizio di proporzionalità in senso stretto	206
1.2. (Segue.) La “patrimonializzazione” dell'affidamento legittimo: le «legittime aspettative» come «bene» tutelato dall'art. 1, Primo Protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo	212
2. La “modifica” fra «conformazione» di rapporti ed ipotesi «cripto-revocatorie». Le conseguenze sul correlato regime giuridico e, in particolare, i riflessi in tema di obbligo indennitario	221
3. Spunti dalla teoria dell'analisi economica del diritto in ordine all'allocatione efficiente del rischio da sopravvenienza e di <i>quantum</i> indennitario	230
<i>Terze conclusioni parziali</i> — Occorre prendere atto della centralità del rapporto giuridico amministrativo nella ricostruzione unitaria del fenomeno modificativo	237
Conclusioni generali	238
Bibliografia	254

PREMESSA GENERALE

Sull'opportunità di un'indagine dedicata alla modifica dell'atto amministrativo

L'opportunità di studiare il fenomeno giuridico della modifica dell'atto amministrativo deriva da due ordini di ragioni.

Il primo consiste nella mancanza, all'interno del panorama dottrinale italiano, di specifici studi ad esso dedicati, in uno con l'assenza, sul piano normativo, di una sua disciplina di ordine generale.

Tale pur significativo rilievo, tuttavia, se non capace addirittura di scoraggiare chi intenda intraprendere una riflessione scientifica sull'argomento, risulta perlomeno insufficiente, se esso non si riveli supportato da profili di pratica utilità.

In quest'ottica, la seconda ragione, di carattere empirico, deriva dalla constatazione dell'amplessissima applicazione riservata allo strumento modificativo sul piano pratico, unitamente alla progressiva diffusione nella produzione normativa recente, soprattutto di origine europea, di numerose e inedite ipotesi "tipiche" di modifica degli atti amministrativi, le quali offrono a tale figura anche un indubbio statuto giuridico di ordine positivo.

La modifica sembra, dunque, costituire, se non poter divenire in prospettiva, una modalità ordinaria e preferenziale di adeguamento delle statuizioni provvedimenti alle sopravvenienze, nel contesto del diritto amministrativo contemporaneo.

La pressoché totale insignificanza dell'istituto modificativo sul piano teorico si scontra, perciò, con una fenomenologia di prassi e normativa di senso nettamente contrario.

Il che rende non solo opportuna, ma anche urgente, una sua specifica trattazione in questa sede.

Il metodo

L'indagine condotta aderisce al metodo scientifico applicato allo studio del diritto amministrativo¹, di cui fu iniziatore Gian Domenico Romagnosi, il quale già avvertiva: «proposizione, analisi, ricomposizione; ecco le tre operazioni delle quali consta e constar deve ogni pieno insegnamento»². Si tratta, come è stato efficacemente detto, «del metodo comune a tutte le scienze e che consiste nello scomporre i sistemi complessi cogliendo ciò che collega le varie parti *secondo il criterio del fine che le unisce* e nel risalire poi dal più semplice al più articolato, *procedendo per gradi*, passando così “da idee chiaro-confuse a idee chiaro-distinte”»³.

¹ Secondo G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, I, 1 ss., oggi anche in *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, I, Torino, 2019, 160, «[e]siste [...] un tessuto metodologico comune a tutte le scienze e profili specifici quantomeno alle grandi famiglie e poi ancora più specifici per ciascuna di ogni loro parte. Questo non toglie però che sempre di scienza si tratti e quindi le specificazioni non possono creare *ab imis* tutte le categorie metodologiche e tanto meno contraddire quelle comuni alla scienza in quanto tale e devono almeno condividere con l'intera comunità scientifica le diverse polarità che all'interno di questa da sempre convivono e si scontrano». Sul problema del metodo in diritto amministrativo, cfr. anche A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli altri “saperi”*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 3, 865 ss.

² G.D. ROMAGNOSI, *Trattato della Ragion civile delle acque nella rurale economia*, Milano, I, 1829, 205 ss.

³ G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, 1 ss. (enfasi dell'A.). Per l'A. in ID., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, XVI-XVII «[l']utilità del metodo risulta nell'analisi delle fattispecie miste. Come si può spiegare, ad esempio, una pozzanghera, l'acqua torbida mischiata alla terra, senza avere da un lato la nozione dell'acqua e dall'altro quella della terra? Individuate le nozioni essenziali, queste si compongono tra loro secondo gradazioni nelle quali l'una o l'altra è prevalente».

Nella descritta operazione di prospettazione descrittiva, scomposizione analitica e successiva ricomposizione sintetica dell'istituto che è oggetto dell'indagine, ci si attiene ad un approccio legato all'analisi dello stretto diritto positivo per l'elaborazione dei concetti giuridici elementari⁴, cercando di purificare la riflessione da qualsiasi preferenza di ordine ideologico⁵.

In quest'ottica, lo studio del fenomeno modificativo in una prospettiva extragiuridica è limitato all'applicazione del metodo dell'analisi economica del diritto e circoscritto ad una mera valutazione di efficienza.

In secondo luogo, dal punto di vista dogmatico e concettuale, l'elaborato è senz'altro debitore della riflessione di Feliciano Benvenuti, a partire dalla scansione tripartita dei capitoli, la quale riflette l'euritmia descrittiva cara al Maestro, nonché con riferimento al vocabolario giuridico utilizzato, abbondantemente tratto dalla Sua superata sistematica.

Infine, non si trascura il metodo comparatistico, con l'obiettivo di ricavare elementi utili alla chiarificazione dell'istituto oggetto dell'indagine, ravvisando tratti comuni, ovvero elementi differenziali rispetto al regime di modificazione degli atti amministrativi nel contesto di un diverso ordinamento giuridico, quale quello francese.

⁴ Sui quali v. ancora G. ROSSI, *Metodo giuridico*, cit., 164 ss., secondo cui «[a]nche la scienza giuridica non può sottrarsi alla constatazione della frammentazione in atto che induce le altre discipline a destrutturarsi. Come si è osservato in altra sede, il profilo dominante è quello della frammentazione dei sistemi concettuali. [...] Più il quadro d'insieme diventa confuso, più si rende necessario ricercare radici fondanti e queste si trovano, come sempre è avvenuto, in dati e concetti elementari» (165-166).

⁵ Cfr. S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 190-191, secondo il quale «[i]ndubbiamente i concetti che servono alla scienza giuridica si ricavano per astrazione e generalizzazione dal dato, che è la norma; [...] al dato quindi essi vanno adattati. [...] [I]l dato per noi è la norma, o piuttosto il complesso delle norme costituenti la materia dell'ordinamento giuridico».

La struttura della ricerca

Come anticipato, la costruzione della ricerca è tripartita.

Nel primo capitolo si analizzano le strutture giuridiche che consentono la modificazione degli atti amministrativi, la quale si riscontra quale fattispecie complessa.

In esso, l'indagine è condotta su un piano statico ed è finalizzata alla definizione descrittiva dell'istituto, a partire dall'analisi del diritto positivo, e alla sua progressiva scomposizione in unità elementari, al fine di ricavarne la relativa caratterizzazione giuridica e di regime.

Nel secondo capitolo si studiano le declinazioni funzionali del fenomeno modificativo, al fine di verificare la possibilità di ricondurre ad unità, in un'ottica dinamica, la scomposizione strutturale che si è operata sul piano statico.

Nel terzo capitolo si evidenziano, infine, i riflessi della modifica dell'atto sul rapporto giuridico amministrativo, in una concezione del potere, perciò, non più monistica, bensì relazionale.

L'avvicinarsi dei capitoli non sottende un percorso argomentativo progressivo, bensì intende offrire una rappresentazione unitaria, se si vuole "prismatica" in quanto delineata da tre differenti prospettive di visuale, di una medesima fattispecie giuridica.

Sono, pertanto, costanti i rimandi interni all'elaborato al fine di consentire al lettore una percezione sinottica dei temi affrontati, i quali risultano inevitabilmente legati fra di loro.

CAPITOLO I

PROFILI STRUTTURALI DELLA MODIFICA

SOMMARIO: *Premessa* – La modifica nella “logica dell’atto”: la «riforma». – 1. La «modificazione» come possibile esito logico (parzialmente conservativo) dei procedimenti di riesame. La «riforma» dell’atto amministrativo e sua distinzione rispetto ad altre fattispecie modificative. Delimitazione dell’oggetto di indagine alla «riforma» per vizi di merito. – 2. Fondamento del potere di «riforma» dell’atto amministrativo. Adesione alla tesi dell’autonomia dei poteri di riesame rispetto alle potestà di primo grado. – 2.1. (Segue.) Sulla conseguente necessità di distinguere tra «riforma-riesercizio» e «riforma-riesame». Contestuale riscontro dell’atipicità del potere di «riforma-riesame» e sua problematica ammissibilità alla luce del principio di legalità. 2.2. Vaglio della tesi che considera la «riforma-riesame» come rientrante nell’ambito di legittimazione della norma attributiva del potere di «revoca». Rilievi critici. – 3. Proposta di ricostruzione della «riforma-riesame» in termini operazionali quale combinazione coordinata di potestà tipiche nella forma della «revoca-riesercizio». – 4. Profili comparati: la *modification de l’acte administratif* nel diritto francese. Riscontro dell’eterogeneità dell’istituto nei due ordinamenti. – *Prime conclusioni parziali* – Costatazione del “polimorfismo” strutturale della riforma dell’atto amministrativo. Sulla conseguente necessità di accogliere una prospettiva dell’indagine di tipo dinamico-funzionale.

Premessa – *La modifica nella “logica dell’atto”: la «riforma».*

Lo studio della modifica dell’atto amministrativo è stato prevalentemente affrontato, in ossequio alla tradizione, nella logica dell’atto amministrativo, ricalcata su paradigmi concettuali elaborati in sede di teoria del negozio giuridico⁶. In tale prospettiva, la modifica è qualificata tradizionalmente come “riforma”.

Nonostante il notevole rilievo pratico e la vitalità dei problemi che solleva, la figura in discorso non è stata oggetto di particolare approfondimento da parte della dottrina amministrativistica⁷. Essa è trattata prevalentemente in sede manualistica, in

⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1959, 162, secondo il quale «per gli autori di questa corrente il tratto di maggior evidenza dell’atto amministrativo è principalmente di essere strumento per la cura di interessi pubblici concreti e puntuali, così come il negozio privato è strumento per la cura di concreti e puntuali interessi privati. Di qui, l’impianto di un’analogia di fondo tra i due tipi di atto, e la particolare sensibilizzazione a problemi di origine e sapore privatistico: gli elementi dell’atto – in particolare la causa e i motivi –, le sue vicende, gli atti *modificativi* ed estintivi, la classificazione degli atti e lo studio dei vari tipi di essi; i vizi degli atti e i rimedi contro di essi» (enfasi aggiunta).

⁷ La quale si è, peraltro, dimostrata cosciente di tale insufficiente approfondimento. Commenta, ad esempio, B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993, 416 e 434, che «[l]a riforma è uno strumento conservativo ad altissimo spettro di applicazione: meraviglia, alquanto, il disinteresse che la dottrina ha manifestato verso questo istituto»; e ancora che: «[i]n letteratura manca per la riforma una significativa produzione monografica, a differenza di quanto è accaduto invece per gli altri istituti del riesame». Per una simile osservazione si vedano M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 570, il quale rileva come «benché la riforma sia tra le più importanti fattispecie strutturali dei procedimenti di secondo grado, mancano studi specifici su di essa»; e A. CORPACI, *Riforma e modificazione dell’atto amministrativo (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 459, il quale constata che «non vi sono opere specifiche che affrontino l’argomento. Il tema è trattato, spesso alquanto succintamente, dalla manualistica».

particolare nel contesto dei procedimenti di secondo grado⁸.

Lo scopo del primo capitolo del presente elaborato è quello, in primo luogo, di isolare una nozione autonoma di “riforma” dal punto di vista descrittivo, al fine di distinguerla da altre fattispecie modificative aventi ad oggetto gli atti amministrativi; in secondo luogo, di mettere in luce le strutture giuridiche che consentono la modificazione di un atto amministrativo, al fine di comprendere se di questa figura possa predicarsi un’omogeneità di regime, ovvero se non si debba piuttosto parlare di una pluralità di “riforme”.

A tal fine, risulterà imprescindibile interrogarsi sulla “questione del fondamento” del potere di modifica dell’atto amministrativo, prendendo posizione in ordine all’autonomia, ovvero all’identità, di quest’ultima rispetto alla potestà primaria alla base dell’atto modificato. Tale operazione si impone, peraltro, come necessaria, soprattutto in assenza di chiari elementi di diritto positivo idonei a fugare qualsiasi sospetto in ordine alla compatibilità della figura in esame con il fondamentale canone di legalità e, conseguentemente, della stessa esistenza giuridica dell’oggetto del presente elaborato.

⁸ Nella manualistica, l’istituto della riforma è trattato con particolare approfondimento in M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 385 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., 570 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 632 ss.; cenni si rinvengono, altresì, in B.G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 220; F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 320-321; F. ASTONE e AA. VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 398-399; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 589; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 364-365; S. TARULLO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 320-321, 328-329 e 343; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2016, 506-507; R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, 2016, I, 868 ss.; M. MIRABELLA, M. DI STEFANO, A. ALTIERI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 429; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 2001, 140.

La parte descrittiva del lavoro, operata nel primo paragrafo che segue, assumerà, pertanto, l'esistenza della riforma dell'atto amministrativo quale mera ipotesi, di cui si tenterà successivamente di verificare la possibilità giuridica e l'eventuale, conseguente, disciplina di ordine positivo.

1. *La «modificazione» come possibile esito logico (parzialmente conservativo) dei procedimenti di secondo grado. La «riforma» dell'atto amministrativo e sua distinzione rispetto ad altre fattispecie modificative. Delimitazione dell'oggetto di indagine alla «riforma» per vizi di merito.*

La “modificazione” (o “riforma” in senso lato)⁹ costituisce uno dei tre possibili esiti logici, accanto alla “conferma” e alla “rimozione”¹⁰, dei procedimenti aventi ad oggetto il riesame di una decisione amministrativa già adottata (cc.dd. di secondo grado)¹¹.

⁹ Il termine ‘modificazione’ è utilizzato da A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 732 e appare preferibile rispetto a quello di ‘riforma in senso lato’ (adottato invece da M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, cit., 385 ss.), al fine di evitare confusioni con l’omonimo istituto (‘riforma in senso stretto’), che rappresenta, come si esporrà nel prosieguo, solamente una delle possibili manifestazioni (giuridiche) della prima categoria (logica).

¹⁰ Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 559: «[i]l decidente nel procedimento di secondo grado [...] può concludere in tre soli modi: può ritenere che il provvedimento sottoposto al suo esame [...] sia valido, opportuno, tuttora rispondente allo scopo, in una parola esente da difetti, e allora conchiude il procedimento con un suo atto che ha valore di *conferma* del precedente provvedimento; oppure può ritenere che vi sia un difetto parziale, e allora conchiude con un altro atto che ha valore di *riforma* del precedente provvedimento; e infine può ritenere che vi sia un difetto che affetta elementi o tratti essenziali del provvedimento precedente, e allora conchiude con un atto che ha valore di *rimozione* del precedente provvedimento» (enfasi dell’A.). In termini analoghi, cfr. ID., *Istituzioni*, cit., 380.

¹¹ Si utilizza qui il termine ‘riesame’ in senso onnicomprensivo, pur nella consapevolezza dello specifico significato ad esso attribuito dalla dottrina tradizionale, la quale preferisce distinguerlo

Mentre l'esito di rimozione consiste nell'eliminazione dell'atto o dei suoi effetti, la conferma rappresenta, specularmente, un risultato totalmente conservativo, quale rinnovazione non innovativa (o non modificativa) di quest'ultimo¹². Quanto alla modificazione, essa costituisce, diversamente, un esito parzialmente conservativo, consistente nella rinnovazione innovativa (o modificativa) dell'atto, realizzata attraverso la rimozione, l'aggiunta o la sostituzione di un suo elemento: in tal caso, il risultato del procedimento di secondo grado è negativo (a differenza della conferma), ma solo in parte (a differenza della rimozione).

La "vicenda modificativa" di un atto giuridico possiede, peraltro, una propria

dalla 'revisione', laddove il primo procedimento avrebbe ad oggetto la verifica in ordine alla validità di un atto (o di fatti equipollenti, quali i silenzi significativi), mentre il secondo la sua corrispondenza all'interesse pubblico. Si conviene, infatti, con i rilievi svolti da A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 84-85, in merito all'opportunità di «utilizzare [...] il comune termine di procedimenti di riesame, in un'accezione più ampia». Sulla distinzione funzionale sopra richiamata cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 556 ss., E. CASSETTA, *Manuale*, cit., 543. Sui procedimenti di secondo grado, in generale, cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 625 ss., i quali ritengono condivisibilmente che «tutte queste diverse partizioni della materia non conducono a conseguenze significative sul piano normativo e quindi risulta preferibile semplificare la trattazione rinvenendo l'elemento costante nel riesame del precedente provvedimento, ponendo così l'accento sull'aspetto strutturale».

¹² Si tratta della conferma in senso proprio, la quale comporta la riapertura dei termini di impugnazione dell'atto. Essa va distinta dalla c.d. mera conferma, la quale, non essendo il risultato di un procedimento di riesame, non comporta alcuna rinnovazione dell'atto. Sulla conferma come provvedimento esito di un procedimento di riesame cfr. P. POZZANI, *L'attività amministrativa sostanziale negli atti confermativi*, Napoli, 2012, spec. 82 ss.; J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del controinteressato*, Napoli, 2012, *passim*. In argomento, sono ancora fondamentali le voci di E. CANNADA BARTOLI, *Conferma (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961; e di L. MAZZAROLLI, *Conferma dell'atto amministrativo (voce)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1988.

autonoma configurazione dogmatica nell'ambito della teoria generale del diritto, suscettibile di approfondimento ben oltre i confini del diritto amministrativo formale¹³,

¹³ Sintomaticamente, la “modifica” di un atto amministrativo possiede una propria autonomia sistemica e considerazione positiva nell'ambito dell'esercizio delle funzioni (giurisdizionali) materialmente esecutive, quali quella amministrativa c.d. estesa al merito, della quale la “riforma” del provvedimento amministrativo impugnato rappresenta un istituto tipico (ai sensi dell'art. 34, lett. d, d.lgs. n. 104/2010), e quella civile di c.d. volontaria giurisdizione, in cui la variazione dello stato di fatto o degli interessi comporta la possibilità per il giudice di operare in senso modificativo sulla cosa giudicata sostanziale costituita dal provvedimento giurisdizionale materialmente esecutivo (a mente dell'art. 742 c.p.c.). Di particolare interesse, con riguardo a quest'ultima previsione, risultano ai nostri fini le riflessioni di E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, 115 ss., dichiaratamente debitrice della riflessione degli studiosi di diritto amministrativo, cui secondo l'A. «spetta gran parte del merito delle cospicue conquiste in argomento». Afferma l'illustre A.: la «modificabilità [...] è retta dagli stessi principi che si enunciano per la revoca: anche qui si presuppone un provvedimento invalido o inopportuno, ma la invalidità e la inopportunità devono essere tali da non consigliare addirittura il ritiro dell'atto. Quanto al profilo sistematico, si suole ripetere che la modificazione è una revoca parziale. Ma questa illazione non mi pare corretta: spesso la modificazione nulla toglie all'atto, bensì vi aggiunge qualcosa (parlerei di modificazione *integrativa*). Semmai, solo quando si tratti di modifica che sostituisca il contenuto dell'atto, si può, impropriamente e dando ai termini una notevole ampiezza, parlar di revoca parziale: invero, anche in questo caso la modifica non è revoca, piuttosto per un verso “rappresenta” la revoca, svolgendo, col porre nel nulla parti del provvedimento, effetti analoghi a quello che svolgerebbe la revoca» (122); e ancora: «[c]omunque è certo che la revocabilità o irrevocabilità di un atto deve essere prevista (per implicito o per esplicito) dalla legge che lo regola: e per quanto riguarda i decreti di volontaria giurisdizione la loro revocabilità è sancita espressamente dall'art. 742 cod. proc. civ.» (*ibidem*). Le riflessioni del processual-civilista sono particolarmente significative per il nostro discorso, in quanto anticipano alcune delle conclusioni a cui si perverrà nel corso della nostra trattazione, a partire dalla qualificazione della revoca (e nella modifica) come un potere autonomo rispetto a quello di c.d. primo grado e della conseguente necessità di una sua copertura di legalità, così come della ricostruzione del fenomeno modificativo come distinto dalla revoca, ma ad

come pure dello stesso diritto pubblico¹⁴.

Alle differenziazioni logiche precedentemente descritte corrispondono distinzioni giuridiche maggiormente diversificate.

Gli atti di rimozione, sul piano giuridico-sistematico, sono stati distinti dalla dottrina tradizionale in base alla natura (di legittimità o di merito) e della collocazione temporale (originaria o sopravvenuta) del vizio invalidante¹⁵. Cosicché, in questo quadro, si sono dati: l'“annullamento d'ufficio”, fondato su un vizio di legittimità originario (ad efficacia retroattiva); la “revoca”, per vizi di merito originari (ad efficacia retroattiva); la “caducazione”, basata su un'illegittimità sopravvenuta (ad efficacia ir-

essa omologo negli effetti (l'A. afferma che la modifica «rappresenta» la revoca), con conseguente applicabilità della relativa disciplina.

¹⁴ Anche nel diritto privato, i negozi c.d. modificativi rientrano tra i c.d. atti di secondo grado, in quanto incidono su un regolamento contrattuale precedentemente concluso, affiancandosi ai negozi c.d. estintivi (revoca, recesso, mutuo dissenso, novazione) e ai fenomeni di ripetizione negoziale (accertamento, conferma, ricognizione del debito). Essi sono espressione del potere regolativo di cui all'art. 1321 c.c. («Il contratto è l'accordo di due o più parti per [...] regolare [...] tra loro un rapporto giuridico patrimoniale»), collocandosi «in una posizione intermedia rispetto a quella della costituzione e dell'estinzione, distinguendosi dalla prima in quanto presuppon[gono] l'esistenza del rapporto sul quale va[nno] ad operare; dalla seconda poiché mira[no] alla conservazione, attraverso una modificazione [...] del rapporto giuridico». La citazione è tratta dal recente volume di A. ALAMANNI, *La modifica del contratto. L'identità e gli effetti*, Torino, 2018, 16, il quale costituisce il tentativo più aggiornato di ricostruzione di una categoria autonoma di modifica negoziale nell'ambito del diritto privato. Sui poteri unilaterali di modificazione, in aggiunta, sono fondamentali gli scritti di G. IORIO, *Le clausole attributive dello jus variandi*, Milano, 2008, il quale riconduce lo *jus variandi* contrattuale alla categoria, introdotta dalla dottrina tedesca, dei poteri «conformativi» (*Gestaltungsgeschäfte*).

¹⁵ Il riferimento è all'insuperata sistemazione generale degli atti di autotutela decisoria spontanea formulata da F. BENVENUTI nella celebre voce dell'Enciclopedia del diritto dedicata all'*Autotutela (diritto amministrativo)*, ora anche in ID., *Scritti giuridici*, Milano, II, 1781 ss.

retroattiva); e, infine, l'“abrogazione”, dettata da vizi di merito sopravvenuti (ad efficacia irretroattiva)¹⁶.

Con la novella alla legge generale sul procedimento introdotta con l. 11 febbraio 2005, n. 15, tali categorie dogmatiche sono state oggetto di una disciplina legislativa generale, basata sulla bipartizione fra “annullamento d'ufficio” (per vizi di legittimità), regolato dall'art. 21-*nonies* della l. 241/1990, e “revoca” (per vizi di merito originari, c.d. *ius poenitendi*, e sopravvenuti), prevista dall'art. 21-*quinquies* della medesima legge. Tali atti sono stati oggetto di particolare approfondimento da parte della dottrina¹⁷.

¹⁶ In merito all'ambiguità terminologica di tale ultima figura, da intendersi in questo luogo quale ipotesi di revoca per sopravvenienza ad efficacia *ex nunc*, si veda *infra* la nt. 85. La bibliografia in tema di atti di ritiro è, pressoché, sterminata. Sono ancora oggi fondamentali: L. RAGGI, *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 5, 1917, 317 ss.; C. VITTA, *La revoca degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1930, IV, 33 ss.; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1936; E. GUICCIARDI, *L'abrogazione degli atti amministrativi*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1937, 356 ss.; O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1937, 434 ss.; U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938, 36-37. Vi sono, poi, del 1939 ben tre monografie dedicate all'annullamento d'ufficio: U. BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi*, Firenze; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano; V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano. A livello enciclopedico, v. G. GHETTI, *Annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 264 ss.; E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 333 ss. Per i lavori più recenti in tema si rinvia alla nota successiva.

¹⁷ Tra i contributi monografici più significativi sull'argomento, successivi al 2005, si vedano, perlomeno, 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. MAMELLI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2017; G.C. SALERNO, *La revoca*

L'area della modificazione, oggetto precipuo del presente elaborato, ricomprende anch'essa una pluralità di manifestazioni giuridiche, le quali costituiscono espressione dello¹⁸ *jus variandi* (o *corrigendi*) della pubblica amministrazione, ovvero la potestà di porre rimedio ad un'invalidità o ad un'irregolarità dell'atto di primo grado, conservando parzialmente gli effetti dell'atto riformato. Tali istituti rappresentano la declinazione, sul piano dell'efficacia dell'atto, del principio (già ermeneutico) di c.d. conservazione dei valori giuridici¹⁹.

In primo luogo, qualora la pubblica amministrazione, in esito al riesame, ravvisi una mera irregolarità non invalidante dell'atto, essa può procedere alla sua "regolarizzazione" (o "rettifica"). In tal modo, si opera «un intervento di natura meramente

dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione, Torino, 2014; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013; S. VITTA, *I procedimenti di revisione*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 331 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della l. n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 215 ss.

¹⁸ Sull'opportunità di utilizzare l'articolo 'il' o 'lo' davanti alla locuzione latina *jus variandi* si vedano le riflessioni di M. GEYMONAT, *Jus variandi: «il» o «lo»? (Risposta ad un anonimo)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 305 ss., il quale osserva che «"lo ius" evita la cacofonica successione di i- vocale e semiconsonante in due sillabe contigue».

¹⁹ Cfr. C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enc. giur.*, IX, Milano, 1961, 176 ss., il quale distingue il principio di conservazione «come principio interpretativo», da un lato, e «con riguardo all'efficacia dell'atto», dall'altro. Anche M. IMMORDINO, *Riesame dell'atto ad esito conservativo e situazioni giuridiche soggettive dei privati interessati* (dattiloscritto), in corso di pubblicazione in L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, precisa come «due manifestazioni [...] connotano il principio di conservazione, anche in ambito amministrativo, quale canone interpretativo di un atto giuridico (art. 1367 c.c.) [...] o insieme di istituti [...] che operano sul versante dell'efficacia, ossia degli effetti giuridici di un atto».

estetica»²⁰, attraverso la correzione degli errori materiali presenti nel documento.

Laddove, diversamente, l'amministrazione constati la sussistenza di un vizio (parzialmente) invalidante, si danno, oltre alla convalida, altre due possibilità: la “rimozione parziale” dell'atto, nelle forme alternative dell'annullamento (se il vizio è di legittimità) e della revoca (se il vizio è di merito) parziali, ovvero la sua “riforma”, consistente, diversamente, nella «innovazione del contenuto dell'atto, e cioè nella introduzione in esso di uno o più elementi in alcun modo diversi da quelli originari»²¹.

Pur essendosi autorevolmente sostenuta in sede dottrinale la riconduzione della rimozione parziale all'ambito della riforma²², appare più corretto mantenere distinte le due situazioni, ravvisando il tratto distintivo della seconda nell'introduzione

²⁰ B. CAVALLO, *op. cit.*, 418.

²¹ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 732. Nel medesimo senso, secondo L. MUSELLI, *La conversione dell'atto amministrativo*, Milano, 2003, 60, pur in «mancanza di una definizione appagante dell'istituto [...] un punto sembra chiaro e cioè il fatto che nella riforma vi sia l'introduzione nel contenuto originario dell'atto di uno ulteriore». La definizione sandulliana ha trovato larga fortuna nella giurisprudenza amministrativa: *ex plurimis* v. T.A.R. Sicilia (Catania), Sez. II, 26 maggio 2004, n. 1471; T.A.R. Lazio (Roma), Sez. III-ter, 14 gennaio 2012, n. 356; T.A.R. Lazio (Latina), Sez. I, 24 maggio 2013, n. 492 e 493.

²² Il riferimento è, in particolare, a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 568 e 578, parrebbe con esclusivo riguardo all'annullamento parziale, per ragioni, per la verità, non facilmente individuabili (anche in virtù di un rinvio interno inconferente). Soccorre B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2000, 853, nt. 813, secondo il quale «M.S. Giannini [...] inquadra la riforma tra i provvedimenti di revisione, che hanno per presupposto un vizio del provvedimento di primo grado, ed esclude che essa possa costituire l'esito di un procedimento di riesame: conseguentemente, afferma che è una riforma l'annullamento parziale [...], non la revoca parziale [...]». Lo stesso A., *ibidem*, considera «sostanzialmente provvedimenti di riforma l'annullamento parziale e la revoca parziale». Sul punto, si condivide il diverso rilievo di B.

di un nuovo elemento all'interno dell'atto precedentemente emanato²³; ciò al fine di assicurare un'autonomia dogmatica alla riforma come vicenda "creativa", e per questo soggetta ad un regime giuridico differenziato rispetto alle forme di rimozione parziale, che andrebbero più correttamente inquadrare nello stesso schema giuridico delle corrispondenti figure estintive pure (revoca e annullamento d'ufficio).

Come anticipato, infatti, la rimozione parziale può qualificarsi ora come "revoca parziale" (per vizio di merito), ora come "annullamento parziale" dell'atto (per vizio di legittimità), quest'ultimo ricondotto da alcuni autorevoli Autori all'istituto della "convalida"²⁴ (dal 2005, espressamente prevista dall'art. 21-*nonies*, co. 2 della l. n.

CAVALLO, *op. cit.*, 434, secondo il quale «l'impostazione del Giannini [...] seppur esatta nelle premesse, giunge ad una serie di minuziose contrapposizioni con la revoca e l'annullamento parziale, non convincenti nella loro autonoma configurazione rispetto alle corrispondenti figure "madri"».

²³ Così A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 732, il quale opportunamente distingue fra «caducazione parziale», con riferimento all'annullamento e alla revoca parziali, e «riforma». Aderisce a tale impostazione S. CAPOZZI, *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, Napoli, 1987, 105 ss. Anche per B. CAVALLO, *op. cit.*, 416-417, «[l]a riforma è uno strumento [...] solitamente confuso in modo assai improprio con altri esiti del riesame, quali l'annullamento e la revoca parziale».

²⁴ Ad esempio P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 500, annovera fra i vizi emendabili mediante convalida quello «che inficia solo una parte dell'atto (che può essere eliminata, lasciando ferme le rimanenti parti)». Similmente A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 709, ritiene possa operarsi la convalida di vizi «di contenuto (p. es. inserzione di una condizione illegittima)». L'ambito della convalida è, comunque, più ampio rispetto al semplice intervento demolitorio parziale: essa, infatti, può consistere anche nell'eliminazione di vizi che non attengono al contenuto dell'atto e che quindi non esigono un intervento demolitorio su quest'ultimo. Il fenomeno, infatti, può verificarsi nel caso degli atti viziati per difetti formali (ad esempio, la mancanza della motivazione), di procedura (ad esempio, l'omissione degli accertamenti preliminari necessari) e per incompetenza. In quest'ultimo caso, la dottrina maggioritaria parla di "ratifica", sebbene altri autori circoscrivano quest'ultima all'ipotesi in cui l'autorità competente faccia proprio un atto posto in essere legittimamente, ma a

241/1990), pur non essendo altra parte della dottrina concorde sul punto²⁵. Esse rappresentano situazioni omologhe alle relative fattispecie estintive, attraverso le quali, nell'ambito di un complessivo riesame dell'atto, l'esito demolitorio è limitato ad una parte solamente dell'atto, con effetto (per esplicito o per implicito) confermativo della parte non viziata.

Ed invero, in queste ipotesi, l'atto amministrativo, pur emendato della parte invalida, conserva la medesima natura giuridica e la medesima efficacia, seppur ridotta²⁶. La rimozione parziale non dà, pertanto, luogo ad un atto diverso, ma solamente ad una riduzione quantitativa del contenuto di un provvedimento che, «seppur privato di una sua parte invalida separabile, conserva la sua vitalità e la sua funzione»²⁷.

titolo provvisorio, da altro agente che abbia operato in vece di essa nel concorso di particolari condizioni d'urgenza, distinguendola così dalla convalida del vizio di incompetenza relativa da parte dell'autorità competente.

²⁵ Mantiene distinto l'annullamento parziale dalla convalida S. CAPOZZI, *op. cit.*, 97, secondo il quale mentre «nella prima figura si ha un'amputazione del provvedimento e la restante parte, solo quella, vive di vita propria; nella seconda figura, invece, continua a vivere l'intero atto sia, per così dire, nella parte sana che in quella già malata». L'A., infatti, nel tentativo di avvicinare l'istituto alla omonima figura di diritto privato, circoscrive l'ambito della convalida ai soli casi in cui il contenuto dell'atto rimanga immutato. Con riguardo ai rapporti con l'omonimo istituto privato chiosa, ironicamente, B. CAVALLO, *op. cit.*, 406: «è chiaro (...) che malgrado l'omonimia si tratta di istituti completamente diversi, sicché è inutile distinguere un elefante da un'automobile».

²⁶ «[C]osì come l'uomo [...], pur mutilato della parte malata per un intervento chirurgico demolitorio, conserva la sua identità e la sua età»; questa efficace immagine è tratta da S. CAPOZZI, *op. cit.*, 106.

²⁷ *Ivi*, 123, seppur con riferimento all'annullamento parziale da parte del giudice. Tale impostazione, del resto, è quella accolta dal Codice del processo amministrativo, segnatamente dall'art. 34, laddove, alla lettera a), l'annullamento totale e parziale sono ricondotti al medesimo schema giuridico («il giudice (...) annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato»), mentre la «riforma»

Attraverso la rimozione parziale possono essere emendate situazioni invalidanti che attengono ad elementi scindibili ed inessenziali del provvedimento (ad esempio una clausola accessoria)²⁸, ovvero parti autonome del contenuto tipico dell'atto o la sua estensione quantitativa.

Venendo, infine, all'oggetto principale della nostra riflessione, e cioè alla riforma, si può affermare, in prima approssimazione, che essa rappresenta l'esito di un procedimento volto a eliminare una situazione viziante il merito o la legittimità di un precedente atto, attraverso la correzione sostitutiva o (meramente) aggiuntiva di quest'ultimo²⁹.

Per mezzo di tale istituto è possibile rimediare alle invalidità che attengono, in particolare, alla congruità della ponderazione valutativa dell'amministrazione e, in quanto tali, non altrimenti sanabili attraverso gli alternativi mezzi di conservazione (convalida e rimozione parziale): essa è, infatti, in grado di correggere il vizio di eccesso di potere, nonché di rimediare all'inopportunità originaria o sopravvenuta

è prevista dalla lettera d) quale possibile pronuncia nell'ambito della giurisdizione di merito, presupponendo un riesercizio del potere di carattere sostitutivo (cfr. art. 7, co. 6 del C.p.a.).

²⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 578, secondo il quale «è vizio ineliminabile [...] quello che attiene agli elementi essenziali del provvedimento di primo grado, come l'oggetto, o a fatti ad esso equiparati, come il presupposto o la competenza».

²⁹ La riforma è ricondotta nell'alveo dell'autotutela decisoria spontanea da G. GHETTI, *Autotutela della Pubblica Amministrazione (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, 1987, Torino, 83, per il quale «come ogni altro soggetto giuridico, anche la pubblica amministrazione ha il potere di tornare sui propri atti unilaterali e che tale potere si estrinseca con ampiezza assai variabile giungendo talora fino all'annullamento totale dell'atto, tral'altra soltanto fino all'annullamento parziale, tral'altra ancora revocandolo o riformandolo».

dell'atto, attraverso una nuova ponderazione riformatrice³⁰. Si esclude, ovviamente, che essa possa riguardare atti vincolati nel contenuto³¹.

Possono, fin d'ora, individuarsi i seguenti connotati strutturali e differenziali dell'istituto della riforma, che verranno di seguito singolarmente analizzati: (i) efficacia innovativa; (ii) irretroattività; (iii) rapporto di connessione con l'atto riformato; (iv) pluralità di effetti prodotti.

Quanto al primo carattere, come anticipato, la riforma si differenzia dalle ipotesi di rimozione parziale per la sua portata innovativa (i), in quanto contempla sempre l'introduzione di un qualche nuovo elemento nell'atto riformato, in via sostitutiva, ovvero (meramente) aggiuntiva.

I contenuti dell'atto suscettibili di essere emendati sono i medesimi che possono costituire l'oggetto di una rimozione parziale, ossia parti autonome o scindibili dello stesso (ma, a differenza di quella, non necessariamente inessenziali, laddove l'amministrazione si determini per la sostituzione e non per la mera eliminazione dell'elemento necessario dell'atto). Quanto, invece, ai nuovi elementi che possono essere introdotti, in via sostitutiva o aggiuntiva, essi coincidono necessariamente con le possibili prescrizioni rientranti nell'ambito di legittimazione del potere di primo grado³².

³⁰ In tal senso, B. CAVALLO, *op. cit.*, 417-418, il quale esclude l'operatività della riforma con riguardo ai vizi di legittimità originari diversi dall'eccesso di potere. In realtà, a nostro parere, potrebbero riscontarsi delle situazioni in cui un vizio di legittimità originario diverso dall'eccesso di potere può essere corretto solamente mediante riforma dell'atto: è il caso, ad esempio, di una sanzione irrogata di importo superiore al massimo edittale. Per correggere il vizio l'amministrazione dovrà riformare l'atto, rideterminando l'importo della sanzione.

³¹ Cfr. sul punto il contributo di M. IMMORDINO, *op. cit.*

³² Per comprendere i confini dell'ambito di legittimazione della norma primaria, con riguardo ai possibili contenuti dell'atto, fondamentale è quanto affermato da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 414, secondo il quale «all'organo competente non può essere in

In quest'ottica, deve ritenersi senz'altro riformabile il contenuto c.d. tipico dell'atto riformato (naturalmente se vi è discrezionalità), laddove esso sia scindibile in parti autonome o possa essere apprezzato quantitativamente (ad esempio, la destinazione funzionale di una zona urbanistica o l'estensione territoriale di una concessione

generale preclusa la possibilità di adottare decisioni che siano idonee a soddisfare le esigenze collettive in vista delle quali gli è stato assegnato il potere e, nello stesso tempo, siano caratterizzate da un grado di incisività (sulla sfera giuridica del destinatario) minore rispetto a quella in astratto raggiungibile per mezzo dello sfruttamento integrale dell'intero spettro autoritativo legittimato dalla disposizione di conferimento», cosicché «risultando l'imposizione di [...] prescrizioni, condizioni e doveri un modo di esercizio del potere [...] connotato da una portata limitativa inferiore a quella massima legittimamente raggiungibile, rimane per ciò stesso all'interno degli ambiti di legittimazione delineati dalla norma attributiva». L'affermazione dell'A., si precisa, seppur particolarmente utile per comprendere i possibili contenuti dell'atto primario (e, di riflesso, dell'atto di sua riforma), giunge a conseguenze inaccettabili (come si tenterà di dimostrare successivamente), laddove considera anche lo stesso potere di riforma (e di revoca) come rientrante nell'ambito di legittimazione delineato dalla norma attributiva primaria. Non sembra, infatti, a chi scrive che revocare o riformare un atto equivalga al mancato sfruttamento (totale o parziale) dello spettro autoritativo legittimato dalla norma attributiva primaria, in virtù del differente grado di incisione sulla sfera soggettiva del destinatario (per meglio comprenderlo, cfr. il paragrafo successivo). Lo stesso A., infatti, precisa che «pare corretto affermare che l'attribuzione legislativa di un potere provvedimentale comprende anche il potere – di direzione contraria – di ritiro dell'atto emanato sulla base del primo, sempre che [...] non abbia determinato la nascita di situazioni soggettive diverse e maggiormente tutelate (diritti perfetti) di quelle che sussistevano anteriormente all'emanazione del provvedimento di primo grado» (412). Sui possibili contenuti del provvedimento e sulla tassonomia utilizzata *infra*, cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 238 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 192; R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1963, 40 ss.; L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1995, 152 ss.; A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 676 ss.

di un parcheggio pubblico)³³. Non sarebbe riformabile, invece, il contenuto c.d. naturale (o implicito) dell'atto, qualora interamente vincolato dalla legge (come, ad esempio, l'entità degli oneri di urbanizzazione in relazione al rilascio di un permesso di costruire).

Possono costituire oggetto di riforma, inoltre, tutte quelle misure che rappresentano il contenuto c.d. necessario della statuizione provvedimento, vale a dire quelle imposizioni prescrittive (di natura officiosa e discrezionale) che si fondano sulla norma attributiva del potere primario e si accompagnano al suo contenuto tipico per la miglior cura dell'interesse pubblico (ad esempio, «allorquando la norma attribuisca all'amministrazione il potere di "autorizzare prescrivendo le più idonee misure", o di fare alcunché fissando "le opportune prescrizioni"»)³⁴.

Quanto al contenuto c.d. accessorio, infine, possono essere sostituite o aggiunte esclusivamente quelle clausole che riducono o ampliano l'effetto tipico del

³³ Con riguardo ai provvedimenti derivanti da procedimenti ad iniziativa di parte, il contenuto tipico del provvedimento deve intendersi ovviamente vincolato al rispetto dei limiti (di massima estensione) dell'oggetto dell'istanza originaria. In altri termini, ad esempio, l'amministrazione non potrà "autorizzare di più" rispetto a quanto chiesto dall'istante in sede di esercizio del potere originario. Per farlo sarà necessaria una nuova istanza di parte e la costituzione di un nuovo rapporto concessorio che si affianchi al precedente.

³⁴ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 242-243, i quali a loro volta riprendono M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 244. Un esempio in tal senso può essere rinvenuto nell'art. 154 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, laddove è previsto che le amministrazioni competenti al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica «possono ordinare che alle facciate [...] sia dato un colore che armonizzi con la bellezza d'insieme». Secondo E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 34 ss., rientrano nel contenuto necessario del provvedimento (afferendo al profilo "causale" del potere), e non al contenuto accidentale di questo (nella forma tradizionale della condizione o del *modus*), anche le prescrizioni conformative presenti all'interno delle autorizzazioni ambientali, che l'A. riconduce ad una c.d. clausola condizionale, la cui logica è fondata ermeneuticamente sull'imperativo ipotetico kantiano ("se vuoi A devi fare B").

provvedimento (ad esempio, una condizione o un termine), non potendosi ammettere l'introduzione di precetti che producano effetti esorbitanti il potere primario o che ne alterino la tipicità, salvo non rientrano, come detto, nel suo contenuto c.d. necessario, o possano essere fondati su differenti norme attributive (ma, in quest'ultimo caso, non ha luogo una riforma dell'atto in senso stretto, bensì l'emanazione di un nuovo e diverso provvedimento di contenuto prescrittivo connesso al precedente)³⁵.

Si avverte, peraltro, che le precisazioni appena svolte in ordine ai possibili contenuti dell'atto di riforma, seppur vevoli in un'ottica descrittiva, devono essere comunque sottoposte ad attenta verifica circa la loro concreta applicabilità. Come si avrà modo di approfondire (v. *infra*, Cap. I, par. 3), infatti, gli effetti realizzabili attraverso un atto di riforma dipendono strettamente dal fondamento e dalla natura della relativa potestà, nonché dal suo rapporto con il potere di primo grado³⁶.

Proseguendo l'indagine dei caratteri differenziali della figura in discorso, si può, inoltre, affermare che, essendo la riforma una vicenda "creativa", ad essa si dovrebbe

³⁵ In senso analogo, E. CASSETTA, *op. cit.*, 513-514, secondo il quale «ove [...] l'effetto [dell'atto] muti – si pensi all'imposizione di un obbligo accessorio a una autorizzazione – non si tratta di un contenuto accidentale del provvedimento permissivo, bensì della combinazione di due provvedimenti, di cui dovrà peraltro valutarsi la legittimità». Sul punto cfr. anche N. BASSI, *op. cit.*, 415 ss., per il quale «[n]aturalmente, nel pervenire a determinazione di questo genere, la scelta operativa dell'Amministrazione deve essere coerente con le finalità per il soddisfacimento delle quali il potere le è stato attribuito e le clausole atipiche, pertanto, non possono esigere condotte prive di attinenza funzionale con quelle medesime finalità».

³⁶ Ad esempio, come si cercherà di dimostrare, poiché la riforma è atto d'ufficio, essa non può essere considerata (neppure parzialmente) quale espressione del potere di primo grado quando quest'ultimo è a istanza di parte. Ne consegue che, stante il principio di legalità, gli atti a istanza di parte non possono essere riformati, se non nella parte in cui sono atti d'ufficio (ad esempio, con riguardo alle clausole onerose).

riconoscere sempre un'efficacia *ex nunc* (ii) – per lo meno limitatamente al nuovo contenuto³⁷ –, diversamente dalla rimozione parziale, alla quale – nel caso di annullamento d'ufficio parziale – si dovrebbe attribuire una natura retroattiva (*ex tunc*).

³⁷ Così, persuasivamente, B. CAVALLO, *op. cit.*, 418, secondo il quale «[q]uanto agli effetti di riforma sull'atto così formato, c'è da ricordare quanto normalmente accade nella fattispecie di successione sostitutiva tra il vecchio ed il nuovo: non si dovrebbe assistere ad alcuna retroattività del secondo nei confronti del primo, trattandosi di una diversa ponderazione riformatrice diretta, nella sua funzionalità ad operare *pro futuro*. Ecco perché gli effetti della riforma, aggiungendosi sempre in termini di sostituzione, totale o parziale che sia..., al provvedimento riformato, sono destinati ad agire *ex nunc*, mai ora per allora». Nello stesso senso si esprimono M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 574; A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 732; G. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 140; L. MUSSELLI, *op. cit.*, 59-60 (nonostante l'A. menzioni come *contra* la tesi di B. CAVALLO nella nt. 68). In giurisprudenza, cfr. T.A.R. Sicilia (Catania), Sez. III, 4 febbraio 1997, n. 311; Id., Sez. I, 13 maggio 1999, n. 1028; Id., Sez. II, 26 maggio 2004, n. 1471; T.A.R. Abruzzo (L'Aquila), 14 maggio 2004, n. 630; T.A.R. Sicilia (Catania), Sez. III, 23 giugno 2005, n. 1068, ove si è significativamente affermato che «[l]a riforma dell'atto amministrativo consiste [...] nell'innovazione del contenuto del provvedimento attraverso l'introduzione in esso di uno o più elementi divergenti da quelli originari. Essa sia quando si concretizza in un ritiro parziale e limitato dell'atto, accompagnato da una nuova determinazione volitiva, sia quando si realizza in una aggiunta all'originario contenuto dell'atto, ha efficacia "ex nunc"; più recentemente, v. T.A.R. Umbria, Sez. I, 13 aprile 2016, n. 336. Nel senso dell'efficacia retroattiva della riforma per vizio di legittimità di carattere sostitutivo nella parte in cui dispone l'annullamento parziale dell'atto, cfr. T.A.R. Lazio (Latina), Sez. I, 24 maggio 2013, n. 493, secondo il quale «attesa la configurazione del provvedimento impugnato quale esercizio del potere di autotutela, non residuano dubbi sull'assoggettamento del medesimo provvedimento alle regole, la cui violazione è lamentata dalla ricorrente, di matrice giurisprudenziale ed ora formalizzate dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990. Né si potrebbe obiettare che trattasi di regole concernenti esclusivamente il potere di annullamento d'ufficio *ex art. 21-nonies* cit., in quanto il provvedimento impugnato, ad onta della sua qualificazione come riforma della precedente deliberazione consiliare di approvazione del Piano di lottizzazione, è almeno in parte atto di annullamento della deliberazione stessa [...]. Invero, secondo la migliore dottrina e la giurisprudenza, la riforma è attività di riesame di un provvedimento a fini

Dal punto di vista degli effetti prodotti, poi, gli atti di riforma danno sempre luogo ad una fattispecie complessa (iii), nella quale alcuni effetti derivano dall'atto di modifica (a partire dal momento dell'acquisto di efficacia da parte di quest'ultimo), taluni altri seguitano a prodursi a partire dall'emanazione dell'atto modificato (salvo che diversamente disponga lo stesso atto di riforma)³⁸. Detto rapporto di connessione

conservativi, avente, cioè, il fine di conservarlo, emendandolo della sola parte di esso che è viziata. In dottrina si distinguono poi una riforma sostitutiva, con cui si innova il contenuto dell'atto, introducendovi uno o più elementi in un qualche modo diversi da quelli originari, ed una riforma meramente aggiuntiva, con l'avvertenza che sia nel primo, sia nel secondo caso la parte nuova dell'atto opera *ex nunc*, non avendo la riforma effetto retroattivo. Ciò premesso, nel caso di specie la deliberazione gravata pare, invece, avere contenuto misto: se è vero, infatti, che alcune delle previsioni *in* contenute e ritenute dalla ricorrente lesive dei suoi diritti sono conformi ai canoni della riforma aggiuntiva, trattandosi di nuovi elementi aggiunti all'originario Piano di lottizzazione e che hanno dichiaratamente efficacia *ex nunc*, la deliberazione stessa pare indubbiamente avere, invece, efficacia *ex tunc* lì dove interviene sulle volumetrie realizzabili, riducendole in base all'assunto dell'illegittimità della previsione del Piano concernente gli standard pubblici: per questa parte, dunque, la deliberazione in esame costituisce espressione del potere di annullamento d'ufficio di un precedente provvedimento amministrativo (asseritamente) illegittimo *in parte qua*, e va qualificata come annullamento parziale del provvedimento stesso».

³⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, cit., 387-388. Sul rapporto fra atto riformato e atto di riforma, v. pure E. MELE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 243: «non è escluso che [...] non si determi[ni]no le condizioni per l'annullamento o la revoca, ma ci si convinca che il primo provvedimento, pur non essendo del tutto coerente con i criteri di legittimità ovvero con il sopravvivere e il modificarsi degli interessi pubblici, nondimeno non sia da eliminare del tutto, occorrendo perciò procedere soltanto alla sua modifica, relativamente ad alcune sue modalità dispositive. Si ha, in questo caso, un nuovo provvedimento che modifica in parte il precedente provvedimento amministrativo. In termini operativi si ha un annullamento parziale o una revoca parziale, ma da un punto di vista formale si ha la eliminazione del precedente provvedimento amministrativo (mediante annullamento o revoca) e la sua sostituzione con un altro e diverso provvedimento, anche se lo stesso contiene in parte elementi del vecchio provvedimento. Ecco perché questi provvedimenti, che si

rileva sotto plurimi profili.

La connessione si riflette, in primo luogo, sul piano della legittimità, in quanto l'atto modificato costituisce un limite alla discrezionalità in sede di emanazione dell'atto di riforma, il quale, ad esempio, non potrà avere ad oggetto elementi che comportino l'illegittimità totale dell'atto riformato (pena l'annullamento giudiziale

sostituiscono ai precedenti, vengono etichettati come modifiche, in quanto vi è una nuova istruttoria che conduce a conclusioni diverse rispetto alla prima istruttoria, determinando una nuova e diversa composizione degli interessi in gioco e, perciò, un nuovo e diverso provvedimento. Spesso, peraltro, viene emanato un provvedimento che modifica il precedente in uno o più punti, senza procedere al preventivo annullamento del precedente provvedimento o alla sua preventiva revoca. È evidente che in questo caso, l'annullamento o la revoca del precedente provvedimento sono da considerarsi impliciti e il nuovo provvedimento è solo quello che scaturisce dall'autotutela, andando a sovrapporsi al precedente, anche se, in qualche occasione, occorre ricostruire il nuovo provvedimento, incrociando quello che si è disposto nei due provvedimenti. Così è nel caso in cui, al termine del procedimento di secondo grado si ha un provvedimento nel quale è espressamente stabilito che sono confermate le disposizioni relative ad uno dei punti del precedente provvedimento stesso, le quali sono sostituite da quelle del nuovo provvedimento. Gli esempi in materia di modifica sono vari: possiamo pensare ad un annullamento parziale di un permesso di costruire, in quanto si era originariamente assentita una volumetria non consentita dalle norme tecniche del piano regolatore generale in una determinata zona, e perciò solo con riduzione della stessa volumetria assentita originariamente; ovvero alla revoca parziale di una concessione di suolo pubblico, essendo necessaria la riduzione della superficie concessa per il caso che sia necessario prendere in considerazione le distanze di rispetto di un'opera pubblica, il cui progetto sia stato approvato successivamente a quella concessione di suolo pubblico». Con riguardo alla riforma-variante degli atti amministrativi programmatici cfr., invece, G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010, 175, il quale evidenzia che, a differenza dell'ipotesi dell'emanazione di un nuovo piano, «il nesso giuridico tra variante e piano esistente è indiscutibile e, sotto più profili, rilevante».

dell'atto di riforma e dell'atto riformato)³⁹, così come non potrà introdurre contenuti tali da stravolgere l'atto modificato, salvo ricadere in un'ipotesi di rinnovazione totale, talora non priva di rilevanti conseguenze applicative⁴⁰.

Dal descritto rapporto consegue, poi, che anche la parte non riformata del provvedimento riformato deve considerarsi sempre rinnovazione di questo, con relativa riapertura dei termini di impugnazione: la riforma dell'atto, infatti, comporta in ogni caso una riconsiderazione globale degli effetti complessivi del provvedimento riformato, la quale dovrebbe, peraltro, emergere chiaramente in sede motivazionale. Si può, pertanto, concludere che, pur rappresentando atto riformato e atto di riforma due atti documentalmente distinti, dal punto di vista giuridico rappresentano un unico atto (al punto che unitamente andrebbero sempre impugnati).

Quest'ultimo rilievo offre, infine, il destro per l'identificazione di un'ulteriore

³⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto*, cit., 579: «[n]ella realtà effettuale il riesaminante non è però così libero, per l'assai semplice ragione che l'interessato può invocare il controllo giudiziale, e il giudice non ha la discrezionalità che invece ha l'amministratore. [...] [C]osì se si riforma un atto che sia invalido nella sua interezza, ossia un atto che non sarebbe riformabile, ma annullabile, il giudice amministrativo annulla la riforma e l'atto riformato. In sostanza se il giudice amministrativo accerta un'invalidità nella specie di illegittimità, non può che annullare. Or sia pur come possibile risultato di un processo, ciò viene a costituire un limite per il riesaminante, quantomeno allorché il vizio del provvedimento di primo grado si esponga al rischio dell'annullamento giudiziale del proprio atto, ond'egli presta osservanza alla regola teorica, e a seconda che il provvedimento di primo grado sia da riformare o da annullare, lo riforma o lo annulla. D'altronde in molte fattispecie è certamente preferibile, ai fini della miglior cura del pubblico interesse, annullare il provvedimento invalido ed esperire un nuovo procedimento (la c.d. rinnovazione «totale» del procedimento)».

⁴⁰ Ad esempio con riguardo agli atti di pianificazione, «il nesso suddetto incide anche sulla stessa competenza pianificatoria, dato che è di immediata percepibilità che modificare o integrare un provvedimento non può significare stravolgerlo e che, di conseguenza, l'atto su cui si interviene rappresenta anche un limite all'attività modificativa, per quanto essa resti certamente discrezionale» (G. PAGLIARI, *ibidem*).

caratteristica distintiva dell'atto di riforma, e cioè la pluralità di effetti prodotti (iv). Essa, infatti, in quanto avente natura modificativa, produce sempre tre tipologie di effetto tipico, fra loro variamente combinate: rinnovazione (conferma propria) della parte non riformata, innovazione (rinnovato provvedere) e cessazione degli effetti della parte riformata.

Quanto all'ambito di operatività, infine, la riforma può avere ad oggetto tanto provvedimenti amministrativi puntuali, e in tal caso si parla di "riforma" in senso proprio, quanto atti amministrativi di natura generale e programmatica (piani, bilanci, progetti), laddove essa assume la denominazione di "variante"⁴¹. Nel caso, invece, di

⁴¹ Tipizzata è, ad esempio, la variante al Piano Regolatore Generale di cui all'art. 10 della l. 17 agosto 1942, n. 1150 (legge urbanistica) e ss.mm.ii. Originariamente disciplinata come strumento modificativo di carattere eccezionale – onde la necessità di un'apposita autorizzazione preventiva del Ministro per i lavori pubblici, poi soppressa (co. 8, derogato dall'art. 1, co. 5 della l. 6 dicembre 1964, n. 1321) – è oggi divenuta modalità ordinaria (e semplificata) di adeguamento del piano urbanistico alle «sopravvenute ragioni che [ne] determinino la totale o parziale inattuabilità [...] o la convenienza a migliorarlo» (co. 7). Per espressa previsione normativa, «la variazione del piano è approvata con la stessa procedura stabilita per l'approvazione del piano originario» (co. 9). Il descritto modello classico di modificazione "per varianti" è stato ritenuto eccessivamente rigido e inadeguato rispetto al rapido cambiamento dei processi socio-economici, in tal modo inducendo la legislazione regionale di seconda generazione a "destrutturare" il piano urbanistico in due componenti: l'una, strutturale e strategica (che rappresenta la permanenza nel tempo delle scelte di trasformazione, le c.d. invarianti), l'altra programmatico-operativa (che costituisce la parte flessibile e facilmente modificabile della pianificazione). La variante rappresenta un'espressione dello *jus variandi* in materia urbanistica, vale a dire del potere (latamente) discrezionale ed unilaterale riconosciuto in capo all'amministrazione comunale di modificare le proprie regole di pianificazione al fine di adeguarle alle sopravvenienze. Quest'ultimo incontra, tuttavia, in concreto, una serie di limitazioni, tanto di carattere esterno – come, ad esempio, la sussistenza di posizioni urbanistiche privilegiate in capo ai destinatari (superabile solamente attraverso un'adeguata motivazione, in deroga all'art. 3, co. 2 della l. n. 241/1990), ovvero l'esistenza di norme di legge (si pensi all'art. 5, co. 4 della l.r. Lombardia, 28 novembre 2018,

n. 31 sul consumo di suolo, che impediva ai Comuni di apportare varianti che, paradossalmente, riducessero le previsioni edificatorie dei piani vigenti, per ciò dichiarata incostituzionale dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 179/2019 per violazione del principio di sussidiarietà verticale) – quanto interno, consistenti nel vincolo di coerenza e conformità delle modifiche alle prescrizioni derivanti dagli strumenti di pianificazione strutturale e strategica (le c.d. invarianti), le quali si basano su un procedimento istruttorio sempre più partecipato e tecnicamente qualificato. In argomento, cfr. S. VINTI, *Natura e presupposti della variante di piano regolatore*, in *Riv. giur. edil.*, 1989, I, 350 ss.; F. LONGO, *Ius variandi e motivazione della deliberazione di modifica del P.R.G.*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, I, 311 ss. Sulla “destrutturazione” del piano urbanistico, v., particolarmente, E. SALZANO, *Sull’articolazione dei piani urbanistici in due componenti: come lo volevamo, come è diventata, come sarebbe utile*, in *Notiziario dell’Archivio Osvaldo Piacentini*, 2008, 11-12, II, 6 ss. Sui limiti allo *jus variandi* costituiti dalle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari della pianificazione, cfr., fra i contributi più recenti, V. MELE, *La motivazione delle scelte di governo del territorio tra buona amministrazione ed effettività della tutela*, in F.G. SCOCA, P. STELLA RICHTER, P. URBANI (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, I, 580 ss. e la bibliografia *ivi* citata; nonché, se si vuole, N. BERTI, *La proprietà fra diritto interno e CEDU*, nel medesimo Trattato, 115 ss. e ID., *La tutela “urbanistica” dell’ambiente: statuto costituzionale e regime amministrativo della proprietà vincolata*, in *Dir. econ.*, 2016, III, 705 ss. Sulle c.d. “invarianti strutturali” sia ancora una volta consentita l’autocitazione, rinviando a N. BERTI, S. ROCCO, «Common grounds». *Tutela del suolo e dei caratteri identitari nelle nuove tendenze della pianificazione urbanistica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, I, 81 ss. Sulla progressiva “procedimentalizzazione” della pianificazione di terza generazione, cfr. gli interessanti rilievi di E. BOSCOLO, *Evoluzione storica e dimensioni attuali della pianificazione comunale*, Torino, 2017, spec. 91 ss. Secondo C. LEONE, *Il principio di continuità dell’azione amministrativa tra operatività dell’organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007, 103 «[c]he l’amministrazione debba continuare ad esercitare la sua funzione, laddove questo sia reso opportuno dal trascorrere del tempo è affermazione particolarmente importante nel settore urbanistico. E di ciò è conferma l’inserimento nella riforma urbanistica del 1942 dell’art. 10, che permetteva di apportare delle varianti al piano approvato “in vista di sopravvenute ragioni che determinano la totale o parziale inattualità del piano medesimo o la convenienza a migliorarlo”. [...] I piani rappresentano, dunque, degli atti ad efficacia durevole che proprio perché si protraggono nel tempo pongono un problema di adattamento al mutamento della situazione di fatto».

riforma degli atti amministrativi normativi è preferibile parlare di “riforma-abrogazione” (a guisa di quella legislativa)⁴².

Conclusa la disamina dei caratteri differenziali che permettono di isolare una nozione descrittiva della riforma dell’atto amministrativo, occorre ora operare un tentativo di ricostruzione della sua natura giuridica, a partire dalla questione intorno al fondamento del potere di riesame, di cui essa rappresenta un possibile esito. L’indagine verrà compiuta con particolare riguardo alla riforma per c.d. vizio di merito e, cioè, al potere dell’amministrazione di modificare gli atti amministrativi al fine del loro adeguamento al mutare dell’interesse pubblico o delle circostanze di fatto (*jus variandi*). Non saranno comunque trascurati, *per incidens*, riferimenti alle modifiche rimediali per vizio di legittimità (*jus corrigendi*), laddove le due situazioni meritino di essere trattate unitamente. Mentre, infatti, quest’ultima fattispecie è stata già oggetto di un certo approfondimento nella dottrina, in particolare nell’ambito delle riflessioni intorno alla convalida e all’invalidità parziale, la prima rappresenta tutt’oggi una figura pressoché inesplorata e, pertanto, si rivela opportuna una sua particolare considerazione in questa sede.

2. Fondamento del potere di «riforma» del provvedimento amministrativo. Adesione alla tesi dell’autonomia dei poteri di riesame rispetto alle potestà di primo grado.

Esaurito nei precedenti paragrafi il tentativo di ricostruzione della figura della riforma dal punto di vista descrittivo, occorre ora indagare la giustificazione giuridica del potere di riesame, di cui essa costituisce, come detto, una delle possibili forme di estrinsecazione.

La risposta alla “questione del fondamento” del potere assume una rilevanza

⁴² Sul fenomeno abrogativo v. ancora la n. 85.

cruciale per gli atti di modificazione, in quanto, a differenza degli esiti più radicali del riesame (revoca e annullamento d'ufficio), che a partire dal 2005 hanno trovato puntuale disciplina normativa all'interno della legge generale sul procedimento, alcun potere generale di riforma degli atti amministrativi può essere rinvenuto nelle norme positive⁴³.

Dunque, la prima e più grave obiezione che può essere mossa ad un'indagine scientifica dedicata alla disciplina della modifica dell'atto amministrativo è quella della mancanza di una sua giustificazione giuridica e quindi, in fin dei conti, dell'inesistenza

⁴³ Storicamente, la riforma ha costituito una delle manifestazioni più tipiche della potestà d'ordine, caratteristica dei rapporti amministrativi di natura gerarchica. Oggi, essa è espressamente esclusa dall'art. 14 del d.lgs. n. 165/2001, a mente del quale «[i]l Ministro non può revocare, *reformare*, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti». Tale potere sopravvive nell'ambito del ricorso gerarchico, con il quale chi vi abbia interesse può chiedere all'organo sovraordinato, per motivi di legittimità o di merito, di annullare o *reformare* l'atto dell'ufficio subordinato (art. 5 del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199), così come nei ricorsi amministrativi generalmente definiti come “rinnovatori”, nei quali, in quanto «diretti ad un organo che è anche di per sé competente sulla pratica in questione e che quindi è titolare sia della funzione giustiziale (di decisione del ricorso), sia della funzione di amministrazione attiva inerente all'atto impugnato», «la decisione assorbe in sé, oltre alle valutazioni sull'atto impugnato, anche il riesame della pratica, cosicché in questo caso non vi è distinzione materiale fra l'eliminazione dell'atto impugnato e la rinnovazione del relativo procedimento: col ricorso si avvia un procedimento che comporta, oltre all'eliminazione dell'atto, anche la sua sostituzione con un altro (“riforma”)» (A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, 147). La riforma del provvedimento impugnato rappresenta, inoltre, un effetto tipico del potere giurisdizionale amministrativo nei casi di giurisdizione estesa al merito (art. 34, lett. d, d.lgs. n. 104/2010). Come si vedrà nel prosieguo (cfr. *infra* par. 2.1.), alcune ipotesi speciali di riforma degli atti amministrativi si rinvencono, altresì, nelle leggi di settore, soprattutto nelle materie maggiormente esposte alle modificazioni sociali e tecnologiche (come l'ambiente, la salute e l'urbanistica).

stessa del suo oggetto⁴⁴.

La questione va, pertanto, esaminata preliminarmente ad ogni sforzo di definizione ricostruttiva dell'istituto modificativo, per non ricadere nell'errore metodologico di affrontare l'oggetto di un'analisi senza averne primariamente accertata la possibilità giuridica⁴⁵.

A questo riguardo, è necessario premettere che, al pari degli altri risultati dei procedimenti di riesame, il potere di modificare gli atti amministrativi già emanati è sempre stato tradizionalmente riconosciuto in capo alla pubblica amministrazione, anche al di fuori dei casi in cui esso fosse espressamente previsto da norme di legge⁴⁶.

⁴⁴ Sulla nozione di oggetto giuridico cfr. P. FORTE, *Oggetti giuridici. Note e primi appunti sulla loro esistenza*, in *costituzionalismo.it*, 3/2015.

⁴⁵ La riflessione che segue si appunterà sul riesame per ragioni di opportunità, in coerenza con l'impostazione generale accolta dalla presente trattazione.

⁴⁶ Non che difettassero taluni addentellati positivi (quale, ad esempio, l'art. 221 della l. n. 2248 del 1865, con riferimento alla modificazione e alla revoca di deliberazioni esecutorie da parte dei consigli comunali e provinciali), ma essi erano considerati meri elementi di conferma di costruzioni già altrimenti fondate. Per la verità, l'esigenza di una disciplina generale degli istituti di riesame era già sentita nell'immediato dopoguerra, come testimoniano i progetti di legge generale sul procedimento amministrativo che si sono susseguiti a partire dal 1948. In particolare, un potere generale di revoca era previsto dall'art. 52 dello "Schema di legge generale sulla pubblica amministrazione della commissione per la riforma dell'amministrazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri" (1948), dall'art. 48 dello "Schema di progetto di legge generale sull'azione amministrativa dell'Ufficio per la riforma della pubblica amministrazione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri" (1953) e dall'art. 46 della "Proposta di legge De Francesco, n. 1459 Camera, 21 febbraio 1955, concernente le norme generali sull'azione amministrativa". Quest'ultimo progetto di legge appare, ai nostri fini, particolarmente interessante in quanto contempla espressamente, nel capo relativo al «Riesame d'ufficio» un potere generale di «riforma» dell'atto amministrativo, consistente «nella eliminazione e sostituzione, totale e parziale, di un atto da parte dell'organo controllante in sede di controllo di merito» in virtù di un «diverso apprezzamento delle circostanze originarie», accanto alla «rescissione» quale

Tale possibilità era giustificata dalla dottrina più antica ora sulla base di argomentazioni di carattere storico-tradizionale⁴⁷, ora sull'affermazione della sua presunta necessità logico-fattuale⁴⁸. A queste, si affiancavano spiegazioni di carattere più propriamente giuridico, che, sul fondamento del c.d. principio della piena competenza⁴⁹,

rimedio all'inopportunità sopravvenuta e alla «revoca» che indica «il ritiro dell'atto» da parte dell'organo che l'ha emanato «sia per motivi di legittimità, sia per motivi di merito» (dalla Relazione). Gli schemi e le relazioni citati sono raccolti in G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 565 ss.

⁴⁷ Così F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, ristampa con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, Padova, 1960, 654, giustifica il potere dell'amministrazione di revocare o modificare i propri atti sulla base di una «consuetudine costante»; secondo L. RAGGI, *op. cit.*, 317 ss., «che in genere possa parlarsi di una possibile revoca degli atti amministrativi non pare seriamente contestabile. La revoca si trova attuata frequentemente nella pratica, ammessa nella giurisprudenza e discussa nella scienza come istituto non anomalo, e trova appoggio in qualche testo di legge». Con riguardo all'autotutela esecutoria, ma paradigmatico di un comune argomentare della dottrina più antica, U. BORSI, *Fondamento giuridico della esecuzione forzata amministrativa*, in *Studi senesi*, 1905, ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Padova, 1976, 239 ss. riconosce come il potere di procedere all'esecuzione forzata «viene ammesso come cosa di per sé intelligibile, senza alcun accenno al suo fondamento razionale. La base storica sembra supplire alla base teorica» (256).

⁴⁸ Sempre L. RAGGI, *op. cit.*, 318, afferma che «l'attività amministrativa, che ha per fine di provvedere ai bisogni dello Stato, [...] deve avere per caratteristica necessaria quella di potersi adattare agli scopi e ai bisogni secondo le circostanze di fatto e il variare delle idee circa l'interesse dello Stato, e un mutato, e più esatto, apprezzamento delle cose e una diversa, più corretta interpretazione delle norme»; anche secondo G. CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, 128-129, «il fondamento del potere di revocare gli atti amministrativi è da ricercare nella necessità per l'amministrazione di non essere vincolata né ostacolata nel perseguimento del pubblico interesse dal proprio precedente operato».

⁴⁹ «[O]ssia, per quanto riguarda l'autotutela, del potere di esercitare la propria competenza fino alla sua più esatta e completa realizzazione»; così F. BENVENUTI, *Autotutela (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, oggi in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1784, nel quale principio (*rectius*: «tendenza»;

consideravano il riesame alla stregua di un potere implicito⁵⁰, oppure, in un'ottica an-

per comprenderlo cfr. *ibidem*) egli ravvede il «fondamento storico e pratico dell'autotutela amministrativa».

⁵⁰ Similmente al potere regolamentare (v. G. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamenti*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 33 ss.) e all'autotutela esecutiva, «dove l'estensione è giustificata proprio dalla necessità della pienezza del potere nel senso che [nel primo] esso tende ad estendersi verso la posizione dei principi, mentre nella autotutela esso tende ad estendersi verso la sua realizzazione materiale» (così F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*). Tali poteri saranno in seguito considerati in dottrina come autonomi e, pertanto, bisognosi di un esplicito conferimento normativo: il cambio di paradigma per gli atti regolamentari è dovuto, in particolare, a G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. giur.*, LXXXVII, 1922, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 145 ss.; mentre per l'esecuzione forzata ad A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 819 ss. (ma anche allo stesso F. BENVENUTI, *op. cit.*, 1811 ss.). Maggiori resistenze, invece, ha incontrato detto cambio di paradigma con riferimento all'autotutela decisoria, probabilmente, come suggerito da M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 82, «per la ben più pregnante considerazione che l'amministrazione nella cura in concreto dell'interesse pubblico risulterebbe ostacolata dalla *crystallizzazione* in una apposita norma di legge delle ipotesi di esercizio del potere di revoca» (enfasi dell'A.). A tal proposito, particolarmente condivisibili sono le riflessioni di A. CORPACI, *Ritiro e rimozione del provvedimento (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, 1997, 472 ss., secondo cui la dottrina di Benvenuti «ragionando dell'autotutela esecutiva, giunge alla conclusione che essa non possa considerarsi come “capacità normale dell'amministrazione”, e viceversa debba ritenersi “ammessa nel nostro ordinamento soltanto nei casi espressamente previsti e non ampliabili né in via di deduzione di principi, né in via di interpretazione analogica”. Se le risalenti giustificazioni politiche e pratiche del potere generale di autotutela spontanea sono le stesse del potere generale di ritiro; e se per il primo esse non hanno retto ad una puntuale verifica di compatibilità con “l'insieme di modificazioni che si sono prodotte nello Stato contemporaneo specialmente in relazione alla posizione dell'amministrazione nei confronti dei cittadini, con il riconoscimento sempre maggiore del valore delle posizioni giuridiche di questi almeno sotto il profilo for-

cora legata a paradigmi pandettistici, rinvenivano nella ritrattabilità un carattere intrinseco allo stesso atto amministrativo⁵¹.

male”; analoga indagine non è stata compiuta rispetto al potere generale di ritiro. In effetti, dal momento che l'autotutela esecutiva evoca l'uso della forza, essa suscita con immediatezza sensazioni di anomalia e spinte ad una puntuale riduzione a conformità con fondamentali principi del nostro ordinamento. Ma, sia lecito osservare che qualche dubbio circa la compatibilità con quei principi solleva anche l'autotutela decisoria spontanea. Né a tacitare tali dubbi può servire il fatto che Benvenuti rappresenti il potere di eliminazione e caducazione dell'atto ad opera della pubblica amministrazione non come istituzionale possibilità di realizzazione dello stesso potere esercitato nell'adottare l'atto della cui eliminazione trattasi» (477).

⁵¹ Ad esempio, L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, 147 s. ritiene la «revocabilità» e l'«emendabilità» come caratteri propri dell'atto amministrativo, in quanto quest'ultimo «ha per materia un semplice interesse, che è essenzialmente mutevole e dipendente dalla volontà discrezionale». Similmente O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 136 ss., per il quale «[u]n altro carattere degli atti amministrativi è quello della loro revocabilità [...] e quel carattere significa che l'autorità amministrativa ha sempre facoltà di ritornare sui suoi provvedimenti e di revocarli o modificarli, quando nuovi elementi di diritto o di fatto vengano a dimostrare la necessità o anche solo la convenienza di un diverso provvedimento» (enfasi dell'A.). Egli precisa, infine, che «[n]el potere di revoca è compreso, naturalmente, quello di *modificazione*, che è una revoca parziale» (enfasi dell'A.), mentre «se il provvedimento di revoca fosse preso non dall'autorità, che emanò l'atto, ma da quella superiore, si parla [...] di [...] *riforma*, se lo modifica, cioè sostituisce un nuovo e proprio atto a quello dell'inferiore» (enfasi dell'A.). Fa uso del paradigma pandettistico anche R. LUCIFREDI, *op. cit.*, 202 ss., il quale sostiene che anche «mancando un'espressa norma di legge, la revocabilità discende dai principi generali, posti in connessione colla natura stessa dell'atto» (208), al quale, peraltro, secondo l'A. può essere apposta dall'amministrazione una espressa riserva di revoca (c.d. clausola R) che legittimi l'esercizio del relativo potere anche nei casi non previsti dalla legge o qualora l'atto sia da ritenersi altrimenti irrevocabile (cfr. *ibidem*).

La dottrina successiva, preoccupata di favorire un maggiore sviluppo del principio di legalità nel diritto pubblico⁵², ha criticato recisamente le argomentazioni tradizionali, delle quali ha negato tanto il fondamento pre-giuridico, quanto quello giuridico, sforzandosi di individuare una specifica copertura di diritto positivo a fondamento del potere in parola⁵³.

⁵² *Sub specie* di nominatività o legalità formale: il potere deve essere attribuito da una norma di legge e non possono darsi poteri al di fuori di quelli previsti; e di tipicità o legalità sostanziale: la legge deve dettare, almeno in parte, anche presupposti, contenuti, effetti e in generale, le modalità di estrinsecazione del potere. L'affermazione di tale principio, a cui oggi è pressoché universalmente riconosciuto valore e rango costituzionale (in uno con i principi di democraticità e sovranità popolare), è stata graduale nel nostro ordinamento e ancora non pienamente realizzata. La giuspubblicistica italiana, infatti, ha risentito per lungo tempo della pregiudiziale hegeliana, secondo cui lo Stato, in quanto totalità etica e momento sintetico, racchiude organicamente in sé ogni manifestazione della sovranità: ne conseguiva la prevalenza del potere governativo-esecutivo, il quale, laddove non circoscritto dalle leggi (c.d. *limitative*), era ritenuto libero di esercitare qualsivoglia potere sovrano (cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2012, spec. 217 ss.). A tale concezione, si è poi contrapposta quella del costituzionalismo di matrice francese, accolta dagli ordinamenti democratici, il quale considera l'amministrazione come titolare di poteri non originari, ma derivati dalle leggi (c.d. *attributive*) emanate dall'organo rappresentativo della volontà generale. La bibliografia sul tema è pressoché sterminata. Ci si limiterà, pertanto, a richiamare le principali opere dedicate al rapporto fra principio di legalità e potere di autotutela; segnatamente, N. BASSI, *op. cit.*, 363 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, spec. 726 ss.; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1223 ss.; F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 427 ss.. Sul tema, più recentemente, spunti di notevole interesse si rinvengono in P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, *passim*.

⁵³ Il dibattito dottrinale sul fondamento del potere di riesame, che si esaminerà nell'immediato prosieguo, è così efficacemente sintetizzato da M. IMMORDINO, *Revoca*, cit., 86 s.: «la questione del fondamento normativo del potere di revoca è a sua volta suscettibile di soluzione diversa in conseguenza del tipo di relazione che si è ritenuto, di volta in volta, esistente tra il potere esercitato

In quest'ottica, il potere di riesame è stato configurato da alcuni Autori come un rinnovato esercizio del potere già esercitato mediante l'adozione dell'atto originario, nella norma attributiva del quale esso troverebbe, conseguentemente, il proprio specifico fondamento legislativo. Secondo questo orientamento, dunque, la norma che attribuisce un potere per la cura di un interesse pubblico conferisce non solo il potere di provvedere, ma, insieme, anche quello di riesaminare la decisione, al fine di valutarne la perdurante corrispondenza all'interesse funzionale⁵⁴.

con il primo provvedimento e quello nel cui esercizio è stato emanato l'atto di revoca. È noto come a questo specifico riguardo esistano due differenti orientamenti. Quello che configura il potere di revoca come espressione dello stesso potere nel cui esercizio è stato emanato l'atto revocando e l'altro che, in senso contrario, lo configura come potere autonomo».

⁵⁴ Per questa tesi già G. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, spec. 173, il quale considera la potestà di revocare come il rovescio della potestà di emanare (ovvero «disvolere il voluto»); nonché A. AMORTH, O. RANELLETTI, *Atti amministrativi*, in *Nuovo dig. it.*, I, Torino, 1937, 1091 ss., oggi in A. AMORTH, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 167. Sulla stessa linea si pongono A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 720 («la potestà di revoca inerisce alla medesima funzione esercitata a suo tempo mediante l'emanazione dell'atto che si tratta di revocare: la revoca non è altro che un nuovo esercizio di quella funzione»); A. CONTIERI, *Procedimenti e provvedimenti di secondo grado*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 383 ss.; ID., *Il riesame*, cit., il quale, (pur) rifiutando la ricostruzione restiana della revoca come “potere negativo”, conclude «che l'esercizio del riesame [...] trova nella norma che attribuisce il potere di carattere positivo la propria fonte di legittimazione» (*ivi*, 83); G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 286, per il quale «[p]oiché la potestà amministrativa soggiace al principio di legalità, il potere di annullare o revocare o modificare o convalidare un atto precedente – se non è previsto dalla legge (e nella generalità dei casi non lo era fino alla legge n. 15/2005) – non può avere altro fondamento se non nella legge che conferisce all'autorità la competenza a provvedere»; G. CORAGGIO, *Autotutela (voce)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, IV, 5; F. PAPARELLA, *Revoca (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, 1989, XI, 229. Per B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 730, la revocabilità caratterizza tutti gli atti esercizio di funzioni, cosicché «il potere della pubblica amministrazione di ritirare o modificare i propri atti e di sospenderne o prorogarne gli effetti non è molto diverso dall'analogo potere che hanno il legislatore, l'amministratore di un condominio o il

La descritta ricostruzione si giustifica sulla base del c.d. principio di inesauribilità del potere, secondo un meccanismo giuridico che è stato efficacemente sintetizzato nei seguenti termini: «c'è un potere tendenzialmente inesauribile, che sopravvive all'atto che ne costituisce esercizio; c'è un atto che ne costituisce esercizio; c'è un ulteriore atto di esercizio di esso, che può spiegarsi in direzione antitetica a quella dell'atto precedente (annullamento, revoca), o in direzione parzialmente difforme (riforma), o nella stessa direzione [...] (convalida)»⁵⁵.

Senonché, a tale impostazione si sono contrapposti ulteriori orientamenti che – secondo differenti impostazioni⁵⁶, ugualmente animate dall'obiettivo di garantire

tutore: [...] esso dipende dal fatto che nella funzione amministrativa rientra il potere di emanare tutti gli atti necessari per la cura di un certo interesse: quindi anche il potere di modificare decisioni precedenti»; L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 136, secondo il quale «la pur decisiva teoria dell'autotutela di Benvenuti [...] induce a qualificare come materialmente giurisdizionali anche le decisioni di autotutela spontanea – che appaiono piuttosto, ipotesi di riedizione del potere originario». Da ultima, interessante l'impostazione di C. NAPOLITANO, *Profili organizzativi dell'autotutela*, in *Persona e amministrazione*, I, 2019, 241 ss., la quale ricava la natura dell'autotutela come riesercizio del potere di primo grado dalla scelta organizzativa compiuta dal legislatore di attribuire la competenza alla medesima autorità che ha emanato il provvedimento primario.

⁵⁵ G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 336. Per l'A., dunque, la revocabilità e la mutabilità dell'atto ineriscono al «potere che sottende sia l'atto da mutare che l'atto che lo muta» (335). Anche secondo G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2016, 186, «[l]e modifiche o varianti costituiscono esercizio dello stesso potere esercitato mediante il provvedimento originario e sono in linea di massima soggette alle stesse regole di questo, sia quanto al contenuto che quanto al procedimento»; similmente cfr. ID., *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1 ss.

⁵⁶ Fra i capifila di questo orientamento sembra doversi individuare R. ALESSI, *op. cit.*, 94 ss., per il quale «[i]l fondamento ed il limite della potestà in esame va [...] ricercata direttamente nella norma giuridica, nel senso che la potestà stessa può essere ammessa soltanto ogniqualvolta essa possa

una maggiore affermazione del principio di legalità nel diritto amministrativo – hanno considerato gli atti di riesame come espressione di un potere diverso rispetto a quello

trovare il suo fondamento, esplicito o implicito, nella norma giuridica». Tale rilevante affermazione risulta, tuttavia, indebolita dalla successiva precisazione dell'A., secondo il quale l'attribuzione del potere di revoca dovrebbe comunque ritenersi implicita nel conferimento della generica potestà di provvedere discrezionalmente in una determinata materia. Per questo medesimo rilievo critico nei confronti dell'A., cfr. R. LUCIFREDI, *op. cit.*, che definisce «poco rigido [...] il principio da lui affermato» (210, nt. 65); nonché A. CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, secondo cui «l'affermazione della necessità di una fonte legale risulta notevolmente depotenziata» (328, nt. 31), così come essa è definita come espressa «in modo non poco contraddittorio» da N. BASSI, *op. cit.*, 372, e di natura «modesta» da G. LA ROSA, *op. cit.*, 70. Escludono ugualmente la configurabilità di un potere generale di riesame in assenza di una specifica previsione normativa, fra gli altri, anche S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione, con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in *Studi in onore di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, 663 ss.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, I, 91 ss., spec. 116 ss. A. CORPACI, *Riforma e modificazione*, cit., 459, per il quale «[a]ltro è [...] il potere di assumere un dato provvedimento, altro il potere di disporre della regolazione data con quel provvedimento, dettando una diversa disciplina del rapporto»; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 95, secondo cui «porre in essere un atto e invalidarlo sono due operazioni giuridiche qualitativamente diverse e di conseguenza realizzabili sulla base di due poteri diversi»; nonché E. MAURO, *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedurali*, in *Foro amm. – TAR*, 2004, 554 ss., per il quale «solo una forzatura nell'interpretazione del principio di legalità può consentire di rinvenire in una disposizione che abilita un'amministrazione, per esempio, a emettere un'autorizzazione il fondamento del potere di eliminare la stessa» (558). Più recentemente cfr. G. C. SALERNO, *op. cit.*, 122, per il quale «[i]l potere di emanare l'atto di primo grado e il potere di revoca sono due poteri distinti ed autonomi, ancorché condividano la medesima natura giuridica e siano "guidati" dal perseguimento della medesima finalità obiettivata *ex lege*: la revoca non si sostanzia in alcun modo nella ripresa o nella continuazione del procedimento di emanazione dell'atto revocando».

alla base della decisione originaria, sicché a loro fondamento dovrebbe esservi un'apposita attribuzione legale del relativo potere⁵⁷.

Questo secondo orientamento sembra uscire corroborato dalla dottrina più recente che, con argomentazioni rigorose e convincenti, ha dimostrato la natura “dogmatica” del principio di inesauribilità del potere⁵⁸, avendo messo in chiaro come non

⁵⁷ Accanto a coloro i quali si limitano ad esigere un esplicito conferimento positivo dei poteri in oggetto (ritenuto inesistente, perlomeno prima della novella del 2005), altri A.a. hanno ritenuto di fondare il potere di riesame su principi generali dell'ordinamento, ora immanenti, quale quello di c.d. autotutela (F. BENVENUTI, B. CAVALLO, P. SALVATORE), ora espressamente sanciti, quale quello di buon andamento (G. MORBIDELLI e G. PERICU) e di efficacia (M. IMMORDINO). Eclettica la tesi di G. LA ROSA, *op. cit.*, il quale, pur ritenendo che «i provvedimenti di primo e di secondo grado, sebbene teleologicamente connessi, abbiano una funzione ontologicamente diversa e, di conseguenza, siano espressione di poteri diversi» (84), ravvisa la norma attributiva del potere di revoca nel «combinato disposto dell'art. 21-*quinquies* [...] con la norma, di volta in volta, attributiva del potere di primo grado» (110).

⁵⁸ Il riferimento è alla recente monografia di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018, per il quale «[l']essenziale è liberare lo studio dal pregiudizio concettuale dell'inesauribilità del potere, concedendo ad essa nulla più che il valore di una ipotesi da verificare sul campo» (164). Più in dettaglio, secondo l'A. l'inesauribilità costituisce un predicato indefettibile del solo potere inteso come posizione giuridica astratta (congenere alla capacità di agire) attribuita da una norma (tetica) ad un soggetto per l'adozione di atti produttivi di determinati effetti giuridici, ma non del potere come situazione soggettiva concreta, il quale, definito come il riflesso soggettivo delle condizioni normative di validità degli atti, può considerarsi inesauribile solamente in rapporto alla norma (ipotetica) che ne prefigura i fatti costitutivi. Ne consegue che «[n]essuna ontologia del potere è possibile, proprio in quanto esso si definisce esclusivamente in rapporto alle norme che regolano l'adozione del provvedimento» (163) e, pertanto, «i caratteri del potere [sono] il riflesso del regime degli atti» (165), e non viceversa, come tradizionalmente sostenuto in dottrina e in giurisprudenza. L'eventuale inesauribilità del potere diviene, pertanto, un problema non ontologico, ma di stretto diritto positivo. La descritta concezione del potere rappresenta lo sviluppo di argomentazioni già svolte dall'A. nel precedente ID., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa,

sia possibile derivare il regime degli atti amministrativi da una presunta natura del relativo potere, bensì, viceversa, è quest'ultima a poter essere definita esclusivamente in rapporto alle norme positive che regolano l'adozione del provvedimento⁵⁹.

L'inesauribilità del potere e la correlata modificabilità di un atto giuridico rappresentano, così, una questione non ontologica, ma di stretto diritto positivo. In altri termini, un atto è modificabile nella misura in cui le norme positive attribuiscono all'autore il potere di modificarlo validamente, così come un potere è inesauribile laddove le stesse ne permettono il valido riesercizio⁶⁰.

2013, nel quale il problema del potere come situazione giuridica soggettiva è correlato alla tematica della validità degli atti: in questa prospettiva, la misura dell'esistenza o inesistenza di un potere giuridico è costituito esclusivamente dalla validità o invalidità del suo esercizio. La prospettiva considerata dall'A., è bene precisare, è solamente quella del c.d. potere legale (presupposto della validità) e non quella del potere come concetto extra-normativo (presupposto, secondo l'A., della efficacia), che si ipotizza consistere nel riflesso soggettivo del riconoscimento sociale dell'atto derivante dalla legittimazione *lato sensu* politica della decisione. È evidente, pertanto, che laddove la definizione di potere è circoscritta al problema della validità, la questione del suo fondamento non può che riposare su valutazioni di natura esclusivamente logico-formale, con il vantaggio, peraltro, di depurare la riflessione da preferenze di ordine ideologico.

⁵⁹ Tale impostazione permette, peraltro, di superare il circolo vizioso già messo in luce da A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 120-121, secondo cui «si è sostenuto che la revoca non rappresenterebbe un rimedio a un atto inadeguato di primo grado, ma costituirebbe una mera espressione del potere già esercitato [...] e quindi troverebbe il suo fondamento ultimo nel principio di inesauribilità del potere dell'Amministrazione. Non sembra, tuttavia, che in questo modo il problema sia definitivamente risolto. Infatti anche questo ragionamento sembra risolversi in un circolo vizioso, perché, se la revoca viene ad avere come giustificazione l'inesauribilità del potere [...], resta da capire perché, comunemente, [...] proprio la configurabilità di un potere generale di revoca venga invocata per dimostrare la tesi dell'inesauribilità del potere».

⁶⁰ Sul punto, e precisamente in tema di c.d. "giudicato sostanziale", imprescindibile è il riferimento al contributo di A. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, 1919, trad. it.,

L'affermazione della (non necessaria) inesauribilità del potere, tuttavia, ancora nulla può spiegare in ordine al fondamento del potere di riesame, laddove non si dimostri preliminarmente l'autonomia (o meno) di quest'ultimo rispetto al potere di esercizio primario. Proprio in ciò, del resto, appare la fallacia dell'orientamento che potremmo definire "dell'inesauribilità del potere", laddove esso pretende di legittimare le potestà di ritiro sulla base della possibilità di riesercizio inesauribile del potere di primo grado, senza avere prima sufficientemente dimostrato l'identità dei due poteri (ma anzi, sembrerebbe, ricavando quest'ultima dallo stesso fenomeno dell'inesauribilità dogmaticamente assunto).

Insomma, il profilo dell'inesauribilità e quello dell'autonomia dei poteri devono considerarsi indipendenti e distinti, ben potendosi, in ipotesi, configurare l'esistenza di due poteri autonomi (di esercizio e di riesame) – e quindi ciascuno con una propria

Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione, in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano ed altri saggi*, Milano, 1987, 327 ss., secondo il quale, in sede di critica alle teorie a lui contemporanee, «tutta la tradizionale dottrina del giudicato [sostanziale] 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*» (336). Diversamente, «il problema del giudicato, vale a dire della modificabilità di determinati fenomeni giuridici, soggiacerebbe soltanto ad una disciplina di diritto positivo. [...] Se l'organo – si tratti del legislatore, designato dalla costituzione, o del titolare del potere regolamentare, oppure dell'organo che applica il diritto [...] – ha fatto uso di questo potere, è creato nuovo diritto e la delega è riempita con materia giuridica cui è propria la tendenza alla continuità [...]. Sarebbe quindi un *deus ex machina* e non più il medesimo organo statale quello che cercasse di abrogare questo diritto (anche se, per così dire, creato da esso stesso) senza una particolare autorizzazione al *contrarius actus* conferita dal diritto positivo» (337-338).

fondazione positiva – entrambi tendenzialmente inesauribili⁶¹.

Di più, la questione in ordine all'autonomia dei poteri di riesame assume, nel nostro caso, una priorità logica rispetto al problema dell'inesauribilità del potere di esercizio: invero, solamente una volta aver preso posizione in ordine all'identità ovvero all'autonomia dei rispettivi poteri, è utile porsi il problema della loro inesauribilità, al fine di fondare la possibilità del riesame sulla norma attributiva del potere originario (nel primo caso), ovvero per affermare la possibilità del riesercizio del potere primario a seguito di un esito (anche parzialmente) demolitorio del – diverso e autonomamente legalmente fondato – potere di riesame (nel secondo caso).

Occorre, pertanto, argomentare ed esplicitare fin d'ora la nostra posizione in ordine alla questione dell'autonomia del potere di riesame rispetto al potere di primo grado e, per farlo, è necessario adottare un criterio idoneo a differenziare ontologicamente i poteri amministrativi, ovvero ad affermarne l'identità.

⁶¹ In altri termini, così come l'inesauribilità non può dimostrare l'identità dei poteri, così la loro autonomia non può dimostrare l'esauribilità degli stessi. Si anticipa già, a beneficio e chiarificazione del lettore, la tesi che si intende sostenere e argomentare nel prosieguo del paragrafo: una volta ricostruiti il potere di esercizio come una potestà costitutiva, attraverso il provvedimento amministrativo, di rapporti vincolanti (anche) per l'amministrazione e, di contro, il potere di riesame come la differente potestà di superare, attraverso l'eliminazione o la modifica del provvedimento, la vincolatività di detti rapporti, si sostiene per entrambe la necessità di una fondazione positiva e, nel contempo, la loro tendenziale (perlomeno in astratto) inesauribilità. Cosicché il potere di primo grado, pur non potendo decidere in ordine ad una medesima fattispecie concreta già precedentemente decisa (possibilità che esula, come anticipato e si cercherà di dimostrare, dal suo effetto primario), potrebbe ben essere riesercitato in seguito (o in combinazione) all'esito (anche parzialmente) demolitorio del (differente) potere di riesame. Nondimeno, stante il principio di legalità, le condizioni e i limiti (fino all'estremo dell'esauribilità in concreto), così come l'estensione dei relativi effetti, di tale operazione giuridica possono essere determinati solo sulla base del diritto positivo.

A questo riguardo, il concetto di potere accolto dalla più volte richiamata dottrina offre un parametro ritenuto utile non solo a determinare l'eventuale esauribilità dello stesso, ma anche la sua identità strutturale, al fine di operare una differenziazione fra poteri amministrativi; esso si basa, ancora una volta, sull'analisi stretta del diritto positivo, nel senso che «un potere è diverso da un altro perché, ad un esame complessivo, è disciplinato diversamente: è sottoposto a regole di validità diverse e il suo esercizio dà luogo a effetti precettivi di contenuto diverso»⁶².

Su queste basi, la stessa dottrina opera, così, una puntuale differenziazione del potere di riesame rispetto ai singoli poteri di primo grado⁶³. In primo luogo, si dice, i provvedimenti di secondo grado producono effetti giuridici che non trovano corrispondenza nei poteri primari: la rimozione del provvedimento o dei suoi effetti⁶⁴. In secondo luogo, la decisione di riesame si basa su presupposti sconosciuti ai poteri di primo grado, consistenti nell'invalidità o nell'inopportunità di un provvedimento. In terzo luogo, gli atti di riesame sono caratterizzati da officiosità nell'avvio, facoltatività nell'*an* e discrezionalità nel *quid* (se non altro, in virtù dell'obbligo di bilanciamento), pur potendo ricadere su provvedimenti rilasciati ad istanza di parte e di natura vincolata.

Inoltre, dal punto di vista soggettivo, si vede come il potere di riesame non è attribuito *a questo o a quel* soggetto dell'amministrazione (come avviene con riguardo ai poteri primi), bensì, trasversalmente, all'organo che ha emanato l'atto riesaminando; così come, dal punto di vista oggettivo, la fattispecie reale che giustifica l'esercizio del

⁶² M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 181.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ È stato, peraltro, messo in evidenza *ivi*, 184, come, anche dal punto di vista descrittivo, «il diverso regime comporta altresì una differente logica del ragionamento giuridico svolto dall'amministrazione che adotta la decisione [...]» laddove essa «non si costruisce sul confronto fra una situazione data e una decidibile ma tra una decisione decisa e una decidibile» (185).

potere non è individuata *in questa o quella* situazione materiale, bensì dalla situazione giuridico-fattuale determinata, genericamente, da un precedente provvedimento amministrativo.

Il criterio distintivo da ultimo invocato, tuttavia, rivela nel contempo l'imprescindibilità del riferimento ai poteri di primo grado nell'esercizio concreto del potere di secondo grado, sicché, di «volta per volta, in relazione al provvedimento a cui si applicano, tali potestà verranno a riempirsi – per dirlo figuratamente – del contenuto del procedimento che assumono a proprio oggetto»⁶⁵.

In tal modo, però, se si sposta l'attenzione sul piano della dinamica concreta del potere (e delle conseguenti regole di validità), il riesame risulta, a ben vedere, difficilmente distinguibile dalla decisione di primo grado.

Ed infatti, alle precedenti argomentazioni potrebbe obiettarsi che l'inopportunità che giustifica il provvedimento di ritiro non sarebbe in concreto diversa dall'inopportunità dell'assetto degli interessi alla base della decisione originaria⁶⁶; così come gli interessi tutelati dalla decisione di secondo grado coinciderebbero con la causa tipica del potere di primo grado, in bilanciamento, certamente, con gli ulteriori interessi coinvolti dalla vicenda del riesame (interesse dei destinatari alla conservazione o alla rimozione dell'atto, interesse pubblico alla stabilità dei rapporti), ma in virtù, non di una differente tipizzazione normativa, bensì dei principi che normalmente presiedono

⁶⁵ Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 552.

⁶⁶ Così G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 337 ritiene che anche i provvedimenti di secondo grado hanno ad oggetto non l'atto precedente ma una «situazione complessiva» caratterizzata da quella stessa inopportunità o inadeguatezza dell'assetto degli interessi in gioco che costituisce il presupposto per l'adozione di ogni provvedimento amministrativo, differenziandosi per il solo fatto che tale situazione «è determinata dall'assetto disposto da un precedente atto, sicché tale inopportunità non può essere rimossa, se non rimuovendo l'atto che tale assetto ha stabilito» (338)

l'esercizio della discrezionalità (in primo, come in secondo grado)⁶⁷; infine, l'effetto primario del riesame difficilmente potrebbe distinguersi dal non-esercizio del potere di primo grado (nella rimozione), dal suo uguale esercizio (nella conferma), ovvero da un suo differente esercizio (nella riforma)⁶⁸.

Insomma, il tentativo di differenziare i poteri in oggetto sulla base del loro schema di validità non permette di giungere a risultati soddisfacenti, laddove i fatti costitutivi, la disciplina e i relativi effetti sembrano fra loro confondersi, se non coincidere, nell'esercizio concreto della funzione.

A nostro avviso, tale difficoltà deriva da un errore di prospettiva, consistente nel ritenere la potestà di riesame alla stregua di una situazione giuridica comparabile a quella dei singoli poteri di primo grado. A noi sembra, diversamente, che il potere di rimuovere o modificare gli atti amministrativi debba, piuttosto, ricondursi al novero delle potestà "generalì"⁶⁹, e in tal senso si ponga come situazione soggettiva omologa

⁶⁷ Così, persuasivamente, M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa*, tesi di dottorato, Università Cattolica del Sacro Cuore, a.a. 2017-2018, relatore prof. Mauro Renna, 40. Sull'identità causale fra potere di primo grado e riesame, cfr. anche A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 79, secondo cui «nell'ambito del riesame rientrano procedimenti che possono sfociare nella conferma e nella riforma, nei quali ben difficilmente si potrebbe sostenere che vengano valutati interessi di natura diversa rispetto a quelli curati in primo grado».

⁶⁸ «Così, per esempio, l'annullamento o la revoca di un permesso possiedono un contenuto – di negazione di un'utilità – identico a quello che avrebbe potuto essere deciso precedentemente, in sede di rigetto dell'istanza volta ad ottenere il rilascio del permesso»; l'esempio è tratto da N. BASSI, *Principio di legalità*, cit., 365. Nel medesimo senso, A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 65-66, secondo il quale «[l]'ampiezza del potere di revoca è uguale all'ampiezza della potestà di non adottare il provvedimento sul quale si è intervenuti».

⁶⁹ La constatazione del carattere generale delle potestà di riesame accomuna anche le due principali sistemazioni dogmatiche tradizionali dei poteri in oggetto, quella gianniniana dei "procedimenti di secondo grado" e quella benvenutiana dell'"autotutela". Così, secondo la ben nota definizione di M.S. GIANNINI, *Diritto*, cit., 552 «[i procedimenti di secondo grado] sono [...] manifestazione

alla generale potestà di emanare atti amministrativi (provvedimentali e normativi), con la quale essa, dunque, è esclusivamente confrontabile⁷⁰.

È dunque su un piano astratto che, a nostro avviso, deve essere, conclusivamente, vagliata l'eventuale identità, ovvero la distinzione, fra la potestà generale di emanare atti amministrativi (autarchia e autonomia) e la potestà generale di revocarli o modificarli (autotutela decisoria)⁷¹. E ciò, se non altro, in virtù della semplice constatazione per la quale un criterio distintivo fra poteri amministrativi basato sull'esclusiva considerazione del diritto positivo non risulta soddisfacente, laddove si tratti di comprendere se un potere esercitato in assenza di fondazione positiva (e quindi in mancanza di una legge) possa ritenersi rientrante nell'ambito di legittimazione coperto

di *potestà generali* che l'amministrazione possiede *per dare ordine alla propria attività*, ossia di potestà che non sono volte alla cura di questo o quell'interesse pubblico positivo, bensì alla cura di quell'interesse di carattere generale, che l'amministrazione ha in ordine ad un corretto, ordinato e pertinente svolgimento della propria attività» (enfasi dell'A.). Così anche secondo F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 1784 e 1788, «per autotutela si intende quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese» e «il concetto di atto che decide, secondo giustizia, un conflitto potenziale o attuale tra l'amministrazione ed il destinatario del suo provvedimento [...] si manifesta come concetto di *carattere generale*» (enfasi aggiunta).

⁷⁰ Per questo identico rilievo cfr. già F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 1789: «ciò che rileva nelle decisioni di autotutela è la loro causa generica, ossia il fatto di essere una categoria di atti della amministrazione che va posta accanto alla categoria degli atti di autonomia e degli atti di autarchia. Onde non sarebbe possibile confrontare fra di loro le decisioni e i singoli atti di tipo regolamentare (regolamenti, piani, programmi, bilanci, ecc.) o di tipo provvedimento (concessioni, licenze, proposte, pareri, ecc.)».

⁷¹ Trattasi delle tre capacità generali proprie della funzione formalmente amministrativa individuate da F. BENVENUTI e fra loro distinte sulla base della funzione materiale (esecutiva, normativa, giustiziale). Esse trovano, poi, le proprie forme di esercizio nelle norme positive che conferiscono all'amministrazione i singoli poteri concreti che ne costituiscono espressione.

da una norma attributiva già esistente.

Ebbene, su un piano astratto, come è stato persuasivamente chiarito in esito ad una rigorosa analisi del processo di tipizzazione dei poteri amministrativi inizialmente ritenuti impliciti nella norma attributiva del potere di primo grado, la linea di discriminazione fra le varie posizioni di supremazia presenti nell'ordinamento è segnata da tre fattori: (i) dal possibile grado di incisione del provvedimento sulla sfera giuridica soggettiva del suo destinatario (profilo della c.d. efficacia sostanziale); (ii) dall'efficacia del provvedimento in relazione alla sua portata precettiva (profilo della c.d. efficacia formale); (iii) dall'interesse pubblico alla soddisfazione del quale il potere è preordinato (profilo causale)⁷².

Sulla base di detti criteri è possibile distinguere fra loro non solo le principali potestà sovrane (esecutiva, giurisdizionale e legislativa), ma anche i singoli poteri espressione della funzione amministrativa formale.

Così, dal punto di vista dell'efficacia sostanziale, è stato chiarito che «è atto di funzione esecutiva quello che modifica con le posizioni giuridiche dei destinatari anche quella del suo autore [...], arricchendo o impoverendo, e reciprocamente, le loro

⁷² Per una chiara identificazione di tali criteri cfr. N. BASSI, *op. cit.*, 362 s. e 382 ss. Si utilizzano, qui, le categorie di “efficacia sostanziale” ed “efficacia formale” nel medesimo senso ad esse attribuito da F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1957, spec. 36 ss., oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, cit., 441-443 e 450-451. Sul valore di queste formule e sulla contrapposizione con la materia v. G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti. Atti del Convegno di Venezia, 11 dicembre 1999*, Padova, 2001, 15, secondo il quale «[l]a distinzione formale e sostanziale risponderebbe ad un criterio giuridico, mentre la qualificazione materiale a un mero criterio logico rilevante in sede di interpretazione del contenuto degli atti (materia legislativa, esecutiva, giurisdizionale). Questa geometria delle funzioni anticipa altre geometrie: autonomia, autarchia ed autotutela».

posizioni giuridiche»⁷³: vale a dire, secondo un linguaggio più aggiornato, che esso è idoneo a creare, estinguere o modificare autoritativamente un rapporto giuridico fra autore e destinatario dell'atto, costituito da situazioni giuridiche soggettive (che riteniamo perfette) di reciproco vantaggio e svantaggio⁷⁴.

Ciò varrebbe a differenziare l'atto amministrativo tanto dall'atto della funzione giurisdizionale, «che modifica le posizioni giuridiche dei soli destinatari e non anche

⁷³ F. BENVENUTI, *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985, oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, V, Milano, 2006, 3890.

⁷⁴ Diversamente, N. BASSI, *op. cit.*, 367, nt. 144, sostiene che, salve le ipotesi di esercizio di poteri vincolati, «è corretto ammettere che dal provvedimento con cui l'utilità viene assegnata non nasca un diritto soggettivo perfetto nei confronti dell'Amministrazione al mantenimento di quanto ottenuto: ma ciò non perché dall'atto [...] non sia derivata una situazione di vantaggio come tale giuridicamente tutelata (ché semmai è vero il contrario), bensì perché la legge – nell'omettere di indicare con precisione e nel dettaglio gli elementi rilevanti ai fini della valutazione – ha inteso rimettere in larghissima misura la scelta concreta alla stessa Amministrazione, la cui decisione iniziale – proprio per questa ragione – non può dirsi aver esaurito lo *spatium deliberandi* alla medesima consentito dall'ordinamento». Non si condivide tale assunto. È, infatti, nostra convinzione che dal provvedimento amministrativo sorgano posizioni soggettive perfette di diritto soggettivo (ora in capo al destinatario, nel caso di atti ampliativi, ora in capo all'amministrazione o di eventuali terzi, nell'ipotesi di provvedimenti restrittivi), non rilevando che esse possano “degradare” in interessi legittimi, solamente laddove l'amministrazione si determini per l'apertura di un procedimento di revoca. Da ciò consegue che il soggetto che esercita il potere soggiace *in toto* agli effetti delle modificazioni sostanziali prodotte dal provvedimento, fino all'eventuale esercizio del potere di revoca, non diversamente, ad esempio, da un diritto di proprietà privata che l'amministrazione è tenuta a rispettare, fatto salvo il ricorso a poteri legalmente fondati di regolamentazione o espropriazione della stessa. Sull'impegnatività del provvedimento anche nei confronti dell'amministrazione cfr. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 263. Sulla «funzione vincolativa interna» del provvedimento amministrativo, con ampi richiami alla dottrina tedesca, cfr. anche S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 358 ss.

quelle dell'autore dell'atto stesso»⁷⁵ (cioè costituisce, modifica o estingue un rapporto di cui l'autore non è parte), quanto dall'atto della funzione legislativa, che ha la «massima efficacia sostanziale in quanto ordinariamente [...] esprim[e] norme giuridiche ossia regole di condotta valide per tutti i soggetti di un ordinamento giuridico»⁷⁶ (cioè non crea rapporti, ma esclusivamente diritto oggettivo).

Così, anche all'interno della stessa funzione esecutiva formale, il criterio dell'efficacia sostanziale costituisce un elemento che permette di differenziare la potestà di emanare provvedimenti amministrativi (autarchia) da quella di adottare atti di natura normativa (autonomia), nonché dal potere di pronunciare decisioni o porre in essere comportamenti materiali che assicurino la giustizia e l'efficienza dei precedenti (autotutela decisoria ed esecutiva).

Tali potestà possono, infatti, distinguersi fra loro dal punto di vista dei differenti effetti sostanziali prodotti⁷⁷: la costituzione di posizioni giuridiche soggettive (autarchia), la posizione di diritto oggettivo (autonomia), la realizzazione materiale del precetto (autotutela esecutiva), l'estinzione o la modifica di un rapporto giuridico vincolante già sorto in virtù di un precedente provvedimento, con relativa inversione

⁷⁵ F. BENVENUTI, *Appunti*, cit., 450.

⁷⁶ *Ivi*, 445.

⁷⁷ Sul rilievo delle posizioni giuridiche soggettive nella qualificazione dei poteri amministrativi si veda A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2015, 311 ss., il quale significativamente afferma che «[è] comune [...] la classificazione dei provvedimenti amministrativi, secondo il segno positivo o negativo dei loro effetti potenziali; ma, in realtà, essi possono essere sfavorevoli, solo in quanto sia favorevole per i loro destinatari il preesistente assetto di base che l'ordinamento dà alle relazioni reciproche. E viceversa. Fino al punto che la positività potenziale di un provvedimento, è inversamente proporzionale alla negatività originaria della posizione del suo destinatario».

delle posizioni giuridiche soggettive prodotte (autotutela decisoria)⁷⁸.

Quanto, poi, al correlato profilo dell'efficacia formale – con particolare riguardo al rapporto, che qui maggiormente interessa, fra atti espressione della medesima funzione (in altri termini, al loro regime di modificabilità) – è stato evidenziato che l'atto esecutivo si caratterizza per la sua «revocabilità», vale a dire per l'attitudine ad essere modificato dal proprio autore mediante un'esplicita statuizione di revoca (la quale trova fondamento normativo nelle norme generali sull'autotutela decisoria)⁷⁹.

⁷⁸ Cfr. F. BENVENUTI, *Appunti*, cit., 532: «[p]oiché infatti i provvedimenti amministrativi hanno, per definizione, l'efficacia di costituire o modificare o estinguere delle posizioni giuridiche, è evidente che la decisione che ne riconosca l'invalidità, invertirà le posizioni giuridiche da essi prodotte, esplicando così un effetto costitutivo sullo stesso rapporto sostanziale sottostante». Così, se l'atto espressione del potere di primo grado ha natura ampliativa (cioè attribuisce una posizione di vantaggio), l'eliminazione o la modifica dello stesso avrà natura ablatoria (e viceversa). Peraltro, tale considerazione mette in chiaro, una volta di più, come, dal punto di vista delle posizioni soggettive incise, negare un'utilità in sede di esercizio di un potere amministrativo primario non equivale affatto a rimuoverla in sede di riesame: nel primo caso la posizione giuridica soggettiva incisa è, infatti, di interesse legittimo (pretensivo), nel secondo caso di diritto soggettivo pieno (che degraderà in interesse legittimo oppositivo solamente nel caso di attivazione del potere di revoca, similmente ad un potere ablatorio).

⁷⁹ Cfr. *Ivi*, 451. Secondo M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 162 «ciò che caratterizza effettivamente il provvedimento amministrativo è la mutabilità. La mutabilità potrà presentarsi come revocabilità, nei casi in cui l'effetto è disponibile, ma potrà presentarsi, altresì come possibilità di riforma (di riduzione, di integrazione), di (declaratoria di) decadenza, di riscatto, di conversione, di annullamento in ogni tempo, e così via. [...] È ciò che parte della dottrina ha intuito, allorché ha classificato la revoca come specie del genere ritiro o rimozione del provvedimento amministrativo: va detto che in realtà il fenomeno non è da circoscrivere al solo ritiro, ma è più vasto, comprendendo anche i poteri di modificazione (riforma, integrazione, ecc.), e meglio dunque che lo si esprime con la nozione di retrattabilità, elaborata dalla processualistica».

Questa si distingue, a sua volta, dalla «novità», che caratterizza l'efficacia formale degli atti normativi, vale a dire «l'idoneità che [...] [la legge] ha di porsi come atto originativo di effetti giuridici rispetto agli atti preesistenti e alle stesse leggi preesistenti che, appunto per quella novità, ne sono abrogate anche se, in ipotesi, fossero identiche per contenuto»⁸⁰ (la quale trova la propria giustificazione di diritto positivo nell'art. 15 delle preleggi)⁸¹; nonché dalla «irrevocabilità», che, invece, contraddistingue gli atti aventi l'effetto della cosa giudicata, cioè «l'idoneità [della sentenza] di continuare a produrre i suoi effetti, una volta divenuto appunto immutabile (cosa giudicata), senza che nessun altro atto possa modificarli»⁸² (secondo quanto stabilito dall'art. 324 c.p.c.).

Ciò appalesa come il provvedimento amministrativo possieda una capacità di “resistenza” nei confronti degli atti espressione della medesima funzione inferiore all'atto giurisdizionale (che di norma è irrevocabile), ma superiore all'atto normativo, il quale è automaticamente cedevole nei confronti del riesercizio del potere originario

⁸⁰ F. BENVENUTI, *op. ult. loc. cit.*

⁸¹ A mente del quale «le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore».

⁸² *Ibidem.* Ciò non significa che non possano esistere atti di natura formalmente giurisdizionale inidonei al giudicato, quali ad esempio i provvedimenti di volontaria giurisdizione, i quali, sintomaticamente, in virtù della loro funzione non giustiziale bensì di gestione di rapporti, sono generalmente qualificati come espressione di una funzione materialmente amministrativa, condividendo per altro con quest'ultima il regime di efficacia formale (*sub specie* di revocabilità). Così come non significa che non possano esistere ipotesi di provvedimenti amministrativi idonei al giudicato materiale, come ad esempio i provvedimenti illegittimi attributivi di vantaggi economici, i quali non sono suscettibili di annullamento dopo i diciotto mesi. Con ciò si vuole ribadire che il regime di efficacia formale e sostanziale non dipende dalla natura del potere, bensì, viceversa, è quest'ultimo ad essere qualificabile in relazione al regime giuridico positivo (formale e sostanziale) degli atti che ne sono espressione.

avente una (anche parzialmente) coincidente quantità di effetti (c.d. effetto abrogativo automatico).

Ciò in quanto il mero rinnovato esercizio del potere non può ritenersi idoneo, come negli atti normativi, a rimuovere un atto amministrativo o a modificarne gli effetti: risultato che sarebbe, infatti, del tutto incompatibile con la vincolatività e impegnatività dell'atto anche nei confronti dell'autore (le quali si sono viste essere caratteristiche proprie della sua efficacia sostanziale), nonché dei più elementari principi di coerenza dell'azione amministrativa e di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari (nel caso di provvedimenti favorevoli) o dei terzi⁸³.

Per rimuovere un provvedimento o modificarlo è necessario, a nostro avviso, esercitare un potere differente rispetto a quello iniziale, che possieda (sul piano formale) un effetto revocatorio o modificativo, in grado di superare (sul piano sostanziale) il vincolo di coerenza derivante dal rapporto⁸⁴.

⁸³ Cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 49, il quale afferma che il soggetto che esercita il potere «soggiace agli effetti della modificazione giuridica che si produca, non rilevando se egli abbia il potere di eliminarla in un momento successivo». Sul punto, cfr. anche G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 178 ss., per il quale «[s]i può discutere se il vincolo a carico dell'amministrazione di comportarsi in armonia col provvedimento sia un effetto di quest'ultimo (una espressione della sua "forza") o discenda, più semplicemente, dal dovere di imparzialità, di coerenza e di ragionevolezza che grava costantemente su di essa. Certo è che il provvedimento instaura una situazione che non può essere modificata ad arbitrio dell'amministrazione: più precisamente, una situazione che non può essere ignorata o dalla quale l'ente pubblico non può prescindere, sino a quando non adotti un atto ulteriore, di annullamento o revoca del precedente, in presenza dei presupposti che autorizzano il *contrarius actus*» (179).

⁸⁴ F. BENVENUTI, *Appunti*, cit., 451: «[c]iò non significa che l'atto amministrativo abbia forza abrogante perché l'effetto non è automatico ma occorre una espressa statuizione di revoca; né significa che esso possa in qualunque momento essere sostituito perché, quanto meno, occorre che vi sia un pubblico interesse per procedere alla revoca di un atto». Similmente, per M. TRIMARCHI, *Decisione*

Questo, del resto, appare l'unico criterio persuasivo per distinguere qualitativamente la successione normativa dalla revoca o dalla modifica del provvedimento, non potendosi altrimenti differenziare le due situazioni, se non sulla base di un criterio meramente formale (e, pertanto, non realmente definitorio) quale la manifestazione esplicita della volontà abrogativa, che caratterizzerebbe la revoca-riforma amministrativa, diversamente dalla successione normativa⁸⁵.

amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere, in *Persona e amministrazione*, 2017, «l'amministrazione in senso oggettivo non è una attività di flusso continuo come la legislazione, dove il criterio cronologico trova un fondamento di diritto positivo nell'abrogazione implicita. La decisione amministrativa vincola lo stesso organo che la adotta. Esso può rimuoverla soltanto con poteri speciali, di cui è sempre più raramente titolare».

⁸⁵ Coerentemente, i sostenitori della teoria del riesame come riesercizio del potere inesauribile considerano il fenomeno della revoca o della modifica del provvedimento amministrativo come analogo all'istituto dell'abrogazione degli atti normativi. Così, secondo G. CORSO, *Manuale*, cit., 286 «il potere amministrativo inesauribile ha qualche analogia col potere legislativo (la legge può essere abrogata o modificata o derogata da altra successiva)»; in particolare, i due fenomeni sarebbero accomunati, secondo la teorizzazione generale di S. PUGLIATTI, *Abrogazione. a) Teoria generale e abrogazione degli atti normativi*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 142, dai seguenti elementi: «a) l'esistenza di un potere giuridico permanente e potenzialmente inesauribile; b) l'esercizio concreto e individuato di tale potere, da cui deriva un determinato atto giuridico; c) il rinnovato esercizio, sempre concreto e individuato, del potere medesimo, da cui deriva un ulteriore atto, idoneo a far cessare (*ex nunc*) l'efficacia giuridica del precedente». Secondo E. CANNADA BARTOLI, *Abrogazione. b) Abrogazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 159, il «potere continuo e perenne che ha la pubblica amministrazione di provvedere con nuovi atti ad esigenze e bisogni che sorgono *ex novo* o che essa va man mano constatando» dà luogo al fenomeno dell'abrogazione, che in diritto amministrativo si realizza «come effetto di una situazione obiettiva di incompatibilità fra due successivi provvedimenti». Parte della dottrina, fra cui quella testé citata, ha, tuttavia, mantenuto distinta quest'ultima ipotesi da quella consistente nell'esercizio di un autonomo potere di riesame per inopportunità sopravvenuta dell'atto precedente (revoca o riforma). Su questi profili, cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI,

op. cit., 600-601, i quali differenziano l'uso del termine 'abrogazione' come sinonimo di provvedimento di revoca per sopravvenienza (esito di un procedimento di secondo grado), considerandola «una complicazione di vocabolario» (soprattutto alla luce dell'art. 21-*quinquies*), dall'abrogazione come «effetto» di prevalenza di un atto successivo sul precedente incompatibile, in virtù dell'inesauribilità del potere amministrativo. Gli A.a., condivisibilmente, esemplificano quest'ultima situazione con l'ipotesi dell'emanazione di un nuovo piano regolatore generale contenente precetti incompatibili con quelli precedenti: essendo, a nostro avviso e come si argomenterà, il potere di pianificazione espressione di un'attività di carattere materialmente normativo, "a flusso continuo" e tendenzialmente inesauribile, il rapporto fra atti di pianificazione successivi si pone effettivamente nei termini di abrogazione automatica (secondo il principio di "novità"). Diversamente, secondo l'impostazione generale dai noi accolta, deve argomentarsi con riguardo ai provvedimenti amministrativi, per i quali il fenomeno della prevalenza dell'atto posteriore sul precedente non può ricevere una spiegazione differente rispetto all'esercizio di un potere di riesame (revoca o riforma); in questo senso, già A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 385 riteneva la revoca e l'abrogazione come «esplicazione di un unico e medesimo potere». Anche F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 1794, riconduce l'abrogazione degli atti amministrativi nell'alveo dell'autotutela decisoria spontanea quale ipotesi di revoca per sopravvenienza ad efficacia *ex nunc*. Più recentemente, G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 66, sostiene che «[l']abrogazione [...] coinciderebbe con il concetto tradizionale di revoca, manifestando, così, la propria inutilità dogmatica». Ancora diversa la prospettazione di A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 148 ss., che qualifica come revoca la modificazione degli effetti di un atto in esito al riesercizio del medesimo potere originario (secondo il modulo "inapplicabilità-contrarietà"), distinguendola dall'effetto abrogativo che conseguirebbe ad una situazione di incompatibilità con un provvedimento successivo espressivo di un diverso potere (secondo il modulo "inapplicabilità-incompatibilità"); quella di S. STAMMATI, L. RAINALDI, *Revoca, revoca implicita, effetto abrogativo, abrogazione degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1979, 1725 ss., che ricostruiscono l'abrogazione nei termini di una revoca di provvedimento sfavorevole; nonché quella di S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15 del 2005: profili problematici*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 243 ss., il quale configura «l'abrogazione quando il provvedimento, originariamente legittimo, a causa di un mutamento delle circostanze di fatto, diventi illegittimo in via successiva [...] (abrogazione per illegittimità sopravvenuta)». Per una nostra personale teoria in ordine all'origine dell'utilizzo della

Anche sul piano dell'interesse pubblico funzionale perseguito, gli atti di riesame si differenziano dalla potestà generale di emanare atti amministrativi in quanto si pongono «come attività secondaria e cioè di assicurazione della giustizia e della efficienza dei provvedimenti di autarchia e di autonomia»⁸⁶. Essi perseguono, infatti, un interesse pubblico, non settoriale, bensì trasversale d'ordine, funzionale alla ricomposizione dei conflitti potenzialmente insorgenti fra l'amministrazione e gli amministrati, non potendo la prima trascurare che «ogni stato anomalo dei suoi rapporti [con i secondi] rappresenta prima di tutto un contrasto con quel pubblico interesse che essa deve tutelare e soddisfare»⁸⁷. Cosicché «l'atto di autotutela deve essere giustificato dalla soddisfazione di un particolare interesse, diverso sia da quello dell'atto che ne è oggetto, sia da quello che attiene più genericamente all'amministrazione, e che ne costituisce infatti la causa propria»⁸⁸.

figura dell'«abrogazione» per indicare, sul modello francese, la cessazione non retroattiva degli effetti dell'atto, che si deve già a S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 287 ss. e a E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 249 ss., si rinvia *infra* alla nt. 184.

⁸⁶ F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 1785. A non dissimili conclusioni è giunta, significativamente, la dottrina civilistica con riguardo alla causa propria dei negozi c.d. modificativi. Si afferma, infatti, che «[l]a funzione tipologica dell'accordo modificativo consiste [...] nella modificazione del contratto a cui inerisce, il che [...] ne fa un contratto con una causa autonoma e diversa rispetto a quella del contratto su cui va ad incidere, perché dotato di una propria giustificazione economico-sociale» (A. ALAMANNI, *op. cit.*, 9) in quanto «[l]'interesse sottostante [...] risiede proprio nel mantenere una corretta e razionale funzionalità del rapporto» (*ibidem*, 8).

⁸⁷ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 1793.

⁸⁸ *Ivi*, 1793-1794. Secondo V. DOMENICHELLI, *Art. 21-quinquies*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1059 «[l]'autotutela è insieme tutela della giusta decisione e difesa del proprio operare, potere e dovere di verificare costantemente l'aderenza della scelta amministrativa all'interesse pubblico di cui l'amministrazione è artefice ed interprete, tenuta a modificare le proprie scelte quando le circostanze lo richiedano, ma anche a rimediare ai propri errori

In conclusione, riportare allo stato di problema “puro”⁸⁹ la riflessione in ordine alla distinzione fra poteri di primo e di secondo grado ha permesso di depurare la riflessione da incrostazioni di natura sovrastrutturale ed ideologica, nonché da elementi legati all’esercizio del potere nel suo svolgersi concreto, i quali non sono inidonei a definirne il carattere strutturale (e quindi non sono realmente distintivi), in quanto appartenenti alla normale (e contingente) dinamica dell’amministrazione attiva.

Un’ultima riflessione appare opportuna, a questo punto, con riguardo agli atti amministrativi di natura normativa o, comunque, generale e programmatica⁹⁰; e ciò, ancora una volta, con particolare riguardo al profilo della loro efficacia formale e del conseguente regime di modificabilità.

Sembra, a tal riguardo, potersi avanzare la tesi che, condividendo essi il medesimo contenuto materiale della legge, il rapporto fra atti successivi di eguale efficacia (a seguito dell’introduzione di un nuovo atto, ovvero di riforma-variante del precedente) si ponga in termini abrogativi (nel senso di effetto di prevalenza dell’atto posteriore incompatibile con il precedente), in virtù del riesercizio del potere primario, a

di valutazione, in una considerazione giusta del rapporto sostanziale che non può non coinvolgere anche gli interessi di coloro che sulle scelte originarie avevano confidato. Scelta discrezionale per eccellenza, dunque, che deve guardare al futuro senza scordare il passato, espressione insieme di un potere specifico dell’amministrazione che è però anche quello suo tipico».

⁸⁹ Nel senso attribuito a tale aggettivo da H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Vienna, 1934; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967.

⁹⁰ Sulla sostanziale identità di regime fra atti amministrativi normativi e atti amministrativi generali cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L’atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003, spec. 481 ss. Per l’inquadramento sistematico degli atti amministrativi generali v. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L’intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2007.

mente dell'art. 15 delle preleggi⁹¹.

⁹¹ Anche qui, non mancano indicazioni nel medesimo senso nella dottrina tradizionale. Secondo F. BENVENUTI, *Appunti*, cit., 513, gli atti normativi «svolgendo questa loro particolare efficacia materiale [...] possono essere pertanto modificati o abrogati da successivi regolamenti, anche ordinari, dei quali conservano sempre l'efficacia formale». Per R. ALESSI, *op. cit.*, 61 è «chiaro, anzitutto, che di *revoca* vera e propria di un regolamento, non possa parlarsi allorché si abbia la cessazione di efficacia della precedente norma regolamentare per il semplice fatto della sostituzione mediante una nuova norma, sia essa ancora regolamentare, ovvero di legge formale. In tal caso si ha l'esplicazione del vero e proprio fenomeno dell'*abrogazione implicita* di una norma da parte di una norma posteriore, fenomeno che, se nel campo legislativo formale ha trovato la sua sistemazione appunto nell'istituto dell'*abrogazione*, non vi è ragione perché debba esser diversamente sistemato nel campo regolamentare, giacché l'istituto anzidetto non può esser peculiare al campo legislativo formale, ma deve bensì estendersi a tutto il campo legislativo materiale. Ed è ovvio che tale istituto, riflettente la cessazione di efficacia di una norma, nulla ha di sostanzialmente comune con l'istituto della *revoca*, che riflette invece la modificazione di un rapporto mediante il ripristino della situazione giuridica antecedente all'emanazione del provvedimento dal quale è derivato – quanto meno per quel che riguarda l'aspetto attuale – il rapporto stesso. Ma lo stesso è a dirsi nel caso che la cessazione dell'efficacia del regolamento avvenga semplicemente mediante una dichiarazione di volontà dell'amministrazione, diretta appunto a tal fine. Anche qui, invero, non può parlarsi di una *revoca* vera e propria, del regolamento, nel senso da noi stabilito, per la considerazione fondamentale che la norma regolamentare – regolamentazione astratta di una potestà discrezionale spettante all'amministrazione – non dà vita a rapporti concreti tra i singoli e l'amministrazione stessa, che quest'ultima possa modificare successivamente, nel senso del ripristino della situazione antecedente, con una *revoca* vera e propria del regolamento. Anche qui, per contro, si ha semplicemente il fenomeno, ben diverso da quello che si riflette nell'istituto della *revoca*, della cessazione dell'efficacia di una norma giuridica, fenomeno che non può non esser sistemato in quell'istituto che, nel campo legislativo formale, riflette un fenomeno del tutto analogo: vale a dire l'istituto dell'*abrogazione espressa*. *Revoca* ed *abrogazione*, pertanto, sono da considerarsi come istituti sostanzialmente distinti, in quanto aventi ciascuno, oltre che un contenuto sostanzialmente diverso, anche addirittura un proprio e ben distinto campo di applicazione: campo

Ciò varrebbe, come detto, tanto con riguardo agli atti amministrativi normativi in senso stretto (i regolamenti), che possiedono un'efficacia di natura generale ed astratta, quanto con riferimento agli atti amministrativi general-programmatici, i quali, pur difettando dell'elemento dell'astrattezza (disciplinando situazioni concrete), non sono idonei a far sorgere posizioni giuridiche perfette, sia in sede di esercizio del potere, sia in fase di *reformatio* delle relative disposizioni, la quale andrebbe per questo motivo esclusa dalla nozione, qui accolta, di riesame⁹².

Del resto, anche allorché l'atto di natura programmatica (il piano urbanistico, ad esempio) abbia ricevuto una puntuale "attuazione" (con l'approvazione di un piano attuativo, la sottoscrizione di una convenzione di lottizzazione o altro accordo esecutivo, il rilascio di un titolo edilizio), la riforma dello stesso non può, a nostro avviso, essere considerata al pari di una revoca implicita dei relativi provvedimenti, bensì quale esercizio di una funzione (materialmente) normativa, idoneo a configurare l'invalidità sopravvenuta delle disposizioni con esso contrastanti (la quale, ad esempio, legittimerà il recesso da una convenzione, ovvero l'obbligo della sua rinegoziazione). Ovviamente l'amministrazione, in sede di esercizio della funzione di ri-pianificazione, sarà soggetta ad un onere motivazionale aggravato, in ordine alla dimostrazione della prevalenza e della proporzionalità degli interessi pubblici rispetto al sacrificio delle aspettative qualificate degli amministrati derivanti dai provvedimenti di attuazione⁹³.

costituito per l'abrogazione, dal complesso degli atti aventi *anche solo sostanzialmente* contenuto *normativo*; campo, invece, costituito, per la revoca, dal complesso dei veri e propri *provvedimenti* amministrativi (od atti amministrativi in senso anche sostanziale)» (enfasi dell'A.).

⁹² Nel senso della natura materialmente normativa degli atti amministrativi generali cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Milano, 1996, 256 ss.

⁹³ In applicazione dei normali principi che informano l'esercizio della discrezionalità. Del resto, il sindacato (costituzionale) in ordine al rispetto del principio di ragionevolezza (nella specie

Si è posta, altresì, in dottrina e in giurisprudenza la questione delle possibili forme di estrinsecazione (e del relativo regime giuridico) della *potestas variandi* dell'amministrazione con riguardo agli atti generali di programmazione; in particolare se, e con quali effetti, accanto all'adozione di un nuovo atto generale (abrogazione implicita) e alla riforma del precedente (variante), possa trovare spazio anche la revoca dell'atto generale vigente.

La soluzione proposta dalla dottrina, che ammette tale possibilità (nella forma della revoca della delibera di approvazione del relativo atto), ravvisandovi l'esercizio di un potere *ex art. 21-quinquies* avente quale effetto il ripristino dell'atto precedentemente abrogato dall'atto revocando, seppur esatta nelle conclusioni, non appare convincente nella sua qualificazione giuridica⁹⁴.

A nostro avviso, l'effetto ripristinatorio conseguente alla revoca dell'atto di adozione (che non si nega verificarsi) andrebbe, infatti, più correttamente qualificato come "reviviscenza" della disciplina normativa precedente a seguito dell'abrogazione espressa dell'atto abrogante: in altri termini, si tratterebbe di un riesercizio del potere pianificatorio (del quale dovrebbe pertanto seguire le regole di validità), avente quale contenuto non già l'introduzione di una nuova disciplina, bensì l'eliminazione di quella vigente, da cui deve necessariamente ricavarsi la volontà (positiva) dell'autore di ripristinare l'atto precedente.

della prevedibilità, razionalità e proporzionalità) non è estraneo all'esercizio della funzione (formalmente) normativa, qualora incida sul legittimo affidamento dei privati, anche laddove quest'ultimo sia basato su convenzioni e contratti. Su questi profili cfr. gli interventi di D. DE PRETIS e A. TRAVI in M. MASSA (a cura di), *La Corte costituzionale e l'economia (atti del ciclo di incontri tra giudici costituzionali, economisti e giuristi)*, Milano, 2018, 152 ss.

⁹⁴ Il riferimento è, in particolare, a G. PORTALURI, *La revoca degli strumenti urbanistici*, in *Riv. giur. edil.*, 4, 2014, 190 ss. L'A., peraltro, giunge a qualificare anche l'introduzione di un nuovo piano, ovvero di una sua variante, come esercizio di un potere di revoca implicita.

Si tratta di un fenomeno conosciuto anche con riguardo all'esercizio della funzione legislativa formale, in particolare nelle materie (come quella elettorale), in cui vige un principio generale (condiviso, ad esempio, dalla pianificazione urbanistica) di continuità della regolamentazione⁹⁵. Il meccanismo giuridico consiste, a ben vedere, in un'operazione interpretativa della volontà oggettiva del legislatore (il quale, per così dire, non può volere vuoti normativi), senz'altro estendibile agli atti amministrativi con cui condividono la materia⁹⁶.

Alla luce delle argomentazioni precedentemente svolte possono ora trarsi alcune riflessioni conclusive.

L'adesione, qui sostenuta, alla tesi dell'autonomia dei poteri di riesame rispetto alle potestà di primo grado ha come conseguente e immediata ricaduta l'affermazione della necessaria tipicità del potere di riforma. Il che significa, in altri termini, che non esiste – o meglio: non può essere adottato validamente – un atto di modifica che non sia espressamente previsto da una norma di legge.

A sostegno di tale conclusione militano anche ragioni sistematiche di tutta evidenza. È, infatti, difficilmente giustificabile dal punto di vista della coerenza ordinamentale un potere generale di riforma, fondato sulla mera attribuzione di un potere di primo grado e potenzialmente idoneo ad incidere sui rapporti anche in misura maggiore rispetto alle ipotesi di ritiro, totalmente svincolato dai limiti, sempre più stringenti, di cui il legislatore circonda queste ultime.

Ne consegue che, una volta esclusa la possibilità di fondare il potere di riforma sulla norma attributiva della potestà primaria, occorre verificare se esso possa essere altrimenti giustificato, rinvenendo in altro luogo la relativa norma di conferimento,

⁹⁵ Sul fenomeno della reviviscenza legislativa si veda l'ottimo e recente lavoro di N. CANZIAN, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino, 2017, *passim*, ma spec. 65 ss. sul tema dell'abrogazione espressa di norma abrogante come volontà ripristinatrice del legislatore.

⁹⁶ Sull'influenza della materia sull'interpretazione si è già detto nella nt. 72.

ovvero se si debba attribuire al silenzio del legislatore un significato maggiormente pregnante, teso ad escludere l'esistenza del potere in discorso⁹⁷.

Tale operazione costituirà l'oggetto precipuo dei paragrafi che seguono.

2.1. (Segue.) *Sulla conseguente necessità di distinguere tra «riforma-riesercizio» e «riforma-riesame». Contestuale riscontro dell'atipicità del potere di «riforma-riesame» e sua problematica ammissibilità alla luce del principio di legalità.*

Nel paragrafo che precede si è tentato di dimostrare che la possibilità di modificare un provvedimento amministrativo già emanato non può in alcun modo considerarsi implicita nel conferimento della relativa potestà di primo grado, in virtù dell'autonomia dei due poteri, dalla quale consegue l'esigenza, stante il principio di legalità, che ogni episodio di riesame trovi un proprio espresso fondamento nel diritto positivo.

Ciò non esclude, tuttavia, che il legislatore, in taluni casi, nel disciplinare l'esercizio della funzione primaria, attribuisca contestualmente e per esplicito all'autorità competente anche il potere di modificare le proprie determinazioni, fornendo in tal modo alla riforma una sua tipicità, pur al di fuori di un procedimento di riesame in senso stretto.

Andrebbero, così, identificate due distinte situazioni.

La prima è, appunto, l'ipotesi, da ultimo richiamata, in cui è la stessa legge attributiva della funzione di primo grado a dotare l'amministrazione dell'ulteriore potere

⁹⁷ Va da sé che, qualora si accogliesse la tesi che vede il potere di riesame come riesercizio inesauribile del potere di primo grado, non si pongono questioni in ordine al fondamento legislativo della riforma.

di riformare gli atti emanati, al fine di garantire il costante adeguamento delle statuizioni provvedimentali all'interesse pubblico primario⁹⁸. In questo caso, la norma primaria conferisce, dunque, “due poteri in uno”: quello costitutivo e conformativo del

⁹⁸ È il caso, ad esempio, del potere autorizzatorio nelle materie soggette al principio di precauzione, come quella ambientale o della salute, ove la norma attributiva affianca al contenuto tipico di tale tipologia provvedimentale (costituito dalla rimozione di un limite legale all'esercizio di un'attività e, insieme, dalla sottoposizione di quest'ultima ad una serie di standard, vincoli e limiti) un potere di riesame e modifica *in itinere* della relativa autorizzazione. In tali situazioni, come posto in luce dai commentatori, «laddove sono in gioco interessi sensibili – come quelli implicati dal principio di precauzione – o per loro natura variabili, si instaurano fra privati e amministrazione rapporti nei quali è connaturata la modificabilità, rapporti temporanei, suscettibili di aggiornamento e riesame a fronte dell'evoluzione delle conoscenze tecniche. Si tratta di rapporti costruiti progressivamente, frutto di procedimenti in permanente formazione da parte di un'amministrazione “riflessiva” in quanto obbligata a rinnovare e riesaminare continuamente le proprie determinazioni. Riguardo a questi rapporti – instabili *ab origine* – l'atto di riesame non esprime propriamente quell'esercizio di potestà autonoma e generale come può assumersi con riguardo ai procedimenti di revoca o annullamento d'ufficio, ma è effettivamente pura estrinsecazione della stessa potestà dell'amministrazione posta alla base dell'atto costitutivo del rapporto» (V. DOMENICHELLI, *op. cit.*, 1060). Paradigmatico in tal senso è l'art. 29-*octies* del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente), introdotto dal D.lgs. 4 marzo 2014, n. 46 e rubricato “Rinnovo e riesame”, il quale dispone che «l'autorità competente riesamina periodicamente l'autorizzazione integrata ambientale, confermando o aggiornando le relative condizioni»; quest'ultima disposizione, secondo V. PAMPANIN, *Autorizzazione integrata e regolazione ambientale*, Roma, 2014, 176, introduce «una figura che si direbbe assimilabile a quella dello *ius variandi* cui l'amministrazione può sempre far ricorso in presenza delle specifiche condizioni previste dalla legge e che si può manifestare secondo le modalità della riforma sostitutiva e/o aggiuntiva, attraverso cui, cioè, parte del contenuto del provvedimento oggetto dell'intervento della pubblica amministrazione viene modificato sostituendo o aggiungendo uno o più elementi». Più in generale, tale modulo di rivedibilità, tipico della c.d. amministrazione del rischio, è stata oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Fra i contributi più rilevanti in materia si vedano A. ARDITO, *Revoca e nuovi modelli di rivedibilità*, Bari, 2008, 133 ss.; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, spec. 167

rapporto (ad iniziativa officiosa o ad istanza di parte) e quello di gestione-regolazione di quest'ultimo (ad iniziativa officiosa, ma talora addirittura doverosa), entrambi espressione di una medesima funzione, che è stata per ciò definita di carattere c.d. condizionale⁹⁹.

ss.; ID., *L'amministrazione del rischio*, in AA. VV. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, spec. 155 ss.; P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013, spec. 241 ss.; nonché, con riferimento al riesame delle autorizzazioni all'immissione in commercio di farmaci, E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, 2002, 217, secondo il quale: «[i]l procedimento di modifica dell'autorizzazione concessa a seguito della procedura [...] di autorizzazione si conclude con il rigetto della domanda o con la riforma del provvedimento. Quest'ultima non deve essere considerata l'esito di un procedimento di secondo grado, ma un atto modificativo del rapporto amministrativo costituito dal procedimento di autorizzazione». Il tema è stato altresì oggetto di una relazione tenuta dal sottoscritto, con M. SILVESTRI, al Convegno Aipda di Bergamo del 5-6 ottobre 2017, dal titolo *Decisioni amministrative e "ignoto" scientifico-tecnologico: il riesame delle autorizzazioni nei settori del rischio*, reperibile sul sito dell'Associazione e a cui, se consentito, si rinvia. In giurisprudenza, esclude la riconducibilità del riesame dell'autorizzazione integrata ambientale all'ambito dell'autotutela T.A.R. Veneto, Sez. III, 8 novembre 2016, n. 1243, ove si legge che «l'atto impugnato [di riesame dell'A.I.A.] non è configurabile in alcun modo come revoca dell'autorizzazione, tanto è vero che fissa i nuovi parametri da rispettare in considerazione delle problematiche evidenziate in corso di procedimento e quindi postula la prosecuzione dell'attività. Questo vale a confutare anche tutte le ulteriori contestazioni che prendono spunto da tale errata "riqualificazione" dell'atto provinciale».

⁹⁹ Le funzioni amministrative condizionali si caratterizzano per l'attribuzione da parte della legge del potere di costituire e, insieme, del dovere di conformare (dettare regole di condotta) e regolare nel tempo (ri-definire il contenuto condizionante) il rapporto giuridico amministrativo, in ragione del miglior perseguimento dell'interesse pubblico causale. Tale fenomeno è stato ricostruito, giuridicamente, nei termini di una clausola prescrittivo-condizionale a cui sono soggetti *ex lege* i provvedimenti in questione, la quale, lungi dal rappresentare, in senso tradizionale, un elemento accidentale dell'atto (quale condizione di efficacia), rappresenta un contenuto necessario (se non implicito) del potere (di cui è presupposto di valido esercizio), vincolato nell'*an*, anche se non nel *quid* (cfr. E.

Denominiamo questa prima situazione come un fenomeno di “riforma-riesercizio”, in quanto essa si sostanzia, come si argomenterà, in un rinnovato esercizio del potere di primo grado¹⁰⁰.

La seconda è, invece, l'ipotesi, già ampiamente considerata nel precedente paragrafo, in cui la modifica del provvedimento, in quanto non rientrante nello spettro di legittimazione della norma primaria, rappresenta l'esercizio di una potestà di carattere generale di “secondo grado”, autonoma rispetto al potere primario.

FREDIANI, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 2017, 485 ss.; ID., *La clausola condizionale*, cit., 81 ss.). Con riguardo al contenuto della prescrizione, infatti, è consentita una «graduazione [...] della misura conformativa alle peculiarità della fattispecie concreta volta per volta considerata. In questo caso, sia pure entro parametri ben precisi che lo stesso legislatore identifica con un certo grado di chiarezza, esiste invece uno spazio di valutazione rimesso all'amministrazione decidente circa l'adattamento della clausola da apporre al provvedimento allo specifico contesto fattuale cui si riferisce, al fine di mitigare l'impatto ambientale dell'attività così assentita» (ID., *Decisione condizionale*, cit., 490). «La clausola condizionale per tale motivo assume i caratteri di uno strumento di costante e continua correzione non più soltanto in relazione al comportamento del privato, ma anche con riguardo ad un determinato assetto di interessi parimenti sensibili, rispetto al quale è necessario predisporre nuove e diverse forme di equilibrio. [...] Al mutare [della situazione di fatto] appare necessario predisporre un nuovo punto di equilibrio tra interessi nuovamente confliggenti, rispetto al quale la clausola condizionale costituisce uno strumento privilegiato per il fatto di garantire in chiave di adattività un rapido adeguamento dell'assetto degli interessi alla situazione fattuale. In altri termini, le misure prescrittive che conferiscono concretezza al modello condizionale rappresentano in chiave metodologica l'espressione di regole derivanti da un'opzione decisionale idonea ad integrare non una soluzione definitiva, ma una “ipotesi di lavoro” costantemente esposta a percorsi di adattamento» (*ivi*, 524).

¹⁰⁰ In senso analogo, parla di «riedizione» del potere originario, con riferimento alla modifica del provvedimento di V.I.A. (art. 28, co. 7 del codice dell'ambiente) e al riesame dell'A.I.A. (art. 29-*octies* del medesimo t.u.), E. FREDIANI, *La clausola condizionale*, cit., 131 ss., secondo il quale essa «sottende una nuova dimensione entro la quale appare possibile ricondurre lo stesso potere di riesame rispetto a un precedente atto abilitativo condizionale».

Definiamo, conseguentemente, questa seconda situazione come un fenomeno di “riforma-riesame”, in quanto essa costituisce, appunto, l’esito di un procedimento di riesame di un atto amministrativo già emanato.

Al fine di differenziare le due figure occorrerà verificare “caso per caso” se all’interno dello schema autoritativo del potere conferito dalla legge rientra la modificabilità delle statuizioni primarie, al fine dell’adeguamento costante delle stesse all’interesse pubblico funzionale (in tal caso, si tratterebbe di riforma-riesercizio), ovvero nulla si dica a riguardo, configurando in tal modo come patologica (vale a dire, funzionale alla risoluzione di conflitti, nell’ottica della c.d. autotutela amministrativa) la revisione del provvedimento (la quale rientrerebbe, pertanto, nella figura della riforma-riesame).

Le ipotesi tipizzate riconducibili alla categoria della riforma-riesercizio afferiscono principalmente ai settori soggetti al principio di precauzione e alle logiche prudenziali¹⁰¹, come la tutela dell’ambiente e della salute, in cui l’amministrazione pubblica è chiamata ad essere “riflessiva”, vale a dire obbligata a rinnovare e riesaminare costantemente le proprie determinazioni, in ragione della necessità di adeguamento costante (e mai definitivo) delle stesse alle nuove informazioni scientifiche e all’evoluzione delle nuove tecnologie disponibili¹⁰².

¹⁰¹ Al punto da potersi considerare alla stregua di un “precipitato procedimentale” di tale principio. In tema, cfr., fra i molti, M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell’azione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2016, II, 411 ss.; M. RENNA, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell’ambiente*, in *Jus*, 2016, 61 ss.; ID., *I principi in materia di tutela dell’ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, 2012, 23 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, 2005; G. MANFREDI, *Note sull’attuazione del principio di precauzione del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, III, 1075 ss.

¹⁰² Laddove, infatti, la relatività e contingenza degli approdi scientifici e tecnologici appare un dato ormai trasversalmente acquisito, al punto che l’incertezza – nella forma della “falsificabilità” – è divenuta elemento costitutivo del medesimo discorso scientifico (il riferimento è alla ben nota

In questa logica, è stato evidenziato come le nuove tendenze della regolazione ambientale denotino un'inversione dei termini del classico modello regolatorio *command and control*, in virtù dell'affermazione di un sistema di *control and command*, o, come è stato meglio definito, *control in the light of a better command*¹⁰³. L'amministrazione diviene, infatti, titolare di una funzione di controllo, da intendersi come monitoraggio dei contenuti conformativi delle proprie precedenti determinazioni, finalizzato ad un miglior "comando", attraverso un intervento modificativo su queste ultime¹⁰⁴.

Per completezza d'indagine, si propone di seguito una completa ricognizione delle fattispecie modificative disciplinate all'interno nel nostro ordinamento (euro-nazionale) riferibili al fenomeno della riforma-riesercizio, distinte per rispettivi settori di appartenenza.

Prendendo le mosse dal settore ambientale, sono stati rinvenuti i seguenti pro-

teoria espressa in K.R. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, Londra, 1959, trad. *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970), cambia anche il modo di agire proprio della pubblica amministrazione, quando essa operi in settori caratterizzati da un peculiare dinamismo conoscitivo. A tal proposito, la dottrina ha fatto riferimento al concetto sociologico di "riflessività", intesa come consapevolezza della natura provvisoria dei saperi offerti dalle c.d. scienze dure e della possibilità che le decisioni su di essi fondate possano essere costantemente riviste e corrette. Sul concetto di riflessività in ambito sociologico cfr. in particolare A. GIDDENS, *Modernity and Self-Identity*, Cambridge, 1992, 20 ss.; U. BECK, A. GIDDENS, S. LASH, *Reflexive Modernization*, Cambridge, 1994.

¹⁰³ Così E. FREDIANI, *La clausola condizionale*, cit., 142.

¹⁰⁴ Sottolinea, analogamente, V. PAMPANIN, *op. cit.*, 214, come «[l]a direttiva IPCC segna invero [...] un ulteriore distacco rispetto a soluzioni di regolazione ambientale precedenti, caratterizzate dalla rigidità e immutabilità delle prescrizioni, che risultavano espressione di un modello di intervento classico di *command and control*, incapace di affrontare in modo efficace le complessità di una materia per sua natura dinamica e mutevole come quella ambientale».

cedimenti ad esito modificativo: rinnovo e riesame dell'autorizzazione integrata ambientale (A.I.A.) (art. 29-*octies* del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152)¹⁰⁵; aggiornamento

¹⁰⁵ Art. 29-*octies* (“Rinnovo e riesame”): «1. L'autorità competente riesamina periodicamente l'autorizzazione integrata ambientale, confermando o aggiornando le relative condizioni. 2. Il riesame tiene conto di tutte le conclusioni sulle BAT, nuove o aggiornate, applicabili all'installazione e adottate da quando l'autorizzazione è stata concessa o da ultimo riesaminata, nonché di eventuali nuovi elementi che possano condizionare l'esercizio dell'installazione. [...] 3. Il riesame con valenza, anche in termini tariffari, di rinnovo dell'autorizzazione è disposto sull'installazione nel suo complesso: a) entro quattro anni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea delle decisioni relative alle conclusioni sulle BAT riferite all'attività principale di un'installazione; b) quando sono trascorsi 10 anni dal rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale o dall'ultimo riesame effettuato sull'intera installazione. 4. Il riesame è inoltre disposto, sull'intera installazione o su parti di essa, dall'autorità competente, anche su proposta delle amministrazioni competenti in materia ambientale, comunque quando: a) a giudizio dell'autorità competente ovvero, in caso di installazioni di competenza statale, a giudizio dell'amministrazione competente in materia di qualità della specifica matrice ambientale interessata, l'inquinamento provocato dall'installazione è tale da rendere necessaria la revisione dei valori limite di emissione fissati nell'autorizzazione o l'inserimento in quest'ultima di nuovi valori limite, in particolare quando è accertato che le prescrizioni stabilite nell'autorizzazione non garantiscono il conseguimento degli obiettivi di qualità ambientale stabiliti dagli strumenti di pianificazione e programmazione di settore; b) le migliori tecniche disponibili hanno subito modifiche sostanziali, che consentono una notevole riduzione delle emissioni; c) a giudizio di una amministrazione competente in materia di igiene e sicurezza del lavoro, ovvero in materia di sicurezza o di tutela dal rischio di incidente rilevante, la sicurezza di esercizio del processo o dell'attività richiede l'impiego di altre tecniche; d) sviluppi delle norme di qualità ambientali o nuove disposizioni legislative comunitarie, nazionali o regionali lo esigono; e) una verifica di cui all'articolo 29-*sexies*, comma 4-*bis*, lettera b), ha dato esito negativo senza evidenziare violazioni delle prescrizioni autorizzative, indicando conseguentemente la necessità di aggiornare l'autorizzazione per garantire che, in condizioni di esercizio normali, le emissioni corrispondano ai “livelli di emissione associati alle migliori tecniche disponibili.” [...] 6. Entro quattro anni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Unione europea delle decisioni sulle conclusioni sulle BAT riferite all'attività principale

dell'A.I.A. per modifica dell'impianto (art. 29-*nonies* del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152)¹⁰⁶;

di un'installazione, l'autorità competente verifica che: a) tutte le condizioni di autorizzazione per l'installazione interessata siano riesaminate e, se necessario, aggiornate per assicurare il rispetto del presente decreto in particolare, se applicabile, dell'articolo 29-*sexies*, commi 3, 4 e 4-*bis*; b) l'installazione sia conforme a tali condizioni di autorizzazione. 7. Il ritardo nella presentazione della istanza di riesame, nel caso disciplinato al comma 3, lettera a), non può in alcun modo essere tenuto in conto per dilazionare i tempi fissati per l'adeguamento dell'esercizio delle installazioni alle condizioni dell'autorizzazione. [...] 10. Il procedimento di riesame è condotto con le modalità di cui agli articoli 29-*ter*, comma 4, e 29-*quater*. In alternativa alle modalità di cui all'articolo 29-*quater*, comma 3, la partecipazione del pubblico alle decisioni può essere assicurata attraverso la pubblicazione nel sito web istituzionale dell'autorità competente. 11. Fino alla pronuncia dell'autorità competente in merito al riesame, il gestore continua l'attività sulla base dell'autorizzazione in suo possesso».

¹⁰⁶ Art. 29-*nonies* ("Modifica degli impianti o variazione del gestore"): «1. Il gestore comunica all'autorità competente le modifiche progettate dell'impianto, come definite dall'articolo 5, comma 1, lettera l). L'autorità competente, ove lo ritenga necessario, aggiorna l'autorizzazione integrata ambientale o le relative condizioni, ovvero, se rileva che le modifiche progettate sono sostanziali ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera l-*bis*), ne dà notizia al gestore entro sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione ai fini degli adempimenti di cui al comma 2 del presente articolo. Decorso tale termine, il gestore può procedere alla realizzazione delle modifiche comunicate. 2. Nel caso in cui le modifiche progettate, ad avviso del gestore o a seguito della comunicazione di cui al comma 1, risultino sostanziali, il gestore invia all'autorità competente una nuova domanda di autorizzazione corredata da una relazione contenente un aggiornamento delle informazioni di cui all'articolo 29-*ter*, commi 1 e 2. Si applica quanto previsto dagli articoli 29-*ter* e 29-*quater* in quanto compatibile. 3. Il gestore, esclusi i casi disciplinati ai commi 1 e 2, informa l'autorità competente e l'autorità di controllo di cui all'articolo 29-*decies*, comma 3, in merito ad ogni nuova istanza presentata per l'installazione ai sensi della normativa in materia di prevenzione dai rischi di incidente rilevante, ai sensi della normativa in materia di valutazione di impatto ambientale o ai sensi della normativa in materia urbanistica. La comunicazione, da effettuare prima di realizzare gli interventi, specifica gli elementi in base ai quali il gestore ritiene che gli interventi previsti non comportino né effetti sull'ambiente, né contrasto con le prescrizioni esplicitamente già fissate nell'autorizzazione integrata ambientale. 4. Nel caso in cui intervengano variazioni nella titolarità della gestione dell'impianto, il vecchio gestore e il nuovo

aggiornamento dell'autorizzazione unica ambientale (A.U.A.) (art. 6 del D.p.r. 13 marzo 2013, n. 59)¹⁰⁷; modifiche all'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra (art. 15, D.lgs. 13 marzo 2013, n. 30)¹⁰⁸; modifiche alla valutazione di impatto ambientale (V.I.A.) a seguito di monitoraggio (art. 28, co. 7 del D.lgs. n. 152/2006, modificato dall'art. 17 del D.lgs. 104/2017)¹⁰⁹; modifica dell'autorizzazione unica per gli impianti

gestore ne danno comunicazione entro trenta giorni all'autorità competente, anche nelle forme dell'autocertificazione ai fini della volturazione dell'autorizzazione integrata ambientale».

¹⁰⁷ Art. 6 (“Modifiche”): «1. Il gestore che intende effettuare una modifica dell'attività o dell'impianto ne dà comunicazione all'autorità competente e, salvo quanto previsto dal comma 3, nel caso in cui quest'ultima non si esprima entro sessanta giorni dalla comunicazione, può procedere all'esecuzione della modifica. L'autorità competente provvede, ove necessario, ad aggiornare l'autorizzazione in atto e tale aggiornamento non incide sulla durata dell'autorizzazione. 2. Il gestore che intende effettuare una modifica sostanziale presenta una domanda di autorizzazione ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 4. 3. L'autorità competente, se ritiene che la modifica comunicata ai sensi del comma 1 è una modifica sostanziale, nei trenta giorni successivi alla comunicazione medesima, ordina al gestore di presentare una domanda di autorizzazione ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 4 e la modifica comunicata non può essere eseguita sino al rilascio della nuova autorizzazione. 4. Le Regioni e le Province Autonome possono, nel rispetto delle norme di settore vigenti, definire ulteriori criteri per la qualificazione delle modifiche sostanziali e indicare modifiche non sostanziali per le quali non vi è l'obbligo di effettuare la comunicazione di cui al comma 1».

¹⁰⁸ Art. 15 (“Rilascio, condizioni e contenuto dell'autorizzazione ad emettere gas ad effetto serra”): «1. Il Comitato verifica la completezza e la correttezza della domanda di autorizzazione e rilascia l'autorizzazione ad emettere gas ad effetto serra ove abbia accertato che il gestore è in grado di monitorare e comunicare le emissioni dell'impianto a cui l'autorizzazione si riferisce. Il predetto Comitato riesamina, almeno ogni cinque anni, l'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra e apporta le modifiche opportune».

¹⁰⁹ Art. 28 (“Monitoraggio”): «7. Nei casi in cui, al verificarsi delle fattispecie di cui al comma 6, emerga l'esigenza di modificare il provvedimento di VIA o di stabilire condizioni ambientali ulteriori rispetto a quelle del provvedimento originario, l'autorità competente, ai fini della riedizione

di smaltimento e recupero di rifiuti (art. 208, co. 12, del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152)¹¹⁰.

Si ritrovano, invece, le seguenti procedure modificative all'interno del settore agroalimentare: modifica dell'autorizzazione all'emissione nell'ambiente di alimenti geneticamente modificati (OGM) nel caso di nuove conoscenze (art. 11, d.lgs. 8 luglio 2003, n. 224; art. 1, Direttiva CE 412/2015)¹¹¹; rinnovo e modifica dell'autorizzazione

del procedimento di VIA, dispone l'aggiornamento dello studio di impatto ambientale e la nuova pubblicazione dello stesso, assegnando al proponente un termine non superiore a novanta giorni.

¹¹⁰ Art. 208 (“Autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti”): «12. Le prescrizioni dell'autorizzazione possono essere modificate, prima del termine di scadenza e dopo almeno cinque anni dal rilascio, nel caso di condizioni di criticità ambientale, tenendo conto dell'evoluzione delle migliori tecnologie disponibili e nel rispetto delle garanzie procedurali di cui alla legge n. 241 del 1990»

¹¹¹ Art. 11 (“Modifiche e nuove informazioni sulle notifiche”): «1. Il notificante, prima di adottare qualsiasi modifica dell'emissione deliberata di un OGM già autorizzata oppure nel caso di una variazione non intenzionale della stessa, con possibili conseguenze sui rischi per la salute umana, animale e per l'ambiente, ovvero nel caso in cui si rendono disponibili nuove informazioni su detti rischi mentre è in corso l'esame della notifica o dopo che sia stata rilasciata l'autorizzazione, provvede immediatamente a: a) effettuare una nuova valutazione del rischio, in conformità ai principi indicati nell'allegato II, basata sui nuovi od ulteriori elementi acquisiti; b) riesaminare le misure specificate nella notifica, ovvero, nel caso sia già stata rilasciata l'autorizzazione all'emissione deliberata, quelle eventualmente specificate in quest'ultima al fine di adeguarla alle nuove esigenze; c) adottare comunque le misure di carattere urgente necessarie per la tutela della salute umana, animale e dell'ambiente; d) informare l'autorità nazionale competente e le regioni e province autonome interessate mediante apposita comunicazione che contempra le nuove informazioni e le valutazioni di cui ai punti a) e b), nonché le eventuali misure adottate di cui al punto c); la comunicazione deve essere inviata prima di adottare qualsiasi modifica di carattere non urgente o non appena la variazione non intenzionale sia nota o le nuove informazioni siano disponibili. 2. Se l'autorità nazionale competente viene a conoscenza, direttamente o tramite i Ministeri di cui all'articolo 2 o da altra fonte, di nuove informazioni ritenute rilevanti ai fini dell'esistenza di nuovi o maggiori rischi per la salute umana, animale e per l'ambiente o delle circostanze di cui al comma 1, le valuta, avvalendosi della

all'immissione in commercio di OGM (art. 20, d.lgs. 8 luglio 2003, n. 224)¹¹²; riesame

Commissione di cui all'articolo 6, le comunica alle regioni e alle province autonome interessate, le rende accessibili al pubblico e impone al notificante, ove necessario, di modificare le modalità dell'emissione deliberata, di sospenderla o di interromperla definitivamente, informandone il pubblico».

¹¹² Art. 20 ("Rinnovo dell'autorizzazione"): «1. In deroga agli articoli 16, 17 e 18, si applica la procedura di rinnovo di cui al presente articolo: a) alle autorizzazioni rilasciate a norma del Titolo III; b) alle autorizzazioni all'immissione sul mercato di OGM rilasciate prima dell'entrata in vigore del presente decreto. 2. Al più tardi nove mesi prima della scadenza dell'autorizzazione di cui al comma 1, il notificante presenta all'autorità nazionale competente una notifica che contiene: a) una copia dell'autorizzazione all'immissione sul mercato dell'OGM di cui si chiede il rinnovo; b) una relazione sui risultati del monitoraggio effettuato a norma dell'articolo 22 ovvero, per le autorizzazioni di cui al comma 1, lettera b), ogni informazione relativa al monitoraggio eventualmente effettuato; c) qualsiasi altra nuova informazione resasi disponibile concernente i rischi per la salute umana, animale e per l'ambiente connessi al prodotto e, se del caso, una proposta recante modifica o integrazione delle condizioni dell'autorizzazione originaria, tra cui quelle attinenti al futuro monitoraggio e alla durata di validità dell'autorizzazione. 3. Ricevuta la notifica di cui al comma 2 ed effettuata l'istruttoria preliminare di cui all'articolo 5, comma 2, lettera a), l'autorità nazionale competente la sottopone, non appena possibile e, comunque, non oltre quindici giorni dal ricevimento della stessa alla Commissione di cui all'articolo 6. 4. Entro i sessanta giorni successivi alla data di ricevimento della notifica, la Commissione di cui all'articolo 6 elabora e trasmette all'autorità nazionale competente una proposta di relazione di valutazione che, alla luce dei dati del monitoraggio effettuato o delle ulteriori informazioni disponibili, nonché delle valutazioni effettuate, per i settori di propria competenza, dai Ministeri dell'ambiente e della tutela del territorio, della salute, delle politiche agricole e forestali e dalle regioni e province autonome, indichi la possibilità o meno di concedere il rinnovo dell'autorizzazione e le eventuali modifiche o integrazioni alle condizioni in essa previste. 5. Ricevuta la proposta di cui al comma 4, l'autorità nazionale competente, sentiti, per quanto di rispettiva competenza, i Ministeri della salute e delle politiche agricole e forestali, elabora la relazione di valutazione e la trasmette immediatamente alla Commissione europea ed al notificante. 6. In assenza di obiezioni motivate presentate da parte delle autorità competenti degli altri Stati membri e della Commissione europea entro sessanta giorni dalla trasmissione della

del riconoscimento dell'organismo pagatore (art. 2, Regolamento CE n. 885/06)¹¹³.

relazione di cui al comma 5, l'autorità nazionale competente trasmette per iscritto al notificante la decisione finale e informa le autorità competenti degli altri Stati membri, la Commissione europea e le regioni e province autonome entro i successivi trenta giorni. 7. Nel caso in cui l'autorità competente di un altro Stato membro o la Commissione europea chiedono ulteriori informazioni, formulano osservazioni o presentano obiezioni motivate, entro sessanta giorni dalla data di trasmissione della relazione di cui al comma 5, e non viene raggiunto un accordo, entro settantacinque giorni dalla data di invio di detta relazione, l'autorità nazionale competente provvede sulla notifica in conformità alla decisione adottata in sede comunitaria a norma dell'articolo 18 della direttiva 2001/18/CE. Nel caso in cui si raggiunge l'accordo, entro il termine di settantacinque giorni, l'autorità nazionale competente provvede sulla notifica in conformità all'accordo raggiunto. L'autorità nazionale competente trasmette per iscritto al notificante la decisione definitiva e ne informa le autorità competenti degli altri Stati membri e la Commissione europea nei successivi trenta giorni. 8. Ogni rinnovo dell'autorizzazione all'immissione sul mercato non deve superare i dieci anni e può essere, se del caso, limitato o prorogato per motivi specifici. 9. Dopo aver presentato una notifica per il rinnovo di un'autorizzazione, a norma del comma 2, il notificante può continuare a immettere sul mercato l'OGM, alle condizioni indicate nell'autorizzazione per la quale ha chiesto il rinnovo, fino alla comunicazione della autorità nazionale competente di cui ai commi 6 e 7. 10. Per il rinnovo di una autorizzazione sulla base della relazione di valutazione elaborata da un altro Stato membro, entro sessanta giorni dal ricevimento della medesima, l'autorità nazionale competente provvede, sentita la Commissione di cui all'articolo 6, a trasmettere alla Commissione europea le proprie osservazioni, compresa l'eventuale richiesta di ulteriori informazioni ovvero, se del caso, una obiezione motivata al rinnovo dell'autorizzazione relativa all'immissione sul mercato dell'OGM».

¹¹³ Art. 2 (“Riesame del riconoscimento”): «1. L'autorità competente esercita una costante supervisione sugli organismi pagatori che ricadono sotto la sua responsabilità, in particolare sulla base delle certificazioni e delle relazioni redatte dagli organismi di certificazione di cui all'articolo 5, paragrafi 3 e 4, e tiene sotto sorveglianza le eventuali carenze constatate. Ogni tre anni, l'autorità competente informa per iscritto la Commissione dei risultati di tale supervisione, indicando se gli organismi pagatori soddisfano ancora i criteri per il riconoscimento».

Infine, anche nel settore farmaceutico si sono riscontrati numerosi procedimenti riconducibili alla categoria in discorso: modifica dell'autorizzazione all'immissione in commercio (A.I.C.) di farmaci a seguito di procedura "centralizzata" da parte dell'*European Medicines Agency* (EMA) (Regolamento CE n. 1234/2008, spec. Capo III; art. 14 del Regolamento CE 726/2004)¹¹⁴; modifica dell'A.I.C. di farmaci a seguito di procedura "decentrata" da parte dell'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) (artt. 36 della Direttiva CE 2001/83 e ss.mm. e art. 47 del d.lgs. n. 219/2006)¹¹⁵; riesame dell'approvazione alla fabbricazione di sostanze attive per prodotti fitosanitari (art. 21, Regolamento CE 1107/09; art. 13, D.p.r. 28 febbraio 2012, n. 55)¹¹⁶.

¹¹⁴ La disciplina in materia di modifica dell'A.I.C. a seguito di procedura c.d. centralizzata appare particolarmente complessa e analitica, al punto che non risulta opportuno riportare in nota le relative disposizioni, per le quali si rinvia ai riferimenti normativi riportati in corpo.

¹¹⁵ Art. 47 ("Variazioni delle autorizzazioni di mutuo riconoscimento e decentrate"): «1. Il titolare di un'AIC, rilasciata secondo le disposizioni del presente capo, che chiede di apportare modifiche all'autorizzazione stessa, deve sottoporre la domanda anche agli altri Stati membri che hanno autorizzato il medicinale. Anche in questo caso, se sono espletate le procedure previste dagli articoli 32, 33 e 34 della direttiva 2001/83/CE, l'AIFA adotta le proprie determinazioni conformandosi alla decisione della Commissione europea, entro trenta giorni dalla notifica della stessa. 2. Se l'AIFA ritiene necessario, per la tutela della salute pubblica, modificare un'AIC rilasciata secondo le disposizioni del presente capo, oppure sospendere o revocare l'autorizzazione, informa immediatamente di tale valutazione l'EMEA, ai fini dell'applicazione delle procedure di cui agli articoli 32, 33 e 34 della direttiva 2001/83/CE».

¹¹⁶ Art. 13 ("Riesame e ritiro dell'autorizzazione") «1. Le autorizzazioni dei prodotti fitosanitari sono riesaminate in qualunque momento, qualora vi sia motivo di ritenere che uno dei requisiti previsti dall'articolo 29 del regolamento (CE) n. 1107/2009 non sia più rispettato. Le autorizzazioni possono essere riesaminate anche qualora sia compromessa la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), punto iv), e lettera b), punto i), e dell'articolo 7), paragrafi 2 e 3, della direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000. Del riesame è

Dalla ricognizione effettuata si può, in primo luogo, rilevare come gli individuati poteri di riforma-riesercizio, pur variamente denominati – ora con riferimento alla tipologia procedurale (rinnovo, riesame), ora a quella provvedimentoale (modifica, aggiornamento) – hanno ad oggetto prevalentemente atti di natura (para)autorizzatoria (autorizzazioni, riconoscimenti, approvazioni), relativamente ai quali è posto in capo alla pubblica amministrazione il potere e, talora, l'obbligo di riesame periodico, che si sostanzia nella possibilità di modificare *in itinere* le prescrizioni condizionali qualora il miglior perseguimento dello specifico interesse pubblico lo richieda¹¹⁷.

La necessità di continuo adeguamento delle autorizzazioni in materia di tutela

data informazione al titolare che può presentare osservazioni o ulteriori informazioni. 2. La Direzione, con provvedimento motivato, può sospendere l'autorizzazione per il periodo necessario al completamento dell'esame, indicando il relativo termine, ove l'utilizzazione del prodotto possa comportare rischi per la salute dell'uomo o degli animali o per l'ambiente. 3. L'autorizzazione di un prodotto fitosanitario è revocata o modificata a seconda dei casi, anche su motivata richiesta del titolare, se: a) i requisiti di cui all'articolo 29 del regolamento (CE) n. 1107/2009 non sono, o non sono più, rispettati; b) sono state fornite informazioni false o ingannevoli circa i fatti sulla cui base è stata concessa l'autorizzazione; c) non è stata rispettata una delle condizioni previste nell'autorizzazione; d) in base all'evoluzione delle conoscenze scientifiche e tecniche, i modi di utilizzazione e i quantitativi impiegati possono essere modificati; e) il titolare dell'autorizzazione non adempie agli obblighi derivanti dal regolamento (CE) n. 1107/2009. 4. La Direzione, con proprio provvedimento, dispone il ritiro dell'autorizzazione di prodotti fitosanitari, stabilendo un termine per l'eliminazione e lo smaltimento delle giacenze. 5. La Direzione dà la più ampia pubblicità ai provvedimenti di cui ai commi 1 e 3, informando immediatamente il titolare dell'autorizzazione, la regione, i competenti organi di vigilanza e le organizzazioni professionali di rivenditori e di agricoltori».

¹¹⁷ In tema, R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, 261, evidenzia «il percorso tutto “interno” del concetto di autorizzazione amministrativa, e pertanto la sua straordinaria capacità di “auto costituzione”, di adattamento strumentale, secondo dinamiche positive di flessibilità funzionale, a fatti, eventi e bisogni diversi rispetto a quelli per i quali fu originariamente pensato».

dell'ambiente e della salute discende, ovviamente, anche dal contenuto misto di tali provvedimenti: queste autorizzazioni si compongono infatti di una parte ampliativa (effetto legale o tipico), nella misura in cui rimuovono un limite all'esercizio dell'attività economica, e di una parte onerosa (effetto precettivo)¹¹⁸, laddove l'attività autorizzata viene sottoposta al rispetto di una serie di standard, vincoli e limiti da parte della pubblica amministrazione¹¹⁹. Per questa seconda caratteristica, la dottrina ha evi-

¹¹⁸ Le nozioni di “effetto legale” ed “effetto precettivo” sono state sviluppate in seno alla teoria generale del diritto. La prima si riferisce agli effetti che discendono direttamente dalla legge allorché il provvedimento integra lo schema di validità astratto previsto dalla norma attributiva; la seconda indica gli effetti determinati, in conformità alla norma regolatrice del potere, dal provvedimento stesso, i cui contenuti sono discrezionalmente individuati dall'amministrazione. In virtù dell'attitudine precettiva del provvedimento amministrativo se ne è segnalata l'idoneità a rappresentare una vera e propria “fonte del diritto nel caso concreto”. Sul punto, cfr. A. CROSETTI, *Il rapporto autorità-libertà nei modelli di tutela dell'ambiente*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 385, il quale sottolinea come «[g]li atti autorizzativi e/o permissivi in funzione di tutela ambientale, applicano normalmente gli stessi canoni procedurali e presentano le stesse caratteristiche dei modelli abilitativi tradizionali: sono, di norma, atti scritti, specifici, temporanei. Tali provvedimenti puntuali hanno tuttavia una peculiarità. Attraverso tali atti la pubblica amministrazione non si limita a verificare che l'attività o l'impianto sia ambientalmente compatibile e quindi a legittimarne lo svolgimento, tali atti sono idonei a stabilire un rapporto più complesso, tra soggetto pubblico e soggetto privato, costituito da *poteri conformativi, prescrittivi e anche sanzionatori* dell'attività stessa, con controlli e verifiche che si dispiegano lungo tutto il periodo in cui una determinata attività è consentita» (enfasi dell'A.).

¹¹⁹ Sottolinea, con riferimento all'A.I.A., S.A. FREGO LUPPI, *Giusto procedimento e amministrazione ambientale*, 2018, 62: «l'A.I.A. solo formalmente è un'autorizzazione che viene rilasciata sussistendone i presupposti di legge. Invero, ciò che viene chiamato A.I.A. è l'esito di un procedimento in cui campeggia un progetto che viene prima elaborato, poi spesso modificato, integrato, ridefinito alla luce di input che derivano dalle varie amministrazioni pubbliche e dai soggetti privati interessati, infine approvato con contenuti anche molto diversi da quelli originariamente definiti e spesso con

denziato la portata conformativa dell'attività economica privata, insita nelle autorizzazioni nei settori sensibili¹²⁰.

un carattere conformativo ossia con l'indicazione di numerose prescrizioni a carico del gestore e di sanzioni in caso d'inosseranza delle misure previste. [...] L'A.I.A. ha invero assunto un carattere duttile, plasmabile, "dinamico" secondo la qualificazione della Corte costituzionale [9 maggio 2013, n. 85] anche perché soggetta all'evoluzione della scienza e della tecnica».

¹²⁰ Sulla portata "conformativa" delle autorizzazioni in materia ambientale, cfr. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, 254 ss., per il quale «il potere autorizzatorio abitualmente non si esaurisce in una preliminare manifestazione di assenso o di dissenso, in funzione del riscontro di presupposti indicati dalla legge, ma evolve in vero e proprio intervento conformativo dell'attività o dell'iniziativa soggetta a benessere, tramite la discrezionale imposizione – originaria ma anche successiva – di condizioni e di limiti il cui perdurare rispetto condiziona in permanenza l'efficacia del permesso»; ma v. anche S. VERNILE, *L'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1697 ss.; A. GANDINO, S. GRASSI, *Le figure autorizzatorie volte alla tutela dell'ambiente: procedimenti e provvedimenti*, in M.P. VIPIANA (a cura di), *Il diritto all'ambiente salubre: gli strumenti di tutela*, Padova, 2005, 168 ss. Più in generale, sulla forma prescrittiva assunta dalle autorizzazioni amministrative cfr. A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 787 ss.; P. GASPARRI, *Autorizzazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, 512, il quale definisce "indicative" le autorizzazioni che precisano «nei suoi fini o nelle sue modalità, l'azione da svolgere nella fattispecie»; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2005, I, 767, secondo cui l'autorizzazione «risulta caratterizzata sovente da un effetto conformativo, nel senso che l'attività del soggetto autorizzato deve svolgersi entro i confini e seguendo le prescrizioni dettagliatamente impartite con tale provvedimento dalla p.A.». La conformativa pubblicistica delle attività economiche private trova specifica sanzione costituzionale nell'art. 41 Cost., laddove i commi secondo e terzo prevedono che «[l'iniziativa economica privata] non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» e che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

Quanto al regime giuridico, si può affermare che nei casi di riforma-riesercizio la sostituzione e/o l'aggiunta di nuovi elementi al provvedimento di primo grado rientra nella normale possibilità del rapporto, rappresentandone, pertanto, una vicenda fisiologica¹²¹. La modifica si sostanzia, così, in una modulazione e in una specificazione dello stesso potere di primo grado, costituendo un'«*estrinsecazione della stessa potestà dell'amministrazione in base alla quale è stato adottato l'atto costitutivo del rapporto*: gli interessi pubblici che si tutelano sono gli stessi, anche se con diversi segni (positivo-negativo) e con diverse intensità e/o complessità»¹²².

¹²¹ Secondo R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 683, la distinzione fra riesame fisiologico e patologico era già utilizzato in passato per identificare le ipotesi revocatorie in cui fosse non fosse dovuto un indennizzo al destinatario. Sul punto gli Autori rinviano ad R. ALESSI, *op. cit.*, 145. In senso analogo, A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013, 43 ss.

¹²² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 552 (corsivo dell'A.). Sul punto cfr. ID., *Istituzioni*, cit., 379, ove si afferma che «la modifica di clausole del rapporto concessorio per sopravvenienza di nuove norme; l'ordine di modificare impianti tecnici di stabilimenti o pubblici esercizi già autorizzati per adozione di nuove norme tecniche da parte di autorità centrali, e così via, non sono procedimenti di secondo grado, bensì dei procedimenti modificativi o estintivi di rapporti giuridici amministrativi già esistenti, costituiti da procedimenti precedenti». L'A. qualifica le descritte ipotesi come «riforma-provvedimento modificativo del rapporto» (*Diritto*, cit., 568), distinguendola dalla «riforma-riesame» (*ibidem*), in quanto la prima avrebbe ad oggetto «il rapporto giuridico costituito dal provvedimento del procedimento precedente» (*Istituzioni*, *ult. loc. cit.*), mentre la seconda «la decisione del procedimento precedente» (*ibidem*). A parere di chi scrive, seppur esatta nelle conclusioni, l'impostazione dell'A. muove da premesse non persuasive, laddove adotta quale criterio distintivo fra le due ipotesi l'oggetto del provvedimento (il rapporto da un lato, l'atto dall'altro). Una volta, infatti, acquisita al patrimonio dogmatico della disciplina la nozione di «rapporto giuridico amministrativo», la distinzione fra atto e rapporto ha perduto la sua pratica rilevanza: in entrambi i casi, infatti, la riforma comporta una modificazione del rapporto giuridico complessivo realizzata attraverso la mediazione dell'atto. Si ritiene più corretto ravvisare il carattere distintivo fra le due situazioni nel regime del relativo potere, così come disciplinato dal diritto positivo: se esso, cioè, preveda la modificabilità

Oltre, infatti, alla coincidenza dell'interesse pubblico perseguito, il provvedimento di primo grado e l'atto di riforma-riesercizio condividono, alla luce dei criteri identificativi delle posizioni di potere da noi accolti nel precedente paragrafo, la medesima efficacia formale e sostanziale, rivelando in tal modo la loro identità strutturale.

Dal punto di vista formale, infatti, la riforma dell'atto è espressione di una funzione amministrativa "a flusso continuo", analoga all'attività normativa, e di carattere inesauribile, perché in tal guisa configurata dal diritto positivo, che ammette la costante modificabilità delle statuizioni provvedimentali per mezzo del mero rinnovato esercizio del potere primario¹²³. Si tratterebbe, in altri termini, di un potere regolativo

fisiologica delle determinazioni primarie (in tal caso, si tratterebbe di *riforma-riesercizio*), ovvero se nulla dica a riguardo, configurando così come patologica la revisione del provvedimento (che rientrerebbe, pertanto, nella figura della *riforma-riesame*). Rifiuta la distinzione gianniniana A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 74 ss., il quale, premesso che «le ragioni addotte a sostegno della suddetta classificazione non sembrano esenti da considerazioni critiche in quanto appare contestabile la stessa contrapposizione esercizio di potestà generale - esercizio del medesimo potere, che la sorregge» (78), propone «una più ampia categoria di *procedimenti che incidono su rapporto, caratterizzati tutti dalla capacità di intervenire con effetti modificativi ed estintivi su atti e situazioni originati da precedenti procedimenti, a tutela del medesimo interesse allora curato*. Alcuni di questi possono essere normativamente previsti, [...] altri si giustificano, nel silenzio della legge, proprio con la necessità di *riesercitare la funzione*, che sorge dall'esigenza di provvedere nuovamente alla tutela dell'interesse pubblico già curato e quindi vanno direttamente ricollegati alla medesima norma attributiva del potere» (81) (enfasi dell'A.). A ben vedere, le conclusioni dell'A. da ultimo citato sono coerenti con l'argomento classico del riesame come espressione dell'inesauribilità del potere che, per quanto argomentato nel precedente paragrafo, si rifiutano recisamente.

¹²³ L'affermazione è condivisa da B.L. BOSCHETTI, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattive tra settori e sistemi*, Pisa, 2018, 31, secondo la quale, con riferimento alle ipotesi di funzioni condizionali, «[i]n simmetria ai concetti utilizzati per la funzione normativo-regolatoria, può parlarsi di un *continuum* amministrativo a dimensione variabile e a sua volta adattabile e, in una certa misura [...] adattiva». Suggestiva sul punto la prospettazione di A. BARONE, *L'ammini-*

esercitato attraverso provvedimenti amministrativi¹²⁴.

strazione, cit., 156, secondo il quale «[l]’autorizzazione all’esercizio di un’attività industriale potenzialmente produttrice di rischi per la salute e per l’ambiente crea un rapporto amministrativo *ab origine* instabile, in quanto temporaneo e suscettibile di aggiornamento e riesame, senza la necessità di ricorrere a procedimenti tipizzati di secondo grado, quali la revoca o l’annullamento d’ufficio. [...] [N]on già il singolo procedimento ma tutti i procedimenti di rilascio, rinnovo e riesame, non separabili tra loro in modo netto, costituiscono la forma di una funzione amministrativa che costruisce progressivamente e permanentemente i connotati del medesimo rapporto amministrativo. Ciò secondo un *continuum* che non sembra ammettere distinzioni tra procedimenti di primo e di secondo grado». Più recentemente, nello stesso senso, con riguardo al riesame della V.I.A. cfr. ID., *Dopo la V.I.A.: la sicurezza “sostenibile” nel d.lgs. n. 104/2017*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 5, 291 ss.; nonché E. FREDIANI, *La clausola condizionale*, cit., 131-132, il quale rileva una «tendenza verso il superamento, in materia ambientale, della *summa divisio* tra procedimenti di primo e di secondo grado. La configurazione della stessa Via non più tanto come mero strumento quanto piuttosto quale vero e proprio “processo” – che si avvia con il rilascio del provvedimento condizionale, prosegue con il monitoraggio, per condurre ad un eventuale riesame – contribuisce così ad avvalorare l’idea di un “*continuum* che non sembra ammettere distinzioni tra procedimenti di primo e secondo grado”. L’idea che è possibile desumere da tale argomentazione è quella di un provvedimento abilitativo che, per effetto dell’apposizione delle misure condizionali di mitigazione ambientale, viene a proiettarsi nel tempo assumendo il carattere tipico di un’autorizzazione “a struttura aperta”».

¹²⁴ Nel medesimo senso E. FREDIANI, *Decisione condizionale*, cit., 520-521, per il quale la funzione condizionale «è qualificabile anche in termini regolativi, poiché l’atto di autorizzazione, mantenendo i suoi connotati di atto abilitativo allo svolgimento di una certa attività, viene a porre delle regole di condotta che rappresentano l’espressione di una conformazione del comportamento del destinatario alla necessità di realizzare e mantenere successivamente il punto di equilibrio cristallizzato dall’autorizzazione». Cosicché, per l’A. «tale riferimento sembra riportare, in definitiva, le clausole in questione alla loro origine, recuperando il modello condizionale per come è stato delineato con riguardo alla sfera della *regulation* demandata alle autorità amministrative indipendenti. Al proposito è stato osservato come la norma di relazione attributiva di potere regolamentare ad un’autorità indipendente presenti una peculiarità rispetto al modello generale di riferimento. [...] Il ruolo dell’autorità indipendente, in tale contesto, è dunque quello di un organismo preordinato a raggiungere *ex*

Ne consegue che, in queste ipotesi, i provvedimenti di primo grado possiedono un'efficacia formale (intesa come capacità di resistenza al riesercizio del potere) “inferiore” rispetto ai normali atti amministrativi, in quanto si configurano come *naturaliter* (o, meglio, *de iure*) instabili e rivedibili per mezzo del mero riesercizio del potere, in ragione della necessità di adeguamento costante al mutare dell'interesse pubblico primario¹²⁵. La successione degli atti nel tempo, pertanto, risponde al principio di

ante e mantenere *ex post* il richiamato punto di equilibrio che coincide con la garanzia di un contraddittorio paritario tra i diversi operatori economici operanti in un determinato settore *sensible*. Pur nella diversità degli ambiti di riferimento, tale minimo comune denominatore sembra potersi ritrovare anche nel caso delle decisioni in materia ambientale con efficacia abilitativa ed impositiva di specifiche prescrizioni». Sull'esercizio di una funzione normativo-regolatoria attraverso il provvedimento amministrativo cfr. anche, in giurisprudenza, T.A.R. Lombardia (Milano), Sez. I, 27 maggio 2011, n. 787, ove si è affermato che il procedimento di emanazione dell'A.I.A. «pur essendo finalizzato all'emanazione di un provvedimento amministrativo, *ha delle peculiarità che lo avvicinano alle modalità di formazione degli atti normativi*, e (in ragione dell'atto che interessa in astratto un numero indifferenziato di soggetti che potrebbero sentirsi lesi dal suo rilascio) prevede delle forme di pubblicità legale» (enfasi aggiunta); nonché T.A.R. Abruzzo, Sez. I, 2 luglio 2013, n. 624, ove si riconosce che «le autorizzazioni in materia ambientale rientrano nelle *funzioni regolative* della p.a. in quanto volte [...] a far sì che le attività dei soggetti incidenti sul bene ambiente siano disciplinate non solo a livello legislativo ma pure in sede provvedimentale» (enfasi aggiunta). In particolare, la funzione di regolazione in discorso potrebbe ricondursi ad un'attività che è stata definita di «manutenzione in senso stretto» in quanto «volta a realizzare un nuovo intervento sulle regole [...]», la quale può consistere in un «revisione o vera e propria riforma»; così M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, 99 ss.

¹²⁵ Cfr. B.L. BOSCHETTI, *La destrutturazione*, cit., 118: «[q]uesta trasformazione è parte della più ampia trasformazione del ruolo della norma, della dinamicità e apertura dei processi di produzione normativa, della circolarità di tali processi, del loro carattere sperimentale e provvisorio (c.d. *sunset rules*). Questo diritto instabile esige risposte regolatorie *su misura*, e, al tempo stesso, adattabili, rinnovabili, rivedibili: il provvedimento condizionante deve perciò divenire anche *instabile*». Dal punto di vista della logica giuridica, secondo G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, Torino,

“novità” (e non di “revocabilità”), in quanto tutte le espressioni della funzione condividono la medesima “forma-forza”.

Cosicché l’effetto di prevalenza-sostituzione dell’atto di riforma-riesercizio rispetto al provvedimento cronologicamente precedente, lungi dal costituire un effetto para-revocatorio del potere in discorso, deve essere più propriamente qualificato nei termini di un’abrogazione (implicita) dell’atto anteriore quale effetto conseguente ad una situazione di obiettiva incompatibilità fra due espressioni di volontà provvedimentale di eguale efficacia formale (in quanto estrinsecazione del medesimo potere).

Ciò è, del resto, coerente anche con la specifica efficacia sostanziale di tali provvedimenti, i quali, a ben vedere, non sono idonei a far sorgere in capo al destinatario un diritto soggettivo perfetto alla stabilità dei relativi effetti, in virtù della loro fisiologica rivedibilità¹²⁶.

2013, 176, «[n]ell’esplicazione dell’azione amministrativa esiste una serie di situazioni giuridiche, caratterizzate da uno specifico dinamismo, connesse a stati di fatto non ancora perfezionati, in quanto in evoluzione, che corrispondono a fattispecie a formazione progressiva. In tali ipotesi, il rapporto tra soggetto e potere della pubblica amministrazione si caratterizza per effetto di una posizione giuridica potenzialmente trasformabile e mutevole. Nel sillogismo amministrativo, il dato che subisce gli effetti del dinamismo della *Tatbestand* è la premessa minore, che non è un punto fisso, quanto modificabile a seconda della palingenesi ontologica cui è soggetta. Una situazione parallela si verifica per le sentenze determinative o dispositive, in cui la variazione dello stato di fatto, ovvero della premessa minore del sillogismo, comporta la teorica possibilità di operare in senso modificativo, sulla cosa giudicata sostanziale».

¹²⁶ Sul punto, cfr. ancora R. ALESSI, *op. ult. loc. cit.*, secondo il quale, con riferimento alla revoca ma con argomenti senz’altro estendibili alla riforma, «la soluzione della questione dei rapporti tra questi diritti soggettivi e la potestà di revoca, dipende, in concreto, dal modo con cui l’esplicazione della potestà stessa si presenta, vale a dire se come *normale possibilità*, ovvero se come *anormale possibilità*: in altri termini, come *fenomeno fisiologico* del rapporto, ovvero come *fenomeno patologico*. Invero: [n]el primo caso (la revoca *normale possibilità* del rapporto), la possibilità di revoca viene ad inserirsi come strutturalmente connaturata al rapporto, venendone a costituire una fonte di precarietà, una falla per

La figura in discorso non pone particolari questioni di compatibilità con il principio di legalità, in quanto essa trova la propria legittimazione nella norma di conferimento di primo grado, che, come detto, in uno con l'attribuzione del potere primario, fonda contestualmente la possibilità del riesame modificativo delle relative determinazioni provvedimentali per la cura del medesimo interesse funzionale che costituisce la causa tipica della potestà primaria.

Un diverso discorso, invece, deve essere svolto con riguardo alla riforma-riesame, la quale, per quanto argomentato nel precedente paragrafo, non può dirsi in alcun modo espressione del potere di primo grado, bensì esercizio di una potestà generale e distinta rispetto a quest'ultimo, bisognosa di un proprio autonomo fondamento di legalità.

Come anticipato, tuttavia, la riforma intesa come esito di un procedimento di riesame sconta l'assenza di una disciplina positiva generale, nonché di una approfondita elaborazione giurisprudenziale (diversamente dagli atti di ritiro), con relative preoccupazioni in ordine al rispetto della regola costituzionale di legalità e dei suoi corollari.

A questo livello dell'analisi, pertanto, si ritiene che non si diano che due possibilità: o negare *in toto* l'esistenza di un potere di riforma, ovvero rinvenire in una interpretazione estensiva delle disposizioni ad essa congeneri, quali quelle in materia di autotutela decisoria, e segnatamente (in coerenza all'oggetto precipuo del presente elaborato) dell'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/90, la norma fondativa del potere in discorso.

Tale seconda ipotesi ricostruttiva, affiorata più volte in dottrina e ancor più

così dire, nel sistema di protezione dell'interesse del privato titolare del rapporto – ancorché la sua azione non si faccia sentire che *successivamente* al sorgere del rapporto ed in modo *eventuale* – in guisa che questo interesse potrà bensì essere considerato come *diritto soggettivo*, ma come *diritto affievolito*, non come diritto perfetto».

nella giurisprudenza amministrativa, sarà sottoposta ad attento vaglio nel successivo paragrafo, al fine di comprendere se un potere generale di riforma possa predicarsi come ricompreso nell'ambito ordinamentale di legittimazione coperto dalla norma attributiva del potere generale di revoca di cui all'art. 21-*quinqüies* della l. n. 241/90, di cui esso costituirebbe, dunque, un potere implicito «in senso improprio»¹²⁷.

2.2. *Vaglio della teoria che considera la «riforma-riesame» come rientrante nell'ambito di legittimazione coperto della norma attributiva del potere di «revoca». Rilevi critici.*

Una volta accolta la tesi dell'autonomia della riforma-riesame rispetto alla potestà di primo grado (nonché a quella, esaminata nel precedente paragrafo, di “riforma-riesercizio”, che si è ritenuta pur sempre espressione di quest'ultima) e constatata l'assenza di una sua disciplina positiva generale, prima di concludere per l'inesistenza del potere in discorso occorre, come anticipato, vagliare alcune ipotesi ricostruttive alternative.

In particolare, merita di essere considerata e sottoposta ad accurata disamina la tesi, più volte affiorata nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa, che considera la riforma-riesame come una potestà rientrante nell'ambito ordinamentale di legittimazione coperto dalla norma attributiva del potere di revoca di cui all'art. 21-*quinqüies* della l. n. 241/1990.

Nelle non numerose decisioni riscontrabili in materia di qualificazione del provvedimento di riforma, infatti, la giurisprudenza unanime riconduce, dal punto di vista generale, detta manifestazione provvedimentale all'ambito dell'autotutela amministrativa decisoria (T.A.R. Veneto, Sez. III, 27 dicembre 2011, n. 1911; T.R.G.A. Trento, Sez. unica, 8 febbraio 2018, n. 30), o, comunque, dei procedimenti di riesame

¹²⁷ Per questa definizione, cfr. N. BASSI, *op. cit.*, 417.

(parere del C.G.A.R.S., Sez. riun., 11 ottobre 2005, n. 31; ordinanza del T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. II, 16 maggio 2019, n. 890; in sede civile, è sovente richiamata Cass., Ss. Uu., 12 luglio 1966, n. 1846).

Fra queste, alcune sentenze affrontano con maggior approfondimento la questione del fondamento normativo del potere in discorso, il quale è pacificamente ricondotto, pur con differenti argomentazioni, proprio all'esercizio di un potere di revoca *ex art. 21-quinquies*.

In particolare, il T.A.R. Veneto, con sentenza della Sez. I, 12 ottobre 2006, n. 3598, chiamato a decidere della legittimità di un provvedimento della Soprintendenza (definito, peraltro, «anomalo» dallo stesso Collegio) recante la «modifica e integrazione, in via di autotutela, di precedente parere - autorizzazione», ha qualificato quest'ultimo come «revoca» del provvedimento e ne ha conseguentemente disposto l'annullamento per «falsa applicazione dell'art. 21-*quinquies* della l. 241 del 1990» (in quanto avente ad oggetto un atto ad efficacia istantanea). Ciò sulla base del (discutibile) presupposto dell'irretroattività del provvedimento di modifica (la quale avrebbe dovuto costituire, piuttosto, una conseguenza della sua natura giuridica) e della qualificazione formale ad esso attribuita da parte dell'amministrazione, la quale aveva richiamato proprio l'art. 21-*quinquies* a fondamento della propria determinazione modificativa¹²⁸.

¹²⁸ Le ragioni di tale qualificazione sono ampiamente esposte nella parte motiva della pronuncia, il che rende quest'ultima particolarmente significativa e meritevole di essere riportata per ampi stralci. In particolare, il Collegio ha affermato che «al di là della ben evidente perplessità che discende dall'utilizzazione contestuale di due termini tra loro diversi, quali sono – per l'appunto – l'«*integrazione*» e la «*modificazione*» di un atto in precedenza emanato («*integrazione*» significa infatti che al precedente atto viene aggiunta un'ulteriore e strutturalmente autonoma sua parte dispositiva o motivazionale senza con ciò determinare formali alterazioni nei confronti dell'originario contenuto dell'atto medesimo; per «*modificazione*» si intende, invece, un mutamento del contenuto originario

Diversamente, con riguardo a una differente fattispecie, il Consiglio di Stato, nella successiva decisione della Sez. V, 19 dicembre 2009, n. 8889, ha precisato come «la qualificazione dell'atto va desunta dal suo contenuto concreto e non dalla sua denominazione formale, che, quand'anche vi fosse stata da parte dell'amministrazione emanante, non è idonea a condizionare il potere qualificatorio spettante al giudice»; in particolare la «sua natura giuridica va desunta, secondo la regola generale valevole in ogni caso, dal suo contenuto intrinseco e, in particolare, dalle ragioni poste a base del dispositivo». Su queste premesse, il supremo consesso della giustizia amministrativa, ravvisando che l'atto impugnato consisteva in una riforma sostitutiva tanto di parti inopportune, quanto di parti illegittime del provvedimento originario, ha qualificato quest'ultimo quale esercizio combinato di un potere di revoca e, insieme, di annullamento d'ufficio¹²⁹.

dell'atto), risulta ben evidente che il potere nella specie esercitato dalla Soprintendenza va qualificato come revoca, posto che l'integrazione o modificazione disposta non assume valenza retroattiva e che, inequivocabilmente, viene richiamato a fondamento della determinazione assunta dalla Soprintendenza medesima l'anzidetto art. 21-quinquies della L. 241 del 1990. [...] Né [...] può essere condivisa la tesi [...] che riconduce il provvedimento in esame ad un'ipotesi di auto-annullamento disposto a' sensi dell'art. 21-nonies della L. 241 del 1990. [...] L'altrettanto inequivoca affermazione, contenuta nel provvedimento medesimo, secondo la quale si è inteso procedere ad un' "*integrazione-modificazione*" della precedente autorizzazione conferma la volontà della medesima Soprintendenza di innovare *ex nunc*, e non già *ex tunc*, il provvedimento precedentemente emanato, il quale dunque rimane – sempre avendo riguardo al ben chiaro dato testuale – perfettamente efficace, restando altrettanto assodato che, per contro, l'auto-annullamento ne avrebbe inesorabilmente – e in modo altrettanto trasparente – caducato gli effetti in via retroattiva» (T.A.R. Veneto, Sez. I, 12 ottobre 2006, n. 3598).

¹²⁹ Significativa la precisazione del Collegio, secondo cui l'amministrazione «esercitando il proprio potere di riesame, ha aperto un procedimento di secondo grado, che si è concluso con un

La giurisprudenza, insomma, è solida nel considerare il potere di riforma come una delle possibili espressioni della potestà *ex art. 21-quinquies*, ora sulla scorta della qualificazione formale attribuita dall'amministrazione procedente in sede di esercizio del potere, ora, secondo un'impostazione maggiormente persuasiva, sulla base di una qualificazione sostanziale sorretta dalla considerazione dell'identità causale delle due figure (rimedio all'inopportunità del provvedimento), nonché della comune appartenenza all'ambito dell'autotutela decisoria.

Anche in dottrina, la tesi secondo cui la riforma sarebbe «espressione dello stesso potere che consente all'amministrazione di revocare il provvedimento»¹³⁰ gode di ottima salute.

Ed invero, sono molti gli argomenti a sostegno della sostanziale identità fra le due espressioni sovrane: oltre, come evidenziato anche dalla giurisprudenza, alla coincidenza dell'interesse pubblico perseguito e alla comune appartenenza al regime degli atti di riesame (di cui condividono i presupposti, l'oggetto, la trasversalità, la competenza, nonché il carattere officioso), la revoca e la riforma non si distinguerebbero nemmeno in virtù del loro effetto tipico.

Come, infatti, messo in chiaro dalla dottrina più sorvegliata, la revoca, al pari della riforma, non può essere considerata un provvedimento negativo¹³¹, bensì

provvedimento di riforma dei provvedimenti precedentemente emanati, che costituisce uno dei possibili esiti, accanto agli atti di revoca annullamento e conferma, del procedimento indicato» (Consiglio di Stato, Sez. V, 19 dicembre 2009, n. 8889).

¹³⁰ B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 853. Del medesimo avviso S. TARULLO, *Manuale*, cit., 343, per il quale «si può dubitare dell'autonomia concettuale e normativa della figura della riforma, perché essa come accennato rifluisce o nella disciplina della revoca (se avviene per motivi di opportunità) o in quella dell'annullamento d'ufficio (se avviene per motivi di legittimità)».

¹³¹ Secondo la nota tesi restiana della revoca come «disvolere il voluto», su cui v. *supra* nt. 54.

l'espressione di una «funzione positiva»¹³². Concezione, quest'ultima, che ha portato la dottrina successiva a ritenere la differenza fra revoca e riforma come meramente «quantitativa»¹³³.

Entrambe le manifestazioni amministrative in esame avrebbero, infatti, quale effetto l'ulteriore modificazione (positiva) del rapporto, realizzata nell'una (revoca)

¹³² La funzione positiva della revoca è stata individuata per la prima volta da R. ALESSI, *op. cit.*, secondo il quale essa «altro non è, sostanzialmente, che una *ulteriore* modificazione del rapporto, sia pure nel senso del ripristino della situazione giuridica antecedente all'emanazione del provvedimento da revocare, e quindi nel senso di una eliminazione delle modificazioni giuridiche (in senso ampio) apportate al rapporto dal provvedimento di cui trattasi. Non par dubbio, perciò, che la revoca costituisca l'estrinsecazione di un potere *positivo*, potere diretto a modificare un rapporto giuridico, non già di un potere *negativo*» (79-80); e ciò «sia rispetto all'elemento formale – nuovo atto volitivo positivamente estrinsecato, e non semplice venir meno della volontà precedente estrinsecatasi nell'atto da revocare – e sia rispetto al contenuto: *ulteriore modificazione* del rapporto» (82) (enfasi dell'A.).

¹³³ Per questa idea cfr. A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 147-148, per il quale, rispetto alla revoca, «[n]on vi è [...] una radicale separazione con altre forme di soddisfazione del pubblico interesse che intervengono su rapporti già costituiti da un precedente atto amministrativo. Ci si riferisce in particolare alla riforma, intesa come il risultato di una nuova valutazione dell'interesse pubblico che comporti una modifica al regolamento di interessi precedentemente stabilito. Il legame tra la revoca e la riforma diviene strettissimo se si considera anche la prima come espressione di una funzione positiva. Infatti, il procedimento di riesame nei due casi è originato dalla constatazione della inidoneità della situazione creatasi al perseguimento dell'interesse e si sviluppa attraverso le stesse fasi. Ciò che differenzia i due esiti va individuato in una maggiore complessità della struttura della riforma, nella quale alla previsione (spesso implicita) della cessazione degli effetti del precedente provvedimento si accompagna una nuova disciplina del rapporto. Da un lato, dunque, la differenza del diverso disporre appare meramente quantitativa nei due istituti, essendo presente in ogni atto di riforma una revoca, dall'altro, la decisione di impedire il protrarsi di una situazione creata da un precedente atto può essere qualificata una modalità di cura dell'interesse proprio come la determinazione di introdurre una diversa disciplina del medesimo rapporto».

mediante il ripristino della situazione giuridica antecedente attraverso la rimozione del provvedimento revocato, nell'altra (riforma) per mezzo di una nuova disciplina creativa del rapporto, accompagnata (spesso implicitamente) dalla cessazione di taluni effetti del provvedimento riformato. Esse rappresenterebbero, dunque, l'espressione di un medesimo potere.

Tale impostazione, di cui non si discute la serietà, va tuttavia sottoposta ad attenta verifica.

Per farlo è necessario comprendere se, al di là dell'identità causale, l'effetto primario del provvedimento di riforma possa dirsi ricompreso dell'ambito ordinamentale di legittimazione tipizzato dalla norma attributiva del potere di revoca. Se, in altri termini, la differenza quantitativa, che non si nega sussistere, fra le due posizioni di supremazia in discorso debba considerarsi nel senso che la riforma rappresenta "qualcosa di meno" della revoca (e, pertanto, possa ritenersi in essa inclusa, rappresentando uno sfruttamento non integrale – dotato di minore incisività – dello spettro autoritativo astrattamente consentito dall'art. 21-*quinquies*), o se non si debba piuttosto riconoscere che è la seconda a rientrare nei confini della prima¹³⁴.

¹³⁴ L'impostazione accolta è quella, già richiamata, di N. BASSI, *op. cit.*, 413 ss., secondo il quale «[o]gni valutazione al riguardo [...] deve essere condotta in aderenza al dato normativo di diritto positivo ed, in particolare, all'estensione strutturale della posizione di supremazia conferita dall'ordinamento all'autorità. Qui, insomma, vale il criterio [...] secondo cui la norma attributiva – oltre a rappresentare il fondamento del potere – al contempo fissa altresì i limiti di estensione raggiungibili dalla determinazione amministrativa nel caso concreto, nel senso che tutto ciò che rimane all'interno di quei confini deve essere ritenuto come consentito dalla disposizione di conferimento. Parametro di riferimento deve essere, dunque, l'estensione massima raggiungibile dalla decisione dell'organo chiamato ad esercitare il potere. Ma se [...] questa è in sostanza la capacità espansiva posseduta dal contenuto dispositivo tipico prefigurato dalla norma attributiva, ne discende che all'organo competente non può essere in generale preclusa la possibilità di adottare decisioni che siano idonee a soddisfare le esigenze collettive in vista delle quali gli è stato assegnato il potere e, nello

La risposta a questa domanda dipende ancora una volta dalla soluzione offerta alla questione del fondamento del potere di riesame. Laddove, infatti, si ritenga quest'ultimo come espressione dello stesso potere posto alla base della decisione originaria (ed è questa, infatti, la premessa accolta dalla dottrina testé richiamata), lo spettro autoritativo di riferimento è quello legittimato dalla norma di conferimento del potere primario, nella cui estensione strutturale è ritenuto ricompreso il suo massimo sfruttamento (emanazione del provvedimento), il suo mancato sfruttamento (non emanazione e revoca del provvedimento) e il suo parziale sfruttamento (introduzione di limiti e riforma del provvedimento)¹³⁵.

In altri termini, secondo il richiamato orientamento dottrinale, tanto la revoca quanto la riforma rientrerebbero nelle possibilità legittimate dalla norma attributiva primaria.

Secondo quanto da noi argomentato e sostenuto *supra* (cfr. par. 2), tuttavia, una volta riconosciuta l'autonomia del riesame rispetto al potere provvedimentale di primo grado, l'impostazione appena delineata non può essere accolta. Si ritiene, infatti,

stesso tempo, siano caratterizzate da un grado di incisività (sulla sfera giuridica del destinatario) minore rispetto a quella in astratto raggiungibile per mezzo dello sfruttamento integrale dell'intero spettro autoritativo legittimato dalla disposizione di conferimento».

¹³⁵ Cfr., *ivi*, 414: «l'Amministrazione potrà subordinare il prodursi dell'effetto permissivo al rispetto da parte dell'interessato di determinate prescrizioni, ovvero potrà imporre al soggetto esercente l'attività – quale condizione per non emettere un provvedimento di divieto – l'obbligo di uniformare le modalità di svolgimento a determinati canoni comportamentali, ovvero ancora potrà stabilire – in occasione dell'introduzione di limiti qualitativi o quantitativi più rigorosi rispetto al passato – il dovere per l'operatore di modificare entro un dato termine la propria struttura operativa onde renderla incompatibile con i nuovi canoni comportamentali: in tutte queste evenienze, invero, risultando l'imposizione di tali prescrizioni, condizioni e doveri un modo di esercizio del potere che, per essere connotato da una portata limitativa inferiore a quella massima legittimamente raggiungibile, rimane per ciò stesso all'interno degli ambiti di legittimazione delineati dalla norma attributiva».

che la riforma non possa ritenersi ricompresa né nell'ambito di legittimazione dalla norma attributiva del potere primario, né, tantomeno, come si argomenterà ora, in quello della revoca.

In quest'ultima, infatti, l'efficacia positiva del provvedimento è necessariamente condizionata al dispiegamento di una efficacia distruttiva, della quale costituisce lo specifico effetto tipizzato dalla norma¹³⁶. Cosicché, lo sfruttamento parziale della sua estensione strutturale potrebbe consistere esclusivamente in una revoca parziale, ma mai nell'introduzione di nuovi contenuti al provvedimento riformato, la quale rappresenta, piuttosto (ma non esattamente, come si dirà ora), il contenuto tipico del potere di primo grado, non di rado idoneo, peraltro, a comprimere la sfera soggettiva del destinatario in misura ulteriore rispetto all'atto di ritiro integrale.

Di contro, la riforma di un provvedimento non può ritenersi nemmeno corrispondente al mancato sfruttamento parziale dello spettro autoritativo legittimato dalla norma attributiva primaria, in virtù del differente grado di incisione sulle posizioni giuridiche soggettive del destinatario, che rende qualitativamente differente l'apposizione di limiti in sede di emanazione, dalla loro rimozione o aggiunta in sede di riesame, con corrispondente cessazione (spesso implicita) di taluni effetti del provvedimento primario, che rappresenta, invece, il contenuto tipico del potere di revoca.

Riducendo, insomma, il discorso nei minimi termini, la riforma è “qualcosa di più” della revoca (prevedendo l'introduzione di nuovi contenuti all'atto) e “qualcosa di più” del potere di primo grado (comportando la cessazione di taluni effetti dell'atto già emanato), e, pertanto, esorbita senz'altro dall'ambito ordinamentale di entrambe

¹³⁶ Per un simile rilievo cfr. già S. STAMMATI, L. RAINALDI, *op. cit.*, 1717, nt. 59, ove, pur muovendo dalla concezione dell'Alessi, si afferma come «[q]uesta concordanza di vedute non impedisce di rilevare che a questo potere positivo corrisponde una tipizzazione in funzione negativo-positiva che sembra essenziale alla figura della revoca, tale, cioè, che l'efficacia positiva è condizionata al previo dispiegamento di una efficacia distruttiva».

le disposizioni positive.

In conclusione, va recisamente negata, a questo livello d'analisi, l'esistenza di un potere generale di riforma del provvedimento amministrativo, trattandosi di un potere di riesame atipico, in quanto privo di fondamento normativo.

3. Proposta di ricostruzione della «riforma-riesame» in termini operazionali quale combinazione coordinata di potestà tipiche nella forma della «revoca parziale-riesercizio». Suoi riflessi applicativi.

L'argomentazione sostenuta nei paragrafi precedenti ha condotto linearmente alla conclusione secondo la quale non può ritenersi sussistente nel nostro ordinamento un potere generale di riforma dei provvedimenti amministrativi, ostandovi il principio di legalità e tipicità delle posizioni di supremazia dell'amministrazione.

Si ritiene, tuttavia, che da tale approdo non discenda necessariamente l'ulteriore conseguenza per la quale l'amministrazione sarebbe per ciò impossibilitata a modificare le proprie precedenti determinazioni (questo sarebbe impensabile e si scontrerebbe, del resto, con una fenomenologia di senso nettamente contrario), ma che lo potrà fare solamente attraverso moduli procedimentali differenti rispetto all'esercizio di un potere generale di riforma, inteso come esito di un procedimento di riesame.

Se, infatti, la modifica non può rappresentare, come si è voluto dimostrare, l'effetto di un potere autonomo, essa può ben costituire il risultato di un'“operazione”¹³⁷, consistente nella revoca parziale (e parziale conferma) del precedente provvedimento e nella sua successiva sostituzione o integrazione attraverso un nuovo

¹³⁷ La nozione di “operazione amministrativa”, oggetto di plurime ricostruzioni in ambito dottrinale, verrà approfondita con maggiore attenzione nel secondo capitolo. Essa rappresenta una nozione qualitativamente distinta da quella di procedimento amministrativo, in quanto, mentre quest'ultimo indica la procedura di formazione di un singolo atto autonomo (costitutivo, cioè, di un

provvedimento, per mezzo del rinnovato esercizio del potere di primo grado¹³⁸.

In altri termini, se l'amministrazione è titolare del potere di emanare un provvedimento, come di quello di revocarlo, allora può anche riformarlo, sussistendo, ovviamente, le rispettive condizioni.

Si ritiene, pertanto, che le evidenziate incertezze relative al rispetto del principio di legalità nelle ipotesi di provvedimenti modificativi possano essere superate ricostruendo la riforma in termini operazionali quale combinazione coordinata di potestà tipiche nella forma della "revoca parziale-riesercizio". Con tale espressione si intende

effetto giuridico "pieno" predeterminato dalla legge), la prima rappresenta un processo di realizzazione di un risultato giuridico unitario attraverso la concorrenza di più atti autonomi dal punto di vista strutturale (una sorta, cioè, di "procedimento di procedimenti"). Nel secondo capitolo si cercherà di comprendere se a tale nozione debba riconoscersi un carattere meramente descrittivo, ovvero se da essa possano ricavarsi conseguenze di rilievo in ordine al conseguente regime giuridico.

¹³⁸ Tale ricostruzione consentirebbe, forse, di attribuire al silenzio serbato dal legislatore (come anche dalla dottrina) in merito agli atti di modifica il significato non già di escludere l'esistenza di tale tipologia provvedimentale, bensì di ritenere superflua una sua autonoma considerazione laddove già sussista la possibilità per l'amministrazione di ritirare e contestualmente sostituire un proprio provvedimento. Ciò sembrerebbe confermato da alcuni indizi provenienti dalla produzione di F. BENVENUTI, di cui si è già evidenziata la mancata considerazione del potere in discorso all'interno del proprio sistema: l'A. afferma, infatti, che «[o]gni atto amministrativo può essere revocato, *anche senza sostituzione*, in ragione della modificazione delle varie situazioni sottostanti proprio perché la sua funzione è quella di ottimizzare quanto previsto dai precetti» (*Disegno*, cit., 85; *Autotutela*, cit., 1790; enfasi aggiunta). La precisazione circa la possibilità che la revoca intervenga "anche senza sostituire" il provvedimento precedente suggerisce che, per l'A., la sostituibilità parziale del precedente provvedimento sia scontata. In realtà, come si vedrà poco oltre, disciplinare la modifica di un provvedimento quale esito di un procedimento di riforma-riesame, ovvero ricostruirla nei termini di un'operazione di revoca parziale con sostituzione non appare una scelta priva di conseguenze applicative rilevanti, al punto da attribuire al silenzio dei vari formanti ordinamentali un significato così poco pregnante.

significare che gli atti di riforma non rappresentano altro che la combinazione di una pluralità di poteri tipici fra loro variamente collegati, ora di conferma e nuova determinazione (c.d. «riforma aggiuntiva»), ora di ritiro parziale, parziale conferma e nuova determinazione (c.d. «riforma sostitutiva»)¹³⁹.

¹³⁹ A non dissimili conclusioni è giunta anche la giurisprudenza tributaria, in particolare di Cassazione, con riguardo all'autotutela dell'amministrazione finanziaria c.d. integrativo/modificativa. Il potere di autotutela tributaria è richiamato dall'art. 2-*quater* della l. 30 novembre 1994, n. 656, il quale rinvia ad un decreto ministeriale per la determinazione dell'amministrazione competente «per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio o di revoca [...] degli atti illegittimi o infondati», successivamente emanato con d.m. 11 febbraio 1997, n. 37. Anche se la disposizione non menziona, accanto agli atti di ritiro, un generale potere di riforma dell'atto di accertamento, quest'ultima è pacificamente ammessa nella forma del ritiro parziale (annullamento d'ufficio o revoca parziali) dell'atto in autotutela e della successiva emanazione di un atto c.d. sostitutivo, il quale rappresenta un rinnovato esercizio del potere di accertamento (e, pertanto, è condizionato alla perdurante sussistenza di quest'ultimo, non potendo essere adottato oltre i termini decadenziali). Il potere in oggetto è, peraltro, preso in considerazione dal diritto positivo in senso limitativo laddove la riforma aggravi la posizione del contribuente (c.d. accertamento integrativo, disciplinato dall'art. 43 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600), la quale è subordinata alla sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi (ma sulla distinzione fra c.d. accertamento sostitutivo in autotutela e c.d. accertamento integrativo v. Cass. civ., Sez. trib., 16 gennaio 2009, n. 937). Per la summenzionata ricostruzione v. in giurisprudenza *ex plurimis* Cass. civ., Sez. trib., 15 aprile 2016, n. 7511; Id., 17 ottobre 2014, n. 22019; Id., 30 dicembre 2009, n. 27906; Id., 21 gennaio 2008, n. 1148; Id., 16 luglio 2003, n. 11114; Id., 28 marzo 2002, n. 4534. In dottrina, sull'autotutela tributaria in generale cfr. D. SANTILLI, *Autotutela tributaria*, in *Dig. disc. priv., sez. comm., agg.*, II, 88. Sull'autotutela sostitutiva v. particolarmente S. DONATELLI, *L'avviso di accertamento tributario integrativo e modificativo*, Torino, 2013, spec. 238 ss.; nonché P. PIANTAVIGNA, *L'esercizio del potere di autotutela dell'Amministrazione finanziaria in pendenza di giudizio*, in *Riv. fin. sc. fin.*, 2012, 29 ss., spec. 34 ss., il quale opera una interessante distinzione fra autotutela “negativa”, consistente nella revoca e nell'annullamento d'ufficio anche parziali, e “positiva”, la quale «identifica le ipotesi di riesame in senso stretto o di accertamento integrativo/modificativo di un atto precedente:

Si ritiene tale conclusione l'unica coerente con le premesse teoriche sostenute fino ad ora, nonché metodologicamente ineccepibile: sia, infatti, consentito osservare che la riduzione a problemi semplici delle questioni complesse è un compito dell'interprete e un'indicazione di metodo condivisa¹⁴⁰.

Le considerazioni svolte consentono di avanzare adesso una proposta circa la disciplina concretamente applicabile alle diverse ipotesi di riforma. L'ultima parte del paragrafo sarà, conseguentemente, dedicata alla ricostruzione delle differenti manifestazioni della modifica di un atto amministrativo (ritiro parziale, sostituzione, aggiunta), coerente con le sovraespresse premesse teoriche.

Considerando, in primo luogo, la modifica "ritiro parziale", trova conferma, anche dal punto di vista giuridico e non solo descrittivo, la sua eterogeneità rispetto alle figure di riforma in senso proprio. Essa, infatti, rappresenta l'esercizio di un unico potere di riesame – di revoca o annullamento d'ufficio, a seconda della natura del vizio

alla prima fase di *rivalutazione* degli elementi già conosciuti [...] segue un secondo momento, conseguente a tale rivalutazione, in cui l'Amministrazione può procedere all'eliminazione del primo atto e all'emanazione di un atto *sostitutivo* di secondo grado» (35, enfasi dell'A.).

¹⁴⁰ Cfr. l'introduzione alla lettura di G. ROSSI, *Principi*, cit., XVI-XVII, ove si legge «[p]er la scienza giuridica ciò significa partire dall'analisi degli interessi sottostanti all'assetto normativo e adottare il metodo comune a tutte le altre scienze e che consiste nello scomporre i sistemi complessi, cogliendo ciò che collega le varie parti secondo il fine che le unisce e nel risalire poi dal più semplice al più articolato, procedendo per gradi. Si possono così individuare i nuclei essenziali delle nozioni (G.D. Romagnosi)»; e ancora: «[l]'utilità del metodo risulta nell'analisi delle fattispecie miste. Come si può spiegare, ad esempio, una pozzanghera, l'acqua torbida mischiata alla terra, senza avere da un lato la nozione dell'acqua e dall'altro quella della terra? Individuate le nozioni essenziali, queste si compongono tra loro secondo gradazioni nelle quali l'una o l'altra è prevalente». Sul c.d. metodo gradualista, confronta anche ID., *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, in *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, I, Torino, 2019 XIX ss., spec. XXXIX ss.

invalidante – di cui costituisce uno sfruttamento parziale dello spettro autoritativo legittimato, rispettivamente, dalle norme di cui all'art. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/1990, con effetto confermativo “proprio” della parte del provvedimento non riformata. Il “ritiro parziale” dovrà, perciò, rispettare integralmente i presupposti, i limiti e gli effetti propri dei poteri di autotutela decisoria, così come disciplinati nella legge generale sul procedimento amministrativo.

Quanto, invece, alle ipotesi di riforma in senso stretto, si distinguono una riforma c.d. sostitutiva, la quale costituisce l'esito di un ritiro parziale combinato al parziale riesercizio del potere primario (avente ad oggetto il medesimo contenuto provvedimento), con contestuale conferma della parte non riformata, e una riforma c.d. aggiuntiva (o meramente additiva), la quale, partimenti, rappresenta espressione di un potere revocatorio o di annullamento non esercitato (conferma), accompagnato dal riesercizio del potere primario, avente ad oggetto un contenuto provvedimento differente.

Ovviamente le due ipotesi, qui autonomamente considerate, possono variamente combinarsi, ben potendosi immaginare un provvedimento di riforma avente quale contenuto la revoca di una parte del provvedimento, la sua contestuale sostituzione (anche non integrale), con aggiunta di un elemento non precedentemente contemplato.

In questi casi, l'atto di riforma sarà, dunque, sottoposto alle norme e ai principi dettati per i diversi provvedimenti dei quali dispone di volta in volta il contenuto e gli effetti.

In tal modo, quando l'atto di modifica assume un contenuto parzialmente revocatorio, esso è soggetto, al pari di quanto si è considerato con riguardo alle ipotesi di “ritiro parziale”, alla disciplina di cui all'art. 21-*quinquies*. Non sarà, ad esempio, riformabile il provvedimento attributivo di vantaggi economici per rivalutazione

dell'interesse pubblico originario (c.d. *jus poenitendi*), ovvero, in generale, per mutamento della situazione di fatto prevedibile.

Anche l'effetto (parzialmente o, nel caso di riforma additiva, integralmente) confermativo rappresenta l'esito di un procedimento di secondo grado, fondato sulle norme in materia di autotutela decisoria, che l'amministrazione intende (parzialmente o integralmente) non esercitare¹⁴¹. Cosicché, per la parte non riformata, si avrebbe, a nostro avviso, in ogni caso una conferma in senso proprio, con conseguente riapertura dei termini per l'impugnazione della parte non riformata¹⁴².

Con riferimento, invece, alle disposizioni sostitutive o meramente additive, esse possono assumere il contenuto ed esplicitare gli effetti propri del potere originario¹⁴³: l'atto di riforma sarà, perciò, astretto dalle stesse regole formali e sostanziali che presiedono all'adozione dei provvedimenti primi. Per la parte in cui l'amministrazione riprovede, pertanto, troveranno applicazione le ordinarie garanzie procedurali, in relazione alla natura del potere riesercitato.

In ogni caso, è nostra convinzione che anche la riforma meramente aggiuntiva rappresenta un fenomeno di esercizio combinato del potere di primo grado e della potestà di revoca, e non solo nella parte in cui quest'ultima non è esercitata (conferma), ma anche laddove in conseguenza del mero rinnovato esercizio del potere primario cessino taluni effetti prodotti dall'atto riformato: siano essi ampliativi (si

¹⁴¹ Rappresentando la conferma il "negativo" del potere di revoca, la conservazione integrale del precedente provvedimento dovrà essere motivata non solo con riferimento all'idoneità dell'atto a perseguire l'interesse pubblico funzionale, ma anche all'assenza di mutamenti di fatto o interessi anche ultronei rispetto a quest'ultimo che potrebbero giustificare l'azionabilità di un potere di revoca.

¹⁴² Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, cit., 388: «[p]eraltro l'atto di riforma, anche per la parte non riformata, è rinnovazione – come la conferma –, onde ai fini processuali esso apre possibilità d'impugnativa anche della parte non riformata».

¹⁴³ Cfr. *infra*, Cap. I, par. 1.

pensi all'aggiunta di una clausola limitativa), quanto preclusivi (ad esempio il prolungamento del termine di efficacia). In questo senso, la riforma può definirsi quale riesercizio del potere di primo grado ad effetto parzialmente revocatorio.

Quest'ultima conclusione è supportata dal dato letterale dell'art. 21-*quinquies* della l. 241/1990, il quale, nell'identificare l'effetto tipico del potere revocatorio nella cessazione degli effetti dell'atto (condizionata, nell'ipotesi di revoca "pura", ad un'efficacia distruttiva del provvedimento), non esclude che essa possa conseguire all'esplorazione di un altro potere legittimato dall'ordinamento (nell'ispecie, il rinnovato esercizio del potere di primo grado)¹⁴⁴. Situazione che, a ben vedere, non è dissimile dal fenomeno dell'espropriazione sostanziale in materia proprietaria, in cui, a certe condizioni, l'esercizio del potere conformativo della proprietà privata (che non ha effetti traslativi né ablatori reali) è attratto nella disciplina dell'espropriazione, con relativa applicazione delle garanzie per essa previste¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Con ciò non si vuole significare, in contraddizione con quanto precedentemente affermato, che il potere di riforma aggiuntiva rappresenta una revoca parziale, bensì che laddove il rinnovato esercizio del potere di primo grado, in esito al riesame, incida in senso modificativo sugli effetti di un precedente provvedimento esso rappresenta sempre, insieme, anche l'esercizio di un potere di revoca così come tipizzato dall'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990.

¹⁴⁵ La dottrina dell'espropriazione sostanziale è stata da noi fortemente criticata, in un precedente lavoro, nella sua declinazione "estensiva", pur riconoscendone la validità con riferimento a circoscritte situazioni. Ne rimane, pertanto, intaccata la sua valenza paradigmatica in ordine alla possibilità che dall'esercizio di un potere possano derivare effetti secondari idonei ad attrarre quest'ultimo nella disciplina di autonomi e ulteriori poteri tipici. Per la summenzionata critica cfr. N. BERTI, *La tutela "urbanistica"*, cit., *passim*. Tali riflessioni verranno ulteriormente approfondite e chiarite laddove la modifica sarà studiata nell'ottica del rapporto giuridico amministrativo (v. *infra*, Cap. III): in questa prospettiva, infatti, la scomposizione strutturale del fenomeno modificativo troverà una superiore unità nella sua ricostruzione quale generale potere conformativo di rapporti, potenzialmente in grado di originare situazioni cripto-revocatorie, con conseguente azionabilità del rimedio indennitario.

E ciò si verificherebbe, a scanso di possibili obiezioni, non solo quanto l'esercizio di potere creativo consista nell'introduzione di contenuti limitativi degli effetti favorevoli di un atto, ma anche quando questi ultimi vengano – paradossalmente – ampliati (non diversamente dall'ipotesi della revoca di un provvedimento favorevole). Ed infatti, come ha messo in luce la dottrina più avveduta, l'efficacia sostanziale dei provvedimenti amministrativi consiste nella produzione di «effetti inversi», tanto nei confronti del destinatario dell'atto, quanto del suo autore, arricchendo o impoverendo, reciprocamente, le rispettive posizioni giuridiche. Se questo è vero, è di tutta evidenza come la riforma, anche meramente additiva, comporti sempre una cessazione (pararevocatoria) di alcuni effetti dell'atto nei confronti di una delle due parti del rapporto giuridico amministrativo¹⁴⁶.

La ricostruzione proposta non rappresenta, tuttavia, una soluzione neutra, priva di riflessi applicativi. Considerare, infatti, la riforma come esercizio non già di un unico potere (con i presupposti propri dei procedimenti di riesame), ma quale combinazione di più poteri, di primo e secondo grado, dei quali devono di conseguenza essere rispettate integralmente le regole di validità, comporta rilevanti conseguenze di regime, nonché solleva alcune questioni problematiche che saranno di seguito segnalate.

Un primo ordine di criticità riguarda la modificabilità degli atti ad istanza di parte. In quest'ipotesi, essendo la modifica un atto d'ufficio non può in alcun modo essere considerata (neppure parzialmente) quale riesercizio del potere di primo grado,

¹⁴⁶ Il riferimento è, ancora una volta, a F. BENVENUTI, *Appunti*, cit., 532, il quale sottolinea che «[p]oiché infatti i provvedimenti amministrativi hanno, per definizione, l'efficacia di costituire o modificare o estinguere delle posizioni giuridiche, è evidente che la decisione che ne riconosca l'invalidità, invertirà le posizioni giuridiche da essi prodotte, esplicando così un effetto costitutivo sullo stesso rapporto sostanziale sottostante». Si pensi all'estensione di un termine di efficacia del provvedimento, il quale comporta la cessazione degli effetti preclusivi determinati dal precedente termine.

che richiederebbe, appunto, il suo presupposto tipico costituito dall'istanza di parte.

Ne consegue che, stante il principio di legalità, mentre gli atti d'ufficio devono considerarsi riformabili *in toto*, per effetto della combinazione revoca-riesercizio, gli atti a istanza di parte non possono essere mai riformati, se non nella parte in cui sono atti d'ufficio (il riferimento è, ad esempio, al contenuto oneroso dei provvedimenti autorizzativi)¹⁴⁷, ovvero a seguito di una nuova istanza (e nei limiti di questa, la quale avrà presumibilmente ad oggetto una *reformatio in melius*)¹⁴⁸.

In secondo luogo, si pone la questione della modificabilità del c.d. contenuto scindibile necessario del provvedimento (ad esempio una prescrizione conformativa all'interno di un'autorizzazione paesaggistica), il quale, se certamente può essere oggetto di una riforma sostitutiva (in quanto non determina il venir meno di un elemento immancabile della statuizione provvedimento), sembrerebbe non poter essere in alcun modo oggetto di revoca parziale (seppure intesa come "momento" di una operazione modificativa). Pertanto, almeno secondo una considerazione atomistica dei poteri, la revoca parziale del contenuto scindibile necessario del provvedimento dovrebbe considerarsi illegittima, anche se prodromica alla sostituzione di quest'ultimo, in quanto determina il venir meno di un contenuto ineliminabile della statuizione provvedimento.

Un terzo profilo problematico attiene, inoltre, al rispetto dei presupposti rela-

¹⁴⁷ In tal modo, ad esempio, la pubblica amministrazione non avrebbe il potere di modificare il contenuto ampliativo (tipico) di un provvedimento autorizzativo, ad esempio concedendo una diversa area rispetto a quella originaria per lo sfruttamento commerciale, ma ben potrebbe sostituire d'ufficio una clausola onerosa ritenuta inopportuna.

¹⁴⁸ Così per R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, II-2, Milano, 2008, 926 «anche i provvedimenti puntuali, come il permesso di costruire, possono essere modificati, sebbene ciò avvenga su istanza del privato, e non d'ufficio da parte dell'amministrazione».

tivi al procedimento di revoca parziale (sempre inteso quale “momento” dell’operazione modificativa), con riguardo, in primo luogo, alla motivazione in ordine all’interesse attuale alla rimozione di una parte del provvedimento, nonché in punto di bilanciamento e rispetto del principio di proporzionalità, laddove, ad esempio, l’amministrazione si determini per la sostituzione di una clausola comunque opportuna (la cui rimozione, cioè, renderebbe il provvedimento inopportuno) con una maggiormente opportuna (tale da rendere inopportuna la clausola che si intende sostituire), oppure per la riduzione quantitativa degli effetti dell’atto, in vista dell’aggiunta di un elemento favorevole al destinatario (tale da rendere il risultato più proporzionato).

In queste ipotesi (tutt’altro che scolastiche) una considerazione atomistica dei due momenti procedimentali (che potrebbe sembrare insita nella ricostruzione qui proposta) condurrebbe, a ben vedere, all’impossibilità di provvedere validamente in via modificativa sull’atto, in quanto l’interesse attuale alla rimozione o l’apprezzamento dell’affidamento del destinatario (come anche il rispetto del principio di proporzionalità) potrebbero essere motivati esclusivamente in rapporto al successivo (e separato) riesercizio del potere di primo grado (che attuale non è). Ne consegue che il primo atto di revoca parziale rischierebbe di essere dichiarato spesso illegittimo per difetto dei presupposti o per violazione della regola di proporzionalità.

Un quarto ordine di questioni attiene, infine, all’ipotesi della riforma meramente additiva, e, in particolare, riguarda l’interrogativo se spetti o meno una tutela indennitaria al destinatario del provvedimento leso non già dal potere di revoca, bensì dal riesercizio del potere di primo grado (si pensi all’aggiunta di una clausola particolarmente onerosa o limitativa in un’autorizzazione), dal quale, di norma, non discende alcun obbligo indennitario in capo all’amministrazione.

La soluzione alle problematiche da ultimo evidenziate non può trovare risposta a questo punto dell’indagine, imponendo la considerazione del fenomeno dal punto di vista funzionale (nell’ottica dell’attività) e relazionale (nell’ottica del rapporto), la

quale sarà oggetto precipuo dei successivi capitoli, ai quali, perciò, integralmente si rinvia.

È opportuno svolgere, infine, due ulteriori riflessioni in ordine alle conseguenze applicative della ricostruzione proposta, l'una con riguardo al profilo della competenza a riformare, l'altro relativo al regime di impugnativa giurisdizionale.

La prima si pone in riferimento all'ipotesi in cui, sulla base dell'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990, la competenza a revocare il provvedimento fosse attribuita dalla legge ad un organo diverso rispetto a quello titolare della competenza di primo grado¹⁴⁹. In questo caso, l'organo che *ex lege* può esercitare il potere revocatorio, non essendo titolare della potestà primaria, non è abilitato all'emanazione di un provvedimento di riforma¹⁵⁰.

Quanto al regime di impugnazione, è necessario chiarire quale rapporto di connessione strutturale avvinca gli autonomi provvedimenti esito di un'operazione amministrativa modificativa, al fine di comprendere quale effetto (caducante, ovvero meramente invalidante) consegua all'annullamento giurisdizionale di uno di essi¹⁵¹.

Partendo dalla natura del provvedimento di revoca parziale (e parziale conferma) in relazione al successivo riesercizio della potestà primaria, esso potrebbe ricondursi alla categoria degli atti presupposti non preparatori (in quanto autonomi e

¹⁴⁹ Dispone, infatti, l'articolo che «il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge».

¹⁵⁰ Tale conclusione è coerente anche con il regime della c.d. autotutela contenziosa (ricorsi amministrativi), laddove il riesame "rinnovatorio" è condizionato alla sussistenza in capo al riesaminante della competenza in ordine alla potestà di primo grado, in quanto è lo stesso organo che ha emanato l'atto (ricorso in opposizione), il superiore gerarchico (ricorso gerarchico proprio), ovvero altro organo cui la legge conferisce anche la competenza a riformare, attraverso uno spostamento della competenza di primo grado (ricorso gerarchico improprio).

¹⁵¹ Sul tema, si rinvengono spunti d'interesse in A. CALEGARI, *L'invalidità derivata nei rapporti tra atti amministrativi*, Padova, 2012, spec. 81 ss.

non endo-procedimentali): trattasi di «atti, che, pur essendo presupposti della fattispecie che si prende in esame, restano tuttavia fuori del procedimento ad essa relativo. [...] In tali casi quei presupposti appaiono venuti in essere proprio in vista della emissione del provvedimento in questione; in ciò non diversamente dagli atti preparatori. Ma, ciò nonostante, essi si atteggianno sempre come dei dati, i quali ineriscono strettamente e unicamente all'elemento strutturale dell'atto; perché valgono appunto a determinare la sua stessa sostanza. Essi esplicano, per ciò, in rapporto a quello che poi sarà il risultato ultimo dello sviluppo del procedimento, una funzione autonoma e ben differenziata da quella che esplicano le attività preparatorie. Onde, nei loro confronti, non ricorrono gli estremi per poter affermare che quel loro specifico effetto, che poi viene a riflettersi sul provvedimento il cui procedimento si vuol considerare, risulti, appunto a tale riguardo, privo, dal punto di vista funzionale, di ogni autonomia»¹⁵².

Quello descritto sembrerebbe proprio il caso del provvedimento di revoca parziale (e parziale conferma), il quale, a ben guardare, esplica un effetto giuridico (autonomo) costitutivo dell'oggetto del successivo riesercizio del potere (in senso riformatore), con la conseguenza che dalla sua autonoma impugnazione e dal conseguente annullamento giurisdizionale dovrebbe conseguire un effetto caducante del rinnovato esercizio della potestà primaria.

Tale situazione si verifica, a ben vedere, tanto nel caso di riforma sostitutiva (in cui il provvedimento di revoca parziale e parziale conferma impedisce peraltro il verificarsi di una situazione di obiettiva incompatibilità fra provvedimenti non componibile, per quanto detto, attraverso il ricorso all'effetto abrogativo implicito), ma anche con riguardo alla riforma meramente additiva (in cui il provvedimento confermativo concorre alla realizzazione della fattispecie obiettiva su cui si “innesta” l'esercizio del

¹⁵² Così, con estrema chiarezza espositiva che ha indotto una citazione diretta in corpo al testo, A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 60 ss.

nuovo potere).

Se così non fosse (e, in tal caso, la considerazione che segue può anch'essa annoverarsi fra le problematiche derivanti da una considerazione frazionata dei due momenti autoritativi) vi sarebbe spazio per un abuso dello strumento processuale, laddove il privato, potendo impugnare uno soltanto degli esercizi dei due poteri (ad esempio la revoca parziale) senza caducazione dell'altro (il riesercizio), potrebbe conseguire un risultato ampliativo rispetto a quanto l'amministrazione aveva stabilito ed ottenere così, attraverso la pronuncia giurisdizionale, una creativa innovazione provvedimentoale.

Con riguardo al provvedimento di riesercizio del potere, infine, esso si pone dal punto di vista strutturale (e logico) come meramente consequenziale (seppur funzionalmente connesso) rispetto al provvedimento di revoca parziale (e parziale conferma), con la conseguenza che il suo eventuale annullamento avrebbe effetti meramente invalidanti, ma non caducanti di quest'ultimo, in difetto di un rapporto di presupposizione (con potenziale grave *vulnus* di tutela nei confronti del destinatario, che si vedrebbe perciò revocato parzialmente un atto e, insieme, privato di un nuovo provvedimento eventualmente favorevole).

Un'alternativa e suggestiva linea d'indagine, non priva tuttavia di taluni profili d'incertezza, potrebbe consistere nel ricondurre l'atto di modifica alla categoria tradizionale dell'atto composto, quale fenomeno di relazione tra atti autonomi orientati al conseguimento di un certo effetto costitutivo unitario, così da potersi predicare una loro fusione giuridica in un solo atto. Come, infatti, è stato efficacemente chiarito «deve [...] ritenersi che si può parlare di un unico atto [...] in quei casi, in cui ci si trovi di fronte a più attività dirette a un unico fine, unite tra loro da un vincolo di interdipendenza funzionale tanto intima, che le possa far concepire come costitutive

di una sola entità organica»¹⁵³. «Tale intimità di vincoli, che si rivela nella salda coesione e nella stretta coordinazione delle diverse unità elementari costitutive dell'atto composto – le quali per ciò stesso appaiono connesse in un blocco funzionale unitario –, trova la sua spiegazione nell'unità del fine immediato, che esse tendono a realizzare»¹⁵⁴.

Non è chiaro, tuttavia, se in tale categoria dogmatica possano rientrare, quali componenti elementari dell'atto unico, manifestazioni provvedimentali (come quelle in discorso) provenienti da un medesimo organo e, soprattutto, dotate di un'autonomia di effetto costitutivo, tale per cui ciascuna è idonea a produrre un effetto tipico autonomo e indipendente dalle altre. Inoltre, diversamente dalle ipotesi normalmente ricondotte alla tipologia provvedimentale dell'atto composto, l'effetto di modificazione conseguente all'operazione di riforma non è tipico, per cui i singoli atti di cui si compone non rappresentano momenti necessari richiesti dalla legge per la realizzazione del risultato giuridico, bensì si atteggiano quali strumenti provvedimentali a disposizione dell'amministrazione che, pur dotati di autonomia funzionale, possono essere (eventualmente) utilizzati per la costituzione di un effetto giuridico modificativo.

¹⁵³ A.M. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 198-199, cosicché «[l']atto composto, in tanto c'è in quanto ci siano tutti i suoi componenti. Di modo che l'invalidità di uno d[e]i componenti, appunto col procurare la caduta dell'intero atto composto, implica, perciò stesso, la caduta di tutti gli altri. E, si noti bene, tale caduta non avviene per invalidità derivata o per inutilità (come invece accadrebbe invece in seno a una fattispecie composta, la quale non desse luogo a un atto composto); ma si verifica invece per vera e propria caducazione della loro stessa essenza. La ragion d'essere di ognuno di essi è, in fatti, indissolubilmente condizionata dalla coesistenza di tutti gli altri»

¹⁵⁴ *Ivi*, 197. «Ciò si risolve nella conseguenza che, o esse – anche se da ipotesi a ipotesi da punti di vista differenti, e talora nel tendere alla soddisfazione di interessi qualitativamente e quantitativamente diversi – si coordinano tutte nella esplicazione di una medesima funzione, e cioè sono oggettivamente omogenee [...] o pure l'uno si pone nei confronti dell'altra, o delle altre, in veste strumentale (come accade sempre nell'atto composto in senso stretto)».

Come già anticipato, l'insoddisfazione che (talora) si sperimenta (come in questi ultimi casi) nel trarre le conseguenze di regime giuridico dal peculiare atteggiarsi del fenomeno modificativo in diritto amministrativo sembra, a nostro avviso, derivare da un problema di prospettiva, ciò innestando il sospetto che esso andrebbe piuttosto indagato in una diversa ottica, slegata dall'esclusiva considerazione dei singoli atti amministrativi autoritativi e delle singole componenti strutturali del potere, e capace di guardare al "risultato" modificativo e agli effetti complessivi dell'operazione amministrativa, quale sintesi giuridica idonea a costituire il parametro di valutazione dell'esercizio del potere.

La prospettiva di indagine di carattere strutturale adottata fino ad ora, infatti, pur necessaria nell'ottica della fondazione e della garanzia legale del potere, rischia di distogliere l'attenzione dal "risultato" complessivo dell'agire amministrativo, inteso, nel nostro caso, nella sua accezione ristretta di effetto giuridico (e non materiale) dell'operazione procedimentale, il quale sempre più, nel diritto amministrativo moderno, assume importanza e rilievo autonomo, anche nella sua considerazione più lata. E ciò non solamente alla stregua di un dato descrittivo capace di rappresentare meglio il fenomeno modificativo, ma quale fattispecie di rilievo giuridico idonea a costituire un fattore di qualificazione giuridica del relativo potere, con rilevante influenza sul terreno della tutela delle situazioni giuridiche soggettive e sulla teoria della validità del provvedimento, nonché sulla piena attuazione delle garanzie procedimentali¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Secondo D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, 164-165, «[d]opo l'affermazione del valore propriamente giuridico del "risultato" nel campo della responsabilità, [...] il dibattito teorico si è spostato sulla teoria del provvedimento amministrativo, il regime della cui validità (ed invalidità) si vorrebbe per tale via ricostruire diversamente rispetto alle acquisizioni tradizionali. [...] Più in particolare, ci si è interrogati sulla adeguatezza della nozione di "risultato" ad essere impiegata nell'ambito della teoria del provvedimento amministrativo quale parametro di valutazione dello stesso sia in negativo, ossia nel senso che il provvedimento in contrasto

Se la descritta nuova centralità del risultato è apparsa a molti piuttosto problematica, soprattutto in ordine al rispetto del principio di legalità, a nostro avviso, perlomeno nell'ambito ristretto del fenomeno qui considerato, essa rappresenterebbe piuttosto una piena affermazione di tale principio, in quanto maggiormente in grado di garantire la realizzazione della volontà legislativa, sia sotto il profilo sostanziale, che procedurale. Solamente, infatti, una considerazione unitaria dell'effetto giuridico voluto dall'amministrazione permette di valutare adeguatamente la corretta rispondenza di quest'ultimo agli interessi funzionali cui la legge subordina l'esercizio dei poteri che concorrono a realizzarlo, l'adeguatezza della ponderazione effettuata dall'autorità, l'effettiva incidenza sulle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari, nonché è in grado di costituire il punto di riferimento per il pieno esercizio dei diritti partecipativi da parte dei destinatari.

Prima, tuttavia, di proseguire nell'indagine nella nuova prospettiva, è parso opportuno svolgere alcune considerazioni conclusive di carattere comparativo, con l'obiettivo di trarre elementi utili alla chiarificazione degli istituti in discorso, ravvisando tratti comuni, ovvero elementi differenziali rispetto al regime di modificazione degli atti amministrativi proprio di un diverso ordinamento giuridico. A tal fine si è optato per l'analisi del diritto francese, non solo perché quest'ultimo ha costituito il paradigma storico nello sviluppo del diritto amministrativo nostrano, ma anche perché il tema oggetto di riflessione in questa sede ha suscitato notevole interesse in ambito dottrinale, con esiti scientifici di estremo rilievo ed interesse, dei quali si darà ora ampiamente conto.

rispetto ad esigenze riconducibili alla logica di risultato può essere qualificato invalido; sia in positivo, nel senso che il provvedimento “che si discosti in qualche parte dallo schema legale sia ciò malgrado valido (o, se si preferisce, non invalido), ove ciò non ne comprometta la congruenza rispetto al “risultato”».

4. *Profili comparati: la modification de l'acte administratif nel diritto francese.*

Nel diritto francese, la *modification* costituisce una modalità di cessazione degli effetti dell'atto amministrativo alternativa all'*abrogation* e al *retrait*¹⁵⁶, in quanto, a differenza di questi ultimi, che implicano la soppressione dell'atto (rispettivamente con

¹⁵⁶ L'*abrogation* e il *retrait* non corrispondono alla revoca e all'annullamento d'ufficio. La disciplina di questi due istituti, frutto della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, solo di recente ha ottenuto riconoscimento positivo all'interno del nuovo *Code des relations entre le public et l'administration* (CRPA), in vigore dal 1 gennaio 2016, e precisamente agli artt. L240-1 e ss. (Titolo IV, *Sortie de vigueur des actes administratifs*). Le due figure si differenziano esclusivamente sul piano dell'efficacia: mentre, infatti, l'*abrogation* implica la cessazione degli effetti dell'atto per il futuro (*ex nunc*), il *retrait* comporta la loro soppressione retroattiva (*ex tunc*). Per il resto, i possibili presupposti (vizio di legittimità o di opportunità) e i limiti (temporali e stabilità dei *droits acquis*) sono i medesimi, salvo qualora abbiano ad oggetto atti regolamentari o individuali *non créateurs de droits*: in questo caso, l'amministrazione può disporre l'*abrogation* dell'atto «per qualsiasi motivo e senza ritardo» (L243-1), mentre può procedere al *retrait* solamente per vizio di legittimità e nel termine di quattro mesi (L243-3). Sul processo di codificazione, in generale, cfr. M. VIALETES, *La fabrique d'un code*, in *RFDA*, 2016, 4 ss.; P. TERNEYRE, *L'originalité du processus d'élaboration du code : le point de vue d'universitaires membres du « cercle des experts » e de la Commission supérieure de la codification*, in *RFDA*, 2016, 9 ss.; con specifico riguardo alla codificazione del *retrait* e dell'*abrogation*, cfr. B. SEILLER, *La sortie de vigueur des actes administratifs*, in *RFDA*, 2016, 58 ss.; G. EVEILLARD, *La codification du retrait et de l'abrogation des actes administratifs unilatéraux*, in *AJDA*, 2015, 2474 ss. Sulle due figure sono ancora fondamentali gli scritti di L. DELBEZ, *La révocation des actes administratifs*, in *RDP*, 1928, 463 ss.; J.M. AUBY, *L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux*, in *RDP*, 1959, 431 ss.; ID., *L'abrogation des actes administratifs*, in *AJDA*, 1967, 131 ss.; G. GONZALES, *La caducité des actes administratifs unilatéraux*, in *RDP*, 1991, 1675 ss.

decorrenza *ex tunc* ed *ex nunc*), essa ne presuppone la conservazione¹⁵⁷. L'atto modificato, dunque, per dirla con il poeta, «*n'est ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre*»¹⁵⁸.

In senso lato, la *modification* può consistere nella semplice aggiunta di un nuovo elemento ad un precedente atto (*modification-ajout*), nella soppressione parziale di quest'ultimo (*abrogation partielle*), ovvero in una combinazione delle precedenti, che realizzi un'operazione sostitutiva (*modification-fin*)¹⁵⁹: quest'ultima ipotesi rappresenta la *modification* intesa in senso stretto¹⁶⁰; essa, infatti, «*comprend toujours deux moments, le premier par lequel l'autorité administrative anéantit certains effets de l'acte, le second par lequel elle*

¹⁵⁷ Dal punto di vista funzionale, pertanto, secondo F. CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, Parigi, 2003, 126, «[I]a *modification* peut ainsi s'analyser en un aménagement, une adaptation de l'acte administratif unilatéral lorsqu'une procédure plus lourde – telle une abrogation – ne s'avère pas nécessaire. Cela explique son fondement qui est souvent le changement de situation, de circonstances, autrement dit la nécessité d'adapter toute réglementation aux différentes évolutions».

¹⁵⁸ P. VERLAINE, *Mon rêve familier*, in *Poèmes saturniens*, 1866.

¹⁵⁹ Cfr. B. SEILLER, *Le changement et les actes administratifs unilatéraux*, in *Revue de droit d'Assas (RDA)*, 2015, 10, 220, secondo il quale la «*modification* peut être réalisée par le simple ajout d'un élément relatif à son contenu ou à son champ d'application (matériel, géographique ou temporel). Elle peut aussi résulter d'une décision plus complexe associant la suppression d'un élément de l'acte et son remplacement par un autre. [...] La *modification* peut enfin consister en l'abrogation d'un élément de l'acte antérieur sans pourvoir à son remplacement».

¹⁶⁰ Cfr. F. CROUZATIER-DURAND, *op. cit.*, 124, secondo la quale, rispetto alla *modification-fin*, la *modification-ajout* «*relève d'une autre logique. En effet, si l'autorité administrative se contente de rajouter des dispositions à un acte administratif unilatéral, il n'y a plus de fin*» (sul punto cfr. anche *ivi*, 188); così come «*si l'administration ne remplace pas la partie de l'acte à laquelle elle a mis fin, alors il ne s'agit plus d'une modification mais d'une abrogation partielle. [...] La distinction semble subtile et pourtant elle est claire : l'abrogation partielle d'un acte ne suppose le remplacement ni des dispositions abrogées, ni de l'acte lui-même. Au contraire, la modification suppose la création d'un nouvel acte. Si la modification peut consister dans la suppression pure et simple d'une disposition d'un acte, elle suppose toujours le remplacement de cet acte ou de ses dispositions. La reprise de la teneur de l'acte, c'est-à-dire de la majorité de ses dispositions initiale, dans le nouvel acte explique que l'on qualifie cette opération de modification*» (124).

*procède à leur remplacement. Ces deux opérations doivent être effectuées pour que l'on puisse évoquer la modification»*¹⁶¹.

Alla *modification*, nonostante un dibattito risalente¹⁶², è pacificamente attribuita un'efficacia *ex nunc*¹⁶³ e, conseguentemente, il suo regime giuridico è assimilato dalla

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Il dibattito è ricostruito *ivi*, 164, a cui integralmente si rinvia.

¹⁶³ Si veda a tal proposito la significativa sentenza del *Conseil d'État*, 6 marzo 2002, *Mme Besombes*, in *AJDA*, 23 settembre 2002, 802 ss. (con nota di F. CROUZATIER-DURAND, *Retrait et modification d'un acte administratif unilatéral*), nella quale la decisione dell'amministrazione «*d'annuler et remplacer*» il provvedimento amministrativo oggetto del giudizio è stata qualificata come *modification* avente efficacia *ex nunc* e non, come sostenuto dal Tribunale di primo grado, come *retrait* (ad efficacia *ex tunc*) seguito da un nuovo provvedimento (non impugnato dalla ricorrente). In tal modo, secondo il *Conseil d'Etat*, l'«*opération modificative*» non può considerarsi idonea a fondare una pronuncia di improcedibilità per mancanza di oggetto del giudizio, in quanto il provvedimento non ha mai cessato di produrre i suoi effetti. Così, secondo F. CROUZATIER-DURAND, *La fin*, cit., 124, «*le similitudes incontestables entre l'abrogation et la modification auraient pu éluder toute question quant aux effets de la modification, l'absence d'effet rétroactif de l'abrogation impliquant alors l'effet non-rétroactif de la modification de l'acte. Leur différence fondamentale n'est en effet pas a priori dans l'effet produit par l'acte de fin mais plutôt dans celui produit par la fin elle-même : alors que l'abrogation provoque la sortie de l'acte, la modification n'entraîne que la cessation des effets. Ces deux modalités correspondent aux deux différentes formes de fin de l'acte. L'acte de modification et l'acte d'abrogation ont le même effet non rétroactif, ils ne produisent effet que dans l'avenir*».

giurisprudenza a quello dell'*abrogation*¹⁶⁴, nell'ambito della quale è, del resto, univocamente ricondotta anche dalla dottrina¹⁶⁵.

In coerenza con la sua collocazione dogmatica tradizionale, la *modification* trova oggi riconoscimento legislativo espresso nel nuovo *Code des relations entre le public et l'administration* (la legge generale sul procedimento amministrativo), in vigore dal 1 gennaio 2016, quale modalità di cessazione degli effetti dell'atto (Titolo IV), accanto all'*abrogation*, della quale condivide *in toto* il regime giuridico.

In particolare, la *modification* è espressamente menzionata nell'art. L243-1, ai sensi del quale «[u]n acte réglementaire ou un acte non réglementaire non créateur de droits peut,

¹⁶⁴ L'espressione «*abroger ou modifier*», rivelatrice di un'identità di regime giuridico fra le due figure, è assai frequente in giurisprudenza; cfr., *ex plurimis*, *Conseil d'État*, 10 gennaio 1930, *Despujol*; *Conseil d'État*, 10 gennaio 1964, *Simonnet*; *Conseil d'État*, 3 gennaio 1989, *Compagnie Alitalia*; *Conseil d'État*, 19 dicembre 2000, *Régie immobilière de la Ville de Paris*. Pertanto, come puntualmente annota F. CROUZATIER-DURAND, *La fin*, cit., 127, «[l]a jurisprudence administrative révèle donc que si de nombreuses différences justifient la distinction entre la modification et l'abrogation, aucune en revanche ne justifie une différence de régime juridique».

¹⁶⁵ Ad esempio, cfr. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Parigi, 2018, 1107, il quale afferma che «l'Administration peut vouloir qu'un de ses actes cesse de produire ses effets pur l'avenir, à compter du jour de sa suppression ou – ce qui revient au même – de sa modification, sans revenir sur les effets et les droits que cet acte a générés dans le passé [...] : on dit alors que l'Administration procède à l'abrogation d'une décision administrative» (tondo enfatico aggiunto); D. TRUCHET, *Droit administratif*, Parigi, 2015, 234, nel paragrafo sintomaticamente dedicato alla «*modification ou abrogation de l'acte*», chiarisce come «[l]a modification ne met fin ni à l'acte, ni à ses effets passés : l'acte demeure mais ses effets sont désormais ceux qui résultent de ses dispositions nouvelles. Devant un acte administratif qui n'est plus en phase avec les règles ou les circonstances de fait, l'Administration a en général le choix entre modification et abrogation, quitte dans ce dernier cas, à le remplacer immédiatement par un autre» (tondo enfatico aggiunto).

pour tout motif e sans condition de délai, être modifié ou abrogé. La norma, sancisce, in coerenza con la giurisprudenza consolidata¹⁶⁶, la modificabilità senza limiti degli atti regolamentari e non regolamentari *non créateurs de droits*¹⁶⁷.

Quanto, invece, agli atti *créateurs de droits*¹⁶⁸, particolarmente significativo appare l'art. L242-4, nel quale la modifica *in melius* (nella forma della sostituzione della prece-

¹⁶⁶ Cfr., con specifico riguardo alla modifica dell'atto regolamentare, *Conseil d'État*, 19 novembre 1986, *Sté Smanor*; *Conseil d'État*, 30 luglio 2003, *Synd. des avocats de France*. L'assenza di un diritto al mantenimento dell'atto regolamentare è spesso giustificata, come nel caso della successione legislativa, sulla base del principio per il quale «nessuna generazione può assoggettare alle proprie leggi le generazioni future» (art. 4 della Costituzione del 24 giugno 1793). Con riguardo agli atti individuali non creatori di diritti, cfr., *ex plurimis*, *Conseil d'État*, 28 maggio 1986, *Min. de l'Urbanisme, du logement et des transport c. Conseil régional de l'ordre des architectes*; *Conseil d'État*, 22 dicembre 1989, *Morin*; *Conseil d'État*, 10 maggio 1968, *Cne de Broves*.

¹⁶⁷ La definizione di “atto (non) creatore di diritti” rappresenta una delle questioni più dibattute della dottrina giuridica francese, il cui approfondimento esulerebbe dall'economia e dalle finalità del presente paragrafo (ma v. nota successiva). Tradizionalmente, il tema è studiato nell'ottica della teoria dei *droits acquis* (diritti acquisiti), nozione ricavata dagli studiosi del diritto intertemporale. Si rinvia, dunque, all'ampia letteratura in materia, nell'ambito della quale sono fondamentali gli scritti di C. SANTULLI, *Les droits acquis*, in *RFDA*, 2001, 87 ss.; C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Parigi, 1997; P. AUVRET, *La notion de droit acquis en droit administratif français*, in *RDP*, 1985, 53 ss.; P. LE MIRE, *La stabilité des situations juridiques*, in *AJDA*, 1980, 203 ss. A titolo esemplificativo, sono considerati *non créateurs de droits* gli atti regolamentari, gli atti amministrativi generali, gli atti individuali caratterizzati da precarietà (ordinanze contingibili, occupazioni d'urgenza), le nomine governative, le decisioni meramente ricognitive, gli atti di rigetto, le sanzioni, gli atti ottenuti con frode, gli atti sottoposti a condizione.

¹⁶⁸ In termini generali, un atto unilaterale dell'amministrazione è detto creatore di diritti (acquisiti) allorché conferisce in maniera definitiva al beneficiario un diritto, un interesse o un vantaggio, costituendo un diritto al mantenimento dei relativi effetti, in quanto esso è soggetto ad uno statuto di immutabilità, intangibilità e irrevocabilità. È di tutta evidenza come la definizione di atto

dente decisione con una più favorevole) è addirittura obbligatoria, qualora l'amministrazione intenda (discrezionalmente) procedere al ritiro dell'atto (legittimo) su istanza del beneficiario dello stesso; prevede, infatti, la norma che «[s]ur demande du bénéficiaire de la décision, l'administration peut, selon le cas et sans condition de délai, abroger ou retirer une décision créatrice de droits, même légale, si son retrait ou son abrogation n'est pas susceptible de porter atteinte aux droits des tiers et s'il s'agit de la remplacer par une décision plus favorable au bénéficiaire». In assenza di istanza del beneficiario, la modifica deve ritenersi soggetta ai limiti stringenti previsti dal Codice con riguardo al *retrait* e all'*abrogation* degli atti creatori di diritti (art. L243-1)¹⁶⁹.

Il processo di codificazione non ha inteso dotare i poteri di ritiro o di modifica di un autonomo fondamento normativo, bensì si è limitato a regolamentare la cessa-

creatore si presti all'obiezione di essere tautologica, laddove la definitività del vantaggio creato è nel contempo presupposto e conseguenza del regime di immodificabilità dell'atto creatore. Per questa critica cfr. già M.D. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Atene, 1954, 253, il quale cita altresì W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 1931, 280. Anche secondo J.M. AUBY, *L'abrogation*, cit., 137, «il y a là une pétition de principe. Le droit acquis consiste précisément dans le maintien de la situation créée par l'acte et ce maintien ne peut être assuré que si l'acte est irrévocable». Per superare tale aporia, la dottrina contemporanea preferisce parlare di «actes createurs de droits susceptibles d'être acquis»; cfr. B. SEILLER, *Acte administratif: régime*, in *Répertoire du contentieux administratif (Dalloz)*, 2015, par. 471. A titolo esemplificativo, la giurisprudenza ha ricondotto a tale categoria gli atti attributivi di un diritto reale su un bene, i permessi di costruire, le misure collegate al rapporto di lavoro pubblico (nomine, promozioni, congedi), l'iscrizione ad albi e, in generale, le decisioni attributive di vantaggi economici (premi, esoneri). Non si esclude, peraltro, che un atto amministrativo a contenuto sfavorevole sia qualificato come creatore di diritti nei confronti dei terzi avvantaggiati.

¹⁶⁹ Segnatamente, l'intangibilità degli atti creatori legittimi e la previsione del termine di quattro mesi per il *retrait* o l'*abrogation* di quelli illegittimi. In argomento, cfr. G. EVEILLARD, *L'abrogation des décisions administratives créatrices de droits*, in *RFDA*, 2009, 439 ss.; R. NOGUELLOU, *L'abrogation des actes administratifs non réglementaires créateurs de droit*, in *DA*, 2003, 7, 6 ss.

zione degli effetti degli atti già emanati, per una finalità di armonizzazione e di sicurezza giuridica, sistematizzando i principi fissati dai *grands arrêts* in materia. Si può dire, pertanto, che il legislatore, introducendo la predetta disciplina, ha semplicemente preso atto dell'esistenza di tali poteri, la quale deve essere, dunque, altrimenti giustificata.

A questo riguardo, il fondamento della modificabilità dell'atto amministrativo (c.d. *principe de mutabilité des actes administratifs*), talora accostato al c.d. *privilège du préalable*¹⁷⁰, è tradizionalmente rinvenuto nella necessità, immanente all'ordinamento, che all'amministrazione siano attribuiti tutti i mezzi necessari per la realizzazione della

¹⁷⁰ Il principio, enunciato per la prima volta da M. HARIOU, *Note sus C.E. 27 février 1903, Oliver et Zimmermann*, S. 1905, III, 17, consiste nel particolare privilegio attribuito alla pubblica amministrazione di produrre effetti giuridici unilaterali, senza la necessità del consenso del destinatario, né di una preliminare verifica giudiziale in ordine alla legittimità dei propri atti (cfr. ID., *Note sus C.E. 30 mai 1913, Préfet de l'Eure*, Lebon 283, S. 1915, III, 9). In questo modo, secondo l'A., «*l'administration est en partie son propre juge, en ce sens q'elle remplace par décisions exécutoires les jugements q'un particulier serait obligé de demander*». Tale privilegio costituisce «*la règle fondamentale du droit public*» (cfr. C.E., *2 juillet 1982, Huglo*, Lebon 257) e si fonda sull'esigenza che alla pubblica amministrazione siano attribuiti tutti i mezzi necessari per la realizzazione della propria missione di cura dell'interesse pubblico. Il *privilège du préalable*, corrisponde, in buona sostanza, alla titolarità di poteri amministrativi (con conseguente inversione dell'onere di agire) e alla presunzione di legittimità degli atti loro espressione. Dal principio discendono due corollari: il primo consiste nel potere spettante all'amministrazione di portare ad esecuzione i propri atti, a prescindere dal ricorso preliminare ad un'autorità giurisdizionale (c.d. *privilège d'action d'office*, corrispondente alla c.d. autotutela esecutiva); il secondo, nel potere di rimuovere o modificare gli atti già emanati, senza la previa verifica giudiziale della loro validità (corrispondente alla c.d. autotutela decisoria).

sua specifica missione di cura dell'interesse pubblico¹⁷¹. Essendo quest'ultimo per definizione variabile, l'amministrazione deve necessariamente poter disporre della regolazione derivante dai propri atti, modificando le proprie precedenti determinazioni, salva l'intangibilità di alcune situazioni giuridiche riconosciute in capo ai destinatari¹⁷².

La richiamata necessità risponde alla c.d. *loi d'adaptation de l'activité administrative*, la quale, enunciata per la prima volta con riguardo all'attività di servizio pubblico¹⁷³, è stata progressivamente invocata con riferimento all'azione amministrativa nel suo complesso; essa, infatti, «*exprime une nécessité sociopolitique : le principe même d'autorité postule que l'administration conserve la maîtrise de l'ordonnancement juridique qu'elle a établi*»¹⁷⁴.

Se, tuttavia, la legge di adattabilità dell'azione amministrativa costituisce pacificamente la giustificazione *empirica* della modificabilità degli atti amministrativi, maggiore dibattito ha suscitato il suo fondamento *giuridico*.

¹⁷¹ E esso costituisce «*l'impératif propre de l'administration*», secondo R.G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, Parigi, 1969, 32. Sul punto, cfr. P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Parigi, 2009, 45; B. SEILLER, *Acte*, cit., par. 428.

¹⁷² Cfr. J.M. AUBY, *L'abrogation*, cit., 131, nt. 1, il quale afferma che «*[l]e pouvoir d'abrogation trouve son fondement essentiel dans la loi d'adaptation qui domine l'activité administrative. Pur poursuivre dans les meilleures conditions la finalité d'intérêt général qui lui est impartie, l'administration doit en fonction de circonstances nécessairement changeantes adapter constamment ses normes et ses institutions. Elle doit donc pouvoir mettre fin aux situations juridiques qu'elle a créées, dans la mesure tout au moins où elle ne se heurte pas à des droits acquis*».

¹⁷³ Mutabilità, continuità e uguaglianza costituiscono i caratteri comuni a tutti i servizi pubblici e sono appellate “leggi di ROLLAND”, in quanto enunciate per la prima volta da L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Parigi, 1951, 18. In argomento, vedasi J.P. MARKUS, *Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers*, in *RFDA*, 2001, 589 ss.

¹⁷⁴ P. LEWALLE, *L'abrogation des actes administratifs unilatéraux*, in *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1970, 138.

A questo riguardo, la dottrina classica¹⁷⁵ – con echi che perdurano nelle elaborazioni più recenti¹⁷⁶ – ha ritenuto di fondare la (im)modificabilità degli atti amministrativi in base al criterio delle *situazioni giuridiche* prodotte, distinguendo fra situazioni giuridiche generali (o oggettive) e situazioni giuridiche individuali (o soggettive). Le prime sono quelle originate dagli *actes-règles* (legge e regolamenti), i quali possono sempre essere modificati dal proprio autore, mediante un rinnovato esercizio del potere iniziale, in quanto non conferiscono diritti stabili al loro mantenimento; le seconde, invece, sono prodotte dagli *actes subjectifs* (provvedimenti e contratti), i quali devono ritenersi dotati di una intangibilità in principio, in quanto attributivi di diritti soggettivi,

¹⁷⁵ Il riferimento è, in particolare, alla c.d. Scuola di Bordeaux, il cui maggiore esponente fu L. DUGUIT. La teoria è esposta, in tutte sue implicazioni, in L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1927 (III ed.), 1, 200 ss., spec. 307 ss.; nonché nell'opera del di lui allievo R. BONNARD, *Precis de droit administratif*, Parigi, 1943 (IV ed.), spec. 24 ss. Essa si pone nel filone di pensiero del c.d. oggettivismo giuridico, nato, in contrapposizione al paradigma volontaristico ricalcato sul modello privatistico-negoziale sul quale era stato fondato il diritto pubblico dalla tradizione c.d. soggettivista, al fine di porre dei limiti al potere dello Stato secondo un'ideologia d'ispirazione liberale. Secondo il pensiero c.d. oggettivista, «*le législateur doit [...] seulement légiférer en fonction, non des préférences subjectives de ceux qui élaborent la règle de droit ou de ceux à qui elle est destinée, mais de ce que lui suggère l'état des relations sociales ; il n'est pas là pour consacrer des prérogatives individuelles que le sujet pourra revendiquer contre autrui ou l'état, mais simplement pour faire en sorte que la règle de droit organise des garanties qui s'appliqueront objectivement et mécaniquement à tous ceux entrant dans son champ*» (così B. PLESSIX, *op. cit.*, 554). In quest'ottica, i rapporti giuridici non sono intesi come un'opposizione di volontà contrapposte (simmetriche o asimmetriche), bensì quali *situations juridiques*, collegate ad un bene o ad una qualità, il cui regime è integralmente stabilito dal diritto positivo; così come l'atto giuridico non trova il suo fondamento nell'autonoma volontà del suo autore, bensì nella regola obiettiva di diritto oggettivo che le conferisce esistenza giuridica (cfr. *ivi*, 556). Sulla Scuola di Bordeaux v. altresì la sintetica ma completa nota di A. SANDULLI, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia*, Milano, 2009, 19, nt. 59.

¹⁷⁶ Come rilevato da P. LEWALLE, *op. cit.*, 112: «*les auteurs contemporains ont conservé la summa divisio des situations et des actes dont on trouve l'archétype chez L. Duguit*».

salvo intervenga un c.d. atto contrario che, nei casi e con le modalità tassativamente previste dalla legge, ne modifichi o faccia cessare gli effetti¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Cfr. A. DE LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, 1957, 179: «[l]a suppression de cette situation ne peut résulter que d'un nouvel acte administratif (dit «acte contraire») qui ne pourra être accompli que selon les procédures et formes prévues par la loi; ed d'autres termes, l'auteur de l'acte ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour revenir sur la décision qu'il a prise; il peut seulement disposer d'une compétence réglementée en vue de prendre une nouvelle décision contraire à la première». In termini generali, a differenza dell'*abrogation*, che costituisce un rinnovato esercizio del potere di primo grado (e quindi non necessita di una legge che la preveda), l'«atto contrario» esprime un potere distinto e autonomo rispetto a quest'ultimo, che, in ossequio al principio di legalità, deve trovare espressa previsione in una disposizione normativa, che identifichi l'organo competente, i casi tassativi di esercizio e il procedimento di adozione, per ciascuna ipotesi estintivo-modificativa dell'atto creatore. Per comprenderlo, soccorre ancora M.J. AUBY, *L'abrogation*, cit., 132, per il quale «l'abrogation est une procédure étroitement liée à l'acte initial, tandis que l'acte contraire est un acte "nouveau" distinct du précédent. On considérera donc que l'on est en présence d'un acte contraire : si le texte donne compétence à une autorité différente de celle qui a pris l'acte initial ; si le texte établit à propos de cet acte une procédure particulière, tout à fait différente de celle applicable à l'acte initial ; si le texte décide que cet acte ne peut être pris que dans des cas déterminés (l'administration apprécie en effet très largement les motifs d'abrogation)». Secondo la Scuola di Bordeaux, pertanto, gli atti produttivi di diritto oggettivo (leggi, atti regolamentari) godono di una modificabilità in principio, diversamente dagli atti creatori di diritti soggettivi (provvedimenti, contratti), i quali possiedono uno statuto di immodificabilità in principio, salvo che la legge preveda un autonomo potere di cessazione dei loro effetti attraverso l'emanazione di un c.d. atto contrario. Nella nostra letteratura, sul tema del rapporto fra autotutela e principio di legalità nel diritto francese, cfr. N. BASSI, *op. cit.*, 363 s., nt. 143, il quale precisa come «nel sistema amministrativo francese [...] la revoca [...] di provvedimenti amministrativi legittimi [...] è ammessa solo quando si tratti di atti che non abbiano creato dei diritti soggettivi nei rispettivi destinatari: quando ciò invece sia avvenuto, la revoca è possibile solo nei casi e nei modi pretesi dalla legge»; sull'autotutela in generale, cfr. A. SIMONATI, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in G. FALCON, D. DE PRETIS, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, spec. 61 ss., la quale precisa opportunamente come «[r]elativamente alle misure costitutive di posi-

La dottrina contemporanea ha sottoposto a critica tale impostazione, rilevando come il predicato dell'intangibilità non appartenga all'atto, bensì alle situazioni giuridiche da esso create, le quali possono essere o meno dotate di un carattere di stabilità, in relazione ai limiti posti dalla legge o dai principi generali individuati dalla giurisprudenza alla modificabilità di cui devono ritenersi in principio dotati tutti gli atti amministrativi¹⁷⁸. È stato, in tal modo, chiarito che il provvedimento non è un atto amministrativo che non può essere modificato, bensì un atto che il suo autore (a certe condizioni) non ha (più) il potere di modificare, a tutela della stabilità delle situazioni amministrative da esso create¹⁷⁹.

Peraltro, è stato evidenziato come la richiamata dicotomia si basi, a ben vedere, su una confusione fra *droit créés* e *droit acquis*¹⁸⁰: se tutti gli atti giuridici – generali ed

zioni individuali favorevoli, opera, nell'ordinamento francese, la cosiddetta *intangibilité des effets individuels des actes administratifs*, la quale, lungi, naturalmente, dal determinare l'immutabilità degli effetti prodotti dall'atto, comporta che esso possa essere rimosso esclusivamente mediante la *procédure de l'acte contraire* e comunque nel rispetto dei diritti quesiti» (67-68).

¹⁷⁸ Cfr. C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, 63: «*le principe de mutabilité caractérise les actes administratifs unilatéraux, le principe d'intangibilité concerne les situations juridiques créées, dont la protection peut, le cas échéant, interdire le retrait ou l'abrogation des actes administratifs unilatéraux, introduisant ainsi une exception au principe de leur mutabilité.*»

¹⁷⁹ Cfr. M.D. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 252: «*Pourtant cet acte peut être supprimé ou modifié par un autre acte ayant le même caractère exécutoire. Tel est le principe. Mais il y a des situations créées par des actes administratifs qui, à titre exceptionnel ne peuvent être abolies ni modifiées. Ces situations sont déterminées par la loi, ou, en cas de silence de la loi, par les principes généraux admis par la jurisprudence. Nous pouvons donc affirmer qu'en principe les actes administratifs sont révocables, à l'exception des deux cas suivants : a) si la loi a interdit cette revocation, b) si la revocation peut se trouver en contraffection avec les situations qui, d'après les principes généraux énoncés surtout par la jurisprudence, doivent être protégées.*»

¹⁸⁰ Per questa critica cfr. C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, 287.

individuali – sono, infatti, idonei a creare diritti individuali (*droit créés*)¹⁸¹, solo alcuni – e indipendentemente dalla loro natura generale o individuale – sono in grado di costituire diritti suscettibili di divenire acquisiti (*droits acquis*)¹⁸². È stata, così, dimostrata l'autonomia della nozione di *droit acquis* rispetto al regime degli atti amministrativi¹⁸³.

In tal modo, l'attitudine ad essere modificati accomuna tutti gli atti amministrativi (questa, del resto, l'impostazione accolta da ultimo dal *Code*), siano essi regolamentari, ovvero non regolamentari¹⁸⁴. Essa caratterizza strutturalmente la «cosa decisa»

¹⁸¹ Tutti gli atti amministrativi unilaterali, infatti, vincolano anche la stessa amministrazione in ordine al loro rispetto, sulla base del principio del «*patere regulam quam fecisti*». L'atto amministrativo, pertanto, fa sempre sorgere in capo al destinatario un c.d. diritto alla produzione degli effetti, il quale va tenuto distinto dal c.d. diritto al mantenimento degli stessi (il *droit acquis*). Su questi profili, v. G. ZALMA, *Patere regulam quam fecisti ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux*, in RDP, 1980, 1099 ss.

¹⁸² A questo proposito, puntuale il rilievo di C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, 57, nt. 186, secondo il quale: «[s]i dans certains cas l'abrogation est interdite, cela tient à la considération des effets de l'acte et à l'identification d'un droit acquis, et non pas à la considération de l'acte lui-même». Sulla Scuola di Bordeaux v., *amplius, ibi*, 284 e *contra* la posizione dell'A., *ibi*, 449, per il quale «le principe de mutabilité des actes juridiques est [...] fondé sur l'idée d'un 'progrès présumé' assuré par les changements du droit et, s'il connaît des exceptions, celles-ci ne s'expliquent pas par la nature de l'acte, mais par la prise en considération des faits, des situations créées dans le temps».

¹⁸³ Cfr. C. SANTULLI, *op. cit.*, 87, il quale rileva come «[l]es droits acquis et les actes créateurs de droits doivent être dissociés. Les deux concepts ne sont pas unis par un lien logique d'implication : tous les actes créateurs de droits ne permettent pas de créer des droits acquis, qui ne résultent pas nécessairement d'un acte créateur de droits».

¹⁸⁴ Sono definiti *non réglementaires* gli atti che concretizzano una regola astratta (sancita da una legge o da un atto regolamentare): essi ricomprendono tanto gli *actes individuels* (provvedimenti), quanto gli *actes ni réglementaires ni individuels* (altresi chiamati *décisions d'espèce* o *actes particuliers*), i quali costituiscono una figura ibrida, poiché a differenza dell'atto regolamentare disciplinano una situazione concreta e determinata (in applicazione dell'atto normativo), ma diversamente dall'atto individuale non identificano, se non indirettamente, i soggetti destinatari degli effetti (nella categoria rientrano, a titolo d'esempio, gli atti amministrativi generali). Sulla distinzione fra atto regolamentare e atto individuale, v. J.M. RAINAUD, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Parigi, 1966. A

(*chose décidée*), la quale, diversamente dalla «cosa giudicata» (*chose jugée*), rappresenta un atto che il suo autore ha il potere di modificare, per il migliore perseguimento dell'interesse pubblico, salva l'intangibilità di alcune situazioni protette¹⁸⁵.

prescindere dalle classificazioni, secondo R.G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 361, «[p]arler d'«*opposition radicale*» [fra atti regolamentari e non regolamentari] *semble excessif. La fonction administrative est une; les conditions de son exercice ne peuvent varier du tout au tout selon la nature des actes émis*». Significativa appare, a tal proposito, l'estensione del termine *abrogation* (originariamente riservata ai soli atti normativi) anche all'ipotesi di cessazione di effetti *ex nunc* degli atti amministrativi non regolamentari: avanzata per la prima volta da J.M. AUBY, *L'abrogation*, cit., 131, tale operazione risponde ad una necessità giuridica. Secondo l'A., *ibidem*, «[s]i l'on s'accorde en general pur parler d'abrogation à propos des actes administratifs réglementaires, la pratique administrative et la terminologie doctrinale emploient souvent d'autres termes à propos des actes particuliers e parlent ainsi de retrait ou de révocation. Assurément, la distinction des règlements et des actes particuliers présente en la matière un certain intérêt. Cependant, cet intérêt demeure très secondaire et d'une manière générale abrogation stricto sensu et retrait ou revocation apparaissent comme deux aspects d'une même institution». A nostro avviso, proprio nel descritto utilizzo del termine *abrogation* per identificare non solo la cessazione degli effetti *ex nunc* degli atti normativi, ma anche di quelli individuali (non creatori) consiste la causa genetica del disguido terminologico (su cui v. nt. 85) ereditato dalla nostra dottrina con riguardo all'istituto dell'abrogazione (la quale rappresenta una traslazione terminologica della prima). Se nel diritto francese, l'abrogazione legislativa, quella degli atti normativi e quella degli atti individuali (non creatori) rappresenta un fenomeno giuridicamente omogeneo consistente nella cessazione non retroattiva degli effetti di un atto a seguito del rinnovato esercizio (negativo, modificativo o positivo – abrogazione implicita –) dello stesso potere alla base dell'atto abrogato, così non è nel nostro ordinamento. Nel diritto italiano, infatti, come si è cercato di dimostrare nel presente capitolo, se l'istituto dell'abrogazione è certamente idoneo ad identificare il fenomeno modificativo degli atti amministrativi normativi, appare invece scorretto il suo utilizzo con riferimento agli atti individuali, in quanto, rappresentando l'esercizio di un diverso potere (nella misura in cui esso incide su posizioni giuridiche soggettive perfette), non può ricevere una spiegazione diversa rispetto all'esercizio di un potere di revoca ad efficacia *ex nunc* (e, come tale, è infatti correttamente identificata dal diritto positivo).

¹⁸⁵ Cfr. B. SEILLER, *Acte*, cit., par. 427, il quale rileva «*la profonde différence qui distingue l'autorité de chose décidée de l'autorité de chose jugée. Alors qu'un jugement passé en force de chose jugée échappe désormais à*

Secondo la dottrina contemporanea, il fondamento giuridico del potere di modifica non può essere ricavato né dal regime degli atti (che dipende dall'esistenza di tale potere), né dalla natura delle situazioni giuridiche da questi create (che ne costituiscono, piuttosto, un limite), bensì è ritenuto connaturato alla norma attributiva del potere di primo grado (*pouvoir initial*): quest'ultimo, infatti, in ossequio alla richiamata legge di adattabilità dell'azione amministrativa, «*ne s'épuise pas par le premier usage*»¹⁸⁶. In tal senso, le amministrazioni «*[d]e la même façon qu'elles doivent jouir d'un pouvoir de décision initial, elles doivent disposer d'un pouvoir de décision rectificatif*»¹⁸⁷.

Conseguentemente, il regime giuridico degli atti di modifica (e di ritiro) trova il proprio fondamento di legalità (*sub specie* di legalità c.d. esterna, relativa cioè alla competenza, al procedimento e alla forma) nella norma attributiva del potere di primo grado, in virtù dei principi (di origine giurisprudenziale) del *parallélisme des compétences* (l'amministrazione competente a modificare o ritirare un atto è quella attualmente competente alla sua emanazione)¹⁸⁸ e del *parallélisme des procédures* (il procedimento da

toute possibilité de remise en cause, la décision administrative dotée de l'autorité de la chose décidée n'est pas seulement susceptible d'une annulation ou d'une déclaration d'illégalité juridictionnelle ; elle reste précaire, à la merci d'une modification ou d'une suppression décidée par l'autorité administrative compétente.

¹⁸⁶ J. CARBAJO, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, Parigi, 1980, 110.

¹⁸⁷ B. SEILLER, *Acte*, cit., par. 428: «*[c]e dernier se justifie même doublement. D'une part, comme l'intérêt général est par essence variable, il convient de permettre la remise en cause des décisions antérieurement prises en vue de sa réalisation et qui paraissent désormais inadaptées. D'autre part, l'intérêt général commande un strict respect de la hiérarchie des normes et exige que l'administration soit en mesure de faire disparaître ou de corriger les décisions administratives illégales.*

¹⁸⁸ Secondo la giurisprudenza «*[e]n principe l'autorité administrative compétente pour modifier, abroger ou retirer un acte administratif est celle qui, à la date de la modification, de l'abrogation ou du retrait, est compétente pour prendre cet acte et, le cas échéant, s'il s'agit d'un acte individuel, son supérieur hiérarchique*» (Conseil d'État, 30 settembre 2005, *Ilouane*).

seguire per modificare o ritirare un atto è quello previsto per la sua emanazione)¹⁸⁹.

Quanto, invece, al profilo della legalità c.d. interna (vale a dire della disciplina dei limiti e degli effetti del potere), gli atti di modifica devono rispettare le norme relative alla cessazione degli effetti dell'atto, che, come anticipato, oggi trovano espressa disciplina normativa nel *CRPA* (L240-1 e ss.).

Alla luce di quanto precedentemente esposto, possono trarsi alcune riflessioni conclusive di carattere comparativo.

Nel diritto francese, il fondamento giuridico della modifica-abrogazione dell'atto amministrativo (generale e individuale) è analogo al fenomeno dell'abrogazione degli atti legislativi e consiste in un rinnovato esercizio del potere iniziale, idoneo a far cessare (*ex nunc*) gli effetti dell'atto precedentemente emanato. Il potere di modifica, pertanto, ha carattere di privilegio generale, in quanto è considerato implicito nella norma attributiva del potere di primo grado, rispetto al quale esso non costituisce una fattispecie autonoma.

Coerentemente, i poteri di riesame non necessitano di una specifica attribuzione normativa, trovando il proprio fondamento di legalità nella disciplina del potere di primo grado, alla quale sono soggetti con riguardo al profilo della competenza e del procedimento (secondo i richiamati principi del *parallelisme*).

Nondimeno, qualora la modifica abbia ad oggetto atti amministrativi individuali creatori di diritti, essa è assoggettata ad una disciplina più stringente, oggi sistematizzata dal *Code des relations*. Tale conformazione in astratto del potere, come rilevato, non fonda l'attribuzione di una potestà distinta e autonoma rispetto a quella di primo grado, bensì si limita a regolamentare il fenomeno della cessazione degli effetti

¹⁸⁹ Secondo la giurisprudenza «[u]ne autorité administrative est tenue de se conformer aux règles de procédure à caractère réglementaire qu'elle a elle-même édictées aussi longtemps qu'elle n'a pas décidé de procéder à leur abrogation» (*Conseil d'État*, 15 maggio 2000, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*).

dell'atto già emanato, positivizzando principi tradizionalmente elaborati in sede giurisprudenziale.

Non paiono, in effetti, sussistere indizi normativi idonei a configurare i poteri in esame come autonomi rispetto alla potestà di primo grado.

In primo luogo, nell'esercizio dei poteri di modifica o di ritiro, la pubblica amministrazione non è tenuta a svolgere alcun bilanciamento in concreto fra l'interesse pubblico e l'affidamento legittimo del destinatario, essendo tale operazione già effettuata "in astratto" dal legislatore, laddove è temporalmente limitata (per motivi di legittimità), se non preclusa (per ragioni di opportunità, in assenza di istanza del beneficiario), la ritrattabilità del provvedimento creatore di diritti¹⁹⁰. Gli interessi valutati

¹⁹⁰ In linea con la tradizione oggettivista del diritto amministrativo francese (v. nt. 175), la tutela del legittimo affidamento rappresenta solamente un riflesso del più ampio principio di *sécurité juridique*: quest'ultimo, in termini generali, esige la sottoposizione del potere a regole astratte, dotate di una certa qualità, da applicarsi indipendentemente da valutazioni in ordine al caso concreto e alla situazione soggettiva del destinatario. Il legittimo affidamento è, in tal modo, garantito non sul piano subiettivo-concreto (bilanciamento), bensì sul piano obiettivo- astratto (conformazione legale del potere). Sul sistema "obiettivo" e "legalista" di tutela della *confiance légitime* nel diritto francese si rinvia a B. BONNET, *L'analyse des rapports entre administration et administrés au travers du prisme des principes de sécurité juridique et de confiance légitime*, in *RFDA*, 2013, 718 ss.; L. TARTOUR, *Le principe de protection de confiance légitime en droit public français*, in *RDP*, 2013, il quale rileva come «[c]ontrairement à la sécurité juridique, la protection de la confiance légitime n'est pas, on l'a dit, reconnue comme un principe en droit français. [...] Celle-ci est bien souvent définie en comparaison avec le principe de sécurité juridique, le premier s'appréciant de manière subjective, le second se référant à des critères objectifs» (307 ss.); nonché S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Parigi, 2001, spec. 637 ss.; M. FROMONT, *Le principe de sécurité juridique*, in *AJDA*, 1996, il quale opportunamente precisa come la categoria degli atti creatori di diritti non è «susceptible de varier selon la situation concrète de la personne qui en est le destinataire» (179). Nondimeno, la dottrina richiamata ha messo in luce come, essendo di fatto rimessa alla casistica

dall'amministrazione sono, dunque, sempre della stessa sorta di quelli in base ai quali è stato adottato l'atto originario.

Tale rilievo non riguarda solamente l'ipotesi in cui l'amministrazione modifica o pone fine agli effetti dell'atto per ragioni di opportunità (in relazione al perseguimento dell'interesse primario, in bilanciamento con gli interessi secondari, analogamente alla decisione iniziale), ma anche qualora questo avvenga per ragioni di legittimità: come, infatti, nella decisione di primo grado l'amministrazione è "giudice" della legittimità dei propri atti (in base al richiamato *privilège du préalable*) per la produzione immediata degli effetti, così, simmetricamente, essa è "giudice" della loro illegittimità, nell'ipotesi in cui decida di porre termine a questi ultimi.

In secondo luogo, appare significativa la previsione della necessità dell'istanza di parte per l'esercizio del potere di modifica (o ritiro) dei provvedimenti legittimi creatori di diritti, la quale costituisce un presupposto tipico dei poteri ampliativi di primo grado e, pertanto, un ulteriore indizio a favore dell'omogeneità delle due situazioni.

Da ultimo, vanno considerati i più volte richiamati principi di parallelismo (della competenza e della procedura), i quali assicurano una disciplina formale del potere analoga a quella prevista per l'esercizio della potestà di primo grado, della quale la funzione di secondo grado è destinata a replicare, dunque, tutti i caratteri (compresa, eventualmente, la natura vincolata, in quanto, come detto, il bilanciamento è sempre escluso).

Da quanto esposto, emerge come il potere di primo grado, così come disciplinato nell'ordinamento francese, deve ritenersi inesauribile, salva l'intangibilità di alcune situazioni soggettive create mediante il suo primo esercizio; il che, del resto,

giurisprudenziale la valutazione in ordine al carattere "definitivo" delle situazioni giuridiche individuali create dagli atti, il principio di sicurezza giuridica sembra, in ultima analisi, contraddire i suoi medesimi presupposti (*sub specie* di prevedibilità-cerchezza del diritto).

equivale a dire che esso si esaurisce nella costituzione delle situazioni giuridiche soggettive medesime.

Coerentemente, il potere di modificare o ritirare atti creatori di *droits acquis* è pacificamente considerato espressione di una potestà autonoma e distinta rispetto a quella di primo grado, finalizzata all'emanazione di un c.d. atto contrario, «*c'est-à-dire portent sur des motifs étrangers à ceux qui ont conduit à l'adoption de l'acte initial*»¹⁹¹, il quale, pertanto, esige un fondamento legislativo autonomo rispetto alla norma attributiva del potere di primo grado¹⁹².

¹⁹¹ G. EVEILLARD, *op cit.*, 439. Una fattispecie di “atto contrario” sovente citata in dottrina è il caso della destituzione di un pubblico funzionario, alla quale l'amministrazione non può provvedere mediante *abrogation* del decreto di nomina, bensì è tenuta ad attivare una *procédure de l'acte contraire*, la quale opera legittimamente solamente al ricorrere di puntuali presupposti. Rappresentando un'ipotesi pressoché residuale, la teoria del c.d. atto contrario è stata scarsamente approfondita dalla letteratura giuridica francese. Fa eccezione l'ottimo contributo di S. CAROTENUTO, *La théorie de l'acte contraire* en droit administratif français, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2002, 3, 1419 ss., nel quale l'A. ha messo in luce l'ambiguità (se non la contraddittorietà) intrinseca alla nozione di “atto contrario”, laddove essa è utilizzata indiscriminatamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza ora in un senso atecnico, quale sinonimo di “parallelismo delle forme” (legato al potere di primo grado), ora in senso tecnico, quale modalità estintiva degli atti creatori di diritti prevista tassativamente dalla legge (autonoma rispetto al potere di primo grado); nonché lo studio monografico di M. BASSET, *Le principe de l'acte contraire*, Parigi, 1968. Annovera l'«*abrogation par acte contraire*» fra i limiti al principio di intangibilità degli effetti degli atti non regolamentari creatori di diritti R. NOGUELLOU, *op. cit.*, 8.

¹⁹² L'atto contrario rappresenta un'ipotesi di abrogazione fondata sulla legge o su una disposizione regolamentare speciale (possibilità espressamente ammessa dall'art. L241-1 del *CRPA*). La differenza rispetto all'*abrogation* ordinaria «*réside d'une part, dans le fait que dans l'abrogation, la remise en cause de l'acte est motivée par son illégalité alors que l'acte contraire obéit à des considérations étrangères à cet acte [...] et d'autre part, dans le fait que l'acte contraire est soumis au régime prévu par les textes qui le rendent possible et est donc soustrait, à la différence de l'abrogation “ordinaire”, au respect des principes de parallélisme des procédures et des compétences*»; così B. SEILLER, *Droit administratif. L'action administrative*, Parigi, 2018, 189.

Alla luce della sintesi svolta, si può conclusivamente constatare l'eterogeneità del regime del *retrait* e dell'*abrogation-modification* rispetto al modello italiano di autotutela decisoria.

La legge italiana sul procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990), infatti, come precedentemente dimostrato, non si limita a regolamentare gli effetti estintivi degli atti di ritiro, bensì attribuisce e disciplina autonomi poteri generali (di revoca e annullamento d'ufficio), distinti – anche se non indipendenti – dal potere di primo grado, in quanto fondati su presupposti tipici e caratterizzati dalla considerazione di interessi ulteriori rispetto alla decisione iniziale (su tutti, il legittimo affidamento del beneficiario), nonché da regole di validità ed effetti peculiari (come il sorgere dell'obbligo indennitario nell'ipotesi di revoca).

In questo senso, il modello italiano di autotutela decisoria sembra possedere caratteri che la avvicinano in maggior misura all'istituto francese dell'atto contrario, il quale, come visto, costituisce la modalità estintiva tipica degli atti amministrativi creatori di diritti, differenziandosene, a ben vedere, solamente in virtù del proprio carattere generale (diversamente dall'*acte contraire* che ha natura sempre speciale)¹⁹³. Conseguentemente, i procedimenti di revoca e annullamento d'ufficio, in quanto generali, devono necessariamente riferirsi alla norma attributiva del potere di primo grado con riguardo alla disciplina della competenza e del procedimento (similmente ai principi del parallelismo previsti per il *retrait* e l'*abrogation-modification*), ma nondimeno rappresentano potestà da esso distinte, da cui la loro necessaria tipizzazione normativa.

Se fosse consentito l'azzardo metodologico, giustificabile in virtù del carattere comparativo del presente paragrafo, di utilizzare l'armamentario dottrinale proprio

¹⁹³ Ogni disposizione attributiva del potere di adottare un atto contrario ha ad oggetto un determinato atto creatore di diritti e stabilisce specifici presupposti, condizioni di validità, limiti e conseguenze del potere di modifica o di ritiro di quest'ultimo.

dell'ordinamento francese per qualificare un istituto di diritto italiano, quale l'autotutela decisoria, si potrebbe affermare come quest'ultima costituisca una "generalizzazione" dell'atto contrario, ovvero una figura ibrida che presenta alcune caratteristiche tipiche degli atti generali di ritiro, quali il *retrait* e l'*abrogation* (il regime di parallelismo, *in primis*, nonché la natura discrezionale), pur rappresentando una potestà autonoma e positivamente regolamentata in tutti i suoi aspetti costitutivi (come l'*acte contraire*).

Ciò pare una conseguenza strettamente legata alla differente natura del procedimento di riesame nei due Paesi. Quest'ultimo, infatti, risponde nel nostro ordinamento ad una logica "subiettivista", nella quale la tutela delle posizioni giuridiche soggettive (eventualmente) sorte dal provvedimento di primo grado è sempre rimessa all'amministrazione, attraverso l'operazione di bilanciamento in concreto (cfr. Cap. III, par. 2): tutti gli atti amministrativi risultano, in quest'ottica, astrattamente modificabili, tanto attraverso il mero riesercizio del potere primario laddove da essi non discendano posizioni soggettive perfette (secondo il fenomeno dell'abrogazione, che equivale esattamente all'*abrogation* del diritto francese), quanto per mezzo dell'esercizio di un generale potere di autotutela decisoria, laddove il riesame abbia ad oggetto un atto produttivo di diritti (similmente all'*acte contraire* d'oltralpe).

Diversamente, nell'ordinamento francese, il riesame risponde ad una logica "oggettivista", riflesso del più ampio principio di *sécurité juridique*, la quale esige che già sul piano obiettivo-astratto (e cioè da parte del legislatore) sia risolto il bilanciamento degli interessi e, conseguentemente, sia garantita la tutela delle posizioni soggettive degli amministrati¹⁹⁴: cosicché, risultano modificabili in via generale (attraverso il rin-

¹⁹⁴ Cfr., in senso analogo, D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in D. CORLETTI (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007, spec. 6 ss., il quale rileva come nel sistema francese «la radicale distinzione [...] è quella che contrappone atti che creano diritti e atti ai quali non viene riconosciuta questa attitudine. Si deve notare

novato esercizio del potere primario) esclusivamente gli atti amministrativi non produttivi di diritti acquisiti, essendo necessaria, di contro, una puntuale autorizzazione legislativa che stabilisca le specifiche condizioni per il valido riesame di ciascun atto produttivo di diritti perfetti (il c.d. *acte contraire*).

Prime conclusioni parziali – *Constatazione del “polimorfismo” strutturale della riforma dell’atto amministrativo. Conseguente necessità di accogliere una prospettiva dell’indagine di tipo dinamico-funzionale.*

L’argomentazione svolta nei paragrafi che precedono può essere riordinata e semplificata nei seguenti termini.

La riforma dell’atto amministrativo rappresenta una rinnovazione innovativa dell’atto riformato e, in quanto tale, consiste in una riedizione, di carattere sostitutivo, del potere di primo grado (laddove, ovviamente, la potestà primaria possa dirsi ancora sussistente in capo all’organo competente), del quale può esprimere tutti i possibili contenuti. Essa, per ciò, si accompagna sempre alla cessazione di taluni effetti dell’atto modificato.

subito che tale fondamentale articolazione non è operata, a posteriori, sulle particolarità del caso concreto, ma risulta da una astratta classificazione [...] per categorie, per tipi di atti». «Sicché si può dire che c’è una “lista prestabilita di atti precari”, di atti dei quali non è garantita la permanenza, dato che non fanno nascere diritti» (8). Si tratta, dunque, di un «sistema del tutto oggettivo, imperniato in primo luogo sulla prefissione di categorie di atti (creatori di “diritti”) per i quali si pone una esigenza di rispetto delle posizioni che ne nascono» (25). «La condizione soggettiva di affidamento viene quindi oggettivata e formalizzata, finendo per essere compresa o “incorporata” nel concetto di *droits acquis*» (27).

In quest'ottica, le condizioni strutturali della modificazione di un atto giuridico attengono alla più ampia questione della configurazione dei rapporti fra atti espressione della medesima funzione, e cioè al profilo della loro c.d. efficacia formale. In altri termini, il regime di modificabilità dipende strettamente dalla modalità attraverso cui il diritto positivo consente la cessazione degli effetti di un atto a seguito del rinnovato esercizio del potere originario.

Si tratta, perciò, di verificare quando, ed eventualmente a quali condizioni, il diritto positivo ammette la realizzazione del fenomeno di sostituzione modificativa fra atti cronologicamente successivi che sono espressione di un medesimo potere: in particolare, se tale effetto si realizzi automaticamente per mezzo della mera riedizione del potere iniziale, ovvero se il risultato demolitorio possa essere ottenuto esclusivamente attraverso il ricorso ad autonomi poteri.

A questo proposito, il fenomeno della cessazione degli effetti degli atti amministrativi è regolato in maniera diversificata dal diritto positivo, il quale contempla due possibili modalità estintive.

La prima consiste nella c.d. abrogazione, la quale rappresenta un fenomeno giuridico di cessazione non retroattiva degli effetti di un atto, conseguente al mero rinnovato esercizio dello stesso potere alla base dell'atto abrogato. Si tratta, in altri termini, di una modalità di risoluzione delle antinomie fra atti cronologicamente successivi, la quale, laddove essi condividano la medesima "forma-forza", è risolta dal diritto positivo a mezzo della prevalenza dell'atto successivo su quello cronologicamente precedente.

Si tratta di una forma di cessazione degli effetti tipica delle funzioni pubbliche "a flusso continuo" (quali quelle materialmente normative, creatrici di diritto oggettivo), con riguardo alle quali il diritto positivo prevede l'automatica modificabilità degli atti di loro espressione, a seguito del mero rinnovato esercizio del potere originario, secondo un canone di "novità".

Il fondamento positivo del fenomeno abrogativo discende, in primo luogo, dall'art. 15 delle preleggi, il quale, pur avendo ad oggetto l'esercizio della funzione legislativa formale, risulta senz'altro applicabile agli atti amministrativi che di quest'ultima condividono la materia (atti amministrativi normativi e generali). L'articolo in discorso dispone, nello specifico, la cessazione degli effetti di un atto normativo a seguito di una statuizione di abrogazione espressa, ovvero per incompatibilità fra le disposizioni precedenti e quelle derivanti dal rinnovato esercizio del potere normativo (abrogazione implicita).

Cosicché, con riguardo agli atti amministrativi normativi e generali, il regime di modificabilità (nella forma della "modifica" o della "variante") è stato ricostruito come un fenomeno giuridico di abrogazione implicito-automatica (parziale) dell'atto originario, realizzato attraverso il mero rinnovato esercizio della funzione primaria.

Al di fuori della funzione normativa materiale, ulteriori ipotesi abrogative, con riguardo a provvedimenti amministrativi individuali, sono state rinvenute in alcuni plessi normativi speciali, in particolare nelle materie soggette al principio di precauzione e alle logiche prudenziali, ove il contenuto condizionante-conformativo degli atti autorizzatori (che si è sostenuto, pur sempre, rappresentare l'espressione di una funzione regolatorio-prescrittiva) può (e, talora, deve) essere modificato dall'amministrazione mediante la riedizione del potere primario, al fine del costante (e fisiologico) adeguamento delle statuizioni provvedimentali alle sopravvenienze.

Nelle ipotesi da ultimo considerate, l'adeguamento delle prescrizioni condizionali – al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge – comporta l'automatica sostituzione delle prescrizioni originarie, secondo un fenomeno di abrogazione implicita. Per questa peculiare attitudine, i poteri in discorso sono stati ricondotti ad una fattispecie di "riforma-riesercizio".

Al di fuori delle summenzionate ipotesi (tipiche), la cessazione degli effetti dei provvedimenti amministrativi individuali, in ragione della loro specifica efficacia sostanziale, che si impone come vincolante anche nei confronti dello stesso autore dell'atto, è realizzabile esclusivamente attraverso il ricorso a poteri speciali (che si sono dimostrati autonomi rispetto alla potestà primaria), riconducibili all'alveo della c.d. autotutela amministrativa decisoria (o ai cc.dd. procedimenti di riesame in secondo grado).

A questo fine, il diritto positivo (ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990) prevede uno specifico potere, c.d. di revoca, per l'eliminazione non retroattiva degli effetti di un provvedimento amministrativo, subordinando il suo esercizio al ricorrere di specifici presupposti e al rispetto di taluni limiti, nonché sottoponendolo ad un regime giuridico del tutto peculiare.

Per quanto detto, il mero riesercizio del potere di primo grado non è idoneo, ai sensi del diritto positivo, a comportare la cessazione automatica degli effetti di un provvedimento amministrativo precedente, essendo necessaria a tal fine un'espressa statuizione di revoca (secondo un canone non già di "novità", bensì di "revocabilità"). Il fenomeno di prevalenza di un provvedimento amministrativo posteriore nei confronti dell'anteriore, infatti, non può ricevere una spiegazione giuridica differente rispetto all'esplicazione di un potere revocatorio (il quale perciò, per il suo valido esercizio, dovrà rispettare tutte le condizioni e i limiti previsti dall'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990).

Il regime di modificabilità degli atti amministrativi individuali, perciò, non risponde ad una logica "abrogativa", bensì consegue sempre all'esercizio combinato della potestà primaria, nella parte in cui introduce nuovi contenuti nel provvedimento riformato, e del potere di revoca, nella misura in cui comporta la cessazione (parziale) degli effetti di quest'ultimo. In ragione di ciò, il fenomeno in discorso è stato ricondotto ad una fattispecie di "riforma-riesame".

A tal riguardo, non deve trarre in inganno, come più volte segnalato nel corso della trattazione, l'utilizzo, da parte della dottrina tradizionale, della figura dell'"abrogazione" come sinonimo di "revoca" dell'atto per sopravvenienza ad efficacia *ex nunc*. Se, infatti, le figure dell'"abrogazione" e della "revoca" condividono il medesimo effetto di eliminazione non retroattiva degli effetti di un atto precedente, nondimeno, come detto e ampiamente dimostrato nei paragrafi precedenti, esse rappresentano espressioni di due poteri radicalmente differenti.

In particolare, si è sostenuto che tale inopportuna sovrapposizione terminologica discenda dal consolidamento di una tralatizia impostazione dottrinale, che ha originariamente operato una mera traslazione lessicale del termine francese *abrogation*, il quale, se nel contesto dell'autotutela decisoria "alla francese" è utilizzato esattamente per indicare la cessazione non retroattiva degli effetti di un atto conseguente al riesercizio del potere originario, nel sistema dell'autotutela "all'italiana" risulta, invece, del tutto improprio.

In conclusione di capitolo, può dunque affermarsi come l'indagine fino a qui condotta abbia rivelato il carattere "polimorfico" dell'istituto della riforma dell'atto amministrativo sul piano strutturale. Essa, infatti, non solo ricomprende fenomeni giuridici che si sono dimostrati del tutto eterogenei fra di loro, comportando ora un effetto di abrogazione implicita a seguito della mera riedizione del potere primo ("riforme-riesercizio"), ora l'esercizio di un potere di revoca, accompagnato da una nuova determinazione volitiva ("riforme-riesame"); ma anche, con riguardo a quest'ultima ipotesi, nella misura in cui essa rappresenta l'effetto dell'esercizio combinato di poteri autonomi e distinti sul piano astratto.

Va conclusivamente esclusa la possibilità di configurare una categoria giuridicamente autonoma di modifica dell'atto amministrativo secondo l'esclusivo dato strutturale. Da ciò consegue, come anticipato, l'esigenza di adottare una prospettiva di indagine di carattere dinamico-funzionale.

CAPITOLO II

PROFILI FUNZIONALI DELLA MODIFICA

SOMMARIO: *Premessa* – La modifica nella “logica dell’attività”: il «procedimento aperto» e l’«operazione modificativa». – 1. La decisione di “modificare”: la preferenza per la conservazione (parziale) dell’atto quale espressione del principio (oggettivo) di conservazione dei valori giuridici. – 2. Riflessi funzionali della «riforma-riesercizio»: la continuità della funzione e il «procedimento aperto»; verso un superamento della distinzione fra procedimenti di primo e di secondo grado. – 3. Riflessi funzionali della «riforma-riesame»: utilità della categoria giuridica dell’«operazione amministrativa» per comprendere la fenomenologia della vicenda modificativa intesa come superiore unità di procedimenti tipici funzionalmente coordinati verso un risultato di “modifica”. – 3.1. (Segue.) La “modifica” come «risultato operativo»; conseguenze applicative sul piano della piena attuazione delle c.d. garanzie procedurali. – 3.2. (Segue.) I possibili riflessi in punto di motivazione e di effettività del (successivo) sindacato giurisdizionale. *Seconde conclusioni parziali* — Sussiste la possibilità di configurare una categoria giuridicamente autonoma di “modifica” sul piano dinamico. Sulla necessità di indagare la relativa incidenza sul rapporto amministrativo nella sua funzione complementare.

Premessa – *La modifica nella “logica dell’attività”: il «procedimento aperto» e l’«operazione amministrativa».*

La riflessione sulla modifica dell’atto amministrativo, condotta su un piano eminentemente strutturale nel primo capitolo del presente elaborato (nella “logica dell’atto”), si era conclusa con la constatazione dell’opportunità di adottare una prospettiva di indagine di tipo dinamico-funzionale (nella “logica dell’attività”)¹⁹⁵.

È infatti nostro convincimento che l’auspicato mutamento di visuale in ordine all’oggetto del presente elaborato permetta di meglio apprezzare i peculiari riflessi procedurali di entrambe le manifestazioni della modifica dell’atto amministrativo così come distinte alla luce dell’analisi strutturale, la riforma-riesercizio e la riforma-riesame, nonché, con riguardo a quest’ultima fattispecie, di proporre una ricostruzione di carattere unitario.

Quanto alla riforma-riesercizio, si anticipa, l’indagine di carattere dinamico

¹⁹⁵ Intendiamo qui il termine ‘funzione’ nel duplice significato di momento dinamico di trasformazione di un potere in un atto che ha la sua manifestazione sensibile nel procedimento amministrativo, così come nel senso di *deputatio ad finem* dell’attività amministrativa. Sulla polisemia del termine ‘funzione’ imprescindibile è il riferimento a F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1988, 1 ss., oggi anche in ID, *Scritti giuridici*, V, 4081 ss.; nonché F. BENVENUTI, *Semantica*, cit., 3875 ss., il quale intende il concetto di funzione come «elemento di connessione tra potere e atto e quindi come momento di trasmissione dell’energia giuridica contenuta in potenza nella norma e attualizzato nell’atto, e poi, individua nel procedimento il luogo nel quale si manifesta sensibilmente la funzione»; tale significato giuridico è distinto dal significato empirico di funzione come «risultato pratico». In tema, cfr. anche F. MODUGNO, *Funzione (voce)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 301 ss. Per la constatazione dell’insufficienza di uno studio meramente strutturale del fenomeno giuridico, già sul piano della teoria generale, e la conseguente utilità di una prospettiva di indagine di tipo funzionale si confronti l’ultima produzione scientifica di N. BOBBIO, oggi raccolta in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.

consentirà di studiare la peculiare declinazione procedurale (che si descriverà nei termini di un procedimento “aperto”) dell’esercizio di un potere qualificato come inesauribile da parte del diritto positivo, nonché le conseguenze in ordine al regime giuridico dei rapporti procedurali sussistenti nella fase successiva all’adozione del provvedimento oggetto di modifica.

Con riguardo, invece, alla riforma-riesame, la rinnovata impostazione permetterà di verificare se, in questa nuova ottica, è possibile riconoscere al procedimento di modifica uno statuto giuridico unitario, in grado di superare la disarticolazione strutturale individuata sul piano statico e di risolvere, in tal modo, le numerose aporie, già evidenziate, derivanti da una considerazione atomistica delle diverse componenti autoritative dell’istituto in discorso.

Si ipotizza, infatti, – ma la seguente affermazione andrà attentamente verificata e giustificata nel prosieguo del capitolo – che, se in una logica “attizia” il fenomeno modificativo non possa in alcun modo ricevere una spiegazione unitaria, rappresentando, come visto, l’esito di una concorrenza di poteri diversificati, in una prospettiva dinamica esso sia suscettibile di essere ricondotto a superiore unità, in virtù dell’autonomo rilievo giuridico attribuibile, alla luce dei principi generali della materia, ma anche secondo il diritto positivo (soprattutto in seguito all’emanazione della legge sul procedimento), alla “decisione” amministrativa unitariamente intesa e al “risultato” complessivo dell’attività procedimentale, e della conseguente attitudine “unificante” di tali categorie, perlomeno sul piano operativo-procedurale.

Peraltro, la necessità di ricorrere ad una prospettiva dinamica nello studio della vicenda modificativa è condivisa anche dalle più recenti indagini della dottrina intorno al negozio giuridico, il quale ha storicamente costituito il paradigma concettuale per

l'elaborazione della teoria dell'atto amministrativo¹⁹⁶. L'adozione di tale rinnovato punto di osservazione, pertanto, non costituisce una deviazione dalla dogmatica tradizionale, bensì si pone in linea con la progressiva presa di coscienza, trasversalmente acquisita nei diversi settori dell'ordinamento, della necessità di accogliere una prospettiva di indagine di carattere funzionale, in quanto maggiormente ricca di implicazioni nel contesto del diritto (pubblico e privato) contemporaneo.

Del resto, l'impostazione assunta è coerente anche con l'evoluzione delle riflessioni e le più recenti acquisizioni della dottrina intorno alla sistematica del procedimento amministrativo.

Inizialmente, infatti, il fenomeno procedimentale non possedeva un autonomo rilievo giuridico, ma veniva inteso, in una prospettiva "atto-centrica", ancora legata a schemi propri della tradizione pandettistica, come una mera successione di atti preparatori e preliminari all'emanazione del provvedimento finale, nell'ottica del c.d. atto complesso (inteso quale cooperazione di volontà preordinate al conseguimento di un

¹⁹⁶ Per questa constatazione v., in particolare, A. ALAMANNI, *La modifica*, cit., 38-39: «costituendo la modifica un capitolo importante dell'agire giuridico, è parso qui di dover far riferimento a queste tematiche di teoria generale del diritto, ritenendo opportuno effettuare un'opzione di metodo ed aderire ad una impostazione dinamica nello studio del fenomeno modificativo, grazie alla quale se ne valorizza la qualificazione in termini di procedimento, e se ne rivendica l'autonomia, cogliendone sviluppo e connotazioni. [...] Una corretta impostazione del problema delle vicende modificative [...] non può ridursi allo studio delle strutture che consentono la realizzazione della modifica, ma si deve concretare in una prospettiva funzionale tendente a mettere in evidenza che quel risultato, in astratto sempre uguale, ovvero la variazione della fattispecie, può inserirsi in maniera più o meno complessa, più o meno diversificata nelle sue modalità. Un approccio che valorizzi essenzialmente il dato strutturale non può garantire un'analisi completa di questo fenomeno che è contraddistinto da una assenza di configurazione normativa».

effetto giuridico finale)¹⁹⁷, o ancora della teoria del c.d. atto-procedimento¹⁹⁸. In questa prospettiva, solamente «[l]’atto amministrativo arrivava a diventare l’immagine giuridica della decisione amministrativa»¹⁹⁹.

La dottrina successiva, abbandonati i presupposti soggettivo-volontaristici della pandettistica, si è progressivamente sforzata di elaborare una teoria del procedi-

¹⁹⁷ Così, ad esempio D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1903, II, 1 ss.; U. BORSI, *L’atto amministrativo complesso*, in *Studi senesi*, 1903, 3 ss.

¹⁹⁸ Cfr. U. FORTI, “Atto” e “procedimento” amministrativo (note critiche), in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, I, Padova, 1931, 459 ss.

¹⁹⁹ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 99, riprendendo a sua volta M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione: la determinazione procedimentale dell’interesse pubblico*, Torino, 1996, 48, il quale sottolinea come «in un’ottica “riduzionista”, [l’atto] viene assunto quale unico parametro giuridico significativo per l’esame dei processi decisionali, come una sorta di filtro attraverso cui valutare il complesso evolvere dei processi relativi alla sua elaborazione. [...] In realtà, però, si finisce per escludere dalla riflessione giuridica la dinamica sostanziale attraverso cui vengono a formarsi le decisioni amministrative, al punto da far apparire ai giuristi il fenomeno concreto della decisione come un accadimento misterioso ed imperscrutabile, che può essere compreso soltanto in riferimento ai suoi aspetti esteriori e quindi sulla base della sua sola efficacia formale» (50). Per un simile rilievo cfr. M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, ed. spec. da *Enc. dir.*, Milano, 1960, 2, il quale sottolinea come nella dottrina tradizionale l’attività non potesse «formare oggetto di qualificazione se non attraverso la mediazione degli atti nei quali si manifesta» e pertanto «con l’apporre ad un’attività una denominazione si verrebbe [...] a mettere in circolazione una sintesi verbale, più che una qualificazione giuridica, e precisamente si verrebbero ad indicare certe proprietà giuridiche possedute da tutti gli atti che un soggetto pone in essere allorché agisce in esercizio di un’attività determinata».

mento quale fattispecie autonoma, definendone dapprima le componenti strutturali²⁰⁰, per poi ricostruirla quale forma di esercizio della funzione amministrativa, intesa come momento obiettivo di trasformazione del potere in un atto²⁰¹. Quest'ultima rinnovata considerazione del momento procedimentale, pur in una concezione ancora servente rispetto all'atto e connotata in senso autoritativo²⁰², ha avuto l'indiscusso

²⁰⁰ L'operazione è compiuta da A.M. SANDULLI, nel fondamentale *Il procedimento amministrativo* del 1940, già citato.

²⁰¹ Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, II, 1, 118 ss., oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1117 ss., che definisce il potere come «la storia causale dell'atto» (1124). Dal punto di vista giuridico il concetto benvenutiano di “funzione” è erede della nozione donatiana del potere come energia giuridica (su cui v. D. DONATI, *Atto complesso*, cit., 5, secondo il quale «la semplice attribuzione di un potere di fare a un soggetto, non rappresenta, in sé e per sé, che una energia potenziale, la quale si trasforma in attuale solo coll'esercizio»), visto nella sua declinazione dinamica quale “momento ideale, fra energia potenziale ed energia attuale” (F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., 121), secondo una ricostruzione vicina al concetto di *Stufenbau* di Kelsen e Merkl (ampiamente citati in nota dall'A.). Secondo L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa*, cit., 124 ss., il concetto benvenutiano di “funzione” è debitore, dal punto di vista fenomenologico, della teoria filosofica dell'intenzionalità di E. HUSSERL (*Logische Untersuchungen. Erster Theil. Prolegomena zur reinen Logik*, Halle, 1910), patrimonio teorico condiviso dagli Autori della sua generazione, nonché della nozione matematica di funzione propria del pensiero di E. MACH (*Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung*, Leipzig, 1905), intesa quale relazione necessaria fra due insiemi (dominio e codominio) e, in senso giuridico, fra l'insieme “poteri astratti” (dominio) e l'insieme “provvedimenti concreti” (codominio) – in formula “provvedimento concreto = f (poteri in astratto)”. La tesi è estremizzata da G. BERTI (*La pubblica amministrazione come organizzazione*, spec. 280 ss.; *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 779 ss.), secondo il quale la funzione non è forma, ma sviluppo materiale dell'energia giuridica, da intendersi come momento fenomenologicamente distinto rispetto a quello di formazione dell'atto giuridico.

²⁰² Anche se, si badi, permeata dal tentativo di rendere manifesto (e, pertanto, sindacabile) il processo di formazione dell'atto, garantendo nel contempo la partecipazione degli amministrati in

merito (fra i tanti) di porre le basi per uno studio dell'attività amministrativa quale

seno al procedimento, in funzione non solo di difesa, ma anche collaborativa e solidaristica, in attuazione dei precetti costituzionali e in piena adesione alla visione “demarchica” propria del Maestro: «è questo il grande principio che qualifica la libertà dei post-moderni, una libertà che consente la partecipazione nell'attività delle strutture pubbliche, ma al tempo stesso impegna l'individuo ad agire non solo nel proprio esclusivo interesse, ma avendo presente la ricaduta della sua azione nell'interesse della collettività» (F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006). Sulla descritta impostazione dottrinale, si consideri la critica da parte del pensiero liberale, condensata da M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, 2000, 88-90, la quale, seppur da noi non condivisa (nella sua sostanza di *critica*), appare preziosa per comprendere i presupposti culturali della visione benvenutiana: «[s]ul piano ideologico, non può non rilevarsi che si tratta in essenza di dottrine ben distanti dalla tradizione liberale. Ciò almeno alla luce di due considerazioni. Anzitutto, si configura una concezione amplissima della sfera pubblica, se non propriamente totalizzante per coloro che auspicano esplicitamente il pieno superamento del dualismo tra stato e società, come è il caso dei comunitaristi cattolici. Di questi ultimi non deve trarre in inganno l'anti-statalismo o l'avversione per il potere o per la soggettività pubblica, tutti aspetti che potrebbero attrarre la simpatia di qualche (ingenuo) studioso liberale. [...] L'amministrazione locale, paritaria, oggettivata, democratica, aderente alla società, la demarchia, costituiscono cioè espressioni di una sfera pubblica che rimane “oggettivamente” totalizzante. In altre parole, non vi è una grande differenza con tutte quelle dottrine sociocentriche, dal marxismo all'anarchismo, che hanno predicato nel XIX sec. la società senza stato e che, pur nelle rispettabili intenzioni di un umanesimo salvifico, sono all'origine di alcune delle maggiori tragedie del nostro secolo. Tuttavia, qui la paternità è forse più antica e rimanda ad un mai sopito fondamentalismo religioso che, pur col volto benevolo dell'amicizia comunitaria e non della santa inquisizione, aspira a realizzare il paradiso in terra. In secondo luogo, la libertà della persona è in queste dottrine soltanto apparente. Proprio perché connessa alla dimensione della partecipazione comunitaria, tale libertà, anche in coloro che sembrerebbero credere ad una naturale propensione alla virtù fisica, finisce in realtà per venire funzionalizzata. Non a caso alla retorica del partecipazionismo spontaneo si accompagna immancabilmente l'affermazione dei doveri inderogabili di solidarietà [...] In tal senso, la diffusa immagine del cittadino “coamministratore” lungi dall'esprimere, come si vorrebbe, l'espressione di un potere che non è più tale perché partecipato, conferma invece l'asservimento dell'individuo alla comunità».

fattispecie di rilievo autonomo, rispetto alla tradizionale esclusiva considerazione di un'amministrazione "per atti".

Ne sono seguite impostazioni dottrinali che hanno ulteriormente approfondito l'indagine intorno all'attività amministrativa, nell'ottica, da un lato, della valorizzazione del "risultato" giuridico complessivo da essa derivante, in luogo della considerazione atomistica della singola statuizione provvedimentoale, che, in tal modo, è venuta a rappresentare piuttosto un momento di "rieppilogo" del processo decisionale (l'atto, così, "serve" il procedimento)²⁰³; dall'altro, di una più precisa distinzione del fenomeno procedimentale, all'interno del quale è stata affermata l'autonomia del processo decisionale, rispetto a quello relativo alla produzione degli effetti²⁰⁴.

Secondo questa impostazione, in particolare, nel procedimento amministrativo sarebbero identificabili due distinti momenti: una fase "procedimentale" in senso stretto, la quale è stata definita come un «agire per la decisione», che si compone di una preliminare rappresentazione del «problema amministrativo»²⁰⁵ che l'amministrazione intende risolvere e di una successiva decisione in ordine alla modalità giuridica più idonea a farvi fronte; e una fase "provvedimentale", che consiste in un «agire per

²⁰³ Per questo rilievo, cfr. A. ROMANO-TASSONE, *Il contributo di Franco Ledda alla teoria del provvedimento amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 493: «non sono infatti gli atti del procedimento a porsi in relazione di servizio rispetto ad un provvedimento in cui si esprime la sostanza del potere autoritativo della p.a, ma, al contrario, è il provvedimento a porsi in posizione di servizio rispetto alla decisione autoritativa che si concreta nel procedimento».

²⁰⁴ In particolare, è stato messo in chiaro come il procedimento amministrativo «si articola, accogliendo anche per la p.A., quei parametri che tradizionalmente la scienza psicologica applica all'agire umano, secondo una successione di varie fasi o di vari momenti: la concezione (o rappresentanza del fine), la decisione (o determinazione del voluto) e la volizione (comando ordinato dell'azione)»; così A. POLICE, *op. cit.*, 89.

²⁰⁵ Nel senso attribuito a tale locuzione da F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, III, 133 ss., spec. 142 ss.

la produzione degli effetti», inteso come esercizio concreto dei poteri che consentono la più esatta realizzazione del risultato voluto dall'amministrazione²⁰⁶.

In tal modo, «si sono poste le premesse necessarie per riferire qualificazioni giuridiche di diversa consistenza e natura a tali due diversi momenti dell'attività amministrativa e, soprattutto, per autonomizzare la ricostruzione giuridica dell'attività (procedimentale) in quanto tale dall'orbita della teoria del provvedimento amministrativo»²⁰⁷.

Tale riflessione è stata accompagnata, e contestualmente corroborata, dall'emanazione di una legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990), la quale ha offerto uno statuto positivo all'attività procedimentale in senso stretto, attraverso la previsione di una serie di norme che disciplinano le modalità procedurali di esercizio del potere, attraverso la presa in considerazione di fattispecie giuridiche autonome (anche se non, certamente, indipendenti) rispetto al provvedimento finale

²⁰⁶ Cfr. A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Torino, 1996, 129: «mentre l'agire per la produzione dell'effetto è certamente estrinsecazione di una situazione giuridica di potere, l'agire per la decisione è esercizio di una capacità d'agire spoglia di qualsiasi connotazione autoritativa» (130). In quest'ottica «si attenua quel nesso fra potere, funzione e procedimento (inteso come forma necessaria della funzione medesima) in costanza del quale la funzione è stata vista come la progressiva attuazione del potere, potere che permea l'intero svolgimento del procedimento sino al punto terminale rappresentato dall'emanazione del provvedimento» (131). Ciò ha portato la dottrina in esame ad affermare la possibilità di configurare la relazione procedimentale nei termini di diritti-obblighi.

²⁰⁷ D. D'ORSOGNA, *Contributo*, cit., 215, per il quale, in tal modo, «[n]ella prospettiva più moderna il procedimento diviene [...] apprezzabile con maggior chiarezza, rispetto alla tradizione, quale attività razionale, globalmente rilevante, funzionale alla costruzione dell'interesse pubblico concreto e alla formulazione di una decisione (tendenzialmente immodificabile) sull'assetto degli interessi coinvolti nel problema amministrativo».

singolarmente inteso²⁰⁸.

È nostro convincimento che la separazione fra il momento “procedimentale”, consistente nella posizione del problema amministrativo e nel processo decisionale proiettato al risultato giuridico, e il momento “provvedimentale”, come fase costitutiva degli effetti che realizzano la decisione amministrativa, possa rappresentare la chiave per la comprensione unitaria del fenomeno modificativo sul piano operativo.

Se, infatti, la modifica (intesa come esito di un procedimento di riforma-riequilibrio) non può essere considerata unitariamente dal punto di vista statico-provvedimentale – e con ciò si intende tanto dal punto di vista del potere in astratto, ma anche del modo di costituzione degli effetti giuridici – essa può (deve) ricevere una considerazione e una spiegazione unitaria dal punto di vista dinamico-procedimentale, trovando nell’«agire per la decisione» la possibilità di una sintesi capace di assumere una consistenza giuridica autonoma.

La «decisione modificativa» e la modificazione come «risultato giuridico» di un’operazione amministrativa complessa assumono così la dignità di fattispecie di autonomo rilievo, riflettendosi sulla necessaria unitarietà del modulo procedurale adottato.

La nostra riflessione, pertanto, si concentrerà dapprima sulla modifica considerata nel momento decisionale (la “decisione di modificare”), per poi soffermare l’attenzione sulla fase produttiva degli effetti giuridici (la realizzazione dell’effetto modificativo), pur nella consapevolezza nella necessaria interdipendenza dei due momenti, da cui discende, come si vedrà, l’esigenza (ricavabile pure, a nostro avviso, dal diritto positivo) di un’unificazione materiale del procedimento anche laddove la produzione degli effetti (oggetto della decisione) può realizzarsi solamente mediante una

²⁰⁸ Non sembra, in quest’ottica, priva di rilievo l’autonoma considerazione, attribuita, già a partire dall’*incipit* dell’art. 1 della citata normativa, all’«attività amministrativa» nel suo complesso rispetto ai «singoli procedimenti».

concorrenza di più procedimenti autonomi (come nella riforma-riesame).

Se, insomma, la riflessione condotta nel primo capitolo del presente elaborato ha chiarito, secondo una prospettiva “fondazionale”, le strutture che consentono la modifica dell’atto amministrativo, in un’ottica di garanzia e disciplina legale degli effetti, il nuovo paradigma funzionale consente di studiare unitariamente il fenomeno modificativo, nel tentativo di superare le numerose aporie, che si sono già evidenziate, derivanti da una considerazione atomistica dei momenti autoritativi che concorrono alla realizzazione dell’effetto modificativo, in virtù della valorizzazione dell’unità decisionale e della prospettiva di risultato nella dinamica dell’attività amministrativa.

1. La decisione di “modificare”: la preferenza per la conservazione (parziale) dell’atto quale espressione del principio (oggettivo) di conservazione dei valori giuridici.

In coerenza con la scarsa attenzione riservata dalla dottrina alle condizioni strutturali dell’autotutela modificativa, anche il profilo decisionale, relativo, cioè, alla scelta da parte dell’amministrazione pubblica di “modificare” in luogo di “eliminare” un precedente atto, non è stato oggetto di particolare considerazione all’interno della riflessione giuridica.

Così, infatti, chiosa un autorevole Autore: «[r]es magis valeat quam pereat: già ammoniva il giureconsulto romano! Il punto [...] scarsamente approfondito nella letteratura, è quello della scelta che, in termini di opzione secca senza ripensamenti ..., deve essere operata dall’amministrazione agente in sede di riesame»²⁰⁹.

Eppure, la questione non appare di secondario momento, in quanto, nella misura in cui la decisione rappresenta un episodio della dinamica funzionale²¹⁰, la scelta

²⁰⁹ B. CAVALLO, *op. cit.*, 402.

²¹⁰ Secondo M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 853, la decisione «è un momento logicamente e anche materialmente individuabile nel divenire della formazione del provvedimento; è il

effettuata dall'amministrazione non può non avere conseguenze di rilievo in ordine al valido esercizio del potere.

Il momento decisorio, che costituisce l'oggetto del presente paragrafo (vale a dire il luogo della scelta fra eliminazione e conservazione), può collocarsi tanto in fase di iniziativa, nella forma di una «proposta di decisione», la quale rappresenta l'esito di una fase (interna) pre-procedimentale (o pre-istruttoria)²¹¹; quanto nella fase decisoria in senso stretto, in guisa di «decisione definitiva», intesa come risultato giuridico che, al termine della vera e propria istruttoria procedimentale, l'amministrazione intende ottenere mediante la successiva fase (autoritativa) di produzione degli effetti.

Ciò che sembra, in primo luogo, doversi senz'altro escludere è che la scelta amministrativa fra l'esito eliminatorio e quello (parzialmente) conservativo si ponga nei termini di libera alternatività²¹². Il processo decisionale compiuto dall'amministrazione, infatti, in quanto espressione di una funzione di carattere discrezionale, non

momento in cui si decide se adottare il provvedimento, e/o come configurarlo, e/o quando e in quale modo, a seconda dell'ambito di discrezionalità che ha l'autorità amministrativa competente al provvedimento. In un momento logico e materiale successivo il provvedimento sarà confezionato ed adottato».

²¹¹ Secondo A. ZITO, *op. cit.*, 86-87, «[a]nche questa attività, invero, presenta i caratteri del processo decisionale. Se, infatti, l'apertura del procedimento presuppone che vi sia già una proposta di decisione, nella fase post-procedimentale non si hanno soltanto acquisizioni di conoscenza da cui si evince una generica necessità di curare l'interesse pubblico, ma anche la messa in connessione dei fatti prodotti dalla conoscenza medesima – nelle loro reciproche interazioni e con l'interesse pubblico – da cui scaturisce, al contempo, la percezione di una situazione problematica e, *prima facie*, la formulazione di un'ipotesi di soluzione. Da ciò discende che la situazione problematica, comprensiva dell'ipotesi di soluzione, nasce non nel procedimento, ma nella fase pre-procedimentale. Nel primo essa, poi, confluisce per essere portata ad un livello compiuto di definizione e, dunque, ad un livello tale da consentire l'assunzione della decisione definitiva».

²¹² Cfr. B. CAVALLO, *op. cit.*, 402: «i più sembrano orientati nel porre sullo stesso piano le due soluzioni alternative: l'amministrazione potrebbe scegliere di esercitare il suo *jus poenitendi*, eliminando

può mai dirsi totalmente libero, ma deve rispondere a specifici principi o canoni di azione, che ne assicurino, da un lato, la coerenza ai valori ordinamentali (momento assiologico della scelta) e, dall'altro, la razionalità intrinseca (momento razionale della decisione)²¹³.

Tali principi, nel caso delle decisioni dell'amministrazione pubblica, hanno sostanza ordinamentale e devono senz'altro essere desunti dal diritto positivo²¹⁴. È, di tal guisa, necessario verificare quale preferenza accordi il sistema agli alternativi esiti del riesame, e in ispecie quale canone assiologico si imponga all'amministrazione nella scelta fra il rimedio conservativo e quello eliminatorio, a parità di idoneità dell'opzione a rimediare all'invalidità dell'atto.

Ed invero, a questo riguardo, vige nel nostro ordinamento il fondamentale

l'atto invalido, oppure sanandolo in conformità del diverso e opposto principio di conservazione (*jus corrigendi*). L'equipollenza tra i due *itinerari*, se è prospettabile in una prospettiva statica, diventa invece incomprensibile nel momento dinamico, procedimentale, proprio del riesame: come e perché l'amministrazione sceglie? Del resto, l'importanza della scelta è trasparente, dal momento che, anche in questo caso, *electa una via non datur recursus ad alteram!* E siamo poi proprio sicuri che si tratti di vera scelta, in quanto l'amministrazione agente possa liberamente, e quindi immotivatamente ..., optare tra le due soluzioni?».

²¹³ Cfr. A. POLICE, *op. cit.*, «[i]n questa sede il raffronto fra le varie possibili articolazioni dei processi decisionali consente di sottolineare la presenza di un denominatore comune a tutte le ipotesi di ricostruzione teorica formulate. In tutte si evidenzia la presenza di due momenti: quello riservato alla selezione dei valori e degli obiettivi, detto anche momento assiologico, e quello relativo alla concretizzazione di questi ultimi, detto anche momento del ragionamento» (95).

²¹⁴ *Ivi*: «[p]rima di addivenire alla individuazione del problema amministrativo, alla prospettazione di tutte le soluzioni possibili per esso ed alla decisione (determinazione del voluto), è necessario individuare il parametro di riferimento sulla base del quale potrà operare il processo di determinazione del voluto. Data una scala di valori del soggetto decisore (che nel caso dell'Amministrazione pubblica dovrebbe essere desunta dalla legge), la scelta comporta la elaborazione di una scala di preferenze fra più soluzioni possibili» (96).

principio di conservazione dei valori giuridici, il quale, da criterio ermeneutico (enunciato legislativamente dall'art. 1367 c.c. in materia contrattuale), è divenuto, in virtù della propria attitudine espansiva, un canone d'azione che «ispira tutto il nostro ordinamento giuridico»²¹⁵. Esso, ricollegandosi ai più generali principi di buona amministrazione ed economia dei mezzi giuridici²¹⁶, implica che il mantenimento in vita dell'atto debba prevalere, ove possibile, sulla contraria eventualità del rimedio eliminatorio²¹⁷.

Quello della preferenza per la conservazione dell'atto rappresenta, così, il criterio decisionale che l'ordinamento impone all'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità e nella relativa attività di ponderazione²¹⁸ all'interno dei procedimenti di

²¹⁵ C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, cit., 176.

²¹⁶ Per la correlazione fra tali principi in giurisprudenza, cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, n. 4257/2012; T.A.R. Puglia (Lecce), Sez. I, n. 1745/2013.

²¹⁷ Sul punto, cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 854, il quale sottolinea come «la giurisprudenza afferma spesso che, quando l'annullamento parziale è possibile, esso va preferito all'annullamento dell'intero atto». Tale principio informa anche diversi istituti di diritto positivo: in particolare, l'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001 prevede che possa disporsi l'annullamento dei permessi di costruire solo se risultano non eliminabili i vizi che l'amministrazione comunale ha ravvisato; risponde alla medesima logica anche l'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, a mente del quale «è fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole». In giurisprudenza, v., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2010 (dep.), n. 2380 (con riferimento all'autotutela); T.A.R. Lazio, Sez. III-*ter*, 8 novembre 2017, n. 8761 (con riferimento alle procedure di gara); Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 1994, n. 968 (con riferimento all'annullamento giurisdizionale); Cons. Stato, Sez. V, n. 621/1996 (con riferimento all'annullamento d'ufficio); Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 1991, n. 775 (con riferimento ai piani urbanistici).

²¹⁸ «Sarà, dunque, nell'ambito della ponderazione che per il riesame deve prevalere, come soluzione più produttiva per la cura dell'interesse pubblico primario, l'adozione di un provvedimento che sia intonato al principio di conservazione dell'atto oggetto del riesame medesimo. Non è,

riesame, allorquando si impone la scelta fra la conservazione di un valore giuridico già espresso dall'ordinamento e la sua eliminazione dal mondo giuridico²¹⁹.

Il richiamato principio rappresenta, a ben guardare, una regola decisoria di carattere "obiettivo", espressione della preferenza assiologica accordata dall'ordinamento alla conservazione dei valori giuridici estrinsecati dall'attività dei pubblici poteri²²⁰, e, in quanto tale, risulta del tutto distinto dal principio "subiettivo" di proporzionalità-adequatezza, intesa quale regola del mezzo più mite, a cui esso è spesso accostato, ma con il quale deve piuttosto essere talora ponderato, nella misura in cui i

dunque, questione di "possibilità", ma l'amministrazione qui agente in secondo grado ha l'obbligo di perseguire questo risultato» (B. CAVALLO, *op. cit.*, 403).

²¹⁹ «Il principio di conservazione, applicato al riesame del provvedimento amministrativo, acquista così una maggiore e più pregnante valenza, quale canone che informa di sé la congrua ponderazione, che si dovrà operare nel procedimento di secondo grado. L'amministrazione è tenuta ad agire in tal guisa nel procedimento di riesame, congruamente valutando che *res magis valeat quam pereat!* Ecco perché, tra tutti gli esiti possibili del riesame, l'amministrazione procedente dovrà scegliere quello più consono al principio di conservazione: in difetto di una simile soluzione prioritaria, potranno poi trovare applicazione quegli altri strumenti di reazione, espressione dello *jus poenitendi*» (*ivi*, 404). Per M. IMMORDINO, *Riesame dell'atto*, cit., «[n]el diritto amministrativo il principio di conservazione trova ampia applicazione nell'ambito dell'invalidità degli atti amministrativi, dov'è finalizzato ad evitare, fin quanto è possibile, la caducazione di un atto già adottato e produttivo di effetti, se ciò risponde ad un interesse pubblico attuale». Esso postula «che l'amministrazione, nel perseguimento del suo fine primario, ossia l'interesse pubblico, prima di procedere alla eliminazione di un atto dal mondo giuridico si accerti, attraverso un procedimento di secondo grado, ovvero l'esercizio di poteri di riesame, della possibilità di adottare una misura idonea al mantenimento dell'atto stesso in vita».

²²⁰ «Una organizzazione può dirsi effettiva come ordinamento nel momento in cui essa ha la forza di conservare i valori cui ha dato vita» (G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., spec. 21, nt. 23).

due canoni decisionali entrino potenzialmente in conflitto²²¹.

Nella scelta fra il rimedio eliminatorio e quello conservativo la priorità deve essere, perciò, accordata allo strumento giuridico che consente di alterare nella minor misura possibile l'assetto degli interessi prodotto da una precedente attività amministrativa²²². La scelta di privilegiare il rimedio eliminatorio rispetto a quello conserva-

²²¹ Si pensi alla scelta fra la conservazione di una concessione con apposizione di una clausola eccessivamente gravosa (che conseguirebbe all'applicazione del principio di conservazione) e la sua revoca con indennizzo (la quale rappresenterebbe un risultato in ipotesi maggiormente proporzionato).

²²² In senso analogo, cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 603-604: «[d]i fronte al provvedimento illegittimo o inopportuno l'amministrazione, prima di porsi sulla strada dell'annullamento o della revoca, la quale, come detto presuppone la sussistenza di uno specifico, concreto ed attuale interesse pubblico all'esercizio del relativo potere, deve "per quanto possibile" saggiare l'eventualità di applicare una misura conservativa, in particolare la convalida, per tener fermo il provvedimento. L'impostazione è in astratto coerente, ma resta poi in concreto da chiarire quale sia il punto di confine varcato il quale l'amministrazione deve passare dal riesame conservativo a quello eliminatorio. [...] È stata prospettata la tesi secondo cui soltanto dopo aver escluso, attraverso un'adeguata ponderazione, che ricorrano i presupposti per l'applicazione del principio di conservazione dei valori giuridici potrebbe adottarsi la soluzione opposta. In altri termini, dovendosi privilegiare la soluzione conservativa, all'amministrazione non sarebbe consentito passare ad esiti eliminatori prima di aver preso in considerazione l'altra soluzione e giustificato il proprio convincimento circa la sua non praticabilità». Sul tema v. anche M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *giustamm.it*, 6, 2016: «[p]er quanto riguarda queste specifiche ragioni d'interesse pubblico [...] esse sono identificabili nei principi di buona amministrazione, di economia dei mezzi dell'azione amministrativa, di conservazione dei valori giuridici, ma soprattutto di leale collaborazione tra le parti del rapporto giuridico amministrativo, per cui l'amministrazione, verificato che un suo provvedimento risulta viziato sul piano della legittimità, deve sforzarsi il più possibile di porvi rimedio eliminando gli aspetti che lo rendono censurabile, sanando il vizio, correggendo i propri errori e modificando il provvedi-

tivo dovrà conseguentemente essere motivata dall'amministrazione in punto di prevalenza dell'interesse pubblico attuale alla rimozione integrale, piuttosto che a quella parziale-sostitutiva, salvo incorrere in un vizio di eccesso di potere per violazione del principio di conservazione dei valori giuridici²²³.

In altri termini, l'amministrazione potrà procedere all'eliminazione totale del provvedimento, solo dopo aver motivato in ordine all'impossibilità e alla contrarietà all'interesse pubblico del mantenimento in vita di alcuni suoi effetti. Sorprende, pertanto, la constatazione, frequente in dottrina, per cui in linea di fatto, mentre i prov-

mento stesso. Si consideri poi che anche nella particolare relazione di durata che s'instaura tra amministrazione e privato a seguito della s.c.i.a. il legislatore mostra espressamente di preferire il potere amministrativo conformativo rispetto a quello inibitorio o repressivo. [...] (art. 19, co. 3, della legge n. 241/90). Dovrebbe sempre essere preferibile, pur in presenza di un'illegittimità, conservare ed eventualmente emendare l'atto ampliativo e i suoi effetti, piuttosto che rimuoverlo. Il suggerito *favor* per l'autotutela conservativa/conformativa costituisce un'opzione che altera nella misura minore possibile l'assetto degli interessi consolidato e permette di mantenere fermo il provvedimento nel caso in cui il pregiudizio per l'interesse pubblico al suo mantenimento sia di gran lunga inferiore di quello del privato di fronte all'annullamento dello stesso, a seguito di una valutazione della sostenibilità della situazione esistente. L'autotutela recupera così in pieno quella funzione di correzione della funzione amministrativa, a garanzia sia dei destinatari dell'azione, sia di eventuali terzi che abbiano eventualmente presentato una segnalazione per indurre l'amministrazione alla revisione di un suo precedente atto, i cui interessi saranno oggetto di specifica attenzione nel corso dell'esercizio del potere d'autotutela conservativa/conformativa».

²²³ Cfr. S. CAPOZZI, *op. cit.*, 110, con riferimento all'annullamento d'ufficio, ma con argomento estendibile senz'altro alla revoca: «quando il potere di annullamento sussiste, l'eccesso di potere si ritrova anche nell'ipotesi in cui il provvedimento annullato *in toto*, doveva, per la sua scindibilità, essere annullato solo parzialmente». Sull'eccesso di potere come vizio della “funzione” cfr., in generale, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss., oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 991 ss.

vedimenti di annullamento e di revoca sono numerosi, i provvedimenti ad esito conservativo risultano abbastanza rari.

Terminata la riflessione in ordine alla “scelta” modificativa, si affronteranno ora i moduli procedurali attraverso cui l’amministrazione può agire per la costituzione dei relativi effetti giuridici. Verranno separatamente analizzati i profili procedurali delle due fattispecie così come distinte sul piano strutturale, la riforma-riesercizio e la riforma-riesame, in quanto aventi regimi procedurali del tutto eterogenei.

2. Riflessi funzionali della «riforma-riesercizio»: la continuità della funzione e il «procedimento aperto»; verso un superamento della distinzione fra procedimenti di primo e di secondo grado.

Gli atti di riforma-riesercizio rappresentano, come ampiamente dato conto nel primo capitolo dell’elaborato (cfr. Cap I, par. 2.1), l’esplicazione di un “potere” configurato dal diritto positivo come inesauribile, laddove la norma primaria, nel conferire ad un “soggetto” la potestà di emanare un provvedimento, attribuisce insieme la possibilità di modificarlo, al fine di adeguare la determinazione amministrativa ad una “fattispecie reale” che è strutturalmente in evoluzione, al punto da potersi definire a formazione progressiva²²⁴.

Da ciò consegue che la “funzione”, intesa come elemento essenziale dell’atto amministrativo, la quale, come è stato limpidamente affermato, rappresenta il rapporto «tra potere e soggetto-fattispecie»²²⁵, venga ad assumere gli stessi connotati degli

²²⁴ “Potere”, “soggetto” e “fattispecie reale” rappresentano per F. BENVENUTI, *Disegno*, cit., 181, i presupposti di ogni atto amministrativo. Per la reciproca interazione fra questi ultimi e le relative conseguenze di regime dell’atto amministrativo v. nt. successiva.

²²⁵ *Ivi*, 183, ove il regime dell’atto amministrativo derivante dalla reciproca interazione fra i presupposti e gli elementi essenziali di quest’ultimo è reso dal Maestro in termini geometrici. In particolare, «[s]e invero si volesse esprimere graficamente il fenomeno, dovrebbe essere considerato

anzidetti presupposti, configurandosi, in tal guisa, essa stessa come inesauribile. La riforma-riesercizio, in altri termini, rappresenta esplicazione di una funzione che non si consuma con l'emanazione del provvedimento finale (sicché, in quest'ottica sarebbe preferibile parlare, addirittura, di "riforma-esercizio"), ma che continua anche in seguito al rilascio di quest'ultimo²²⁶.

come un atto il punto di intersecazione di vari vettori provenienti rispettivamente dal potere, dal soggetto, dalla fattispecie reale. E va da sé che, nel punto in cui questi vettori si incontrano, essi perdono la loro individualità in quella nuova entità che è l'atto» (182); così come «i presupposti di un atto non sono elementi indifferenti fra loro, ma anzi sono fra loro legati da un indissolubile rapporto o, se si voglia rendere evidente il concetto ricorrendo ancora alla espressione grafica sopra ricordata, da una proporzione tra i loro angoli di incidenza (sull'atto). Così, tra soggetto da un lato, e potere-fattispecie reale dall'altro, corre un rapporto ben preciso che definisce il concetto di competenza; mentre tra fattispecie reale e soggetto-potere corre un diverso rapporto che definisce il concetto di causa; e, infine, tra potere e soggetto-fattispecie reale corre un rapporto che definisce il concetto di funzione» (182-183).

²²⁶ Secondo A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 36 ss. «in un moderno stato pluriclasse, caratterizzato dall'emergere di multiformi e contrastanti istanze provenienti dalla società, l'azione amministrativa che deve incessantemente confrontarsi con quelle istanze e spesso soddisfarle, deve assumere necessariamente connotati di grande flessibilità che si manifestano attraverso una costante revisione degli esiti procedurali. In questo senso, la funzione non si esaurisce nel procedimento ma si sviluppa in un continuo confronto tra ciò che si è formalizzato nel provvedimento e la situazione di fatto». [...] Sembra [...] corretto affermare che *la funzione non si rieserciti, ma continui ad esercitarsi nel riesame del fatto e del rapporto*. È infatti *funzione* anche l'attività di vigilanza sugli esiti del precedente procedimento; è funzione anche quel complesso di atti e comportamenti non proceduralizzati, fatti di verifiche, accertamenti, ispezioni, o semplici indagini che possono determinare le premesse del riesame. La funzione, dunque, sopravvive al procedimento e non si esaurisce con questo. Ma, da questo punto di vista, se il procedimento è *la forma, l'aspetto sensibile della funzione*, secondo la nota definizione di Benvenuti, non dovrebbe enfatizzarsi una netta separazione fra procedimenti di primo e di secondo grado. Se, infatti, la funzione è una, e si esercita *principalmente* nel procedimento, essa unifica i diversi e successivi momenti di intervento e di decisione sul medesimo rapporto, costituendone l'elemento

Tale fenomeno rappresenta, se si vuole, una possibile declinazione – sul piano dell’attività – del principio (organizzativo) di continuità dell’azione amministrativa, in uno con il carattere inesauribile del potere identificata sul piano strutturale con riferimento alle ipotesi, in esame, di riforma-riesercizio²²⁷.

In quest’ottica, lo stesso procedimento costituisce la manifestazione sensibile

di coesione e di continuità. Si può allora ritenere che il collegamento tra decisione originaria e riesame sia talmente stretto da colmare il vuoto di potere che li separa sul piano cronologico, al punto da determinare una fusione anche sul piano procedimentale, in virtù della unicità della funzione». L’impostazione dell’A., che si riferisce al riesame dell’atto in senso unitario (e quindi comprensivo anche di quella che si è definita riforma-riesame) e che si è precedentemente ritenuta inidonea a descrivere la fenomenologia del potere di modifica, ritrova ora una sua validità, ma con esclusivo riferimento alle ipotesi di riforma-riesercizio.

²²⁷ Sul principio di continuità dell’azione amministrativa e, in particolare, sulle sue ricadute sul piano dell’attività cfr. C. LEONE, *op. cit.*, spec. 101 ss. e O. PINI, *Il principio di continuità nel diritto amministrativo. Profili ricostruttivi generali e possibili prospettive ermeneutiche*, Milano, 2016, spec. 66, per la quale «non sembra superfluo interrogarsi sulle implicazioni della continuità anche in un momento successivo all’esercizio della funzione, traslando l’attenzione dal piano dell’azione *in itinere* a quello, susseguente e correlato, dell’attività già esercitata; una simile prospettiva conduce inevitabilmente ad una analisi della continuità del *rapporto* amministrativo, particolarmente attenta alla sua declinazione sia come sinonimo della stabilità a situazioni immutate e sia come flessibilità delle scelte, giustificata dall’adattamento alle mutevoli esigenze di tutela prospettate dalla realtà concreta sulla quale l’amministrazione è chiamata ad operare» (96, enfasi dell’A.). Le riflessioni delle Autrici si pongono in linea con la teoria tradizionale dell’inesauribilità del potere amministrativo, del quale il principio di continuità dell’azione è identificato come corollario. I numerosi spunti in esse contenuti, dunque, devono, per quanto si è argomentato nel primo capitolo, considerarsi vevoli non in generale, quale principio immanente all’azione amministrativa in quanto tale, bensì nella misura in cui sul piano del diritto positivo il potere sia configurato come inesauribile, come nell’ipotesi qui esaminata di riforma-riesercizio.

di una funzione²²⁸ insuscettibile di cristallizzarsi nel rilascio del singolo provvedimento, bensì esplicantesi in un “farsi” continuativo ed inesauribile del potere di primo grado in una serie di provvedimenti che hanno la peculiarità di essere *de jure* instabili e rivedibili (in quanto conformativi *rebus sic stantibus* – in virtù della c.d. clausola condizionale – dell’attività del destinatario, oltre che aventi limitata efficacia nel tempo), in ragione della necessità di adeguamento costante (e mai definitivo) dell’istruttoria procedimentale alle sopravvenienze. Si tratta, a ben vedere, di una funzione che, senza apparente soluzione di continuità, rappresenta lo svolgimento del medesimo “rapporto procedimentale” di primo grado²²⁹.

Siamo perciò in presenza – secondo una terminologia che potrebbe sembrare eccessivamente suggestiva, ma avente, invece, una solida tradizione teorica –, di un “procedimento inesauribile”, quale manifestazione sensibile di una funzione inesauribile, o, come è stato altrimenti definito, di un «procedimento aperto»²³⁰.

²²⁸ La riflessione è debitrice del fondamentale contributo di F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., spec. 1126 ss., nel quale l’A. così si esprime: «non mi sembra dubbio che il procedimento sia niente di più che la manifestazione sensibile della funzione, il modo di esternazione cioè del farsi dell’atto. Quando infatti io penso alla funzione, da un lato, come allo sviluppo del potere in un atto e, dall’altro, al procedimento come alla storia causale dell’atto, io credo di non errare dicendo che anche il procedimento è la storia della trasformazione del potere in atto, storia segnata da tutta la serie degli atti necessari per il risolversi del potere in una realizzazione concreta. Sotto il profilo oggettivo, dunque, il procedimento è manifestazione della funzione, così come l’atto è la manifestazione del risultato di quella funzione. E come la funzione è il suo contenuto, esso è dunque la forma della funzione».

²²⁹ Sulla nozione cfr. F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, *passim*; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 163 ss.

²³⁰ L’espressione è di F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989, 298 ss., per il quale con l’«atto non si estingue la funzione (come non si estingue la posizione di interesse legittimo). E se il procedimento è forma della funzione ed anzi in essa si identifica, neanche il procedimento deve considerarsi chiuso e definito, ma deve ammettersene l’apertura ad interessi successivamente introdotti (perché non considerati o inadeguatamente considerati) (sia)

La ricostruzione proposta trova, peraltro, un importante riscontro nei più recenti e aggiornati contributi in tema di analisi strutturale dei procedimenti amministrativi di settore²³¹, ove le procedure di riforma-riesercizio in discorso sono ricondotte alle c.d.

attraverso l'intervento del giudice (sia in sede di autotutela). In ciò ammettendosi che il procedimento consenta alla funzione di trasformare il potere non in *atto* (nell'unico atto che lo definisca), ma in *atti* (tutti quegli atti che esprimano la medesima funzione, anche per successivi e progressivi aggiustamenti) nell'ambito di un procedimento che si è voluto definire "aperto"» (enfasi dell'A.). Commentando la nozione in oggetto, A. CONTIERI, *Il procedimento aperto nel pensiero di Franco Pugliese*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 49 ss., afferma che «[s]i tratta di un'immagine, di una sintesi verbale, con la quale Franco intendeva rappresentare che la funzione non si esaurisce con e nel procedimento e l'atto terminale o finale dello stesso, il provvedimento amministrativo, non può affatto considerarsi finale o terminale anche rispetto alla funzione. Con il provvedimento non si estingue la funzione (come non si estingue la posizione di interesse legittimo) [...] Questa intuizione del procedimento aperto, che è al tempo stesso un'immagine, una sintesi verbale, ma anche una nuova dimensione del rapporto tra funzione e procedimento non è solo riferibile al ruolo svolto dal processo, di integrazione del procedimento, poiché secondo Franco è applicabile anche ai procedimenti di riesame» (49-50). L'A., peraltro, rende esplicito che la nozione di «procedimento aperto discende dall'inesauribilità del potere, dal carattere tendenzialmente non definitivo dell'assetto degli interessi disposto con il provvedimento e dalla sua modificabilità nell'esercizio della funzione. In questo senso la funzione va oltre il procedimento e si sviluppa in un continuo confronto tra ciò che si è formalizzato nel provvedimento e la situazione di fatto. Il procedimento aperto è, dunque, strettamente collegato al riesame, inteso come attività di controllo dei risultati e di rivalutazione degli interessi, che si salda con l'attività precedentemente compiuta, potendo modificarne o integrarne gli esiti» (50). Il riesame costituisce, dunque, «forma di riesercizio della funzione, in virtù dell'appartenenza dei provvedimenti di secondo grado al medesimo potere esercitato originariamente» (*ibidem*). In giurisprudenza, una simile definizione è stata offerta da T.A.R. Lazio, Sez. II, 8 settembre 2010, n. 32176, a mente del quale la disciplina sulla V.I.A. fonda «la possibilità di un'*autorizzazione a struttura aperta* con prescrizioni a priori e condizioni successive in relazione alla complessità della vicenda condizionante» (enfasi aggiunta).

²³¹ Il riferimento è, in particolare, a B.L. BOSCHETTI, *op. cit.*

«procedure amministrative “aperte”» (classificate come procedure di tipo “B”), le quali rivelano «l’inter-conessione della dimensione procedurale con quella post-procedurale» e, in particolare, alla sottocategoria della «inter-conessione nella form[a di] *procedure amministrative condizionanti*, ossia di procedure amministrative capaci di inserirsi nella dinamica esecutiva, conformandola, in funzione dell’effettività e affidabilità del sistema» (classificazione “B2”)²³².

In particolare, rientrerebbero nella categoria delle *procedure amministrative condizionanti* quelle «procedure, a loro volta condizionanti, in cui tale contenuto può essere confermato o rivisto (*procedure di rinnovo/riesame*)» (classificazione “B2b”), nonché quelle «procedure, anch’esse condizionanti, in grado di assicurare la pronta reazione dell’ordinamento al modificarsi delle condizioni o all’inadempimento degli obblighi comunque connessi all’ingresso di un operatore, di una installazione, di un impianto o prodotto, in un sistema regolatorio e di *governance* (*procedure di vigilanza proattiva/reattiva*) (classificazione “B2c”)²³³. «Le prime confermano, o ri-definiscono, il conte-

²³² *Ivi*, 118: «[l]e procedure autorizzatorie con effetto condizionante riflettono, sul piano del diritto delle procedure amministrative, il ruolo regolatorio, prescrittivo e condizionante, assunto dal procedimento amministrativo in moltissimi settori, a partire, come si diceva, da quelli conformati alla logica precauzionale».

²³³ Rientrerebbe, a titolo esemplificativo, nella categoria *sub* “B2b” il riesame dell’AIA di cui all’art. 29-*octies* del Codice dell’ambiente, mentre nella categoria *sub* “B2c” la revoca sanzionatoria di cui all’art. 29-*decies*. «Le procedure condizionanti di tipo [...] (b), possono dirsi caratteristiche dei settori maggiormente conformati dalla logica precauzionale: quelli del mercato agroalimentare (disciplina degli OGM), dell’ambiente (varie autorizzazioni), della salute e sicurezza (in particolare nelle discipline in materia di farmaci e altri *prodotti pericolosi*). Nei settori orientati alla logica prudenziale [...], invece, [...] il condizionamento è realizzato attraverso una combinazione di procedure condizionanti di tipo (c)» (118). Così, «*capacità di condizionare* e *instabilità* viaggiano insieme e [...] a procedure

nuto condizionante; le seconde rafforzano la portata condizionante, prescrittiva e obbligatoria, del provvedimento proprio condizionandone la stabilità»²³⁴.

In tale prospettiva, vi è una stretta sequenzialità e integrazione fra procedure autorizzatorie (prime) con effetto condizionante e procedure di rinnovo e riesame²³⁵. Cosicché, le relazioni intercorrenti fra pubblica amministrazione e destinatario del provvedimento risultano caratterizzate dalla compresenza di due distinti rapporti: l'uno derivante *rebus sic stantibus* dal provvedimento originario, l'altro dalla sopravvi-

autorizzatorie con effetto condizionante dovranno potersi abbinare altri segmenti procedurali condizionanti: *procedure di rinnovo/riesame* e *procedure di vigilanza proattiva/retroattiva*. Le prime confermano, o ri-definiscono, il contenuto condizionante; le seconde rafforzano la portata condizionante, prescrittiva e obbligatoria, del provvedimento proprio condizionandone la stabilità» (119, enfasi dell'A.).

²³⁴ B.L. BOSCHETTI, *op. cit.*, 119. Similmente E. FREDIANI, *La clausola condizionale*, cit., 121 ss. suddivide il controllo conformativo ambientale in funzione correttiva *ex post* «in due prospettive ben precise. La prima [...] è quella che si definisce ponendo mente alla coppia oppositiva “osservanza/inosservanza”. In particolare, essa rileva in tutti quei casi nei quali il destinatario dell’atto abilitativo svolga l’attività assentita non conformando la propria condotta a quanto espressamente stabilito in sede di autorizzazione. [...] Una diversa chiave di lettura è, invece, quella che deriva dalla considerazione di un autonomo tipo di controllo che, pur assumendo carattere conformativo, non si fonda sul presupposto del monitoraggio circa l’ottemperanza da parte del privato alle condizioni ambientali, ma su una verifica di altra natura che attiene al dato oggettivo-fattuale. Questa distinta prospettiva [...] si comprende ponendo mente a un’ulteriore coppia (in tal caso non oppositiva) che è definibile nei termini “tenuta/adattamento”. Ciò che rileva in tal caso [...] è] una situazione di disallineamento tra la condizione ambientale e la situazione di fatto».

²³⁵ Mentre il “riesame” è funzionale all’aggiornamento dei contenuti regolatori, prescrittivi e conformativi del provvedimento alla luce delle sopravvenienze scientifiche o di altre valutazioni, il “rinnovo” presuppone, invece, l’esistenza di un *termine di validità* (così B.L. BOSCHETTI, *op. cit.*, 121) del provvedimento, cosicché una procedura di rinnovo altro non è se non una procedura di riesame con effetto di rinnovo (sul punto cfr. Corte cost., 25 marzo 2005, n. 121).

venza del rapporto procedimentale di primo grado, il quale non si esaurisce nell'emanazione del provvedimento, giustificando la permanenza nel tempo di relazioni giuridiche "qualificate" fra le diverse parti della relazione amministrativa.

Tale considerazione, a ben vedere, se da un lato è idonea a spiegare la peculiare disciplina a cui sono soggetti gli istituti in esame, caratterizzata da una serie di posizioni giuridiche procedimentali che sussistono anche successivamente al rilascio del provvedimento (obblighi di comunicazione, di informazione, diritti di intervento, diritto di accesso), dall'altro consente di derivare una serie di conseguenze sul piano della configurazione, pur sempre in termini procedimentali, dei rapporti fra pubblica amministrazione, destinatario dell'autorizzazione e "terzi", nella cura partecipata dell'interesse pubblico.

Schematicamente, la disciplina delle ipotesi tipizzate di riforma-riesercizio (delle quali v. la ricognizione proposta *supra*, par. 2.1), così come integrata dai principi di settore, si caratterizza per i seguenti connotati: (i) carattere qualificato delle relazioni post-procedurali e connessa doverosità del riesercizio del potere; (ii) estensione di tali relazioni all'intero pubblico interessato (procedura-dialogo); (iii) rafforzamento delle pretese partecipative anche al di fuori di un procedimento amministrativo formale in funzione di garanzia; (iv) imposizione di obblighi di partecipazione e informazione in capo ai soggetti privati o ad altre amministrazioni in funzione collaborativa.

In primo luogo, infatti, tutte le disposizioni attributive del potere di riforma-riesercizio determinano in capo alle competenti autorità un obbligo di monitoraggio, vigilanza e valutazione dell'insieme delle segnalazioni e delle denunce dei soggetti interessati, prodromico all'esercizio del potere di modifica, non circoscrivibile all'ambito dell'attività amministrativa c.d. preistruttoria, bensì, in quanto si colloca all'interno di una vera e propria fase istruttoria che non si esaurisce con l'emanazione del provvedimento finale, risulta riconducibile all'alveo delle previsioni di cui all'art. 2 della l.

241/1990²³⁶.

Il descritto aggravio procedimentale, del resto, trova chiara giustificazione, ai sensi del comma 2 dell'art. 1 della l. n. 241/1990, nelle straordinarie esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria, la cui completezza postula la partecipazione di tutti gli attori della *governance* del rischio, nonché – in quanto *naturaliter* suscettibile di essere

²³⁶ Si potrebbe sintetizzare detta istruttoria post-procedimentale nei termini di un'attività di "monitoraggio", la quale si estende «anche oltre la conclusione del procedimento» e tende a «rendere effettiva la compatibilità ambientale dei progetti nel tempo». Così A. POLICE, *La valutazione di impatto ambientale*, in P. DELL'ANNO E E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2013, II, spec. 554-555. Parte della dottrina riconduce l'attività di monitoraggio in oggetto alla figura del c.d. controllo «di conoscenza», il quale è «diretto alla percezione di fenomeni ambientali diffusi non riconducibili a singoli soggetti» e non «prelude all'adozione di misure amministrative sanzionatorie, ma piuttosto all'emanazione di o modificazione di piani e programmi di tutela, di limiti di accettabilità dell'inquinamento ecc.»; così F. FONDERICO, *Ambiente (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 211. Riconduce il momento del monitoraggio *ex post* alla fase procedimentale secondo un «percorso circolare» E. FREDIANI, *La clausola condizionale*, cit., 135. Sulla doverosità della "preistruttoria" amministrativa a seguito di denunce qualificate cfr. L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 717 ss., il quale persuasivamente mette in chiaro come «anche la preistruttoria rientri nella funzione (ossia lo spazio di trasformazione del potere in atto). [...] Essa infatti rappresenta, sotto il profilo giuridico, il punto di unione tra il potere (inteso come capacità speciale del soggetto pubblico) e l'esercizio dello stesso, nel senso che è preordinata, come detto, alla verifica della rilevanza di una situazione di fatto, cui consegue il dovere in capo all'organo competente di procedere» (730). Secondo A. BARONE, *Il diritto*, cit., 181, «[l]a certezza del diritto viene così ricollegata alla "certezza dell'azione", che inverte la specifica eticità del diritto. Siffatta certezza dell'azione può essere letta come obbligo di valutazione, che costituisce uno dei portati principali del principio di buona fede». Conseguentemente, si dovrebbe ritenere sussistere, per coloro che presentano istanza di riesercizio, anche il diritto alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della medesima *ex art. 10-bis* della l. 241/1990, nonché alla motivazione del provvedimento finale di diniego *ex art. 3* della medesima legge.

costantemente approfondita – la necessaria inesauribilità del procedimento medesimo.

In tal modo, la richiesta di riesercizio del potere autorizzatorio, che può provenire da ciascuna delle parti del rapporto procedimentale di primo grado, così come dall'intera platea del pubblico interessato, lungi dal rappresentare un sollecito all'esercizio di un procedimento in autotutela – di norma attivabile esclusivamente d'ufficio –, costituisce, in virtù del carattere qualificato delle relazioni sussistenti anche in fase post-procedimentale, un atto di impulso sul quale l'amministrazione ha l'obbligo di pronunciarsi. Tale conclusione, peraltro, non discende esclusivamente da deduzioni di ordine generale, bensì dalla stessa applicazione delle disposizioni legislative, le quali si premurano di offrire una qualificazione giuridica alle denunce e alle istanze, garantendone nel contempo la giustiziabilità attraverso meccanismi di silenzio inadempimento, ovvero di ricorso in carenza *ex art. 265 del TFUE*²³⁷.

²³⁷ Cfr. *ivi*, 178 ss.: «[s]ul piano del diritto interno, il collegamento tra doverosità della valutazione e segnalazioni provenienti anche dai soggetti (pubblici o privati) qualificabili come terzi nell'ambito di procedimenti amministrativi già conclusi, si scontra con un consolidato orientamento restrittivo della giurisprudenza. Quest'ultima nega, in assenza di specifiche disposizioni normative, l'esistenza di un obbligo dei pubblici poteri di pronunciarsi sulla richiesta di riesame dei provvedimenti amministrativi. Tale chiusura trova la propria *ratio* nella regola della inoppugnabilità dei provvedimenti, una volta scaduti i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale. Nel nostro ordinamento, del resto, la rivedibilità delle determinazioni amministrative si realizza, tradizionalmente, attraverso l'esercizio dei poteri discrezionali di autotutela decisoria. A ciò si aggiunga che, in linea generale, le denunce non aprono alcun rapporto giuridico e sono collegate alla tutela di interessi "semplici". Nel diritto del rischio, tuttavia, il riesame della decisione sembra inerire l'esercizio di una funzione amministrativa che non si cristallizza nel rilascio del singolo provvedimento autorizzatorio. L'autorizzazione all'esercizio di un'attività industriale potenzialmente produttrice di rischi per la salute e per l'ambiente crea un rapporto *ab origine* instabile, in quanto temporaneo e suscettibile di aggiornamento e riesame, senza la necessità di ricorrere a procedimenti tipizzati di secondo grado,

L'art. 309 del T.U. in materia ambientale, ad esempio, attribuisce ad un insieme molto ampio di soggetti il «diritto di richiesta di azione» anche a fronte di una «minaccia» di danno ambientale, reso giustiziabile dall'art. 310 del medesimo T.U., il quale qualifica come silenzio inadempimento l'inerzia dell'amministrazione a seguito della citata richiesta di azione. Così come l'art. 11 del d.lgs. 8 luglio 2003, n. 224 (attuativo dell'art. 20 della Direttiva CE 2001/18, in materia di autorizzazione al commercio di OGM) impone all'amministrazione competente di valutare «le nuove informazioni ritenute rilevanti ai fini dell'esistenza di nuovi o maggiori rischi per la salute umana, animale e per l'ambiente», mentre l'art. 23 del medesimo decreto legge, nel disciplinare le relazioni tra amministrazione nazionale e comunitaria per la gestione delle nuove informazioni concernenti un OGM già immesso in commercio, richiama le informazioni «comunque acquisite» dall'autorità statale.

Va rilevato, in secondo luogo, come il rapporto giuridico derivante dal provvedimento di autorizzazione può essere modificato attraverso la cooperazione di tutte le parti del procedimento di primo grado: il diritto alla partecipazione ai procedimenti di governo del rischio (rilascio, rinnovo e riesame delle autorizzazioni) è, infatti, estesa, oltre che alle parti del rapporto principale (pubblica amministrazione e destinatario), anche a tutti i soggetti qualificabili come “terzi” in ambito procedimentale (pubblico interessato, altre amministrazioni pubbliche, enti territoriali etc.)²³⁸.

quali la revoca o l'annullamento d'ufficio. Tale rapporto si ricollega idealmente allo svolgimento del precedente rapporto procedimentale».

²³⁸ Sul punto P. SAVONA, *Il governo del rischio*, cit., 230, spiega come «[p]er razionalizzare una decisione presa sulla base di una prognosi incerta e per ridurre i costi legati alla provvisorietà della conoscenza, il diritto si limita a fissare le regole fondamentali del *risk management*, costruendo un procedimento aperto e partecipato in cui l'individuazione del rischio è il risultato dei fondamentali apporti del soggetto richiedente, di organi tecnici, amministrativi e politici, di rappresentanti di interessi di categoria e del pubblico in generale. Il procedimento amministrativo, assicurando l'intervento

La legislazione di settore prevede, poi, obblighi procedurali ulteriori in capo alla pubblica amministrazione: questa, infatti, non è tenuta solamente a valutare tutte le nuove informazioni, comunque acquisite, ma deve svolgere anche funzioni di comunicazione e informazione pubblica, tanto divulgando informazioni sui rischi per la salute umana e l'ambiente delle attività autorizzate, quanto garantendo il “diritto d'accesso”, basato, invece, sulla necessaria attivazione da parte dei singoli cittadini, così come previsto sia da disposizioni di carattere generale, che da talune norme settoriali²³⁹.

di organi politico-amministrativi e tecnico-scientifici, la pubblicità dell'iter formativo, la partecipazione dei cittadini e della comunità interessata, diviene il principale fattore di legittimazione della decisione finale». Nelle procedure in materia ambientale si delineano, così, relazioni di carattere “multipolare” tra le parti principali del procedimento, le istituzioni (comunitarie, nazionali) e i terzi interessati (cittadini e loro associazioni). Al di là delle singole disposizioni di settore, il riferimento alla partecipazione pubblica è sancito dalla Convenzione di Aarhus (recepita con l. 16 marzo 2001, n. 108), che impone agli Stati aderenti la partecipazione del “pubblico interessato” ai procedimenti ambientali. Su questi profili cfr. M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004.

²³⁹ Sul punto cfr. E. MASTRODOMENICO, *Accesso alle informazioni e partecipazione nei procedimenti ambientali. La conoscibilità “dello stato ambientale” e il diritto di accesso alle informazioni in materia di ambiente*, in *Nuova rassegna di legislazione dottrina e giurisprudenza*, 2011, 538 ss.; A. BONOMO, *Informazione ambientale, amministrazione e principio democratico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1475 ss.; V. SCARCONI, *La «specificità» del diritto all'informazione ambientale*, in *Foro amm. – Tar*, 2004, 77 ss. La procedura “dialogica” rappresenta la modalità tipica di formazione delle scelte regolatorie, le quali, soprattutto nelle materie soggette al principio di precauzione, assumono le forme di quella che è stata definita una *reflexive regulation*, i cui elementi fondamentali consistono «nell'adesione volontaria, nella comunicazione al pubblico delle informazioni, nella partecipazione delle associazioni a tutela di interessi pubblici (diffusi) e nella previsione di procedure istituzionali per un'auto analisi e auto critica» (così V. PAMPANIN, *op. cit.*, 219).

Al destinatario del provvedimento è, di converso, richiesto un apporto collaborativo obbligatorio, sussistente per tutta la durata del rapporto autorizzatorio, il quale può sostanziarsi nella valutazione costante del rischio, nel riesame autonomo delle misure specificate nell'autorizzazione, nell'obbligo di informazione nei confronti delle autorità competenti, nell'auto-controllo delle attività pericolose, nella segnalazione delle migliori tecniche disponibili, negli obblighi di comunicazione nei confronti degli enti territoriali, nonché nell'adozione di misure di prevenzione d'urgenza.

La natura qualificata del rapporto post-procedimentale impone, in aggiunta, che i comportamenti della pubblica amministrazione nell'esercizio della propria funzione di governo del rischio debbano essere coperti da buona fede e da obblighi di protezione particolarmente rigorosi (anche nella fase successiva all'emanazione del provvedimento autorizzatorio e precedentemente all'apertura di un procedimento di riesercizio), nonché, come detto, avvenire nell'adempimento (pure nella descritta fase interinale) di stringenti obblighi procedurali.

Alla luce della (seppur sintetica) disamina della peculiare disciplina procedimentale propria delle ipotesi modificative tipizzate che sono state ricondotte alla categoria della riforma-riesercizio, possono ora trarsi alcune considerazioni finali.

Le riflessioni svolte nel presente paragrafo hanno messo in luce come la necessità, tipica della contemporaneità giuridica, di garantire la gestione efficiente dell'interesse pubblico, in un contesto caratterizzato da un'inedita accelerazione dei processi sociali, economici e tecnologici, con le conseguenti ricadute sul contesto ambientale e sulla salute, abbia condotto all'affermazione, soprattutto sulla base dell'impulso normativo europeo, di moduli procedurali innovativi, basati sul superamento della classica bipartizione fra procedure di primo e di secondo grado, in uno con la constatazione dell'inadeguatezza della nozione (e della disciplina) tradizionali dell'autotutela amministrativa quale strumento di adattamento delle statuizioni provvedimentali alle

soppravvenienze²⁴⁰.

Laddove, infatti, in alcuni settori tipici dell'azione amministrativa è sempre più avvertita la natura fisiologica (e non più patologica) del mutamento degli interessi pubblici e delle circostanze di fatto sottese all'attività provvedimentale, il diritto positivo tende a configurare il potere amministrativo alla stregua di una situazione giuridica soggettiva di carattere inesauribile, perennemente riesercitabile, concretizzantesi in atti amministrativi "a formazione progressiva", in quanto mai definitivi, attraverso l'esercizio di una funzione che costituisce la sostanza di un procedimento «aperto». In tal modo, tutte le parti della relazione amministrativa (sostanziale e procedurale) concorrono all'esercizio di una attività conformativa *in itinere* dei rapporti pubblicistici, caratterizzata dalla permanenza di posizioni giuridiche soggettive qualificate multipolari.

Si tratta di moduli di attività difficilmente inquadrabili all'interno delle categorie del diritto amministrativo tradizionale (operazione che, per la verità, si è tentata, non senza difficoltà e con esiti forse insoddisfacenti, nel presente elaborato), ma che non sono idonei, a nostro avviso, a scardinarle, attraverso la trasposizione delle conclusioni raggiunte ad altri ambiti di attività della pubblica amministrazione. In particolare, l'esistenza nel nostro ordinamento positivo di siffatti poteri non può indurre ad una riconsiderazione della dogmatica classica in materia di riesame in autotutela, o, ancora peggio, a suffragare quelle ricostruzioni che riconoscono in quest'ultimo un riesercizio

²⁴⁰ Secondo B.L. BOSCHETTI, *op. cit.*, «emerge, dunque, che la capacità obbligatoria e condizionante, e la instabilità che ad essa s'accompagna, producono delle ricadute significative sul diritto delle procedure amministrative e, per quanto qui interessa, sulla loro dimensione strutturale. Determinano, inoltre, significative inter-connessioni procedurali nella dimensione post-procedurale attraverso cui filtra una nuova flessibilità procedurale e, dunque, la capacità adattiva del sistema di regolazione (e di *governance*)» (127).

del potere primario: la riforma-riesercizio rappresenta, infatti, a ben vedere, non l'evoluzione dell'autotutela amministrativa, ma una diversa modalità di esercitare l'autarchia²⁴¹.

Per quanto detto, occorre ora indagare come diversamente si configura, dal punto di vista procedimentale, l'esplicazione del (differente) potere di riesame modificativo in autotutela delle precedenti determinazioni amministrative. Per farlo, ci si è avvalsi della nozione, che è stata definita «in riserva»²⁴² nel diritto amministrativo, dell'«operazione amministrativa», quale riflesso procedurale del polimorfismo strutturale che si è predicato essere proprio della figura della riforma-riesame.

3. Riflessi funzionali della «riforma-riesame»: utilità della categoria giuridica dell'«operazione amministrativa» per comprendere la fenomenologia della vicenda modificativa intesa come superiore unità di procedimenti tipici funzionalmente coordinati verso un risultato di “modifica”.

Si è più volte anticipato, nel corso della trattazione, che la figura sistematica a cui si è ritenuto più corretto ricondurre la procedura di riforma-riesame del provvedimento amministrativo è quella dell'«operazione», in quanto a nostro avviso maggiormente aderente alla fenomenologia della vicenda modificativa, così come configurata dal diritto positivo, nonché particolarmente feconda di implicazioni giuridiche. Appare, pertanto, opportuno, in apertura di paragrafo, ripercorrere per sommi capi le alterne vicende di tale fattispecie in dottrina, per giungere a definire con precisione il significato ad essa oggi correntemente attribuito, così da verificarne l'adeguatezza ad esprimere la realtà giuridica del procedimento di modifica in sede di riesame.

²⁴¹ Nel senso attribuito da F. BENVENUTI a tali concetti (cfr. *Disegno*, cit., 261 ss.).

²⁴² D. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 124.

La nozione di «operazione amministrativa», oggetto di una primigenia elaborazione in sede di teoria della giustizia amministrativa in ambito francese²⁴³, ha vissuto differenti e alterne «carriere»²⁴⁴ nel nostro ordinamento, fino a divenire recentemente oggetto di una rinnovata considerazione sistematica quale fattispecie giuridica di rilievo autonomo, in quanto efficacemente «rivelatrice delle inadeguatezze della tradizionale teoria dell'attività e della organizzazione amministrativa ad inquadrare la realtà “complessa” dell'attuale fenomeno amministrativo»²⁴⁵.

L'esigenza di studiare la figura in discorso alla stregua di una nozione di carattere sostanziale, riconducendola all'ambito, ad essa più appropriato, dell'attività amministrativa, era già emersa nella dottrina francese in esito ad un dibattito o, meglio, ad una cortese tenzone (come sembra suggerire il nome dei due protagonisti)²⁴⁶ intercorsa sulle pagine dell'*Actualité Juridique – Droit Administratif* all'inizio degli anni ottanta

²⁴³ Per la ricostruzione della quale si rinvia integralmente a D. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 11 ss. e alla bibliografia *ivi* richiamata.

²⁴⁴ L'uso del termine 'carriera' con riferimento alle diverse vicende dell'istituto dell'«operazione amministrativa» ha una sua specifica giustificazione, in quanto l'espressione, divenuta ormai emblematica, è utilizzata da gran parte della letteratura recente (francese e italiana) sul tema, a partire da M. DISTEL, *La notion d'opération administrative complexe*, in *La Revue Administrative*, 1981, 370 ss.; F. CHEVALLIER, *La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes*, in *AJDA*, 1981, 331 ss.; P. CHRETIEN, *De la belle carrière promise à la notion d'opération complexe*, in *AJDA*, 1982, 20 ss.; nonché, in ambito italiano, da D. D'ORSOGNA, *op. cit.*, *passim*, ma v. spec. 13, nt. 5.

²⁴⁵ D. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 13, nt. 6.

²⁴⁶ Si tratta di F. CHEVALIER (il quale prende atto della crisi della *fonction contentieuse des opérations administratives*) e P. CHRETIEN (che, di contro, ne contesta la constatazione di decesso prematuro). Il primo, significativamente, conclude il dibattito affermando che «*loin de penser que la notion d'opération complexe est dépourvue de toute valeur intrinsèque, j'ai seulement entendu montrer qu'elle n'était pas suffisamment opératoire pour remplir la fonction contentieuse qui lui est assignée à l'heure actuelle : je n'ai dressé aucun constat de décès. Bien au contraire, estimant très vivante la notion d'opération complexe, j'ai suggéré qu'elle puisse être*

del secolo scorso.

La dottrina italiana, dal canto suo, ha studiato la fattispecie dell'operazione amministrativa esclusivamente dal punto di vista del diritto sostanziale, attribuendo ad essa inizialmente due accezioni del tutto distinte²⁴⁷: l'una indicante l'insieme delle attività materiali della pubblica amministrazione, l'altra quale sinonimo di "procedimento amministrativo", inteso come pluralità di atti coordinati ad un risultato comune.

La dottrina più recente, nello sviluppare una più completa e raffinata teoria dell'attività amministrativa, ha proposto, invece, di utilizzare l'espressione in discorso per indicare una nozione nuova, diversa dalle due precedenti, «al fine di identificare tutta una serie di nuovi istituti tesi a coordinare insieme diversi di poteri e procedimenti tutti necessariamente coinvolti nel perseguimento funzionalmente adeguato di un risultato amministrativo unitario»²⁴⁸.

Tale conclusione appare come il punto terminale di un percorso intrapreso dalla letteratura giuridica italiana di progressivo isolamento e differenziazione concettuale della nozione di "operazione amministrativa" rispetto a quella di "procedimento

utilisée à d'autres emplois». I contributi a cui si fa riferimento sono quelli citati nella nt. 240 (la risposta di F. CHEVALIER, appena richiamata, è riportata a margine dell'articolo di P. CHRETIEN).

²⁴⁷ Tale varietà semantica è segnalata da B. GRAZIOSI, *Note per una definizione delle «operazioni amministrative»*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1968, 498 ss. e da G. SALA, *Operazione amministrativa (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1995, X, 319 ss., per il quale «il termine operazione è già polisenso nel linguaggio comune, lo è ancora di più in quello giuridico, in modo particolare poi nel diritto amministrativo».

²⁴⁸ D. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 82. Ma, ancor prima, cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa (voce)*, in *Enc. giur.*, agg., VI, 2002, 84, secondo il quale «in relazione al risultato sembra necessario introdurre una nuova nozione, che può essere denominata operazione amministrativa, ad indicare l'insieme delle attività necessarie per conseguire un determinato risultato concreto» (84). «È appena il caso di sottolineare che tale nozione di operazione amministrativa non ha nulla a che vedere con la nozione tradizionale, significante un'attività amministrativa materiale» (nt. 43).

amministrativo”, del quale si ripercorreranno ora concisamente le tappe.

Da un’iniziale impostazione che vedeva nell’operazione amministrativa un termine onnicomprensivo di schemi procedurali di diversa estensione quantitativa, pur qualitativamente indistinti, utilizzata indifferentemente e come sinonimo di procedimento amministrativo²⁴⁹, si assiste, in seguito, ad uno sforzo di maggiore differenziazione terminologica, pur sempre, tuttavia, all’interno di una giuridicamente indistinta qualificazione del fenomeno procedurale: da un lato, «il “procedimento”, inteso quale *iter* formativo del singolo atto»; dall’altro «la “operazione” intesa quale serialità di più atti funzionalmente autonomi (produttivi di c.d. “effetti esterni”）」²⁵⁰.

Successivamente ne viene proposta una differenziazione qualitativa: «[l]e due nozioni sembrano riposare a questo punto su due piani diversi e, ciò che più conta, sembrano dover essere disegnate sulla base di criteri giuridici differenti: mentre “il punto di legamento” (o, se si preferisce, il criterio di aggregazione dei vari atti) del

²⁴⁹ V., a titolo esemplificativo, A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, il quale utilizza le locuzioni “operazioni amministrative semplici” e “operazioni amministrative complesse” in alternativa, ma con identico significato, a quella di “procedimento amministrativo”. In questa fase, «[l]a nozione copre [...] un campo assai esteso, comprensivo di fenomeni procedimentali di dimensioni diverse: da un lato, sequenze procedimentali più ristrette, legalmente ordinate alla formazione di un atto amministrativo produttivo di effetti giuridici concreti (un provvedimento amministrativo, diremmo oggi); dall’altro schemi procedurali più ampi, contemplanti serie legalmente necessarie di più atti amministrativi, ciascuno dei quali dotato di “giuridica individualità” sia sul piano strutturale sia su quello funzionale, ma collegati ed ordinati in vista del conseguimento di un risultato unitario» (così D. D’ORSOGNA, *op. cit.*, 96).

²⁵⁰ Il passaggio a questa seconda fase è segnato dalla riflessione di U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1934, 34, per il quale «[o]ccorre [...] non confondere tali procedimenti col procedimento formativo di ciascun atto, onde sarebbe forse opportuno assegnare ai primi un diverso nome, come, ad esempio, quello, già introdotto in dottrina ed usato in qualche decisione, di “operazioni amministrative”».

singolo procedimento è da individuare nell'[...] atto terminale cui la norma ricollega la produzione di tale effetto [...]; quello (della nozione, posta sul piano distinto e “superiore”) della operazione è da ricercare nello scopo ultimo da perseguire, nel risultato pratico cui la legge predispone più poteri e la (serie) della loro successione»²⁵¹.

Questo terzo fondamentale passaggio è realizzato, per la verità, attraverso il ricorso non già alla nozione di “operazione amministrativa”, ma a quella (del tutto omologa) di «procedimento in senso ampio», la quale viene differenziata dal «procedimento in senso stretto»: a dispetto della denominazione, le due fattispecie, per la prima volta, non sono distinte dal punto di vista quantitativo (come se fossero due fenomeni identici, ma di diversa ampiezza), ma vengono isolate giuridicamente. In particolare «la nozione di procedimento in senso ampio si riferisce [...] ad una serie di atti, che, pur essendo dotati di individualità giuridica propria, son collegati da ciò che intervengono nella vita di un più ampio rapporto, influenzando sul nascere, *sullo svolgersi* o sulla fine di esso. [...] [O]nde appaiono ricongiunti per così dire in una *superiore unità*»²⁵².

Di tal guisa, la dottrina recente è giunta, infine, ad una definizione più precisa dell'istituto in discorso, che qui si accoglie, quale fattispecie giuridica di rilievo autonomo, delineata nei termini seguenti: «[l]’operazione amministrativa è fattispecie cui si ricollega la applicabilità di una disciplina che stringe in un rapporto giuridico complesso un insieme di figure giuridiche soggettive, regolando lo svolgimento coordinato di una serie di figure giuridiche soggettive dinamiche (unificate sul piano teleologico dalla tensione) verso un risultato di carattere unitario. L’operazione amministrativa riesce in tal modo a liberare la funzione dalle tradizionali “strette del singolo potere

²⁵¹ D. D’ORSOGNA, *op. cit.*, 96-97. «[R]isultano adombrate, così, due nozioni concettualmente distinte che, peraltro, sul piano operativo, fisiologicamente coesistono, si combinano ed intrecciano incessantemente».

²⁵² U. FORTI, *op. cit.*, 469-470 (prima enfasi aggiunta, seconda enfasi dell’A.).

e del singolo atto”: un risultato, quest’ultimo, che la dottrina più attenta aveva già da tempo avuto modo di individuare quale passaggio necessario per poter riconoscere un autonomo rilievo giuridico all’attività amministrativa in quanto tale»²⁵³.

I riflessi procedurali dell’istituto della riforma-riesame, nei termini in cui è stata ricostruita nel precedente capitolo, si collocano, a nostro avviso, esattamente nella nozione così individuata di “operazione amministrativa”²⁵⁴. Essa, infatti, rappresenta l’esercizio di una pluralità di poteri autonomi dal punto di vista strutturale (revo- ca, riesercizio), ma che sul piano procedurale possono essere ricondotti ad una superiore unità, in quanto funzionalmente coordinati e preordinati alla realizzazione di un risultato giuridico unitario che ricomprende e unifica le singole componenti strutturali²⁵⁵.

²⁵³ D. D’ORSOGNA, *op. cit.*, 223.

²⁵⁴ Seppur nei suoi termini minimi, nel senso che essa, a nostro avviso, possiede “tutti e solo” gli elementi essenziali di definizione della fattispecie (*sub specie* di concorrenza di procedimenti autonomi per la realizzazione di un risultato unitario). Difetta, ad esempio, nell’ipotesi modificativa, la pluralità soggettiva dei centri decisionali, trattandosi di un’operazione condotta da un medesimo organo dell’amministrazione.

²⁵⁵ Indizi in questo senso anche in F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., 1125, nt. 20, «mentre il procedimento è nient’altro che i singoli atti parziali, l’atto complesso è invece un’unità diversa da quelli, un atto dotato cioè di propria individualità. Ora ciò si spiega appunto notando che, mentre oggetto del procedimento è la funzione dell’atto finale (e non dei singoli atti), oggetto dell’atto complesso è l’insieme degli atti parziali che in esso si compongono dandogli vita (onde la stessa funzione dell’atto complesso è il complesso delle funzioni degli atti parziali e rileva non direttamente ma per il tramite di questi). Ciò non esclude l’esistenza di fenomeni di composizione anche nel procedimento: [...] l’esistenza di un procedimento che sia espressione della sola esplicazione della funzione è caso eccezionale, mentre normalmente gli atti parziali di sviluppo della funzione si compongono con atti con funzioni diverse. Ma anche questi sono «procedimento», e in relazione all’atto finale, operano come presupposti mentre nell’atto complesso, poiché questo si risolve, come atto finale, nella loro connessione essi sono non presupposti ma elementi dell’atto stesso». In quest’ottica non

L'impostazione funzionale accolta, oltre a descrivere più correttamente la realtà fenomenologica della vicenda modificativa (nella prassi, l'amministrazione ricorre spesso ad atti, che pur unitari dal punto di vista documentale, sono rubricati come "revoca parziale e sostituzione"), appare anche la più idonea a rappresentarne la realtà giuridica.

In particolare, la decisione modificativa costituisce l'esito di un'operazione che assorbe in sé, oltre alle valutazioni in ordine all'opportunità (o alla legittimità) dell'atto impugnato, anche il rinnovato esercizio del potere di primo grado, in un procedimento (in senso lato) unitario in cui non vi è distinzione materiale (bensì eminentemente giuridica) fra l'esito (parzialmente) eliminatorio del riesame e la rinnovazione del procedimento di primo grado.

Il risultato giuridico di tale procedura, tuttavia, non è riconducibile, come nella generalità dei casi associati dalla dottrina alla categoria dell'operazione, ad un effetto giuridico tipico e nominato, per la cui realizzazione la legge preveda una (pre)determinata successione funzionale di atti autonomi (provenienti, in ipotesi, anche da organi differenti). Esso rappresenta, invece, un effetto "creativo" ottenuto dall'amministrazione attraverso l'esercizio combinato di una pluralità di poteri a sua disposizione.

Quest'ultima precisazione potrebbe sollevare ulteriori sospetti, che si pensavano fugati in sede di analisi strutturale, in ordine alla compatibilità della ricostruzione qui proposta con il principio di legalità, non essendo senz'altro consentita all'amministrazione, in forza del menzionato principio, la produzione di effetti non tipizzati dalle norme, pur se realizzati attraverso l'esercizio combinato di una pluralità di poteri al

sembra potersi condividere l'affermazione di D. D'ORSOGNA, *op. cit.*, secondo il quale «mentre in una visione oggettiva, ogni potere, in quanto ha una unica funzione, ha necessariamente un solo procedimento, nella visuale soggettiva, invece, può esistere attività che attiene a più funzioni e che raccoglie lo svolgimento di più potestà (in senso proprio)» (243).

cui esercizio essa è (singolarmente) legittimata²⁵⁶.

In realtà, la categoria dell'operazione amministrativa, così come da noi intesa, costituisce un mero modulo procedimentale, idoneo ad unificare, in una superiore sintesi funzionale e materiale, l'esercizio di una pluralità di poteri normativamente attribuiti, per la produzione di un effetto che sarebbe comunque realizzabile attraverso l'esperimento consequenziale di due procedimenti tipici (e che, in quanto tale, non può definirsi atipico), ma i quali è opportuno (se non, come a breve si vedrà, doveroso) che vengano riuniti in un momento procedurale unitario, in applicazione dei principi di economia procedurale, buon andamento e di migliore attuazione delle garanzie procedurali²⁵⁷.

Tale esigenza discende, a nostro avviso, anche da ragioni di ordine positivo.

Ed invero, gli articoli 7 e 8 della l. n. 241/1990, nella parte in cui vincolano l'amministrazione, in fase di avvio, all'indicazione dell'oggetto del procedimento e alla predeterminazione dei suoi (potenziali) effetti, possono essere considerati la chiave di volta per una ricostruzione unitaria del fenomeno modificativo, costituendo il punto di raccordo fra il polimorfismo strutturale del potere (in astratto) e l'esigenza di una sua considerazione unitaria dal punto di vista funzionale (suo concreto esercizio).

²⁵⁶ Sulla "tensione" fra principio di legalità e amministrazione di risultato cfr., diffusamente, M. IMMORDINO, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004.

²⁵⁷ La questione si pone, a ben vedere, solamente con riferimento alla riforma sostitutiva o a quella non meramente additiva, in quanto nell'ipotesi meramente additiva (nella quale, cioè, il riesercizio non si combina all'eliminazione di una parte del provvedimento) l'effetto revocatorio consegue al mero riesercizio del potere di primo grado, senza che vi possa ravvisare una distinzione (crono)logica fra momento revocatorio e riedizione del potere. In quest'ultimo caso, è preferibile parlare, più che di un fenomeno di revoca-riesercizio, di riesercizio del potere ad effetto (parzialmente) revocatorio (ferma restando la necessità di ricorrere alle due norme attributive del potere – revocatorio e di primo grado – per la valida costituzione del relativo effetto).

L'obbligo di indicazione dell'oggetto del procedimento e di presa in considerazione dei potenziali effetti del relativo provvedimento, ai sensi delle citate disposizioni, deve essere, infatti, interpretato nel senso della necessaria rappresentazione, in sede di iniziativa, dell'intero spettro dei poteri che l'amministrazione intende esperire (norme attributive e relativa fattispecie astratta) per la realizzazione del risultato giuridico desiderato, nonché di uno schema di ipotetico risultato provvedimentale, finalizzato ad orientare l'azione dell'amministrazione e l'esercizio delle pretese partecipative dei soggetti coinvolti.

In questo senso, l'istituto della comunicazione di avvio costituisce esattamente il *trait d'union* fra il principio di legalità inteso in senso statico (fondazione e attribuzione dei poteri astratti) e la sua declinazione dinamica (il "farsi" del potere in atto), nella misura in cui pone in capo all'amministrazione l'obbligo di predeterminare le norme attributive dei poteri che intende esercitare in esito al procedimento e, conseguentemente, dello schema provvedimentale astratto che potenzialmente essa può realizzare, secondo un ventaglio di scelte, da sottoporre a verifica nel corso dell'istruttoria procedimentale, che procedono gradatamente da un minimo a un massimo sfruttamento (potenzialmente combinato) dello spettro autoritativo rappresentato.

Cosicché, nei casi di esercizio congiunto di più poteri tipici per la realizzazione di un effetto giuridico risultante dalla loro combinazione (come nella modifica in riesame), l'amministrazione non potrà indicare nell'avviso una singola norma attributiva del potere o considerarne atomisticamente i singoli effetti, pena il fuorviare dal senso delle richiamate disposizioni, le quali, in virtù della funzione comunicativa dell'istituto in discorso, devono necessariamente essere interpretate come un obbligo di indicazione preventiva dell'operazione complessiva unitariamente considerata e non della sua disgregazione per frammenti tipici.

Per quanto detto, se vuole modificare un atto, l'amministrazione dovrà indicare

nella comunicazione di avvio, come oggetto del procedimento, l'intenzione di esercitare congiuntamente il potere di revoca e il potere di primo grado, predeterminando in tal modo, attraverso il richiamo alle rispettive norme attributive, uno schema provvedimentale astratto (potenziale) comprendente un ventaglio di effetti che del relativo spettro autoritativo rappresentano ora il minimo sfruttamento (conferma integrale), ora il massimo sfruttamento (revoca o rinnovazione integrale), ora il parziale sfruttamento (revoca parziale e riforma).

Solamente in tal modo, il risultato complessivo di modificazione, a cui la concorrenza dei singoli procedimenti tipici è funzionale, può rappresentare, fin dall'inizio della procedura, ciò che è stato definito variamente come il «progetto di provvedimento»²⁵⁸, ovvero la «proposta di decisione»²⁵⁹, che costituisce il punto di riferimento unitario per l'esercizio delle garanzie partecipative, nonché un parametro di corretto esercizio della funzione in sede di sindacato giurisdizionale²⁶⁰.

Ed infatti, come è stato limpidamente messo in chiaro, «[n]el momento in cui il processo decisionale che ha svolgimento in un procedimento amministrativo si rassa [...] attorno ad uno schema (o progetto) di assetto di interessi – momento che

²⁵⁸ Cfr. R. LA BARBERA, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001.

²⁵⁹ A. ZITO, *op. cit.*, 77 ss.

²⁶⁰ «Questa esternazione della volontà, in via preventiva rispetto al provvedimento finale, nel momento stesso in cui si forma, costituisce l'unica vera garanzia di trasparenza della volontà delle parti, di visibilità immediata delle intenzioni dei soggetti del rapporto, di certezza dei rapporti giuridici. Tale grado di attualità, nella manifestazione delle determinazioni assunte dall'Autorità, consente ai partecipanti al procedimento, se non di essere coautori della decisione, di essere spettatori vigili del suo farsi e costituisce il migliore parametro per una verifica di coerenza interna dell'azione amministrativa e di giustizia sostanziale, non solo nei confronti degli obiettivi dell'azione, ma anche rispetto al processo di individuazione dell'interesse pubblico e dei mezzi idonei per soddisfarlo»; così A. POLICE, *La predeterminazione*, *loc. ult. cit.*

può essere finanche quello della apertura stessa del procedimento (di iniziativa pubblica o privata) – che intercetta un problema amministrativo complesso (un problema che postula il coinvolgimento necessario di una *pluralità di poteri, procedimenti e figure giuridiche soggettive*) l'insieme degli atti e procedimenti accomunati dalla proiezione verso il risultato (giuridico che costituisce il veicolo per il conseguimento del risultato pratico) unitario diviene *immediato punto di riferimento di una disciplina diversa e ulteriore*, rispetto a quella propria degli atti e procedimenti in essa raccolti: la disciplina della operazione amministrativa, che interviene, a fini di razionalizzazione dell'agire amministrativo, a raccordare (o a coordinare o anche, se del caso, unificare) lo svolgimento dell'insieme dei poteri coinvolti»²⁶¹.

Per quanto premesso, verranno ora esaminate le conseguenze applicative, derivanti da una considerazione unitaria della vicenda modificativa dal punto di vista operativo, sul piano della piena attuazione delle garanzie partecipative, per poi concentrare l'attenzione sui possibili riflessi in punto di motivazione e di effettività del (successivo) sindacato giurisdizionale.

3.1. (Segue.) *La “modifica” come «risultato operativo»; conseguenze applicative sul piano della piena attuazione delle c.d. garanzie procedurali.*

La considerazione unitaria dell'operazione modificativa dal punto di vista procedurale comporta, come anticipato, conseguenze di rilievo sul piano della piena attuazione delle c.d. garanzie procedurali e, in specie, delle pretese partecipative dei soggetti interessati²⁶². La modifica intesa, in senso unitario, come “proposta di deci-

²⁶¹ D. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 220-221 (enfasi aggiunte).

²⁶² Col termine garanzie o pretese partecipative si intende coscientemente non prendere posizione in ordine alla qualificazione di tali posizioni soggettive nei termini di interesse legittimo o di

sione”, proiettata al risultato modificativo a cui tende l’attività procedimentale dell’amministrazione, pur nella pluralità strutturale dei poteri esercitati, infatti, è in grado di costituire il punto di riferimento unitario per il pieno e consapevole esercizio delle facoltà di intervento, fin dall’atto di iniziativa, che di quelle costituisce fondamentale presupposto²⁶³.

In particolare, la decisione di modificare un atto amministrativo, vale a dire di produrre un effetto giuridico modificativo quale risultato complessivo di un’operazione di revoca parziale-conferma e contestuale riesercizio integrativo o sostitutivo del potere, in virtù dell’indistinzione materiale dei due momenti ai fini della produzione del risultato giuridico a cui tende l’attività amministrativa, come anticipato, dovrebbe costituire l’«oggetto del procedimento promosso» che, ai sensi dell’art. 8 della l. n. 241/1990, rappresenta un contenuto necessario della comunicazione di avvio del procedimento²⁶⁴.

diritto soggettivo. Si rinvia all’ampio dibattito sul tema, per il quale si veda, per lo meno, M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 e la corposa nota bibliografica *ivi* presente, ove sono diffusamente ricostruiti i diversi orientamenti della dottrina.

²⁶³ Cfr. A. ZITO, *op. cit.*, 79-80 «[l’atto d’iniziativa] presenta un’ulteriore caratteristica costituita dalla connessione di senso, instaurata dall’amministrazione, tra il fatto o se si preferisce il caso di realtà, inteso come accadimento problematico dal quale si percepisce la necessità di cura dell’interesse pubblico, e l’interesse medesimo, inteso come valore da tutelare, da cui emerge, *prima facie*, la regola che l’amministrazione ritiene, allorquando avvia il procedimento, di poter dare al fatto in questione. Detto in altri termini, l’aspetto più pregnante dell’atto di iniziativa pare essere quello di rappresentare il primo momento di fissazione di una proposta di decisione relativa alla determinazione dell’assetto degli interessi, idonea ad essere potenzialmente assunta nel provvedimento finale».

²⁶⁴ Cfr. *ivi*, 82: «l’atto di iniziativa si palesa non soltanto come semplice momento di fissazione di interessi e fatti rilevanti per l’azione amministrativa, ma anche come una proposta di decisione che di quest’ultima presenta tutti i caratteri: vale a dire i presupposti di fatto e di diritto che la sorreggono (naturalmente a quel momento), gli interessi coinvolti e la determinazione dell’assetto degli stessi che si intende dare in relazione al caso di realtà che li vede coinvolti». A. POLICE, *La predeterminazione*, cit.,

Ciò non esclude che la decisione amministrativa modificativa possa essere assunta dall'amministrazione successivamente, in esito ad un'istruttoria interna ad un procedimento di revoca. In tal caso, tuttavia, il progetto di provvedimento modificativo dovrà necessariamente costituire l'oggetto di un nuovo procedimento, avente le suddette caratteristiche operazionali, in quanto involge l'esercizio di un differente potere (non diversamente dall'ipotesi in cui, ad esempio, in esito all'istruttoria di un procedimento di revoca, l'amministrazione ravveda profili di illegittimità dell'atto oggetto di riesame, con conseguente apertura di un diverso procedimento di annullamento d'ufficio).

La predeterminazione degli effetti giuridici complessivi (pur risultanti da una concorrenza di poteri autonomi) a cui tende l'attività procedimentale dell'amministrazione, sotto forma di "progetto di decisione" o "schema di provvedimento", è, infatti, coesistente alla garanzia della partecipazione procedimentale. E ciò a maggior ragione laddove l'effetto giuridico prodotto in esito al procedimento non è, in senso stretto, tipico, in quanto non predeterminato da una norma di legge, ma creativamente realizzato dall'amministrazione²⁶⁵.

Appare, peraltro, in questo senso, significativo come il legislatore, nel fissare il parametro a mezzo del quale procedere alla individuazione dei soggetti destinatari

150-151, sottolinea opportunamente come «il momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, non coincide affatto con lo stadio iniziale del processo decisionale, con il momento in cui si prospetta all'Amministrazione il problema amministrativo. Proprio in base alle previsioni del citato articolo 8, infatti, al momento della comunicazione l'Amministrazione conosce già [...] l'oggetto del procedimento promosso».

²⁶⁵ «E così la legalità del provvedimento, della decisione autoritativa, verrà commisurata non più soltanto sulla base di un parametro esterno all'azione (la legge), ma su di una aspettativa di risultato che il privato si prefigura nel corso dell'*iter* procedimentale cui egli attivamente partecipa»; così, *ivi*, 16.

dell'obbligo di comunicazione di avvio (e, conseguentemente, di coloro che sono in primo luogo titolari delle posizioni partecipative), faccia riferimento agli effetti del provvedimento (e al potenziale «pregiudizio»)²⁶⁶. In una logica funzionale, tale criterio non può essere interpretato in un senso diverso dall'effetto finale complessivo che l'amministrazione intende realizzare attraverso l'operazione amministrativa, dal quale solamente può essere dedotta (e, di converso, *ex post* controllata in sede giurisdizionale) l'idoneità del risultato a produrre effetti diretti, ovvero cagionare un pregiudizio, nei confronti di taluni soggetti.

Di talché, l'obbligo procedimentale di comunicazione può essere correttamente adempiuto (e controllato) solamente se già in fase di avvio del procedimento l'amministrazione è in grado di prevedere (o meglio: predeterminare) i possibili effetti globali dell'operazione (i quali, in ipotesi, potrebbero essere favorevoli per il terzo nella parte parzialmente revocatoria, ma particolarmente sfavorevoli laddove essa si combini con il riesercizio del potere in senso ampliativo).

La rappresentazione sintetica della modifica come risultato operativo è, infatti, in grado di (pre)determinare la reale incidenza dell'esercizio del potere sulle posizioni giuridiche degli amministrati, e, quindi, dell'idoneità della decisione finale a produrre effetti (potenzialmente) pregiudizievoli nei confronti dei soggetti (anche non destinatari).

Tale risultato rileva non solo dal punto di vista dell'adempimento dell'anzidetto obbligo procedimentale da parte dell'amministrazione, ma anche sotto il profilo della piena attuazione delle facoltà di intervento procedimentale dei soggetti interessati.

²⁶⁶ Ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/1990 l'avvio del procedimento è comunicato «ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti», nonché a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai diretti destinatari, «qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio».

Ed infatti, in primo luogo, la predeterminazione dell'effetto complessivo oggetto della decisione amministrativa consente al destinatario diretto del provvedimento, così come al controinteressato procedimentale, di esercitare in maniera consapevole le proprie pretese partecipative. Essi potranno intervenire nel procedimento, prendendo visione dell'atti e presentando memorie e documenti, al fine di orientare l'esercizio del potere, avendo quale punto di riferimento il possibile effetto giuridico astratto dell'operazione unitariamente considerato, senza che l'eterogeneità dei poteri esercitati possa portare ad una duplicazione istruttoria, e conseguentemente, a vanificare il contraddittorio procedimentale²⁶⁷.

La medesima esigenza, peraltro, impone che la pratica amministrativa e la relativa istruttoria sia unitariamente curata da un solo responsabile del procedimento (art. 6 della l. n. 241/1990), al fine di evitare fenomeni di strabismo amministrativo e conseguenti scelte illogico-contraddittorie. E ciò non solamente nello svolgimento della funzione di accertamento dei fatti (art. 6, co. 1, lett. b, l. n. 241/1990), ma anche nel

²⁶⁷ Cfr. *ivi*: «[d]el resto, se il nucleo centrale della partecipazione è stato individuato nel momento della contestazione da parte del privato della proposta o, per meglio dire, in un argomentare ragionato che tende ad integrare o a sostituire la suddetta proposta, è evidente come a venire in rilievo, ad assumere cioè valore, sia il contrasto di posizioni, di prospettazioni e di punti di vista piuttosto che la collaborazione. In questo modo la partecipazione consapevole al processo decisionale diventa uno strumento di eteroverifica della proposta di decisione o delle scelte parziali assunte unilateralmente dall'Amministrazione» (157-158). Cosicché «[l]a immediata conoscibilità delle scelte parziali dell'Amministrazione [...] assume rilievo fondamentale anche per garantire l'effettività della partecipazione procedimentale. Sembra allora delinarsi una immagine della potestà pubblica il cui contenuto, con forte approssimazione, si può risolvere nella individuazione di comportamenti condizionati da un tratto di indeterminatezza dei fatti rilevanti per l'esercizio del potere, rispetto al quale il privato deve essere posto immediatamente in condizione di prospettare rappresentazioni di fatti in termini proprio interesse» (159). Sul punto cfr. anche A. ZITO, *op. cit.*, diffusamente, ma spec. 95 ss.

successivo processo valutativo (art. 6, co. 1, lett. a, l. n. 241/1990) nell'ambito del quale, la verifica delle condizioni di ammissibilità, dei requisiti di legittimazione ed i presupposti rilevanti per l'esercizio dei poteri, non può avvenire se non avendo come riferimento l'effetto complessivo derivante dall'operazione²⁶⁸.

In secondo luogo, la possibilità di predeterminare *ex ante* l'idoneità dell'operazione amministrativa complessiva a cagionare un pregiudizio nei confronti di determinati interessi, rileva anche ai sensi dell'art. 9 della l. n. 241/1990, il quale abilita i soggetti che ne sono portatori ad esercitare le medesime facoltà di intervento dei destinatari della comunicazione (partecipanti facoltativi).

Insomma, sono tanti e univoci gli addentellati di ordine positivo che esigono, in uno con i principi generali (di buon andamento, economia procedimentale, completezza dell'istruttoria), la considerazione in termini unitari del fenomeno modificativo in sede procedimentale, a partire dalla fase d'avvio e per tutto lo svolgimento della fase istruttoria.

²⁶⁸ Sulla funzione orientatrice della previsione unitaria degli effetti in rapporto ai compiti del responsabile del procedimento cfr., *amplius*, R. LA BARBERA, *op. cit.*, 96 ss., il quale sottolinea che «[s]e [il responsabile] non facesse esplicito riferimento alle conseguenze materiali della progettata decisione il processo conoscitivo da lui posto in essere sarebbe illegittimo per non aver rispettato il principio dell'adeguatezza dell'istruttoria (art.6, let.b) ordinato alla tutela dell'interesse pubblico concreto che emergerà appunto dall'istruttoria procedimentale. Infatti, l'adeguato svolgimento dell'istruttoria implica che il funzionario responsabile non solo conosca i fatti di realtà nella loro completezza, ma altresì che l'ipotesi di decisione ordinata a trasformare tale realtà contenga, in forma prefigurata, quali conseguenze materiali si realizzeranno sulla realtà stessa» (101)». E ancora: «[a]ffinché la valutazione [...] possa essere considerata ragionevole e, di conseguenza, adeguata alla realtà da trasformare, un parametro di valutazione ragionevole e, pertanto, condivisibile in base al senso comune, può essere rappresentato dalla previsione degli effetti materiali, connessa a ciascuna alternativa prefigurata» (103).

3.2. (Segue.) I possibili riflessi in punto di “motivazione” e di effettività del (successivo) sindacato giurisdizionale.

L’opportunità di una considerazione unitaria del fenomeno modificativo sul piano funzionale non discende esclusivamente da esigenze legate alla partecipazione procedimentale, bensì pure da considerazioni in ordine alla fase decisoria e al connesso obbligo di motivazione degli atti amministrativi²⁶⁹, istituto strumentale all’effettività del (successivo ed eventuale) sindacato giurisdizionale²⁷⁰.

Un indizio in tale direzione sembra provenire, in primo luogo, proprio dalla norma di cui all’art. 3, co. 1 della l. n. 241/1990, laddove è sancito che «la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’amministrazione, in relazione alle risultanze dell’istruttoria». L’istituto

²⁶⁹ In materia di motivazione del provvedimento amministrativo si segnala una vasta produzione monografica e saggistica, della quale si confronti, perlomeno, C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione (con particolare riguardo agli atti amministrativi)*, Roma, 1933; C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, III, 1943; M. RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato*, Milano, 1960; R. JUSO, *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milano, 1963; F. FAZIO, *Sindacabilità e motivazione degli atti amministrativi discrezionali*, Milano, 1966; L. VANDELLI, *Osservazioni sull’obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973; M.S. GIANNINI, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 262 ss.; G. BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979; A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell’atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, 1999; A.G. DIANA, *La motivazione dell’atto amministrativo*, Padova, 2001; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, Padova, 2013.

²⁷⁰ Pur parlandosi in dottrina di “polifunzionalità” della motivazione, il profilo della sindacabilità rimane comunque essenziale. In tema, v. A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione*, cit., spec. 131 ss.; P. CARNEVALE, *Rilevanza della motivazione nel sindacato del provvedimento amministrativo*, in *I TAR*, 1991, II, 347 ss.; F. FAZIO, *op. cit.*, sul rapporto fra motivazione e discrezionalità v. spec. 27

della motivazione, in quest'ottica, è funzionale tanto a dar conto dell'*iter* logico-giuridico seguito dall'amministrazione per pervenire alla decisione nel suo complesso, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, quanto alla giustificazione giuridica del potere (o dei poteri), vale a dire della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge per il suo (o loro) valido esercizio.

In questi termini, è di tutta evidenza come, in quanto la decisione rappresenta la soluzione giuridica ad un prospettato problema amministrativo, laddove essa implichi l'esercizio di una pluralità di poteri, la connessione logico-razionale e la giustificazione degli stessi, in relazione all'effetto giuridico desiderato, può essere motivata e apprezzata solamente se l'intera operazione si è svolta nell'ambito di una procedura amministrativa unitaria.

Ed infatti, la considerazione organica dell'operazione amministrativa permette di evidenziare, in un contesto motivazionale unitario, le reali ragioni del decidere e, conseguentemente, di offrire la concreta dimostrazione dell'interesse sotteso all'atto finale, consentendo, nel contempo, una maggiore effettività del sindacato giurisdizionale. La motivazione, così intesa, è idonea a rivelare la causa in concreto della decisione amministrativa, evitando che il parametro di validità dell'esercizio del potere sia costituito da differenti e parallele cause astratte.

A ben vedere, infatti, una combinazione di poteri che, singolarmente considerati, appaiano invalidamente esercitati, potrebbero condurre ad un esito che, nel suo complesso, risulti perfettamente legittimo. Nondimeno, in senso contrario, un'espressione combinata di poteri validamente esercitati dal punto di vista dei singoli presupposti strutturali, potrebbe ben condurre ad un risultato complessivo illegittimo.

Cosicché, ragionando nel contesto della vicenda modificativa, l'esigenza di una considerazione unitaria dell'operazione in sede motivazionale si impone, in particolar modo, con riguardo alla già esposta problematica relativa al procedimento di revoca parziale, inteso quale "momento" dell'operazione modificativa, e, in particolare, alla

motivazione in ordine all'interesse attuale alla rimozione di una parte del provvedimento, in vista della sua successiva sostituzione. Tale interesse può, a ben vedere, essere adeguatamente motivato solamente laddove il rinnovato esercizio (sostitutivo) del potere si ponga contestualmente e in termini di attualità all'interno del medesimo procedimento²⁷¹.

In secondo luogo, il ricorso all'operazione amministrativa complessa consente all'amministrazione di dimostrare (e, di converso, al giudice di sindacare) la proporzionalità complessiva del risultato giuridico finale che essa intende realizzare. L'effettiva incidenza del risultato sulla posizione giuridica del destinatario, infatti, può essere correttamente valutata solamente alla luce dell'effetto conseguente all'esercizio contestuale dei poteri (di revoca e riesercizio), laddove una loro considerazione atomistica condurrebbe, come già segnalato, a frequenti dichiarazioni di illegittimità per violazione del principio del minimo mezzo²⁷².

L'esercizio combinato dei due poteri, inoltre, ha conseguenze di rilievo anche in ordine alla possibilità per l'amministrazione di intervenire in senso modificativo sul contenuto scindibile ma necessario del provvedimento, il quale, costituendo una componente ineliminabile della statuizione provvedimentale, non potrebbe essere oggetto di una revoca parziale, se non attraverso una sua contestuale sostituzione mediante il

²⁷¹ Nell'ipotesi esposta *supra*, a titolo esemplificativo, laddove l'amministrazione si determini per la sostituzione di una clausola comunque opportuna (la cui rimozione, cioè, renderebbe il provvedimento inopportuno) con una maggiormente opportuna (tale da rendere inopportuna la clausola che si intende sostituire).

²⁷² Si pensi alla modifica di una concessione di occupazione di suolo pubblico preordinata al mero "spostamento" della metà dei coperti di un ristorante da una via principale (finalizzata alla migliore agevolazione della circolazione pedonale) ad una secondaria. La revoca parziale della concessione originaria con riferimento alla metà dei coperti difficilmente potrebbe essere motivata (o ritenuta legittima) in punto di rispetto del principio di proporzionalità, senza che il riesercizio del potere ampliativo avvenga in maniera contestuale alla prima.

riesercizio del potere originario.

Infine, il legame di interdipendenza funzionale che avvince l'esercizio combinato dei due poteri, pur autonomi sul piano astratto, nell'ambito di un'unitaria operazione amministrativa orientata al conseguimento di un effetto costitutivo unitario (modificativo), consente senz'altro di predicare la fusione dei singoli atti in un provvedimento finale unitario (nella forma dell'atto composto)²⁷³.

Le singole espressioni autoritative, infatti, in virtù dell'unità del fine immediato che tendono a realizzare, possono configurarsi quali unità elementari costitutive di un'unica entità giuridica organica. E ciò anche laddove esse siano preordinate alla soddisfazione di interessi qualitativamente e quantitativamente diversi (come nel caso), qualora, nella misura in cui costituiscano l'esplicazione di una eguale funzione e intervengano in un medesimo rapporto amministrativo, possano definirsi come oggettivamente omogenee²⁷⁴.

La configurazione nei termini di atto composto del provvedimento di modifica ha conseguenze di rilievo sul piano processuale, in quanto, essendo esclusa la frazionabilità per frammenti tipici, esso risulta inscindibile in sede di impugnazione, scongiurando in tal modo la possibilità di abusi del diritto di azione, laddove la caducazione parziale (in esito ad un annullamento giurisdizionale parziale) di uno degli elementi costitutivi dell'atto (in ipotesi, l'effetto revocatorio) potrebbe, in certe ipotesi, condurre all'ottenimento di dispositivi "creativi", aventi l'effetto di costituire un assetto di interessi potenzialmente più favorevole rispetto a quello voluto (anche originariamente) dalla stessa amministrazione²⁷⁵.

Nella figura dell'atto composto, infatti, l'invalidità anche di uno solo dei suoi

²⁷³ Per il quale v. la conclusione del par. 3, del Cap. I.

²⁷⁴ Cfr. A.M. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 197.

²⁷⁵ Il che rappresenterebbe, di fatto, un'inaccettabile "usurpazione" della funzione amministrativa da parte del giudice e soprattutto dell'amministrato.

elementi costitutivi comporta la caducazione di tutti gli altri (e, quindi, dell'intero atto) e ciò, come è stato scritto, non per un fenomeno di invalidità derivata, ma «per vera e propria caducazione della loro stessa essenza. La ragion d'essere di ognuno di essi è, in fatti, indissolubilmente condizionata dalla coesistenza di tutti gli altri»²⁷⁶.

Seconde conclusioni parziali — *Sussiste la possibilità di configurare una categoria giuridicamente autonoma di “modifica” sul piano dinamico. Sulla necessità di indagarne la relativa incidenza sul rapporto amministrativo nella sua funzione complementare.*

Dalle riflessioni svolte nel presente capitolo discende non solo la possibilità, ma anche l'esigenza che il fenomeno della modifica dell'atto amministrativo trovi sul fronte dinamico-funzionale una propria autonoma ed unitaria considerazione giuridica, anche laddove – ed è il caso della “riforma-riesame” – esso sia caratterizzato da una insuperabile frammentarietà sul piano statico-strutturale.

In particolare, con riguardo a quest'ultima fattispecie, la quale ha sollevato maggiori problematiche in ordine ad una possibile ricostruzione di carattere unitario, il superamento delle «strette del singolo potere e del singolo atto»²⁷⁷, in virtù della considerazione organica dell'attività amministrativa proiettata verso la realizzazione un risultato unitario (nella forma dell'operazione amministrativa complessa), ha permesso di delineare un regime giuridico differente rispetto a quello proprio dei singoli procedimenti atomisticamente considerati.

Tale regime, dedotto dalla piana applicazione dei principi dell'azione amministrativa e delle disposizioni sul procedimento amministrativo, impone, in particolare, l'unificazione materiale dei singoli procedimenti (di revoca e riedizione) in un'unica

²⁷⁶ *Ivi*, 198-199.

²⁷⁷ D. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 223.

operazione amministrativa complessa, che raccorda e razionalizza l'attività amministrativa in vista della realizzazione del risultato modificativo.

Facendo nostra l'impostazione di metodo circa la ricostruzione in termini matematici del concetto di "funzione" (amministrativa) quale rapporto trasformativo tra dominio ("poteri astratti") e codominio ("atti concreti")²⁷⁸, potremmo descrivere la modifica dell'atto amministrativo (codominio) quale funzione (a più variabili) del dominio risultante dal prodotto cartesiano degli insiemi "revoca" e "potere di primo grado"²⁷⁹.

Traslando le formule matematiche in termini giuridici, l'operazione di modifica dell'atto amministrativo costituisce lo svolgersi procedurale di una funzione (unitaria) tesa alla concretizzazione di un dominio (rappresentato dallo schema provvedimento astratto derivante dalla combinazione delle norme attributive dei poteri di revoca e di primo grado) in un codominio, costituito da un atto conclusivo di natura "composta" (ad effetto plurimo).

In tal modo, la frammentazione delle posizioni autoritative che si è ravvisata

²⁷⁸ Propria di F. Benvenuti, su cui si rinvia a quanto già espresso nella nt. 196, e a cui si aggiunga il riferimento a D. VESE, *Appunti sul metodo di Feliciano Benvenuti*, in *Persona e amministrazione*, 2018, I, 239 ss., spec. par. 4.1., il quale sottolinea come «particolare importanza per l'elaborazione della sua [di Feliciano Benvenuti] teoria della funzione hanno avuto anche Rickert e soprattutto Mach. E ciò per [...] l'indicazione della funzione come rapporto di trasformazione tra dominio e codominio». Tale professione di metodo è esposta dallo stesso F. BENVENUTI nella prolusione pronunciata presso l'Università di Budapest intitolata *Il diritto, scienza umana*, poi pubblicata in *Jus*, 1983, III, 344 ss., e oggi in ID., *Scritti giuridici*, cit., 3797 ss., ove il Maestro afferma: «[r]isalii, allora, alle fonti stesse del pensiero Kelseniano avvicinandomi a tutto il movimento di idee che, principalmente a Vienna, aveva invaso tutti gli ambiti culturali [...] approdando infine attraverso esperienze del positivismo logico, alla concezione della scienza che aveva trovato il suo punto di partenza in Mach» (3800).

²⁷⁹ In formula: $f(\text{revoca, potere di primo grado}) = \text{modifica}$.

sul fronte della statica astratta, trova la sua possibilità di unificazione sul piano della dinamica operativa, laddove l'amministrazione è obbligata, in fase di avvio, alla predeterminazione dell'oggetto del procedimento (che, in termini matematici, rappresenta il dominio), costituito dallo schema provvedimentale astratto rappresentato da una "combinazione" di poteri autonomi, il quale, in esito al procedimento, è idoneo a concretizzarsi in un provvedimento unitario di natura composita (che costituisce il codominio).

Si è, peraltro, già sostenuto che il ricorso ad un concetto di potere "combinato" (nonché di provvedimento "composto"), e, in tal senso, atipico, non rappresenta una violazione del principio di legalità, dovendosi guardare, ai fini della valutazione in ordine al rispetto di tale canone, non tanto all'autonomo fondamento legale dei singoli poteri astratti, bensì all'estensione globale dello spettro autoritativo legittimato dal diritto positivo. Il che appalesa, ed è constatazione estremamente banale, che se all'amministrazione è concesso il potere di emanare un atto, come quello di rimuoverlo, allora alla stessa è senz'altro consentito di modificarlo.

Si sono, in tal guisa, poste le basi per l'affermazione dell'esistenza giuridica di un potere generale di modifica dell'atto amministrativo (inteso come posizione di supremazia di carattere composito quale sintesi dei poteri di revoca e di esercizio primo), di un procedimento modificativo (avente una configurazione operativa) e, infine, di un provvedimento di modifica (riconducibile alla categoria dogmatica tradizionale del c.d. atto composto).

Ne consegue la necessità di indagare l'atteggiarsi del descritto potere nella logica del rapporto giuridico amministrativo, nella sua «funzione complementare»²⁸⁰. In

²⁸⁰ Sulla «relazione di complementarità tra rapporto e provvedimento amministrativo» cfr. M. PROTTO, *op. cit.*, 145 ss., per il quale «in generale, la funzione complementare è data dalla riconducibilità al concetto di rapporto amministrativo della dimensione reale e temporale dei fenomeni amministrativi: in altri termini, il rapporto amministrativo è in grado di attribuire rilevanza giuridica

questa prospettiva, è peraltro possibile trattare unitamente le due tipologie di modifica dell'atto amministrativo individuate nella prima parte dell'elaborato, ricostruendo entrambe come esplicazione di un'attività "conformativa" di relazioni giuridiche amministrative di durata, della quale è necessario verificare l'unitarietà di regime. Detta riflessione costituirà l'oggetto del successivo capitolo.

ad aspetti che, attenendo direttamente al mondo reale o al piano temporale, la categoria concettuale del provvedimento non è in grado di contenere» (146).

CAPITOLO III

PROFILI RELAZIONALI DELLA MODIFICA

SOMMARIO: *Premessa* – La modifica nella “logica del rapporto”: la «conformazione» delle relazioni giuridiche amministrative di durata. – 1. Posizioni giuridiche favorevoli del privato nel rapporto amministrativo e potere di modifica: la tutela “ponderativa” del legittimo affidamento e il principio di proporzionalità. – 1.1. (Segue.) L’indennizzo come forma di tutela “patrimoniale” del legittimo affidamento e fattore di riequilibrio nell’ambito del giudizio di proporzionalità in senso stretto. – 1.2. (Segue.) La “patrimonializzazione” dell’affidamento legittimo: le «legittime aspettative» come «bene» tutelato dall’art. 1, Primo Protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. – 2. La “modifica” fra «conformazione» di rapporti ed ipotesi «cripto-revocatorie». Le conseguenze sul correlato regime giuridico e, in particolare, i riflessi in tema di obbligo indennitario. – 3. Spunti dalla teoria dell’analisi economica del diritto in ordine all’allocazione efficiente del rischio da sopravvenienza e di *quantum* indennitario. – *Terze conclusioni parziali* – Occorre prendere atto della centralità del rapporto giuridico amministrativo nella ricostruzione unitaria del fenomeno modificativo.

Premessa — *La modifica nella “logica del rapporto”: la «conformazione» delle relazioni giuridiche amministrative di durata.*

Il capitolo precedente si era concluso con la presa d’atto della possibilità di configurare una categoria giuridicamente autonoma di modifica dell’atto amministrativo sul piano funzionale, ponendo così le basi per indagarne la relativa incidenza sul rapporto giuridico amministrativo, il quale, invero, «assume un ruolo essenziale ai fini del contemperamento tra le opposte esigenze di stabilità e flessibilità del diritto amministrativo»²⁸¹.

In tale rinnovata prospettiva, il potere di modifica manifesta la propria attitudine conformativa²⁸² del rapporto giuridico amministrativo di durata discendente dall’atto

²⁸¹ Così M. PROTTO, *op. cit.*, 244, il quale sottolinea come «[a]ttraverso il rapporto amministrativo il conflitto tra tutela della stabilità del provvedimento amministrativo e necessità che, con riferimento all’esigenza di continuo adattamento imposto dall’evoluzione tecnica e dai fenomeni economici, l’attività amministrativa risulti flessibile trova una diversa e più appagante soluzione, in una prospettiva in cui il tempo è un elemento dello stesso rapporto, nell’ambito del quale si svolge il potere dell’amministrazione di incidere sui propri atti e comportamenti. Con riferimento al tempo dell’azione amministrativa, il rapporto amministrativo, inteso come rapporto di durata, offre una prospettiva che, al di là della disciplina positiva sul potere di riesame del provvedimento amministrativo, consente soluzioni meno rigide ed improntate al componimento degli interessi in gioco in ragione dei principi di ragionevolezza e buona fede».

²⁸² In base ad una celebre definizione, la potestà conformativa consiste nel «potere di stabilire, con provvedimenti amministrativi – quindi sulla base della legge – qualità, caratteri, contenuti, che devono possedere imprese, rapporti giuridici, situazioni soggettive, cose, in ragione dell’agibilità, ossia del poter funzionare, del potersi svolgere o esercitare»; così M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, XXIV, 1263 ss. Si tratta, in altri termini, di un potere riservato alla pubblica amministrazione di “dare forma” dall’interno ai contenuti di una situazione soggettiva, caratterizzandone il relativo regime giuridico, al fine di renderla funzionale all’interesse pubblico. Non è, in quest’ottica, corretto ricorrere al paradigma del “limite amministrativo” per spiegare il

oggetto di riforma²⁸³, in quanto è funzionale a riconfigurare l'assetto degli interessi stabilito da quest'ultimo, con riguardo ad una pluralità di possibili situazioni giuridiche²⁸⁴.

Cosicché, risulta non utile (se non errato) un criterio distintivo basato sulla classica bipartizione fra “atto” e “rapporto” ai fini della qualificazione della fattispecie

fenomeno conformativo, in quanto l'intervento del legislatore e, nelle ipotesi di riserva di legge relativa, dell'amministrazione, non si pone come limitazione *ab externo* della situazione soggettiva, bensì quale attribuzione *ab origine* dei contenuti della stessa. Essa attiene, dunque, al momento genetico del diritto, il quale “nasce”, per così dire, contenendo in sé il proprio limite. Per questa ragione le “limitazioni” inerenti al regime giuridico di una situazione giuridica derivanti dall'esercizio di un potere conformativo sono generalmente ritenute non indennizzabili.

²⁸³ Da intendersi, con M. PROTTO, *op. cit.*, 105, in senso ampio (o meglio “olistico” trattandosi di «unita superiore», cfr. *ivi*, 111) quale «sistema proiettato nel tempo delle relazioni giuridicamente rilevanti, bipolari e multipolari, esterne e interne, che si instaurano tra pubbliche amministrazioni[i] e privati in relazione all'esercizio della funzione amministrativa e alla tutela dei diritti fondamentali». Similmente, per G. C. SALERNO, *op. cit.*, 122, il provvedimento di revisione «sia sotto il profilo formale che sostanziale, assume la medesima natura propria di un atto di amministrazione attiva finalizzato a disciplinare il rapporto amministrativo tra amministrazione e i privati»; e ancora «il potere di revoca incide sull'efficacia continuativa e sulla stabilità del rapporto amministrativo, consentendone l'attuazione e la modificazione (o l'adeguamento) nel corso del tempo: il rapporto amministrativo coglie tale dimensione avendo riguardo all'evolversi delle situazioni di fatto o al mutare degli interessi dei soggetti pubblici e privati nel tempo» (135).

²⁸⁴ Quali, ad esempio, il diritto ad esercitare un'attività economica autorizzata, lo sfruttamento di un bene demaniale oggetto di concessione, il regime di una proprietà privata discendente da uno strumento urbanistico, un negozio giuridico oggetto di regolazione amministrativa. Secondo A. CROSETTI, *op. loc. ult. cit.*, «[l]e potestà conformative vanno intese come esercizio di poteri amministrativi volti a definire alcuni (e talora tutti) gli elementi distintivi di un'attività, di un prodotto, di un impianto, di una situazione giuridica (proprietà, impresa)». «Tali potestà conformative costituiscono espressione dell'incidenza delle potestà pubblicistiche su quelle attività umane riconosciute dall'ordinamento di particolare rilevanza in ragione della loro inerenza a pubblici interessi» (*ibidem*, nt. 103).

modificativa, in quanto tali elementi rappresentano due aspetti indivisibili di uno stesso fenomeno giuridico²⁸⁵.

Ciò detto, va anzitutto precisato che il rapporto amministrativo che può essere oggetto di conformazione per mezzo del potere di modifica si contraddistingue, ovviamente, per essere di carattere durevole nel tempo (c.d. “rapporto di durata”)²⁸⁶. Del resto, come è stato opportunamente segnalato, «il complemento “di durata” si appalesa [...] pleonastico essendo tale rilevanza implicita nel concetto stesso di “rapporto” amministrativo»²⁸⁷.

Detto rapporto può discendere tanto da atti generali e provvedimenti amministrativi ad efficacia durevole, quanto da atti ad efficacia istantanea, laddove incidano su rapporti di natura negoziale (ai sensi dell’art. 21-*quinquies*, co. 1-*bis*) o continuino ad esplicare la propria efficacia, come, ad esempio, qualora non sino stati ancora eseguiti.

In tale contesto, alla stregua di qualsivoglia disciplina indirizzata verso effetti durevoli nel tempo, si appalesa come centrale il tema delle sopravvenienze. E ciò in particolare nel diritto amministrativo, ove, a differenza dei rapporti contrattuali nei quali la stabilità del regolamento degli interessi è tendenzialmente “garantita” nel tempo, la necessità della tutela dell’interesse pubblico impone la costante “attualizzazione” dell’assetto delle relazioni al fine del loro costante adeguamento al mutamento

²⁸⁵ In senso analogo, cfr. G. CORSO, *L’efficacia*, cit., 136, per il quale «l’efficacia sugli atti è la stessa efficacia sulle situazioni giuridiche, considerata sotto l’angolo visuale del rapporto fra gli atti».

²⁸⁶ Sul «rapporto amministrativo di durata» cfr. M. PROTTO, *op. cit.*, 243 ss., per il quale «[il rapporto amministrativo implica anche il superamento della concezione che ancora la stabilità al provvedimento amministrativo, nel senso che il carattere dinamico e duraturo del rapporto comporta che il suo contenuto e la sua efficacia siano suscettibili di attualizzazione nel corso del tempo, soprattutto quando tale rapporto riguarda circostanze che dal punto di vista economico o tecnico, sono naturalmente suscettibili di mutamento, in guisa che stabilità e affidamento non sono più concepiti come oggetto di tutela statica ma dinamica» (251).

²⁸⁷ *Ivi*, 245.

delle circostanze²⁸⁸.

In quest'ottica, il potere di modifica dell'atto amministrativo consente all'amministrazione di riconfigurare l'assetto degli interessi al fine di un miglior perseguimento dell'interesse pubblico, garantendo nel contempo la permanenza del rapporto, il quale non è estinto, bensì conservato, seppur trasformato. La continuità e l'identità del rapporto oggetto di conformazione si rivela, pertanto, un ulteriore elemento differenziale e costitutivo della vicenda modificativa.

Ciò rende, inoltre, chiaro come quest'ultima non possa in alcun modo essere qualificata nei termini di un fenomeno "estintivo-costitutivo", in quanto il rapporto amministrativo viene modificato senza che si verifichi alcuna soluzione di continuità.

Affinché possa parlarsi di effetto modificativo in senso stretto, dunque, quest'ultimo non potrà avere ad oggetto i presupposti identificativi e costitutivi del rapporto giuridico amministrativo, quali il soggetto (per esempio, la modifica del destinatario di una concessione), il potere (come l'introduzione di un onere ad una autorizzazione esorbitante lo spettro autoritativo legittimato dal potere di primo grado, ricorrendo ad una differente potestà d'ordine, oppure l'estensione quantitativa di una concessione di suolo pubblico a seguito di nuova istanza) e l'oggetto (ad esempio, la modifica dell'attività oggetto di una concessione di servizio pubblico).

²⁸⁸ Suggestivamente, il filosofo G. HUSSERL, *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998, 47 ss. ha posto in relazione i tre poteri sovrani con tre "tipi umani", rappresentati dall'uomo del presente, dall'uomo del passato e dall'uomo del futuro. Il potere esecutivo rappresenta, secondo l'A., l'uomo del presente, in quanto, come sostenuto da M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, 2010, 58, che richiama la riflessione dell'A., «il fine, che è connaturato all'esercizio del potere amministrativo, vale a dire la cura di interessi pubblici, postula l'attualità e dunque il presente dell'azione amministrativa».

Nei casi elencati, a ben vedere, non si opera una modificazione, bensì viene costituito un autonomo e distinto rapporto amministrativo (di cui occorrerà peraltro verificare la validità).

La richiamata tipologia di atti amministrativi “conformativi”, si precisa, non è ricavabile dal diritto positivo, bensì ha carattere dogmatico²⁸⁹: essa, infatti, rappresenta una «categoria trasversale, alla quale possono ricondursi tutti i tipi di atto come definiti in base alle classificazioni tradizionali»²⁹⁰. Al suo interno, dunque, possono essere ricompresi tanto atti ad efficacia generale, quanto individuale, accomunati dall’attitudine a regolare situazioni giuridiche soggettive, sulla base delle norme di legge.

Quanto alla modifica, essa è riconducibile alla specie, interna alla categoria generale appena esaminata, dei poteri conformativi *ex post*, in quanto non costituisce, regolando, situazioni giuridiche, bensì interviene su rapporti già nati, discendenti da atti precedenti, i quali sono a questo fine riformati tanto negli effetti legali, quanto in quelli precettivi. In quest’ottica, essa rivela la sua natura di potere strumentale – attraverso il riesercizio del potere primario – ad assicurare nel tempo la funzionalizzazione all’interesse pubblico delle situazioni giuridiche soggettive già sorte sulla base di precedenti atti amministrativi, operando una nuova conformazione delle stesse.

Le conseguenze di regime giuridico discendenti dall’esposta qualificazione del potere di modifica in termini conformativi saranno esposte nel prosieguo del capitolo, in particolare con riferimento ai possibili riflessi in punto di obbligo indennitario.

Peraltro, l’indennizzo rappresenta un istituto centrale anche nella riflessione dell’analisi economica del diritto, in quanto strumentale all’efficiente allocazione dei costi relativi al “rischio” da sopravvenienza nei diversi settori dell’attività amministra-

²⁸⁹ Sul punto cfr. A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell’autonomia negoziale*, Torino, 2016, 332.

²⁹⁰ *Ivi*, 337.

tiva, nonché quale fattore condizionante il comportamento della pubblica amministrazione nella regolazione delle situazioni soggettive, pure in chiave di maggiore efficienza. Anche da tale movimento di idee si cercheranno di trarre elementi utili alla definizione del confine fra conformazione (*police power*) e sottrazione di utilità attraverso la conformazione (*regulatory taking*), in una logica di maggiore efficientamento del sistema amministrativo.

Al netto delle anticipazioni svolte in punto di obbligo indennitario, l'ottica del rapporto è in grado di illuminare e arricchire la riflessione sulla modifica dell'atto amministrativo anche sotto ulteriori profili.

Il potere di modifica, infatti, in quanto si situa in un sistema di relazioni giuridiche derivanti dall'atto che pone a proprio oggetto, si confronta necessariamente con le posizioni soggettive favorevoli delle altre parti del rapporto amministrativo e, in particolare, con il legittimo affidamento dei soggetti direttamente interessati (e dei terzi). Ciò, in particolare, si traduce in un obbligo per l'amministrazione di attenersi, nell'esplicazione del potere in discorso, ad un determinato canone di azione, costituito dall'operazione di c.d. bilanciamento e dalla necessaria presa in considerazione, anche in un'ottica di proporzionalità, delle posizioni soggettive di tutte le parti della relazione amministrativa.

Tali aspetti saranno trattati con particolare attenzione nel successivo paragrafo, i quali illumineranno il potere di modifica anche nella sua veste di istituto funzionale non solo al perseguimento del principio di conservazione dei valori giuridici, bensì anche alla garanzia dell'affidamento e della proporzionalità dell'azione amministrativa.

1. *Posizioni giuridiche favorevoli del privato nel rapporto amministrativo e potere di modifica: la tutela “ponderativa” del legittimo affidamento e il principio di proporzionalità.*

La prospettiva di indagine accolta nel presente capitolo permette di apprezzare il diverso atteggiarsi del potere di modifica non già «dell'amministrazione *in quanto autorità* [... bensì] dell'amministrazione *in quanto soggetto* di un rapporto»²⁹¹.

Come anticipato, infatti, nella misura in cui la potestà in discorso si situa in un sistema di relazioni sorte da un precedente atto, essa incontra un fondamentale limite nelle correlate posizioni giuridiche favorevoli delle controparti del rapporto amministrativo, le quali possono vantare «interessi e diritti creati dal provvedimento o, nel caso dei provvedimenti autorizzatori, liberati dal provvedimento»²⁹².

Già la dottrina più antica ravvisava un ostacolo alla modificazione dell'assetto degli interessi derivante da un precedente atto – in aggiunta al limite della perdurante

²⁹¹ A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979, 19, per il quale «[n]on pare che si possano nutri[r]e dei legittimi dubbi sul diverso atteggiarsi della discrezionalità in tali ipotesi (in cui l'amministrazione svolge la sua attività in relazione a fattispecie da essa già qualificata per effetto di precedente “scelta normativa”), rispetto a quelle in cui l'amministrazione perviene per la prima volta alla formulazione della “proposizione giuridica discrezionale”; ciò in quanto nelle prime ipotesi le scelte dell'amministrazione intervengono in un rapporto in relazione al quale il potere è già andato incontro ad una originaria *consumazione*, né può pensarsi che tale circostanza non debba avere alcun peso sulla scelta normativa successiva (dalla quale deriveranno le modificazioni degli effetti prodotti)» (140, enfasi dell'A.). Per S. ANTONIAZZI *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 134, nel riesame «rileva l'inopportunità della situazione giuridica realizzatasi a seguito del provvedimento originario e, pertanto, la p.a. deve effettuare una nuova valutazione per realizzare il medesimo interesse pubblico, ma secondo modalità diverse; in questa prospettiva è prevalsa l'*attenzione per il rapporto* e le conseguenze derivanti dalla sua revisione con diverse soluzioni» (enfasi dell'A.).

²⁹² G. CORSO, *Manuale*, cit., 299.

disponibilità degli effetti di quest'ultimo²⁹³ – nell'esistenza di posizioni giuridiche soggettive perfette in capo ai privati (c.d. diritti acquisiti o quesiti)²⁹⁴.

Alcuna cittadinanza nel diritto pubblico veniva attribuita, invece, al legittimo affidamento dei destinatari quale espressione della buona fede oggettiva, in quanto ritenuto un principio contrastante con la logica stessa del diritto amministrativo. A una conclusione contraria era, invece, pervenuta una parte della coeva dottrina tedesca²⁹⁵.

²⁹³ La tesi si deve a R. ALESSI, *op. cit.* Commenta, sul punto, F. MERUSI, *Buona fede*, cit., 148, che «il criterio della disponibilità degli effetti non è un criterio giuridico, ma una osservazione di fatto: [...] dire che l'atto è revocabile soltanto quando la pubblica amministrazione ha ancora la disponibilità dei suoi effetti significa solo dire che in caso contrario l'atto di revoca, in quanto opera solo *ex nunc*, anche se emesso, non avrebbe nessun pratico risultato. A nulla infatti varrebbe la revoca di un ordine già eseguito o di una concessione ormai estinta».

²⁹⁴ La prima affermazione di tale principio si deve a F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, 454 ss. Inizialmente, pertanto, anche nel nostro ordinamento i limiti al riesercizio del potere rispondevano ad una logica oggettiva, analogamente alla figura dei *droits acquis* in Francia (cfr. *supra* ntt. 162 e 163) e degli *erworbenen Rechte* in Germania, per cui l'affidamento del privato era tutelato nei confronti del riesercizio del potere attraverso la definizione, caso per caso, dei diritti definitivamente acquisiti e, pertanto, intangibili.

²⁹⁵ Sul punto, si consideri la ferma opposizione manifestata da E. GUICCIARDI, nella recensione a K.H. SCHMITT, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlino, 1935, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, 556 ss., richiamata da D. CORLETTI, *Il principio del legittimo affidamento nell'ordinamento multilivello*, in G. SALA, G. SCIULLO (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017, 52 ss., il quale A. sottolinea come «[r]ecensendo l'opera dello Schmitt (niente a che fare, a parte la comune adesione al pensiero nazionalsocialista, con il quasi omonimo e contemporaneo Carl Schmitt del “*Der Nomos der Erde*”), Guicciardi, espone analiticamente le tesi dell'Autore, oppone questo radicale rilievo: “nel trattare della buona fede nel diritto amministrativo, non si dovrebbe anzitutto chiedersi se nel diritto amministrativo vi sia posto per il principio della buona fede?”. Per la soluzione negativa depongono – osserva Guicciardi – più argomenti: che l'origine del principio della buona fede si riporta al campo dei negozi giuridici bilaterali; che si può parlare di buona fede “in quelle materie, nelle quali è possibile anche il

Successivamente, in particolare a partire dagli anni settanta del secolo scorso, la riflessione dottrinale nei due Paesi ha subito una curiosa inversione: mentre la dottrina tedesca iniziava a respingere qualsiasi correlazione tra i principi di buona fede e la tutela del legittimo affidamento nel diritto pubblico, in Italia, superata la pregiudiziale guicciardiana, appariva il primo studio sull'applicabilità del principio di buona fede nel

suo contrario, e cioè la mala fede, il dolo”, mentre “la migliore dottrina è concorde nell’escludere la possibilità di un comportamento doloso della Pubblica Amministrazione”. E infine, e decisamente, che “non è luogo a parlare di buona fede quando la legge tassativamente vincola il comportamento dei soggetti del rapporto, ma solo quando essi hanno la giuridica possibilità di scegliere tra più comportamenti diversi”, che “nel diritto amministrativo tale possibilità di scelta fra più comportamenti possibili si chiama discrezionalità” e che “ il criterio secondo cui la scelta avviene non è quello della buona fede, né del buon costume, né alcun altro simile, sibbene quello dell’interesse pubblico e del modo migliore per assicurarne la soddisfazione” [...] “Per queste ragioni” – conclude – “ritengo inutile e anzi erroneo parlare di un principio della buona fede nel diritto amministrativo”. In realtà, la bocciatura di Guicciardi si spiegherebbe, secondo l’A., con riferimento non tanto al principio dell’affidamento in quanto tale, bensì ai presupposti ideologici della ricostruzione di Schmitt, i quali erano orientati al superamento del positivismo giuridico in nome dell’affermazione della buona fede quale principio integrativo dell’ordinamento (ritenuto per ciò incompleto e non autosufficiente) promanante dalla coscienza sociale (*Volkserziehung*) e collocato «al di fuori e al di sopra della legge», e pertanto idoneo a scardinare il principio di legalità (secondo i dettami della scuola nazionalsocialista). Si tratterebbe, quindi, «di una difesa convinta e radicale della tradizione e dei principi dello Stato di diritto, della soggezione del giudice alla legge, di un ordine liberale e dei valori [...] di legalità. Inevitabile, quasi istintiva e profonda, la sua ripugnanza per quelle teorizzazioni che [...] miravano ad affermare la normatività del fatto e cioè in realtà delle contingenti necessità dei detentori del potere e alla rivalutazione della pura forza come fondamento del diritto» (55). In argomento, cfr. anche i rilievi di A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell’affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, II, 7, nt. 2.

diritto amministrativo²⁹⁶.

Come è stato lucidamente evidenziato, queste differenti impostazioni rivelano «uno scontro ideologico fra due diverse concezioni del mondo giuridico contemporaneo»²⁹⁷: l'una tendente ad affermare la non autosufficienza e conseguente integrabilità dei sistemi codificati mediante il ricorso a principi di origine non legislativa, quali la buona fede romanistica; l'altra orientata a considerare l'ordinamento positivo come in grado di produrre da solo i principi della propria integrazione e, conseguentemente, a tutelare l'affidamento attraverso il principio di certezza giuridica, quale espressione dello Stato di diritto²⁹⁸.

La dottrina italiana successiva, pur aderendo alla tesi dell'applicabilità del principio di buona fede nel diritto amministrativo, ha tentato di riconfigurarne la portata in due direzioni opposte: ora in senso estensivo, considerandolo un fattore legittimante la ponderazione di interessi non tipizzati da norme legislative e, perciò, liberamente introducibili nel procedimento amministrativo²⁹⁹; ora restringendo l'applicazione del principio in discorso alle ipotesi di affidamento derivante da provvedimenti favorevoli, peraltro ricostruendolo quale mera declinazione del principio di imparzialità³⁰⁰.

²⁹⁶ Il riferimento è alla fondamentale opera di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

²⁹⁷ Il rilievo è svolto dallo stesso F. MERUSI nell'introduzione alla ristampa dell'opera del 1970, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 11.

²⁹⁸ Cfr. *ibidem* e ss.; ma anche M. PROTTO, *op. cit.*, 245 ss.

²⁹⁹ È la tesi di F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, tacciata di «neoguelfismo amministrativo» (e di «diritto libero») da F. MERUSI, *Buona fede*, cit., 4, nt. 5.

³⁰⁰ La ricostruzione è quella di A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli*, cit., spec. 34 ss. il quale qualifica le situazioni di vantaggio dei privati originate da un precedente atto dell'amministrazione non già in chiave "soggettiva" (in guisa di aspettative nei confronti di un comportamento dell'amministrazione), bensì alla stregua di limiti "oggettivi" al riesercizio del potere in senso modificativo su

Il tema della tutela del legittimo affidamento e dei suoi rapporti con la buona fede è, ancora oggi, oggetto di un vasto approfondimento dottrinale³⁰¹

Al netto delle segnalate differenze di impostazione presenti in letteratura, nell'ambito dei procedimenti che incidono su rapporti di durata, il principio del legittimo affidamento è unanimemente tutelato dai giudici, domestici ed europei³⁰², attra-

un precedente assetto di interessi. «Tanto che non è più dato ragionare, a quel punto, in termini di *interessi privati* in conflitto con l'*interesse pubblico* bensì di posizioni soggettive caratterizzate dal loro inserimento del potere obiettivo [...]. In altri termini altro è sostenere che nella attività conoscitiva l'amministrazione debba valutare tutti gli interessi, primari e secondari ivi compresi gli interessi dei privati, presenti nella specie, altro è sostenere che l'esistenza di rapporti costituiti e favorevoli ai privati possa costituire, in relazione ai procedimenti di secondo grado e modificativi (non di secondo grado), un *limite* superabile solo mediante specifica, analitica e congrua motivazione» (143, enfasi dell'A.). In questi termini, il canone a cui dovrà attenersi l'amministrazione nell'operazione di bilanciamento sarà quello dell'«imparzialità, che regola l'attività di riesame, modifica e realizzazione (di scelte antecedenti) [ed] impone non solo una comparazione degli interessi, bensì, e innanzi tutto la tendenziale conservazione delle posizioni acquisite al procedimento precedente, imposta da esigenze di giustizia sostanziale» (144).

³⁰¹ Possono citarsi, fra i lavori più recenti, A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 167 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; S. ANTONIAZZI, *op. cit.*; M. IMMORDINO, *La revoca*, cit.

³⁰² Il principio di tutela del legittimo affidamento, sviluppatosi in seno giurisprudenza della Corte costituzionale della Repubblica Federale Tedesca, ha potuto espandersi ed imporsi nella totalità degli Stati membri attraverso la mediazione del giudice comunitario. È bene precisare che, trattandosi di uno statuto elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nella veste di giudice degli atti delle Istituzioni, l'influenza sugli ordinamenti nazionali si è avuta attraverso meccanismi di circolazione culturale, più che giuridica. In materia di legittimo affidamento, sono fondamentali le sentenze 3 maggio 1978, in C-112/77, *Töpfer*, 11 luglio 1957, in C-7/56 e 3-7/57, *Algera*, 22 marzo 1961, in C-

verso l'individuazione in capo ai soggetti istituzionali di uno specifico obbligo di ponderazione (o di bilanciamento) degli interessi consolidati e, nel caso, mediante l'accertamento della prevalenza di questi ultimi nei confronti dei motivi di opportunità sopravvenuti³⁰³.

Detto obbligo si traduce nella necessaria presa in considerazione da parte dell'amministrazione dell'affidamento del privato nella stabilità della situazione determinata dall'attività amministrativa, attraverso un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che ne giustificano il sacrificio³⁰⁴. L'operazione di bilanciamento dell'interesse

42 e 49/59, *Snuvat*, 3 marzo 1982, in C-14/81, *Alpha Steel*, 26 febbraio 1987, in C-15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo*, nelle quali si è sintomaticamente affermato che il principio di tutela del legittimo affidamento «fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario». Sui profili comunitari della tutela del legittimo affidamento in generale e con riferimento all'autotutela, cfr. C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit., *passim*; A. GIURICKOVIC DATO, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, XII, 321 ss.; R. CARANTA, *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 439 ss. Sul principio dell'affidamento nell'ordinamento tedesco, con particolare riguardo all'autotutela, cfr. C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco*, Trento, 2008.

³⁰³ Cfr. F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 147 e 13, ove persuasivamente si segnala come «mentre l'obbligo della ponderazione degli interessi risulta spiegabile se la decisione è regolata anche da una norma integrativa del diritto legislativo vigente, la tutela dell'affidamento attraverso un principio, non integrativo, ma desunto dalla normativa sulla tutela dei diritti, implicherebbe la tutela automatica del diritto, una volta accertata l'esistenza di un legittimo affidamento, non la ponderazione degli interessi». L'A., su queste basi, conclude che l'operazione di bilanciamento non possa ricevere una spiegazione diversa dal rinvio integrativo alla buona fede romanistica. Parla di inevitabile «irrigidimento della tutela» nell'individuazione del fondamento dell'affidamento nei principi di certezza del diritto e di tutela dei diritti fondamentali M. PROTTO, *op. cit.*, 249.

³⁰⁴ Secondo A. GIGLI, *op. cit.*, 96, «un ruolo chiave è determinato dalla motivazione, che rappresenta il “grimaldello” dell'accertamento sull'adeguata ponderazione del legittimo affidamento con l'interesse pubblico».

pubblico con le posizioni di vantaggio consolidate da un precedente atto amministrativo diviene, perciò, il fondamentale canone a cui deve attenersi la pubblica amministrazione nell'esercizio della funzione di conformazione dei rapporti di durata, la cui violazione è idonea ad ingenerare un vizio di eccesso di potere³⁰⁵.

In tal modo, è riservato al giudice amministrativo il compito di esplicitare i criteri atti ad identificare il consolidamento di un'aspettativa tutelabile, attraverso la definizione della «“soglia” oltrepassata la quale opera il legittimo affidamento»³⁰⁶. Quest'ultima, tuttavia, non deve essere intesa in senso quantitativo, in quanto prescinde dal livello di incisione sulla situazione soggettiva in termini di valore, bensì si caratterizza dal punto di vista qualitativo, in quanto è «associata alle modalità specifiche di attribuzione di tale valore»³⁰⁷.

In particolare, secondo la giurisprudenza³⁰⁸, il maggiore o minore grado di “resistenza” dell'assetto degli interessi alla variazione imposta dall'amministrazione, vale

³⁰⁵ Si vedano, sul punto, le considerazioni svolte da F. MERUSI, *op. ult. cit.*, spec. 231 ss.

³⁰⁶ A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 9.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ Paradigmatica per la sua chiarezza classificatoria risulta la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440, secondo la quale per aversi affidamento tutelabile «devono essere evidenziati tre elementi costitutivi: quello oggettivo, quello soggettivo e, infine, quello cronologico. Principiando dall'elemento oggettivo, che rende l'affidamento ragionevole, esso impone che il vantaggio che il privato difende sia chiaro, certo e univoco e che trovi la sua fonte in un comportamento attivo, in un atto cioè efficace e vincolante, non essendo all'uopo idoneo, ad esempio, un mero atto endoprocedimentale ed impotente. [...] Venendo all'elemento soggettivo, che rende l'affidamento legittimo, è necessario che il privato difenda un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede, non meritando per converso protezione l'aspirazione all'intangibilità di un bene che il privato abbia strappato con dolo (ad esempio inducendo in errore con false informazioni la P.A. o, comunque, versando in una condizione di colpa apprezzabile, collegata al carattere palese (e quindi riconoscibile) del vizio che inficia l'atto, come in qualche modo ricorda l'accento che l'art. 21-*quinquies* pone sulla decifrabilità dell'errore come

a dire la meritevolezza giuridica della posizione di affidamento, dipende da una pluralità di elementi, ora di natura “soggettiva” (quale la buona fede del destinatario o la prevedibilità del mutamento delle circostanze o degli interessi), ora “cronologica” (il decorso del tempo), ora di carattere “oggettivo”, quale la tipologia di atto che attribuisce concretamente il vantaggio³⁰⁹.

Cosicché, il rilievo dell'affidamento assume differente consistenza a seconda che il potere modificativo venga esercitato nei confronti di un atto amministrativo normativo³¹⁰, di un atto amministrativo generale³¹¹, di un atto amministrativo generale

fattore che refluiscie sulla misura dell'indennizzo da revoca». Ma si veda anche, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 novembre 2018, n. 7108, laddove è limpidamente affermato che «l'affidamento si atteggia quale limite (generale ma) non incondizionato alla retroattività (propria e impropria) dell'atto dei pubblici poteri, potendo recedere al cospetto di altre esigenze inderogabili. Lo scrutinio dei limiti oltre il quale la pubblica amministrazione non può incidere sull'affidamento ingenerato può essere ricercato attraverso la verifica congiunta: - della sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale; - del grado di consolidamento dell'affidamento dei privati, avuto riguardo alla prevedibilità del mutamento, alla buona fede, al decorso del tempo; - del *quomodo* dell'immutazione giuridica, in quanto il peso imposto ai destinatari della disposizione retroattiva, oltre che diretto a perseguire un interesse pubblico, deve essere anche ragionevolmente proporzionato al fine che si intende realizzare».

³⁰⁹ Sul punto cfr. A. GIGLI, *op. cit.*, 166 ss. e la giurisprudenza *ivi* richiamata.

³¹⁰ Ad esempio i regolamenti amministrativi, per i quali è escluso, in via generale, l'obbligo di motivazione ai sensi dell'art. 3, co. 2 della l. n. 241/1990 e, conseguentemente, qualsivoglia bilanciamento.

³¹¹ Si pensi ad una variante generale ad un piano urbanistico, la quale, per l'inidoneità ad incidere su posizioni soggettive consolidate, non esige puntuale motivazione, al di fuori dell'esplicitazione dei criteri generali di impostazione previsti dalle norme di settore.

oggetto di specifica attuazione³¹², di un provvedimento amministrativo di natura “instabile” (abrogabile)³¹³, ovvero di un provvedimento amministrativo di carattere “stabile” (revocabile)³¹⁴.

³¹² È il caso di una variante di piano che incida sull’assetto territoriale stabilito da una convenzione di lottizzazione. In queste ipotesi, secondo la giurisprudenza, sorge l’obbligo di motivare puntualmente l’esercizio della *potestas variandi* in quanto incidente su aspettative qualificate. Su questi profili si rinvia a V. MELE, *op. cit.*, 589 ss. e alla copiosa giurisprudenza *ivi* elencata. L’esempio è riportato anche da A. TRAVI, *op. loc. ult. cit.*, il quale in tale circostanza ravvede l’«insufficienza del mero riferimento ad un atto amministrativo precedente» per l’identificazione del consolidarsi di un affidamento tutelato.

³¹³ Nella categoria rientrano, a titolo di esempio, gli atti amministrativi soggetti a clausola condizionale, dai quali sorge un assetto di interessi fisiologicamente instabile, nei confronti del quale il beneficiario non può vantare il consolidarsi di un affidamento particolarmente qualificato. Tali atti pur, ovviamente, soggetti a puntuale obbligo di motivazione, non implicano un particolare bilanciamento – se non nell’ordine del rispetto di un rigoroso canone di proporzionalità – dell’interesse pubblico con la posizione soggettiva del destinatario, in quanto quest’ultima è da ritenersi strutturalmente recessiva di fronte alla necessità di adeguamento alle sopravvenienze nei settori sensibili. Con riguardo alle autorizzazioni “europee”, può, a tal proposito, richiamarsi la sentenza del Trib. CE di I grado, Sez. II, 26 novembre 2002, cause riunite T-74-00 e al., *Artegodan/Commissione*, secondo la quale «alla luce della preminenza riconosciuta alla tutela della salute», il titolare di un’autorizzazione all’immissione in commercio di un medicinale «non può pretendere, in forza del principio di certezza del diritto, una tutela specifica dei suoi interessi durante il periodo di validità dell’autorizzazione [...] tenuto conto dei progressi delle conoscenze scientifiche e dei nuovi dati raccolti in particolare nell’ambito della farmacovigilanza». La sentenza è richiamata in F. DE LEONARDIS, *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. ROSSI, *Diritto dell’ambiente*, Torino, 2015, 132; nonché da A. BARONE, *L’amministrazione del rischio*, cit., 157, nt., con ulteriore giurisprudenza conforme. In senso analogo, P. SAVONA, *Il governo del rischio*, cit., 242, sottolinea come «l’autorizzazione è sottoposta alla condizione *rebus sic stantibus*: se tale clausola viene formalizzata, e quindi conosciuta dal destinatario del provvedimento, viene meno il presupposto dell’indennizzo in caso di revoca o di limitazione del contenuto dell’autorizzazione. Così come diventa irrilevante l’eventuale affidamento del privato sulla

In tale contesto, si segnala, peraltro, come la tendenza più recente della legislazione muova nel senso di assicurare la protezione dell'affidamento non solo attraverso la descritta operazione di bilanciamento, quale espressione dell'obbligo di correttezza secondo un canone di buona fede oggettiva, bensì mediante l'esclusione *ex ante*, sul piano cioè obiettivo-astratto, della possibilità stessa di esercitare un potere di riesame in alcune ipotesi specifiche, secondo la logica della certezza del diritto³¹⁵. Il riferimento è al divieto di revocare i provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici per rivalutazione dell'interesse pubblico originario (*jus poenitendi*)³¹⁶ e, in generale,

stabilità del provvedimento perché sono le norme stesse a prevedere che il suo diritto receda a fronte dell'esigenza di tutelare adeguatamente la salute e l'ambiente».

³¹⁴ Sono i "classici" provvedimenti amministrativi, i quali sono idonei a costituire situazioni soggettive "stabili", in quanto rivedibili dall'amministrazione esclusivamente attraverso il ricorso ad un potere speciale di revoca *ex art. 21-quinquies* della l. n. 241/1990, il quale non solo impone una particolare considerazione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento in capo al soggetto destinatario, ma anche riconosce a quest'ultimo una tutela integrativa di carattere indennitario.

³¹⁵ Cfr., sul punto, M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa*, cit., 203, per il quale «[d]a una situazione in cui era immaginabile soltanto un divieto in concreto di ritirare il provvedimento, rimesso peraltro a valutazioni dell'amministrazione, si passa ad un sistema nel quale vi sono ipotesi non secondarie in cui il potere di secondo grado non sussiste sulla base di una previsione legislativa e, quindi, a prescindere dalle peculiarità della fattispecie concreta. La logica di fondo non è più quella della buona fede oggettiva, che ancora la tutela dell'affidamento alla correttezza dell'azione amministrativa e quindi all'obbligo di prendere in considerazione l'interesse del privato all'interno dei procedimenti di riesame, bensì quella della certezza del diritto: il provvedimento consegue una stabilità propria, sulla base di una valutazione generale e astratta del legislatore che mette fuori gioco la discrezionalità amministrativa e quindi anche le regole di governo della stessa fondate sul canone della buona fede e correttezza».

³¹⁶ Art. 21-*quinquies*, co. 1, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 25, co. 1, lett. b-ter), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

di revocare i provvedimenti per mutamento della situazione di fatto prevedibile³¹⁷.

Oltre alla tutela del legittimo affidamento, un ulteriore principio di “relazione” che informa l’attività amministrativa è rappresentato dal fondamentale canone di proporzionalità³¹⁸, anch’esso radicato nella riflessione giuspubblicistica tedesca (*Verhältnismäßigkeit*) e divenuto, attraverso la rielaborazione del giudice comunitario, «principio generale» del nostro ordinamento nazionale e dell’azione amministrativa nel suo complesso³¹⁹.

Esso costituisce un criterio di scelta a struttura trifasica, rappresentato dai giudizi di idoneità (capacità dell’atto di raggiungere gli obiettivi), necessarietà (minimo sacrificio degli interessi confliggenti) e adeguatezza o proporzionalità in senso stretto (tollerabilità del sacrificio)³²⁰. Il principio in discorso impone, perciò, che fra più scelte

³¹⁷ Art. 21-*quinquies*, co. 1, l. n. 241/1990, come modificato dall’art. 25, co. 1, lett. b-ter), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

³¹⁸ Sul quale, in generale, si vedano i lavori di A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1988; M.A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998.

³¹⁹ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885; Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 10, 1106 ss., con nota di D.U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell’ordinamento*. Sul punto, si veda A. SAU, *op. cit.*, 37 ss. e la copiosa giurisprudenza *ivi* riportata.

³²⁰ Sul punto cfr. S. COGNETTI, *op. cit.*, 224 ss., per cui «l’idoneità (“*Geeignetheit*”) indica la capacità del mezzo impiegato alla realizzazione del fine prefissato. La *necessarietà* (“*Erforderlichkeit*”), la sua irrinunciabilità, vale a dire la sua insostituibilità con altro mezzo meno gravoso (più *mite*) per la realizzazione altrettanto efficace del fine in parola. La *proporzionalità in senso stretto* (“*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*”), indica infine l’esigenza che il mezzo adottato, anche se idoneo e necessario, non risulti *a conti fatti* troppo gravoso rispetto alla *convenienza* del risultato ottenibile» (225, enfasi dell’A.).

astrattamente idonee a perseguire l'interesse pubblico, l'amministrazione debba privilegiare quella che incida in misura minore e, in ogni caso, tollerabile sulle posizioni soggettive con esse contrastanti³²¹.

Anche nell'ambito dei procedimenti di riesame (in senso lato) di precedenti determinazioni, l'amministrazione è chiamata, perciò, ad attenersi rigorosamente a detto criterio decisorio. Cosicché, in esito all'operazione di bilanciamento, laddove essa si determini per la prevalenza dell'interesse pubblico sulle posizioni di affidamento, nella scelta fra più soluzioni (eliminatorie o modificative) astrattamente in grado di raggiungere il risultato giuridico voluto (giudizio di idoneità), il decisore pubblico dovrà privilegiare la scelta del rimedio più mite (giudizio di necessità), che si tradurrà nella maggioranza dei casi (ma non necessariamente) in un intervento modificativo anziché eliminatorio, e non intollerabilmente sproporzionato (giudizio di adeguatezza), se del caso a tal fine "riequilibrato" attraverso una tutela integrativa di carattere indennitario (laddove prevista) adeguatamente configurata nel *quantum*.

In conclusione, i richiamati principi di tutela del legittimo affidamento e di proporzionalità non solo si atteggiano alla stregua di fondamentali criteri di azione a cui l'amministrazione deve attenersi nell'operazione di bilanciamento degli interessi, ma si rivelano capaci di imporre il ricorso al rimedio (parzialmente) conservativo, in luogo

³²¹ Come persuasivamente evidenziato *ibidem*, 314 ss., mentre il giudizio di necessità involge un'ipotesi di *mezzo che si relaziona al fine* (esigendo il minor sacrificio degli interessi secondari di fronte al necessario perseguimento dell'interesse primario), il giudizio di proporzionalità in senso stretto rappresenta un fenomeno di *fine che si relaziona al mezzo*, comportando, a ben vedere, il recedere dell'interesse primario in relazione agli interessi secondari, con problematica compatibilità alla luce del principio di eterodeterminazione dei fini dell'amministrazione (enfasi dell'A.). La questione era, peraltro, già stata evidenziata da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 480, laddove l'A. ravvisa come gli interessi secondari «non giocano gli stessi ruoli. Taluni di essi hanno un ruolo di attenuazione dell'interesse primario; altri di rafforzamento; taluni sono così forti da impedire la realizzazione dell'interesse primario; altri portano a soluzioni di compromesso».

di quello eliminatorio, qualora l'intervento modificativo sia altrettanto idoneo a fronteggiare la situazione di inopportunità, di modo da sacrificare nella minore misura l'assetto di interessi di cui beneficiano i destinatari diretti dell'atto.

In tal senso, detti canoni di azione, affiancandosi al già esaminato principio di conservazione dei valori giuridici (il quale si è visto rispondere, diversamente, ad una logica "oggettiva" di sostanza ordinamentale)³²², rivelano una volta di più la preferenza accordata dall'ordinamento alla scelta del rimedio conservativo, rispetto a quello eliminatorio.

Tale rilievo, a ben guardare, amplia notevolmente lo spettro di applicazione del potere modificativo, anche al di là dei settori in cui esso rappresenta la forma ordinaria di gestione dell'interesse pubblico (come nella pianificazione urbanistica o nell'attività di regolazione in senso lato), imponendosi come modalità preferenziale di adeguamento delle statuizioni provvedimentali alle sopravvenienze, pure laddove esse si connotino in termini non fisiologici.

E ciò appare particolarmente in linea con le esigenze della contemporaneità, in cui l'inedita accelerazione dei processi sociali, economici e tecnologici, rendendo strutturalmente soggetti al cambiamento settori tradizionalmente non caratterizzati da una particolare attitudine evolutiva, richiede che l'amministrazione pubblica sia dotata di poteri flessibili, funzionali all'adeguamento delle statuizioni provvedimentali al mutamento, e che nel contempo garantiscano una tutela adeguata delle aspettative legittime degli amministrati.

In quest'ottica, assume particolare centralità il rimedio indennitario, quale forma di tutela integrativa dell'affidamento e di "riequilibrio" del rapporto in ottica di proporzionalità. Occorre, pertanto, dedicare le riflessioni che seguono alla definizione del

³²² Cfr. Cap. II, par. 1.

“perimetro” dell’indennizzabile nell’attività di conformazione dei rapporti amministrativi di durata, quale emerge dall’analisi del diritto positivo.

Si verificherà, in chiusura, se il riparto dell’obbligo indennitario (e del correlato “rischio” da sopravvenienza) stabilito dal legislatore risponda anche ad un canone di efficienza, attraverso l’applicazione alle fattispecie in esame dei principi sviluppati dall’analisi economica del diritto. Ciò permetterà, in aggiunta, di delineare criteri orientativi alla quantificazione dell’indennità, soprattutto nelle ipotesi in cui il diritto positivo difetti di adeguati criteri di commisurazione.

1.1. *(Segue.) L’indennizzo come forma di tutela “patrimoniale” del legittimo affidamento e fattore di riequilibrio nell’ambito del giudizio di proporzionalità in senso stretto.*

Come è stato efficacemente evidenziato, «di fronte a un conflitto di interessi le scelte ordinamentali non sono sempre così nette e così semplici, dato che non sempre uno dei due interessi è destinato a prevalere senza riserve, mentre l’altro è invece destinato a soccombere completamente, senza ricevere alcuna considerazione, sotto nessun profilo»³²³.

In questa dialettica, infatti, l’istituto dell’indennizzo assume il ruolo di forma di tutela di interessi configurati come recessivi dall’ordinamento, ma non al punto da non ricevere alcuna considerazione, nei termini di meritevolezza di un ristoro compensativo di natura economica. Cosicché, lungi dal costituire, come tradizionalmente si è sostenuto, un’obbligazione sorgente da una c.d. responsabilità da atto lecito, esso si rivela più correttamente quale strumento a disposizione del legislatore nell’operazione di selezione e bilanciamento dei contrapposti interessi pubblici e privati³²⁴.

³²³ G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003, 115.

³²⁴ *Ivi*, 113 ss. Secondo A. GIGLI, *op. cit.*, 188, «[l]’indennizzo appare oggi, in conclusione, uno strumento, ad esclusiva disposizione del legislatore, di riallocazione delle conseguenze dannose

L'istituto di cui si discorre, infatti, come sostiene la maggior parte della dottrina, è soggetto ad un regime di stretta tipicità, non essendo rinvenibile all'interno dell'ordinamento un principio generale indennitario, idoneo ad estendere il novero degli interessi meritevoli di tutela patrimoniale al di là delle ipotesi previste dalla legge³²⁵, se non nei limiti della *vis expansiva* dell'indennizzo da espropriazione previsto dall'art. 42, co. III Cost. (e, come si vedrà nel capitolo seguente, delle garanzie CEDU, sempre in materia di proprietà)³²⁶. Tantomeno esso può costituire uno strumento a disposizione

dell'azione amministrativa dal singolo privato alla collettività sociale, che si sostanzia in una prestazione economica compensativa a favore del primo, traslante il sacrificio da lui subito nel nome dell'interesse generale, in capo all'intera comunità».

³²⁵ Cfr. *ivi*, 185, «tale compensazione non potrà, a rigor di logica, interessare tutti i casi in cui l'esercizio del potere amministrativo risulti economicamente dannoso per i privati, essendo il sacrificio spesso nei limiti della tollerabilità richiesti a ciascuno in nome dell'interesse generale. Esso si applicherà, invece, solo per quelle singole ipotesi che il legislatore ritiene connotate da un eccessivo “sfavore” a danno dei singoli, in cui cioè il patrimonio del privato, sebbene legittimamente colpito, è anche “straordinariamente” leso, così da comportare la presenza di una misura compensativa del danno», cosicché «[p]rima caratteristica essenziale dell'indennizzo è quella della sua tipicità». Secondo G. MANFREDI, *ult. op. cit.*, 128, «un argomento in tal senso pare desumibile anche dall'art. 23 Cost., che in relazione alle prestazioni imposte (che ovviamente possono consistere anche in stringenti limitazioni di posizioni soggettive) si limita a prevedere la ben nota riserva di legge, senza far cenno alcuno a obblighi indennitari: per cui [...] resta senz'altro confermata l'inesistenza di un principio indennitario di generale applicazione». *Contra* cfr. A. CRISMANI, *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecita della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 7, 1688, per il quale «è possibile cogliere con convinzione che la fattispecie indennitaria non sia espressamente esclusa nemmeno dal legislatore come disciplina generale e di conseguenza non sia applicabile ai soli casi espressamente previsti».

³²⁶ Ed infatti, precedentemente alla positivizzazione dell'obbligo indennitario con riguardo alle fattispecie provvedimentali ad esito eliminatorio (come la revoca), una parte della dottrina aveva sostenuto l'indennizzabilità di tali situazioni attraverso la generalizzazione dell'obbligo indennitario

dell'amministrazione nell'operazione di ponderazione degli interessi, involgendo un giudizio di meritevolezza degli stessi, che deve ritenersi senz'altro riservato al legislatore.

In questo contesto si situa anche la posizione soggettiva, precedentemente esaminata, di legittimo affidamento, il quale costituisce un interesse privato di natura certamente recessiva di fronte agli interessi pubblici primari, cosicché esso risponde ad una logica di tutela, per quanto visto nel precedente capitolo, di natura in primo luogo “ponderativa”: «[a]pparentemente, dunque, l'affidamento è destinato ad una sola via: soccombere o resistere, essere o non essere»³²⁷.

Quest'ultimo, per quanto detto, si presta in realtà a ricevere anche una tutela integrativa di natura indennitaria, attraverso la previsione di una forma di ristoro economico nei confronti di colui che ha maturato verso il potere amministrativo un'aspettativa legittimamente compressa dall'autorità. In tal modo, alla tutela “ponderativa” del legittimo affidamento, può affiancarsene una “patrimoniale”.

In tale ottica, l'indennizzo assume una particolare valenza con riferimento ad

ricavabile dall'art. 42, co. III, sul presupposto dell'assimilabilità della legittima disattesa dell'affidamento ad un atto ablativo di natura sostanzialmente espropriativa. Detta conclusione imponeva, a ben vedere, un superamento della nozione tradizionale di bene di proprietà, tale da includere anche utilità e valori consolidati da un provvedimento economicamente quantificabili. Peraltro, come si esaminerà nel paragrafo successivo, questa è esattamente l'impostazione accolta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella quale il legittimo affidamento, nella forma della «legittima aspettativa» è tutelato alla stregua di un bene di proprietà, ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Quest'ultima, infatti, esige una tutela indennitaria – quale componente dell'equo bilanciamento degli interessi – nel caso in cui una «legittima aspettativa», avente ad oggetto un'utilità qualificabile come “bene” ai sensi del citato articolo, possa ritenersi “espropriata” o compressa in maniera sproporzionata in esito all'esercizio del potere pubblico o a comportamenti materiali dell'amministrazione.

³²⁷ A. GIGLI, *op. cit.*, 182.

entrambi i principi “relazionali” che si sono descritti nel precedente paragrafo, rappresentando, a ben vedere, nel contempo uno strumento di tutela del principio del legittimo affidamento e un fattore di riequilibrio del rapporto in una prospettiva di maggiore tollerabilità del sacrificio imposto ai destinatari del potere, secondo un principio di adeguatezza e proporzionalità in senso stretto.

Un ambito nel quale l'affidamento del privato è oggi oggetto di particolare considerazione da parte del legislatore attraverso la previsione della descritta forma integrativa di protezione è proprio quello del riesame dei provvedimenti amministrativi in autotutela³²⁸.

Per la verità, fino all'epoca più recente, la dottrina e la giurisprudenza avevano escluso qualsiasi indennizzo per il soggetto nei cui confronti intervenisse la revoca legittima di un precedente provvedimento vantaggioso, sulla base dell'affermazione che dagli atti amministrativi non discendano veri e propri diritti soggettivi perfetti, bensì posizioni soggettive precarie, in quanto strutturalmente condizionate all'interesse pubblico³²⁹. Successivamente, con la previsione normativa dell'obbligo di corrispondere un indennizzo a seguito del recesso dagli accordi *ex* art. 11 della l. 241/1990, tale obbligo venne esteso analogicamente anche all'esercizio del potere di revoca.

Oggi³³⁰, l'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990 prevede che, a fronte dell'esercizio di un potere di revoca, se quest'ultima «comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo». I criteri di commisurazione del ristoro sono definiti nel successivo comma 1-

³²⁸ In tema, v. G. MANFREDI, *Le indennità da autotutela*, in *Dir. amm.*, 2008, I, 163 ss., il quale ricostruisce puntualmente l'iter parlamentare che ha condotto all'affermazione legislativa di una tutela indennitaria con riferimento all'esercizio di un potere di revoca (spec. 178 ss.).

³²⁹ Per la ricostruzione di tale orientamento dottrinale e giurisprudenziale, cfr. A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012, 130 ss.

³³⁰ A partire dalla l. n. 15 del 2005, che ha introdotto l'art. 21-*quinquies* nella l. n. 241/1990.

bis, ma con esclusivo riguardo alla revoca degli atti che incidono su rapporti di natura negoziale, laddove è specificato che «l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico».

Ciò detto, in virtù della tipicità che caratterizza, come premesso, la previsione dell'obbligo indennitario, il rimedio in esame non può essere esteso oltre le ipotesi nelle quali il legislatore lo ha circoscritto e, segnatamente, al di fuori dell'esercizio di un potere di revoca degli atti amministrativi. Occorre, pertanto, domandarsi se la garanzia sia applicabile anche, e in quale misura, all'esercizio di un potere di modifica.

Invero, laddove quest'ultimo rappresenti un fenomeno di riesercizio del potere ad effetto revocatorio di precedenti determinazioni amministrative – ed è il caso delle riforme-riesame, che si sono definite alla stregua di un esercizio combinato di un potere di revoca e di riedizione del potere originario – non v'è ostacolo ad esigere che, qualora il nuovo assetto di interessi cagioni un danno nei confronti dei diretti interessati, esso debba essere indennizzato ai sensi del menzionato art. 21-*quinquies*.

Ovviamente, detto obbligo andrà quantificato tenendo conto degli eventuali vantaggi derivanti dal riesercizio sostitutivo o additivo del potere, come anche degli eventuali pregiudizi discendenti dal mero riesercizio del potere, pur in assenza di una revoca formale.

Diversamente, quando la modifica si sostanzia in un mero riesercizio del potere di primo grado ad effetto abrogativo, come nel caso di modifica di atti normativi e generali o di poteri di riforma-riesercizio nei confronti di provvedimenti individuali, non vi sarebbe spazio per una tutela indennitaria, in assenza di una disposizione legislativa che, per ciascuna ipotesi, determini il sorgere del relativo obbligo.

A questo proposito, va rilevato come nelle norme di settore attributive dei poteri modificativi da ultimo esaminati (cfr. la tassonomia esposta *supra*, Cap. I, par. 2.1.) non sia mai prevista la corresponsione di un'indennità nei confronti dei soggetti eventualmente lesi dall'attività amministrativa.

Occorre, pertanto, domandarsi se il quadro che emerge dal diritto positivo in ordine alla selezione degli affidamenti meritevoli di considerazione a mezzo di ristoro patrimoniale e, cioè, in altri termini, all'allocazione del "costo" della sopravvenienza nei diversi ambiti di attività conformativa dell'amministrazione, risponda a criteri logici e di efficienza, ovvero se sia opportuna una riconsiderazione di tale riparto estendendo le garanzie previste per le modifiche in autotutela anche ai fenomeni modificativi ad essa estranei.

Per farlo, risulterà imprescindibile riferirsi ai contributi provenienti dall'analisi economica del diritto, i quali offriranno spunti utili alla definizione del riparto maggiormente efficiente di tali costi (cfr. *infra* par. 3).

Accanto alle due forme di tutela, ponderativa e patrimoniale, sulle quali si è riflettuto fino ad ora, emerge, infine, un ulteriore profilo di protezione delle situazioni di legittimo affidamento. Precisamente esso risiede nell'elaborazione offerta a tale principio in sede sovranazionale dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dalla quale la posizione di affidamento è considerata alla stregua di un diritto di proprietà, con conseguente estensione delle relative garanzie, anche di carattere indennitario.

Occorre, perciò, tenere in particolare considerazione anche tale fattore, al fine di valutare la tenuta "costituzionale" (in un'ottica "multilivello") dell'assetto offerto dal diritto positivo relativamente al regime dei procedimenti di riesame e, in particolare, a quelli ad esito modificativo.

Questo costituisce il preciso intendimento dell'indagine che verrà condotta nel prossimo paragrafo.

1.2. (Segue.) La “patrimonializzazione” dell’affidamento legittimo: le «legittime aspettative» come «bene» tutelato dall’art. 1, Primo Protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

Il legittimo affidamento, nella forma della «legittima aspettativa» (*espérance légitime* in francese, *legitimate expectation* in inglese), è oggetto di tutela anche in sede di giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (di seguito Corte EDU o, semplicemente, la Corte).

L’articolo di cui il giudice si avvale per affrontare le ipotesi di lesione di tale situazione soggettiva è l’art. 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, relativo alla protezione del «diritto di proprietà privata»³³¹.

Quest’ultima locuzione ha, infatti, nel contesto convenzionale, una portata autonoma e indipendente rispetto alle qualificazioni formali ad esso attribuite dai singoli ordinamenti nazionali, ritenendo la Corte EDU sufficiente, ai fini dell’applicazione dell’articolo in discorso, accertare l’esistenza di un “bene”, inteso come valore patrimoniale (o un’utilità apprezzabile economicamente) oggetto di una qualsiasi forma

³³¹ Il primo Protocollo addizionale alla Convenzione, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, è stato ratificato e reso esecutivo in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848. L’art. 1 statuisce che «(1) Ogni persona ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. (2) Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende». Nonostante il termine “proprietà” compaia solo una volta nella formulazione dell’articolo in oggetto, fin dalle prime pronunce in argomento i giudici di Strasburgo hanno chiarito che esso, «nel riconoscere a ciascuno il diritto al rispetto dei suoi beni, garantisce in sostanza il diritto di proprietà» (*Marckx c. Belgio*, no. 6833/74, 13 giugno 1979, § 63). Sui profili attinenti, in generale alla protezione del diritto di proprietà nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, sia consentito rinviare a N. BERTI, *La proprietà*, cit.

giuridicamente qualificata di appartenenza³³².

In questo modo, la Corte ha fatto rientrare nella nozione in esame una serie variegata di situazioni soggettive – riferibili tanto a diritti di proprietà in senso stretto (su beni materiali e immateriali), quanto a rapporti di natura obbligatoria e, addirittura, a prestazioni sociali – aventi in comune il fatto di esprimere un «valore patrimoniale» e di essere «attuali»: requisito, quest'ultimo, riscontrato dalla stessa non solo in beni della vita già acquisiti, ma anche in interessi patrimoniali oggetto, appunto, di una c.d. «aspettativa legittima»³³³.

³³² In dottrina, cfr. A.R. ÇOBAN, *Protection of property rights within the European Convention on Human Rights*, Dartmouth, 2004, 144 ss.; T. ALLEN, *The autonomous meaning of “possessions” under the European Convention on Human Rights*, in H. COOK, *Modern studies in property law*, Oxford, 2003, 57 ss.

³³³ La nozione di “aspettativa legittima” nell’ambito dell’art. 1 del primo Protocollo è stata richiamata per la prima volta dalla Corte di Strasburgo nella pronuncia *Pine Valley Developments Ltd e al. c. Irlanda*, no. 12742/87, 29 novembre 1991, riguardante il caso di un costruttore privato che, dopo aver ottenuto un’autorizzazione preliminare rispetto al permesso di costruire, si era visto annullare quest’ultimo dalla Corte Suprema irlandese. Nello specifico, la Corte EDU ha affermato che «sarebbe indebitamente formalistico ritenere che la decisione della Corte Suprema non costituisca un’interferenza: fino a quando [tale giudizio] è stato reso, i ricorrenti avevano maturato perlomeno una “legittima aspettativa” di vedere realizzato il loro piano di sviluppo, e questa deve essere considerata, ai fini dell’articolo 1 del Protocollo n. 1, come componente della proprietà in questione». Nella successiva pronuncia *Kopecký c. Slovacchia*, no. 44912/98, 28 settembre 2004, § 35, la Corte ha definitivamente affermato che «“beni” ai sensi dell’art. 1 possono essere sia “beni attuali”, sia valori patrimoniali, incluse pretese, rispetto ai quali il ricorrente può dimostrare di aver maturato perlomeno una “legittima aspettativa” di ottenere l’effettivo godimento di un diritto di proprietà» e che possiedono una «sufficiente base legale nell’ordinamento nazionale». Su questi profili, cfr. M. SIGRON, *Legitimate expectations under article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2014; P. POPELIER, *Legitimate expectations and the law-maker in the case law of the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, 10 ss.; e S. SCHÖNBERG, *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford, 2000.

Secondo la giurisprudenza della Corte, affinché quest'ultima possa assumere la consistenza di "bene" autonomamente protetto ai sensi dell'art. 1 del primo Protocollo è necessario che essa possieda una «sufficiente base legale», vale a dire che trovi fondamento in un rapporto giuridico particolarmente qualificato fra privato e pubblica amministrazione, derivante, cioè, da un atto (o un comportamento) riferibile all'ordinamento statale (in senso lato) dotato di stabilità o, comunque, idoneo a consolidare un legittimo affidamento.

Sono state, in tal modo, riconosciute alla stregua di beni protetti ai sensi della citata disposizione convenzionale aspettative patrimoniali derivanti da accordi amministrativi³³⁴, sentenze giurisdizionali passate in giudicato³³⁵, comportamenti materiali della pubblica amministrazione idonei ad ingenerare un particolare affidamento³³⁶,

³³⁴ Cfr. *Consorts Richet et Le Ber c. Francia*, no. 18990/07 e 23905/07, 18 novembre 2010, nella quale la Corte ha affermato che «data la qualità della controparte con cui hanno trattato – che indiscutibilmente costituiva una garanzia di autorevolezza, buona fede e rispetto della legge – i ricorrenti potevano legittimamente credere che lo Stato fosse in grado di accordare loro tale diritto e attendersi il rispetto degli obblighi contrattuali» (§ 96). La pronuncia è riportata in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 22/2011, 1265 ss., con commento di C. CAUMES, *Le "droit à construire" promis par l'Etat comme «bien» dont le respect doit être garanti*.

³³⁵ Cfr. *Mazzeo c. Italia*, no. 32269/09, 5 ottobre 2017, in *Dir. proc. amm.*, 2019, II, 553 ss., con nota di R. DE NAPOLI, *La Corte di Strasburgo e l'esauribilità sostanziale del potere amministrativo*, 556 ss. In tale decisione la Corte ha affermato il principio secondo il quale «integra la violazione dell'art. 1, Prot. n. 1, CEDU, relativo alla protezione della proprietà, l'annullamento in via di autotutela del provvedimento amministrativo che costituiva la base giuridica del credito riconosciuto con sentenza definitiva».

³³⁶ Cfr. *Valle Pierimpiè Società Agricola s.p.a. c. Italia*, no. 46154/11, 23 settembre 2014, nella quale la Corte EDU ha ritenuto che la convinzione del ricorrente di trovarsi in una situazione di «certezza del diritto» circa la validità del titolo di proprietà su un bene demaniale (valle da pesca lagunare) e del diritto di sfruttamento economico dello stesso, rafforzata dall'esistenza di un titolo formale ricevuto da un notaio, di una prassi esistente da lunga data nel riconoscere ai privati dei titoli

nonché provvedimenti amministrativi caratterizzati da tendenziale stabilità, come licenze o autorizzazioni all'esercizio di attività commerciali³³⁷.

Diversamente, la Corte EDU ha escluso che possano costituire una “base legale” idonea a consolidare un affidamento qualificato dei privati contro un'eventuale *reformatio in peius* delle relative prescrizioni gli atti amministrativi che per loro natura sono

di proprietà sulle valli da pesca, nonché dalla tolleranza prolungata delle autorità, è idonea a configurare un'«aspettativa legittima» tutelata, tale per cui l'acquisizione del «bene» della ricorrente da parte dello Stato, a seguito della declaratoria di appartenenza al demanio, costituisce una «privazione» della proprietà meritevole di indennizzo.

³³⁷ Cfr. la già citata decisione *Pine Valley Developments Ltd e al. c. Irlanda*; nonché *Malik c. Regno Unito*, no. 23780/08, 13 marzo 2012, nella quale si è affermato che «in caso di concessione di licenze o autorizzazioni all'esercizio di attività economiche, la Corte ha indicato che la revoca dell'autorizzazione o della licenza interferiva con il diritto dei richiedenti al godimento pacifico della loro proprietà, compresi gli interessi economici connessi all'attività sottostante (vedi *Fredin c. Svezia* (n. 1), 18 febbraio 1991, § 40, Serie A n. 192, per quanto riguarda un permesso di sfruttamento per una cava di ghiaia; e *mutatis mutandis*, *Tre Traktörer AB c. Svezia*, 7 luglio 1989, § 53, serie A n. 159, concernente una licenza a servire bevande alcoliche in un ristorante. Vedi anche *Rosenzweig e Bonded Magazzini Ltd. c. Polonia*, n. 51728/99, § 49, 28 luglio 2005, che riguardava la licenza per l'esecuzione di un deposito doganale. A questo proposito, la Corte ha osservato in particolare in *Tre Traktörer AB* che il mantenimento della licenza era una delle principali condizioni per lo svolgimento dell'attività dell'azienda richiedente e che il ritiro ha avuto effetti negativi sull'avviamento e sul valore del ristorante (§§ 43 e 53 della sentenza della Corte)» (§ 91). Cfr., nel medesimo senso, *Brosset-Triboulet e altri c. Francia* (Grande camera), 29 marzo 2010, ricorso n. 34078/02.

soggetti a modifiche e che, generalmente, non garantiscono diritti individuali o situazioni soggettive tutelabili, come i piani urbanistici³³⁸ o le autorizzazioni condizionali³³⁹. A questo proposito, essa ha più volte affermato che «se i titolari di diritti di credito pecuniari possono, in linea generale, avvalersi di diritti stabili e intangibili, lo stesso non può dirsi in [...] settori che riguardano diritti di natura diversa e che sono fondamentalmente in evoluzione»³⁴⁰.

La “patrimonializzazione” del legittimo affidamento e, cioè, la tutela attraverso l'applicazione a tale situazione soggettiva delle garanzie relative alla proprietà privata

³³⁸ Cfr., da ultimo, *Scagliarini e al. c. Italia (dec.)*, no. 56449/07, 3 marzo 2015, § 19. In dottrina, sul punto, v. M. SIGRON, *op. cit.*, 139 ss.

³³⁹ Cfr. la decisione *Depalle c. Francia*, no. 34044/02, 29 marzo 2010, § 86, in cui la Grande camera ha valorizzato la circostanza per la quale «ogni decisione [...] menzionava la durata dell'autorizzazione e [...] la possibilità per l'amministrazione di modificare o di revocare l'autorizzazione se essa lo giudicasse utile, quale che sia la ragione, senza che il beneficiario possa reclamare per questo motivo un indennizzo. [...] La Corte ne deduce che il ricorrente sapeva dopo tutto che le autorizzazioni erano precarie e revocabili e ritiene, quindi, che non si potrebbe affermare che le autorità abbiano contribuito a mantenere l'incertezza sulla situazione giuridica del “bene”». «Infine, la Corte ricorda che quando è in gioco una misura di regolamentazione dell'utilizzo dei beni in questione, l'assenza di un indennizzo è uno dei fattori da tenere in considerazione per stabilire se è stato rispettato un giusto equilibrio ma essa non sarebbe, di per sé, costitutiva di una violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1. [...] Nel caso di specie [...] considerando che il ricorrente non poteva ignorare il principio di non-indennizzo, che era chiaramente precisato in tutte le autorizzazioni [...] l'assenza d'indennizzo non potrebbe considerarsi, ad avviso della Corte, come una misura sproporzionata rispetto alla regolamentazione dell'utilizzo dei beni del ricorrente, operata in vista dell'interesse generale. [...] Pertanto, non vi è violazione dell'articolo 1 del Protocollo n° 1» (§ 91).

³⁴⁰ Cfr. *Tommaso Galtieri c. Italia (dec.)*, no. 72864/01, 24 gennaio 2006; *Gorraiz Lizarraga e al. c. Spagna*, no. 62543/00, 27 aprile 2004, § 70.

non è, del resto, estranea alle tradizioni costituzionali europee³⁴¹, ed è stata individuata dalla dottrina italiana quale possibile prospettiva³⁴², se non vero e proprio auspicio³⁴³, per la protezione delle aspettative ingenerate dai comportamenti del legislatore e della

³⁴¹ Ad esempio, la Corte costituzionale tedesca ha fatto sovente utilizzo di tale paradigma di tutela. Si veda, a questo proposito, la sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, decisione 1 BvR 2821/11 del 6 dicembre 2016, richiamata da A. TRAVI, in AA.VV., *La Corte costituzionale e la conformazione pubblica delle attività economiche private*, cit., 163 ss., il quale evidenzia come in tale decisione «il diritto all'indennizzo è stato ricondotto non alla garanzia dell'iniziativa economica, ma alla garanzia della proprietà (par. 14 della legge fondamentale tedesca), intesa evidentemente in termini ampi, ossia estesa anche agli investimenti legati a un'attività di impresa». Commenta D. DE PRETIS, *ivi*, 180, che «[p]er affermare la doverosità di un indennizzo, secondo l'esempio tedesco ricordato dal professor Travi, la Corte costituzionale italiana dovrebbe impegnarsi anche in una revisione dei parametri costituzionali di riferimento. Come è stato ricordato, la Corte di Karlsruhe fa riferimento alla disposizione della legge fondamentale che tutela il diritto di proprietà. Nella giurisprudenza costituzionale italiana è sempre stato negato che la disposizione corrispondente della nostra Costituzione (art. 42) si applichi alle aspettative fondate sulla tutela di iniziativa economica privata». Sul punto, con riguardo invece alla dottrina tedesca, si veda M. PROTTO, *op. cit.*, 249.

³⁴² Ad esempio, F. MERUSI, *ult. op. cit.*, 274-275, nel paragrafo relativo ai «possibili sviluppi futuri» della tutela dell'affidamento, afferma che «[n]ell'ipotesi in cui una legge o un provvedimento amministrativo abbiano creato un affidamento e tale affidamento sia stato sacrificato, in nome di un interesse pubblico ritenuto prevalente in occasione dell'emanazione di una successiva legge o di un successivo provvedimento è indubbio che il soggetto nei cui confronti l'affidamento è stato ingenerato finisce per subire un danno. [...] Più che di responsabilità per atto legittimo si può parlare in queste ipotesi [...] di espropriazione, sia pure *sui generis*. [...] Nel nostro ordinamento si potrebbe probabilmente percorrere la via di ritenere che il provvedimento che legittimamente disattenda un affidamento sia assimilabile ad un atto ablativo e, in quanto tale, indennizzabile. [...] [S]i può, ritenere che il “bene” di cui un cittadino viene in possesso in seguito all'emanazione di un provvedimento amministrativo è assimilabile alla proprietà in quanto è un bene quantificabile; anche se, invero, questa assimilazione comporta un'estensione della nozione tradizionale di bene».

³⁴³ Il riferimento è ad A. TRAVI, *op. loc. ult. cit.*

pubblica amministrazione, soprattutto nell'ottica di estendere la portata del rimedio indennitario.

Alla luce di quanto esposto, si può affermare che, attraverso il “filtro” dell'art. 117, co. I della Costituzione, possa oggi dirsi vigente anche nel nostro ordinamento, perlomeno quale obbligo convenzionale per il legislatore³⁴⁴, un principio generale di tutela della legittima aspettativa alla stregua di un diritto di proprietà privata, ai sensi della giurisprudenza evolutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo all'art. 1 del Primo protocollo addizionale.

Non appare, dunque, un tentativo privo di utilità quello di indagare lo statuto convenzionale della tutela della legittima aspettativa con riferimento all'oggetto del presente elaborato, e cioè del potere di modifica degli atti amministrativi, il quale, per quanto detto, ben potrebbe rientrare nell'ambito di protezione offerto dall'art. 1 in esame, in quanto potenzialmente idoneo a ledere situazioni soggettive consolidate in virtù di un precedente atto dell'amministrazione.

A questo riguardo, una osservazione preliminare che deve essere compiuta, alla luce di quanto in precedenza evidenziato, è che non rientrano senz'altro nel perimetro di tutela della Convenzione, sotto i profili in esame, quelle aspettative derivanti da atti amministrativi generali o da provvedimenti amministrativi per loro natura soggetti a modifica e instabili, come le autorizzazioni condizionali. Essi, infatti, come già precedentemente anticipato, non sono idonei a far sorgere diritti consolidati o affidamenti meritevoli di tutela alla stregua di una situazione dominicale.

³⁴⁴ È bene ricordare che, secondo la Corte costituzionale, il rispetto delle disposizioni della Convenzione EDU costituisce un obbligo nell'esercizio della potestà legislativa *ex art.* 117, co. I, Cost., con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con gli «obblighi internazionali», viola indirettamente tale parametro costituzionale (in questo caso, la disposizione CEDU viene in rilievo, tecnicamente, quale “norma interposta”).

L'attenzione deve essere, perciò, circoscritta alle modifiche che sono riconducibili all'esercizio di un potere di autotutela decisoria (le riforme-riesame), in quanto aventi ad oggetto provvedimenti amministrativi ritenuti idonei a consolidare posizioni soggettive generalmente considerate dalla Corte EDU come ricadenti nell'ambito di applicazione delle garanzie convenzionali in tema di proprietà.

Principiando, dunque, dall'individuazione della forma di ingerenza sui "beni" rappresentata dal potere di modifica, essa, in quanto ha quale effetto la mera conformazione dell'assetto di utilità oggetto dell'aspettativa tutelata, e non la sua sottrazione, andrebbe ricondotta alla «regolamentazione dell'uso dei beni», di cui al secondo paragrafo dell'art. 1 del Primo protocollo (equivalente al nostro potere "conformativo"), il quale sancisce il diritto degli Stati di «porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale».

Con riguardo a detta forma di ingerenza sui beni, la giurisprudenza della Corte ha elaborato un proprio schema di giudizio al fine di verificare la compatibilità dell'esercizio del potere pubblico con la garanzia convenzionale in tema di proprietà. In termini sintetici esso è teso a verificare se: (i) il potere risponde ad una previsione normativa legittimante (principio di legalità); (ii) l'esercizio del potere persegue un interesse di carattere generale (principio di idoneità); (iii) l'atto realizza un "equo contemperamento" fra l'esigenza di interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali dei singoli (principio di proporzionalità in senso stretto).

Come è agevole constatare, i requisiti richiesti dalla Corte convenzionale al fine di operare una regolazione di assetti di interessi consolidati, rispecchiano esattamente le regole di validità a cui il diritto interno sottopone l'esercizio del potere di modifica in autotutela. Cosicché non si constata alcuna incompatibilità "astratta" fra il potere di cui si discorre e le garanzie proprie del testo convenzionale.

Alla Corte, nel caso, spetterà una valutazione dell'esercizio "in concreto" di tale potere, che, peraltro, si limiterà ad una verifica della mera proporzionalità in senso

stretto dell'incisione sulla situazione soggettiva, essendo, invece, il bilanciamento degli interessi riservato al più ampio «margine di apprezzamento statale»³⁴⁵ e, perciò, limitato ai meri profili di ragionevolezza.

Un'ultima riflessione deve essere svolta, inoltre, con riguardo al rimedio indennitario, così come configurato all'interno della giurisprudenza CEDU. Quest'ultimo non costituisce, secondo la Corte, un autonomo requisito di compatibilità con il testo convenzionale, bensì rappresenta un elemento da considerare in sede di giudizio di proporzionalità, eventualmente soggetto, nella determinazione del suo ammontare, ad un criterio di ragionevolezza, e perciò idoneo ad assumere diversa portata in relazione a ciascun tipo di interferenza.

Ed invero, con riguardo alla «regolamentazione dell'uso dei beni», la Corte ha più volte ribadito che l'indennizzo rappresenta «solo uno dei fattori da prendere in considerazione per stabilire se sia stato rispettato un giusto equilibrio, ma tale assenza non può, da sola, costituire una violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1»³⁴⁶.

³⁴⁵ La dottrina del “margine di apprezzamento statale” è stata richiamata per la prima volta con riferimento all'art. 1, primo Prot., nel caso *James e al. c. Gran Bretagna*, no. 8793/79, 21 febbraio 1986. In tale pronuncia, la Corte ha affermato, in particolare, che «spetta alle autorità nazionali operare una prima valutazione circa la sussistenza di un interesse pubblico che giustifichi la privazione della proprietà», poiché «a motivo della conoscenza diretta della società e delle sue necessità, esse sono, in linea di principio, meglio in grado, rispetto al giudice internazionale, di determinare cosa sia di pubblica utilità», nonché in quanto «la decisione di emanare leggi di privazione della proprietà coinvolge normalmente considerazioni politiche, economiche e sociali, sulle quali potrebbero ragionevolmente sorgere profonde divergenze d'opinione all'interno di un qualunque Stato democratico». In tema, cfr. Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Oxford, 2002, spec. 149 ss.; e Y. WINISDOERFFER, *Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1*, in *Human Rights Law Journal*, 19/1998, 18 ss.

³⁴⁶ *Ex plurimis*, cfr. *Tommaso Galtieri c. Italia (dec.)*, cit.

In tal modo, l'istituto indennitario rivela, anche nel contesto del controllo di legittimità convenzionale, la sua funzione di strumento “equilibratore” nell’ambito del giudizio di proporzionalità in senso stretto. A questo riguardo, la previsione nel nostro ordinamento di uno specifico obbligo di indennizzo conseguente all’esercizio di un potere *ex art. 21-quinquies* della l. n. 241/1990 è idonea ad escludere qualsiasi possibile forma di censura da parte della Corte convenzionale nei confronti dell’istituto in esame, se non con riferimento a possibili profili di sproporzione ed esiguità della relativa commisurazione in relazione al sacrificio imposto (come è avvenuto per l’indennizzo da espropriazione).

Terminato, così, il quadro ricostruttivo relativo ai principi di “relazione” che si impongono all’amministrazione nell’esercizio del potere di modifica, si indagherà ora, sotto i medesimi profili, il regime giuridico di tale potere così come ricavabile dall’analisi del diritto positivo.

2. La “modifica” fra «conformazione» di rapporti ed ipotesi «cripto-revocatorie». Le conseguenze sul correlato regime giuridico e, in particolare, i riflessi in tema di obbligo indennitario.

In apertura di capitolo, si è ricondotto il potere di modifica alla categoria trasversale delle “potestà conformative”, la quale, come detto, racchiude dal punto di vista dogmatico una serie di manifestazioni autoritative, di diversa classificazione formale, unificate dall’attitudine a regolare, determinandone i relativi contenuti, situazioni giuridiche soggettive. In particolare, si è specificato come, all’interno del più ampio genere descritto, essa rientri nella specie delle potestà conformative *ex post*, in quanto avente ad oggetto rapporti già sorti e regolati a mezzo di un precedente atto amministrativo.

Agli elementi anzidetti deve, ora, essere aggiunta l’ulteriore specificazione se-

condo cui la modifica rappresenta una potestà conformativa *ex post* di carattere “generale”, con ciò intendendosi che essa costituisce un potere non predeterminabile nei suoi contenuti, bensì, in un certo senso, “dipendente” dalla norma attributiva potere originariamente esercitato e sulla cui base è stato emanato l’atto che ne costituisce l’oggetto.

Ne consegue che essa è idonea a regolare una pluralità astratta di situazioni soggettive e rapporti giuridici (diritti reali, attività economiche e negozi giuridici) a seconda dell’oggetto dell’atto modificato e della natura del potere sulla cui base è stato emanato, del quale, peraltro, replicherà tutti (e solo) i potenziali contenuti conformativi (definiamo, quest’ultima, come la sua specifica efficacia sostanziale).

Nel contempo, per il fatto di intervenire su un atto precedente, essa può manifestarsi per mezzo di una pluralità di poteri di riesercizio, ad effetto ora abrogativo ora revocatorio, che concorrono a determinare ulteriori presupposti, discipline e limiti nell’attività di conformazione delle posizioni soggettive variamente consolidate in ragione della precedente statuizione autoritativa oggetto di modificazione (definiamo, quest’ultima, come la sua specifica efficacia formale).

Attraverso il riferimento ai descritti caratteri generali del potere di modifica, è possibile ora delinearne il correlato regime giuridico.

Con riguardo al profilo dell’efficacia sostanziale, vale a dire degli effetti prodotti nei confronti delle situazioni soggettive, l’intervento conformativo *ex post* realizzato attraverso la modifica può avere ad oggetto tanto il contenuto “legittimante” dell’atto modificato, quanto quello “precettivo”.

Con il primo s’intende l’estensione quantitativa e la caratterizzazione qualitativa della posizione soggettiva “legittimata” dall’atto di primo grado. È ciò che si verifica tipicamente in regime di riserva amministrativa, come nell’ipotesi di concessione di un bene demaniale o di un’attività economica di servizio pubblico, in cui l’ammini-

strazione, attraverso il provvedimento di primo grado, costituisce la situazione giuridica, determinandone nel contempo l'estensione e la caratterizzazione, la quale può, in tal modo, essere successivamente riconfigurata attraverso la modifica dell'atto negli anzidetti contenuti legittimanti.

Con il secondo ci si riferisce, invece, ai contenuti prescrittivi dell'atto modificato, vale a dire dell'insieme di limitazioni che conformano la situazione giuridica e ne caratterizzano il regime giuridico³⁴⁷. Ciò può aversi, a ben vedere, sia con riguardo a situazioni soggettive in riserva (ancora, la concessione di un bene), quanto relativamente a situazioni di libertà per il cui esercizio l'atto rimuove un limite legale (ad esempio, un'iniziativa economica in regime autorizzativo) o di diritto soggettivo (come la proprietà privata), delle quali l'atto di primo grado, laddove a ciò legittimato dalla legge, così come il successivo atto di modifica, possono (ri)determinare i possibili contenuti, le condizioni di esercizio, le facoltà e gli oneri connessi.

Tale possibilità è garantita dalla Costituzione. Quest'ultima, infatti, riserva al legislatore e, trattandosi tipicamente di riserve di legge relative, all'amministrazione, un potere di "conformare" alcune situazioni soggettive di rilievo costituzionale, in particolare nel contesto dei rapporti economici, configurando "dall'interno" il regime e i

³⁴⁷ Tale efficacia rivela l'attitudine dell'atto amministrativo a dettare una regola in concreto, stabilendo un determinato assetto di interessi. Cosicché, «è possibile individuare alcune caratteristiche unificanti che accomunano tutti gli atti [conformativi ...], tra cui il loro essere *atti precettivi*. Ciò che rileva non è la veste formale dell'atto, ma il fatto che in essi siano contenuti precetti. Tale constatazione si pone in linea con le teorie che sostengono l'indifferenza delle qualificazioni formali degli atti rispetto alla più rilevante identificazione delle conseguenze sostanziali derivanti dagli stessi» (A. FERRARI ZUMBINI, *op. cit.*, 251, la quale annota che «[q]uesta teoria è stata originariamente sostenuta da M.S. Giannini nelle sue lezioni di diritto amministrativo, in cui supera la distinzione tra atti normativi e amministrativi»). *Ivi*, 212, si precisa, inoltre, che «l'efficacia prescrittiva può avere differenti gradazioni, limitandosi in alcuni casi a integrare quanto previsto dalla norma, o ampliandosi in altri casi fino al punto che è lo stesso atto amministrativo a stabilire *tout court* il precetto conformativo».

contenuti di diritti, allo scopo di indirizzarli e funzionalizzarli alle finalità previste dal medesimo testo fondamentale³⁴⁸.

Detto potere è sancito, ad esempio, con riguardo al diritto di proprietà privata (ai sensi dell'art. 42, co. II, Cost.)³⁴⁹, alla libertà di iniziativa economica privata (a mente dell'art. 41, commi II e III, Cost.)³⁵⁰, nonché all'autonomia negoziale³⁵¹, la quale, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale, «riceve una tutela solo indiretta, in quanto strumento dell'iniziativa economica»³⁵², ai sensi del medesimo art.

³⁴⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 126, il quale rileva come tutte le disposizioni costituzionali in materia di rapporti economici comprendono un'affermazione di una regola garantistica e, insieme, di una regola di disciplina pubblica.

³⁴⁹ A mente del quale «la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti». Sulla potestà conformativa della proprietà privata si vedano, *amplius*, i fondamentali M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 443 ss.; A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, spec. 474 ss.; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977, 1380 ss.; e, più recentemente, V. CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in *Gius. civ.*, 2015, 5 ss.

³⁵⁰ Per il quale essa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», per cui «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». Sulla potestà conformativa dell'attività economica privata cfr. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, 2019; AA. VV., *La Corte costituzionale e la conformazione pubblica delle attività economiche private*, in M. MASSA (a cura di), *La Corte costituzionale*, cit., 152 ss.; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, I, 122 ss., la quale, con ampi richiami alla giurisprudenza costituzionale, ricostruisce il contenuto minimo costituzionalmente garantito della libertà economica (cfr. spec. 132 ss.).

³⁵¹ Su cui, v. ampiamente A. FERRARI ZUMBINI, *op. cit.*, *passim*.

³⁵² Cfr. Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 159.

41 Cost.

Da questo punto di vista, il regime della modifica è soggetto a tutti i limiti sostanziali sanciti dal diritto positivo (e, ancor prima, dalla Costituzione) nel caso di intervento conformativo sulle richiamate situazioni soggettive. Ad esempio, sorgerà un obbligo indennitario laddove un intervento conformativo sulla proprietà privata si riverbera nell'esercizio di un potere "sostanzialmente espropriativo".

Quanto al profilo dell'efficacia formale, vale a dire dell'effetto prodotto nei confronti dell'atto modificato, il potere in esame, come ampiamente dato conto nei precedenti capitoli, si può manifestare secondo una varietà tipologica di atti amministrativi, ciascuno avente un differente effetto.

In particolare, la conformazione dei rapporti amministrativi può essere realizzata nella forma della modifica o della variante di un atto amministrativo normativo o generale (ad esempio, la retrocessione dell'edificabilità di un terreno a seguito di una nuova zonizzazione o un'eterointegrazione del contenuto dei contratti nell'ambito di mercati amministrati prevista con uno strumento normativo), oppure attraverso la riforma di provvedimenti amministrativi individuali, tanto a seguito del riesercizio del potere ad effetto abrogativo (come si verifica nell'ipotesi riforma-riesercizio di un'autorizzazione condizionale), quanto per mezzo di una modifica ad effetto revocatorio (come nel caso di riforma-riesame in autotutela di un provvedimento amministrativo).

Così, esso sarà di volta in volta soggetto alla disciplina e ai limiti previsti dal diritto positivo per ciascuna di tali tipologie provvedimentali.

Dal quadro così delineato emerge come il regime giuridico del potere di modifica si caratterizzi per l'essere soggetto ad una duplicità di limiti, l'uno di carattere, per così dire, "sostanziale", derivante, cioè, dalla natura della situazione giuridica oggetto di conformazione (a tutela della situazione giuridica medesima), l'altra di profilo "formale", dipendente dall'effetto prodotto in senso riformatore sull'atto da cui deriva l'assetto di interessi precedentemente consolidato (a tutela del legittimo affidamento).

Proprio lungo tale doppia linea si situa, come è emerso, il confine dell'ambito dell'"indennizzabile" con riguardo all'esercizio del potere conformativo di rapporti di durata realizzato attraverso la modifica degli atti amministrativi³⁵³.

In tal modo, analogamente a quanto si verifica sul piano sostanziale con riguardo alla possibilità che una conformazione del diritto di proprietà origini un'ipotesi (indennizzabile) di natura sostanzialmente espropriativa³⁵⁴, così è possibile isolare, sul piano generale, una modifica di rapporti di carattere «conformativo» in senso stretto, dalle quali non sorge alcun obbligo indennitario, da altre ipotesi che, pur riconducibili ad un fenomeno conformativo in senso lato, sono idonee ad ingenerare fattispecie "sostanzialmente revocatorie", meritevoli di indennizzo ai sensi del diritto positivo.

Cosicché, all'interno di una generale potestà conformativa di rapporti di durata,

³⁵³ Per meglio comprendere tale affermazione, si pensi ad una variante di piano urbanistico che vincoli un'area precedentemente edificabile a parco pubblico (ritenuto pacificamente un vincolo sostanzialmente espropriativo); e, diversamente, alla modifica di una concessione di servizio pubblico che imponga, in autotutela, un onere particolarmente gravoso all'operatore economico. Nel primo caso la conformazione è indennizzabile in virtù del vincolo apposto nei confronti della proprietà (mentre la modifica degli atti amministrativi generali non è soggetta ad obblighi indennitari), nel secondo caso, invece, il dovere di corrispondere un indennizzo sorge in virtù del pregiudizio cagionato dal riesame in autotutela (*ex art. 21-quinquies* della l. n. 241/1990) e non per l'incisione sulla situazione soggettiva di per sé considerata (che non è tutelata con il rimedio indennitario, il quale, infatti, non si sarebbe dovuto se l'onere fosse stato introdotto fin dall'inizio).

³⁵⁴ Tale profilo non verrà approfondito, se non incidentalmente e in un'ottica comparativa (nonché rinviando per un approfondimento alla nt. 359), in quanto si tratta di un fenomeno appartenente ad una disciplina di settore e, perciò, dipendente dalla contingenza dello specifico potere in concreto esercitato dall'amministrazione in sede di modifica. Esso, pertanto, esula dalla ricostruzione di ordine generale che qui si intende proporre, la quale si appunterà perciò principalmente sulla questione del rapporto formale tra atti (e di relativa tutela dell'affidamento). La questione dell'espropriazione sostanziale è stata, peraltro, da noi ampiamente affrontata nel precedente scritto N. BERTI, *La tutela "urbanistica"*, cit., spec. 710 ss. cui sul punto integralmente si rinvia.

possono distinguersi le ipotesi in cui quest'ultima è attribuita dalla legge all'amministrazione anche in una prospettiva intertemporale, attraverso il conferimento di un potere di gestione delle situazioni giuridiche già regolate da un atto amministrativo (si pensi alla potestà conformativa della proprietà privata attraverso una variante urbanistica, ovvero alla conformazione di attività economiche in esito al riesame di un'autorizzazione integrata ambientale), dai casi in cui l'intervento regolativo si esaurisca, ai sensi del diritto positivo, nell'esercizio della potestà primaria, potendo l'amministrazione conformare il rapporto di durata esclusivamente attraverso il ricorso a poteri speciali e trasversali (come, ad esempio, la modifica in autotutela degli obblighi inerenti ad un rapporto concessorio).

Tale distinzione risulta necessaria per l'individuazione del perimetro dell'indennizzabile nell'esercizio dell'attività conformativa dei rapporti amministrativi di durata e cioè, in altri termini, per definire quando dall'esplicazione di un potere di modifica debba conseguire l'obbligo di corresponsione di un'indennità nei confronti dei soggetti direttamente lesi.

Allorché, infatti, il diritto positivo non consenta la modulazione dei contenuti legali e prescrittivi dell'atto attraverso un riesercizio riformatore del potere ad effetto abrogativo, bensì tale risultato possa essere ottenuto solamente attraverso l'esercizio di un potere ad effetto revocatorio (la riforma-riesame), la descritta potestà conformativa risulta soggetta ai limiti previsti dall'art. 21-*quinquies* della l. 241/1990, compreso l'obbligo di corresponsione di un indennizzo, qualora dall'esercizio del potere modificativo consegua un pregiudizio per i soggetti direttamente interessati³⁵⁵.

³⁵⁵ Un interessante parallelo può essere individuato, sul punto, con la disciplina (pur non omogenea a quella qui considerata, nella misura in cui difetta un atto amministrativo e la logica è quella rimediabile) della segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) di cui all'art. 19 della l. n.

L'entità del danno indennizzabile³⁵⁶, peraltro, può essere apprezzata, ancora una volta, esclusivamente nella logica complessiva del rapporto, dovendosi senz'altro sottrarre, nella relativa commisurazione, l'eventuale vantaggio ottenuto in conseguenza del riesercizio del potere³⁵⁷, non potendosi scindere, quanto agli effetti finali sulle situazioni giuridiche soggettive, il momento revocatorio da quello di riedizione; così come, specularmente, il calcolo dovrà considerare gli eventuali pregiudizi derivanti anche dal mero riesercizio additivo del potere, pure laddove difetti l'esercizio di un potere di revoca formale, quando da esso conseguano effetti sostanzialmente revocatori³⁵⁸. Solamente, infatti, la considerazione unitaria degli effetti finali sul rapporto

241/1990, ove il potere dell'amministrazione di "conformare" l'attività privata è soggetto ad un termine perentorio di sessanta giorni, trascorsi i quali l'esercizio della potestà conformativa è condizionato ai presupposti dell'autotutela (co. 4).

³⁵⁶ Sulle questioni riguardanti, in generale, la commisurazione dell'indennizzo da revoca si rinvia integralmente a A. CRISMANI, *ult. op. cit.*, 136 ss.

³⁵⁷ Analogamente a quanto previsto per la commisurazione dell'indennizzo da esproprio, laddove, ai sensi dell'art. 33, co. 2 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, «se dall'esecuzione dell'opera deriva un vantaggio immediato e speciale alla parte non espropriata del bene, dalla somma relativa al valore della parte espropriata è detratto l'importo corrispondente al medesimo vantaggio».

³⁵⁸ Anche qui può illuminare il parallelo con il regime della proprietà privata. A mente dell'art. 39, co. 1 del T.U. Espropri, infatti, è sancita l'indennizzabilità delle c.d. espropriazioni sostanziali, le quali non conseguono all'esercizio di un potere traslativo (espropriazione formale), bensì ad una conformazione (positiva) del diritto di proprietà che leda il contenuto essenziale di quest'ultimo. Come noto, la distinzione circa la natura conformativa o sostanzialmente espropriativa degli interventi pubblicistici sulla proprietà privata si radica in una particolare interpretazione dell'art. 42 della Costituzione offerta dalla giurisprudenza costituzionale già a partire dagli anni '60 del secolo scorso. Secondo tale interpretazione, mentre il secondo comma dell'art. 42 Cost. riserva alla pubblica amministrazione il c.d. potere conformativo della proprietà – vale a dire quello funzionale a 'dare forma' dall'interno ai contenuti del diritto, allo scopo di contemperare la posizione giuridica soggettiva del proprietario con il perseguimento di obiettivi di interesse generale (la c.d. «funzione sociale») – il

derivanti dall'esercizio del potere modificativo, nei termini di effettiva incidenza sulle posizioni giuridiche dei destinatari e di rinnovata configurazione del globale assetto degli interessi, può, infatti, illuminare l'operatore nell'individuazione del pregiudizio indennizzabile.

Nelle ipotesi da ultimo considerate, a ben vedere, il potere modificativo non risponde più alla logica (positiva) della conformazione, ma a quella (negativa) del limite, rappresentando l'esercizio di un potere idoneo a sottrarre utilità "consolidate", in quanto costituite da un provvedimento (pur, in ipotesi, conformativo in primo grado) dotato di tendenziale stabilità, originando, per tale attitudine, una fattispecie che si definisce «cripto-revocatoria» (e, pertanto, eventualmente indennizzabile), in senso analogo a quanto sancito dalla Corte costituzionale con riguardo alle fattispecie «cripto-espropriative» della proprietà privata.

A differenza di quest'ultima ipotesi, tuttavia, l'obbligo indennitario nei casi di "revoca sostanziale" non discende da una garanzia di carattere costituzionale (la quale, peraltro, opera esclusivamente a tutela dell'istituto dominicale *ex* art. 42 Cost., ma non con riguardo ad altre situazioni di rilievo costituzionale, quali, ad esempio, le attività economiche), bensì da una scelta del legislatore, il quale ha ritenuto di considerare il legittimo affidamento del privato, pur recessivo di fronte all'esigenza del miglior perseguimento dell'interesse pubblico, alla stregua di una situazione soggettiva meritevole di una tutela indennitaria.

Se, dunque, la conformazione è considerata, generalmente, un limite all'indennizzabilità, l'indennizzo diviene, a sua volta, un limite alla conformazione, laddove

terzo comma garantisce il proprietario dal c.d. potere espropriativo, da intendersi non solamente in senso "formale", ossia nell'accezione di trasferimento coattivo di un bene, ma anche in senso "sostanziale" come ablazione non traslativa (cioè meramente "diminutiva") di singoli diritti (o facoltà) che comprima la proprietà oltre il suo contenuto essenziale, anche in esito all'esercizio di un potere di conformazione.

quest'ultima, nei rapporti amministrativi di durata, possa essere realizzata esclusivamente attraverso l'esercizio di un potere ad effetto revocatorio, ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990.

3. *Spunti dalla teoria dell'analisi economica del diritto in ordine all'allocazione efficiente del rischio da sopravvenienza e di quantum indennitario.*

Come è stato efficacemente affermato l'«insegnamento che viene dagli studi non giuridici del diritto è quello di concentrarsi (anche) sull'esame della funzionalità delle norme, alla luce di criteri economici e sociali. Non bisogna solo chiedersi se le norme rispondono a certi requisiti formali (ad esempio, al metro costituzionale), ma anche se riescano ad adempiere le funzioni che si è voluto e si vuole assegnare ad esse»³⁵⁹.

In conclusione del presente lavoro, dunque, l'applicazione del metodo dell'analisi economica all'oggetto della nostra indagine permetterà di comprendere se il regime della modifica degli atti amministrativi, così come configurata dal diritto positivo con riferimento alla garanzia indennitaria, al di là dei profili di compatibilità costituzionale e di validità formale (che si sono visti pacificamente integrati), risponda anche a un canone generale di funzionalità³⁶⁰. In termini economici, la questione che ora si affronta mira a verificare se il legislatore abbia assicurato una efficiente allocazione del

³⁵⁹ S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi di studio del diritto pubblico*, in A.A.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo (Atti del convegno annuale AIPDA)*, Milano, 2007, 99.

³⁶⁰ L'analisi economica del diritto «può dirsi che si tratti di un metodo interdisciplinare applicato per studiare i fondamenti logico-economici delle regole giuridiche e per valutare, anche su basi quantitative, i loro effetti. L'analisi economica può così aiutare a comprendere come le norme debbano essere redatte e interpretate per conseguire determinati obiettivi e come i comportamenti umani reagiscano agli incentivi e ai disincentivi introdotti da quelle norme». Così G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 15.

rischio da sopravvenienza nell'esercizio del potere amministrativo di conformazione dei rapporti di durata³⁶¹.

Ed infatti, nel contesto dell'esercizio delle potestà conformative dell'amministrazione, l'istituto indennitario, dal punto di vista economico, rappresenta uno strumento di riparto del "costo" della sopravvenienza, o, in altri termini, dell'esternalità negativa derivante dallo stato di inopportunità dell'atto e dalla conseguente necessità di riconfigurazione del sotteso assetto di interessi. La previsione di un indennizzo, in tal senso, equivale alla "socializzazione" (o "collettivizzazione") di tale costo³⁶², mentre la sua

³⁶¹ La riflessione è debitrice delle teorie dell'analisi economica sull'efficienza dell'indennizzo nei c.d. *takings* (espropriazioni), in particolare: B.E. HERMALIN, *An economic Analysis of takings*, in *Journal of Law, Economics, Org.*, 1995, 11, 64 ss.; J.J. CORDES, B.A. WEISBROD, *Government Behavior in Response to Compensation Requirements*, in *Journal of Public Economics*, 1979, 11, 47 ss.; T.J. MICELI, K. SEGERSON, *Takings, General*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, Gand-Utrecht, 1996-2000, VI, 6200 ss. Il primo tentativo di applicare la riflessione sui c.d. *takings* (espropriazioni) in materia di *police power* (conformazione), ravvisando la configurabilità di situazioni di *regulatory taking* (espropriazione sostanziale o "regolatoria") si deve a J.L. SAX, *Takings and the Police Power*, in *Yale Law Journal*, 1964, 36 ss., il quale avvia la propria riflessione a partire dalla seguente constatazione: «*if the government wants to convert a private house into a post office, or run a new highway through a farm, or build a dam which will flood nearby land, it is going to have to compensate the losses sustained as a result of these activities. In such cases courts uniformly hold that property has been taken by the government, thus bringing into operation the constitutional mandate that private property may not be taken for public use without just compensation. But if government prohibits the continuance of a business which has been established for a long time, or outlaws certain businesses altogether, or prohibits the use of land for any of the purposes which give it substantial economic value, it may not have to pay a penny. In cases of this type, where the government is engaged in zoning, nuisance abatement, conservation, business regulation, or a host of other functions, courts will usually decide that the economic loss suffered by the private citizen was a mere incident of the lawful exercise of the "police power", and thus not compensable.*».

³⁶² G. MANFREDI, *ult. op. cit.*, 193, per il quale «va evidenziato che l'internalizzazione delle esternalità provocate dalla revoca viene a costituire un preciso onere per le finanze pubbliche, sicché dette esternalità vengono – per usare il lessico dell'analisi economica del diritto – frammentate sui

assenza rappresenta una “internalizzazione” dell’esternalità negativa in capo al soggetto privato che subisce la conformazione amministrativa.

Costituendo l’oggetto dell’analisi economica la scelta del sistema di allocazione maggiormente efficiente (in termini, ovviamente, di ricaduta “positiva” sull’interesse generale), è necessario preliminarmente chiarire quale effetto consegua dalla previsione o meno di un indennizzo (cioè dalla socializzazione o dall’internalizzazione del costo da sopravvenienza). Quest’ultimo, a ben vedere, è idoneo a rappresentare ora uno strumento di incentivo, ora di disincentivo, all’adozione di determinati comportamenti da parte degli attori istituzionali (l’amministrazione) e privati (gli operatori economici)³⁶³.

In particolare, più elevato è l’indennizzo da corrispondere, meno propensa sarà l’amministrazione ad intervenire in via autoritativa³⁶⁴, come, al contrario, in assenza

cittadini contribuenti. In altri termini, al bilanciamento tra l’interesse pubblico specifico che suggerisce la rimozione degli effetti di un atto, e l’interesse del privato che eventualmente verrebbe pregiudicato da questa iniziativa, si sostituirebbe una ponderazione fra due diversi interessi pubblici, ossia l’interesse alla rimozione dell’atto, e quello a evitare dispendi eccessivi di risorse finanziarie.

³⁶³ Ciò corrisponde alla visione economica del diritto, il quale è considerato «come un insieme di incentivi rivolti ai consociati ad adottare un determinato comportamento positivo o negativo» (G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *op. loc. ult. cit.*). Secondo A. CRISMANI, *ult. op. cit.*, 135, «[l]a previsione dell’indennizzo ha depotenziato il problema della tutela dell’affidamento del privato interessato, dall’altro può costituire una remora all’esercizio del potere di revoca fondato su un ripensamento, dovendo l’Amministrazione compensare la revoca con l’esborso di denaro pubblico. Dunque, in una prospettiva di analisi economica del diritto, l’obbligo di corrispondere un indennizzo rappresenta un disincentivo alla revoca».

³⁶⁴ Cfr. A. TRAVI, *La revoca dopo la legge n. 15/2005 e l’analisi economica del diritto*, in A.A.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo (Atti del convegno annuale AIPDA)*, Milano, 2007, 184, «[l]’Amministrazione eserciterà più raramente il suo potere [...] rispetto a rapporti di durata e quando lo eserciterà dovrà dar conto anche del costo sociale rappresentato dall’indennizzo».

di indennizzo essa sarà facilitata nell'adeguamento dei rapporti di durata alle sopravvenienze. Così come la previsione di elevati indennizzi nei confronti del privato incentiverà comportamenti opportunistici da parte di quest'ultimo³⁶⁵, laddove, invece, l'assenza di indennizzo e la conseguente allocazione del rischio da sopravvenienza in capo a lui ne favorirà l'autoadeguamento alle possibili sopravvenienze, ma, nel contempo, ne disincentiverà gli investimenti³⁶⁶.

Alla luce di quanto premesso, può, dunque, affermarsi la seguente regola generale: la misura efficiente dell'indennizzo (fino a un minimo rappresentato dalla sua mancata previsione) è inversamente proporzionale alla meritevolezza dell'intervento dell'amministrazione.

Cosicché, è possibile delineare la seguente "scala" da un minimo ad un massimo di meritevolezza dell'intervento autoritativo, rispetto alla quale il diritto positivo dovrebbe prevedere, in un'ottica di maggiore efficienza, disincentivi gradualmente discendenti: (i) riesame per *jus poenitendi*; (ii) riesame per mutamento della situazione di fatto prevedibile; (iii) riesame per sopravvenienza o mutamento della situazione di fatto non prevedibile; (iv) riedizione del potere per sopravvenienze nei settori sensibili.

Nel primo caso, relativo alla riforma-riesame per *jus poenitendi*, il riesame «determinat[o] da una diversa valutazione dell'interesse pubblico rispecchia un'inefficienza dell'amministrazione "che cambia idea"» e, pertanto «va disincentivat[o], anche nell'interesse generale, se si vuole un'amministrazione più responsabile delle proprie scelte»³⁶⁷. Anche la seconda ipotesi (riesame per mutamento della situazione di fatto

³⁶⁵ Cfr. *ivi*, 191: «il criterio [...] rappresentato dall'indennizzo dell'intero "danno emergente", da identificare innanzi tutto con gli investimenti non ancora ammortizzati, richiede una correzione sostanziale. Tale criterio [...] finisce col privilegiare comportamenti opportunistici».

³⁶⁶ Cfr. *ivi*, 190.

³⁶⁷ *Ivi*, 188.

prevedibile) rivela un'inefficienza dell'amministrazione, la quale, a ben vedere, ha condotto superficialmente l'istruttoria sul fatto, ponendo in vita un atto la cui inopportunità sopravvenuta era prevedibile fin dall'inizio.

Ebbene, in entrambi i casi il legislatore ha previsto il "massimo disincentivo", escludendo a priori, ai sensi del co. 1 dell'art. 21-*quinquies*, la possibilità di intervenire in riesame per rivalutazione dell'interesse pubblico originario con riguardo a «provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici», nonché, in generale, per mutamento della situazione di fatto prevedibile. Ciò, sembra, negare a priori la possibilità stessa di operare in senso modificativo su rapporti di durata (tipicamente autorizzatori o attributivi di vantaggi) per i suindicati motivi, originando in tal modo situazioni di stabilità amministrativa particolarmente efficienti, anche nell'ottica dei mercati³⁶⁸.

Nel terzo caso, relativo al riesame per sopravvenienza o mutamento della situazione di fatto non prevedibile, il riesame, invece, «va incentivat[o], perché in mancanza di ess[o] si potrebbe perpetuare una situazione di inefficienza, determinata dalla permanenza di un provvedimento inopportuno rispetto ad un contesto non più coerente»³⁶⁹. In tale ipotesi, la commisurazione dell'indennizzo dovrebbe essere tale da non ostacolare il perseguimento dell'interesse pubblico, nel contempo garantendo la convenienza per gli operatori economici a realizzare investimenti non sottodimensionati.

In quest'ottica, la previsione di un obbligo indennitario a fronte dell'esercizio di un potere di revoca per sopravvenienza, peraltro privo di criteri espressi di commisurazione, appare coerente con tale esigenza, laddove consente all'amministrazione di

³⁶⁸ In argomento, cfr. M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 321 ss.

³⁶⁹ *Ibidem*.

perseguire l'interesse pubblico, in ponderato equilibrio con la garanzia delle aspettative degli investitori. Specularmente, appare particolarmente appropriata, nella medesima direzione, la possibilità per l'amministrazione di ridurre la misura dell'indennizzo, laddove la revoca di atti incidenti su rapporti negoziali sia dettata da ragioni di inopportunità conosciute (o conoscibili) dai contraenti, in modo da disincentivare la condotta opportunistica o, comunque, negligente di questi ultimi.

La terza ipotesi attiene, infine, alla conformazione delle attività economiche nei settori sensibili, nelle quali la previsione o meno dell'indennizzo equivale a stabilire come devono essere ripartiti i costi del rischio e dell'imprevisto ambientale e tecnologico³⁷⁰.

In questi casi, l'allocatione più efficiente è quella che agevoli nella misura maggiore l'amministrazione nella propria funzione di adeguamento dei rapporti amministrativi al perseguimento di interessi altamente sensibili (legati alla tutela dell'ambiente, della salute e della sicurezza) e nel contempo "internalizzi" in capo al privato i costi

³⁷⁰ In senso analogo, cfr. M. CAFAGNO, *op. cit.*, 258-259, secondo il quale «[l]e disposizioni contenute nella legge sul procedimento addebitano alla parte pubblica perlomeno la quota di costo commisurata all'indennizzo. Intravedere nelle norme settoriali cui si è fatto cenno, a titolo esemplificativo, indici dimostrativi di un potere di revoca straordinario, affrancato da implicazioni indennitarie ed incombente sulla generalità dei permessi ambientali, significherebbe viceversa addossare il costo del rischio agli operatori economici. Se l'interrogativo di fondo, riguardo alla suddivisione più opportuna dell'alea connessa ai mutamenti ambientali e tecnologici, con i relativi oneri, impegnasse uno sforzo di politica legislativa, occorrerebbe tener conto degli effetti associabili alle varie opzioni, tanto in termini di redistributivi (si tratterebbe di capire quale parte abbia modo di amministrare l'impatto della sorpresa con minor costo per la società), quanto nel premere per l'abbattimento dell'incertezza (servirebbe in questa diversa luce stabilire quale categoria di operatori, tra le due a confronto, sia di principio più adatta a mobilitarsi ad investire per accrescere l'informazione e per contenere l'impatto destabilizzante degli imprevisti)».

dell'esternalità negativa prodotta dalla sua attività, al fine di incentivarne comportamenti virtuosi dal punto di vista dell'autoadeguamento al perseguimento degli interessi sensibili³⁷¹.

Cosicché, in tali situazioni, la configurazione più efficiente consisterebbe nell'esclusione di qualsiasi obbligo indennitario in capo alla pubblica amministrazione. Questa, invero, è esattamente la scelta operata dal legislatore, il quale non ha previsto alcun indennizzo nella disciplina delle ipotesi modificative nei settori sensibili.

In conclusione, dalla riflessione effettuata secondo il metodo dell'analisi economica del diritto risulta come l'assetto emergente dal diritto positivo con riguardo all'allocatione del rischio da sopravvenienza, nella disciplina dei poteri conformativi dei rapporti di durata, risponda pienamente a logiche di efficienza.

³⁷¹ Si vedano sul punto le Conclusioni dell'Avvocato generale davanti alla Corte di giustizia UE, in C-378/08: «85. Il termine «*Verursacherprinzip*» [letteralmente: «principio del soggetto causatore» - NdT], con cui viene designato in tedesco il principio «chi inquina paga», mira a stabilire che colui che ha provocato un inquinamento è responsabile per la sua eliminazione. Altre versioni linguistiche, nelle quali si afferma espressamente che «l'inquinatore è pagatore» («*polluter-pays*» *principle*, *principe du «pollueur-payeur»*), evidenziano come il principio «chi inquina paga» sia un principio disciplinante la ripartizione dei costi (27). Non la società, e neppure i terzi, bensì l'inquinatore è il soggetto tenuto a sopportare le spese per eliminare un inquinamento. La conseguenza è che si verifica una internalizzazione dei costi ambientali, vale a dire questi ultimi vengono inglobati nei costi di produzione dell'impresa inquinatrice (28). 86. Ciò costituisce un incitamento per potenziali autori di danni all'ambiente a prevenire gli inquinamenti ambientali (29). Oltre alla funzione intesa all'equa ripartizione dei costi, il principio «chi inquina paga» svolge dunque anche una funzione di stimolo e contribuisce al principio dell'azione preventiva (30)». Spunti in tal senso si rinvencono, diffusamente, anche in A. HEYES (a cura di), *The law and Economics of the Environment*, Northampton, 2001.

Terze conclusioni parziali – *Occorre prendere atto della centralità del rapporto giuridico amministrativo nella ricostruzione unitaria del fenomeno modificativo.*

La riflessione svolta nel terzo, e ultimo, capitolo dell’elaborato ha messo in luce la centralità del rapporto amministrativo nella ricostruzione in termini unitari del fenomeno modificativo.

Tutte le espressioni del potere di modifica, infatti, siano esse ricollegabili alla riedizione del potere di primo grado (riforme-riesercizio), ovvero all’esplicazione di autonomi poteri di secondo grado (riforme-riesame), si connotano per l’attitudine conformativa delle relazioni giuridiche amministrative di durata.

La permanenza del rapporto costituisce, dunque, l’elemento costitutivo e differenziale della vicenda modificativa.

Ciò ha permesso di affrontare unitariamente la questione relativa all’atteggiarsi del potere in discorso nei confronti dei principi che connotano l’attività amministrativa inserita in un contesto relazionale.

Tale operazione ha condotto, tuttavia, a ravvisare, pur nell’unitarietà del fenomeno complessivamente considerato, una eterogeneità di regimi giuridici, dipendenti tanto alle situazioni giuridiche soggettive oggetto di conformazione, quanto dalla configurazione legislativa del potere concretamente esercitato.

Cosicché, risulta evidente il valore complementare della logica del rapporto nella definizione dello statuto giuridico della modifica, in uno con la necessaria considerazione del momento autoritativo unilaterale, tanto nella sua fondazione statica (struttura), quanto nel suo esercizio dinamico (funzione).

In tal senso, la riflessione svolta nel presente elaborato, condotta in tre differenti prospettive, rivela il suo carattere “prismatico”, meritevole di essere ora percorso trasversalmente in sede di conclusioni generali.

CONCLUSIONI GENERALI

Giunti al termine di questo lavoro, è opportuno ripercorre sinteticamente i temi trattati, al fine di offrire un quadro sinottico del percorso argomentativo svolto e trarre alcune osservazioni di carattere conclusivo.

La ricerca ha costituito un tentativo di studiare da plurime angolazioni di visuale il regime di un medesimo fenomeno giuridico, costituito dal potere della pubblica amministrazione di modificare i propri atti per ragioni di opportunità (c.d. *jus variandi*). Quest'ultimo è stato, infatti, indagato tanto nei suoi profili strutturali (nella "logica dell'atto"), quanto funzionali (nella "logica dell'attività") e relazionali (nella "logica del rapporto").

I. Il primo capitolo ha inteso mettere in luce le strutture giuridiche che consentono la modificazione di un atto amministrativo.

Preliminarmente, è risultato necessario isolare, all'interno del più vasto fenomeno di modificazione degli atti amministrativi, una nozione autonoma di "modifica" dal punto di vista descrittivo, al fine di circoscrivere l'oggetto della successiva indagine strutturale.

Questa si è vista corrispondere alla figura dogmatica della "riforma", la quale rappresenta un fenomeno di rinnovazione innovativa di un atto, consistente, cioè, nell'introduzione in esso di uno o più elementi diversi da quelli originari.

Tale rilievo ha permesso di mantenere distinta la figura in discorso dalla rimozione parziale di un atto, la quale, pur rappresentando una fattispecie "modificativa" in senso lato, è stata inquadrata nello stesso schema giuridico della corrispondente figura estintiva pura (la revoca).

Dal punto di vista giuridico, la richiamata caratterizzazione descrittiva ha condotto a riconoscere il tratto differenziale della “riforma” in un fenomeno di riedizione del potere di primo grado, accompagnato dalla cessazione di taluni effetti dell’atto oggetto di modificazione.

Si è rilevato, pertanto, come le condizioni strutturali della modificazione di un atto giuridico ineriscano al più ampio tema del rapporto di successione cronologica fra atti espressione della medesima funzione (e cioè, al profilo della loro c.d. efficacia formale) e, in ispecie, alle modalità attraverso le quali il diritto positivo consente la cessazione degli effetti di un atto a seguito al rinnovato esercizio del potere originario.

È risultato, in quest’ottica, necessario verificare quando, ed eventualmente a quali condizioni, la legge ammetta la realizzazione di un fenomeno di sostituzione modificativa fra atti cronologicamente successivi che sono espressione di un medesimo potere: in altri termini, se tale effetto si realizzi automaticamente per mezzo della mera riedizione del potere iniziale, ovvero esso possa essere ottenuto esclusivamente attraverso il ricorso ad autonomi poteri.

A tal fine, si è ritenuto opportuno sgomberare preliminarmente il campo da preconcetti di ordine dogmatico, in particolare sottoponendo a critica l’opinione comune che riconosce nella cessazione degli effetti degli atti amministrativi a seguito di riesame un fenomeno di riesercizio del potere originario, in virtù della ontologica “inesauribilità” di quest’ultimo.

A questo riguardo, aderendo ai più aggiornati contributi sul tema, si è ritenuto metodologicamente più corretto affrontare la questione del regime di modificabilità di un atto amministrativo sul piano dello stretto diritto positivo.

In quest’ottica, si è ravvisato come il fenomeno di cessazione non retroattiva degli atti amministrativi sia disciplinato in maniera diversificata dalla legge, la quale contempla due possibili modalità estintive.

La prima è costituita dalla c.d. abrogazione, consistente nella cessazione non retroattiva degli effetti di un atto, conseguente al mero rinnovato esercizio dello stesso potere alla base dell'atto abrogato. Si tratta, in altri termini, di una modalità di risoluzione delle antinomie fra atti cronologicamente successivi, la quale è risolta dal diritto positivo a mezzo della prevalenza dell'atto successivo su quello precedente.

Essa trova il proprio fondamento di diritto positivo nell'art. 15 delle c.d. preleggi, il quale dispone la cessazione non retroattiva degli effetti di un atto a seguito del successivo riesercizio del potere in senso difforme (per statuizione espressa o in via implicita per incompatibilità oggettiva). Tale norma, pur avendo ad oggetto l'esercizio della funzione legislativa formale, si è ritenuta senz'altro applicabile agli atti amministrativi che di quest'ultima condividono la materia normativa (atti amministrativi normativi e generali).

Una seconda fattispecie estintiva contemplata dal diritto positivo è costituita dalla revoca, disciplinata dall'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990, la quale rappresenta la modalità generale di cessazione degli effetti dei provvedimenti amministrativi. Essa si è dimostrata costituire l'effetto di un autonomo potere rispetto a quello di primo grado, rispondente ad una funzione "generale" di amministrazione attiva, consistente nella potestà di superare la vincolatività del rapporto amministrativo provvedimentoale al fine di ripristinare l'assetto degli interessi pregresso (in questo senso essa rivela la sua attitudine "positiva"), attraverso l'eliminazione degli effetti dell'atto da cui esso discende.

Detto potere è, infatti, soggetto ad una disciplina legislativa peculiare, la quale ne condiziona la validità di esercizio ad una serie di presupposti, limiti e obblighi tipici, e ne prefigura un effetto non riconducibile a quello del potere primario, sia sul piano formale (eliminazione degli effetti di un atto), sia, e soprattutto, sul piano sostanziale (dal punto di vista, cioè, dell'incidenza sulle posizioni soggettive dei destinatari). Tale

caratterizzazione, si è sostenuto, rende, pur in una apparente identità “fenomenologica” del risultato, del tutto differente, dal punto di vista giuridico, la revoca di un provvedimento amministrativo, rispetto alla sua mancata emanazione in primo grado.

Cosicché, alla luce di quanto emerso, si è dedotto che, con riguardo ai provvedimenti amministrativi, il fenomeno di cessazione degli effetti dell’atto è soggetto ad un regime di stretta “tipicità”, in quanto, come regola generale, il diritto positivo non ne consente il verificarsi a seguito del mero rinnovato esercizio del potere primario, bensì esclusivamente per mezzo del ricorso ad un potere autonomo di revoca ai sensi dell’art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990.

La presa d’atto di tale configurazione normativa ha reso perciò problematica, perlomeno da un punto di vista generale, l’ammissibilità del fenomeno della modificazione dei provvedimenti amministrativi, con particolare riferimento al rispetto del fondamentale canone di legalità.

Pertanto, una volta esclusa la possibilità di fondare il potere di riforma degli atti amministrativi sulla norma attributiva della potestà primaria, si è reso necessario verificare se esso possa essere altrimenti giustificato alla luce del diritto positivo.

L’indagine si è, a questo punto, mossa in due differenti direzioni: la prima, tesa all’individuazione di ipotesi speciali di modifica degli atti amministrativi all’interno dei plessi normativi di settore; la seconda, invece, orientata a vagliare la possibilità giuridica di un potere generale di riforma degli atti “in autotutela”.

Con riferimento alla prima operazione, si sono riscontrati, all’interno di alcune leggi settoriali (afferenti, in particolare, alla tutela dell’ambiente, della salute e della sicurezza), numerosi poteri speciali di “modifica” di provvedimenti amministrativi già emanati (in particolare, di natura autorizzatorio-abilitativa), funzionali a garantire il costante adeguamento degli stessi al mutamento dell’interesse pubblico primario.

In tali ipotesi, di cui si è offerta una completa tassonomia, si è riconosciuto un

fenomeno di natura “abrogativa”, in quanto la possibilità di intervenire in senso modificativo sull’assetto di interessi (il quale si caratterizza, per ciò, come strutturalmente instabile) è configurata dal diritto positivo alla stregua di una mera riedizione del potere originario. A tali fattispecie si è, conseguentemente, attribuita la denominazione di “riforme-riesercizio”, in quanto esse si sostanziano in un rinnovato esercizio del potere di primo grado.

Con riguardo, invece, alla seconda direzione di indagine, relativa alla configurabilità di un potere generale di riforma dei provvedimenti amministrativi in autotutela (la quale si è, per ciò, definita “riforma-riesame”), essa si è, fin da subito, scontrata con il dato innegabile dell’assenza di una disciplina positiva espressa che abiliti l’amministrazione, in via generale, a modificare le proprie precedenti determinazioni provvedimentali.

Di talché, prima di concludere per l’inesistenza del potere in discorso, è parso opportuno vagliare la possibilità, emersa più volte in dottrina e giurisprudenza, di rinvenire proprio nell’art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990 la norma attributiva del potere di riforma. In altri termini, si è trattato di verificare se quest’ultimo possa predicarsi come ricompreso nell’ambito ordinamentale di legittimazione tipizzato dalla norma di conferimento del potere di revoca.

A tale questione si è, tuttavia, ritenuto di dare una risposta recisamente negativa, in virtù della semplice constatazione per cui la riforma, contemplando l’introduzione di nuovi elementi all’interno del provvedimento (efficacia innovativa), non può in alcun modo rappresentare uno sfruttamento parziale dello spettro autoritativo legittimato dalla norma attributiva del potere di revoca, la quale, diversamente, condiziona la modificazione dell’assetto degli interessi al dispiegamento di un effetto meramente ablatorio (efficacia ripristinatoria).

L’argomentazione così condotta ha portato linearmente alla conclusione se-

condo la quale non può ritenersi sussistente nel nostro ordinamento un potere generale di riforma dei provvedimenti amministrativi, ostandovi il principio di legalità e tipicità delle posizioni di supremazia dell'amministrazione.

Si è sostenuto, tuttavia, che da tale approdo non discenda necessariamente l'ulteriore conseguenza per la quale l'amministrazione sarebbe per ciò impossibilitata a modificare le proprie precedenti determinazioni, ma che lo potrà fare esclusivamente attraverso moduli procedimentali differenti rispetto all'esercizio di un potere generale di riforma.

In particolare, si è detto, la modifica può rappresentare il risultato di un'operazione amministrativa, consistente nella revoca parziale (e conseguente parziale conferma) del precedente provvedimento e nella successiva sostituzione o integrazione di quest'ultimo attraverso il rinnovato esercizio della potestà primaria.

Cosicché, si è ritenuto che le incertezze emerse in ordine al rispetto del principio di legalità possano essere agevolmente superate, ricostruendo il potere di riforma in termini operazionali, quale combinazione coordinata di potestà tipiche nella forma della "revoca parziale-riesercizio". L'atto di riforma risulta, perciò, sottoposto alla disciplina prevista per i diversi provvedimenti dei quali dispone di volta in volta il contenuto e gli effetti.

Ciò si verifica nella riforma c.d. sostitutiva, nella quale un provvedimento di revoca parziale dell'atto riformato si accompagna una nuova determinazione volitiva di carattere sostitutivo; e, analogamente, nella riforma c.d. aggiuntiva, in cui il riesercizio del potere, pur di carattere meramente additivo, comporta sempre la cessazione di taluni effetti (ampliativi o ablatori) dell'atto riformato. Pertanto, l'"effetto revocatorio" è idoneo a realizzarsi anche in assenza dell'esercizio di un potere di revoca in senso formale, ma quale conseguenza della mera riedizione del potere originario (del resto, l'art. 21-*quinquies* parla di "cessazione degli effetti dell'atto" quale effetto tipico della revoca).

La ricostruzione in termini “polimorfici” della modifica dell’atto amministrativo, tuttavia, pur necessaria nell’ottica della fondazione e della garanzia legale del potere, ha condotto ad evidenziare una serie di aporie, discendenti dalla considerazione atomistica delle sue singole componenti strutturali, che si è rivelata connaturata ad una prospettiva di indagine di tipo “statico”.

Tali difficoltà, perciò, si sono ritenute superabili solamente attribuendo al fenomeno considerato un’autonoma e unitaria considerazione giuridica, la quale si è ipotizzata potersi individuare sul piano dinamico e funzionale. Tale operazione ha costituito l’oggetto del secondo capitolo.

II. Il secondo capitolo dell’elaborato ha inteso indagare la peculiare declinazione procedimentale del potere di modifica dei provvedimenti amministrativi, e ciò con riguardo ad entrambe le fattispecie già distinte in sede di analisi strutturale (la “riforma-riesercizio” e la “riforma-riesame”).

In premessa a tale riflessione, si è concentrata l’attenzione sul momento decisivo, al fine di comprendere quale canone di azione debba guidare l’amministrazione nella scelta del rimedio parzialmente conservativo, in luogo di quello eliminatorio. Esso si è ritenuto consistere nel principio (già ermeneutico) di conservazione dei valori giuridici il quale esige che, laddove possibile, il rimedio conservativo debba essere sempre preferito a quello eliminatorio.

Quanto alla declinazione procedurale della “riforma-riesercizio” questa si è ricondotta alla categoria dottrinale del «procedimento aperto», quale “forma di una funzione” caratterizzata come “inesauribile” da parte del diritto positivo. In esso si è evidenziata, infatti, una stretta integrazione e contiguità fra il momento di edizione e quello di riedizione, al punto da configurare un vero e proprio *continuum* procedimentale, insuscettibile di cristallizzarsi nel rilascio del singolo provvedimento, bensì esplicantesi in un “farsi” continuativo del potere in una serie di provvedimenti che hanno

la peculiarità di essere strutturalmente instabili, in ragione della necessità dell'adeguamento delle attività autorizzate alle sopravvenienze nei settori sensibili.

Da tale qualificazione si sono tratte tutte le relative implicazioni, connesse, in particolare, alla sopravvivenza del rapporto procedimentale anche nella fase post-provvedimentale, con particolare riguardo alla permanente sussistenza di rapporti qualificati fra amministrazione e privati e delle conseguenti regole di relazione, siccome implementate dall'applicazione dei principi di settore.

Si è, peraltro, evidenziato come i descritti moduli procedimentali (di derivazione prevalentemente europea) rappresentino una forma di gestione innovativa dell'interesse pubblico, basata sul superamento della classica bipartizione fra procedure di primo e di secondo grado, in uno con la constatazione dell'inadeguatezza della disciplina tradizionale dell'autotutela amministrativa quale strumento di adattamento delle statuizioni provvedimentali alle sopravvenienze, in un contesto, quale quello contemporaneo, caratterizzato da una fisiologica accelerazione dei fenomeni sociali economici e tecnologici, soprattutto nei settori sensibili. Essi rappresentano, pertanto, non già l'evoluzione dell'autotutela amministrativa, ma una diversa modalità di esercitare l'autarchia.

Quanto, invece, alla declinazione funzionale della "riforma-riesame", essa è stata ricondotta alla figura dottrinale dell'«operazione amministrativa», quale riflesso procedurale del polimorfismo che si è predicato essere proprio della fattispecie in esame sul piano strutturale. Essa, infatti, rappresenta un modulo procedimentale atto non solo a rappresentare descrittivamente, ma anche a qualificare e unificare giuridicamente i fenomeni di esercizio coordinato di una pluralità di poteri che, pur autonomi sul piano astratto, sono preordinati alla realizzazione di un risultato unitario dal punto di vista giuridico.

Il dovere di esercitare all'interno di un contesto procedimentale unitario i poteri

di revoca e di primo grado, per la realizzazione di un risultato modificativo, si è ritenuta, infatti, discendere non solo dai principi generali della materia (economia procedimentale, buon andamento, completezza istruttoria, contraddittorio, effettività della tutela giurisdizionale), ma anche da specifiche norme di diritto positivo che di tali principi assicurano la concreta attualizzazione.

In particolare, gli artt. 7 e 8 della l. n. 241/1990, nella parte in cui vincolano l'amministrazione all'indicazione dell'oggetto del procedimento e alla predeterminazione dei suoi (potenziali) effetti, in funzione comunicativa e di garanzia del contraddittorio, devono essere, infatti, interpretati nel senso della necessaria rappresentazione, in sede di iniziativa, dell'intero spettro dei poteri che l'amministrazione intende esperire per la realizzazione del risultato giuridico desiderato.

In tal senso, si è rilevato come l'istituto della comunicazione di avvio rappresenti esattamente il *trait d'union* fra il principio di legalità inteso in senso statico (fondazione e attribuzione dei poteri) e la sua declinazione dinamica (il "farsi" del potere in atto), nella misura in cui pone in capo all'amministrazione l'obbligo di predeterminare lo schema provvedimento astratto che potenzialmente essa può realizzare, secondo un ventaglio di scelte, da sottoporre a verifica nell'istruttoria, che procedono da un minimo ad un massimo sfruttamento (anche parziale) dello spettro autoritativo rappresentato.

Cosicché, per modificare un provvedimento, l'amministrazione dovrà indicare nella comunicazione di avvio, quale oggetto del procedimento, l'intenzione di esercitare congiuntamente il potere di revoca e il potere di primo grado, predeterminando in tal modo, attraverso il richiamo alle rispettive norme attributive, uno schema provvedimento astratto (potenziale) comprendente un ventaglio di effetti che del relativo spettro autoritativo rappresentano ora il minimo sfruttamento (conferma integrale), ora il massimo sfruttamento (revoca o rinnovazione integrale), ora il parziale sfruttamento (revoca parziale e riforma).

Come si è visto, il “progetto di decisione” così configurato è idoneo, in tal maniera, a costituire il punto di riferimento unitario per l’esercizio delle garanzie partecipative, nonché un parametro di corretto esercizio della funzione in sede di sindacato giurisdizionale.

Si è, a tal proposito, sostenuto come il ricorso ad un concetto di potere “combinato”, e quindi in un certo senso atipico, non rappresenta una violazione del principio di legalità, dovendosi guardare, ai fini della valutazione in ordine al rispetto di tale canone, non già all’autonomo fondamento legale dei singoli poteri astratti atomisticamente considerati, quasi che a detto principio debba attribuirsi un valore meramente formale appiattito sulla “nominatività”, bensì ad un concetto di legalità inteso, in senso più sostanzialistico, quale posizione complessiva di supremazia legittimata dalla legge. Il che appalesa che se all’amministrazione è concesso il potere di emanare un atto, come quello di rimuoverlo, allora alla stessa è senz’altro consentito di modificarlo.

Infine, si è argomentato come il legame di interdipendenza funzionale che avvince l’esercizio combinato dei due poteri, pur autonomi sul piano astratto, nell’ambito di un’unitaria operazione amministrativa orientata al conseguimento di un effetto costitutivo unitario (modificativo), consente senz’altro di predicare la loro fusione in un provvedimento finale unitario, nella forma del c.d. atto composto.

Le singole espressioni autoritative, infatti, in virtù dell’unità del fine immediato che tendono a realizzare, possono configurarsi quali unità elementari costitutive di un’unica entità organica. Tale qualificazione ha conseguenze di rilievo anche sul piano processuale, in quanto, essendo esclusa la frazionabilità dell’atto per frammenti tipici, esso risulta inscindibile in sede di impugnazione, cosicché l’invalidità anche di uno solo dei suoi elementi costitutivi comporta la caducazione dell’intero atto.

Alla luce di quanto esposto, si è conclusivamente affermato che la frammentazione dell’istituto della “riforma-riesame” che si era ravvisata sul piano statico e strutturale, trova, in una prospettiva dinamico-funzionale, una propria superiore unità,

tanto sul piano astratto, laddove il potere di modifica si configura come posizione di supremazia di carattere composito quale sintesi dei poteri di revoca e di esercizio primo, quanto procedurale, nella forma dell'“operazione amministrativa modificativa”, nonché, infine, nel suo concreto esercizio, ove l'atto finale di modifica risponde al regime “unificante” dell'atto composto.

Ne è conseguita l'opportunità di indagare l'atteggiarsi del descritto potere, così unitariamente ricostruito, nella logica del rapporto giuridico amministrativo, della sua funzione “complementare”. La riflessione ha rappresentato l'oggetto del terzo e ultimo capitolo.

III. Il terzo capitolo dell'elaborato ha inteso studiare il fenomeno modificativo nella prospettiva del “rapporto amministrativo”.

In quest'ottica, si è visto che il potere di modifica manifesta un'attitudine “conformativa” del rapporto giuridico di durata discendente dall'atto oggetto di riforma, in quanto è funzionale a riconfigurare l'assetto degli interessi stabilito da quest'ultimo, per ragioni di miglior perseguimento dell'interesse pubblico e con riguardo ad una pluralità di possibili situazioni giuridiche.

Cosicché il potere di modifica, in quanto si situa in un sistema di relazioni giuridiche originate dall'atto che pone a proprio oggetto, si confronta necessariamente con le posizioni soggettive favorevoli delle altre parti del rapporto consolidate dal precedente atto amministrativo e, in particolare, con il legittimo affidamento dei soggetti direttamente interessati dall'esercizio del potere.

Si è visto come tale rilievo si traduca in uno specifico obbligo per l'amministrazione di attenersi, nell'esplicazione del potere in discorso, ad un preciso canone di azione, costituito dall'operazione di c.d. bilanciamento e dalla necessaria presa in considerazione della posizione di affidamento del privato nei confronti della stabilità della situazione determinata dalla precedente attività amministrativa, attraverso un'adeguata

motivazione in ordine alle ragioni che ne giustificano il sacrificio.

La meritevolezza giuridica dell'affidamento del privato, peraltro, così come qualificata dalla giurisprudenza, dipende da una pluralità di elementi, ora di natura soggettiva o comunque contingente (quale la buona fede del destinatario, la prevedibilità del mutamento delle circostanze o degli interessi, il decorso del tempo), ora di carattere "oggettivo", come, in particolare, la tipologia di atto che attribuisce concretamente il vantaggio.

Cosicché si è ravvisato come l'affidamento del privato assuma diversa consistenza a seconda che il potere modificativo venga esercitato nei confronti di un atto amministrativo normativo, di un atto amministrativo generale, di un atto amministrativo generale oggetto di specifica attuazione, di un provvedimento amministrativo di natura "instabile" (abrogabile), ovvero di un provvedimento amministrativo di carattere "stabile" (revocabile).

Accanto al principio di tutela del legittimo affidamento, un altro canone di "relazione" che informa l'attività amministrativa nell'esercizio del potere modificativo, si è visto risiedere nel fondamentale principio di proporzionalità, nella sua struttura trifasica (idoneità, necessità e adeguatezza o proporzionalità in senso stretto). Esso impone, in particolare, che fra più scelte astrattamente idonee a perseguire l'interesse pubblico, l'amministrazione debba privilegiare quella che incida in misura minore e, in ogni caso, tollerabile sulle posizioni soggettive dei destinatari.

In tale contesto, si è argomentato come assuma un rilievo peculiare il rimedio indennitario, tanto come forma di tutela "patrimoniale" dell'affidamento, quanto come fattore di "riequilibrio" del rapporto amministrativo nell'ottica dell'affermazione del principio di proporzionalità in senso stretto. Esso, infatti, si è visto rappresentare uno strumento a disposizione del legislatore nell'operazione di selezione e bilanciamento degli interessi *ex ante*, nella misura in cui detto rimedio costituisce una forma di tutela di posizioni soggettive configurate come recessive dall'ordinamento

(come tipicamente l'affidamento), ma ritenute meritevoli di considerazione, attraverso un ristoro compensativo di natura economica.

Ed invero, un ambito nel quale l'affidamento del privato è oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore, attraverso la previsione della descritta forma integrativa di tutela, è proprio quello del riesame degli atti amministrativi. In particolare, l'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990 prevede che, a fronte dell'esercizio di un potere di revoca, se quest'ultima comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

A tal proposito, si è sostenuto che laddove la modifica rappresenti un fenomeno di riesercizio del potere ad effetto revocatorio di precedenti determinazioni (è il caso delle riforme-riesame) non vi sia ostacolo ad esigere che, qualora dal nuovo assetto degli interessi configurato dall'atto di modifica derivi un danno nei confronti degli interessati, esso debba essere indennizzato ai sensi del summenzionato art. 21-*quinquies*.

L'entità del danno indennizzabile, peraltro, può essere apprezzata, ancora una volta, esclusivamente nella logica complessiva del rapporto. Come si è evidenziato, infatti, dalla relativa commisurazione deve essere sottratto l'eventuale vantaggio ottenuto in conseguenza del riesercizio del potere; così come, specularmente, il calcolo deve considerare gli eventuali pregiudizi derivanti dal mero riesercizio additivo del potere, pure laddove difetti l'esercizio di un potere di revoca formale, quando da esso conseguano effetti ablatori, nei termini di effettiva incidenza sulle posizioni giuridiche degli interessati.

Si è evidenziato, peraltro, come nelle ipotesi da ultimo considerate il potere modificativo che sottragga utilità consolidate non risponda più alla logica (positiva) della conformazione – come nei casi in cui il diritto positivo attribuisca la potestà conformativa anche in una prospettiva intertemporale (ad esempio, nelle riforme-riesercizio) – ma a quella (negativa) del limite, originando, per tale attitudine, una fattispecie che

si è detta «cripto-revocatoria» (indennizzabile), in senso analogo a quanto sancito dalla Corte costituzionale con riguardo alle fattispecie «cripto-espropriative» della proprietà privata.

Così stando le cose sul piano del diritto positivo interno, un ulteriore fattore di tutela del legittimo affidamento si è visto consistere nella garanzia offerta dall'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, relativo alla protezione del diritto di proprietà privata. Tale diritto, infatti, nel contesto convenzionale, ha una portata autonoma rispetto alle qualificazioni formali ad esso attribuite dagli ordinamenti nazionali, rientrandovi ogni valore o utilità patrimoniale oggetto di una qualsiasi forma giuridicamente qualificata di appartenenza, comprese le c.d. legittime aspettative.

Cosicché, si è considerato come, attraverso il “filtro” dell'art. 117 Cost., possa dirsi vigente nel nostro ordinamento, perlomeno quale obbligo per il legislatore, un principio generale di tutela della legittima aspettativa alla stregua di un bene di proprietà privata. Tale constatazione ha reso necessario verificare la compatibilità convenzionale (e, di riflesso, costituzionale) del potere di modifica degli atti amministrativi, così come configurato dal diritto positivo, in ordine al rispetto delle garanzie assicurate dalla CEDU al diritto di proprietà privata.

Si è, a tal proposito, precisato che, ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU una legittima aspettativa può acquisire la consistenza di “bene” autonomamente protetto ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo solamente laddove essa possieda una «sufficiente base legale» all'interno dell'ordinamento. Ed invero, da un'analisi della giurisprudenza convenzionale, è emerso come, nel contesto degli atti amministrativi, quest'ultimo requisito sia ritenuto integrato con riguardo ad utilità derivanti da provvedimenti amministrativi caratterizzati da tendenziale stabilità, mentre sono generalmente ritenuti inidonei ad originare aspettative protette i piani urbanistici e i provvedimenti amministrativi “instabili”, quali le autorizzazioni condizionali.

Il vaglio di legittimità è stato, conseguentemente, circoscritto alle modifiche aventi ad oggetto provvedimenti amministrativi ritenuti capaci di consolidare posizioni di affidamento tutelate ai sensi della CEDU e, cioè, quelle riconducibili all'esercizio di un potere di autotutela decisoria, le quali, in quanto aventi l'effetto di conformare l'assetto delle utilità consolidate dal provvedimento e non di sottrarle, sono state ricondotte ad un fenomeno di «regolamentazione dell'uso dei beni», di cui al secondo paragrafo dell'art. 1 del Primo Protocollo.

Nei confronti di tale ingerenza, la giurisprudenza convenzionale assicura una serie di garanzie, consistenti nella legalità dell'esercizio del potere e nell'esigenza che esso persegua un interesse generale e, nel contempo, realizzi un equo temperamento fra quest'ultimo e i diritti fondamentali, se del caso (ma non necessariamente) attraverso la predisposizione di un indennizzo. Tali requisiti si sono visti rispecchiare esattamente le regole di validità a cui il diritto interno sottopone l'esercizio del potere di modifica in autotutela, cosicché non si è riconosciuta sussistere alcuna incompatibilità "astratta" fra il potere di cui si discorre e le garanzie proprie del testo convenzionale.

Nell'ultima parte del capitolo, una volta valutata la compatibilità costituzionale dei poteri in esame, si è voluto indagare se essi rispondano anche a canoni di efficienza. Per farlo ci si è avvalsi delle riflessioni proprie del metodo dell'analisi economica del diritto, nella quale l'istituto indennitario è considerato uno strumento di allocazione dei costi delle sopravvenienze e di incentivo (o disincentivo) comportamentale.

In quest'ottica, si è visto come l'esclusione a priori della possibilità di modificare provvedimenti favorevoli per mero pentimento o per mutamento di fatto prevedibile, così come la predisposizione di un rimedio indennitario nei casi di modifica in autotutela per sopravvenienza o per mutamento di fatto non prevedibile e, di contro, la

sua esclusione nelle ipotesi di modifica delle autorizzazioni nei settori sensibili risponda esattamente a criteri di efficienza, in quanto, soprattutto in quest'ultima ipotesi, è reso più agevole l'adeguamento dei provvedimenti all'interesse pubblico primario, nel contempo incentivando comportamenti di autoadeguamento da parte degli operatori economici.

* * *

In conclusione, attraverso il presente elaborato si è inteso offrire una collocazione sistematica al fenomeno giuridico della modifica degli atti amministrativi, cercando di contribuire a colmare un vuoto originato dal diffuso disinteresse manifestato dalla dottrina nei confronti di tale istituto.

L'operazione è parsa particolarmente opportuna, in quanto il potere di modifica si è rivelato un istituto ad amplissimo spettro di applicazione, anche sulla scorta del diritto europeo, pure al di là dei settori in cui esso rappresenta la forma ordinaria di gestione dell'interesse pubblico, imponendosi sempre di più come modalità preferenziale di adeguamento delle statuizioni provvedimentali alle sopravvenienze, anche laddove esse si connotino in termini non fisiologici.

E ciò appare particolarmente in linea con le esigenze della contemporaneità, in cui l'inedita accelerazione dei processi sociali, economici e tecnologici, richiede che l'amministrazione pubblica sia dotata di poteri flessibili, funzionali all'adeguamento delle statuizioni provvedimentali al mutamento, e che nel contempo garantiscano una tutela adeguata delle aspettative legittime degli amministrati.

In quest'ottica, il potere di modifica permette una modulazione flessibile del potere, slegata dai paradigmi tradizionali incentrati sul fenomeno caducatorio dell'atto, nella ricerca di un equilibrio nella difficile dialettica fra autorità e libertà.

BIBLIOGRAFIA

- ACQUARONE L., *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1995
- ALAMANNI A., *La modifica del contratto. L'identità e gli effetti*, Torino, 2018
- ALESSI R., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1936
- ALLEN T., *The autonomous meaning of "possessions" under the European Convention on Human Rights*, in H. COOK, *Modern studies in property law*, Oxford, 2003, 56 ss.
- ALLENA M., *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2016, II, 411 ss.
- ALLENA M., *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018
- ALTIERI A., M. DI STEFANO, M. MIRABELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2009
- AMORTH A., RANELLETTI O., *Atti amministrativi*, in *Nuovo digesto italiano*, I, Torino, 1937, 1091 ss., oggi anche in A. AMORTH, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 155 ss.
- ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005
- ARAI-TAKAHASHI Y., *The margin of appreciation and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Oxford, 2002
- ARDITO A., *Revoca e nuovi modelli di rivedibilità*, Bari, 2008
- ASTONE F. e AA. VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017
- AUBY J.M., *L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux*, in *Revue du droit public (RDP)*, 1959, 431 ss.

- AUBY J.M., *L'abrogation des actes administratifs*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 1967, 131 ss.
- AUVRET P., *La notion de droit acquis en droit administratif français*, in *Revue du droit public (RDP)*, 1985, 53 ss.
- BALDI PAPINI U., *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi*, Firenze, 1939
- BARONE A., *Il diritto del rischio*, Milano, 2006
- BARONE A., *L'amministrazione del rischio*, in AA. VV. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014
- BARONE A., *Dopo la V.I.A.: la sicurezza "sostenibile" nel d.lgs. n. 104/2017*, in *Rivista giuridica dell'edilizia.*, 2018, 291 ss.
- BASSET M., *Le principe de l'acte contraire*, Parigi, 1968
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001
- BECK U., GIDDENS A., LASH S., *Reflexive Modernization*, Cambridge, 1994
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, I, 1 ss., oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 991 ss.
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, II, 1, 118 ss., oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1117 ss.
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1957, oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, 413 ss.
- BENVENUTI F., *Autotutela (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1781 ss.
- BENVENUTI F., *Il diritto, scienza umana*, in *Jus*, 1983, oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, 3797 ss.

- BENVENUTI F., *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985, 1, 3 ss., oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, V, Milano, 2006, 3875 ss.
- BENVENUTI F., *Funzione (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica*, XIV, Roma, 1988, 1 ss., oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, V, 4081 ss.
- BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, 869 ss.
- BENVENUTI F., *Disegno dell'Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Milano, 1996
- BERCELLI J., *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del controinteressato*, Napoli, 2012
- BERGONZINI G., *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione; Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975
- BERTI G., *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti. Atti del Convegno di Venezia, 11 dicembre 1999*, Padova, 2001, 115 ss.
- BERTI N., *La tutela "urbanistica" dell'ambiente: statuto costituzionale e regime amministrativo della proprietà vincolata*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 705 ss.
- BERTI N., *La proprietà fra diritto interno e CEDU*, *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, 115 ss.
- BERTI N., ROCCO S., «Common grounds». *Tutela del suolo e dei caratteri identitari nelle nuove tendenze della pianificazione urbanistica*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2017, I, 81 ss.

- BERTI N., SILVESTRI M., *Decisioni amministrative e "ignoto" scientifico-tecnologico: il riesame delle autorizzazioni nei settori del rischio*, 2017, in diritto-amministrativo.org
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007
- BOMBARDELLI M., *Decisioni e pubblica amministrazione: la determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996
- BONNARD R., *Precis de droit administratif*, Parigi, 1943
- BONNET B., *L'analyse des rapports entre administration et administrés au travers du prisme des principes de sécurité juridique et de confiance légitime*, in *Revue française de droit administrative (RFDA)*, 2013, 718 ss.
- BONOMO A., *Informazione ambientale, amministrazione e principio democratico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario.*, 2009, 1475 ss.
- BORSI U., *L'atto amministrativo complesso*, in *Studi senesi*, 1903, 3 ss.
- BORSI U., *Fondamento giuridico della esecuzione forzata amministrativa*, in *Studi senesi*, 1905, 116 ss., oggi anche in *Studi di diritto pubblico*, I, Padova, 1976, 237 ss.
- BORSI U., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1934 e 1938
- BOSCHETTI B.L., *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattive tra settori e sistemi*, Pisa, 2018
- BOSCOLO E., *Evoluzione storica e dimensioni attuali della pianificazione comunale*, Torino, 2017
- CAFAGNO M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007
- CALABRÒ M., *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004
- CALEGARI A., *L'invalidità derivata nei rapporti tra atti amministrativi*, Padova, 2012

- CALMES S., *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Parigi, 2001
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960
- CANNADA BARTOLI E., *Abrogazione. b) Abrogazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, 156
- CANNADA BARTOLI E., *Conferma (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 857 ss.
- CANZIAN N., *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino, 2017
- CAPOZZI S., *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, Napoli, 1987
- CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 167 ss.
- CARANTA R., *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, 439 ss.
- CARBAJO J., *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, Parigi, 1980
- CARNEVALE P., *Rilevanza della motivazione nel sindacato del provvedimento amministrativo*, in *I TAR*, 1991, 347 ss.
- CAROTENUTO S., *La théorie de l'«acte contraire» en droit administratif français*, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2002, 1419 ss.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017
- CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013

- CASSESE S., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi di studio del diritto pubblico*, in A.A.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo (Atti del convegno annuale AIPDA)*, Milano, 2007, 99 ss.
- CAUMES C., *Le “droit à construire” promis par l’Etat comme «bien» dont le respect doit être garanti*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2011, 22, 1265 ss.
- CAVALLO B., *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993, 351 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in *Giustizia civile*, 2015, 5 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2016
- CHEVALLIER F., *La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 1981, 331 ss.
- CHIEPPA R., *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica*, II-2, Milano, 2008, 912 ss.
- CHITI E., *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, 2002
- CHRETIEN P., *De la belle carrière promise à la notion d’opération complexe*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 1982, 20 ss.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *L’atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003
- ÇOBAN A.R., *Protection of property rights within the European Convention on Human Rights*, Dartmouth, 2004, 144 ss.
- CODACCI PISANELLI G., *Legge e regolamenti*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900
- CODACCI PISANELLI G., *L’annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939

- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011
- CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991
- CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della l. n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 215 ss.
- CONTIERI A., *Il procedimento aperto nel pensiero di Franco Pugliese*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010
- CONTIERI A., *Procedimenti e provvedimenti di secondo grado*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017
- CORAGGIO G., *Autotutela (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, 5 ss.
- CORLETTO D., *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in D. CORLETTO (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007
- CORLETTO D., *Il principio del legittimo affidamento nell'ordinamento multilivello*, in G. SALA, G. SCIULLO (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017
- CORDES J.J., WEISBROD B.A., *Government Behavior in Response to Compensation Requirements*, in *Journal of Public Economics*, 1979, 11, 47 ss.
- CORPACI A., *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, 324 ss.
- CORPACI A., *Riforma e modificazione dell'atto amministrativo (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, 459 ss.
- CORPACI A., *Ritiro e rimozione del provvedimento (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, 477 ss.

- CORSO G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969
- CORSO G., *L'attività amministrativa*, Torino, 1999
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010
- CRISMANI A., *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012
- CRISMANI A., *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecita della pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 1688 ss.
- CROSETTI A., *Il rapporto autorità-libertà nei modelli di tutela dell'ambiente*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/ libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017
- CROUZATIER-DURAND F., *La fin de l'acte administratif unilatéral*, Parigi, 2003
- DE BENEDETTO M., MARTELLI M., RANGONE N., *La qualità delle regole*, Bologna, 2011
- DE LAUBADÈRE A., *Traité de Droit Administratif*, 1957
- DELBEZ L., *La révocation des actes administratifs*, in *Revue du droit public (RDP)*, 1928, 463 ss.
- DE LEONARDIS F., *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005
- DE LEONARDIS F., *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015
- DEL GATTO S., *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, 2019
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000
- DE LUCIA L., *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 717 ss.
- DE NAPOLI R., *La Corte di Strasburgo e l'esauribilità sostanziale del potere amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2019, 553 ss.

- DE VALLES A., *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917
- DIANA A.G., *La motivazione dell'atto amministrativo*, Padova, 2001
- DISTEL M., *La notion d'opération administrative complexe*, in *La Revue Administrative*, 1981, 370 ss.
- DOMENICHELLI V., *Art. 21-quinquies*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017
- DONATELLI S., *L'avviso di accertamento tributario integrativo e modificativo*, Torino, 2013
- DONATI D., *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1903
- D'ORSOGNA D., *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1927
- EVEILLARD G., *L'abrogation des décisions administratives créatrices de droits*, in *Revue française de droit administrative (RFDA)*, 2009, 439 ss.
- EVEILLARD G., *La codification du retrait et de l'abrogation des actes administratifs unilatéraux*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2015, 2474 ss.
- FALCON G., *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Diritto amministrativo.*, 2003, 1 ss.
- FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2016
- FAZIO F., *Sindacabilità e motivazione degli atti amministrativi discrezionali*, Milano, 1966
- FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002
- FERRARI E., *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, 333 ss.

- FERRARI ZUMBINI A., *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, 2016
- FONDERICO F., *Ambiente (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006
- FORTE P., *Oggetti giuridici. Note e primi appunti sulla loro esistenza*, in *costituzionalismo.it*, 3, 2015
- FORTI U., "Atto" e "procedimento" amministrativo (note critiche), in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranalletti*, I, Padova, 1931
- FRAENKEL-HAEBERLE C., *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco*, Trento, 2008.
- FREDIANI E., *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 447 ss.
- FREDIANI E., *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019
- FREGO LUPPI S.A., *Giusto procedimento e amministrazione ambientale*, 2018
- FROMONT M., *Le principe de sécurité juridique*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 1996, 178 ss.
- GAFFURI F., *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1988
- GALETTA D.U., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 1106 ss.
- GALLI R., *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, 2016

- GANDINO A., GRASSI S., *Le figure autorizzatorie volte alla tutela dell'ambiente: procedimenti e provvedimenti*, in M.P. VIPIANA (a cura di), *Il diritto all'ambiente salubre: gli strumenti di tutela*, Padova, 2005
- GASPARRI P., *Autorizzazione (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, 509 ss.
- GEYMONAT M., Jus variandi: «il» o «lo»? (Risposta ad un anonimo), in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, 305 ss.
- GHETTI G., *Autotutela della Pubblica Amministrazione (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, 1987, Torino, 80 ss.
- GIANNINI M.S., *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1959, 162 ss.
- GIANNINI M.S., *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto (edizione speciale)*, Milano, 1960, 2 ss.
- GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, 443 ss.
- GIANNINI M.S., *Controllo: nozioni e problemi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1974, 1263 ss.
- GIANNINI M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, 1977, 262 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000
- GIDDENS A., *Modernity and Self-Identity*, Cambridge, 1992
- GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008

- GIGLI A., *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016
- GIURICKOVIC DATO A., *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, 321 ss.
- GONZALES G., *La caducité des actes administratifs unilatéraux*, in *Revue du droit public (RDP)*, 1991, 1675 ss.
- GRASSETTI C., *Conservazione (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Milano, 1961, 173 ss.
- GRAZIOSI B., «*Note per una definizione delle «operazioni amministrative»*», in *Rassegna di diritto pubblico*, 1968, 498 ss.
- GRECO G., *L'atto amministrativo condizionato*, Torino, 2013
- GUALDANI A., *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2017
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994
- GUICCIARDI E., recensione a K.H. SCHMITT, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlino, 1935, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, 556
- GUICCIARDI E., *L'abrogazione degli atti amministrativi*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1937
- HARIOU M., *Note sus C.E. 27 février 1903, Oliver et Zimmermann*, S., 1905
- HARIOU M., *Note sus C.E. 30 mai 1913, Préfet de l'Eure*, Lebon 283, S., 1915
- HEGEL G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2012
- HEYES A. (a cura di), *The law and Economics of the Environment*, Northampton, 2001

- HERMALIN B.E., *An economic Analysis of takings*, in *Journal of Law, Economics*, 1995, 11, 64 ss.
- HUSSERL E., *Logische Untersuchungen. Erster Theil. Prolegomena zur reinen Logik*, Halle, 1910
- HUSSERL G., *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998
- IACCARINO C.M., *Studi sulla motivazione (con particolare riguardo agli atti amministrativi)*, Roma, 1933
- IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999
- IMMORDINO M., *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in A. CONTIERI, F. FRANCIANO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, 2010
- IMMORDINO M., *Riesame dell'atto ad esito conservativo e situazioni giuridiche soggettive dei privati interessati* in L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO (a cura di), *Tem e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019
- IMMORDINO M., POLICE A., *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Congresso di Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004
- IORIO G., *Le clausole attributive dello jus variandi*, Milano, 2008
- JUSO R., *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milano, 1963
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Vienna, 1934; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967
- LA BARBERA R., *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001
- LA ROSA G., *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013

- LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 133 ss.
- LE MIRE P., *La stabilité des situations juridiques*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 1980, 203 ss.
- LEONE C., *Il principio di continuità dell'azione amministrativa tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007
- LEWALLE P., *L'abrogation des actes administratifs unilatéraux*, in *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1970, 63 ss.
- LIGUGNANA G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004
- LONGO F., *Ius variandi e motivazione della deliberazione di modifica del P.R.G.*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 1989, 311 ss.
- LUCIANI M., *Corte costituzionale e proprietà privata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, 1380 ss.
- LUCIFREDI R., *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1963
- LUPO A., *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013
- MACH E., *Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung*, Leipzig, 1905
- MAMELI B., *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità*, Torino, 2017
- MANFREDI G., *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003
- MANFREDI G., *Note sull'attuazione del principio di precauzione del diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, 2004, III, 1075 ss.
- MANFREDI G., *Le indennità da autotutela*, in *Diritto amministrativo*, 2008, I, 163 ss.

- MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995
- MARKUS J.P., *Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers*, in *Revue française de droit administrative (RFDA)*, 2001, 589 ss.
- MANTERO A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979
- MASSA M. (a cura di), *La Corte costituzionale e l'economia (atti del ciclo di incontri tra giudici costituzionali, economisti e giuristi)*, Milano, 2018
- MASTRODOMENICO E., *Accesso alle informazioni e partecipazione nei procedimenti ambientali. La conoscibilità "dello stato ambientale" e il diritto di accesso alle informazioni in materia di ambiente*, in *Nuova rassegna di legislazione dottrina e giurisprudenza*, 2011
- MATTARELLA B.G., *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2000, 853 ss.
- MATTARELLA B.G., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 1223 ss.
- MATTARELLA B.G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018
- MAURO E., *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedurali*, in *Foro amministrativo – TAR*, 2004, 554 ss.
- MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, 2000
- MAZZAROLLI L., *Conferma dell'atto amministrativo (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, XX, Roma, 1988
- MELE E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013

- MELE V., *La motivazione delle scelte di governo del territorio tra buona amministrazione ed effettività della tutela*, in F.G. SCOCA, P. STELLA RICHTER, P. URBANI (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018
- MERKL A., *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, 1919, trad. it., *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano ed altri saggi*, Milano, 1987
- MERLONI F., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001
- MERUSI F., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Diritto pubblico*, 2007, 427 ss.
- MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898
- MICELI T.J., SEGERSON K., *Takings, General*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, Gand-Utrecht, 1996-2000, 6200 ss.
- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953
- MIRABELLA M., DI STEFANO M., ALTIERI A., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2009
- MODUGNO F., *Funzione (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969
- MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2007, 703 ss.
- MORTATI C., *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1943, 2 ss.
- MUSELLI L., *La conversione dell'atto amministrativo*, Milano, 2003

- NAPOLITANO C., *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018
- NAPOLITANO C., *Profili organizzativi dell'autotutela*, in *Persona e amministrazione*, 2019, 241 ss.
- NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009
- NOGUELLOU R., *L'abrogation des actes administratifs non réglementaires créateurs de droit*, in *Droit Administratif*, 2003
- PAGLIARI G., *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010
- PAMPANIN V., *Autorizzazione integrata e regolazione ambientale*, Roma, 2014
- PANTALONE P., *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018
- PAPARELLA F., *Revoca (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1989
- PASTORI G., *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964
- PERFETTI L.R., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, 99 ss.
- PERONGINI S., *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016
- PIANTAVIGNA P., *L'esercizio del potere di autotutela dell'Amministrazione finanziaria in pendenza di giudizio*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2012, 29 ss.
- PINI O., *Il principio di continuità nel diritto amministrativo. Profili ricostruttivi generali e possibili prospettive ermeneutiche*, Milano, 2016
- PLESSIX B., *Droit administratif général*, Parigi, 2018
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997

- POLICE A., *La valutazione di impatto ambientale*, in P. DELL'ANNO E E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2013
- POPELIER P., *Legitimate expectations and the law-maker in the case law of the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, 1361 ss.
- POPPER K.R., *The Logic of Scientific Discovery*, Londra, 1959, trad. it., *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970
- PORTALURI G., *La revoca degli strumenti urbanistici*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 4, 2014, 191 ss.
- POZZANI P., *L'attività amministrativa sostanziale negli atti confermativi*, Napoli, 2012
- PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008
- PUGLIATTI S., *Abrogazione. a) Teoria generale e abrogazione degli atti normativi*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, 142 ss.
- PUGLIATTI S., *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 187 ss.
- PUGLIESE F., *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989
- RAGGI L., *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Rivista di diritto pubblico*, 5, 1917, 317 ss.
- RAIMBAULT P., *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Parigi, 2009
- RAINALDI L., STAMMATI S., *Revoca, revoca implicita, effetto abrogativo, abrogazione degli atti amministrativi*, in *Foro amministrativo*, 1979, 1649 ss.
- RAINAUD J.M., *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Parigi, 1966
- RAMAJOLI M., *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 121 ss.

- RAMAJOLI M., *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *giustamm.it*, 2016, 99 ss.
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934
- RANELLETTI O., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1937
- RANGONE N., *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2007
- RENNA M., *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, 2005, 557 ss.
- RENNA M., *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, 62 ss.
- RENNA M., *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, 61 ss.
- RESTA G., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935
- RIVALTA M., *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato*, Milano, 1960
- ROLLAND L., *Précis de droit administratif*, Parigi, 1951
- ROMAGNOSI G.D., *Trattato della Ragion civile delle acque nella rurale economia*, Milano, I, 1829, 205 ss.
- ROMANELLI V.M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939
- ROMANO A., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, 311 ss.
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937

- ROMANO-TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987
- ROMANO-TASSONE A., *Il contributo di Franco Ledda alla teoria del provvedimento amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, 489 ss.
- ROSSI G., *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, I, 1 ss., oggi anche in *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, I, Torino, 2019, 153 ss.
- ROSSI G., *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2012, 1, 1 ss.
- ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017
- SALA G., *Operazione amministrativa (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1995, 319 ss.
- SALERNO G.C., *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, 2014
- SALZANO E., *Sull'articolazione dei piani urbanistici in due componenti: come lo volevamo, come è diventata, come sarebbe utile*, in *Notiziario dell'Archivio Osvaldo Piacentini*, 2008
- SANDULLI A., *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia*, Milano, 2009
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940
- SANDULLI A.M., *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, 784 ss.
- SANDULLI A.M., *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1964, 819 ss.
- SANDULLI A.M., *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, spec. 474 ss.

- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989
- SANDULLI M.A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998
- SANTILLI D., *Autotutela tributaria*, in *Digesto discipline civilistiche - sezione commerciale*, 88 ss.
- SANTULLI C., *Les droits acquis*, in *Revue française de droit administrative (RFDA)*, 2001, 87 ss.
- SAU A., *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013
- SAX J.L., *Takings and the Police Power*, in *Yale Law Journal*, 1964, 36 ss.
- SAVONA P., *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013
- SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, 1999
- SCARCONI V., *La «specialità» del diritto all'informazione ambientale*, in *Foro amministrativo – Tar*, 2004, 71 ss.
- SCHØNBERG S., *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford, 2000.
- SCHWARTZENBERG R.G., *L'autorité de chose décidée*, Parigi, 1969
- SCOCA F.G., *Attività amministrativa (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, aggiornamento, VI, 2002
- SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017
- SEILLER B., *Le changement et les actes administratifs unilatéraux*, in *Revue de droit d'Assas (RDA)*, 2015
- SEILLER B., *Acte administratif : régime*, in *Répertoire du contentieux administratif (Dalloz)*, 2015

- SEILLER B., *La sortie de vigueur des actes administratifs*, in *Revue française de droit administrative (RFDA)*, 2016, 58 ss.
- SEILLER B., *Droit administratif. L'action administrative*, Parigi, 2018
- SIGRON M., *Legitimate expectations under article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2014
- SILVESTRI M., *Potere pubblico e autotutela amministrativa*, tesi di dottorato, Università Cattolica del Sacro Cuore, a.a. 2017-2018, relatore Chiar.mo prof. M. RENNA
- SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in G. FALCON, D. DE PRETIS, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, 5 ss.
- STAMMATI S., *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione, con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in *Studi in onore di V. Bachelet*, II, Milano, 1987
- STAMMATI S., RAINALDI L., *Revoca, revoca implicita, effetto abrogativo, abrogazione degli atti amministrativi*, in *Foro amministrativo*, 1979, 1694 ss.
- STASSINOPOULOS M.D., *Traité des actes administratifs*, Atene, 1954
- TARTOUR L., *Le principe de protection de confiance légitime en droit public français*, in *Revue du droit public (RDP)*, 2013, 307 ss.
- TARULLO S., *Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15 del 2005: profili problematici*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 237 ss.
- TARULLO S., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017
- TERNEYRE P., *L'originalité du processus d'élaboration du code : le point de vue d'universitaires membres du « cercle des experts » e de la Commission supérieure de la codification*, in *Revue française de droit administrative (RFDA)*, 2016, 9 ss.

- TRAVI A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, 91 ss.
- TRAVI A., *Il metodo nel diritto amministrativo e gli altri “saperi”*, in *Diritto pubblico*, 2003, 3, 865 ss.
- TRAVI A., *La revoca dopo la legge n. 15/2005 e l'analisi economica del diritto*, in A.A.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo (Atti del convegno annuale AIPDA)*, Milano, 2007, 183 ss.
- TRAVI A., *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 6 ss.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018
- TRIMARCHI M., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013
- TRIMARCHI M., *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 321 ss.
- TRIMARCHI M., *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *Persona e amministrazione*, 2017, 189 ss.
- TRIMARCHI M., *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018
- TRUCHET D., *Droit administratif*, Parigi, 2015
- VANDELLI L., *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, 1595 ss.
- VERLAINE P., *Mon rêve familier*, in *Poèmes saturniens*, 1866

- VERNILE S., *L'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 1697 ss.
- VESE D., *Appunti sul metodo di Feliciano Benvenuti*, in *Persona e amministrazione*, 2018, 239 ss.
- VIALETTES M., *La fabrique d'un code*, in *Revue française de droit administrative (RFDA)*, 2016, 4 ss.
- VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2005
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017
- VINTI S., *Natura e presupposti della variante di piano regolatore*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1989, 350 ss.
- VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972
- VIRGA P., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 2001
- VITTA C., *La revoca degli atti amministrativi*, in *Foro amministrativo*, 1930, IV, 33 ss.
- VITTA S., *I procedimenti di revisione*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 331 ss.
- WINISDOERFFER Y., *Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1*, in *Human Rights Law Journal*, 19/1998, 18 ss.
- YANNAKOPOULOS C., *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Parigi, 1997
- ZALMA G., *Patere regulam quam fecisti ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux*, in *Revue du droit public (RDP)*, 1980, 1109 ss.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958

ZANOBINI G., *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Archivio giuridico*,
LXXXVII, 1922, oggi anche in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955

ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Torino, 1996