

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliati, Francesco Rota, José Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Coccozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Profili problematici del potere di convalida

di Augusto Di Cagno

(Ricercatore di tipo A di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro)

Sommario

1. Premessa introduttiva a uno studio sulla convalida. - 2. Le questioni sottese al fondamento del potere di convalida. - 3. La natura della convalida e i rapporti con gli altri poteri di riesame a esito conservativo. - 4. La convalida e i suoi rapporti con l'annullamento dell'atto. - 5. La natura discrezionale della convalida. - 6. La retroattività della convalida. - 7. La convalida del "provvedimento annullabile". - 8. L'interesse pubblico alla convalida. - 9. La convalida del "provvedimento non annullabile" ai sensi dell'art. 21-octies, l. n. 241/1990. - 10. Il "termine ragionevole" della convalida. - 11. La convalida in corso di giudizio... - 12. ... e del vizio di motivazione. - 13. Ulteriori profili evolutivi: sull'applicabilità dell'art. 10 bis alla convalida

Abstract

The essay analyzes the "convalida" power of the administration. This is a topic to which legal science has recognized less attention than the power of re-examination with a demolishing outcome. However, numerous doubts remain about the basis of the "convalida" power, its qualification, its relationship with the cancellation by the administration, as well as the conditions and scope of the review with a conservative outcome. There are still many controversial issues connected to these issues, such as that relating to the defects for which "convalida" is possible or that of the admissibility of "convalida" in court. Finally, the essay proposes to offer an essential framework of the issues that constitute the more general "convalida problem", attempting to offer some conclusive reflections and solutions on the subject, also in the light of the most recent jurisprudential and legislative interventions.

* Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.



1. Premessa introduttiva a uno studio sulla convalida.

Il tema della convalida del provvedimento amministrativo illegittimo impone di inquadrare più in generale il potere, di cui dispone l'amministrazione, di riesaminare-revisionare precedenti atti amministrativi rivedendone gli effetti. Gli esiti del riesame sono diversi e possono consistere nell'annullamento, nella revoca, nella conferma, nella riforma o, per l'appunto, nella conservazione dell'atto. La convalida costituisce la particolare esplicazione di un potere di secondo grado, con il quale l'amministrazione interviene su un atto amministrativo illegittimo eliminandone il vizio che lo inficiava e consolidandone in via definitiva gli effetti¹.

Il potere di riesame è stato oggetto di una costante e diffusa attenzione da parte della scienza giuridica che ha studiato gli elementi essenziali della categoria offrendo soluzioni diverse alle questioni sottese, tra le quali, anzitutto, quella relativa alla sua ammissibilità e al suo fondamento² e alla sua classificazione come autotutela ovvero quale potere di secondo grado³.

Analizzando la letteratura sul tema, su un piano anche solo quantitativo, gli scritti dedicati al potere di riesame con effetto demolitorio⁴ appaiono decisamente più

¹ G. SANTANIELLO, *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 503

² Ammissibilità e fondamento del potere di riesame sui quali si discuteva, specie prima dell'introduzione nel 2005 delle norme di legge (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/90) che hanno espressamente attribuito all'amministrazione i poteri di annullamento, revoca e convalida.

³ Si vedano, tra gli altri, F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537 ss.; G. CORAGGIO, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, 1988; G. CORSO, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, pp. 609 e ss. Sul tema, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in AA.VV., *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto Amministrativo parte generale*, I, Milano, 2003, p. 935

⁴ *Ex multis*, specialmente sul tema dell'annullamento e della revoca d'ufficio, E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 206 e ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo, I, Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991; A. CORPACI, *Ritiro e rimozione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 477 e ss.; E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 333 ss.; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. Amm.*, 2002, fasc. 4, pp. 689 e ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (dir. amm.)*, in *Enc. Dir. Annali*, II, Tomo II, Milano, 2008, pp. 910 e ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2008, pp. 329 e ss.; G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 316 e ss.; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, 2013; avendo riguardo alle modifiche normative che hanno interessato gli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, P. L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (Qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2014, 6, 21 e ss.; P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *federalismi.it*, 2016; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2016, pp. 99 e ss.; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 1175 e ss.; R. DE NICTOLIS, *L'autotutela procedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *www.sipotra.it*, 22 novembre 2017; F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *www.federalismi.it*, 2017; sul tema del legittimo affidamento del singolo anche in connessione con i poteri di riesame si veda F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; si vedano altresì F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e*



numerosi rispetto a quelli relativi alla convalida dell'atto amministrativo e alla sanatoria più in generale⁵. Del pari, anche guardando ai provvedimenti in concreto adottati dall'amministrazione, si registra una netta prevalenza di provvedimenti amministrativi di riesame con esito demolitorio rispetto a quelli con esito conservativo. E ciò nonostante si tenda ad affermare, come si dirà oltre, che, nella scelta del provvedimento di secondo grado, l'amministrazione dovrebbe preferire l'adozione di atti di sanatoria rispetto all'annullamento e alla revoca⁶.

Circa le ragioni della "frequenza-prevalenza" del tema dell'autotutela demolitoria rispetto a quella conservativa, si potrebbe affermare che la maggiore attenzione dedicata dalla scienza giuridica al riesame con esito demolitorio deriverebbe dalle particolari implicazioni dell'annullamento e della revoca dell'atto amministrativo rispetto alle posizioni giuridiche dei singoli; i quali, nell'ipotesi tipica del provvedimento di secondo grado che rimuove un atto favorevole, vedono sottrarsi il bene della vita acquisito. E da qui il tema del rapporto spesso conflittuale tra il potere-dovere assegnato all'amministrazione di curare costantemente l'interesse

L'affidamento del cittadino, in *Dir. Amm.*, 2005, fasc. 5, pp. 843 e ss.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna, F.Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 159 e ss.; A.TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2018, 1, pp. 121 e ss.; Sul tema dell'esaurimento del potere di riesame si veda la monografia di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; quanto invece ai profili di efficacia nel tempo dell'atto amministrativo, con interessanti riflessioni proprio con riguardo alla retroattività della convalida, si veda G.D. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, fasc. 1, p. 1 e ss.

⁵ Nello specifico, è interessante rilevare come l'unico scritto monografico dedicato esclusivamente alla convalida, peraltro piuttosto risalente nel tempo, sia quello di P. RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937. Tra i contributi, che hanno dedicato attenzione specifica al tema della convalida oppure se ne sono occupati nel contesto più ampio dei provvedimenti di secondo grado ovvero della sanatoria dell'atto amministrativo, ovvero ancora avendo riguardo a questioni applicative come quella della convalida in corso di giudizio, si vedano in particolare G. SANTANIELLO, *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, pp. 503 ss.; L. MAZZAROLLI, *Convalida dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, pp. 404 e ss.; V.CERULLI IRELLI, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 6, pp. 641 e ss.; G. TROPEA, *La c.d. motivazione «successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2003, fasc. 3, pp. 531 e ss.; V.ANTONELLI, *La convalida del provvedimento annullabile e la riforma della legge sul procedimento amministrativo*, in *Foro amm. Cds*, fasc. 7-8, 2005, pp. 2214 e ss.; M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5406 e ss.; G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 201 e ss.; A. PRONTERA, *La convalida del provvedimento amministrativo. Spunti ricostruttivi*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2013, 1, pp. 203 e ss.; F. COSTANTINO, *La convalida del provvedimento*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 897 ss.; A.G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 3 ed. Milano, 2020, 501 ss.

⁶ Sul punto, *ex multis*, cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, pag. 403 e 404; L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1995, p. 187; R.VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Tomo II, Bologna, p. 1540; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in AA.VV., *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto Amministrativo parte generale*, I, Milano, 2003, p. 939; F. COSTANTINO, *La convalida del provvedimento*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 897; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, pp. 49 e ss.



pubblico anche tramite provvedimenti di riesame e l'esigenza di salvaguardare i valori della certezza dei rapporti tra amministrazione e privato e della tutela dell'affidamento del singolo.

Come sottolineato anche dai principali studi sull'annullamento e sulla revoca d'ufficio, si pone una relazione, spesso problematica, tra, da una parte, l'interesse pubblico sotteso al provvedimento di riesame, spesso qualificato, anche dalla giurisprudenza, come interesse di tale portata da essere "in re ipsa" e imporre l'autotutela come "doverosa"⁷, e, dall'altra parte, la tutela delle ragioni portate dalla più ampia platea degli operatori economici, dei privati e dei destinatari dell'atto, che hanno confidato sulla stabilità del provvedimento⁸.

Sotto altro versante, il maggiore interesse destato nella dottrina e nella giurisprudenza dal riesame demolitorio si può spiegare, anche su un piano più squisitamente pratico-applicativo, ove si considerino i diversi effetti portati dall'autotutela demolitoria rispetto a quella conservativa.

La prima, infatti, ha certamente una sua portata lesiva autonoma per l'affidamento del privato. Nell'ipotesi di annullamento o di revoca d'ufficio di un atto amministrativo favorevole, il provvedimento di riesame produce nel destinatario un effetto negativo nuovo e contrapposto alla posizione giuridica di vantaggio acquisita

⁷ Sul tema si segnalano *ex multis* G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, n. 1; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *federalismi.it*, 2017, n. 20; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, n. 1; S. TUCCILLO, *Autotutela, potere doveroso*, in *www.federalismi.it*, 2016, n. 16; N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *www.federalismi.it*, 2017; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; per una ricostruzione delle teorie sul tema si veda anche M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa*, Torino, 2021, in particolare pp. 33 e ss.; N. DURANTE, *L'autotutela doverosa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022. Le fattispecie di annullamento definite come "doverose" per l'esistenza di un interesse pubblico in *re ipsa*, sono state proposte dalla giurisprudenza nelle ipotesi più varie, come quella in cui il destinatario di un atto amministrativo abbia indotto in errore la p.a. nell'adozione dell'atto con una falsa rappresentazione (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. III, 27 luglio 2021, n.1206; TAR Salerno, sez. II, 05 gennaio 2021, n. 18), ovvero l'ipotesi di atto amministrativo in manifesto contrasto con la normativa edilizia e urbanistica o dell'atto che determina un illegittimo e significativo esborso di denaro pubblico o, ancora, del provvedimento in contrasto con il diritto unionale. Di recente si segnala anche la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2022, n. 1036 in tema di rapporto tra parere di precontenzioso non vincolante ex art. 211 del d.lgs. n. 50 del 2016 ed esercizio del potere di riesame.

⁸ A tal riguardo, senza riprodurre la vastissima letteratura scientifica che ha dedicato lo studio ai profili del rapporto tra istanze di interesse pubblico sottese all'esercizio del potere di autotutela e certezza delle posizioni giuridiche, si può comunque rilevare come il dibattito abbia acquisito una rinnovata vitalità proprio all'indomani delle modifiche degli artt. 21-*nonies* e 21-*quinquies* da parte del decreto legge n. 133 del 2014, convertito in legge n. 164 del 2014 e dalla legge n. 124 del 2015, finalizzate a garantire una maggiore stabilità all'atto amministrativo. In particolare, la principale innovazione è stata l'introduzione del limite temporale di diciotto mesi (poi abbreviato a dodici mesi con il d.l. n. 77/2021 conv. in l. n. 108/2021) all'esercizio dell'annullamento d'ufficio, che ha indotto taluno a sostenere l'esaurimento del potere di autotutela dell'amministrazione allo spirare del termine (così M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo* cit., pp. 194 e ss.) ovvero ad affermare la natura dell'autotutela come potere "eccezionale" (così F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, 2015).



con l'atto di primo grado. Pertanto, l'annullamento e la revoca d'ufficio sono anche spesso fonte del contenzioso più ricorrente, dal quale scaturiscono i principali e più frequenti problemi applicativi sui quali si concentrano dottrina e giurisprudenza, tra i quali spicca, anzitutto, la questione della tutela del singolo e del legittimo affidamento riposto nella stabilità dell'atto oggetto di riesame.

Diversamente e su un fronte opposto, la convalida, e più in generale l'autotutela conservativa, determinano come principale conseguenza la sanatoria di un precedente atto amministrativo viziato, i cui effetti si sono già prodotti e, una volta eliminato il vizio dell'atto, vengono solo consolidati dal provvedimento di secondo grado, che non vi aggiunge un *quid novi*. In altri termini, i destinatari dell'atto subiscono la lesione della propria sfera giuridica già in conseguenza del provvedimento di primo grado rispetto al quale, sempre in termini di efficacia dell'atto, la convalida successiva non apporta nulla di nuovo se non, appunto, l'eliminazione della causa di invalidità del provvedimento oggetto di riesame. Pertanto, le questioni connesse alla tutela delle posizioni giuridiche dei destinatari dell'atto tendono a concentrarsi nella fase di "primo grado" e sugli effetti dell'atto oggetto di riesame e, dunque, prima e indipendentemente dalla convalida successiva. Se ciò vale in termini generali, molteplici sono le ragioni per dedicare uno studio alla convalida dell'atto amministrativo.

Anzitutto, esaminando alcune delle fattispecie concrete nelle quali può intervenire, anche la convalida dell'atto amministrativo può determinare un pregiudizio alle posizioni dei singoli; basti pensare all'ipotesi in cui la convalida intervenga in corso di giudizio di impugnazione dell'atto, ove si pongono ulteriori questioni circa l'ammissibilità della sanabilità di vizi come quello di motivazione, nonché il rapporto tra interesse pubblico alla conservazione dell'atto, il processo amministrativo e la pretesa del privato a una pronuncia di annullamento dell'atto illegittimo.

Inoltre, si pongono ancora dubbi, tra i quali quelli riguardanti il fondamento, i presupposti, l'ambito applicativo, il contenuto e l'efficacia della convalida, il suo carattere discrezionale, la sua retroattività, e i suoi rapporti con altre fattispecie di riesame e, specialmente, con l'annullamento d'ufficio; dubbi che non sono risolti dal legislatore ma, anzi, sono aggravati nell'ambito del contesto normativo poco chiaro nel quale si inserisce la convalida.

Come si dirà, infatti, su un piano strettamente letterale, l'art. 21-*nonies*, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, contiene una disposizione generica che si limita a far salva la "possibilità" di convalida senza, per l'appunto, definire il significato dei concetti giuridici indeterminati, ivi richiamati, quali quello di "provvedimento annullabile", delle "ragioni di interesse pubblico" e del "termine ragionevole". Mentre, su un piano sistematico, il secondo comma sulla convalida, inserendosi tra il primo comma e il comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, della legge n. 241/1990 sul potere di



annullamento d'ufficio, rischia di privare l'istituto di una sua autonomia rispetto all'autotutela demolitoria, con conseguenti incertezze sull'ambito e sui presupposti applicativi della convalida⁹.

Infine, proprio confrontandola con l'annullamento d'ufficio, si può apprezzare l'importanza della convalida quale potere tipico dell'amministrazione e ad essa sola riservato. L'annullamento dell'atto compete, infatti, anche al giudice amministrativo e anzi rientra proprio tra gli esiti tipici del giudizio amministrativo, che tradizionalmente è un giudizio impugnatorio e diretto all'eliminazione dell'atto viziato. La convalida, invece, proprio perché espressione di una funzione amministrativa attiva diretta alla cura dell'interesse pubblico, consistente proprio nella riproduzione di un atto invalido emendato da un vizio, rientra nelle attribuzioni riservate solo all'amministrazione e pertanto non può essere né chiesta né disposta dal giudice¹⁰.

2. Le questioni sottese al fondamento del potere di convalida

Ciò posto, uno studio sulla convalida deve porsi il preliminare obiettivo di ricercare il fondamento giuridico del relativo potere e della sua attribuzione all'amministrazione per poi individuare l'insieme di regole che ne disciplinano l'esercizio¹¹.

Il problema del fondamento giuridico dei provvedimenti di secondo grado, in generale, e della convalida, in particolare, potrebbe apparire ormai risolto dalla legge n. 15 del 2005 che con gli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/1990, ha ormai tipizzato il potere amministrativo di "riesaminare-revisionare"¹² d'ufficio precedenti atti¹³ tramite l'annullamento, la revoca e la convalida.

⁹ Come sostenuto da R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado* cit., p. 938 secondo cui "la collocazione all'interno dell'art. 21-*nonies* non è causale, in quanto annullamento di ufficio e convalida sono accomunati dal fatto di costituire il riesame di provvedimenti amministrativi illegittimi e si differenziano per l'esito di tale riesame, eliminatorio nel primo caso, conservativo nel secondo".

¹⁰ Cfr. M. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, II ed., p. 695 che richiama Cons. Stato, sez. VI, 20 giugno 1983, n. 532, in *Cons. Stato*, 1983, 793. Diverso è il caso della c.d. convalida implicita che sussisterebbe allorché venga accertato con sentenza passata in giudicato l'insussistenza di vizi di legittimità dell'atto con conseguente rigetto del ricorso per l'annullamento dell'atto; M. BREGANZE, voce *Sanatoria dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Roma, 1991, p. 3

¹¹ Come osservato da G.D. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo* cit., "a me sembra che la teoria della convalida si trovi attualmente in uno stato complessivamente insoddisfacente. Insoddisfacente mi sembra l'indicazione del fondamento del potere, insoddisfacente quella dei casi di convalida (quando la si trova), insoddisfacente la teoria degli effetti, come pure la dottrina del momento in cui essa sia possibile, e dei modi in cui si possa addivenirvi. Nell'insieme, non risulta neppure chiara quale sia la funzione che l'istituto adempie nel sistema".

¹² A tal riguardo, si rammenta la distinzione da taluno operata tra i procedimenti di revisione (ovvero la sospensione, la revoca e la proroga) e procedimenti di autotutela-riesame (la conferma, la convalida e l'annullamento d'ufficio), ove i primi opererebbero come reazione sul rapporto e i secondi come reazione sull'atto; sul tema B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi* cit., p. 352. I procedimenti di revisione atterrebbero a vicende con efficacia durevole, mentre il riesame riguarderebbe l'atto amministrativo, come ricorda



Si è infatti sostenuto che, essendosi previsto per legge il potere di annullare, revocare e convalidare, si sarebbe anche superato il dibattito circa la natura del potere di secondo grado¹⁴; dibattito che vedeva la dottrina divisa tra chi riconduceva il riesame al potere di autotutela e chi, invece, lo inquadrava nell'ambito del (più generale) potere di amministrazione attiva attribuito all'autorità¹⁵.

Orbene il problema dell'*ubi consistam* della convalida presuppone la soluzione anche di questioni più ampie che neppure la tipizzazione legislativa avvenuta per effetto dell'art. 21-*nonies*, comma secondo, l. n. 241/1990 risolve.

Sicché, si possono tracciare due fondamentali linee di ricerca. Per un verso, ci si può interrogare sulla natura autonoma o unitaria del potere di convalida rispetto al potere amministrativo di primo grado.

Per altro verso, si può indagare il rapporto sussistente tra la convalida e l'annullamento d'ufficio

Sotto un primo versante, tuttora v'è da chiedersi se il potere di convalida si possa considerare come un potere inesauribile, nel senso che esso possa essere esercitato in ogni tempo come funzione che sopravvive all'adozione dell'atto invalido sul quale pure interviene; ovvero si debba intendere come potere soggetto a "consumazione", non più esercitabile per effetto di un limite frapposto alla sanatoria dell'atto, quale, ad esempio, la posizione giuridica opposta del singolo, il tempo decorso ovvero l'esistenza di un ricorso giurisdizionale proposto avverso l'atto da convalidare¹⁶.

S. TUCCILLO, *Contributo allo studio* cit., p. 186, nota n. 42, che richiama V. CERULLI IRELLI, *Principii del diritto amministrativo*, Torino, 2005, p. 217.

¹³ Secondo taluno il problema del fondamento sarebbe superato dalla codificazione intervenuta con la legge n. 15 del 2005 dei principali poteri di secondo grado; cfr. in particolare M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in AA. VV., *Diritto amministrativo* (a cura di) F.G. Scoca, Torino, 2008, p. 333.

¹⁴ Così, R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, II ed., p. 624.

¹⁵ Così, S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, pp. 183 e ss. La tesi dell'autotutela è sostenuta già da F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537 ss.; nello stesso senso B. CAVALLO, *Provvedimenti* cit., p. 352; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, III ed., 1993, p. 582; ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1995, p. 225; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, II ed., Torino, 1997, p. 633. Secondo altra autorevole dottrina, il potere di riesame della p.a. va inserito nel solco del più generale potere di "amministrazione attiva" come espressione del "generale carattere di imperatività" e "discende in ultima analisi dal potere di provvedere e ne condivide le forme e gli strumenti di esercizio ... dovuto alla necessità del costante adeguamento dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico"; così A. CONTIERI, *Il riesame* cit., pp. 74 e 75. Secondo A. CONTIERI, *cit.*, p. 11 "la frequenza di tale fenomeno si spiega con la necessità imposta alla pubblica amministrazione alla pubblica amministrazione dall'ordinamento del perseguimento costante dell'interesse pubblico ... si tratta di una vicenda che si spiega alla luce del principio di continuità dell'esercizio del potere pubblico e dello stesso concetto di funzione intesa in senso dinamico, che impone al titolare del *munus publicum*, attraverso il presente, di guardare al futuro e non al passato".

¹⁶ Si ricorda che la tesi dell'esauribilità del potere è stata sostenuta da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo* cit., specialmente con riguardo ai poteri di ritiro dell'atto amministrativo, e quindi della revoca e dell'annullamento, facendo leva anche sulle più recenti modifiche normative degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/1990 che hanno introdotto limitazioni precise a tali poteri.



La soluzione di tale problema rappresenterebbe un valido argomento, a seconda delle impostazioni, per sostenere od opporsi all'ammissibilità della convalida intervenuta rispetto a talune tipologie di vizi, oppure esercitata a notevole distanza di tempo dall'adozione del primo atto, ovvero, ancora, adottata nel corso di un giudizio di impugnazione dell'atto.

A tal fine può risultare appunto decisivo verificare se la convalida si qualifica come un potere autonomo rispetto al potere esercitato "in primo grado", ovvero se non sia più congruo inquadrare la convalida nell'ambito della medesima funzione già esercitata con l'atto da convalidare.

Assumendo l'identità di funzioni di primo e di secondo grado, la convalida risulta espressione del medesimo potere-dovere¹⁷ amministrativo, unitariamente inteso, di curare l'interesse pubblico per il cui soddisfacimento è stato attribuito il potere. L'amministrazione, dovendo costantemente soddisfare l'interesse pubblico, ha con la convalida il potere di intervenire sempre sull'atto viziato, per sanarlo¹⁸, come un atto integrativo e ad esso complementare. La tesi che considera la convalida e il potere di primo grado come un'unica funzione unitariamente intesa¹⁹ è strettamente connessa all'idea del potere amministrativo come potere inesauribile. Anche il potere di convalida, dunque, finisce per qualificarsi come inesauribile in quanto diretto ad assicurare che ogni atto amministrativo sia costantemente e in ogni tempo conforme all'interesse pubblico²⁰.

¹⁷ Sulla nozione del potere amministrativo come "dovere" si veda S.TUCCILLO, *Contributo* cit.; in particolare alle pp. 28 e ss., ove si ricorda che il potere amministrativo è la capacità che consente ma anche "impone" di agire sempre attraverso atti idonei a produrre effetti finalizzati alla cura di interessi pubblici, il cui esercizio, quale strumento per l'attuazione di un interesse che non è proprio del suo titolare ma della collettività di riferimento, assume carattere "doveroso" ogni qual volta esigenze di cura dell'interesse pubblico si manifestino in concreto.

¹⁸ L'idea del collegamento tra l'autotutela e la funzione amministrativa, cioè il dovere/potere dell'amministrazione di provvedere alla cura degli interessi pubblici, è stata espressa a più riprese. Con riferimento al potere di revoca, ma con valutazioni estendibili a ogni potere di riesame, si veda E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, pp. 334 e ss.; si veda anche A. CONTIERI, *cit.*, p. 75, secondo cui "il potere di riesaminare, in tutte le molteplici configurazioni che può assumere, discende, in ultima analisi dal potere di provvedere e ne condivide le forme e gli strumenti di esercizio". Secondo l'a., anche in assenza di una norma che preveda il potere di riesame c'è comunque "il generale potere di intervenire dovuto alla necessità del costante adeguamento dell'attività amministrativa al perseguimento del pubblico interesse"; in definitiva, si sostiene che (pag. 82) "sembra invece più corretto affermare che la funzione non si rieserciti, ma continui ad esercitarsi nel riesame del fatto e del rapporto [...] La funzione, dunque, sopravvive al procedimento e non si esaurisce con questo".

¹⁹ Con riferimento più in generale ai provvedimenti di secondo grado, G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 336 e ss.; A. CONTIERI, *cit.*, p. 82 e ss. che parla di "unicità della funzione"; B.G. MATTARELLA, *cit.*, p. 933.

²⁰ A tal riguardo, con riferimento più generale al potere di riesame, G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento cit.*, pp. 336 e ss., afferma appunto la tesi "dell'unità del potere che si esplica nella successione di due atti, il secondo dei quali revoca o annulla o riforma o convalida il primo. Il meccanismo è il seguente: c'è un potere potenzialmente inesauribile, che sopravvive all'atto che ne costituisce l'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, ma con un rafforzamento della efficacia che si realizza tramite l'eliminazione di un vizio che rende il primo atto precario (convalida)".



Sicché, seguendo questa impostazione, la convalida risulta ammissibile senza altre limitazioni se non quelle poste espressamente dalla legge, giacché la cura del medesimo interesse pubblico perseguito con l'atto di primo grado consente di intervenire sempre per sanare i vizi del provvedimento; e quindi, per venire a un tema dai rilevanti profili applicativi su cui si tornerà di seguito, la convalida potrebbe essere agevolmente ammessa anche in pendenza di un giudizio di impugnazione dell'atto viziato se si qualifica come potere inesauribile²¹. In altri termini, anche la proposizione di un ricorso giurisdizionale avverso un atto amministrativo da parte di un singolo, pur sottendendo la tutela di una sua posizione giuridica (*rectius* del diritto di difesa) e della sua legittima aspettativa all'ottenimento di una pronuncia giurisdizionale, non può costituire uno sbarramento all'esercizio del potere amministrativo (di convalida). Il potere amministrativo, infatti, mira al perseguimento di un interesse pubblico, che assume portata più ampia e generale rispetto all'interesse della parte di un processo, riguardando non un solo soggetto, quale il ricorrente, ma una ben più vasta pluralità di consociati.

Ove, invece, si rimarchi la qualificazione della convalida come un potere autonomo rispetto a quello di primo grado, vengono meno anche i prima citati sostegni dogmatici alla qualificazione della convalida come potere inesauribile. La convalida interverrebbe sull'esercizio di un potere distinto che con l'atto di primo grado ha ormai concluso la sua funzione e non risulta più esercitabile. La convalida, quale espressione di una funzione amministrativa di secondo grado distinta da quella espletata con l'atto convalidato, non sarebbe più ammessa, senza ostacoli alla sua consumazione, come dovere di cura costante dell'interesse pubblico originario. Lo stesso potere originario risulterebbe ormai esaurito con l'emanazione dell'atto e la convalida si qualificerebbe come dotata di un'efficacia solo successiva e comunque inferiore rispetto al potere di primo grado²².

Sicché, la definizione della questione può essere dirimente anche al fine di chiarire l'ammissibilità della convalida di un atto amministrativo in corso di giudizio, intesa come una forma di riesercizio del potere amministrativo.

Inoltre, la natura della convalida come potere autonomo o distinto rispetto a quello di primo grado si salda anche con la questione dell'interesse pubblico che con la convalida si deve perseguire; e a tal riguardo, come si accennerà di seguito, si può discutere sulla necessità che l'interesse pubblico della convalida sia il medesimo e

²¹ Cfr. G. TROPEA, *La c.d. motivazione «successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo* cit., pp. 531 e ss. che coglie il nesso esistente tra l'inesauribilità del potere e l'ammissibilità di un provvedimento di convalida in corso di giudizio, rilevando che "tale punto richiama da vicino il principio di inesauribilità del potere amministrativo, e non è probabilmente risolvibile se non si cerca di affrontare contestualmente il nodo della natura del provvedimento di convalida in corso di giudizio e quello, ancora più controverso, della preclusione del dedotto e del deducibile"

²² Così, sempre G. CORSO, *cit.*, p. 336 "il secondo atto, pertanto, possiederebbe una efficacia inferiore al primo, onde il potere che esso svolge dovrebbe considerarsi diverso, e minore, rispetto a quello esplicato con l'atto anteriore, in contrasto con l'ipotesi che vuole il potere identico nei due casi".



non possa essere diverso da quello perseguito con l'atto di primo grado ovvero se possa da questo differenziarsi e porsi come interesse autonomo, ulteriore o, perché no, complesso.

Sotto altro versante, il tema del fondamento del potere, è connesso anche a quello relativo all'individuazione dei rapporti sussistenti tra la convalida e altri poteri di riesame; e specialmente rispetto al rapporto con l'annullamento d'ufficio, si pone il dubbio se la convalida, anche rispetto ai suoi presupposti, sia un potere autonomo ovvero collegato e, dunque, alternativo all'annullamento.

3. La natura della convalida e i rapporti con gli altri poteri di riesame a esito conservativo.

Ciò posto, venendo alla definizione del potere, la convalida viene inquadrata nel più ampio fenomeno della convalida dell'atto amministrativo, nell'ambito della quale rientrano anche la sanatoria in senso stretto²³ e la ratifica; l'amministrazione anziché procedere all'annullamento di un atto amministrativo <che non sia nullo ma soltanto annullabile> procede, con una propria determinazione amministrativa, a conservarlo, eliminando i vizi che lo infirmano²⁴. Al pari di ogni potere di riesame, l'amministrazione ha dunque il "privilegio" di poter sbagliare e correggere successivamente l'errore commesso, unilateralmente e senza il consenso altrui, intervenendo sull'atto viziato²⁵.

La funzione della convalida si comprende se si ha presente la vulnerabilità e l'instabilità proprie dell'atto amministrativo illegittimo che, quand'anche non sia più annullabile dal giudice per decorso del termine di impugnazione ovvero non venga o non possa più essere annullato neppure dall'amministrazione d'ufficio, rimane sempre disapplicabile dal giudice ordinario secondo le regole ordinarie²⁶. Con la convalida, invece, il provvedimento illegittimo diviene stabile e i suoi effetti si consolidano con il venir meno dell'illegittimità che inficiava l'atto²⁷.

²³ Secondo una classificazione si fa riferimento alla sanatoria in senso generale, come fenomeno di "purificazione" dell'attività amministrativa che conduce alla conservazione dell'atto, intervenendo sulla fattispecie originata dal vizio, emendandone gli effetti, e nella quale vengono fatti rientrare la sanatoria "in senso stretto", la convalida, la ratifica, la conversione e la conferma.

²⁴ Cfr. G. SANTANIELLO, *Convalida* cit., p. 503.

²⁵ Ciò è valso tradizionalmente a riconoscere alla convalida la natura di potere di autotutela. Così P.RAVÀ, *cit.*, pp. 89 e ss. ove si legge che "giovà prendere le mosse da un concetto messo in luce dalla dottrina amministrativistica italiana [...] intendiamo riferirci alla autotutela [...] in questo principio basilare del nostro sistema giuridico positivo trova, altresì, fondamento la potestà degli organi amministrativi di convalidare i propri atti invalidi..." (ivi, p. 90).

²⁶ In tal senso, L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 1

²⁷ Cfr. RAVÀ, *cit.*, p. 192, secondo cui "la causa dell'atto amministrativo di convalida è rappresentato dal pubblico interesse a dare giuridicamente stabilità e sicurezza ad un atto invalido, in quanto la situazione che da esso è derivata ne richiede appunto il consolidamento".



Il potere di convalida nel diritto amministrativo va tenuto ben distinto dall'omonimo negozio civilistico disciplinato dall'art. 1444, c.c.,²⁸ ed è unanimemente considerato espressione del principio di conservazione dei valori giuridici²⁹ e dei principi di economicità e di buon andamento dell'azione amministrativa³⁰.

Il principio di conservazione definisce l'esigenza propria dell'ordinamento giuridico a garantire la stabilizzazione e il consolidamento degli effetti di una situazione giuridica o di fatto; tale principio, da essere solo il noto canone ermeneutico fondante la teoria generale dell'interpretazione dell'atto, viene agevolmente "innestato" anche nella dogmatica dell'atto amministrativo³¹, per orientare anche le modalità di esercizio del potere amministrativo.

Del pari anche il principio di buon andamento, con il suo corollario dell'economicità, funge da parametro-guida per l'amministrazione che deve valutare sempre la possibilità di sanare, correggendolo, un proprio atto viziato prima di eliminarlo, in modo da salvaguardare e dunque non sprecare il proprio pregresso operato e le risorse all'uopo impiegate.

La convalida consegue, per l'appunto, a un provvedimento di secondo grado con cui l'amministrazione decide di mantenere in vita un provvedimento illegittimo invece di annullarlo, reputando più conveniente e rispondente all'interesse pubblico la conservazione dell'atto in luogo della sua caducazione. Non si tratta però di un atto "negativo" di rinuncia all'esercizio del potere di annullamento, bensì di un potere "positivo, costitutivo" diretto, appunto, a sanare l'atto eliminandone il vizio che lo inficia e consolidandone gli effetti³².

²⁸ Secondo B.CAVALLO, *cit.*, p. 406 è inutile comparare i due istituti della convalida, amministrativa e civilistica, in quanto trattasi di "istituti completamente diversi, sicché è inutile distinguere un elefante da un'automobile!". Ed in effetti, tra le due "convalide" le differenze sono più delle somiglianze, ove solo si consideri i soggetti cui compete e le conseguenze dell'esercizio della convalida. Mentre infatti nel diritto amministrativo la convalida è riconosciuta allo stesso soggetto che ha posto in essere l'errore con l'adozione dell'atto viziato, nel diritto privato la convalida compete alla parte a cui spetta l'azione di annullamento; nel diritto privato, inoltre, l'effetto della convalida determina la preclusione della pretesa all'annullamento dell'atto, mentre nel diritto amministrativo, tendenzialmente, si riconosce comunque all'amministrazione anche il potere di annullare anche un provvedimento già precedentemente convalidato. Sul punto, cfr. G.MANNUCCI, *Della convalida cit.*, p. 205.

²⁹ Così, *ex multis*, G. SANTANIELLO, *cit.*, p. 503; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Tomo II, Bologna, p. 1540; F. COSTANTINO, *La convalida del provvedimento*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 897 ss.; A.G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 3 ed. Milano, 2020, p. 501

³⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385; Cons. Stato, Sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5538, in www.giustizia-amministrativa.it

³¹ Così B. CAVALLO, *Provvedimenti cit.*, p. 402.

³² In tal senso P. RAVÀ, *cit.*, p. 112; L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3 B. CAVALLO, *cit.*, p. 405. È impugnabile quindi l'atto "positivo" di convalida ma non è impugnabile il mancato esercizio (atto "negativo") del potere di annullamento d'ufficio; cfr. F. COSTANTINO, *cit.*, p. 898.



La piena comprensione degli elementi costitutivi del potere di convalida viene anche dal raffronto con altri poteri di riesame, con efficacia sanante ovvero demolitoria³³.

Nel rapporto con i poteri di riesame con efficacia sanante, occorre ulteriormente distinguere talune fattispecie nelle quali l'attività di riesame consiste proprio nella rimozione di un vizio dell'atto di primo grado da altre ipotesi nelle quali, invece, l'effetto conservativo non consegue alla correzione di un precedente errore. Tra le prime, le quali sono più simili alla convalida, si possono includere la ratifica, la sanatoria in senso stretto e la rettifica; tra le seconde, invece, rientrano la conversione e la conferma.

La convalida si distingue dalla ratifica con riferimento sia ai soggetti che esercitano il potere conservativo sia al vizio sanato. Con la convalida, infatti, è la stessa amministrazione che ha emanato l'atto illegittimo a sanare il vizio di legittimità che inficia l'atto (salvi i vizi "sostanziali" di cui si dirà di seguito); la ratifica, invece, mira a sanare il vizio di incompetenza dell'atto ed è pertanto il potere con cui una diversa autorità, competente ad adottare un provvedimento, "fa proprio l'atto" emesso dall'organo incompetente, conservandone appunto gli effetti³⁴.

La convalida è distinta anche dalla sanatoria in senso stretto che costituisce il rimedio ai casi di invalidità di un atto amministrativo per difetto di uno degli atti preparatori nel procedimento di emanazione del provvedimento e l'effetto sanante consegue all'intervento in secondo grado dell'atto mancante³⁵. Secondo un orientamento non si tratterebbe di un potere nuovo ma solo di una "inversione procedimentale" e di un "effetto" determinati dall'acquisizione, ora per allora, dell'atto endoprocedimentale mancante³⁶.

Invero, la ratifica e la sanatoria in senso stretto possono farsi rientrare nella formulazione dell'art. 21-*nonies*, comma secondo, l. n. 241/90, proprio perché riconducibili al *genus* dei provvedimenti di secondo grado diretti a rimuovere un vizio di legittimità che inficia l'atto originario.

La rettifica ha invece ad oggetto i meri errori materiali, ovvero le semplici irregolarità non invalidanti dell'atto e, dunque, è ben distinta dalla convalida che involge vizi di illegittimità dell'atto.

³³ Si possono poi elencare anche ulteriori fattispecie dalle quali consegue un effetto conservativo dell'atto amministrativo che, però, non rientrano in ipotesi di poteri di riesame e sulle quali occorrerebbe un'analisi più approfondita, in tale sede, non possibile. Tre queste la figura dell'acquiescenza, derivante dalla rinuncia a far valere l'impugnazione di un atto amministrativo,

³⁴ Cfr. B. CAVALLO, *cit.*, p. 409.

³⁵ Così, G. SANTANIELLO, *cit.*, p. 503.

³⁶ Cfr. R. CHIEPPA, *cit.*, p. 941. Occorre però considerare che la delineata "inversione procedimentale" è esclusa talvolta dalla legge in quei casi in cui rilevano interessi primari, come per esempio nell'ipotesi dell'autorizzazione paesaggistica il cui rilascio postumo in sanatoria non è ammesso ai sensi del comma 4 dell'art. 146, d.lgs. n. 42 del 2004; cfr. M. IMMORDINO, *cit.*, p. 353.



Come anticipato, tra le fattispecie di riesame in cui l'effetto conservativo non consegue a un'attività di rimozione di un vizio dell'atto, rientrano la conversione e la conferma.

La conversione consiste in un'attività meramente interpretativa che, senza eliminarne il vizio che lo inficia, mira a ricondurre l'atto nell'ambito di un diverso schema legale; sicché un provvedimento che sarebbe invalido se riferito a una certa tipologia di atti può essere identificato come provvedimento valido se inteso come una diversa fattispecie provvedimentale, che pure abbia la medesima funzione³⁷. La conseguenza è che, a differenza della convalida che mira a rendere l'atto "stabile e sicuro in tutti gli effetti che gli sono propri", la conversione è sempre qualcosa in meno in quanto "non potrà mai ottenere il perseguimento della piena e propria efficacia di quel determinato atto"³⁸, non sanando i vizi originari dell'atto di primo grado.

Con la conferma invece l'amministrazione, riesaminando il provvedimento, conclude nel senso della sua piena legittimità, sempre senza necessità di eliminare il vizio dell'atto³⁹. A tal riguardo, si distingue la conferma in senso proprio dall'atto meramente confermativo. Con la prima, l'amministrazione effettua un riesame completo della fattispecie con una nuova istruttoria e una nuova valutazione degli elementi di fatto e di diritto già considerati in precedenza e che si conclude con un provvedimento autonomamente impugnabile; con il secondo, invece, l'amministrazione, senza riaprire il procedimento, si limita a escludere la necessità di riesaminare il provvedimento, concludendo con un atto che, proprio perché non costituisce un "nuovo" provvedimento non è autonomamente impugnabile⁴⁰.

Ciascuna delle fattispecie finora delineate richiederebbe una trattazione autonoma e più diffusa non possibile in tale sede ma risulta comunque necessaria per definire l'ambito applicativo e gli effetti della convalida.

4. La convalida e i suoi rapporti con l'annullamento dell'atto.

Ciò posto, non si ritiene proficuo il confronto tra la convalida e la revoca d'ufficio che, per l'appunto, opera in presenza di vizi diversi, quali quelli di merito-opportunità dell'atto amministrativo.

Al contrario, è utile delineare i caratteri della convalida raffrontandola all'annullamento d'ufficio, in primo luogo, perché con questo condivide la tipologia di vizi, di legittimità, che inficiano l'atto amministrativo oggetto di riesame, che per

³⁷ Così, M. VILLATA, *L'atto amministrativo* cit., p. 1550. Tra gli esempi citati in dottrina rientrano la nomina in ruolo di un pubblico impiegato che diventa incarico temporaneo ovvero il decreto di espropriazione definitiva che diventa occupazione temporanea.

³⁸ P. RAVÀ, *cit.*, pp. 122 e 123.

³⁹ Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Conferma (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 856; sul tema anche M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo* cit., p. 5408.

⁴⁰ Da ultimo, in giurisprudenza Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2022, n. 1407, in www.giustizia-amministrativa.it



l'appunto è il "*provvedimento annullabile*". In secondo luogo, perché la convalida, come anticipato, è disciplinata nello stesso art. 21-*nonies*, l. n. 241/90, tra il comma primo e 2-*bis* dedicati all'annullamento d'ufficio; di talché occorre chiarire gli elementi strutturali unificanti e distintivi delle due fattispecie.

Inoltre, già in via preliminare, rispetto all'annullamento d'ufficio, si è evidenziato che la convalida è riservata soltanto all'amministrazione e non compete anche al giudice. Più difficile risulta, invece, distinguere l'annullamento parziale dell'atto amministrativo dalla sua convalida. L'annullamento parziale, infatti, comporta la cessazione di alcuni soltanto degli effetti di un atto amministrativo, attraverso l'eliminazione di una parte del suo contenuto, lasciando in vita la restante parte; sicché, almeno *quoad effectum*, l'annullamento parziale rappresenta una vicenda assimilabile alla convalida per il suo risultato conservativo. L'atto amministrativo è, per l'appunto, annullato solo parzialmente, per la parte emendata dai vizi che lo inficiava, mentre rimane in vita, per la parte rimanente non viziata. L'annullamento parziale è però ammesso a condizione che il contenuto dell'atto sia plurimo e scindibile in determinazioni autonome, nel senso che il vizio riscontrato nell'atto riguardi una parte di esso che può essere eliminata senza incidere sugli altri effetti che il provvedimento può comunque svolgere⁴¹.

Tuttavia, secondo la dottrina prevalente⁴² l'annullamento parziale non configura una *species* della convalida, ma, piuttosto, è assimilabile alla riforma dell'atto amministrativo, vale a dire a quella tipologia di riesame che consiste nella modifica dell'atto. Ed invero con la convalida rimane in vita l'intero atto, che non viene modificato né nel suo contenuto dispositivo né nei suoi effetti; con l'annullamento parziale, invece, una parte del contenuto e degli effetti dell'atto viene eliminata, mentre la restante parte rimane in vita quale parte autonoma da quella viziata.

Ciò posto talune impostazioni vedono nella convalida e nell'annullamento d'ufficio (sia esso totale o parziale) l'espressione di un unico potere di autoimpugnativa, che può concludersi o con la sanatoria o con la caducazione del provvedimento di primo grado. Il riesame con esito conservativo sarebbe "*l'altra faccia della medaglia*" del riesame con esito demolitorio⁴³, con il quale finirebbe per immedesimarsi, salvo che

⁴¹ In giurisprudenza, rispetto ai titoli edilizi, si è ammesso l'annullamento parziale allorché l'opera assentita sia scindibile, così da poter essere oggetto di distinti progetti e realizzazioni, e non allorché si tratti di una realizzazione unitaria. Cfr. *ex multis* Cons. Stato sez. IV, 29 novembre 2017, n.5598; Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4983; TAR Campania, Salerno, Sez. II, 05 gennaio 2021, n. 18; TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 29 ottobre 2019, n. 1164; TAR Marche, Ancona, Sez. I, 12 dicembre 2013, n.907, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴² In tal senso, si vedano B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento cit.*, p. 959; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo cit.*, p. 663; S. CAPOZZI, *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, Napoli, 1987, p. 97.

⁴³ Così, P. RAVÀ, *La convalida cit.*, p. 110, secondo cui "*L'autotutela [...] rappresenta il principio dal quale discendono, per due vie opposte, il principio di autoimpugnativa, nelle due facoltà di annullamento e di revoca da un lato, e la potestà di convalida dall'altro. Se sotto un certo aspetto queste sembrano costituire il diritto e il rovescio di una stessa medaglia, le*



per gli effetti, rappresentando l'alternativa all'eliminazione dell'atto. Seguendo questa impostazione, quando convalida un atto, l'amministrazione compie un'unica valutazione che riguarda anche la possibilità di annullare d'ufficio l'atto medesimo; sicché, la possibilità di convalidare l'atto sussiste solo una volta che si è esclusa l'ipotesi della sua rimozione.

L'inserimento nella stessa norma - l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 - dei commi 1 e 2-*bis* e del comma 2, complica la soluzione del tema dell'autonomia della convalida rispetto all'annullamento; infatti, la disciplina in un unico articolo delle due fattispecie di riesame a esito conservativo e demolitorio rischia di ingenerare il dubbio che convalida e annullamento rappresentino un potere unitario. Di modo che l'amministrazione che decide di riesaminare un atto amministrativo avvierebbe un unico procedimento che non ha un esito predeterminato, ma può concludersi sia con l'annullamento che con la convalida⁴⁴.

L'impostazione che considera convalida e annullamento come un unico potere di riesame delinea un interessante e nuovo angolo visuale dal quale è possibile arginare due questioni che, pur apparentemente teoriche, presentano importanti profili applicativi.

Da una parte, occorre chiedersi se, quando esercita il potere <unitario> di riesame, l'amministrazione deve preferire la scelta demolitoria rispetto a quella conservativa e, dunque, quali sono gli eventuali argomenti a sostegno della preferenza ovvero della sussidiarietà della convalida rispetto all'annullamento d'ufficio⁴⁵.

Dall'altra parte, occorre verificare se il potere di convalida condivide la struttura e i presupposti dell'annullamento d'ufficio, di cui costituisce il risvolto *positivo* espresso nel risultato *conservativo*.

In entrambi i casi, la soluzione di tali dubbi potrebbe offrire un'utile guida all'amministrazione chiamata a esercitare il potere di riesame, la quale opererà per l'autotutela demolitoria o conservativa a seconda che l'interesse pubblico prevalente suggerisca il ritiro o il consolidamento dell'atto. Senza escludere che, come si dirà, l'amministrazione, nell'esercizio di un potere discrezionale, potrebbe anche scegliere di rimanere *inerte* e non esercitare il potere di riesame dell'atto di primo grado.

nostre premesse ci inducono a considerare invece la potestà di annullamento quale presupposto necessario, se pure non sempre sufficiente, per l'esistenza e l'esplicamento della potestà di convalida". Contra, A. PRONTERA, *La convalida* cit., p. 243.

⁴⁴ Cfr. S. TUCCILLO, *Contributo* cit., p. 256

⁴⁵ Tale questione non dovrebbe porsi considerando la convalida e l'annullamento d'ufficio come espressione di funzioni non solo alternative ma del tutto autonome e distinte tra loro. Sul tema in senso critico rispetto alle tesi tradizionali, si veda A. PRONTERA, *La convalida* cit., p. 243.



Secondo la tesi prevalente, la convalida sarebbe comunque preferibile all'annullamento d'ufficio⁴⁶.

Il principio di conservazione, infatti, impone all'amministrazione di valutare, prima di annullare l'atto, se non ci sono i presupposti per esercitare il potere di convalida; l'annullamento d'ufficio costituisce anche per questo una semplice facoltà dell'amministrazione⁴⁷. Ciò spiega oltretutto anche perché, ove non risulti praticabile la convalida, l'amministrazione deve comunque preferire all'annullamento integrale dell'atto altre forme di riesame dalla portata demolitoria più ridotta come la riforma dell'atto ovvero il suo annullamento solo parziale⁴⁸.

Nello stesso senso, anche dal principio di leale collaborazione applicabile ai rapporti amministrativi deriverebbe che l'amministrazione è tenuta a "sforzarsi il più possibile" per porre rimedio al vizio dell'atto, sanandolo piuttosto che caducandolo⁴⁹. Inoltre, la preferenza della convalida rispetto all'annullamento d'ufficio potrebbe anche ricondursi a ragioni di tutela del legittimo affidamento del singolo che abbia confidato sulla legittimità e sulla stabilità dell'atto. E ciò specialmente nell'ipotesi in cui sia anche decorso il termine di dodici mesi previsto dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/90 per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti ampliativi, e la convalida resta "salva" e quindi ancora praticabile.

Il presupposto logico di queste conclusioni è però, come accennato, sempre l'idea dell'unitarietà del potere di riesame che viene esercitato dall'amministrazione risolvendo, in un medesimo procedimento, con un'unica istruttoria e una simultanea ponderazione di interessi, l'alternativa tra l'annullamento e la convalida⁵⁰.

Seguendo un diverso approccio argomentativo, si è fatto leva sulla "doverosità" della funzione amministrativa e sull'inciso contenuto nell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990,

⁴⁶ A tal riguardo, tra gli altri, cfr. CAVALLO, *cit.*, pag. 403 e 404; L. ACQUARONE, *cit.*, p. 187; R.VILLATA, *L'atto amministrativo cit.*, p. 1540; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit. p. 939; F. COSTANTINO, *La convalida cit.* 897; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio cit.*, pp. 255 e ss.

⁴⁷ E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento cit.*, p. 487 e 488, secondo cui "Procedere all'annullamento di ufficio costituisce una facoltà dell'amministrazione... In linea generale, la nozione di annullabilità o invalidità in senso stretto non esige, ma esclude la necessità giuridica dell'annullamento dell'atto invalido. Questo è definito da ciò, che può essere sanato o annullato; anzi, l'ordinamento è informato al principio di conservazione dei valori giuridici (sanatoria per decorso del tempo): l'atto amministrativo invalido può, quindi, ma non deve essere annullato".

⁴⁸ Così, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento cit.*, p. 659; R.VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo cit.*, p. 663. In tal senso espressamente, la già citata sentenza del TAR Campania, Salerno, Sez. II, 05 gennaio 2021, n. 18 ove si legge "in omaggio al principio di conservazione dei valori giuridici, la giurisprudenza ha reputato illegittima la rimozione in autotutela di un titolo edilizio, se il Comune non abbia dedicato alcun passaggio motivazionale alla possibilità, non implausibile, di annullamento d'ufficio parziale al fine di contemperare le contrapposte esigenze recando il minore sacrificio possibile alla posizione giuridica del privato". Si veda anche Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4983. Mentre con riferimento ai piani urbanistici, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 1991, n. 775, in *Foro amm.*, 1991, p. 2551.

⁴⁹ M.RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio cit.*, p. 122

⁵⁰ Se, invece, l'annullamento d'ufficio si considera come del tutto autonomo, all'amministrazione che avvia il procedimento per riesame con effetto demolitorio non si pone l'alternativa della convalida.



secondo cui *“rimangono ferme le responsabilità connesse all’adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo”*, per sostenere che l’amministrazione deve privilegiare l’esito conservativo dell’atto rispetto alla sua demolizione. La norma, infatti, imporrebbe all’amministrazione di valutare non più soltanto l’interesse al ripristino della legalità violata con l’atto di primo grado e l’eventuale sacrificio di posizioni giuridiche consolidate, ma anche di vagliare tutte le conseguenze in punto di responsabilità che potrebbero derivare dal mancato annullamento dell’atto. In particolare, occorrerebbe valutare gli effetti pregiudizievoli conseguenti all’omessa convalida ovvero alla decisione di non modificare l’originario assetto di interessi; e così la scelta di conservare, con la convalida, l’assetto degli interessi creato con il provvedimento di primo grado potrebbe evitare di incorrere in responsabilità conseguenti all’atto illegittimo⁵¹.

Inoltre, deporrebbe nel senso della preferenza della convalida rispetto all’annullamento d’ufficio anche la circostanza che al riesame conservativo non siano stati estesi i limiti previsti invece per il riesame a esito demolitorio dalle più recenti modifiche del comma primo dell’art. 21-*nonies*.

Il legislatore ha anche talvolta espressamente stabilito la preferenza del riesame conservativo sulla scelta demolitoria, come nell’ipotesi dell’art. 38 t.u. edilizia, secondo cui *“In caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative ...”*⁵²; e da tale disposizione, ove si possa argomentare nel senso di una priorità fissata *ex lege* per il rimedio conservativo rispetto a quello dell’annullamento nel campo dell’edilizia, si ricava una regola di portata sistematica più generale tale da orientare l’amministrazione nella scelta di preferire la convalida all’annullamento.

Anche l’art. 21-*octies*, comma secondo, legge n. 241/1990, avendo escluso l’annullamento dell’atto amministrativo affetto da vizi di legittimità non invalidanti, avrebbe confermato la preferenza di sistema accordata alla convalida e, più in

⁵¹ Così S. TUCCILLO, *Contributo cit.*, p. 199 secondo cui *“l’amministrazione non è più chiamata a valutare se ripristinare la legalità violata o sacrificare gli interessi consolidati, ma anche a soppesare le conseguenze in punto di responsabilità della decisione di non modificare l’assetto degli interessi. In tale ultimo senso si apprezzerà maggiormente la doverosità del ricorso allo strumentario dell’autotutela ad esito conservativo che consente al contempo di ripristinare la legalità violata, conservare inalterato l’assetto degli interessi e evitare la condotta contra legem fonte di responsabilità.”* Si afferma infatti che (pagg. 260 e 261) *“il legislatore, oltre a fare espressamente “salva” la possibilità di convalida ha volontariamente evitato di limitarne l’ambito di applicazione. La conseguenza è che essa risulta l’unico strumento di riesame residuo, per tutte le tipologie di provvedimenti, anche a fronte della decadenza del potere di annullamento d’ufficio. La funzione di ripristino della legalità violata si collega all’interesse primario di scongiurare il protrarsi delle conseguenze sfavorevoli in punto di responsabilità, in linea con la previsione che afferma la permanenza delle responsabilità per l’adozione e il mancato annullamento del provvedimento illegittimo”*.

⁵² Sul tema R. CHIEPPA, *cit.*, p. 939; A. PRONTERA, *cit.*, p. 244. Sull’art. 38 t.u. edilizia come *species* del potere di convalida ex art. 21-*nonies*, comma, si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 7 settembre 2020, n. 17; in giurisprudenza si è affermato espressamente che l’art. 38 t.u. edilizia costituisce *“un esempio di specifica applicazione”* dell’art. 21-*nonies*, comma 2, l. n. 241/90; così, Cons. Stato, Sez. II, 15 dicembre 2020, n. 8032, in *www.giustizia-amministrativa.it*



generale, alla sanatoria rispetto all'annullamento, allorché l'atto, viziato nella forma, sia però corretto nella sostanza⁵³.

Per altro profilo, l'impostazione che considera convalida e annullamento d'ufficio come l'espressione di un potere unitario potrebbe indurre a ritenere anche che il riesame con esito conservativo e con esito demolitorio abbia sempre gli stessi presupposti e che l'amministrazione sia chiamata ad effettuare sempre un'unica valutazione dei fatti e degli interessi coinvolti nell'esercizio del potere di secondo grado. L'unicità del potere verrebbe intesa come unicità strutturale della convalida e dell'annullamento d'ufficio.

Di conseguenza, anche quando esercita il potere di convalida, l'amministrazione si troverebbe ad applicare i presupposti fissati dal primo comma dell'art. 21-*nonies* per l'annullamento d'ufficio e, dunque, tra l'altro e a titolo esemplificativo, a valutare l'esistenza di "*interessi dei destinatari e dei controinteressati*" ovvero l'esistenza di un "*provvedimento annullabile*" ma sempre "*esclusi i casi di cui al [...] articolo 21 octies*"⁵⁴. Dovendo poi fronteggiare gli "*interessi di destinatari e controinteressati*", appunto, nell'ipotesi in cui penda un giudizio amministrativo di impugnazione dell'atto, l'esercizio del potere di convalida potrebbe risultare impedito proprio dalla posizione del singolo ricorrente il cui diritto di difesa, quale interessato o controinteressato, deve necessariamente essere valutato dall'amministrazione.

Il problema non è certamente risolto dalla formulazione dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/90, che, al comma secondo, in modo generico si limita a "*far salva*" la possibilità della convalida, applicabile entro i parametri non meglio precisati delle "*ragioni di interesse pubblico*" e del "*termine ragionevole*", senza specificare ulteriormente i presupposti e le modalità di esercizio del potere di riesame, così rimettendone la definizione all'opera creativa dell'interprete⁵⁵. E, anzi, la questione, come anticipato, si complica se si considera anche l'inserimento del secondo comma, tra un primo comma e un comma 2-*bis*, contenenti invece previsioni più puntuali sull'annullamento d'ufficio. E da qui si ingenera il dubbio che la previsione della convalida sia stata volutamente inglobata nell'ambito applicativo dell'annullamento d'ufficio, per farne proprio il "*risvolto della stessa medaglia*", ovvero l'esito conservativo alternativo alla rimozione dell'atto, con il quale condivide i medesimi presupposti normativi.

⁵³ Cfr. anche F.COSTANTINO, *cit.*, p. 897; occorre però tener sempre distinta la convalida (e più in generale con la sanatoria) del provvedimento dalla vicenda della non annullabilità dell'atto ex art. 21-*octies* co. 2, rispetto alla quale non viene meno il vizio di legittimità (che viene meno invece nel caso della convalida) ma viene meno la "sanzione" dell'annullabilità e il vizio di legittimità permane; in termini, M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo* *cit.*, p. 5411.

⁵⁴ Problematica più diffusamente affrontata al successivo paragrafo 8.

⁵⁵ Mentre rispetto ad altri poteri di riesame, come la sanatoria, la conferma, la riforma etc., la legge n. 241 del 1990 non contiene alcuna previsione.



5. La natura discrezionale della convalida.

Pur qualificando la convalida e l'annullamento d'ufficio come un potere unitario, non si deve però concludere che l'amministrazione risulti vincolata soltanto all'alternativa tra convalidare o annullare d'ufficio l'atto illegittimo.

A tal riguardo, si pone il tema della natura discrezionale o vincolata da riconoscersi alla convalida. Si tratta per la verità di una questione poco indagata dalla dottrina che si è per lo più concentrata sul medesimo profilo con riferimento all'annullamento d'ufficio, di cui è stata ampiamente discussa, e da taluno anche sostenuta, la "doverosità"⁵⁶

Orbene, senza troppe difficoltà, si dovrebbe concludere che la convalida costituisce un potere discrezionale⁵⁷. Ciò sarebbe confermato, anzitutto, dalla stessa lettera dell'art. 21-*nonies*, comma secondo, l. n. 241/90, che fa appunto salva la "possibilità" e non l'obbligo della convalida e l'ammette "sussistendone le ragioni di interesse pubblico".

Sicché, al pari di quanto si afferma per l'annullamento d'ufficio, anche la convalida presuppone oltre all'illegittimità dell'atto anche uno specifico e concreto interesse pubblico all'esercizio del riesame conservativo; di cui, peraltro, si può discutere se coincida in tutto o in parte con lo stesso interesse già perseguito con l'atto originario. L'amministrazione è dunque libera di valutare se convalidare l'atto illegittimo ovvero se optare per altre forme di riesame, a carattere demolitorio, come l'annullamento d'ufficio integrale dell'atto e, nei limiti prima delineati, anche solo parziale, ovvero rimanere "inerte" e non provvedere in secondo grado sull'atto viziato.

Tanto risponde anche alla natura della convalida quale potere di amministrazione attiva, a cui è assegnato, come anche per l'annullamento d'ufficio, non un mero e semplice controllo di legittimità dell'atto, in vista di un esito (vincolato) di conservazione del medesimo, ma una funzione strumentale al soddisfacimento di un

⁵⁶ Sul tema *ex multis* G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 316 e ss.; P. L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (Qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2014, 6, 21 e ss.; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., in particolare, pp. 1190 e ss.; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *www.federalismi.it*, 2017; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, II ed., in particolare pp. 630 e ss.; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa*, Torino, 2021; N. DURANTE, *L'autotutela doverosa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 15 marzo 2022. È nota la posizione espressa da F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537 ss., e in particolare a pag. 544, che dopo aver delineato i caratteri dell'autotutela decisoria come autoimpugnativa, contrapposta a quella che consegue obbligatoriamente a un atto di controllo e come tale espressione di un potere necessitato, la qualifica come potere "spontaneo", cioè "lasciato alla discrezionalità dell'amministrazione di esercitarla". Nello stesso senso anche B. CAVALLO, cit., p. 356.

⁵⁷ Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 28 marzo 2006, n. 736, in *Foro amm.* TAR 2006, 3, p. 886



interesse pubblico specifico ed attuale; interesse pubblico che dovrà dunque essere esplicitato nell'atto di convalida⁵⁸, escludendosi l'ipotesi di una convalida tacita⁵⁹.

Tuttavia, la natura discrezionale della convalida potrebbe essere posta in discussione, tenendo presente alcuni profili, anch'essi poco indagati dalla letteratura sul tema.

Se, infatti, si analizzano gli argomenti prima esposti circa il carattere prioritario della convalida rispetto all'annullamento, si potrebbe sostenere che dal principio di conservazione degli atti derivi una regola più ampia di preferenza del sistema per la convalida (e più in generale per la sanatoria) dell'atto; vale a dire una regola d'azione a valenza decisoria che imporrebbe all'amministrazione di scegliere sempre la convalida, ove possibile, indipendentemente dai fatti e dagli interessi del caso concreto⁶⁰.

Oltretutto, è stato anche sostenuto che l'interesse pubblico alla convalida si identifica già nell'interesse al ripristino della legalità e comunque nell'evitare possibili conseguenze negative derivanti dalla illegittimità dell'atto⁶¹. Tale soluzione si collega, però, a un'impostazione che risolve la funzione della convalida nel mero recupero della legalità violata, senza richiedere un interesse pubblico ulteriore; se però è sufficiente lo scopo di mero ripristino della legalità violata, la convalida non imporrebbe il soddisfacimento di altro interesse che quello già perseguito dall'atto che viene sanato e a cui l'atto di secondo grado si salda. Peraltro, seguendo questa linea interpretativa, la convalida non aggiunge nulla di nuovo ma si limita a consolidare il contenuto e gli effetti di un atto di primo grado già esistente, per il quale è già stata ampiamente compiuta la valutazione dell'interesse pubblico originario al momento della sua adozione, senza necessità di reiterarne una nuova e più aggiornata.

⁵⁸ Così già G. SANTANIELLO, *cit.*, p. 504; F. COSTANTINO, *cit.*, p. 901

⁵⁹ La tesi dell'ammissibilità della convalida tacita è rimasta isolata, sostenuta da P. RAVÀ, *cit.*, p. 198; *contra* B. CAVALLO, *cit.*, p. 406. A tal riguardo Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7941; un'apertura rispetto alla convalida tacita sembra però ammessa da Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, ove si legge: "Il legislatore non ha voluto tuttavia irrigidire i requisiti di forma-contenuto dell'atto: pare quindi superato quell'orientamento giurisprudenziale che, in analogia con le disposizioni del codice civile, riteneva che la convalida dovesse necessariamente contenere l'espressa menzione dell'atto da convalidare, del vizio che lo inficia, e la chiara manifestazione della volontà di eliminare il vizio".

⁶⁰ In questi termini sembra orientato B. CAVALLO, *cit.*, p. 403, secondo cui "Forse è più ragionevole pensare che nel procedimento di riesame il principio di conservazione acquisti una valenza diversamente significativa: non è soltanto un criterio ermeneutico [...] Siamo, infatti, dentro un procedimento di secondo grado, il cui esito non può unicamente consistere nell'accertamento della invalidità dell'atto di primo grado e, di conseguenza, nella sua rimozione demolitoria [...] 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, dunque, questione di «possibilità», ma l'amministrazione qui agente in secondo grado ha l'obbligo di perseguire questo risultato".

⁶¹ Cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2005, p. 433; G.D. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo, I, L'attività*, Padova, 2005, p. 181; M. IMMORDINO, *cit.*, p. 353.



Sicché, come già è avvenuto per l'annullamento d'ufficio, anche per la convalida si potrebbe prospettare la teorica dell'interesse pubblico *in re ipsa*, sotteso alla conservazione dell'atto; tale interesse sarebbe connaturato alla stessa rimozione della causa di invalidità e tale da "vincolare" l'amministrazione a convalidare l'atto amministrativo o, quantomeno, tale da alleggerirla nell'assolvere l'onere motivazionale rispetto alle ragioni del provvedimento di sanatoria.

In senso opposto, tuttavia, si può rilevare come dal principio di conservazione dell'atto non si dovrebbero mai far dipendere conseguenze in termini di "doverosità" del potere di convalida. L'interesse pubblico, infatti, non può confondersi con l'interesse alla conservazione dell'atto; come del resto si è già sostenuto, anche rispetto all'annullamento d'ufficio sono stati ampiamente criticati tutti quegli argomenti che identificano l'interesse pubblico con l'interesse al ripristino della legalità violata, come interesse *in re ipsa* nella rimozione dell'atto⁶².

Lo stesso comma secondo dell'art. 21-nonies, nello stabilire che la convalida è "possibile" "sussistendone le ragioni di interesse pubblico", impone l'esistenza di un interesse pubblico alla convalida ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità violata con la sanatoria del primo atto.

A tal riguardo, ci si può chiedere se con la convalida si persegue un interesse pubblico diverso da quello già perseguito dal primo atto, i cui effetti e contenuto sono salvati e mantenuti in vita senza modificazioni; oppure è possibile ipotizzare che la convalida miri a realizzare un interesse pubblico ulteriore e più complesso rispetto a quello sotteso all'atto di primo grado, con il quale si salda. Come si dirà oltre, occorre prendere le mosse dalla funzione della convalida come atto diretto a rimuovere le incertezze, giuridiche e fattuali, e l'instabilità derivanti dai vizi dell'atto di primo grado.

⁶² La giurisprudenza ha talvolta prospettato ipotesi di annullamento doveroso, facendo leva per l'appunto sull'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, *in re ipsa* nella necessità di ripristinare la legalità violata, nell'ipotesi più ricorrente del provvedimento di annullamento di una concessione edilizia illegittima. L'interesse pubblico, concreto ed attuale sarebbe identificato nel ripristino della legalità violata, tenuto conto del carattere *contra legem*, e conseguentemente la p.a. avrebbe il dovere di annullare in ogni tempo la concessione illegittimamente assentita; cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016 n. 3660; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012 n. 5691, in *www.giustizia-amministrativa.it*

Tale orientamento, fondato sulla teorica dell'interesse pubblico *in re ipsa*, dovrebbe ritenersi superato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 17 ottobre 2017, n. 8, la quale ha espressamente affermato che "la sussistenza di un interesse pubblico alla rimozione di un atto amministrativo illegittimo (anche a prescindere dal ricorso alla formula dell'interesse *in re ipsa*) è oggettivamente connaturata alla rilevata sussistenza di una situazione antigiuridica. Ma ciò non sta a significare che il riconoscimento di un tale interesse (peraltro, espressamente richiamato dal comma 1 del più volte richiamato articolo 21-nonies) comporti di per sé la pretermissione di ogni altra circostanza rilevante (come gli interessi dei destinatari dell'atto, di cui la disposizione chiede espressamente di tener conto) ed esoneri l'amministrazione da qualunque - seppur succintamente motivata - valutazione sul punto. Una cosa è infatti la tendenziale prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino dell'ordine giuridico rispetto agli altri interessi rilevanti; ben altra cosa è la radicale pretermissione, anche ai fini motivazionali, di tali ulteriori circostanze attraverso una loro innaturale espunzione dalla fattispecie".



Tanto depone nel senso della qualificazione della convalida come potere discrezionale.

Sicché, l'amministrazione non è vincolata alla convalida neppure quando interviene nei confronti di atti vincolati per legge⁶³; come del resto non è obbligata alla sola alternativa convalida-annullamento d'ufficio, ma, come opzione ulteriore, potrebbe anche valutare di rimanere "inerte" e, pur riconoscendo l'illegittimità dell'atto, decidere di non rimuoverlo e di non sanare il vizio che lo invalida.

La stessa amministrazione potrebbe poi anche decidere, ove possibile, di esercitare altre forme di riesame dell'atto, riformandolo o annullandolo solo parzialmente, ovvero potrebbe anche valutare di annullare l'atto viziato e, più o meno contestualmente, emanarne uno nuovo, identico al primo ma emendato dal vizio di legittimità; dal che si avrebbe una fattispecie di rinnovazione dell'atto molto simile alla convalida quanto a risultato, ma da questa distinta quanto all'ambito temporale dei suoi effetti, posto che con la rinnovazione gli effetti del nuovo atto si producono dalla sua emanazione per il futuro (*ex nunc*), mentre con la convalida continuano a prodursi gli effetti dell'atto viziato (quindi *ex tunc*).

Invero è proprio con riguardo all'efficacia retroattiva della convalida che sono stati sollevati plurimi interrogativi in dottrina e in giurisprudenza.

6. La retroattività della convalida.

Sicché, prima di analizzare limiti e ambito di operatività della convalida, il raffronto tra la convalida e altre vicende giuridiche impone proprio di interrogarsi sulla retroattività del riesame con effetto conservativo. Come per l'annullamento d'ufficio, l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/90 non prevede espressamente che la convalida debba avere efficacia solo per il futuro o anche per il passato.

Cionondimeno, si è comunque sostenuto che la convalida ha sempre effetto retroattivo⁶⁴. La retroattività, infatti, sarebbe una conseguenza necessitata della convalida in quanto varrebbe a distinguerla da altre fattispecie ad essa analoghe come la sostituzione dell'atto viziato con un nuovo provvedimento illegittimo⁶⁵. Se la convalida sanasse l'atto viziato con effetto non *ex tunc* ma *ex nunc*, non avrebbe una sua utilità pratica autonoma e non si distinguerebbe dalla vicenda dell'annullamento

⁶³ In tal senso R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo* cit., p. 693. Conforme anche TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 30 aprile 2015, n.1071.

⁶⁴ Cfr. P. RAVÀ, *cit.*, p. 227; L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3 L. ACQUARONE, *cit.*, p. 229; B. CAVALLO, *cit.*, p. 407; V. ANTONELLI, *cit.*, p. 2223; così in giurisprudenza, tra le altre, TAR, Lazio, Latina, Sez. I, 30 maggio 2012, n. 415 ove si legge che "L'atto di convalida - pur costituendo un nuovo e autonomo provvedimento amministrativo, come tale impugnabile - non si sostituisce all'atto convalidato, ma ad esso si ricollega al fine di mantenerne fermi gli effetti fin dal momento in cui esso è stato emanato (c.d. efficacia *ex tunc* della convalida); gli effetti giuridici, pertanto, si imputano all'atto convalidato, rispetto al quale quello convalidante si pone soltanto come causa ostativa all'eventuale annullamento per illegittimità, sempreché l'amministrazione non abbia già perso la disponibilità dell'effetto".

⁶⁵ R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo* cit., p. 698;



del provvedimento con contestuale emanazione di un nuovo atto legittimo che, anzi, consentirebbe di pervenire allo stesso risultato pratico di una convalida operante per il futuro⁶⁶.

Si è anche sostenuto che l'atto di convalida avrebbe comunque efficacia *ex nunc* ma esplicherebbe "sotto un profilo di mero fatto" una efficacia di conservazione dell'atto per il passato e quindi *ex tunc*, in quanto all'atto stesso la convalida si salderebbe impedendone l'annullamento e quindi conservandone gli effetti per il tempo intermedio tra la data di emanazione dell'atto illegittimo fino al riesame⁶⁷. Tale tesi è stata però criticata in quanto, pur postulando sempre il perdurare dell'illegittimità *medio tempore*, non spiegherebbe le ragioni della non annullabilità dell'atto e della sua non disapplicabilità per gli effetti dell'atto prodottisi prima della convalida⁶⁸.

Sotto altro profilo la retroattività degli effetti della convalida si può spiegare tenendo presente la tipologia dei vizi convalidabili. La convalida, di regola, sana un vizio riguardante un elemento di forma dell'atto ma non incide sul suo contenuto, giacché recupera *ex post* una formalità omessa che, ove fosse stata assolta *ex ante*, non avrebbe portato a una modifica del contenuto dispositivo dell'atto stesso e dei suoi effetti. In altri termini, l'espletamento postumo di una formalità, che non incide sul contenuto sostanziale dell'atto originariamente viziato, non va neppure, almeno di regola, a modificare la decorrenza dei suoi effetti. Sicché, la convalida non retroagisce rispetto a effetti che rimangono imputabili, sin dall'inizio, soltanto all'atto sanato, e dal quale continuano a decorrere.

Altra autorevole dottrina ha invece evidenziato che più che di retroattività occorrerebbe parlare di "retrospettività" della convalida⁶⁹, nel senso che la convalida non opera sull'efficacia *medio tempore* dell'atto viziato che, proprio su un piano logico, prima che giuridico, non potrebbe venir meno in quanto già prodottasi e

⁶⁶ Nello stesso senso anche la giurisprudenza, tra cui, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 1, 188. Ad essa si conforma anche Cons. Stato, Sez. IV, 21 aprile 2022, n. 3018 in www.giustizia-amministrativa.it

⁶⁷ Così, P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 3° ed., 1968, p. 526 e nota n. 6.

⁶⁸ Così, L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3

⁶⁹ Cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo* cit., p. 190, secondo cui "ciò non significa [...] che la convalida sia retroattiva: l'efficacia spiegata *medio tempore* dall'atto invalido rende *superflua*, prima che logicamente inammissibile, tale retroattività. [...] In altri termini, l'incidenza della convalida sul vizio dell'atto convalidato è spiegata non dalla retroattività del primo atto, ma da ciò che esso assume il secondo a suo oggetto, e perciò influisce su di esso senza necessità di proiettare i propri effetti nel passato. La convalida è caratterizzata dalla retrospettività, ma non dalla retroattività". Come illustrato dallo stesso a. (a pag. 400, nota n. 38) la distinzione tra retroattività e retrospettività viene spiegata da altra dottrina, nel senso che mentre con la retroattività si avrebbe "oltre che retrovalutazione, anche rivalutazione, ossia una valutazione nuova che si sostituisce *ex tunc* alla valutazione diversa anteriore (onde la operatività nel passato giuridico), mentre la retrospettività comporta una mera rivalutazione di un passato che viene dichiarato, accertato, ma non alterato". Proprio perché gli effetti dell'atto convalidato continuano a essere ricondotti soltanto a questo, la giurisprudenza sottolinea come con la convalida "proprio per il suo carattere retroattivo, non riapre i termini per l'impugnazione dell'atto convalidato, che decorrono dalla conoscenza dell'atto convalidato"; così, TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 12 marzo 2015, n. 152, in *Foro amm.*, 2015, 3, p. 931.



continua a essere riconducibile soltanto all'atto originario⁷⁰. La convalida non opererebbe retroattivamente ma si limiterebbe a rimuovere qualsiasi rilevanza del vizio che inficiava l'atto, consentendo così di stabilizzarne gli effetti, che però sono imputabili soltanto all'atto di primo grado; sicché, in definitiva, la funzione della convalida sarebbe di impedire l'annullamento dello stesso sia da parte dell'autorità amministrativa sia per impugnativa del privato⁷¹.

Ciò posto, la retroattività non è stata comunque assunta da tutti come elemento indefettibile della convalida, in ragione delle criticità che essa pone rispetto alla compressione delle situazioni soggettive private. Si assiste, pertanto, a un processo di erosione della retroattività quale carattere essenziale della convalida che viene progressivamente limitato nelle diverse fattispecie poste all'attenzione dell'interprete.

La dottrina ha, anzitutto, evidenziato l'inconsistenza di quegli argomenti che fondavano il necessario effetto retroattivo della convalida.

Quanto all'asserita inutilità pratica di una convalida con effetto soltanto *ex nunc*, si è osservato che, a ben guardare, la convalida non retroattiva risulterebbe comunque meno gravosa rispetto alla sostituzione dell'atto viziato con un nuovo atto, giacché *"per la convalida basta il venire in essere di un singolo atto"* mentre *"la sostituzione con un nuovo atto implicherebbe lo svolgimento ex novo del procedimento"*⁷².

Inoltre, la convalida retroattiva implica come principale conseguenza che il singolo non possa più far valere il vizio dell'atto convalidato; e dunque pregiudica proprio la tutela giurisdizionale garantita dagli articoli 24 e 113 Cost., specialmente nell'ipotesi che il singolo abbia impugnato un provvedimento avendo interesse all'annullamento e facendo valere proprio il vizio sanato *ex tunc* dalla convalida⁷³.

Proprio per ovviare a tale problema si è formato un orientamento, in dottrina e in giurisprudenza, poi superato, che ha sostenuto l'inammissibilità della convalida in

⁷⁰ È infatti impensabile che uno stesso effetto giuridico sia riconducibile a due atti distinti, quali l'atto amministrativo viziato e la convalida.

⁷¹ A tal riguardo, si veda la giurisprudenza che, pur riferendosi espressamente al carattere *ex tunc* della convalida, rileva come *"l'esercizio della facoltà di convalida comporta l'emanazione di un provvedimento, nuovo ed autonomo rispetto al provvedimento da convalidare, di carattere costitutivo, che si ricollega all'atto convalidato al fine di mantenerne fermi gli effetti fin dal momento in cui esso venne emanato (c.d. efficacia ex tunc della convalida); pertanto gli effetti giuridici, a differenza di quanto avviene nel caso della rinnovazione dell'atto viziato, si imputano all'atto convalidato, rispetto al quale quello convalidante si pone soltanto come causa ostativa all'eventuale annullamento per illegittimità, con conseguente irricevibilità del ricorso proposto avverso l'atto convalidato se impugnato solo dopo l'intervento dell'atto convalidante"*; cfr. Cons. Stato, sez. IV, 09 luglio 2010, n. 4460, in *Foro amm. CDS*, 2010, 7-8, p. 1422.

⁷² G.D. FALCON, *cit.*, p. 25

⁷³ G.D. FALCON, *cit.*, p. 26; sul tema anche R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *cit.*, p. 699; G. MANNUCCI, *cit.*, pp. 208 e ss.



corso di giudizio⁷⁴, e comunque fintanto che l'atto amministrativo non sia divenuto inoppugnabile per decorso del termine per la sua impugnativa⁷⁵.

Tale soluzione è stata però ritenuta non priva di inconvenienti giacché la decorrenza del termine di impugnazione non è un fatto certo sempre per tutti i soggetti interessati, per cui l'amministrazione e il giudice potrebbero non sapere se l'atto risulta effettivamente convalidabile o comunque se l'atto risulti convalidabile per tutti o solo per alcuni dei suoi destinatari, dovendo prospettarsi un'ipotesi del tutto "fuori luogo" di convalida "relativa"⁷⁶.

Da qui la soluzione che esclude la retroattività della convalida; la convalida potrebbe anche essere ammessa con efficacia per il passato ma come un potere di riesame che consenta, con un unico atto, di pervenire allo stesso risultato determinato dalla sostituzione dell'atto viziato con un nuovo atto, e sempre senza "privare gli amministrati del diritto costituzionalmente riconosciuto di far valere l'illegittimità del provvedimento per il periodo in cui essa sia esistita, sin tanto che essi abbiano a ciò un interesse"⁷⁷.

Sono poi stati frapposti dei limiti alla retroattività della convalida da parte di quella giurisprudenza che ha comunque escluso che la convalida possa incidere negativamente sulle posizioni giuridiche soggettive consolidate di terzi, in modo da elidere per il passato gli effetti pregiudizievoli già verificatisi⁷⁸; mentre secondo altro orientamento la convalida non sarebbe ammessa rispetto alle ipotesi in cui l'esercizio del potere è sottoposto a un termine perentorio⁷⁹.

L'esposizione, finora condotta, dei più significativi orientamenti sul tema consente di evidenziare che, più che sui suoi elementi strutturali, la principale ragione dell'avversione al carattere retroattivo della convalida deriva dalle implicazioni pratiche portate dalla convalida con effetti *ex tunc*.

Si fa leva, infatti, per lo più sulla necessità di evitare che con la convalida retroattiva si arrechi a situazioni giuridiche soggettive tutelate e consolidate nel passato, un

⁷⁴ Così, tra gli altri, L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3; R. VILLATA, *L'atto amministrativo cit.*, p. 1543. Tesi in passato sostenuta da Cons. Stato, Sez. IV, 12 aprile 1986, n. 253.

⁷⁵ Cfr. L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3; G. SANTANIELLO, *voce cit.*, p. 505

⁷⁶ G. D. FALCON, *cit.*, p. 27 e ss., che osserva che comunque potrebbe risultare inutile la convalida di un atto che risulta già inoppugnabile.

⁷⁷ G.D. FALCON, *cit.*, p. 29; critici rispetto al riconoscimento del carattere retroattivo della convalida sono anche G. MANNUCCI, *cit.*, pp. 225 e ss.; A. PRONTERA, *cit.*, pp. 261 e ss.;

⁷⁸ Così, Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 2002, n. 3207, in *Foro amm.* CDS 2002, 1457; sul tema D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, *cit.*, p. 433. Si veda anche Cons. Stato, Ad. Plen. 29 agosto 1991, n. 6 in *Cons. St.*, 1991, I, 1089, secondo cui, rispetto agli atti ablatori restrittivi della sfera giuridica di singoli privati, la convalida ha efficacia *ex nunc*, non essendo consentito all'autorità amministrativa comprimere con efficacia retroattiva l'esercizio dei diritti di cittadini, in modo da eliminare per il passato le tutele corrispondenti agli effetti pregiudizievoli già verificatisi..

⁷⁹ Come conclude Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, *cit.*.



pregiudizio con effetti *ex post* ritenuto inammissibile⁸⁰. Così, anche guardando alle fattispecie più frequenti nelle quali si è posta la tematica, si vuole evitare che la convalida, intervenendo in un giudizio pendente o rispetto a provvedimenti che incidano sfavorevolmente su diritti di destinatari o di terzi, possa sanare con efficacia *ex post* vizi che dovrebbero sempre determinare l'invalidità del provvedimento. È il caso della convalida che è stata esclusa rispetto all'ipotesi in cui sia stata omessa l'indicazione dei termini iniziale o finale del procedimento espropriativo nella dichiarazione di pubblica utilità, stante anche la funzione garantistica che l'indicazione dei termini assolve al fine di dimostrare l'attualità dell'interesse pubblico che si intende soddisfare con l'ablazione; ma in tale vicenda è evidente che, più che per ragioni di tutela dei diritti dei singoli, l'inammissibilità della convalida deriva dalla tipologia del vizio, attinente alla funzione, che evidenzia appunto l'assenza di un attuale interesse pubblico al momento dell'avvio dell'esproprio e come tale non sanabile⁸¹.

Ciò posto, il dato normativo (contenuto nell'art. 21-*nonies*, comma secondo), non è d'ausilio nella risoluzione della questione, giacché, come per l'annullamento d'ufficio, non puntualizza l'ambito temporale della convalida⁸².

E, dunque, non è neppure da escludersi che la convalida possa operare con efficacia soltanto *ex nunc*⁸³; come, del pari, non si può negare *tout court* l'efficacia retroattiva alla convalida.

Sicché, in assenza di una norma vincolante sul punto, la soluzione della questione passa inevitabilmente dai principi generali che governano l'azione amministrativa.

È allora indubbio che la convalida, al pari di ogni potere di riesame, è pur sempre espressione del potere-dovere che l'amministrazione ha di curare l'interesse pubblico, anche tornando sui propri provvedimenti per correggerne gli errori; potere-dovere che, tendenzialmente, al di là delle suggestioni pure proposte sul tema, non dovrebbe esaurirsi e resterebbe sempre attribuito all'amministrazione proprio in quanto strumentale al perseguimento costante dell'interesse pubblico, pur se non ci fosse una disposizione che, come nel caso della convalida, lo riconosce.

⁸⁰ Come osservato da B. CAVALLO, *cit.*, p. 407 "il problema dei limiti che incontra la retroattività degli effetti del provvedimento di convalida. [...] Qui non si demolisce, ma si costruisce una nuova "verginità" per il provvedimento di primo grado. Come accade in queste "elusive" operazioni chirurgiche correttive ..., sarà soprattutto il terzo che dovrà essere tutelato, per non essere cum fraude gabbato: ha ragione, pertanto, chi ha acutamente sostenuto che la convalida incontra nei "diritti dei terzi" un invalicabile limite per la sua retroattività".

⁸¹ Così, Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2012, n. 1991; Cons. Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2006, n. 7898.

⁸² A tal riguardo, con riferimento all'annullamento d'ufficio, ma con argomenti estendibili anche alla convalida, si è prospettata la possibilità di ammettere una limitazione nel tempo degli effetti del provvedimento di secondo grado proprio in ragione dell'assenza di una norma che imponga la retroattività del riesame; sul tema, W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 14.

⁸³ M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado* *cit.*, p. 355



Inoltre, anche la decisione sull'effetto temporale della convalida non può che dipendere dalla decisione discrezionale dell'amministrazione che dunque è libera di valutare l'opzione, retroattiva o no, che meglio consenta di soddisfare l'interesse pubblico. Sicché, seguendo tale importazione anche l'effetto retroattivo o irretroattivo del riesame diventa espressione della discrezionalità dell'amministrazione che connota anche la convalida come provvedimento di secondo grado.

Cionondimeno, l'amministrazione dovrà pure tener conto degli interessi di destinatari dell'atto e di eventuali controinteressati⁸⁴, specialmente se si ritiene che la convalida e l'annullamento d'ufficio possano rappresentare l'espressione di un potere di riesame unitario quanto a presupposti e a valutazione degli interessi da applicare. Da qui certamente la necessità anche per la convalida di una ponderazione comparativa degli interessi⁸⁵, da cui origina anche l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento dei singoli che potrebbe risultare compromesso dalla convalida di un atto viziato pregiudizievole.

Va comunque rilevato che almeno parte delle perplessità sollevate dalla "retroattività" della convalida possono comunque superarsi, se si ritiene che al singolo possa comunque spettare una tutela, se non in forma impugnatoria quantomeno in via risarcitoria, rispetto agli effetti pregiudizievoli *medio tempore* determinati dall'atto sanato fino al momento della convalida⁸⁶; effetti che comunque si sono prodotti, possono aver inciso negativamente sulla sfera giuridica del privato e che, dunque, ai fini della tutela giurisdizionale, non possono ritenersi "cancellati" dal provvedimento di autotutela.

7. La convalida del "provvedimento annullabile".

Venendo all'ambito applicativo del potere, l'art. 21-*nonies*, comma secondo, l. n. 241/90 circoscrive la convalida al "provvedimento annullabile". Da escludersi dunque la convalida di un atto nullo, anche perché improduttivo di effetti⁸⁷, o di un atto

⁸⁴ In tal senso, V. ANTONELLI, *cit.*, p. 2222; in giurisprudenza, TAR Lazio, Latina, Sez. I, 30 maggio 2012, n. 415.

⁸⁵ Così, *ex multis*, TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 2 febbraio 2016, n. 175;

⁸⁶ Soluzione proposta da G. MANNUCCI, *cit.*, p. 236 che sostiene che "a fronte di una convalida che dispone solo per l'avvenire, è concessa al privato l'azione risarcitoria per gli effetti lesivi *medio tempore* prodotti". Si osserva poi che il danno risarcibile è per lo più identificabile nello stato di incertezza determinato dall'atto illegittimo finché non venga convalidato. Così, anche se l'atto illegittimo era favorevole, comunque, il singolo subisce il danno derivante dall'incertezza insita nell'illegittimità dell'atto, che lo rende instabile, benché venga poi eliminata; e quindi il singolo può aver temuto l'annullamento dell'atto e, quindi, può aver rinunciato a eseguire un investimento sulla base dell'atto illegittimo. In tema anche F. COSTANTINO, *cit.*, p. 903.

⁸⁷ Così, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento cit.*, p. 940; G. SANTANIELLO, voce *cit.*, p. 504; L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 2; F. COSTANTINO, *cit.*, p. 899; in giurisprudenza, si è affermato che "La dichiarazione di pubblica utilità priva dell'indicazione dei termini relativi al compimento delle espropriazioni e dei lavori previsti dall'art. 13 l. n. 2359 del 1865, in quanto giuridicamente inesistente e radicalmente nulla - senza possibilità di convalida, sanatoria od integrazione ad



amministrativo già annullato⁸⁸, ovvero ancora di un atto amministrativo sospeso in via cautelare dal giudice amministrativo, rispetto ai quali mancherebbe anche l'interesse pubblico a convalidare un atto inesistente (nei primi due casi) o comunque inefficace (nel terzo caso). In tali ipotesi l'amministrazione, lungi dal sanare un atto inesistente o inefficace, potrebbe al più emanare un nuovo provvedimento, emendato dai vizi di nullità o di annullabilità e con efficacia soltanto per il futuro. Del pari si deve ritenere inammissibile la convalida di un atto non illegittimo ma solo inopportuno⁸⁹ e come tale non annullabile.

Deve poi certamente escludersi la convalida nell'ipotesi che l'amministrazione abbia con l'emanazione dell'atto di primo grado ormai esaurito il suo potere senza possibilità di riesercitarlo nuovamente (come nel caso degli organi di controllo)⁹⁰ oppure non abbia la piena disponibilità dell'atto⁹¹.

Ciò posto, si pone la questione di delimitare la nozione di "provvedimento annullabile" suscettibile di convalida e di verificare rispetto a quali vizi può intervenire la sanatoria.

Si tende a sostenere che la convalida rimane ammessa solo per vizi che incidano su elementi formali dell'atto, quali ad esempio un difetto di motivazione (assumendone la natura non sostanziale), l'errato computo o il mancato raggiungimento del quorum, il voto palese in luogo di quello segreto, l'irrituale convocazione di un organo collegiale, la violazione di una norma inerente alla forma del provvedimento; mentre la convalida sarebbe esclusa per i vizi c.d. sostanziali⁹². Del pari, la convalida risulta possibile anche per il vizio di incompetenza, la cui convalidabilità è ammessa anche in corso di giudizio dall'art. 6 della legge 18 marzo 1968, n. 249 (secondo cui *"alla convalida degli atti viziati di incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale"*).

In presenza di vizi formali, tuttavia, poiché la convalida colloca l'assolvimento della formalità in un momento successivo a quello loro proprio, la sua ammissibilità può

opera di provvedimenti successivi - è inidonea a far sorgere il potere espropriativo ..."; cfr. Cass. civ., Sez. I, 28 luglio 2010, n. 17677 in *Riv. giur. edilizia* 2011, 1, p. 98.

⁸⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 739; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 7 marzo 2022, n. 2609; TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 24 luglio 2017, n. 735.

⁸⁹ F. COSTANTINO, *cit.*, p. 899.

⁹⁰ B. CAVALLO, *cit.*, p. 405

⁹¹ B.G. MATTARELLA, *cit.*, p. 940; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. consult., 05 maggio 1999, n. 206, in *Cons. Stato* 1999, I, p. 1017

⁹² Cfr. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *cit.*, p. 695; B. CAVALLO, *cit.*, p. 405; G. SANTANIELLO, *cit.*, p. 505; in giurisprudenza, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385; sul tema G.D. FALCON, *cit.*, p. 25 e ss., il quale criticamente solleva perplessità nell'ipotizzare la convalida di vizi, difficilmente sanabili *ex post*, quali l'irrituale o mancata convocazione dell'organo collegiale, il voto palese in luogo di quello segreto, o ancora l'errato computo o il mancato raggiungimento del quorum; quanto alla motivazione, invece, osserva che *"suona strano il suo intervento «postumo», sempre che non si tratti non della vera e sostanziale motivazione dell'atto, ma della formale esternazione nel provvedimento di una motivazione nella sostanza già esistente: nel qual caso ci si chiede se davvero l'atto fosse invalido"*.



riconoscersi solo rispetto a quegli elementi formali che non hanno una rilevanza sostanziale, quali elementi idonei a influenzare il contenuto del provvedimento. In altri termini, la convalida risulta possibile solo se si verifica che con lo spostamento temporale della formalità non sono state pregiudicate le finalità che la formalità stessa mirava a perseguire, o comunque che l'omissione della formalità non abbia diretto la decisione finale a un contenuto diverso da quello che avrebbe avuto se la formalità fosse stata assolta⁹³.

Tuttavia, la genericità del riferimento al "provvedimento annullabile" potrebbe indurre a sostenere una lettura estensiva della disposizione applicabile a tutti i vizi di legittimità dell'atto⁹⁴; lettura che potrebbe oltretutto essere avallata anche dall'espresso richiamo alle "ragioni di interesse pubblico" sottese alla convalida che potrebbero giustificare anche una riconsiderazione dell'interesse pubblico originario alla base dell'atto di primo grado⁹⁵.

Il problema poi si acuisce ulteriormente avendo riguardo a talune particolari categorie di vizi come quello di motivazione, sulla cui qualificazione, come mera violazione di norma formale o procedimentale o come più grave vizio sostanziale, si può discutere; questione che, oltre che in termini generali, si è posta specialmente rispetto all'ammissibilità della convalida del vizio motivazionale in corso di giudizio, e su cui si tornerà⁹⁶.

Come accennato, la convalida deve mantenere in vita lo stesso contenuto del provvedimento viziato e mira a salvare i medesimi effetti già dallo stesso prodotti, senza modificarne la parte dispositiva; in caso contrario si avrebbe, infatti, un provvedimento di riforma e non di convalida. Con la convalida, oltretutto, si intende

⁹³ Così, F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, pp. 432 e ss.

⁹⁴ Come prospettato da V. ANTONELLI, *cit.*, p. 2218, il tenore letterale della disposizione, contenente un generico rinvio al "provvedimento annullabile", "induce a rivedere in chiave estensiva il tradizionale convincimento, rendendo convalidabile anche il provvedimento viziato da eccesso di potere"; in giurisprudenza è minoritario l'orientamento di Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2014, n. 71; cfr. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 4 dicembre 2014, n. 1036, ove si legge che "il tradizionale orientamento sfavorevole alla sanabilità dei vizi sostanziali - fondato sulla disposizione dell'articolo 6 della legge 18 marzo 1968, n. 249 - può ritenersi superato dall'articolo 21-nonies della legge n. 241 che non pone limitazioni in materia, riferendosi genericamente al provvedimento amministrativo annullabile (e non ai soli atti viziati da incompetenza o comunque da vizi di forma), con conseguente ammissibilità della convalida di vizi sostanziali".

⁹⁵ Sul tema G. MANNUCCI, *cit.*, pp. 212 e ss.

⁹⁶ La questione è affrontata dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, che distingue a seconda che il vizio della motivazione rifletta "un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti)" ovvero equivalga "unicamente ad una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa"; nel primo caso la convalida va esclusa, mentre è ammessa nel secondo. Sull'argomento, cfr. A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, pp. 577 e ss.; F. APERIO BELLA, *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio (nota a Cons. Stato, Sez. VI, n. 3385/2021)*, in *www.giustizia-insieme.it*, che offre anche un interessante ricostruzione dei principali orientamenti che hanno interpretato la motivazione talvolta in senso sostanzialistico talora in senso formalistico.



anche conservare un atto di cui si condivide il fine pubblico originariamente perseguito. Per tali ragioni, è difficile configurare la convalida di vizi sostanziali dell'atto, i quali non potrebbero essere eliminati senza modificare il contenuto e gli effetti del provvedimento; è il caso dei vizi c.d. funzionali dell'atto che sia affetto da eccesso di potere per disparità di trattamento ovvero dell'ipotesi in cui il provvedimento contenga una clausola o condizione illegittima, la cui eliminazione comporterebbe una sua modificazione sostanziale⁹⁷.

Del pari, è ritenuta inammissibile la convalida di un atto che sia stato adottato in assenza di presupposti, come l'urgenza, che soli ne avrebbero consentito l'adozione *ab origine* ovvero nell'ipotesi di un atto illegittimo perché viziato da eccesso di potere per sviamento, emanato per un fine diverso da quello posto dalla legge, ovvero perché viziato da difetto dei presupposti di fatto o da un loro travisamento.

Rispetto a tali vizi anche un intervento dell'amministrazione non potrebbe sanare un atto che è illegittimo fin dalla sua adozione e tale rimarrebbe anche in seguito al riesame. L'amministrazione, infatti, non potrebbe conferire *ex post* all'atto viziato uno scopo di interesse pubblico diverso da quello che il provvedimento, fin dall'origine, era oggettivamente diretto a conseguire, così come non potrebbe sanare la mancanza o l'erronea valutazione di un fatto che non è mai esistito⁹⁸.

8. L'interesse pubblico alla convalida

Il tema dell'insanabilità del vizio dell'eccesso di potere per sviamento induce a spostare la riflessione sull'interesse pubblico perseguito con la convalida. La premessa è quella già delineata secondo cui la convalida non può sanare vizi sostanziali e vizi della funzione dell'atto, perché la convalida non può determinare *ex post* l'esistenza di un presupposto di legge o un fatto o il perseguimento di uno scopo assenti *ab origine*, pena lo snaturamento e la modificazione degli effetti e del contenuto dell'atto medesimo. In altri termini, seguendo questa impostazione, la convalida mira a sanare un atto che, pur viziato nella "forma", risulta legittimo nella "sostanza". Pertanto, la convalida può intervenire solo su un atto che è e rimane, anche dopo il riesame, sempre finalizzato al soddisfacimento dello stesso interesse pubblico già perseguito con l'atto originario, di cui appunto, con la convalida, si conferma la "bontà"⁹⁹.

⁹⁷ Così, B.G. MATTARELLA, *cit.*, p. 940; L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 2

⁹⁸ Così, chiaramente L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 2; G. SANTANIELLO, *cit.*, p. 505; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 598.

⁹⁹ Soluzione in linea con la dottrina che, con riguardo all'annullamento d'ufficio, ma con argomento estendibile a ogni tipo di riesame, individua l'interesse pubblico (all'annullamento) nell'interesse primario; cfr. A. CONTIERI, *Il riesame* *cit.*, p. 124, ove si legge che "nella configurazione dell'interesse pubblico che induce l'amministrazione ad annullare. Esso va, infatti, ricercato nell'interesse primario tutelato dalla norma attributiva del potere di adozione dell'atto annullato. Si tratta, dunque, dell'interesse curato (o mal curato) in primo grado".



Non si dovrebbe cioè ammettere la convalida che, determinando una modifica della "sostanza" dell'atto, incida sul medesimo modificandone il contenuto perché ritenuto inidoneo a perseguire l'interesse pubblico originario; diversamente, come esposto in precedenza, non si avrebbe più convalida ma un'autentica riforma dell'atto.

Tuttavia, la lettera dell'art. 21-*nonies*, richiamando "*le ragioni di interesse pubblico*" potrebbe indurre a ritenere che con la convalida sia ammessa anche una diversa valutazione dell'interesse su cui fondava l'atto originario; impostazione questa che, però, viene criticata dalla dottrina che avverte come, nell'ipotesi di modifica dell'interesse pubblico assunto alla base dell'atto convalidato, non si ha più convalida ma rimozione dell'atto di primo grado e sua sostituzione con un nuovo atto emendato dalle illegittimità originarie¹⁰⁰.

Tale soluzione è condivisibile se si considera che la convalida salva il medesimo provvedimento originario, con lo stesso contenuto e con gli stessi effetti, senza modificarne la sostanza, non essendo ammissibile la sanatoria di un atto che già quando emanato non soddisfaceva lo stesso fine pubblico perseguito dall'amministrazione.

Tuttavia, è pur vero che occorre anche un interesse pubblico specifico e concreto alla convalida dell'atto¹⁰¹, e cioè alla rimozione del vizio di legittimità, al fine di sanare e impedire di far valere l'invalidità dell'atto medesimo. Tale interesse consiste nel dare stabilità agli effetti del provvedimento, eliminando ogni eventuale incertezza determinata dallo stato di illegittimità dell'atto originario. I vantaggi della convalida possono essere molteplici.

Anzitutto, si rimuovono profili di responsabilità derivanti dall'illegittimità dell'atto, quantomeno per il periodo di tempo successivo alla convalida¹⁰². Eliminando la fonte di incertezza derivante dal vizio di illegittimità, la convalida preclude o, quantomeno, limita anche le eventuali conseguenze negative che dal provvedimento illegittimo possano derivare sul pianto risarcitorio, quanto meno rispetto al periodo successivo alla convalida.

La convalida impedisce, inoltre, l'eventuale disapplicazione dell'atto sanato da parte del g.o.

¹⁰⁰ Dubbio prospettato da G. MANNUCCI, *cit.*, p. 212

¹⁰¹ In giurisprudenza, si tende ad imporre la presenza di "effettive esigenze pubblicistiche" che sorreggono la convalida; così, Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6199; Sez. V, 15 luglio 2013. Non mancano però pronunce secondo cui sarebbe alleggerito l'onere dell'amministrazione di esporre ragioni di interesse pubblico alla convalida, sostenendo che tale interesse "è nelle cose e non richiede una particolare manifestazione, dato che è del tutto evidente come l'Amministrazione possa ben scegliere di mantenere in vita un provvedimento affetto da un vizio considerato di carattere solo formale (l'incompetenza)"; così, Cons. Stato, Sez. IV, 29 dicembre 2014, n. 6384.

¹⁰² E quindi anche ad impedire di far valere l'invalidità agli effetti della tutela risarcitoria per il danno ingiusto da questa derivante.



Oltretutto, la convalida ha anche il vantaggio di garantire un risparmio di tempi e di attività all'amministrazione, giacché mantiene in vita un provvedimento *uno actu*, e peraltro con efficacia di regola *ex tunc*, senza dover ricorrere alla duplice attività di annullamento dell'atto viziato e di sua rinnovazione; il che garantisce, oltre al recupero dell'attività già svolta dall'amministrazione, anche un risparmio di tempi e risorse dell'amministrazione. Ciò pone la convalida nel solco dei principi di economicità e di buon andamento dell'azione amministrativa e del divieto di aggravamento del procedimento (di cui all'art. 1, comma secondo, l. n. 241/90).

Inoltre, la convalida può consentire anche di salvaguardare un termine perentorio già rispettato dall'atto viziato, ad esso saldandosi e consolidandone contenuto ed effetti; e, in talune fattispecie, se ne apprezza addirittura l'indispensabilità. Si pensi alla convalida di un provvedimento di annullamento d'ufficio sottoposto dall'art. 21-*nonies*, comma primo, al termine di dodici mesi. Se ipotizziamo che l'annullamento d'ufficio, inficiato da un vizio formale di legittimità, sia comunque intervenuto tempestivamente, la convalida ha il vantaggio di sanare l'atto di annullamento d'ufficio senza dover ricorrere a una sua sostituzione con un nuovo atto di annullamento, questa volta legittimo; tenendo presente, inoltre, che il nuovo annullamento d'ufficio non sarebbe neppure possibile ove fosse ormai scaduto il termine di dodici mesi di cui al comma primo dell'art. 21-*nonies*. La convalida, invece, consente di salvare il termine perentorio, sempre a condizione che l'atto di annullamento d'ufficio sanato sia a sua volta intervenuto nei termini.

Da ciò deriva che l'interesse alla convalida assume un carattere complesso, dovendo comprendere, oltre all'interesse primario, anche un interesse ulteriore, di carattere specifico e concreto, all'eliminazione dello stato di incertezza determinato dall'atto viziato che viene sanato.

9. La convalida del "provvedimento non annullabile" ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/1990.

Orbene, il tema dei vizi convalidabili del "provvedimento annullabile" si complica alla luce di quanto previsto dell'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/1990, che esclude l'annullabilità del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento e sulla forma degli atti nel caso in cui, per la natura vincolata, il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso, nonché l'annullabilità del provvedimento adottato in violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; fatta esclusione per il provvedimento adottato in violazione dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990.



Secondo un primo orientamento, per “*provvedimento annullabile*” si intende solo quello “*annullabile*” ai sensi del comma secondo dell’art. 21-*octies*; con la conseguenza che non sarebbero convalidabili i provvedimenti vincolati viziati da violazione di norma sulla forma e sul procedimento qualora il loro contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Se, infatti, al ricorrere delle ipotesi previste dall’art. 21-*octies*, comma secondo, il provvedimento non è comunque annullabile, mancando un “*provvedimento annullabile*”, la convalida comunque risulterebbe inutile giacché diretta a evitare un annullamento già per legge escluso¹⁰³. Alle condizioni fissate dall’art. 21-*octies*, comma secondo, la non annullabilità del provvedimento opererebbe alla stregua di una convalida sui generis.

Ove così fosse, però, il campo applicativo della convalida ex art. 21-*nonies*, comma secondo, risulterebbe fortemente limitato ed ammissibile soltanto per una ridotta categoria di vizi, quali il vizio di incompetenza -per cui la convalida è prevista *ex lege*- il vizio di violazione dell’art. 10-*bis*, l. n. 241/1990 -in quanto espressamente sottratto all’ambito applicativo dell’art. 21-*octies*, comma secondo- e i vizi di forma e di procedimento che inficiano i provvedimenti discrezionali.

L’orientamento delineato si fonda sul riconoscimento, per vero tutt’altro che pacifico, di una valenza “*sostanziale*” dell’art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, quale norma applicabile non solo agli effetti processuali ma idonea ad escludere l’annullabilità (o sarebbe meglio dire l’illegittimità)¹⁰⁴ del provvedimento in ogni caso e, dunque, anche nell’ipotesi di provvedimento di riesame¹⁰⁵.

¹⁰³Tesi sostenuta da V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/1990*, in *www.giustamm.it*; cfr. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento cit.*, p. 696; G. MANNUCCI, *cit.*, pp. 214 e ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti di secondo grado cit.*, pp. 354 e 355; G. PIETROSANTI, *cit.*, pp. 505 e ss.

¹⁰⁴ A tal riguardo, senza poter riproporre i termini troppo ampi del dibattito postosi a riguardo, si rammenta l’orientamento che qualifica come “legittimo” il provvedimento non annullabile ai sensi dell’art. 21-*octies*, comma secondo; in tal senso da F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell’invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 266; Id., *L’annullabilità degli atti amministrativi*, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 381; F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Art. 21-*octies*, comma 2*, in N. Paolantonio - A. Police – A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 616 e ss.; si veda anche E. CASETTA, *Manuela cit.*, p. 575, secondo cui l’illegittimità sarebbe “sanata” dal provvedimento finale; *contra* R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *cit.*, p. 611. Sul dibattito si veda P. LAZZARA, *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all’art. 21-*octies*, l. 241 del 1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, 1, 2009, pp. 190 e ss.

¹⁰⁵ La tesi della natura sostanziale dell’art. 21-*octies* è avversata dalla prevalente giurisprudenza che ne sostiene la natura processuale, specialmente al fine di affermarne l’applicabilità a processi già pendenti alla data di entrata in vigore della legge n. 15/2005 che ha introdotto la disposizione; cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2022, n. 359; Cons. Stato, Sez. II, 12 marzo 2020, n. 1800; Cons. Stato, Sez. II, 9 gennaio 2020, n. 165. In dottrina, *ex multis* M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, pp. 557 e ss. secondo cui “La disposizione [...] è una disposizione di natura processuale”; F. MIDIRI, *L’art. 21-*octies* della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di carattere sostanziale o processuale?*, in *Foro amm. CDS*, 2007, pp. 254 e ss.; A. CALEGARI, *Sulla natura sostanziale o processuale e sull’immediata applicabilità ai giudizi pendenti delle disposizioni concernenti l’annullabilità dei provvedimenti amministrativi contenuti nell’art. 21 octies, l. n. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*.



Inoltre, dopo la modifica dell'art. 21-*nonies*, comma primo, ad opera dell'art. 25, comma 1, lettera b-*quater*, n. 1, d.l. n. 133/2014, conv. in l. n. 164/2014, anche l'ambito applicativo dell'annullamento d'ufficio è stato limitato all'ipotesi del provvedimento illegittimo ed annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies* "esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2". Ciò potrebbe indurre a ritenere che il "provvedimento annullabile" richiamato dal secondo comma dell'art. 21-*nonies* sia lo stesso provvedimento annullabile d'ufficio alle condizioni del primo comma. Soluzione questa supportata dall'argomento secondo cui la convalida condivide con l'annullamento d'ufficio i suoi presupposti e l'ambito applicativo; e che dunque fa leva proprio su quella impostazione, delineata nel precedente paragrafo 4), secondo cui le due forme di riesame, conservativo e demolitorio, costituiscono "due facce di una stessa medaglia", alternative tra loro e caratterizzate da alternatività e simmetrica "specularità"¹⁰⁶.

Inoltre, sempre nel solco del primo orientamento, si afferma che nell'ipotesi di provvedimento non annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/1990 la convalida sarebbe inammissibile anche perché difetterebbe di un interesse pubblico che giustifichi l'attività sanante di secondo grado¹⁰⁷. La sanatoria dell'atto, infatti, sarebbe già assicurata dalla non annullabilità prevista dal comma secondo dell'art. 21-*octies* e il provvedimento di riesame diverrebbe un mero duplicato di un effetto già prodotto *ex lege*. Tale soluzione prende l'abbrivio dall'idea che la convalida o è diretta a evitare le possibili conseguenze negative della illegittimità dell'atto¹⁰⁸ oppure mira a perseguire lo stesso interesse pubblico dell'atto di primo grado; di talché non aggiungerebbe altro a un provvedimento vincolato che, benché illegittimo, nelle ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 21-*octies*, non potrebbe comunque avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato¹⁰⁹.

Secondo altro orientamento, che appare preferibile e al quale aderisce anche la giurisprudenza¹¹⁰, il "provvedimento annullabile" e, dunque, convalidabile è ogni provvedimento illegittimo -purché affetto da vizi non sostanziali, secondo quanto detto sopra- anche se "non annullabile" ai sensi del secondo comma dell'art. 21-*octies*. La non annullabilità di cui al secondo comma dell'art. 21-*octies* avrebbe, infatti, una

¹⁰⁶ Cfr. anche G.PIETROSANTI, *cit.*, p. 505

¹⁰⁷ Questa la tesi di G. MANNUCCI, *cit.*, p. 215.

¹⁰⁸ Così D. SORACE, *cit.*, p. 433.

¹⁰⁹ G. MANNUCCI, *cit.*, pp. 216 e 217 secondo cui il provvedimento vincolato ancorché illegittimo "raggiunge già l'interesse pubblico, perché, non potendo avere contenuto diverso da quello in concreto adottato, realizza il risultato che la legge collega al procedimento" e "la vincolatezza [...] delle fattispecie esaminate assorbe la discrezionalità (persino in riferimento all'an) che distingue l'attività di riesame. [...] In altri termini, non si possono convalidare i provvedimenti, poiché la loro vincolatezza non lascia spazio di scelta all'amministrazione".

¹¹⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 secondo cui "deve ritenersi possibile per la pubblica amministrazione anche di procedere alla convalida di un provvedimento non annullabile ai sensi del citato comma 2 dell'art. 21-*octies* (la cui regola si muove sul piano processuale), sebbene in tal caso l'utilità giuridica consista al più soltanto in una maggiore certezza e stabilità del rapporto amministrativo".



valenza meramente processuale e non estendibile ad altre fattispecie, men che meno al riesame conservativo.

Tale impostazione interpreta la nozione di "*provvedimento annullabile*", prevista dal comma secondo dell'art. 21-*nonies*, come provvedimento illegittimo, anche se non annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma secondo¹¹¹.

Inoltre, seguendo tale orientamento, alla presunta "*inutilità*" della convalida dell'atto non annullabile *ex art. 21-octies*, comma secondo, è agevole replicare che, come già illustrato innanzi, la convalida persegue uno scopo preciso e ulteriore rispetto all'atto originario e che consiste nel sanare a ogni effetto il provvedimento illegittimo. In altri termini, la convalida non mira soltanto a perseguire l'interesse pubblico già proprio dell'atto originario, ma sottende un interesse pubblico più complesso che si sostanzia nella duplice funzione del ripristino della legalità violata e della definitiva stabilizzazione dell'atto viziato. I vantaggi determinati dalla convalida possono essere molteplici e sono stati delineati sotto più profili.

Un'ulteriore conferma di tali conclusioni si rinviene ove si consideri che la non annullabilità di cui al secondo comma dell'art. 21-*octies* non è nella disponibilità dell'amministrazione ma è conseguenza di una decisione spettante soltanto al giudice¹¹². Sicché, anche nelle ipotesi di cui al comma secondo dell'art. 21-*octies*, l'amministrazione non ha la certezza che il vizio di illegittimità dell'atto verrà considerato dal giudice come non invalidante; e, pertanto, l'amministrazione può avere un interesse concreto ed attuale a esercitare la convalida per rimuovere definitivamente ogni dubbio sull'illegittimità dell'atto¹¹³.

Di talché, la convalida consente di raggiungere un risultato ulteriore rispetto alla mera "*sanatoria*" posta dal secondo comma, dell'art. 21-*octies*; risultato confermato anche dalla funzione della convalida che, lungi dall'essere attività meramente interpretativa, dichiarativa o confermativa della bontà del primo atto, ha carattere costitutivo, determinando, una volta per tutte, l'eliminazione del vizio di legittimità in vista della definitiva stabilità all'atto convalidato¹¹⁴.

¹¹¹ E risulta avvalorata proprio dall'orientamento che afferma l'illegittimità del provvedimento pur non annullabile ai sensi del secondo comma dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990; cfr. R.VILLATA-M.RAMAJOLI, *Il provvedimento cit.*, p. 611.

¹¹² Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità cit.*, pp. 409 e ss. secondo cui "*La regola della non annullabilità del provvedimento per assenza di alternative legittime va quindi intesa nel senso che il provvedimento non è annullabile quando la statuizione è l'unica corretta, alla stregua del giudizio di conformità a diritto che l'ordinamento rimette al giudice [...] L'ambito di applicazione della non annullabilità del provvedimento illegittimo per vizi di forma, coincide dunque con l'ambito entro il quale è possibile il controllo giudiziale pieno sulla corrispondenza della fattispecie astratta alla fattispecie dell'atto*".

¹¹³ Così, R.CHIEPPA, *cit.*, p. 939.

¹¹⁴ Sulla natura costitutiva della convalida, si veda L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3, ove si legge che "*l'atto di convalida [...] comporta il prodursi di un effetto innovativo sull'atto che ne costituisce oggetto e va perciò classificato tra gli atti costitutivi. La convalida, infatti, non può essere configurata unicamente come una dichiarazione di conoscenza dei vizi di legittimità di cui un provvedimento sia affetto, ma pur postulando tale accertamento si presenta anche, ed essenzialmente,*



Infine, anche su un piano strettamente letterale, il comma secondo dell'art. 21-*nonies*, facendo sempre "salva la possibilità di convalida", parrebbe slegare la convalida dai presupposti dell'annullamento d'ufficio definiti nel primo comma, tra i quali appunto l'esistenza di un provvedimento "illegittimo [...] esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2"; così consentendo di qualificare la convalida come un potere di riesame autonomo rispetto all'annullamento d'ufficio.

10. Il "termine ragionevole" della convalida

Solleva perplessità anche il significato da attribuire al "termine ragionevole" entro cui la convalida è ammessa ai sensi del secondo comma dell'art. 21-*nonies*.

Da una prima lettura della norma, non è chiaro né a quali circostanze si riferisce la "ragionevolezza" del termine né quale interesse mira a tutelare; con la convalida, infatti, l'amministrazione non rimuove ma mantiene in vita un atto già esistente e produttivo di effetti¹¹⁵.

Ebbene, la fissazione di un termine entro cui esercitare il riesame può avere un senso rispetto a forme di autotutela demolitoria, come nell'ipotesi dell'annullamento d'ufficio, ove si eliminano eventuali effetti favorevoli prodotti dell'atto con tutte le evidenti ripercussioni in termini di lesione della certezza del diritto e del legittimo affidamento del singolo destinatario del provvedimento. Più tempo passa, più il singolo avrà confidato sulla stabilità degli effetti per lui vantaggiosi e maggiore sarà anche il grado di tutela del suo legittimo affidamento. Pertanto, secondo l'attuale formulazione del comma primo dell'art. 21-*nonies*, l'amministrazione va incontro a particolari restrizioni ove ritenga di annullare d'ufficio un atto illegittimo favorevole al singolo, dovendo valutare tutti gli interessi dei privati coinvolti e potendo esercitare il potere di riesame solo entro uno spazio temporale ben definito.

Nel caso della convalida, invece, l'esercizio del riesame conservativo anche a distanza di tempo dall'atto sanato, risulta neutrale rispetto all'affidamento del singolo, giacché non fa altro che consolidare in via definitiva gli effetti già prodottisi di un atto.

Anzi, potrebbe addirittura affermarsi che le posizioni giuridiche dei singoli, nell'ipotesi della convalida esercitata oltre un dato tempo decorso, siano meglio tutelate. Così, sicuramente è meno problematica la convalida esercitata oltre il termine ordinario di impugnazione di un atto di sessanta giorni ovvero quando non sia neppure più annullabile dall'amministrazione per decorso del termine di dodici mesi, rispetto alla convalida che intervenga quando l'atto risulta ancora impugnabile o annullabile d'ufficio dall'amministrazione. Nell'ipotesi che sia decorso il termine

come un atto che dispone il prodursi di un risultato costituente un *quid novi* rispetto alla situazione precedente, posto che prima della convalida si aveva un atto viziato, mentre a seguito e per effetto di essa si è di fronte a un atto legittimo". In tal senso anche P. RAVÀ, *cit.*, p. 112.

¹¹⁵ Cfr. D. SORACE, *cit.*, p. 433; R. CHIEPPA, *cit.*, p. 939; F. COSTANTINO, *cit.*, p. 902



per impugnare un atto illegittimo, non c'è nel singolo neppure un'aspettativa a un futuro annullamento del provvedimento¹¹⁶; al contrario, posizioni di controinteresse alla convalida possono sussistere *medio tempore*, quando è ancora pendente il termine per impugnare l'atto illegittimo¹¹⁷.

Piuttosto proprio la fissazione di un "termine ragionevole" alla convalida potrebbe limitare il fenomeno della convalida in corso di giudizio, rispetto al quale si pone la questione di tutelare la posizione giuridica del singolo che abbia proposto ricorso avverso l'atto viziato¹¹⁸.

Si potrebbe, però, condividere l'idea che il "termine ragionevole" sia rispettato allorché l'amministrazione intervenga tempestivamente e con la massima celerità possibile a sanare l'atto, rimuovendo la sua condizione di precarietà; la ragionevolezza fungerebbe dunque da parametro per quantificare anche il danno (da incertezza) subito dal singolo, che sarà tanto maggiore quanto più a lungo si protrarrà l'inerzia dell'amministrazione nella convalida dell'atto¹¹⁹.

Tale impostazione è anche coerente con la funzione della convalida, consistente proprio nell'eliminazione dello stato di incertezza determinato dall'atto illegittimo. È, infatti, proprio dalla precarietà e instabilità dell'atto illegittimo che derivano le principali conseguenze pregiudizievoli per il singolo che, dunque, l'amministrazione ha l'onere di sanare tempestivamente. Tuttavia, tale soluzione deve pur sempre rimanere coerente con l'impostazione della convalida come potere discrezionale, nell'*an* e nel *quomodo*; l'idea che l'amministrazione "è obbligata", ha "l'onere", è "intimata a" convalidare l'atto quanto prima, cioè "entro un termine ragionevole", potrebbe indurre a concludere che l'amministrazione avrebbe comunque il "dovere" di convalidare l'atto illegittimo, quantomeno per evitare o limitare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal perdurare dell'incertezza.

Pare, invece, più difficile concludere che dalla scadenza del "termine ragionevole" possano derivare conseguenze in termini di esaurimento del potere di convalida; si tratta di un tema che richiederebbe un approfondimento ulteriore, non possibile in questa sede, onde valutare la natura della norma che prevede il termine ragionevole e gli effetti della sua violazione.

11. La convalida in corso di giudizio...

Il tema dell'ambito applicativo della convalida impone di verificare la sua ammissibilità in pendenza di un giudizio di impugnazione avverso l'atto amministrativo da sanare; problema che si è posto con particolare riguardo alla

¹¹⁶ Cfr. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *cit.*, p. 694.

¹¹⁷ R. CHIEPPA, *cit.*, p. 939.

¹¹⁸ Così pare orientato E.CASETTA, *Manuale cit.*, p. 598; cfr. anche D.SORACE, *cit.*, p. 433.

¹¹⁹ Secondo l'impostazione suggerita da G. MANNUCCI, *cit.*, p. 238.



sanabilità del vizio di motivazione ed è connesso alla più ampia questione dell'integrabilità postuma della motivazione¹²⁰.

Come anticipato, l'art. 21-*nonies*, comma secondo, non prevede nulla neppure con riferimento all'ammissibilità della convalida in corso di giudizio, facendo soltanto "salva la possibilità" della convalida "entro un termine ragionevole". Mentre solo l'art. 6 della l. n. 249/1968 ha previsto la convalida dell'atto viziato da incompetenza pure in pendenza di gravame in sede giurisdizionale (oltre che in sede amministrativa).

In difetto di una norma, la soluzione della questione deve essere ricavata dai principi e dalle regole generali sottese all'esercizio del potere e ai suoi rapporti con il processo amministrativo.

Una volta vagliata l'ammissibilità della convalida in pendenza di un ricorso in sede giurisdizionale, si deve verificare rispetto a quali vizi possa intervenire la sanatoria, posto che, come si dirà, la convalida in corso di giudizio risulta comunque limitata ai soli vizi formali dell'atto e non anche a quelli sostanziali. Infine, si rende necessario valutare se la convalida in corso di giudizio possa comunque operare rispetto al vizio della motivazione, di cui occorre, dunque, indagare la natura, formale o sostanziale.

Ebbene, la questione dell'ammissibilità in termini generali della convalida di un atto amministrativo in pendenza di ricorso giurisdizionale vede contrapporsi, da una parte, il diritto del singolo ricorrente, costituzionalmente garantito a presidio del suo interesse individuale, a ottenere tutela giurisdizionale contro un provvedimento illegittimo, di cui si chiede l'annullamento, e, dall'altra parte, il potere di convalida attribuito all'amministrazione per la soddisfazione di interessi pubblici.

Sulla possibilità di convalidare un atto illegittimo impugnato con ricorso in sede giurisdizionale si fronteggiano due orientamenti contrapposti¹²¹.

L'orientamento che nega la possibilità di convalidare un atto gravato da ricorso al g.a. fa leva principalmente sul diritto alla difesa del singolo, che verrebbe pregiudicato dalla convalida intervenuta nel corso del giudizio di impugnazione dell'atto viziato¹²². Con la convalida e la definitiva sanatoria dell'atto, infatti, verrebbe meno l'aspettativa o, se si vuole, il diritto, sorti con la proposizione del ricorso in sede giurisdizionale, a ottenere una pronuncia giudiziale di annullamento dell'atto illegittimo. Cionondimeno, l'amministrazione potrebbe comunque annullare

¹²⁰ Sul tema *ex multis* A.ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, pp. 577 e ss.; S. GIACCHETTI, *Fontanazzi giuridici: l'integrazione in corso di giudizio del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 20; G. TROPEA, *La c.d. motivazione «successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2003, fasc. 3, pp. 531 e ss.

¹²¹ Per una ricostruzione si vedano *ex multis* B.G. MATTARELLA, *cit.*, p. 941; G.D. FALCON, *cit.*; V. ANTONELLI, *cit.*, p. 2221 e ss.; M. D'ORSOGNA, *cit.*, p. 5408; G. MANNUCCI, *cit.*, pp. 244 e ss.; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *cit.*, pp. 700 e ss.; F. COSTANTINO, *cit.*, pp. 904 e ss.; A.G. PIETROSANTI, *cit.*, pp. 506 e ss.; F. APERIO BELLA, *cit.*

¹²² Cfr. L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3; G. SANTANIELLO, *cit.*, p. 505; R. VILLATA, *L'atto amministrativo cit.*, p. 1543. Ivi si richiama anche la giurisprudenza che aderiva all'orientamento in parola.



l'atto illegittimo e sostituirlo con un nuovo atto emendato dal vizio originario, che produrrebbe effetti soltanto *ex nunc*.

Tale tesi si ambienta perfettamente in un contesto normativo (e culturale) nel quale il giudizio amministrativo era inteso ancora soltanto nella sua tradizionale dimensione meramente cassatoria come giudizio soltanto sull'atto e non sul rapporto, ove la sussistenza di vizi meramente formali, pur non influenti sul risultato dell'atto, assumono carattere decisivo ai fini dell'annullamento del provvedimento, senza alcuna verifica circa la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere dal singolo. Di tal ché, nella prospettiva di un ampliamento dell'ambito della cognizione del giudice amministrativo alla fondatezza dell'interesse fatto valere dal ricorrente, risulta più difficile opporre ostacoli alla convalida, anche in corso di giudizio, di un atto amministrativo che, benché illegittimo perché inficiato da vizi formali, risulti però corretto nella sua sostanza decisionale.

A ciò però si aggiungono ulteriori argomenti contrari all'ammissibilità della convalida in pendenza di gravame in sede giurisdizionale.

Si potrebbe, infatti, opporre alla convalida in corso di giudizio l'idea che anche l'annullamento dell'atto per ragioni meramente formali potrebbe determinare comunque un vantaggio per il ricorrente. Il titolare di un interesse contrapposto rispetto all'atto impugnato conserva, infatti, sempre un interesse alla sua caducazione anche solo per vizi formali. Dall'annullamento dell'atto deriva quantomeno una nuova chance per la soddisfazione del proprio interesse, tramite il nuovo esercizio del potere¹²³; anche l'annullamento del provvedimento per vizio formale consente al singolo, comunque, un risultato quale la conservazione del bene della vita leso dal provvedimento per il periodo intermedio fino all'emanazione del nuovo provvedimento che, potrebbe anche non intervenire e che comunque avrebbe efficacia *ex nunc*¹²⁴.

¹²³ V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 463 e ss.

¹²⁴ E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e dell'art. 21-octies della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *www.giustamm.it*, che riferisce l'esempio dell'ingiunzione a demolire il manufatto abusivo; dal suo annullamento anche solo per vizi formali, il singolo può intanto godere dell'immobile e magari sfruttare le sopravvenienze che consentano di evitare il provvedimento sfavorevole, che comunque avrebbe solo efficacia *ex nunc* e non per il periodo intermedio. Così, anche A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, cit., p. 591, secondo cui l'annullamento per ragioni formali dell'atto porta comunque un'utilità perché comunque ripristina la situazione modificata e la rende non modificabile se non con un provvedimento legittimo successivo e comunque porta quantomeno l'eventualità che l'amministrazione non decida di riesercitare il potere emanando l'atto emendato dai suoi vizi; V. CERULLI IRELLI, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 6, pp. 641 e ss., secondo cui almeno nel caso di annullamento dell'atto discrezionale ci sarebbe la chance di un esercizio del potere con una decisione finale dal contenuto diverso.



Inoltre, si osserva come anche il “*termine ragionevole*”, entro cui è sottoposta la convalida dall’art. 21-*nonies*, comma 2¹²⁵, potrebbe essere interpretato come limite all’operatività della sanatoria in pendenza di gravame innanzi al giudice.

Sul fronte opposto, si afferma, invece, la possibilità di convalidare un atto illegittimo, benché gravato da ricorso in sede giurisdizionale¹²⁶.

Il principale argomento è che il giudizio amministrativo è un processo inteso in senso dinamico, incentrato sul rapporto e sulla verifica dell’effettiva fondatezza della pretesa fatta valere più che sul rispetto, in chiave meramente statica, della legalità formale dell’atto. Secondo tale paradigma processuale non rilevano ai fini dell’annullamento i vizi formali che non abbiano inciso sul risultato finale del provvedimento, come previsto dall’art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/1990. Sicché, anche un annullamento dell’atto per vizi meramente formali sarebbe inutile se l’amministrazione potesse comunque reiterarlo con lo stesso contenuto ma emendato dal suo vizio; tanto vale ammetterne la convalida, evitando l’annullamento. Il che, secondo questo orientamento, consente anche di soddisfare apprezzabili esigenze di economicità e di buon andamento dell’azione amministrativa, oltre a favorire il ravvedimento operoso dell’amministrazione.

Secondo tale impostazione, inoltre, sono infondati i timori sollevati con riguardo al possibile pregiudizio che subirebbe il diritto di difesa del singolo in caso di convalida in corso di giudizio dell’atto impugnato. Il ricorrente, infatti, potrebbe comunque tutelare le proprie ragioni impugnando con motivi aggiunti¹²⁷ l’atto di convalida ovvero chiedendo il risarcimento dei danni *medio tempore* cagionati dall’atto illegittimo sanato¹²⁸.

Il singolo, anzi, non subirebbe neppure un’effettiva lesione della propria pretesa collegata al provvedimento, giacché l’originaria illegittimità dell’atto, fonte del

¹²⁵ E. CASSETTA, *cit.*, p. 598.

¹²⁶ Per la verità, la tesi dell’ammissibilità della convalida in corso di giudizio era sostenuta anche nel periodo in cui campeggiava la prevalente impostazione del giudizio amministrativo come processo sull’atto. In particolare, già P.RAVA, *cit.*, p. 217 e ss., che rileva che la convalida è ammessa in pendenza di gravame in sede giurisdizionale, giacché il ricorso al g.a. non sospende l’efficacia dell’atto illegittimo. Favorevole all’ammissibilità della convalida in corso di giudizio è anche G. CORSO, *L’efficacia cit.*, p. 180. In senso favorevole alla convalida in corso di giudizio è anche F.TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità* pp. 409 e ss. che rileva come “*Le considerazioni svolte fin qui mostrano che l’orientamento che si oppone - senza una base normativa o sistematica sicura - all’ammissibilità della sanatoria successivamente alla proposizione del ricorso giurisdizionale, meriterebbe di essere rivisto [...] l’attività sanante dell’Amministrazione potrebbe estendere al provvedimento discrezionale quella certezza circa l’assenza di rilevanza causale dei vizi formali, sulla quale si basa la regola della non annullabilità del provvedimento che è privo di alternative legittime. Per quest’ultimo, la sanatoria diverrebbe, invece, superflua*”. Nello stesso, tra gli altri, S. GIACCHETTI, *cit.*, pp. 20 e ss.; G.D. FALCON, *cit.*; G.MANNUCCI, *cit.*, p. 244 e ss.; A.PRONTERA, *cit.*, p. 272 e ss. In giurisprudenza, *ex multis*, già TAR Lazio, Roma, Sez. I, n. 398/2002; Cons. Stato, Sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5538. Tesi a cui aderisce Cons. Stato, 27 aprile 2021, n. 3385 *cit.* Più di recente Cons. Stato, Sez. II, 1° giugno 2022, n. 4506.

¹²⁷ Il nuovo atto di convalida non è infatti sottratto al controllo giurisdizionale; cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 aprile 2013, n. 2278.

¹²⁸ Così, A.G. PIETROSANTI, *cit.*, p. 507



pregiudizio, è riparata proprio dal provvedimento di sanatoria che la elimina in secondo grado. La conseguenza della convalida in corso di giudizio è dunque una declaratoria di cessazione della materia del contendere, a fronte della quale, come ulteriore strumento di tutela per il ricorrente, dovrebbe valutarsi la decisione di condanna dell'amministrazione al pagamento delle spese legali che il privato ha dovuto sobbarcarsi per far valere in giudizio l'illegittimità dell'atto¹²⁹.

A tal riguardo, anche il silenzio dell'art. 21-*nonies*, comma secondo, deporrebbe nel senso dell'ammissibilità della convalida in corso di giudizio che, proprio perché non espressamente vietata, sarebbe sempre possibile. Ciò tanto più ove si consideri che, in termini più generali, l'amministrazione può e, anzi, deve sempre curare l'interesse pubblico per la cui soddisfazione il potere è attribuito, fosse anche attraverso il ricorso al riesame conservativo.

Si potrebbe, allora, anche recuperare l'impostazione prima delineata circa il fondamento del potere di convalida quale potere tendenzialmente inesauribile. E, invero, se si ritiene che la convalida è espressione della stessa funzione primaria inesauribile, giustificata proprio dal potere-dovere di curare perpetuamente l'interesse pubblico, è possibile ammettere la convalidabilità anche di atti amministrativi gravati da ricorso in sede giurisdizionale¹³⁰.

Se il potere di riesame si identifica in quello di primo grado alla stregua di un potere unitario, attribuito per la necessità del costante adeguamento dell'attività amministrativa al perseguimento del pubblico interesse, e ne condivide le forme e gli strumenti di esercizio, anche la convalida è espressione di quella funzione che "sopravvive al procedimento e non si esaurisce con questo"¹³¹. Tale impostazione, che unifica i procedimenti di primo e di secondo grado in un unico procedimento, si ricollega all'idea del "procedimento aperto", che non si chiude con l'atto di primo grado ma rimane appunto sempre "aperto" a interventi successivi, anche in sede giurisdizionale, volti all'assolvimento della funzione amministrativa unitaria anche mediante aggiustamenti¹³².

¹²⁹ Così, G. MANNUCCI, *cit.*, p. 245.

¹³⁰ Come già anticipato, G. TROPEA, *La c.d. motivazione «successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo* *cit.*, pp. 531 e ss. coglie il nesso esistente tra l'inesauribilità del potere e l'ammissibilità di un provvedimento di convalida in corso di giudizio.

¹³¹ Tesi di A. CONTIERI, *cit.*, pp. 83 e ss., secondo cui il riesame non è *riesercizio* del potere ma *continuo esercizio* della funzione.

¹³² F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989, 298 ss., per cui "neanche il procedimento deve considerarsi chiuso e definito, ma deve ammettersene l'apertura ad interessi successivamente introdotti (perché non considerati o inadeguatamente considerati) (sia) 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'". Tuttavia, come si dirà oltre, in senso contrario a questa impostazione, si potrebbe opporre l'effetto di consumazione del potere determinato dal suo



Infine, si potrebbe argomentare che la convalida, proprio perché espressione di un potere-dovere dell'amministrazione di curare costantemente l'interesse pubblico, al fine di perseguire finalità di carattere generale e riguardanti l'intera collettività, non potrebbe essere impedita da un ricorso giurisdizionale, che, invece, è strumentale alla tutela di interessi circoscritti di un singolo, pena la violazione dell'art. 97, Cost.¹³³.

12. ... del vizio di motivazione

Ciò posto, come già illustrato, risulta problematico estendere la convalida a vizi di natura sostanziale che non denotano mere omissioni formali o violazioni procedurali ma ipotesi di illegittimità che incidono sulla funzione dell'atto amministrativo, sul suo contenuto e sul piano degli interessi soddisfatti.

Proprio con riguardo alla qualificazione del vizio motivazionale si pongono dubbi direttamente connessi anche alla funzione assolta dalla motivazione nell'economia globale del procedimento amministrativo.

A tal riguardo, la giurisprudenza, mentre ha sempre negato l'integrazione postuma della motivazione effettuata mediante scritti difensivi in giudizio, ha riconosciuto, benché non sempre pacificamente, la convalida in corso di giudizio anche del vizio di motivazione¹³⁴. Proprio a favore dell'ammissibilità della convalida in corso di giudizio si è pronunciata anche la più recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, la quale risulta interessante in quanto, oltre a ricostruire i principali elementi strutturali della convalida, ne ammette l'operatività nel processo anche rispetto ai vizi motivazionali.

Tuttavia, come accennato, la questione dell'ammissibilità della convalida del vizio di motivazione, oltre ad acuirsi nell'ipotesi di giudizio pendente, è tutt'altro che pacifica giacché impone di verificare la funzione assolta dalla motivazione nell'ambito del procedimento amministrativo. È evidente, inoltre, che ammettere la convalida in corso di giudizio per vizi della motivazione significa anche consentire che un provvedimento amministrativo possa nascere come non motivato o non sufficientemente motivato. Infine, la questione si complica ulteriormente ove si consideri che con la sanatoria della motivazione si determina lo spostamento temporale, peraltro nella fase giudiziale, di un adempimento, quale quello motivazionale, riguardante un elemento tipico della conclusione del procedimento e che, come tale, dovrebbe sussistere al momento dell'adozione del provvedimento.

esercizio in primo grado, quantomeno rispetto ai vizi motivazionali, secondo lo schema previsto dall'art. 10-bis, l. n. 241/1990.

¹³³ Cfr. S. GIACCHETTI, *cit.*, pp. 20 e ss. per cui l'impugnazione di un atto non potrebbe "paralizzare una pubblica potestà da esercitare nel pubblico interesse e che può riguardare non solo il ricorrente ma una pluralità di soggetti".

¹³⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 2 gennaio 2020 n. 28; TAR Emilia-Romagna, Sez. II, 6 ottobre 2021, n. 830; TAR Calabria Reggio Calabria, 2 settembre 2019 n. 520; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 3 agosto 2020 n. 1488; T.A.R. Lazio Roma, sez. II-quater, 31 luglio 2020 n. 8905.



Se si segue la prospettiva funzionale, ciò che conta per la legittimità dell'atto non è tanto l'aspetto formale della motivazione, quale enunciato esteriore e grafico dell'atto, quanto l'effettiva esistenza, nel caso concreto, di ragioni oggettive che giustificano il provvedimento finale¹³⁵. La motivazione non è l'esternazione meramente formale nell'atto delle ragioni che hanno indotto l'amministrazione ad adottare un provvedimento, ma, in senso più ampio, è l'insieme di tutti quei motivi della decisione che, benché non espressi nell'atto stesso, sono comunque rinvenibili anche in altri atti del procedimento. Sotto quest'angolo visuale, anche un provvedimento che, su un fronte solo formale, risulti non motivato o scarsamente motivato può essere legittimo se, sul piano sostanziale, rappresenta il risultato di un corretto esercizio del potere. Con maggiore capacità esplicativa, si afferma che l'"obbligo di motivazione non si intende più nel senso che nel provvedimento (avente forma scritta) occorra un apposito enunciato contenente la motivazione"¹³⁶. Nella prospettiva di una sua "dequotazione", la motivazione non si qualifica più come un elemento "essenziale" del provvedimento. Pertanto, il vizio di motivazione (motivazione omessa, carente, illogica etc.) può anche non essere decisivo ai fini dell'annullamento del provvedimento, ove il giudice, cui si riconoscono più ampi poteri di cognizione estesi al rapporto, verifichi la fondatezza della pretesa del singolo e dunque ricavi la bontà della decisione finale *aliunde*, anche da eventuali altri elementi del procedimento acquisiti al giudizio¹³⁷. Sicché, una violazione dell'obbligo di motivazione finisce per identificarsi in un vizio meramente formale di cui è agevole ammettere la convalida.

Diverso è, invece, l'approccio che valorizza la valenza polifunzionale della motivazione quale "*discorso giustificativo*" rivolto all'intera collettività, a una pluralità di individui, e non soltanto al destinatario dell'atto o al giudice¹³⁸. Alla stregua di uno strumento di legittimazione dell'amministrazione operante in un ordinamento democratico, la collettività dispone della motivazione per esercitare un controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione quale fattore di maggiori pubblicità, trasparenza e garanzia di giustiziabilità della scelta amministrativa. Sicché, anche un elemento formale come la motivazione assume una funzione sostanziale, quale parte integrante e insostituibile del provvedimento finale, proprio perché posta a strumento di garanzia del corretto esercizio del potere amministrativo. Pertanto, il vizio di motivazione diventa anch'esso un vizio sostanziale di cui è difficile

¹³⁵ È la nota impostazione di M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, pp. 257.

¹³⁶ *Id.*, p. 266.

¹³⁷ Sul tema diffusamente G. TROPEA, *La c.d. motivazione* cit.; A. ZITO, *cit.*, pp. 580 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità* cit., pp. 428 e ss.

¹³⁸ Secondo la tesi di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, pp. 28 e ss.



ammettere la sanatoria postuma, senza ipotizzare un'inammissibile modificazione del contenuto essenziale dell'atto stesso.

Proprio affrontando la tematica dell'ammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione, la giurisprudenza maggioritaria ha escluso che il difetto di motivazione nel provvedimento possa essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, sul rilievo che la motivazione costituisce *"il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti"*¹³⁹. Sicché, la giurisprudenza, quantomeno in generale, parrebbe seguire l'approccio formalista innanzi delineato.

Tuttavia, con la sentenza n. 3385 del 2021, il Consiglio di Stato segue una linea interpretativa diversa, giacché, pur dichiarando di conformarsi all'orientamento giurisprudenziale secondo cui la motivazione è sempre *"un presidio di legalità sostanziale insostituibile"* e quindi non integrabile in via postuma mediante scritti difensivi, ai fini dell'ammissibilità della convalida aderisce alla distinzione tra motivazione viziata in senso formale e motivazione viziata in senso sostanziale¹⁴⁰.

Nel primo caso, pur essendo la motivazione insufficiente, contraddittoria o scorretta, sussistono effettivamente tutti i fatti costitutivi del potere, sicché sarà possibile prospettare una sanatoria postuma. Infatti *"la carenza della motivazione equivale unicamente ad una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa, siamo di fronte ad un vizio formale dell'atto e non della funzione: in tale caso, non vi sono ragioni per non riconoscersi all'amministrazione la possibilità di tirare nuovamente le fila delle stesse risultanze procedurali, munendo l'atto originario di una argomentazione giustificativa sufficiente e lasciandone ferma l'essenza dispositiva, in quanto riflette la corretta sintesi ordinatoria degli interessi appresi nel procedimento"*.

Nel secondo caso, invece, il vizio motivazionale sottende l'inesistenza dei fatti costitutivi del potere, ovvero *"un vizio sostanziale della funzione (in termini di*

¹³⁹ Così, oltre alla giurisprudenza citata in nota n. 134, anche Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629; Id., 30 aprile 2014, n. 2247; Id., Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1808; TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 13 luglio 2016, n. 431. Non mancano però pronunce che riconoscono al vizio di motivazione natura di vizio meramente formale; cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2016, n. 3674. Da ultimo, TAR Lazio, Roma, Sez. II, 11 ottobre 2021, n. 10469 ove si legge che *"non è consentita l'integrazione postuma in giudizio della motivazione del provvedimento impugnato, rappresentando detta motivazione parte integrante e insostituibile dell'atto amministrativo"*.

¹⁴⁰ Distinzione rilevante nell'ordinamento tedesco, come ricorda M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, pp. 202 e ss., ai fini della sanatoria dei vizi della motivazione in un momento successivo all'emanazione dell'atto. Si può richiamare la distinzione tra difetto di motivazione in senso stretto o un vizio della funzione reso palese dalla motivazione cfr. G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge 241 del 1990)*, in *Dir. Amm.*, 2000, pp. 181 e ss; sul tema G. TROPEA, *cit.*



contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti" e, come tale, non sarà sanabile¹⁴¹.

Se tale è la conclusione cui perviene il Consiglio di Stato, anche in coerenza con la giurisprudenza che tende ad ammettere la convalida in corso di giudizio del vizio motivazionale¹⁴², si pongono comunque talune criticità sul piano applicativo.

E tra queste, al di là delle sempre valide perplessità sull'ammissibilità di una sanatoria della motivazione in giudizio, già manifestate dalla dottrina innanzi citata, permane soprattutto la principale difficoltà di distinguere in concreto tra un vizio della motivazione inteso in senso meramente "formale", e quindi convalidabile, e un vizio "sostanziale", della "funzione", non sanabile. Non è certo, infatti, entro che limiti la convalida dell'atto possa intervenire rispetto a un vizio che pure denuncia una grave violazione nel provvedimento finale. Eppure, va considerato che la motivazione, in ragione della sua "polifunzionalità", è posta a presidio di valori generali, come la trasparenza e la pubblicità, che trascendono gli interessi specifici di una parte privata o pubblica nella vicenda concreta e che, in una prospettiva più ampia, si pongono come limite e garanzia per il corretto operato dell'amministrazione.

Sicché non si dovrebbe rimettere all'amministrazione la decisione finale sulla sanatoria dell'atto rispetto a un elemento, come la motivazione, che non appare nella sua piena disponibilità, la cui convalida potrebbe, peraltro, rappresentare una facile occasione per l'aggiramento di un obbligo generale di legge posto dall'art. 3, l. n. 241/1990.

Ciò non implica l'inammissibilità in ogni caso della convalida in corso di giudizio, per il cui riconoscimento militano anzi i plurimi argomenti innanzi esposti; ma significa soltanto limitarne l'operatività rispetto a una particolare tipologia di vizio, fermo restando che anche rispetto a tale questione sarebbe auspicabile un intervento risolutivo da parte del legislatore.

13. Ulteriori profili evolutivi: sull'applicabilità dell'art. 10 bis alla convalida

Il tema dell'ammissibilità della convalida in corso di giudizio di impugnativa dell'atto, specialmente rispetto a vizi come quelli riguardanti la motivazione, meriterebbe di essere anche rivalutato alla luce degli sviluppi che hanno interessato proprio la questione del rapporto tra giudizio amministrativo e riedizione del potere,

¹⁴¹ Così, al punto 8.2 della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385. A tal riguardo, già M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., pp. 234 e ss., secondo cui "possono darsi due casi: o i fatti costitutivi del potere esistono effettivamente, ma la motivazione ne dà conto in modo sufficiente, scorretto o contraddittorio; oppure il vizio della motivazione nasconde l'inesistenza dei fatti costitutivi del potere. Nel primo caso, all'annullamento dell'atto può seguire la reiterazione del provvedimento con una motivazione che questa volta sia esente da vizi [...] Nel secondo caso, invece, l'annullamento dell'atto per vizio della motivazione mette a nudo l'inesistenza dei fatti costitutivi del potere".

¹⁴² Così, anche Cons. Stato, Sez. VI, 09 marzo 2021, n. 2001; Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 luglio 2021, n. 5401.



specie alla luce delle modifiche intervenute sull'art. 10-bis, l. n. 241 del 1990 ad opera del d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020.

Secondo tale norma *"In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato"*¹⁴³.

Il raffronto tra la convalida e l'art. 10-bis è suggerito anche dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 che proprio al fine di sostenere la convalidabilità in giudizio del vizio di motivazione, ha osservato come la norma *"che impone alla pubblica amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza - già nella fase del procedimento [...] sollevando, una volta per tutte la questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati - dovrà trovare attuazione, per evidenti ragioni sistematiche (e per evitare facili aggiramenti), anche nel caso di convalida per difetto di motivazione"*¹⁴⁴.

Tuttavia, il richiamo all'art. 10-bis può avere una duplice valenza.

Se si segue l'iter argomentativo del Consiglio di Stato, allora, l'art. 10-bis ha la funzione di garantire il massimo ampliamento dei poteri di accertamento del giudice amministrativo che, in conformità a principi di effettività e concentrazione della tutela, sarebbero estesi, per quanto possibile, *"a tutti gli aspetti della materia controversa dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita, evitando defatiganti parcellizzazioni della medesima disputa"*. La convalida in corso di giudizio si porrebbe nel solco di tale finalità, favorendo l'estensione della cognizione del giudice, anche attraverso la proponibilità dei motivi aggiunti, all'intera vicenda oggetto di potere, ed evitando annullamenti per mere formalità, inutili considerando la fondatezza sostanziale della decisione.

Da un diverso angolo visuale, tuttavia, l'art. 10-bis potrebbe leggersi come norma che ha previsto, non tanto il rafforzamento dei poteri del g.a., quanto la consumazione del potere dell'amministrazione che, dopo un primo diniego, non può più reiterare il provvedimento negativo originario adducendo *"per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato"*. La disposizione è appunto finalizzata a escludere la catena potenzialmente infinita di annullamenti

¹⁴³ Sul tema della portata della recente modifica dell'art. 10-bis, l. n. 241 del 1990 si vedano L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. Amm.*, 2021, fasc. 3, pp. 573 e ss.; L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis della l. 241/1990 e la posizione della giurisprudenza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo la relazione illustrativa di accompagnamento alla legge di modifica dell'art. 10-bis, la disposizione *"è finalizzata a evitare che l'annullamento conseguente al mancato accoglimento delle osservazioni del privato a seguito della predetta comunicazione dia luogo a plurime reiterazioni dello stesso esito sfavorevole con motivazioni sempre diverse, tutte ostative, parcellizzando anche il processo amministrativo; in sostanza si vuole cercare di ricondurre a un'unica impugnazione giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale evitando che la parte sia costretta a proporre tanti ricorsi quante sono le ragioni del diniego, perché non comunicate tutte nel medesimo atto"*

¹⁴⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, in *Dir. Proc. Amm.*, 2022, 1, p. 188



giurisdizionali e dinieghi amministrativi successivi. Con l'effetto di esaurimento del potere amministrativo, il ricorrente può conseguire la sua pretesa indipendentemente da ogni valutazione circa la sua fondatezza o meno. Tale norma, quindi, rappresenta lo sviluppo di quella teoria, invero sostenuta anche prima della sua modifica, secondo cui l'art. 10-*bis* sancirebbe l'obbligo dell'amministrazione di esaurire *one shot*, già nel primo procedimento, tutti i margini di discrezionalità del potere¹⁴⁵. L'amministrazione, dovendo illustrare tutte le ragioni che ostano all'accoglimento dell'istanza, dispone per legge di "*una sola chance*" in quanto sarebbe obbligata a un esame globale della vicenda sottesa all'istanza del singolo, esternando, una volta per tutte e già nella fase procedimentale, tutti i motivi e le questioni rilevanti e, così, consumando tutti gli spazi di discrezionalità ad essa riservati.

La conseguenza è appunto quella prevista dal nuovo art. 10-*bis* secondo cui l'amministrazione, in sede di riedizione del potere, non potrebbe più reiterare il proprio precedente diniego non soltanto sulla base dei motivi già valutati come illegittimi dal giudice amministrativo (nella pronuncia di annullamento) ma neppure sulla base di tutti quegli ulteriori motivi comunque ricavabili dall'istruttoria svolta. Di tal che l'adozione del primo provvedimento consuma *in parte qua* il potere dell'amministrazione che dovrà accogliere l'istanza del privato anche se vi sono motivi, pur non esposti nel primo procedimento, che giustificerebbero un ulteriore rigetto dell'istanza del singolo. Si pone così un termine alla spirale di atti e annullamenti giurisdizionali che rischiano di susseguirsi in maniera potenzialmente infinita.

Ebbene, pur avendo un ambito applicativo limitato dal suo tenore letterale, circoscritto all'ipotesi "*di annullamento in giudizio del provvedimento*" adottato ai sensi dell'art. 10-*bis*, occorre apprezzare l'eventuale valenza sistematica portata dalla norma. Si tratta certamente di un tema che richiederebbe un approfondimento ulteriore non ammissibile in questa sede e che porta a interrogarsi sull'applicabilità di un limite, quale quello dell'art. 10-*bis* nella sua nuova formulazione, anche alla convalida in corso di giudizio di un atto illegittimo, specialmente rispetto a vizi della motivazione.

Cionondimeno, se ci si ferma alla lettera dell'art. 10-*bis*, la convalida di un atto impugnato non potrebbe subire limitazioni derivanti dalla disposizione in parola, giacché consiste in un provvedimento di riesame che non interviene, anche perché non potrebbe, dopo l'annullamento del provvedimento ma, al più, nel corso del giudizio, rispetto ad atti comunque non ancora annullati.

¹⁴⁵ Recuperando la tesi di R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in www.giustizia-amministrativa.it



Tuttavia, su un piano sistematico, anche la convalida costituisce una *species* della più generale vicenda di riedizione del potere, che consolida gli effetti di un precedente atto amministrativo e, dunque, determina un risultato di sanatoria, peraltro retroattiva, dell'atto, equiparabile o, per certi versi più grave, rispetto alla "reiterazione" dell'atto invalido. Sicché, quantomeno rispetto al risultato, la convalida, pur configurando un potere di riesame di un precedente atto amministrativo, ben può essere assimilata alla vicenda del riesercizio del potere che, sanando l'originario atto amministrativo viziato, ne conferma contenuto sostanziale ed effetti.

Così argomentando, anche la convalida potrebbe però subire le eventuali limitazioni postesi in generale per ogni riedizione del potere. Di modo che, se si esclude la reiterazione di un atto amministrativo effettuata sulla base di motivazione diversa da quella dell'atto originario, fondata appunto su motivi ostativi addotti per la prima volta ma "già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato", allo stesso modo si potrebbe prospettare una limitazione alla convalida del vizio motivazionale.

Sotto altro profilo, occorre anche considerare che la convalida potrebbe portare ad eludere la previsione dell'art. 10-bis. È pacifico, infatti, che non sarebbe ammessa la convalida "in caso di annullamento", anche perché non esisterebbe più nessun atto da convalidare. Tuttavia, situazione ben diversa è quella della convalida in corso di giudizio, rispetto a un atto non ancora annullato ma che ben potrebbe essere annullato dal giudice rispetto a vizi motivazionali. La sanatoria dell'atto in corso di giudizio porterebbe al risultato di reiterazione del diniego a danno del privato, che il legislatore ha inteso espressamente escludere con la nuova formulazione legislativa, peraltro avvalorando anche la tesi che il potere di primo grado si sia già consumato nella prima fase procedimentale. E allora si avverte la necessità di limitare anche la convalida dell'atto viziato sul piano motivazionale, onde evitare che l'amministrazione possa aggirare il divieto previsto dall'art. 10-bis.