

# Indice

## CAPITOLO PRIMO – *Introduzione. La nuova prospettiva ricostruttiva: superamento della centralità della volontà dell'Amministrazione e valorizzazione delle posizioni giuridiche soggettive dei privati nel perseguimento dell'interesse pubblico sostanziale*

1. Il rilievo sostanziale della teoria degli atti confermativi: perseguimento dell'interesse pubblico sostanziale nel rispetto dei principi di buon andamento, certezza e imparzialità dell'azione amministrativa e posizioni giuridiche soggettive dei privati coinvolti 1
2. Il superamento della prospettiva ricostruttiva che pone al centro la volontà della pubblica Amministrazione e l'atto da essa adottato 7
3. La configurazione non più come interesse di fatto ma come interesse legittimo della pretesa del privato ad una risposta espressa e motivata alla propria istanza di riesame, revisione o nuova emanazione di provvedimento negativo 8
4. La necessità di considerare la pluralità degli interessi privati in gioco e la possibilità di qualificare come interesse legittimo anche la posizione del terzo controinteressato 10
  - 4.1. (Segue) l'impatto sulla teoria degli atti confermativi della generalizzazione della partecipazione procedimentale e del correlativo rafforzamento del carattere di inoppugnabilità del provvedimento amministrativo 13

## CAPITOLO SECONDO – *La teoria degli atti confermativi nella giurisprudenza e nelle trattazioni generali di diritto amministrativo sostanziale e processuale*

1. La formulazione della teoria degli atti confermativi nella giurisprudenza 17
  - 1.1. Rassegna di pronunce del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione 21

- |   |    |
|---|----|
| 1.2. (segue) le sentenze sulla non impugnabilità del silenzio su istanza di riesame   | 28 |
| 2. Attuale formulazione della teoria nelle trattazioni generali di diritto amministrativo processuale: c.d. atti non impugnabili, perentorietà del termine di impugnazione e interesse attuale al ricorso | 31 |
| 3. (Segue) e nelle trattazioni generali di diritto amministrativo sostanziale: procedimenti e provvedimenti amministrativi di secondo grado (di riesame)  | 35 |

CAPITOLO TERZO – *L'origine storica della teoria degli atti confermativi e il superamento di un equivoco assai diffuso. Un'analisi storica della giurisprudenza rivela la mancanza di un'assoluta uniformità applicativa della teoria stessa*

- |   |    |
|---|----|
| 1. La nascita della nozione di atto confermativo e della regola della sua non impugnabilità   | 41 |
| 2. La teoria degli atti confermativi nasce come eccezione alla regola della non impugnabilità dell'atto confermativo  | 43 |
| 3. Rimedio alla mancanza di partecipazione procedimentale e principio del contraddittorio come origine storica della teoria degli atti confermativi   | 46 |
| 4. Conclusione: la teoria degli atti confermativi ha perso il suo significato originario e fondamento storico   | 49 |
| 5. L'analisi storica della teoria degli atti confermativi evidenzia la presenza nella giurisprudenza di contrasti e sensibilità diverse: la teoria non è così assolutamente costante e uniforme come risulta dalle massime                          | 50 |
| 5.1. Sentenze che, ne danno applicazioni opposte in casi analoghi, con evidenti oscillazioni nell'applicazione concreta della teoria (casi giurisprudenziali della fine dell'800 e degli anni '40 e '50)  | 51 |
| 5.2. Sentenze che pur richiamando la teoria, la forzano nel caso concreto al punto di cambiarla, soprattutto per consentire l'impugnabilità di atti che in base alla teoria sarebbero stati a rigore non impugnabili (pronunce degli anni '70)      | 57 |
| 5.3. Sentenze di T.A.R. che, pur invocando tale teoria, espressamente non la applicano in quanto trovano nella fattispecie concreta una ragione, un elemento di diversità per smarcarsene   | 59 |
| 5.4. Sentenze di T.A.R. che negano uno dei fondamenti della teoria, affermando in via generale l'obbligo dell'Amministrazione di pronunciarsi in modo espresso sulle istanze del privato dirette a sollecitare l'esercizio del potere di autotutela | 62 |
| 5.5. Sentenze della Corte di Cassazione in materia tributaria che   |    |

esprimono una sensibilità diversa e ammettono il sindacato sul rifiuto dell'esercizio dell'autotutela	63
5.6. Sentenze che invocano la teoria degli atti confermativi, ma in realtà risolvono il caso concreto sulla base di altre regole che esistono indipendentemente da essa	65
6. Conclusioni derivanti dalla rassegna storica della giurisprudenziale: la teoria degli atti confermativi è molto utilizzata dalla giurisprudenza perché efficiente ed efficace (e non tanto perché effettivamente convincente e determinante)	69
<b>CAPITOLO QUARTO – <i>La centralità della volontà dell'Amministrazione come fondamento dogmatico della teoria tradizionale degli atti confermativi</i></b>	
1. Centralità della volontà dell'Amministrazione soggettivamente intesa, latissima discrezionalità della potestà di autotutela e mancato riconoscimento di una posizione di interesse legittimo in capo ai privati coinvolti	73
2. La concezione soggettivo-istituzionale dell'Amministrazione e la centralità dell'atto come manifestazione di volontà dell'Amministrazione (concezione negoziale del provvedimento)	77
3. Tale fondamento dogmatico è alla base della giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione	82
3.1. In alcune sentenze il Consiglio di Stato arriva a dire in modo espresso che quello che conta ai fini dell'impugnabilità degli atti confermativi è solo la volontà dell'Amministrazione. E questo non solo – in negativo – per escludere l'impugnabilità dell'atto confermativo, ma anche – in positivo – per affermarla	82
3.2. Anche la Corte di Cassazione ha sempre espresso il medesimo orientamento	85
4. Tale fondamento dogmatico è alla base delle posizioni espresse dalla dottrina di gran lunga maggioritaria	88
4.1. (Segue) nella prospettiva ricostruttiva dell'inquadramento nei provvedimenti di riesame e in quella dell'attualità dell'interesse a ricorrere	88
4.2. (Segue) nella prospettiva ricostruttiva della distinzione tra provvedimenti e meri atti	89
4.3. (Segue) la prospettiva ricostruttiva del concetto di mera denuncia come distinto da quello di istanza e della negazione del dovere dell'Amministrazione di pronunciarsi in modo espresso e motivato sulle mere denunce	90
4.4. (Segue) la prospettiva ricostruttiva dell'attività preprocedimentale e preistruttoria come attività interna	97
4.5. (Segue) il punto di vista ricostruttivo della distinzione tra eccezione pregiudiziale di definitività e riesame	99

CAPITOLO QUINTO – *Tentativi dottrinali di reimpostare su di un diverso fondamento dogmatico la teoria tradizionale degli atti confermativi*

1. La prospettiva ricostruttiva dell'idoneità dell'istanza del privato a «scuotere» la definitività del provvedimento (quale concetto diverso da quello di cosa giudicata) (F. CAMMEO, 1911; S. LESSONA, 1947) 104
2. La ricostruzione della problematica degli atti confermativi in chiave di rapporti e non in chiave di atti, e la necessaria rilevanza dell'atto del privato che adduca elementi nuovi (E. CANNADA BARTOLI, 1961) 107
3. Il buon andamento dell'azione amministrativa come fondamento dogmatico della teoria, nel rapporto tra inoppugnabilità e vicende dell'interesse legittimo (R. MARRAMA, 1987) 110
4. Il fondamento dogmatico rappresentato dal dovere di provvedere sull'istanza del privato quale espressione del dovere d'ufficio (F. LEDDA, 1964; L. MAZZAROLLI, 1964 e 1988) 117
  - 4.1. Il dovere d'ufficio a fronte di istanza di emanazione di atto in precedenza rifiutato, che contenga elementi di novità sostanziale in F. LEDDA 118
  - 4.2. Il dovere d'ufficio a fronte di istanza di riesame in F. LEDDA 119
  - 4.3. Il contributo di analisi di L. MAZZAROLLI 120
  - 4.4. (Segue) la prima distinzione analitica delle diverse ipotesi in cui viene applicata la teoria degli atti confermativi 122
  - 4.5. (Segue) il dovere di provvedere quale dovere d'ufficio a fronte di un'istanza di riesame o di revisione 123
  - 4.6. (Segue) il dovere di provvedere quale dovere d'ufficio a fronte di un'istanza diretta a ottenere l'adozione di un provvedimento in precedenza rifiutato 125
5. I recenti contributi critici di G. FALCON (2003), F. SAIITA (2003, 2008) e P. POZZANI (2012). 126

CAPITOLO SESTO – *La prospettiva ricostruttiva proposta, incentrata sulla valorizzazione delle posizioni giuridiche soggettive dei privati coinvolti. La configurabilità della posizione del privato richiedente come interesse legittimo a una risposta espressa e motivata alla propria istanza. Piena compatibilità di tale configurazione con la tutela dell'interesse pubblico sostanziale e con i principi di buon andamento, certezza e imparzialità dell'azione amministrativa*

1. La tradizionale negazione della configurabilità di un interesse legittimo in capo al privato denunciante 132

2. La prospettabilità, in linea generale, di un interesse legittimo pre-procedimentale 135
3. Non condivisione delle ricostruzioni dottrinali che affermano l'obbligo di avviare il procedimento e di provvedere a fronte della denuncia del privato 140
4. Il contenuto dell'interesse legittimo preprocedimentale non è la pretesa all'avvio del procedimento di secondo grado e alla sua conclusione con un nuovo provvedimento di regolazione sostitutivo del precedente divenuto inoppugnabile. Il suo contenuto si limita alla pretesa a una risposta espressa e motivata all'istanza 142
5. La qualificazione normativa dell'interesse a una risposta espressa e motivata alla denuncia del privato nella disciplina generale sull'azione amministrativa e nelle discipline di settore 147
  - 5.1. La positivizzazione del potere di annullamento d'ufficio e di revoca 149
  - 5.2. Il principio di trasparenza quale principio generale dell'azione amministrativa 150
  - 5.3. L'avvenuta individuazione della fattispecie attività amministrativa come funzione e del suo statuto giuridico 151
  - 5.4. Le discipline di settore in cui si attribuisce rilievo giuridico, e non solo di fatto, alla denuncia del privato in relazione a procedimenti a iniziativa d'ufficio 156
  - 5.5. Le prospettive di valorizzazione dell'istanza di autotutela nell'ambito dell'azione di risarcimento dei danni per lesione dell'interesse legittimo nell'art. 30 del Codice del processo amministrativo 159
6. La prospettazione di una posizione di interesse legittimo in capo all'istante è coerente con l'evoluzione del ruolo del privato e della nozione di interesse legittimo (F.G. SCOCA, M. NIGRO, L. IANNOTTA) 161
7. L'interesse legittimo preprocedimentale avente come contenuto la pretesa alla risposta espressa e motivata all'istanza non contrasta con il perseguimento dell'interesse pubblico sostanziale secondo i principi di buon andamento e certezza dell'azione amministrativa né con il legittimo affidamento del controinteressato, ed è coerente con i principi di imparzialità e trasparenza. 167
8. Conclusione: interesse legittimo dell'istante, interesse al ricorso e motivi di ricorso proponibili. L'atto meramente confermativo è sempre impugnabile, ma sono ammissibili solo i motivi di ricorso diretti a far valere l'interesse strumentale a una risposta espressa e motivata alla propria istanza 170
9. L'interesse legittimo dell'istante non comprende la pretesa allo svolgimento di un nuovo procedimento e all'emanazione di un nuovo provvedimento che si sostituisca al precedente, perché ciò contrasterebbe con i principi di buon andamento e certezza

dell'azione amministrativa e con il legittimo affidamento del controinteressato (rinvio al prossimo capitolo) 171

CAPITOLO SETTIMO – *Qualificazione della posizione del controinteressato come interesse legittimo a non vedere rimesso in discussione, in assenza di elementi significativi, l'assetto di interessi definito con il provvedimento inoppugnabile. Inconfigurabilità logico-giuridica di un interesse pubblico sostanziale all'adozione di un provvedimento confermativo, e suo contrasto con i principi di buon andamento, certezza e imparzialità dell'azione amministrativa: sussistenza e limiti del potere di confermare un provvedimento inoppugnabile*

1. Il controinteressato nella teoria degli atti confermativi: non è mai considerato, ma tale mancata considerazione non è giustificata 174
2. La valorizzazione della posizione giuridica soggettiva del controinteressato nell'evoluzione del nostro ordinamento amministrativo in generale, nella legge n. 241 del 1990 e nelle norme sul processo amministrativo 178
3. Facoltà e poteri connessi all'interesse legittimo del controinteressato in relazione al procedimento di primo grado e al relativo provvedimento conclusivo 184
4. La qualificazione come interesse legittimo della posizione del controinteressato successivamente all'intervenuta inoppugnabilità del provvedimento ad esso favorevole 185
5. Indici della qualificabilità come interesse legittimo dell'interesse di fatto del controinteressato al mantenimento, in assenza di elementi significativi, dell'assetto di interessi definito dal provvedimento inoppugnabile 188
  - 5.1. Il termine di decadenza come norma che va letta anche a favore del controinteressato. Indisponibilità del termine di decadenza anche da parte dell'Amministrazione 188
  - 5.2. L'introduzione tra i principi generali dell'azione amministrativa del principio comunitario di tutela del legittimo affidamento 190
  - 5.3. L'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 191
  - 5.4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria che pone in rapporto l'inoppugnabilità del provvedimento con la certezza del diritto a favore dei privati 192
6. Elementi che hanno rafforzato nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo il valore dell'inoppugnabilità del provvedimento, e di conseguenza contribuiscono a qualificare giuridicamente l'interesse legittimo del controinteressato alla stabilità 194

6.1. Teoria degli atti confermativi e inoppugnabilità: una teoria elaborata per fare valere ma anche per eludere l'inoppugnabilità	195
6.2. Inoppugnabilità e regime giuridico dell'agire provvedimentoale. La particolare forza del provvedimento in termini di efficacia; esecutività e inoppugnabilità del provvedimento efficace	196
6.3. L'inoppugnabilità quale garanzia dell'efficacia della statuizione provvedimentoale, della stabilità dell'azione amministrativa e della certezza delle situazioni di diritto pubblico (M.S. GIANNINI, G. GRECO, G. CORSO)	200
6.4. L'inoppugnabilità è un predicato necessario dell'agire provvedimentoale. La fase c.d. di prefigurazione e le forme di predeterminazione dell'azione amministrativa valorizzano la «ragione pratica» dell'inoppugnabilità di contribuire a garantire stabilità all'azione amministrativa	203
6.5. Lo sviluppo delle garanzie di partecipazione procedimentale (dalla comunicazione di avvio del procedimento al preavviso di rigetto) rafforza il valore dell'inoppugnabilità del provvedimento	205
6.6. Il Codice del processo amministrativo e la previsione di brevi termini di decadenza a presidio delle esigenze di certezza e stabilità dell'azione amministrativa	206
7. Il contenuto specifico dell'interesse legittimo del controinteressato: la pretesa a che non vengano mutati, in assenza di elementi significativi, gli effetti del provvedimento inoppugnabile. Coerenza di tale qualificazione con il necessario perseguimento da parte dell'Amministrazione dell'interesse pubblico sostanziale secondo i principi di buon andamento e certezza dell'azione amministrativa. La sussistenza e i limiti del potere di confermare un provvedimento inoppugnabile	209
8. Gli strumenti, procedimentali e processuali, a disposizione del controinteressato per fare valere il proprio interesse legittimo	215
CAPITOLO OTTAVO – <i>La prospettiva ricostruttiva proposta determina un ribaltamento della soluzione da dare alle questioni tradizionalmente risolte sulla base della teoria degli atti confermativi, alla luce del difficile equilibrio tra l'interesse legittimo del privato istante, quello del controinteressato e il necessario perseguimento dell'interesse pubblico sostanziale nel rispetto dei principi di buon andamento, certezza e imparzialità dell'azione amministrativa</i>	
1. La nuova prospettiva ricostruttiva determina un ribaltamento della soluzione da dare alle questioni tradizionalmente risolte sulla base della teoria degli atti confermativi	219

2. L'applicazione della nuova prospettiva ai diversi casi individuati dalla dottrina	222
2.1. Il silenzio a fronte di istanza di riesame, revisione e nuova emanazione: proponibilità del ricorso e suoi limiti	223
2.2. Il rifiuto pregiudiziale di istanza di riesame, revisione e nuova emanazione: impugnabilità e suoi limiti	225
2.3. L'impugnabilità nelle ipotesi di diniego sostanziale. Il diniego sostanziale di istanza di riesame	227
2.4. Il diniego sostanziale di istanza di revisione	229
2.5. Il diniego sostanziale di nuova emanazione	230
3. Considerazioni conclusive: il perseguimento dell'interesse pubblico concreto e attuale, nel rispetto dei principio di buon andamento, imparzialità e certezza dell'azione amministrativa nonché nel rispetto degli interessi legittimi dei privati coinvolti	234

*Bibliografia*

241