

IL PROVVEDIMENTO CONFERMATIVO

INTRODUZIONE

I. Obiettivi del presente lavoro.	13
--	----

CAPITOLO I

L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

I. L'attività amministrativa . (cenni).	17
1. L'evoluzione del diritto amministrativo in Italia.	17
2. L'amministrazione oggi: i principi.	20
II. Il potere amministrativo . (cenni)	23
III. La situazione del privato nei confronti del potere, interesse legittimo . (cenni)	25
IV. Il procedimento amministrativo . (cenni)	29
V. Il provvedimento amministrativo.	32
1. Natura giuridica ed effetti del provvedimento.	32
2. La struttura del provvedimento amministrativo .	34
3. Classificazione dei provvedimenti amministrativi.	35
4. La patologia del provvedimento amministrativo.	37
4.1 L'invalidità del provvedimento.	37
4.2 La nullità degli atti amministrativi.	39

4.3 L'annullabilità del provvedimento amministrativo.	40
Segue. L'eccesso di potere.	41
4.4 I vizi non invalidanti.	43

CAPITOLO II

I PROVVEDIMENTI DI RIESAME

I. Il potere di riesame tra esercizio del potere di autotutela, valutazione dell'interesse pubblico e tutela del legittimo affidamento del privato .

1. L'esercizio del potere di riesame.	45
2. Interesse pubblico e tutela del legittimo affidamento: l'attività dell'Amministrazione di nei provvedimenti di riesame.	49
2.1 L'affermazione del principio del legittimo affidamento.	50
2.2. La tutela del legittimo affidamento nei provvedimenti di riesame.	53
2.3. L'interesse pubblico nei provvedimenti di riesame.	55

II. Provvedimenti di riesame. I requisiti: un'elaborazione prevalentemente di origine giurisprudenziale.

1. I requisiti dei provvedimenti di riesame.	58
1.1 L'interesse pubblico attuale e concreto, il termine ragionevole.	59
1.2. L'obbligo di motivazione.	61
1.3. La comunicazione di avvio del procedimento.	62
1.4. La competenza e il principio del " <i>contrarius actus</i> ".	63
Segue. Conclusioni.	65

III. L'opera di classificazione svolta dalla dottrina in tema di provvedimenti di secondo grado: Provvedimenti ad esito *eliminatorio*: Annullamento e revoca, (breve cenni). Provvedimenti *ad esito conservativo*: Ratifica, convalida, rettifica, sanatoria. Atto confermativo, atto meramente confermativo (rinvio).

1. I provvedimenti di riesame ad esito eliminatorio: l'annullamento d'ufficio e la revoca.	66
1.1. L'annullamento d'ufficio.	67
1.2. La revoca.	70
2. Provvedimenti ad esito conservativo “ : Ratifica, convalida, rettifica, conversione. Atto confermativo, atto meramente confermativo (rinvio).	71
2.1. La convalida.	72
2.2. La ratifica.	73
2.3. La rettifica e la conversione.	74
2.4. La riforma e gli atti confermativi.	74
Segue. Conclusioni.	

CAPITOLO III

**IL PROVVEDIMENTO CONFERMATIVO NELLA
GIURISPRUDENZA E NELLA DOTTRINA**

I. I provvedimenti di conferma, breve cenno sull'evoluzione dell'inquadramento operato da dottrina e giurisprudenza.	77
1. La teoria degli atti confermativi: una creazione giurisprudenziale.	79
Segue. La posizione della dottrina .	82
2. Le ragioni che hanno portato dottrina e giurisprudenza ad elaborare una teoria sugli atti confermativi.	85
II. I provvedimenti di <i>conferma</i> oggi : l' atto confermativo e l'atto meramente confermativo.	88
III. L'atto confermativo, i requisiti individuati dalla giurisprudenza.	
Segue: differenza tra “ conferma “ e “ nuovo provvedimento”.	89
1. La rinnovata istruttoria.	90
2. La motivazione.	92
3. La competenza e il principio del <i>contrarius actus</i> .	92
4. La comunicazione di avvio del procedimento e la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.	93
Segue. Differenza tra provvedimenti di conferma e nuovo provvedimento.	95
IV. Gli effetti del provvedimento confermativo: il “ carattere rinnovatorio ed assorbente ”. (<i>rinvio</i>)	96

CAPITOLO IV
L'INTERESSE LEGITTIMO DEL PRIVATO NEI
PROVVEDIMENTI DI CONFERMA

**I. La discrezionalità pura dell' Amministrazione sulle istanze di riesame:
la non configurabilità dell'interesse legittimo del privato come diritto ad
ottenere un nuovo provvedimento.**

1. Il potere di riesame: un potere discrezionale. 100
2. Le posizioni della dottrina: i tentativi volti a riconoscere l'esistenza di un
dovere d'ufficio. 103

**II. La posizione del privato nei provvedimenti di conferma : diritto
soggettivo o interesse legittimo ?** 105

**III. L' interesse legittimo del privato come diritto a una risposta
espressa e adeguatamente motivata , valutazione cautamente critica
di tale interpretazione.** 108

1. La mancata previsione di un obbligo a provvedere non presuppone la
negazione di ogni diritto del privato in seguito alla presentazione di una
istanza di riesame . 108
2. *Il diritto ad essere presi in considerazione.* 111
- 2.1. La pretesa di essere presi in considerazione non è incompatibile con il
rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'inoppugnabilità del
provvedimento amministrativo. 112

2.2. Il diritto ad essere presi in considerazione inteso come espressione di amministrazione attiva: la necessità di adeguamento della giurisprudenza alla mutata concezione di interesse legittimo.	113
3. L'interesse legittimo del terzo contro interessato: l'interesse a vedere tutelato il proprio legittimo affidamento.	115
4. La lesione dell'interesse legittimo del privato: motivi di ricorso proponibili in caso di atto meramente confermativo.	119
5. Il regime di impugnabilità dell'atto meramente confermativo e del provvedimento confermativo. (rinvio)	122

CAPITOLO V
IL REGIME PROCESSUALE DEGLI ATTI
CONFERMATIVI

I. Provvedimenti di <i>conferma</i> e diritto a ricorrere.	124
1. L'impugnabilità del provvedimento confermativo.	124
2. Il provvedimento confermativo rappresenta una chiara espressione di Amministrazione attiva.	128
3. Il carattere rinnovatorio ed assorbente del provvedimento confermativo . Un atto autonomamente impugnabile.	128
II. L' improcedibilità dell' azione per carenza di interesse in caso di un provvedimento confermativo sopravvenuto.	130
Segue. Le differenti previsioni in materia di atti meramente confermativi (rinvio).	131
III. L' inoppugnabilità dell'atto meramente confermativo come garanzia della certezza dell' attività amministrativa.	132
1. La valorizzazione del procedimento ha ridato vigore al provvedimento.	134
IV. L' Inoppugnabilità dell'atto meramente confermativo come garanzia dell' interesse legittimo del terzo contro-interessato: il diritto ad ottenere una motivazione valida in caso di provvedimento confermativo.	

1. L'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento. L'impugnabilità di tale atto in caso di mancanza di valide ragioni di pubblico interesse che giustifichino l'emanazione di un provvedimento confermativo. 137

2. Il mancato riconoscimento, al terzo contro-interessato, dell'interesse a ricorrere in via principale contro un provvedimento confermativo. 139

Segue. Il riconoscimento dell'interesse a ricorrere in caso di ricorso incidentale. 141

V. L' inoppugnabilità del *nuovo provvedimento* dal contenuto identico a un provvedimento precedente divenuto inoppugnabile.

1. Differenze sostanziali tra atti confermativi e nuovo provvedimento. 142

2. Il differente trattamento processuale del provvedimento confermativo e del *nuovo provvedimento*. 143

VI. Il comportamento della p.A. in seguito alla presentazione di un'istanza da parte del privato: il silenzio, il rifiuto pregiudiziale, il diniego sostanziale. La mancanza di una tutela effettiva del privato che non vede riconosciuto dalla giurisprudenza né il diritto al provvedimento né quello a una risposta espressa.

1. Il silenzio a fronte della presentazione dell'istanza del privato. 147

2. Il rifiuto pregiudiziale dell'istanza del privato. 148

3. L'impugnabilità nelle ipotesi di diniego sostanziale. 150

3.1. Il diniego sostanziale di un'istanza di riesame. 151

3.2. Il diniego sostanziale di un'istanza di revisione. 153

3.3. Il diniego sostanziale di un'istanza di nuova emanazione. 153

CAPITOLO VI

L'ACQUIESCENZA AL PROVVEDIMENTO

CONFERMATIVO

I. L'acquiescenza al provvedimento amministrativo:, viaggio attraverso l'elaborazione operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza . Il contributo offerto da Marrama e da Gaffuri.

1. La prima fase della *teoria sull'acquiescenza*: equivalenza tra rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento. 157
2. L'acquiescenza al provvedimento come accettazione della legalità del provvedimento. La critica apportata da R. MARRAMA. 158
3. Il contributo di R.MARRAMA: la rinuncia all'interesse legittimo. 159
4. Il contributo offerto da F.GAFFURI: parziale superamento dell'impostazione fornita da R.MARRAMA alla luce del mutato rapporto di diritto amministrativo e dell'introduzione all'interno del nostro ordinamento dei principi comunitari di buona fede e legittimo affidamento. 161

II. L'acquiescenza al provvedimento amministrativo: natura dell'istituto. 165

1. L'adesione espressa o tacita alle statuizioni della pubblica autorità deve essere libera e spontanea. 166
2. I comportamenti del privato devono essere univoci, chiari e concludenti. 168

3. Il provvedimento deve essere immediatamente lesivo dell'interesse legittimo del privato: ricorrenza dell'acquiescenza solo nei casi in cui è astrattamente riconosciuto il diritto a ricorrere.	169
4. L'acquiescenza avverso gli atti confermativi.	171
Segue. Un interessante caso pratico che vede collegati i due istituti in questione	172

CAPITOLO VII

CONCLUSIONI FINALI: VALUTAZIONE DEI PROFILI DI CRITICITÀ

I. In vista del mutato rapporto di diritto amministrativo si fa avanti l'esigenza di mutare l'impostazione tradizionale in materia di atti confermativi.	175
II. Profili di criticità: l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento alla luce dell'attuale teoria degli atti confermativi. Il tentativo di affermare l'impugnabilità di un atto meramente confermativo adottato in presenza dei presupposti legittimanti l'esercizio di un potere di riesame.	180

Bibliografia	185
---------------------	-----

IL PROVVEDIMENTO CONFERMATIVO

INTRODUZIONE

I. Obiettivi del presente lavoro.

Il presente lavoro mira ad approfondire, all'interno della branca del diritto amministrativo, lo studio riguardante il provvedimento confermativo, atto la cui qualificazione giuridica è ancora oggi al centro di un acceso dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza. Per fare ciò è necessario introdurre la materia del diritto amministrativo e sarà fatto analizzando l'evoluzione del rapporto tra amministrazione e privato, soffermandoci in particolar modo sull'esercizio del potere di cui la p.a. dispone. Nel tentativo di mettere in evidenza in che modo l'espletazione della funzione amministrativa vada ad incidere in concreto sulla

posizione del privati, l'attenzione sarà rivolta a quella situazione giuridica soggettiva che si qualifica come *interesse legittimo*.

Nel prosieguo del lavoro verrà brevemente analizzato il procedimento amministrativo così come disciplinato dalla legge n. 241/1990 ponendo l'attenzione sul rapporto collaborativo che, anche alla luce della normativa comunitaria, intercorre tra privato e amministrazione in vista del raggiungimento della *buona amministrazione*.

Nei capitoli successivi l'analisi interesserà i *provvedimenti di secondo grado*, analizzando la classificazione operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel tentativo di inquadrare con certezza i *provvedimenti di riesame*, l'attenzione sarà rivolta al rapporto che, all'interno di tali atti, intercorre tra amministrazione e privato alla luce del rispetto del principio *del legittimo affidamento*.

Verrà approfondito poi, sempre confrontando in modo critico le posizioni dottrinarie e quelle della giurisprudenza, il discorso riguardante l'applicazione dell'*obbligo a provvedere* in caso di *provvedimenti di secondo grado* cercando di capire se, alla luce della disciplina legislativa e della posizione attuale della giurisprudenza, sia possibile per il privato impugnare il silenzio dell'amministrazione formatosi su un'istanza di riesame.

Il lavoro proseguirà con l'analisi del potere di cui dispone l'amministrazione qualora debba emanare un *provvedimento di conferma* cercando di dimostrare perché la posizione del privato alla presenza di tali atti sia qualificabile come interesse legittimo.

Partendo dalle prime pronunce del Consiglio di Stato sull'argomento risalenti all'inizio del '900, arrivando fino ai giorni nostri, saranno ripercorse le teorie di dottrina e giurisprudenza in materia di *atti confermativi* e *atti meramente confermativi*. Dopo aver approfondito gli aspetti legati alla qualificazione giuridica e agli effetti di tali atti, verranno messi in evidenza gli elementi di divergenza e di convergenza tra *conferma propria* e *impropria*. Nell'intento di identificare il contenuto dell'interesse legittimo di cui il privato è titolare in caso di provvedimenti confermativi, sarà dimostrato perché *allo stato degli atti* non sia possibile appoggiare quella parte della dottrina (Mazzaroli) propensa a ritenere che la posizione dell'interessato si sostanzia nel diritto ad ottenere un nuovo provvedimento. L'attenzione si indirizzerà poi verso la posizione processuale del privato in presenza di un provvedimento confermativo, alla luce della ormai uniforme giurisprudenza formatasi sull'argomento, analizzando, altresì, la questione degli *effetti rinnovatori* del provvedimento confermativo e *dell'inoppugnabilità dell'atto meramente confermativo*, dimostrando,

infine, perché tale principio sia nei fatti una garanzia per la *certezza del diritto* e per la *tutela del legittimo affidamento*.

Il lavoro riguardante l'analisi degli aspetti processuali si concluderà nel tentativo di approfondire il discorso sull'istituto dell'*acquiescenza* al provvedimento amministrativo, in particolar modo nel caso dei provvedimenti di *conferma*, partendo dal contributo della dottrina (Marrama, Gaffuri) fino a giungere ai principi affermati dal Consiglio di Stato in materia.

Il percorso si chiuderà tentando di operare una sintesi sulle varie tematiche affrontate al fine di inquadrare con certezza tale tipologia di provvedimento dal punto di vista degli effetti e del regime processuale. Il tutto sarà fatto valutando criticamente le differenti posizioni assunte sull'argomento da dottrina e giurisprudenza e criticando alcune pronunce recenti che, da un punto di vista sostanziale, non sembrano garantire l'effettività della tutela giurisdizionale del privato.

CAPITOLO I

L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

I. L'attività amministrativa (cenni).

1. L'evoluzione del diritto amministrativo in Italia.

Dopo il 1861 l'Italia si presentava come uno Stato unificato solo dal punto di vista territoriale, mentre dal punto di vista giuridico continuavano a sopravvivere le varie legislazioni locali.

In campo amministrativo tale differenziazione sopravvisse fino alla legge 20 marzo 1865, n. 2248, approvata su pressione del Governo La Marmora, preoccupato per il trasferimento della capitale a Firenze.

Il Regno Sabauda al momento della formazione del Regno d'Italia era il solo Stato Costituzionale e si decise perciò in campo amministrativo, ma non solo, di operare una *piemontesizzazione dell'ordinamento*,

nonostante tutti fossero concordi sul fatto che il sistema piemontese non fosse il più progredito dell' epoca.

L' organizzazione amministrativa al tempo si presentava molto semplice, uniforme, fortemente accentrata nelle figura dello Stato. Le Province e i Comuni nonostante fossero dotati di personalità giuridica apparivano soltanto come “*membra dello Stato*”¹. Lo Stato era considerato l'unico titolare del potere organizzativo e amministrativo.

Un sistema così semplice non poteva sopravvivere al cambiamento epocale che avrebbe stravolto la società di lì a poco.

Nasceva la necessità di affiancare allo Stato altri soggetti di diritto pubblico capaci di operare all'interno dell'ordinamento al fine di garantire efficacemente la soddisfazione degli interessi pubblici.

Lo Stato iniziò ad utilizzare a tal fine la figura dell'*ente pubblico funzionale dotato di personalità giuridica e a gestione autonoma*².

Con l'avvento della Costituzione repubblicana del 1948 ci fu un ulteriore passo in avanti indirizzato alla realizzazione di una differenziazione funzionale in campo legislativo e amministrativo: alle Regioni fu attribuito il potere legislativo in determinate materie concedendo loro,

¹ F. PERSICO, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli 1890.

² Nel ventennio fascista si ebbe un grande impulso verso la creazione di enti pubblici nazionali, risale a tale epoca la creazione dell' INPS, INAIL, INAN, IRI.

allo stesso tempo, funzioni amministrative per la cui realizzazione si sarebbe servita però dell'operato di Province e Comuni.

Nonostante gli intenti iniziali deducibili dall'impianto costituzionale, lo Stato continuò a rivestire le vesti del *primus inter pares*.

L'equiparazione di tutti gli enti territoriali si ottenne solo con legge costituzionale n.3 del 18 ottobre 2001 con la quale fu modificato l'articolo 114 della Costituzione che oggi afferma che “ la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato”.

Gli enti territoriali si differenziano in tal modo soltanto in base alle funzioni che gli sono attribuite.

Il nuovo criterio di distribuzioni funzionali previsto dall'articolo 118 della Costituzione si basa sui criteri di *sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*.

Le funzioni amministrative sono quindi attribuite *in primis* ai Comuni e, soltanto qualora questi non siano in grado di espletarle in pieno, alle Province , alle Città Metropolitane, alle Regioni o allo Stato.³

³ Cfr. G.SCOCA, Diritto Amministrativo, Giappichelli editore, Torino 2011.

L'innovazione più importante operata in campo amministrativo riguarda la distinzione tra *funzioni politico-amministrative*, riservate agli organi di governo, e quelle di *mera amministrazione*, riservate invece agli organi tecnici-amministrativi. Ai primi è riservata la *funzione di governo* che consiste nel determinare gli obiettivi da raggiungere e nella valutazione dei risultati raggiunti. Ai secondi la *funzione amministrativa* che si identifica nella

Notevoli cambiamenti sono stati apportati dalla legge costituzionale n.3 del 2001 anche il ambito legislativo.

Il riformato articolo 117 stabilisce infatti (modificando radicalmente l'impianto precedente in cui la potestà legislativa residuale era riservata allo Stato) che le Regioni sono dotate di potestà legislativa residuale in tutte quelle materie in cui non è prevista la legislazione concorrente⁴ o esclusiva dello Stato.

2. L'amministrazione oggi: i principi.

L'attività amministrativa è quell'attività mediante la quale i soggetti della pubblica amministrazione, dopo che siano stati determinati i fini da perseguire, provvedono in concreto alla cura dell'interesse pubblico. All'interno di uno stato di diritto costituzionale come quello italiano, all'Amministrazione, nell'espletamento delle proprie funzioni, non è concesso operare come soggetto titolare di un potere *absolutus*, sciolto da ogni vincolo e limitazione. Secondo le coordinate derivanti dall'esame

gestione concreta del potere finalizzata al raggiungimento degli obiettivi stabiliti dagli organi di governo.

⁴ In caso di legislazione concorrente lo Stato determina i principi fondamentali e spetta alle Regioni emanare le cosiddette *leggi di attuazione* nel rispetto dei principi stabiliti dallo Stato, della Costituzione, dei vincoli comunitari e del diritto internazionale.

del dettato costituzionale è infatti previsto che l'attività amministrativa debba conformarsi a tre principi fondamentali: il principio di *legalità*, di *imparzialità* e di *buon andamento*.

Il principio di *legalità*, non previsto all'interno di una determinata norma della Costituzione, si ricava implicitamente dalla stessa ed esprime la necessità che l'attività amministrativa sia soggetta alla legge.⁵

I principio di *imparzialità* e di *buon andamento* sono invece esplicitamente enunciati all'interno dell'articolo 97 comma 1 della Costituzione⁶.

Il principio di *imparzialità* stabilisce il potere-dovere della p.a., nel compimento della propria funzione decisoria, di non privilegiare aprioristicamente e discrezionalmente nessun interesse, ponendo in atto l'attività di ponderazione dei vari interessi legittimi seguendo criteri predeterminati e non discriminatori al fine di garantire la parità di trattamento di tutti i soggetti interessati.

Accanto al principio di imparzialità si colloca il principio di *buon andamento* che si sostanzia nel dovere, in capo all'amministrazione, di

⁵ Toccherà alla legge poi indicare all'Amministrazione la forma, l'oggetto, gli effetti del provvedimento amministrativo, quali siano gli obiettivi da raggiungere e quali le procedure cui attenersi per il perseguimento degli stessi.

⁶ “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, modo in che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.”

realizzare l'interesse pubblico nella maniera più immediata, più conveniente e più adeguata possibile.

Essendo l'attività amministrativa finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico essa, come detto, è fortemente limitata nei fini e nella modalità di espletamento del proprio potere al fine di garantire che il *miglior risultato possibile* possa essere ottenuto *nel minor tempo possibile, con il minor dispendio di risorse possibile e con la migliore tutela degli interessi privati possibile*.⁷

A livello comunitario non esistono principi scritti vincolanti⁸ che vadano a regolare l'attività amministrativa *strictu sensu* ma è ormai universalmente riconosciuto, in via generale e di principio, il diritto di ogni individuo alla *buona amministrazione*.

Risulta complicata l'opera di qualificazione del contenuto di tale diritto ma in più occasioni la Corte si è espressa in favore di un'applicazione estensiva all'attività amministrativa dei principi che identificano il giusto processo, contenuti all'interno dell'art. 6 della CEDU, in virtù dei quali

⁷ Così all'articolo 1 della legge 241/1990 sul provvedimento amministrativo è stabilito che “*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*”.

⁸ In materia amministrativa a livello comunitario sono state emanate soltanto delle direttive che in quanto tali non sono dotate di vincolatività.

l'attività della P.A. deve conformarsi *in primis* ai principi di *trasparenza, informazione, eguaglianza, imparzialità e terzietà* .

II. Il potere amministrativo (cenni).

Il rapporto che intercorre tra l'Amministrazione e il privato si manifesta come una relazione tra una posizione giuridica attiva della prima, denominata *potere amministrativo*, e di una posizione passiva del secondo che prende il nome di *interesse legittimo*.

L'amministrazione opera all'interno dell'ordinamento come soggetto titolare di un potere, intendendosi con questo termine "*l'attitudine a determinare in concreto uno o più effetti previsti astrattamente dall'ordinamento*"⁹.

Abbiamo detto che lo scopo primario dell'attività Amministrativa è il perseguimento dell'interesse pubblico, ma, dal momento che esiste un pluralità di interessi pubblici, la missione della pubblica amministrazione è quella di regolare dinamicamente la coesistenza di tali interessi mettendo in atto un dialogo attivo tra i vari portatori di tali interessi.

⁹ Cfr. G.SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Giappichelli editore, Torino 2011 p. 152 .

Tale attività è comunemente definita *attività di ponderazione* ed è finalizzata ad una decisione che possa portare alla soddisfazione dell'interesse pubblico ritenuto prevalente.

Per arrivare a tale determinazione che si identifica con il provvedimento amministrativo (l'amministrazione può però, a seguito di istruttoria, anche orientarsi per "una non decisione")¹⁰, l'attività valutativa compiuta dall'amministrazione non risulta standardizzata ma si mostra differenziata in relazione al fatto che dalla norma sia stato già fissato o meno il contenuto dell'adottando provvedimento.

Se in sede di decisione la p.A. è libera di scegliere la soluzione che ritiene più opportuna ai fini del raggiungimento del pubblico interesse, si parlerà di *attività discrezionale*¹¹, qualora invece all'Amministrazione sia preclusa qualsiasi valutazione nel merito si parlerà di *potere vincolato*.¹²

¹⁰ Si fa riferimento non solo a una *non decisione* in senso tecnico, alla decisione cioè dell'amministrazione, in seguito a un'istruttoria intrapresa d'ufficio di orientarsi verso una mancata adozione del provvedimento. Si fa altresì riferimento al fenomeno che prende il nome di *silenzio*, che, nei casi previsti dalla legge, assume efficacia di provvedimento di accettazione dell'istanza del privato, parlandosi in questo caso di "silenzio assenso", o di rifiuto dell'istanza avanzata dal privato, identificandosi come "silenzio diniego".

¹¹ Oggi però il libero esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione è stato di fatto limitato dalla creazione di un reticolo di criteri giurisprudenziali (non contraddittorietà della decisione, consequenzialità logica, manifesta illogicità) la cui violazione porterebbe, in caso di impugnativa del provvedimento da parte del privato, il giudice ad invalidare l'atto per "eccesso di potere".

¹² Si parla infatti di potere vincolato quando la norma risolve *a priori* la valutazione degli interessi e stabilisce il contenuto del provvedimento da adottare. In questo caso quindi la valutazione compiuta dall'amministrazione è limitata dal perseguimento dell'interesse pubblico già prefissato dalla norma.

III. La situazione del privato nei confronti del potere, l'interesse legittimo (cenni).

Dobbiamo quindi approfondire la posizione che il privato viene ad assumere nei confronti dell'amministrazione ogni qual volta inizi un procedimento amministrativo. Funzionalmente a tale approfondimento, va prioritariamente esaminata la differenza tra *diritto soggettivo* e *interesse legittimo*¹³.

Per comprendere al meglio tale distinzione analizzeremo le vicende giuridiche che affronta il privato in caso di provvedimento di *espropriazione* per pubblica utilità emesso dell' autorità amministrativa competente.

Oltre a potere vincolato e discrezionale si è andata creando una nuova categoria di potere della p.a: *la discrezionalità tecnica* . Essa ricorre quando il giudizio che è richiesto all'amministrazione deve essere espresso sulla base di conoscenze *specialistiche, non giuridiche ma scientifiche* (così G.CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino 2012 p. 204)

Pur trattandosi di valutazioni rese sulla base di scienze diverse dal diritto, con la sentenza del Consiglio di Stato sez. IV , 9 aprile 1999, n. 601 si è affermato che, in ambito di discrezionalità tecnica, l'attività di valutazione nel merito operata dal giudice su una decisione adottata dalla p.a. debba essere ritenuta valida nel caso in cui si tratti di *giudizi tecnici non opinabili*, i quali, basati su dati oggettivi, legittimano il giudice a sostituirsi all'amministrazione nell'esprimere il giudizio.

Viceversa, qualora la valutazione della stessa amministrazione si basi su *giudizi opinabili*, quindi soggettivi, tale potere non è concesso al giudice che potrà pronunciarsi solo qualora ricorrano gli estremi dell'*eccesso di potere* .

¹³ Dalla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo in Italia si fonda la separazione tra giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa.

Nel caso in oggetto alla p.A. è riconosciuto il potere di determinare l'estinzione del *diritto soggettivo di proprietà* di cui il soggetto è titolare ma, perché ciò sia possibile, deve esercitare la propria azione nei modi e nelle forme previste dalla legge.

Nasce così un contrasto tra la tutela del libero esercizio del potere di cui l'amministrazione dispone e quella del diritto di proprietà del privato, destinato inevitabilmente a soccombere.¹⁴

Il privato tuttavia non può rimanere privo di tutela e così gli è attribuita dall'ordinamento una situazione giuridica soggettiva che gli permette di partecipare attivamente al procedimento in modo tale che l'attività dell'amministrazione sia nei suoi riguardi il meno pregiudizievole possibile. Tale situazione giuridica prende appunto il nome di *interesse legittimo*.¹⁵

L'interesse legittimo oggi è generalmente inteso come interesse del privato al corretto esercizio da parte dell'amministrazione del potere di cui essa è titolare, qualificandosi quindi non come *diritto alla legittimità*

¹⁴ Cfr. G, SCOCA, *Diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino 2011, p. 163-171 .

¹⁵ Nel caso specifico del provvedimento espropriativo si parla di *interesse legittimo oppositivo*.

dell'opera della p.a¹⁶, ma come un “interesse strumentale ad acquisire o a non perdere un bene della vita”¹⁷.

Il privato è titolare di *un bene della vita* che mira a preservare o a conseguire.

Nel primo caso si parla di interesse legittimo *oppositivo*, nel secondo di interesse legittimo *pretensivo*.

Per *interesse legittimo oppositivo* si intende la posizione soggettiva di colui che mira a preservare un'utilità giuridica già acquisita¹⁸ e consiste nel diritto sito in capo al privato di pretendere un corretto esercizio dell'azione amministrativa, di pretendere quindi l'annullamento del decreto di esproprio illegittimo con conseguente restituzione del bene espropriato *contra ius*.

¹⁶ Da TOSATO in poi l'interesse legittimo inizia ad essere qualificato come “*diritto alla legittimità dell'azione amministrativa*”.

¹⁷ Tale definizione è condivisa da gran parte della dottrina, su tutti SCOCA(*Diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino 2012 p. 168) E MAZZAROLLI.

¹⁸ I provvedimenti che incidono negativamente sulla sfera giuridica del privato sono molteplici e possono riguardare il diritto di proprietà, il diritto di iniziativa economica e la libertà individuale.

La Costituzione tutela tali diritti individuali ma con delle limitazioni, subordina infatti la loro effettività alla realizzazione di altri interessi superindividuali.

L'ordinamento predispone dei meccanismi per dirimere i conflitti che possono nascere, ad esempio nel caso di costruzione di un'opera pubblica, tra il diritto di proprietà individuale e l'interesse collettivo. Da un lato conferisce alla pubblica amministrazione il potere di espropriare ma dall'altro stabilisce i limiti e le modalità di esercizio di tale potere al fine di evitare che esso si trasformi in arbitrio e prevaricazione.

Si parla invece di interesse legittimo *pretensivo*, avendo riguardo alla posizione del soggetto privato che richiede alla p.a. un' autorizzazione, una concessione, o l'emanazione di un qualsiasi provvedimento ampliativo dei propri diritti.¹⁹

L'interesse legittimo, dal punto di vista processuale, si qualifica come *situazione giuridica soggettiva risarcibile*²⁰ che vive all'interno del provvedimento.

Dal combinato disposto dell' articolo 1 del Dlgs n.104 del 2010²¹ e degli articoli 24²², 103²³ e 113 della Costituzione²⁴ si evince che, qualora il privato vanti una lesione dell'interesse legittimo di cui è titolare, è

¹⁹ Esso consiste nel pretendere che l'amministrazione provveda a una sua richiesta nei tempi, nelle forme, e con le modalità previste dalle legge.

²⁰ Cfr. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè editore, Milano 1999

²¹ Così l'art. 1 del Dlgs n.104 del 2010 "*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo.*"

²² Articolo 24 Costituzione: "*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento [...]*"

²³ L'articolo 103 della Costituzione recita: "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi."

²⁴ Così l'art 113 Costituzione: "Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa."

legittimato a proporre ricorso davanti al giudice amministrativo,²⁵ per vedere tutelate effettivamente le proprie pretese. L'art 7 Dlgs n.104 del 2010 stabilisce che spetta al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in materia di interessi legittimi, allargando tale giurisdizione, nei casi previsti dalla legge, anche ai diritti soggettivi.²⁶

²⁵ Funzioni giurisdizionali amministrative con competenza per specifiche materie sono attribuite alla Corte dei conti e alle commissioni tributarie provinciali e regionali. Oggi, in seguito all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il trattamento processuale nel caso di lesioni di interesse legittimo *oppositivo* o di interesse legittimo *pretensivo* risulta differenziato²⁵, ma non è sempre stato così.

In passato nel caso di lamentata lesione dell'interesse legittimo (oppositivo o pretensivo che fosse) il privato era legittimato a richiedere la sola azione di annullamento mediante allegazione di motivi per cui ritenesse l'atto annullabile²⁵.

L'annullamento dell'atto illegittimo costituiva in origine, e costituisce ancor oggi, un rimedio efficace in tutti i casi nei quali l'amministrazione avesse esercitato il potere di incidere negativamente sulla posizione giuridica del privato e il privato avesse interesse a contrastare l'esercizio di tale potere.²⁵

Nel corso degli anni iniziò a diffondersi nella giurisprudenza e nella dottrina la consapevolezza che l'azione di annullamento comporta una tutela di fatto solo parziale.

Essa è idonea a rimuovere la lesione prodotta dall'illegittimo diniego ma non ad assicurare all'interessato il bene della vita a cui aspira e quindi il suo risarcimento.

Così solo nel 2000, in seguito alla storica sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 22.7.1999, n. 500 è stato superato il principio tradizionale della non risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo.

Si è sentita così la necessità di affiancare all'azione di annullamento <<un'azione di condanna ad un *facere* quale rimedio tipico per la soddisfazione in forma specifica dell'interesse legittimo pretensivo del ricorrente che richieda l'emanazione di un provvedimento a lui favorevole e si scontri con un silenzio o un diniego della P.A. >>²⁵

Il legislatore ha raggiunto tale obiettivo stabilendo che il giudice amministrativo può, non solo annullare l'atto amministrativo, ma anche condannare l'amministrazione al pagamento dei danni provocati dall'atto illegittimo²⁵

Sulla base di questo principio affermato prima della giurisprudenza e poi dal legislatore è stato attribuito al giudice, nei casi di competenza esclusiva, il potere di condannare l'amministrazione "al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria"²⁵, di "accertare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere"²⁵ potendo in caso di accoglimento parziale o totale del ricorso "ordinare all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni"²⁵.

²⁶ In Italia la giurisdizione di primo grado è riservata ai tribunali amministrativi regionali (TAR) mentre le funzioni di giudice di secondo grado sono svolte dal Consiglio di Stato, organo previsto dalla Costituzione, competente a svolgere anche funzioni consultive.

IV. Il procedimento amministrativo (cenni).

La relazione tra l'esercizio del potere della p.a. e dell'interesse legittimo del privato si sostanzia in quello che abbiamo definito *rapporto di diritto amministrativo* e vive e si sviluppa all'interno del procedimento amministrativo.

Il procedimento amministrativo, come si deduce già dal termine *procedimento*, consta di un insieme di fasi e di atti correlati tra loro.

Nella legge 241/1990 non si trova nessuna indicazione espressa in merito alla struttura del procedimento, ma la dottrina è solita operare una suddivisione in tre fasi: di *iniziativa procedimentale*, una *fase istruttoria* e una *fase decisoria*.²⁷

In virtù di quanto evidenziato è agevole comprendere come alla decisione finale adottata dall'amministrazione si arrivi al termine del susseguirsi di una pluralità di atti, di natura *endoprocedimentale*, i quali, essendo funzionalizzati all'emanazione del provvedimento finale, vivono all'interno del procedimento stesso risultando così non autonomamente impugnabili.

²⁷ Cfr, G. SCOCA, in *Diritto amministrativo*, sottolinea che il primo ad operare tale suddivisione fu A.M. SANDULLI ne *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè 2003.

Dall'articolo 2 della legge n. 241/1990 si ricava che il procedimento amministrativo può avviarsi per iniziativa *di parte o d'ufficio*.

Una volta avviatosi il procedimento si apre la fase istruttoria.

È all'interno di questa fase che la pubblica amministrazione valuta in concreto i fatti, entra in relazione con i privati interessati e compie quell'attività di comparazione tra i vari interessi²⁸ in gioco definita *ponderazione*.²⁹

Il “ rapporto amministrativo” oggi, anche grazie all'impulso offerto dal diritto comunitario, è basato sul rispetto del *principio di buona fede* e di *leale collaborazione*. In tal senso vanno intese le previsioni normative che permettono al privato di partecipare concretamente all'attività amministrativa durante la fase che porta alla formazione della decisione, mediante la presentazione di documenti, di memorie scritte, attraverso l'accesso agli atti del procedimento³⁰, in modo che l'interesse pubblico di

²⁸ Interessi pubblici primari e secondari, interessi privati e interessi diffusi e collettivi.

²⁹ Oggi un ruolo fondamentale all'interno dell'istruttoria è svolto dal responsabile del procedimento, persona fisica cui viene attribuito tale potere dal dirigente dell'organo o da altra persona dotata di tale competenza, a cui, in base a quanto disposto dall'articolo 6 della legge n. 241/1990, spetta accertare in concreto i fatti, acquisire notizie sui diversi interessi privati e pubblici in gioco e garantire il contatto diretto tra p.a. e privato tramite l'instaurazione di un dialogo aperto tra le due parti in gioco. Una volta terminata l'istruttoria il responsabile del procedimento trasmette all'organo legittimato all'adozione del provvedimento finale una vera e propria proposta di decisione²⁹ dalla quale quest'ultimo potrà discostarsi solo motivando adeguatamente.

³⁰ L'art. 22 della legge n. 241/1990 riconosce il diritto d'accesso agli atti come un vero e proprio diritto soggettivo garantito a livello costituzionale dai principi di trasparenza e buon andamento. L'esercizio di tale diritto può essere limitato soltanto da espresse previsioni di

cui l'amministrazione si fa portatrice possa essere perseguito arrecando nei suoi confronti il minor pregiudizio possibile.³¹

Al termine della fase istruttoria l'amministrazione è *tenuta* a decidere. Tale adempimento costituisce un vero e proprio obbligo, il cosiddetto *obbligo a provvedere*, riconosciuto dalla legge n. 241-1990 all' articolo 2.³²

Le determinazioni che la p.A. *deve* assumere al termine dell'istruttoria prendono le forme di una vera e propria *decisione* che si sostanzia nel provvedimento amministrativo.

legge, da regolamenti e dall'amministrazione che in casi di particolare urgenza può differire l'accesso agli atti. Nel nuovo codice del processo amministrativo è previsto un rito autonomo in caso di violazione del diritto di accesso del soggetto privato.

³¹ Come detto poteri partecipativi analoghi sono concessi anche ai cosiddetti interventori, soggetti privati o pubblici, portatori di interessi pubblici e privati che, pur non essendo direttamente interessati dagli effetti che scaturiscono dal provvedimento possono subire un pregiudizio dallo stesso. A tali soggetti però non è riconosciuta la legittimazione processuale, non vantando una lesione dell'interesse legittimo essi non sono titolari del cosiddetto *interesse a ricorrere*.

³² Qualora la p.a. non si orienti per una decisione, positiva o negativa che sia per l'istante, si forma quello che già in precedenza abbiamo chiamato *silenzio inadempimento* avverso il quale il privato può chiedere al giudice³² di intimare alla p.a. di provvedere, di norma entro il termine di 30 giorni, o di determinare se sia dovuto un risarcimento del cosiddetto *danno da ritardo*.

V. Il provvedimento amministrativo (cenni).

1. Natura giuridica ed effetti del provvedimento.

“ Il provvedimento è un atto autoritativo, nel senso che è idoneo a modificare situazioni giuridiche altrui, senza necessità dell'altrui consenso”.³³ Oltre che come atto autoritativo il provvedimento si qualifica come atto *nominato*³⁴, generalmente *tipico*³⁵, *inoppugnabile*³⁶ emesso da un soggetto che, dotato di *potere*, provvede alla cura gli interessi pubblici di cui è titolare, nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge.

Da quanto detto finora emerge quindi che il provvedimento è capace di produrre effetti nei confronti dei destinatari a prescindere dalla loro volontà³⁷ perché dotato di autonoma *efficacia*, intendendosi con questo

³³ Da questa definizione fornita da Giannini³³ si evince con chiarezza che il provvedimento amministrativo è un atto *autoritativo*,

³⁴ Il *nomen iuris* dell'atto deve essere predeterminato dalla legge per evitare che il potere dell'amministrazione diventi prevaricazione.

³⁵ Il concetto di tipicità rimanda al contenuto dell'atto che solitamente è già predeterminato dalla legge. Il principio di tipicità non si applica a provvedimenti quali le *ordinanze contingibili e urgenti* che proprio per il loro carattere di straordinarietà non si prestano ad essere tipicizzate.

³⁶ Una volta trascorsi inutilmente i termini per impugnare l'atto acquisisce effetti definitivi che possono essere rimossi soltanto dall'amministrazione che decida di agire in autotutela tramite revoca, con efficacia *ex nunc*, o annullamento d'ufficio con efficacia retroattiva,

³⁷ Tale caratteristica prende il nome di *imperatività*.

termine l'idoneità dell'atto a produrre *effetti giuridici* all'interno dell'ordinamento.

Il provvedimento si qualifica come atto *recettizio*. È infatti previsto dall'articolo 21- bis della legge n. 241/1990 che esso acquista efficacia nei confronti dei destinatari soltanto al momento della sua *comunicazione* nelle forme e nelle modalità stabilite dalla legge. Dal momento della comunicazione il provvedimento è *esecutivo* anche se è possibile che << l'esecuzione del provvedimento sia differita per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario dallo stesso organo che lo ha emanato o da altro organo previsto dalla legge.>>³⁸.

Di poi, oltre alla *efficacia*, alla *esecutività*, alla *eseguibilità*, il provvedimento è dotato di un'altra caratteristica tipica di un atto autoritativo: *l'imperatività*. È infatti espressamente previsto che le pubbliche amministrazioni possano imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi contenuti all'interno dei propri atti e che, qualora il privato non rispetti tali imposizioni, queste possano procedere all'esecuzione coattiva³⁹ con le modalità previste dalla legge .

³⁸ Art. 21-quater legge n. 241/1990.

³⁹ Tale carattere del provvedimento prende il nome di *esecutorietà* ed è sancito all'interno dell'articolo 21-ter della legge n. 241/1990.

2. La struttura del provvedimento amministrativo.

L' articolo *21-septies* della legge sul procedimento amministrativo stabilisce che « è nullo il provvedimento che manca degli elementi essenziali »>>.

Il problema è che, in ambito amministrativo, manca una previsione normativa, come ad esempio l'articolo 1325 c.c. in materia civile,⁴⁰ che vada ad enunciare quali siano gli elementi essenziali del provvedimento⁴¹. Nonostante ciò, grazie al lavoro della dottrina e della giurisprudenza, oggi è opinione diffusa che siano *elementi essenziali* del provvedimento *l'oggetto*, che deve essere perlomeno identificabile *per relationem*, il *contenuto decisionale*, i *motivi*⁴² e la *forma*, la quale deve essere rigorosamente scritta.⁴³

⁴⁰ “I requisiti del contratto sono: l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.”

⁴¹ La mancanza di tali elementi comporta la nullità del provvedimento.

⁴² L'art 3 della legge n. 241/1990 stabilisce che i provvedimenti dell'amministrazione devono essere motivati salvo che si tratti di atti normativi o a contenuto generale.

⁴³ La forma deve essere scritta. Il momento dell'esternazione dei contenuti del provvedimento è momento essenziale ai fini dell'efficacia del provvedimento tenuto conto del fatto che, come detto, il provvedimento è un atto recettizio.

3. Classificazione dei provvedimenti amministrativi.

Nel panorama normativo non è presente alcuna classificazione all'interno della categoria provvedimento. Tuttavia la dottrina ha individuato diverse tipologie di provvedimenti, differenziati in base ai loro destinatari, al loro contenuto e ai loro effetti.

Per quanto riguarda i destinatari si usa distinguere tra provvedimenti *generali* che, contenendo precetti non specifici, sono potenzialmente destinati a gruppi differenziati di persone, e provvedimenti *particolari* destinati ad incidere su un gruppo determinato ed individuato di destinatari che in tal senso subiscono un pregiudizio o un beneficio diretto ed immediato dal provvedimento stesso.

Dal punto di vista dei *contenuti* si distingue tra provvedimenti *normativi* che contengono precetti astratti o meramente ipotetici (bando di concorso) e provvedimenti *precettivi* che disciplinano in modo chiaro, puntuale e determinato una determinata materia.⁴⁴

Per quanto riguarda gli *effetti*, la distinzione maggiormente diffusa è tra provvedimenti *dichiarativi*, che si limitano a riconoscere una situazione di fatto già esistente, e provvedimenti *costitutivi* attraverso i quali

⁴⁴ Cfr. SCOCA, *Diritto amministrativo*; Ne sono un esempio i Regolamenti per le assunzioni del personale adottato dalla società partecipate dallo Stato e dagli Enti Locali.

l'amministrazione va a creare, modificare o estinguere situazioni giuridiche di cui i privati sono titolari. All'interno di quest'ultima categoria viene operata un'ulteriore distinzione tra provvedimenti favorevoli al privato aventi carattere *autorizzatorio*⁴⁵, i cui destinatari sono titolari di un interesse *pretensivo*, e provvedimenti sfavorevoli, detti provvedimenti *ablatori*, i cui destinatari vantano un interesse *oppositivo*.⁴⁶

⁴⁵ Non è scopo del presente lavoro addentrarsi all'interno del dibattito giurisprudenziale e dottrinario in merito ai provvedimenti costitutivi e dichiarativi, autorizzatori e ablatori, ma ci limiteremo a riportare la tesi che oggi è maggiormente condivisa.

Si ritengono provvedimenti autorizzatori quelli che riconoscono al privato facoltà e diritti di cui egli già dispone e l'attività della p.a. si limita a valutare che l'attività del privato possa essere svolta in modo conforme alle previsioni di legge .

All'interno della categoria degli atti autorizzatori viene oggi inclusa la segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.), prevista dall'art 19 della legge n. 241/1990, con la quale si assiste ad un'*attività di ponderazione degli interessi ribaltata* in quanto in questo caso l'interesse del privato è l'interesse principale e l'amministrazione deve solo verificare che l'interesse del privato non impedisca la realizzazione dell'interesse pubblico di cui si fa portatrice.

Ai provvedimenti *concessori* è riconosciuto effetto costitutivo/traslativo in quanto con essi l'amministrazione trasferisce, modifica, o crea in capo al privato, in seguito alla sua richiesta, una situazione giuridica soggettiva nuova di cui non era titolare precedentemente.

⁴⁶ Dal latino *aufferre* (privare) con i provvedimenti ablatori l'amministrazione priva il privato di un suo diritto al fine di garantire il perseguimento dell'interesse pubblico. Si distinguono a loro volta in provvedimenti *ablatori personali*, qualora vadano ad incidere su libertà e diritti personali del privato, e in provvedimenti *ablatori reali* con i quali, nei limiti imposti dalla legge, la p.a. estingue i diritti reali dei privati (espropriazione per pubblica utilità).

4. La patologia del provvedimento amministrativo.

4.1 L'invalidità del provvedimento.

Fino all'entrata in vigore della riforma della legge n. 241/1990 operata dalla legge n. 15/2005 è mancata una classificazione normativa riguardante le varie tipologie di invalidità del provvedimento.

Col termine invalidità, in ambito amministrativo, si intende la difformità tra il provvedimento emanato dalla p.a. e il modello di tale atto previsto dalla legge, difformità che determina come sanzione l'inefficacia, all'interno dell'ordinamento, dell'atto *non conforme (viziato)*.

Tale sanzione di inefficacia può agire in automatico, come nel caso della nullità, o può seguire ad una pronuncia giurisdizionale, è il caso dell'annullabilità, che attesti la difformità tra provvedimento e previsione normativa.

Nullità e annullabilità quindi, pur rientrando all'interno della più ampia categoria dell'invalidità, si differenziano notevolmente dal punto di vista degli effetti che il provvedimento è idoneo a produrre: l'atto *privo di uno dei requisiti essenziali, adottato in violazione o elusione di un giudicato, viziato da difetto assoluto di attribuzione*⁴⁷ e negli altri casi

⁴⁷ Così l'art 21-septies introdotto dalla legge n. 241/1990 introdotto dalle legge n. 15/2005 .

espressamente previsti dalla legge è nullo, risulta inefficace *ab origine* in quanto inidoneo ad esplicare i propri effetti all'interno dell'ordinamento; l'atto annullabile risulta efficace fino a quando e soltanto se, il giudice su richiesta dell'interessato, non dichiara l'atto annullabile per violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza.⁴⁸

Come detto fino alla riforma della legge n. 241/1990 operata dalla legge n. 15/2005 il sistema delle invalidità “si era formato interamente in sede giurisprudenziale sulla base della disciplina processuale”⁴⁹ : grazie all'interpretazione degli articoli 26 del testo unico sul funzionamento del Consiglio di Stato era infatti previsto che il giudice amministrativo decidesse sui ricorsi (inquadabili all'interno della categoria dell'annullabilità) per *incompetenza, eccesso di potere o per violazione di legge* contro atti e provvedimenti emanati dall' amministrazione ,

Con la riforma succitata per la prima volta all'interno di un testo legislativo fu confermata la categoria *dell'annullabilità* così come derivante dall'interpretazione giurisprudenziale e fu allo stesso tempo introdotta all'interno di un testo legislativo la disciplina della nullità del provvedimento.

⁴⁸ Così l'articolo. 21-octies della l. n. 241/90, introdotto dalla legge n. 15/2005.

⁴⁹ Cit. SCOCA, *Diritto amministrativo*, pag 290 .

4.2 La nullità degli atti amministrativi.

L' Articolo 21-septies legge n. 241/1990 oggi recita : “ *È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o esclusione del giudicato, nonché negli altri casi previsti dalla legge* ”.

Abbiamo già trattato il regime di nullità derivante dalla mancanza all'interno del provvedimento di uno dei suoi elementi essenziali, accenneremo ora solo a quello riguardante la nullità dell'atto adottato in violazione o elusione di un giudicato ⁵⁰e ci limiteremo ad affrontare il vizio verso cui maggiormente si è indirizzato il dibattito della dottrina: *il difetto assoluto di attribuzione*.

Il testo normativo non è chiaro, ma giurisprudenza e dottrina sono pressochè concordi nel far rientrare nell'ambito di applicazione del difetto assoluto di attribuzione tutti quegli atti emanati da un'autorità non titolare del potere di cui dispone in concreto.

⁵⁰ In relazione a tali atti la giurisprudenza ha quasi da sempre ritenuto che gli stessi dovessero essere considerati tamquam non esset .

L'atto nullo è adottato da un organo della pubblica amministrazione che ha esercitato poteri attribuiti ad altri poteri dello Stato e quindi del tutto estranei alle proprie attribuzioni.

È questa la differenza principale *tra difetto assoluto di attribuzione*, punito con la nullità, e il vizio di *incompetenza relativa* sanzionato invece con l'annullabilità. Nel primo caso l'amministrazione esercita un potere di cui essa non dispone assolutamente, nel secondo invece l'organo della p.a. esercita un potere che appartiene ad un'altra *branca amministrativa*.⁵¹

4.3 L'annullabilità del provvedimento amministrativo.

L'articolo 21-octies della legge n. 241/1990 stabilisce che “*È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.*”

Abbiamo già visto che la differenza principale tra un atto nullo e un atto annullabile consiste nel fatto che l'atto nullo è considerato *tamquam non esset*: non è idoneo a produrre effetti sin dalla sua emanazione.

L'atto annullabile continua invece a produrre i propri effetti fino a quando, e solo se, il giudice amministrativo non lo dichiara illegittimo .

⁵¹ Cfr. SCOCA, *Diritto amministrativo* , Giappichelli editore, Torino 2012 .

Siccome *violazione di legge e incompetenza* rappresentano entrambe una figura sintomatica di difformità dell'atto emanato dalla p.a. rispetto al modello legale previsto, la stessa incompetenza si identifica come violazione della legge che attribuisce le competenze.⁵²

Segue. L'eccesso di potere .

Come abbiamo già notato precedentemente l'amministrazione, anche qualora sia titolare di un potere *discrezionale*, deve necessariamente operare all'interno dei limiti stabiliti dalla legge.

Discrezionalità non è sinonimo di arbitrio, ed è così che, dottrina e giurisprudenza hanno previsto il ricorrere *dell'eccesso di potere* ogni qual volta l'amministrazione, nell'espletare le proprie funzioni, non si attenga al rispetto dei principi generali che l'ordinamento impone al fine di evitare che il potere esercitato dall'amministrazione stessa possa trasformarsi in prevaricazione.⁵³

⁵² Abbiamo già visto la differenza tra incompetenza assoluta che ricorre quando la p.a. esercita un potere non proprio ed è causa di nullità, e incompetenza relativa che ricorre ogniqualvolta un organo amministrativo esercita funzione che sono proprie di un altro organo appartenente alla stessa branca del diritto

⁵³ Parte della dottrina ritiene che nel caso di travisamento dei fatti l'eccesso di potere possa essere applicato ai casi in cui l'amministrazione esercita un potere vincolato.

L'eccesso di potere non consiste nella violazione di una norma ben precisa ma nella violazione di tutte quelle norme da cui è possibile ricavare i limiti del potere dell'amministrazione.

Al fine di individuare con certezza il vizio dell'*eccesso di potere* la dottrina e la giurisprudenza in passato hanno elaborato una serie di cosiddette "*figure sintomatiche*"⁵⁴ la cui presenza rivela in genere un cattivo uso del potere da parte della p.A. .

Oggi però secondo molti autori, su tutti lo SCOCA, si sta assistendo ad un superamento delle figure sintomatiche.

È opinione diffusa in dottrina e confermata dalla giurisprudenza che l'eccesso di potere rivesta una funzione, allo stesso tempo, *limitativa* del potere amministrativo e *strumentale* rispetto al raggiungimento dei principi quali buon andamento, imparzialità, trasparenza cui la p.a. deve aspirare. In tal senso l'attività amministrativa deve risultare *proporzionale*, in modo da garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico arrecando il minor pregiudizio possibile al privato, deve essere

⁵⁴ Si tratta di indizi o sintomi che si presume manifestino un errato esercizio del potere da parte dell'amministrazione. Esse sono: *irragionevolezza dell'agire amministrativo, incoerenza, contraddittorietà tra due atti, illogicità del provvedimento etc.* .

indirizzata al raggiungimento degli scopi prefissati dalla legge⁵⁵ e deve essere conformata al rispetto del principio di buona fede.⁵⁶

4.4 I vizi non invalidanti.

Non tutti i vizi dell'atto comportano l'invalidità dello stesso.

La riformata legge sul procedimento amministrativo prevede infatti che in determinati casi⁵⁷, alla ricorrenza di specifici presupposti, l'atto non possa essere annullato dal giudice. È così previsto che, in caso di “*violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti*”, l'atto non è annullabile qualora risulti “*palesa per la natura vincolata dell'atto*” che esso non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato dall'amministrazione.

Situazione diversa si verifica qualora l'amministrazione, in caso di mancata comunicazione di avvio del procedimento, dimostri in giudizio che l'atto non “*avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”. Nel primo caso, dal momento che l'atto è manifestazione di

⁵⁵ Si parla in tal senso di *sviamento di potere*.

⁵⁶ In tal senso si interpreta la previsione della cosiddetta figura sintomatica del *travisamento dei fatti*.

⁵⁷ Precisamente all'articolo 21-octies comma2 della legge n. 241/1990 come riformata dalla legge n. 15/2005

un potere vincolato, la sanatoria opera *de iure* non necessitando quindi di un accertamento in sede giurisdizionale delle ragioni della p.a. , accertamento che invece è previsto in caso di omessa comunicazione di avvio del procedimento .⁵⁸

⁵⁸ Nel primo caso la validità dell'atto è salvata *de iure* pur continuando a risultare illegittimo. Nel secondo l'amministrazione deve dimostrare in giudizio le proprie ragioni.

CAPITOLO II

I PROVVEDIMENTI DI RIESAME

I. Il potere di riesame tra esercizio del potere di autotutela e amministrazione attiva: valutazione dell' interesse pubblico e tutela del legittimo affidamento del privato .

1. L'esercizio del potere di riesame.

Dopo aver trattato la materia del provvedimento amministrativo in generale, si passa ora alla trattazione dei provvedimenti di *riesame*.

Con tale termine si intendono quegli atti che vengono adottati dalla p.a. al fine di modificare (*rettifica*), estinguere (*annullamento, revoca*), sanare (*convalida*) o confermare (*conferma*) gli effetti o i vizi di un precedente provvedimento.

<<Il ritorno sulle proprie decisioni da parte della pubblica amministrazione costituisce un avvenimento frequente e diffuso [...], è fin troppo chiaro e non merita particolari considerazioni il rilievo per il

quale la frequenza di tale fenomeno si spiega con la necessità imposta alla pubblica amministrazione dall'ordinamento del perseguimento dell'interesse pubblico e quindi dal continuo adeguamento alla realtà giuridica e naturale delle diverse esigenze che si presentano e che impongono una rimediazione in ordine al perseguimento di quel fine»¹.

Questa brillante definizione fornitaci dal CONTIERI ci aiuta ad introdurre l'argomento dei provvedimenti di riesame, permettendoci al contempo di inquadrare al meglio dal punto di vista giuridico tali atti.

I *provvedimenti di secondo grado*² probabilmente rappresentano la più alta manifestazione del potere discrezionale di cui l'amministrazione dispone.

Fino alla riforma operata dalla legge n. 15/2005³ l'esercizio del *potere di riesame*, pur essendo fortemente diffuso nella prassi amministrativa e nella giurisprudenza, non era previsto da nessuna fonte normativa .

Per tale motivo parte della dottrina era giunto a considerarlo in contrasto con i principi di *legalità, tipicità e inoppugnabilità* del provvedimento.⁴

¹ Cit. A. CONTIERI: *Il riesame del provvedimento amministrativo, Annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Collana: Problemi attuali di diritto amministrativo, 10, Napoli 1991 pag. 11.

² Tale definizione è stata fornita per primo da GIANNINI ed recentemente riproposta in *Diritto Amministrativo*, Milano 1988, pag. 981 ss. .

³ Con tale legge sono stati introdotti ufficialmente gli istituti della revoca, all'articolo 21quinquies della legge n.241/1990, e dell' annullamento d'ufficio all'articolo 21-nonies. Parte della dottrina ritiene che all'interno di tali provvedimenti debba essere inserito anche il diritto di recesso unilaterale in capo all'amministrazione nei casi previsti dalla legge (21-sexies).

Furono così operati numerosi tentativi di inquadramento sistemico ⁵, su tutti quello di inserire l'esercizio del potere di riesame all'interno della categoria *dell'autotutela*, ⁶ intesa come espressione della facoltà dell'amministrazione di ritornare sui suoi passi andando ad incidere autoritativamente sulla posizione dei singoli in vista del raggiungimento del pubblico interesse. Ancora oggi autorevole dottrina⁷ e la maggior parte della giurisprudenza⁸ tendono ad inquadrare i provvedimenti di riesame come espressione del potere di autotutela .

L'autotutela così intesa è però espressione di un'attività amministrativa *statica*, tipica di uno Stato Assoluto in cui l'Amministrazione è titolare di un potere *absolutus* appunto, completamente discrezionale, sciolto da

⁴ Cfr.. A. CONTIERI: *Il riesame del provvedimento amministrativo, Annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Collana: Problemi attuali di diritto amministrativo, 10, Napoli 1991.

⁵ Si parlò così di potere di *autoimpugnativa* (CODACCI PISANELLI e PASTORI); altri inquadrono l'esercizio di tali poteri in termini procedurali ritenendo che fossero espressione del potere dell'amministrazione di determinare autoritativamente i propri fini (CANNADA-BORTOLI su tutti).

⁶ L'autotutela rinvia il suo fondamento nella potestà generale che l'ordinamento riconosce ad ogni p.a. di risolvere autonomamente, con i mezzi amministrativi a sua disposizione, i conflitti sorti con altri soggetti all'interno dell'ordinamento . Grazie all'illuminante opera di BENVENUTI in dottrina si è soliti distinguere tra due forme di autotutela. La prima, l'autotutela decisoria, viene attuata attraverso l'emanazione di una decisione con cui la p.a. riesamina, annulla o rettifica gli atti da lei stessa adottati. L'autotutela decisoria, seconda parte della dottrina e della maggior parte della giurisprudenza attuale, avvia quindi un procedimento di secondo grado. Diversa dall'autotutela decisoria è l'*autotutela esecutiva* che, solo nei casi espressamente previsti dalla legge, si sostanzia nel porre in essere le decisioni già adottate dalla p.a. .

⁷ Su tutti BENVENUTI, *Autotutela*(dir. Amm) in *Enc.dir.*, vol IV, Milano,1959, p. 554; E.CASSETTA, *Manuale*, cit,p. 525.

⁸ In giurisprudenza tra le più recenti, TAR Lazio, Sez. I ter, n. 02683/2012.

qualsiasi vincolo e limitazione. L'attività amministrativa oggi invece, così come disciplinata dalla legge n. 241/1990 e successive modifiche, risulta essere *dinamica* e perciò incompatibile con l'esercizio di un potere così considerato.

L'Amministrazione deve conformarsi ai principi di *efficacia* e *buon andamento* dovendo risultare *adeguata*. Proprio l'adeguatezza, intesa come esigenza di regolare dinamicamente l'assetto degli interessi coinvolti dall'emanazione del primo provvedimento, ci dovrebbe permettere di inquadrare i provvedimenti di riesame nell'area dell'*amministrazione attiva*, così come sostenuto da numerosi autori.⁹

La funzione amministrativa si qualifica come *funzione di risultato*, *dinamica*, che non si esaurisce nell'emanazione di un primo provvedimento. Quest'ultimo è pertanto solo espressione di una prima fase di ponderazione di interessi che, basandosi su un'attività istruttoria spesso imperfetta, col passare del tempo può dimostrarsi non più attuale.

Si parla in tal senso di *attività di ponderazione attualizzata*, di un'attività che non si sostanzia nel ritornare su fatti esistenti al momento dell'emanazione del primo provvedimento, ma nell'inserire tali fatti in

⁹ G.CORAGGIO, voce Autotutela, in Enc. Giuridica, Roma 1998, p.5 ; G.CORSO, *Autotutela(dir.amm)*; in S.Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; G.SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Torino 2011; A.CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli 1991, p.73 .

un contesto aggiornato. Risulta così che nei *provvedimenti di riesame* l'amministrazione non sia titolare di un potere *nuovo*¹⁰ ma rieserciti la stessa autorità di cui disponeva nel provvedimento di primo grado: il *potere, cioè, di provvedere in concreto e di incidere autoritativamente sulle posizioni giuridiche altrui*¹¹ alla luce del perseguimento in modo *adeguato* dell'interesse pubblico *attuale* di cui la stessa p.a. si fa portatrice¹².

2. Interesse pubblico e tutela del legittimo affidamento: l'attività di ponderazione nei provvedimenti di riesame.

Dal momento che, tramite l'esercizio del potere di riesame (come vedremo soprattutto nel caso dell'emanazione di atti ad esito eliminatorio), l'amministrazione va ad incidere in concreto su situazioni giuridiche da essa già determinate in precedenza (con il primo provvedimento), sorge il problema di garantire al privato la tutela del

¹⁰ Coloro che sostengono che i provvedimenti di riesame siano espressione di autotutela sostengono che tale potere si sostanzia nella facoltà che ha l'amministrazione di *ritornare sui suoi passi*, inquadrando tali provvedimenti solo ed esclusivamente come *provvedimenti di controllo*; su tutti BENVENUTI.

¹¹ Solo in tal senso A. CONTIERI ne *Il riesame del provvedimento amministrativo, Annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Napoli 1991, p. 74; 81-85, riconosce il carattere di <<privilegio>> a tale facoltà dell'amministrazione.

¹² Cfr.. G.SCOCA, *Diritto amministrativo, Torino 2011*, p.317-318.

legittimo affidamento che ha maturato nel considerare tali determinazioni stabili.

2.1 L'affermazione del principio del legittimo affidamento.

Il principio del legittimo affidamento, in ambito amministrativo, è stato affermato per la prima volta a livello comunitario all'interno delle sentenze sulla revoca dell'atto amministrativo, su tutte *Algera*, *Snupat*, *Simon*, *Hoogovens*¹³ a cui seguì negli anni successivi il caso *Alpha-Steel*¹⁴, sentenza molto importante perché, al fine di tutelare al meglio l'affidamento del privato, venne affermato, sempre in ambito di revoca, il rispetto del principio del termine ragionevole.

Nel diritto amministrativo, in origine, la dottrina negava l'esistenza e la rilevanza del principio di buona fede considerando l'interesse pubblico prevalente rispetto alle pretese vantate dal privato¹⁵.

¹³ C-7/56 *Algera*; C-42/59 *Snupat*; C-15/60 *Simon*; C-14/61 *Hoogovens*.

¹⁴ C-14/81 *Alpha Steel*.

¹⁵ Per una completa disamina sull'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza rimane fondamentale: F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano 2001 ed ivi ci si riferisce a GUICCIARDI, recensione a Karl Schmitt, in *Arch. Dir. Pubb.*, 1936, 561 e segg. ed a M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1939, 142 e segg.; ma di recente si veda nota 3, oltre a: S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino 2005; F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano 2006; L. GIANI, *funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli 2006.

Secondo tali autori il principio di buona fede poteva applicarsi solo ai rapporti di natura paritetica ¹⁶ non essendo dunque riferibile a rapporti che non prevedono posizioni sinallagmatiche tra le parti.¹⁷

In realtà la giurisprudenza del giudice amministrativo aveva già applicato formalmente il principio del legittimo affidamento e lo aveva fatto attraverso il sindacato sull'eccesso di potere sotto i profili della *contraddittorietà, illogicità e disparità di trattamento*.¹⁸

Nonostante ciò continuavano a sussistere i dubbi sull'effettività e sulle modalità d'applicazione all'interno del nostro ordinamento del principio del legittimo affidamento. A fugare ogni dubbio fu la Cassazione che, pronunciandosi in tema di rapporti tra privati e p.A, con la sentenza n. 9924/2009 riconobbe l'esistenza del *principio nemo venire contra factum*

¹⁶ In tal senso tra gli altri MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, vol III, 27 e BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958, p. 1794.

¹⁷ MERUSI, Il principio della buona fede nel diritto amministrativo, in *Scritti in onore di Mario Nigro*, Milano, 1991, 217 ss. .

¹⁸ Tra le tante pronunce giurisprudenziali si segnalò , in particolare, quella del Consiglio di Stato che ritenne “*illegittimo per eccesso di potere il provvedimento contrastante con un precedente atto emesso dalla medesima amministrazione a breve distanza dal primo, ove il secondo non sia sorretto da una ampia e puntuale motivazione idonea a giustificare il diverso orientamento adottato; il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà è configurabile quando sussistano valutazioni tra loro incompatibili tra atti o comportamenti adottati dall'amministrazione in circostanze del tutto analoghe e nell'esercizio del medesimo potere e la diversità di determinazione non sia giustificabile in base al principio di coerenza logica*”¹⁸.

*proprium*¹⁹, considerandolo espressione delle clausole generali di correttezza e buona fede, affermando inoltre l'idoneità dell'inerzia²⁰ ad ingenerare un legittimo affidamento nella controparte.²¹

L'iter logico e giuridico utilizzato dalla Corte per giungere a tale assunto riposa sul fatto che, da tempo, la stessa Corte aveva valutato il comportamento di un contraente, titolare di una situazione <<*creditoria o potestativa*>>, che per lungo tempo ha deciso di non esercitarla generando un affidamento nella controparte nell'abbandono della relativa pretesa, <<*idoneo a determinare la perdita della situazione soggettiva*>>.

La Corte arrivò a tali affermazioni spiegando che esse sono basate sull'interpretazione degli << *art.1175, che assoggetta il creditore alla regole della correttezza, e dall'art. 1375 c. c. , che impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede* >>.²²

Il riferimento anche alle situazioni potestative dimostra chiaramente che la Corte ha voluto estendere l'applicazione del principio di buona fede

¹⁹ Per due specifiche ricerche sul tema si veda: F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli 2006; F. FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, Milano 2007.

²⁰ Dell'amministrazione nell'esercizio del proprio potere, e del privato del proprio diritto. Tratteremo in una fase successiva di questo lavoro l'istituto dell'acquiescenza.

²¹ Cfr.G. GRASSO, L'affidamento quale principio generale del diritto, in rivista giuridica *Altalex*. 2011 La dottrina tedesca parla in questi casi di *Verwirkung*. Si ha così la perdita di una posizione soggettiva non per ragioni legate *strictu sensu* al diritto bensì del titolare di tale posizione che dimostri nei fatti con comportamenti univoci la volontà di non volere esercitare un proprio diritto.

²² Corte di Cassazione, n 9924/2009.

anche al campo amministrativo. La Corte di Cassazione giunse a tale approdo in seguito a numerose altre pronunce in cui aveva già affermato che « il rispetto dei principi di regolarità dell'azione amministrativa integra se del caso i canoni di correttezza e buona fede».²³

2.2. La tutela del legittimo affidamento nei provvedimenti di riesame.

Il diritto alla certezza e alla stabilità delle posizioni giuridiche assunte viene in rilievo ogni qual volta l'amministrazione emani un atto ritenuto idoneo a creare un'aspettativa nel privato.

Oggi in dottrina²⁴ si ritiene che la p.a. *sia obbligata a non contraddirsi*, non solo nel caso in cui l'affidamento non sia generato da un provvedimento destinato ad incidere direttamente nella sfera dei privati, ma anche qualora la sua attività non sia conforme a “ norme organizzative” quali ad esempio circolari, direttive e istruzioni.²⁵

²³ Corte di Cassazione, n. 14198/2004.

²⁴ Si veda in tal senso M.S. GIANNINI, Circolare, in Enc. Dir., volo II, Milano, 1960, 1 ss. ; MP. CHITI, Circolare, in Enc. Giur. Treccani., Vol. VI,, Roma 1988.

²⁵ Cfr. F.GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano 2006, p 154 ss. .

Tale *obbligo di non contraddizione*, in vista del rispetto del principio di buona fede, sussiste anche nel caso delle cosiddette *predecisioni*²⁶, *ovverosia* in tutti quegli atti che intervengono nella fase antecedente all'emanazione del provvedimento vincolandone il contenuto finale.

Da quanto detto finora possiamo affermare che, in ambito amministrativo, buona fede e legittimo affidamento si identificano come *beni strumentali* rispetto al principio di buon andamento e più in generale risultano finalizzati alla realizzazione della *buona amministrazione*.

In tal senso, in ambito di provvedimenti di riesame, vanno letti l'articolo 21-nonies della riformata legge n.241/1990 che in tema d'annullamento d'ufficio prevede che << il provvedimento amministrativo illegittimo [...] può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei contro interessati >> e l'articolo 21-quinquies della medesima legge che in materia di revoca prevede *l'obbligo di indennizzo* nel caso in cui << per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario >> l'amministrazione decida di privare

²⁶ POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

di efficacia, con effetti *ex nunc*, un provvedimento emanato in precedenza.

Dopo aver trattato la questione riguardante l'applicabilità o meno all'interno dell'ordinamento del principio del legittimo affidamento ci soffermeremo sull'analisi del contenuto effettivo dell'interesse pubblico nei provvedimenti di riesame.

2.3. L'interesse pubblico nei provvedimenti di riesame .

L'interesse pubblico che soggiace all'emanazione di un provvedimento di riesame, da quanto stabilito a livello normativo e dalla giurisprudenza, deve essere *attuale e concreto*, ampiamente esplicitato nella motivazione. Ma in cosa consiste questo interesse pubblico? È un interesse *nuovo*, volto a rimediare ad un errore commesso in precedenza? Oppure è il medesimo interesse pubblico che soggiaceva all'emanazione del primo provvedimento?

Abbiamo già risposto a questa domanda in una fase precedente di questo capitolo allorquando abbiamo inquadrato l'esercizio del potere di riesame all'interno dell'amministrazione attiva non condividendo la tesi della dottrina e della giurisprudenza favorevole all'inclusione di tale potere all'interno della categoria dell'autotutela .

L'inclusione dei provvedimenti di riesame all'interno dell'*amministrazione attiva* ci permette di identificare con precisione il contenuto dell'interesse pubblico in oggetto: « si tratta di un interesse tipico, individuabile grazie alla previsione normativa che lo aveva fissato in astratto come obiettivo da perseguire da parte dell'amministrazione»²⁷, di un *nuovo esercizio* dello stesso potere di cui l'amministrazione ha disposto nell'adozione del primo provvedimento.

L'attività dell'amministrazione nell'esercizio del potere in oggetto non è mai completamente discrezionale ma deve soggiacere ad una serie di limiti posti a garanzia dei privati e delle altre parti interessate dall'emanazione del provvedimento.

Per comprendere in cosa debba consistere tale attività valutativa - nello specifico in materia di annullamento d'ufficio²⁸ - ci serviremo del contributo offerto dalla giurisprudenza²⁹ che ne ha brillantemente ricostruito i contenuti. Emerge così che nell'esercizio del potere di

²⁷ Cit. A. CONTIERI: *Il riesame del provvedimento amministrativo, Annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Collana: Problemi attuali di diritto amministrativo, 10, Napoli 1991 p. 124-125.

²⁸ Giurisprudenza e dottrina sono concordi nel ritenere che tale valutazione dell'interesse pubblico attualizzato caratterizzi non solo l'annullamento d'ufficio ma tutti in casi in cui l'amministrazione tramite un provvedimento di riesame vada ad incidere l'affidamento del privato.

²⁹ Su tutte TAR LAZIO che con sentenza n.02683/2010; C.d.S., Sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2178).

riesame si necessita della presenza di un interesse pubblico che non si identifica soltanto con il ripristino della legalità violata ma che <<richiede ragioni diverse, desunte dall'adeguata ponderazione comparativa degli interessi coinvolti, con obbligo di tener conto delle posizioni consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento tenuto dall'Amministrazione >>³⁰ venendo inoltre riconosciuto in capo alla p.a. l'obbligo di corredare di specifica motivazione l'atto che incide a notevole distanza di tempo su una situazione di legittimo affidamento del privato³¹.

È necessario un nuovo apprezzamento degli interessi³² già valutati durante la fase istruttoria che ha portato all'emanazione del primo provvedimento atualizzandoli nella dimensione che assumono al momento della loro *riponderazione*. Ad essi devono essere aggiunti,

³⁰ Cfr. C.d.S., Sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2178; tra le altre Tar Campania, Salerno, Sez. I, sent. 3 gennaio 2012 n. 3.

³¹ Torneremo a breve sull'argomento quando parleremo dei requisiti individuati a pena di invalidità in materia di provvedimenti di riesame. Cfr. C.d.S., Sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2178; e anche C.d.S., Sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8529, Tar Campania, Salerno, Sez. I, sent. 3 gennaio 2012 n. 3; Consiglio di Stato Sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 00755.

³² Nel caso dell'annullamento d'ufficio l'interesse pubblico non riveste un ruolo determinante ai fini dell'esercizio del potere del riesame da parte dell'amministrazione essendo tale ruolo rivestito dal vizio che invalida l'atto. Ciò invece non accade nel caso della revoca ove l'adeguatezza dell'interesse pubblico è l'unica ragione dell'adozione di tale atto. Ritorniamo sull'argomento in seguito.

oltre *agli interessi secondari* ³³ , gli effetti prodotti dal primo provvedimento.³⁴

Solo in questo modo l'attività amministrativa sarà adeguata, risultando pertanto idonea al perseguimento dell'interesse pubblico primario di cui si fa portatrice.

III. Provvedimenti di riesame . I requisiti: un'elaborazione prevalentemente di origine giurisprudenziale.

1. I requisiti dei provvedimenti di riesame.

Dopo aver trattato l'esercizio del potere di riesame mettendo in evidenza il contenuto dell'interesse pubblico in oggetto e il rapporto che lega tale interesse all'affidamento che il privato ha generato sul comportamento della p.a., la nostra attività di analisi si soffermerà sui requisiti dei provvedimenti di secondo grado che, previsti dalla legge o elaborati dalla giurisprudenza, caratterizzano tale categoria provvedimentoale.

³³ Si tratta di interessi pubblici e privati, anch'essi *attualizzati*,

³⁴ Abbiamo già affrontato l'argomento della ponderazione attualizzata di interessi all'interno della nota 10 del presente capitolo.

Ai fini della validità e della piena efficacia della maggior parte dei provvedimenti di secondo grado³⁵, si ritiene che l'attività amministrativa nell'esercizio del potere di riesame debba possedere determinati requisiti: è necessaria la presenza di un *interesse pubblico concreto ed attuale*, di una *motivazione piena ed esaustiva* e della *comunicazione di avvio del procedimento*; è inoltre previsto che debba essere rispettato il principio del *contrarius actus*, che il provvedimento di riesame debba essere emanato da parte della stessa autorità, o da un organo gerarchicamente superiore a quello che ha emanato il primo provvedimento e che tale provvedimento sia adottato in un *termine ragionevole*.

1.1 L'interesse pubblico attuale e concreto, il termine ragionevole.

Come detto già precedenza la scelta di orientarsi nel senso dell'adozione di un provvedimento di riesame non può basarsi sul mero ripristino della legalità violata, nel caso di annullamento, o sulla volontà di *attualizzare* l'assetto di interessi in precedenza determinato, in caso ad esempio di revoca, ma <<richiede ragioni diverse, desunte dall'adeguata

³⁵ Tali principi originariamente formulati dalla giurisprudenza in materia di annullamento sono pressochè applicabili, con le dovute eccezioni che esplicheremo in seguito, a tutti i provvedimenti di riesame.

ponderazione comparativa degli interessi coinvolti>>³⁶, dovendo quindi essere presente un interesse pubblico *attuale, concreto e prevalente* rispetto alla salvaguardia delle situazione giuridiche costituitesi *medio tempore*. L'amministrazione ha l'obbligo di tenere in considerazione le posizioni ormai consolidate dal decorso del tempo e l'affidamento generato dal proprio comportamento.

Perché la ponderazione di tali interessi possa ritenersi legittima l'esercizio del potere in oggetto deve essere esercitato dalla p.a. entro un *termine ragionevole*.

La *ragionevolezza*, per l'appunto, deve caratterizzare l'attività amministrativa durante tale fase valutativa al fine di contemperare l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto con l'interesse del privato alla conservazione dello stesso.³⁷ In tale ottica vanno inserite quelle pronunce giurisprudenziali che, in tema di annullamento, affermano che il pubblico interesse al ripristino della legalità violata, in caso di vizi di legittimità meramente formali, recede in vista dell'affidamento che il privato ha generato in merito alla regolarità della propria posizione.³⁸

³⁶ In ultimo Cons. Stato, Sez. VI, Sentenza, 10 agosto 2011, n. 4770.

³⁷ Tale discorso è stato già approfondito quando abbiamo parlato della tutela del legittimo affidamento dei privati in caso di adozione di provvedimenti di annullamento d'ufficio.

³⁸ Su tutte Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, Sentenza 18 agosto 2009, n. 4958; Consiglio di Stato, Sez VI, 2 ottobre 2007, n. 5047.

1.2. L'obbligo di motivazione.

Come già detto in precedenza quindi, l'esercizio del potere di riesame pur essendo espressione di rilevante discrezionalità non esime comunque l'Amministrazione dal dare conto della sussistenza di motivi validi che abbiano portato all'adozione del nuovo atto.³⁹

L'adozione dei provvedimenti di secondo grado presuppone una congrua motivazione sull'interesse pubblico *attuale e concreto*, idonea ad esternare le valutazioni effettuate dalla p.a. anche in relazione alle posizioni dei destinatari dell'atto⁴⁰.

Tale obbligo di motivazione non sussiste nel caso in cui tra il primo provvedimento e il secondo sia trascorso un breve lasso di tempo, nel caso di illegittimo esborso di denaro pubblico⁴¹ oppure tutte quelle volte in cui la necessità di emanare un nuovo provvedimento sia stata generata dal privato che ha agito in malafede.

³⁹ Cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 25 ottobre 2010, n. 32960; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 14 settembre 2010, n. 3456.

⁴⁰ Cfr. C.d.S., Sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2178; C.d.S., Sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8529.

⁴¹ In tema di annullamento ne è un esempio l'articolo 136 della legge 30-12-2004, legge finanziaria 2005, dove è previsto che nel caso di illegittimo esborso di denaro pubblico l'atto illegittimo debba essere invalidato, senza un'adeguata motivazione a prescindere da una valutazione comparativa degli interessi in gioco effettuata entro un termine ragionevole. Cfr. in tal senso P. Zerman .

1.3. La comunicazione di avvio del procedimento.

Nei procedimenti di secondo grado la partecipazione del privato è fondamentale al fine della corretta ponderazione degli interessi in gioco: soltanto il dialogo costante tra amministrazione e privato permette di assolvere la soddisfazione del pubblico interesse in modo adeguato.

È questa la ragione per cui, nel caso dei provvedimenti ad esito eliminatorio, idonei ad incidere su posizioni soggettive consolidate dei privati ⁴², facendo riferimento in particolare all'annullamento, alla convalida, alla sospensione e alla revoca, la maggior parte della giurisprudenza ritiene sussistente l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento previsto dall'art 7 della legge n. 241/1990. ⁴³

In tal senso in dottrina ⁴⁴ è escluso che ai provvedimenti in oggetto sia applicabile il comma 2 dell'articolo 21-octies della legge 241/1990 nella misura in cui prevede che il mancato rispetto dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento non comporta la nullità dell'atto nel caso in cui l'amministrazione dimostri in giudizio che il

⁴² TAR Salerno, sez. I, 27 febbraio 2012, n. 391 .

⁴³ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 7553/2004; TAR Molise n. 30/2005; Consiglio di Stato, Sez. V, n.17/2009. Più di recente TAR Sardegna n. 0001/2013.

⁴⁴ Su tutti G.SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino 2011, p 321.

contenuto dell'atto, nonostante la partecipazione del privato, sarebbe stato il medesimo.

L'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento di riesame non sussiste qualora la p.a. sia costretta ad agire in tempi ristretti a causa di una situazione di estrema urgenza.⁴⁵

1.4. La competenza e il principio del “*contrarius actus*”.

Chi è l'organo competente ad adottare un provvedimento di secondo grado? Quali sono le formalità che vanno rispettate?

È opinione ormai diffusa in ambito giurisprudenziale che il provvedimento di riesame emesso dalla p.a. , sia esso ad esito eliminatorio o conservativo,⁴⁶ debba essere adottato dallo stesso organo

⁴⁵ Nel caso della revoca del porto d'armi il TAR Calabria, con sentenza n. 00162/2013 ha ribadito che: in base a giurisprudenza ormai consolidata (su tutte Cfr. Tar Ancona, 20 dicembre 2010, n. 3472) i provvedimenti in materia di detenzione e utilizzo di armi, compresa la revoca di un porto d'armi, in quanto rimedi finalizzati dall'art. 39, t.u. 18 giugno 1931 n. 773 a salvaguardare la collettività dal pericolo dell'uso delle armi da parte di un soggetto che si ritiene capace di abusarne, hanno di per sé il carattere dell'urgenza, per cui rientrano fra gli atti per i quali l'art. 7 della L. 7 agosto 1990 n. 241 consente di prescindere dalla previa comunicazione di avvio del procedimento.

⁴⁶ Ci soffermeremo in seguito su tali categorie provvedimenti.

e con le medesime formalità procedurali seguite per l'adozione dell'atto precedente .⁴⁷

<< La funzione amministrativa in questione è di contenuto identico, seppure di segno opposto, a quella esplicita in precedenza e dunque essa deve articolarsi secondo gli stessi moduli già adottati, senza i quali rischia di risultare monca o comunque difettosa rispetto all'identica causa del potere: pertanto, l'amministrazione è tenuta a porre in essere un procedimento gemello di quello a suo tempo seguito per l'adozione dell'atto revocando richiedendosi una speculare, quanto pedissequa, identità dello svolgimento procedimentale. >>⁴⁸

È questo il principio del *contrarius actus*.

Si tratta di un principio ad applicazione generalizzata a quasi tutti i procedimenti di riesame,⁴⁹ non solo preordinato ad assicurare agli interessati il fondamentale diritto di difesa e di partecipazione mediante l'utilizzo delle medesime garanzie procedurali offerte dal primo

⁴⁷ In tal senso gli articoli 21 quinquies e 21 nonies comma 1, in materia di revoca e annullamento d'ufficio dispongono, quindi, è disposto che tali provvedimenti devono essere adottati, a pena di invalidità, dallo stesso organo che ha emanato il provvedimento di primo grado e solo eccezionalmente da altro organo previsto dalla legge.

⁴⁸Cit. Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6291.

⁴⁹ Riferito in origine solo all'annullamento d'ufficio e alla revoca tale principio oggi è stato applicato per analogia alla quasi totalità dei provvedimenti di riesame. Una rara eccezione, data la natura del provvedimento, è prevista in materia di ratifica del provvedimento.

provvedimento, ma finalizzato anche al rispetto del principio di competenza.

Come puntualmente evidenziato dalla giurisprudenza⁵⁰, qualora il potere di riesame fosse esercitato da un organo diverso rispetto a quello che ha adottato il primo provvedimento, si avrebbe l'esercizio di un *potere nuovo* - è questo un altro elemento a fondamento della tesi che abbiamo sposato riguardante l'inquadramento del potere in oggetto all'interno della categoria dell'amministrazione attiva piuttosto che in quella dell'autotutela⁵¹ - che porterebbe all'emanazione di un *nuovo provvedimento*, dal contenuto identico rispetto al provvedimento precedente, ma che, adottato da un soggetto pubblico dotato di differente competenza, non risulterebbe idoneo a modificare, rinnovare, confermare o estinguere gli effetti del provvedimento precedente.⁵²

⁵⁰ Cfr. in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6291; Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 7941/04; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 424/97.

⁵¹ Per approfondimenti sulla questione si rimanda alla prima parte del presente capitolo.

⁵² In tal senso un contributo fondamentale ci è offerto dalla pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2315/2007 in materia di provvedimenti confermativi, su cui ovviamente, ci soffermeremo nei capitoli successivi : << *Non si può allora parlare di conferma laddove[...] il secondo atto, sebbene riproduca (almeno in parte) la motivazione del precedente, sia, tuttavia, emanato da un soggetto diverso da quello che ha adottato il primo diniego. In questo caso, non si ha una conferma, né in senso proprio né in senso improprio, ma un nuovo provvedimento, che, nonostante la parziale identità di contenuto con il precedente, non è espressione di un potere di riesame, non è in altri termini un provvedimento di secondo grado. La distinzione tra conferma in senso proprio e nuovo provvedimento (di contenuto identico) emanato da una diversa Amministrazione, può avere conseguenze pratiche importanti proprio per quanto concerne l'ammissibilità del ricorso giurisdizionale avverso il secondo atto, ove tale ricorso venga proposto, come nella specie, dopo che è scaduto il termine per impugnare il primo atto.>>.*

Segue. Conclusioni.

Questi finora esaminati rappresentano dunque i requisiti che, previsti dalla legge o individuati dalla giurisprudenza , deve necessariamente possedere un provvedimento di secondo grado ai fini della sua legittimità.

Ci soffermeremo adesso sulla classificazione di tali provvedimenti operata dalla giurisprudenza andando ad analizzare brevemente i singoli provvedimenti ad esito *eliminatorio* o *conservativo*.

III. L'opera di classificazione svolta dalla dottrina in tema di provvedimenti di secondo grado: Provvedimenti ad esito *eliminatorio* :Annullamento e revoca, (breve cenni). Provvedimenti ad esito conservativo “ : Ratifica, convalida, rettifica, sanatoria. Atto confermativo, atto meramente confermativo (rinvio).

Abbiamo detto che l'attività amministrativa è un'attività dinamica, funzionalizzata al raggiungimento dell'interesse pubblico e per tale motivo essa, anche nell'esercizio del potere di riesame, non risulta mai

standardizzata, adattandosi invece alle esigenze richieste dal caso concreto.

In relazione alle necessità del momento, al fine di soddisfare adeguatamente l'interesse pubblico di cui si fa portatrice, la p.a. può decidere di adottare dei provvedimenti che vadano ad eliminare gli effetti prodotti dal primo provvedimento emanando provvedimenti di riesame ad esito eliminatorio (*annullamento e revoca*). Può però anche orientarsi nel senso di mantenere in vita tali atti tramite l'adozione di provvedimenti ad esito conservativo idonei a sostituire atti affetti da invalidità (*convalida*), da incompetenza relativa (*ratifica*) o da meri errori formali (*rettifica*). Può decidere inoltre di convertire un atto nullo in un altro valido avente gli stessi requisiti di forma (*conversione*) oppure di confermare gli effetti di un provvedimento già emanato (*conferma e atto meramente confermativo*).

Ci limiteremo di seguito a trattare in modo generale tali atti per poi soffermarci, nei capitoli successivi, sulla trattazione della categoria provvedimentale oggetto del nostro lavoro: i provvedimenti di conferma.

1. I provvedimenti di riesame ad esito eliminatorio: l'annullamento d'ufficio e la revoca.

La legge n. 15/2005 ha riformato la legge n. 241/1990 introducendo all'interno della legge sul procedimento amministrativo gli istituti di revoca e annullamento d'ufficio rispettivamente agli artt. 21-quinquies e 21-nonies.

1.1. L'annullamento d'ufficio.

L'annullamento d'ufficio è espressione di un potere completamente discrezionale, esercitabile in ogni tempo con le stesse forme e modalità previste per l'emanazione del primo provvedimento. Si tratta di un potere di cui l'amministrazione si serve per privare di efficacia un atto illegittimo, *entro un termine ragionevole*, motivando adeguatamente la propria scelta, tenendo conto delle posizione dei *destinatari e dei controinteressati* qualora ricorrano *gravi ragioni di pubblico interesse*.⁵³ Al verificarsi di tali presupposti all'amministrazione, nella persona dello stesso organo che ha emanato l'atto viziato o un altro organo

⁵³ Così l'art 21-nonies della legge n.241/1990.

espressamente indicato dalla legge, è concesso rimuovere con efficacia retroattiva gli effetti prodotti fino a quel momento. L'interesse pubblico che soggiace all'emanazione di tali provvedimenti, come già detto in precedenza, non consiste nel mero ripristino della legalità violata ma <<richiede ragioni diverse, desunte dall'adeguata ponderazione comparativa degli interessi coinvolti>>⁵⁴, dall'esigenza quindi di attualizzare un interesse pubblico che non sarebbe altrimenti perseguibile.⁵⁵ Nel caso dell'annullamento d'ufficio non è previsto un obbligo di indennizzo in capo all'amministrazione tranne nel caso in cui ad essere invalidato sia un contratto ancora in esecuzione.⁵⁶

Da quanto detto emerge che l'esercizio del potere di riesame è subordinato al rispetto di una serie di requisiti che, qualora non siano rispettati, comportano l'illegittimità del provvedimento di riesame stesso. Sin da subito la dottrina si è posta la domanda se in tali casi sorga in capo al privato il diritto al risarcimento del danno.

⁵⁴ In ultimo Cons. Stato, Sez. VI, Sentenza, 10 agosto 2011, n. 4770.

⁵⁵ Cfr. A. CONTIERI: *Il riesame del provvedimento amministrativo, Annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Collana: Problemi attuali di diritto amministrativo, 10, Napoli 1991. L'autore parla in tal senso di riesercizio del potere originario che soggiaceva all'emanazione del primo provvedimento.

⁵⁶ Questa la previsione dell'articolo 1 comma 136 della legge finanziaria 2005.

In giurisprudenza è stato affermato che non sussiste una automatica correlazione tra accertamento dell'illegittimità del provvedimento e insorgenza del diritto al risarcimento del danno.

In alcuni casi però il risarcimento del danno è riconosciuto al privato.

È questo il caso delle cosiddette *illegittimità sostanziali* che ricorrono ogni qualvolta risulti provato, in modo certo, che la lesione ingiusta del bene della vita fatta valere dal ricorrente sia stata causata da un illegittimo utilizzo del potere di cui la p.a. dispone.

Al contrario, la pretesa risarcitoria non potrebbe trovare accoglimento qualora il vizio accertato, non contendo alcuna valutazione definitiva in ordine al rapporto giuridico controverso, si risolve in una mera *illegittimità formale*, legata al procedimento di formazione dell'atto.⁵⁷

1.2. La revoca.

L'art. 21-quinquies disciplina la revoca: il presupposto per l'esercizio di tale potere non è la sussistenza di un vizio di legittimità, ma una nuova valutazione dell'interesse pubblico.

⁵⁷ Consiglio di Stato , sez. V, sentenza 24.02.2011 n.1195

La legge individua tre casi legittimanti l'adozione di un provvedimento di revoca: *sopravvenuti motivi di interesse pubblico, mutamento della situazione di fatto, nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*.

Tale ultima previsione, diversamente dalle altre due, ha suscitato negli interpreti alcune perplessità, atteso che con la stessa si riconoscerebbe alla p.a. un vero e proprio *ius poenitendi*⁵⁸, sollecitato, peraltro da una lesione del legittimo affidamento degli interessati. La revoca può avere ad oggetto solo provvedimenti ad efficacia durevole, i cui effetti non si siano quindi già esauriti. Il potere in oggetto può essere esercitato in ogni tempo, occorrendo soltanto che il precedente assetto di interessi risulti inadeguato e non più attuale.⁵⁹

Essendo finalizzato alla rimozione degli effetti, con efficacia ex nunc, di un provvedimento amministrativo su cui si è cristallizzato l'affidamento dei destinatari, l'articolo 21-quinquies prevede espressamente che, in caso di esercizio del potere di revoca, in capo all'amministrazione

⁵⁸ Su tutti G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino 2011, p.332 sostiene che nel caso di esercizio del potere di revoca per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario sarebbe stato più giusto che il legislatore avesse un limite temporale preciso al fine di salvaguardare le pretese dei privati che hanno confidato sulle determinazioni assunte dalla p.a. .

⁵⁹ Abbiamo parlato in precedenza di interesse pubblico attualizzato.

incomba l'obbligo di indennizzare i privati che siano stati lesi dall'emanazione del nuovo provvedimento.⁶⁰

2. Provvedimenti ad esito conservativo “ : Ratifica, convalida, rettifica, conversione. Atto confermativo, atto meramente confermativo (rinvio).

In tale categoria provvedimento rientrano quegli atti emanati dall'amministrazione al fine di mantenere in vita un atto precedente, di eliminare un vizio di legittimità con effetti retroattivi senza modificarne il contenuto, oppure di accertarne o confermarne la validità .

La dottrina è solita ritenere che l'emanazione di tali atti sia giustificata a livello normativo dal rispetto del principio di conservazione degli effetti, esplicitazione del principio di *economicità* contenuto all'interno dell'articolo 2 della legge n.241/1990, a sua volta riconducibile al principio costituzionale di *buon andamento*.⁶¹

⁶⁰ In caso di un atto di revoca legittimamente emanato.

⁶¹ In dottrina C.GRASSETTI, Conservazione, in Enc. Dir., vol IC, Milano, 1961, p.173; R.VILLATA, L'atto amministrativo; G.SCOCA, Diritto amministrativo, Torino 2011.

2.1. La convalida.

Possiede tale carattere conservativo senz'altro la *convalida*, provvedimento con il quale l'amministrazione rimuove un vizio di legittimità che inficia l'atto, al fine di consolidarne gli effetti .

Tale istituto è disciplinato dall'articolo 21-nonies della legge 241/1990 che conferisce alla p.a. il potere di emanare tali provvedimenti alle stesse condizioni previste per l'adozione di un atto di annullamento d'ufficio.

È così previsto che la convalida possa essere adottata, qualora l'atto sia affetto da invalidità formali, dallo stesso organo che ha emanato il primo provvedimento (principio del *contrarius actus*) o da altro espressamente indicato dalla legge, con efficacia *ex nunc*, entro un termine ragionevole⁶² dall'emanazione del primo atto, motivando adeguatamente le ragioni che hanno portato l'amministrazione a ritenere l'interesse pubblico alla convalida prevalente rispetto agli altri interessi in gioco.

⁶² È generalmente affermato in dottrina che l'emanazione di un provvedimento di revoca non sia possibile in corso di giudizio, fatto eccezione per il caso di incompetenza relativa, espressamente ammessa dall'articolo 6 della legge n. 24971968 e secondo recenti pronunce giurisprudenziali nel caso di mancanza di motivazione (Cons. Stato, Sez. VI, n.105472003). Cfr. Scoca .

2.2. La ratifica.

La *ratifica*, che consiste nel potere dell'autorità competente di “ fare proprio” il contenuto della decisione adottata da un organo incompetente.

Il riferimento al contenuto della decisione ci permette di mettere in luce la differenza tra convalida e ratifica, entrambi idonee a rimuovere un vizio di incompetenza relativa, ma mentre nel primo caso la p.a. realizza tale scopo eliminando il vizio, nel secondo l'autorità competente fa proprio l'atto emanato da un organo incompetente, ma al quale la legge ha riconosciuto temporaneamente tale competenza, senza soluzione di continuità, con efficacia *ex tunc* al fine di stabilizzarne in modo definitivo gli effetti.

2.3. La rettifica e la conversione.

La *rettifica* non è disciplinata a livello normativo ed ha per oggetto provvedimenti non viziati, validi in tutte le loro parti, ma affetti da un mero errore materiale nel quale l'amministrazione può incappare.⁶³

⁶³ Si pensi ad esempio all'errore di indicazione di domicilio.

Si parla invece di *conversione* ogni qual volta l'amministrazione decida di convertire un atto nullo o annullabile in un altro atto che ne posseda tutti i requisiti formali e sostanziali a condizione che tra questi provvedimenti ricorra una « omogeneità degli interessi pubblici in concreto perseguiti ».⁶⁴ La conversione non può essere operata in sede giurisdizionale in quanto tale competenza spetta all'organo che ha emanato il *provvedimento da convertire*, organo su cui incombe l'obbligo di seguire le stesse formalità osservate per l'emanazione del primo provvedimento.

2.4. La riforma e gli atti confermativi.

Si parla di *riforma* nel caso in cui, ad esempio nel caso di un ricorso gerarchico, l'organo superiore constata che effettivamente sono presenti delle irregolarità, invalidanti o meno, all'interno del provvedimento e decide, in modo del tutto discrezionale, di riformarlo.⁶⁵

La riforma costituisce un provvedimento del tutto nuovo che andrà a produrre i propri effetti con efficacia *ex nunc*.

⁶⁴ Così G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Torino 2011, cit p. 345.

⁶⁵ A.M. SANDULLI parla in tal senso di *riforma sostitutiva*, nel caso in cui una parte dell'atto venga sostituita dal nuovo provvedimento o di *riforma aggiuntiva* nel caso in cui all'atto sia aggiunta una parte nuova .

Gli atti *confermativi, invece*, sono quegli atti con cui l'amministrazione conferma, con nuova istruttoria o senza, i contenuti di un precedente provvedimento.

Il riferimento alla nuova attività istruttoria non è casuale: in tal senso è necessario operare una distinzione tra *provvedimento confermativo e atto meramente confermativo*. Il primo, caratterizzato da una nuova istruttoria e da una nuova ponderazione degli interessi, è un vero e proprio nuovo provvedimento che determina una *rinnovazione degli effetti*⁶⁶. Il secondo è un atto con il quale l'amministrazione si limita a ribadire, senza una nuova istruttoria, le determinazioni contenute all'interno di un precedente provvedimento.

Segue. Conclusioni.

Dopo aver esplorato il mondo dei provvedimenti di riesame analizzando i requisiti che, previsti dalla legge o individuati dalla giurisprudenza, deve necessariamente possedere un provvedimento di secondo grado essendoci soffermati inoltre sulla classificazione di tali atti operata dalla

⁶⁶ In tal senso fa decorrere nuovamente i termini per ricorrere.

giurisprudenza, nei seguenti capitoli tratteremo nello specifico i provvedimenti di conferma .

CAPITOLO III

IL PROVVEDIMENTO CONFERMATIVO NELLA GIURISPRUDENZA E NELLA DOTTRINA

I. I provvedimenti di conferma, breve cenno sull'evoluzione dell'inquadramento operato da dottrina e giurisprudenza.

Si parla di provvedimento di conferma ogni qual volta l'Amministrazione - in seguito all'istanza di un privato che, a fronte di un primo provvedimento negativo diventato inoppugnabile, avanzi alla p.a. una richiesta di revisione o riesame di detto provvedimento o di emanazione di un nuovo atto- si orienti nel senso di affermare la piena validità ed efficacia di un proprio precedente atto. ¹

In che modo, in ambito di atti confermativi, possono essere efficacemente tutelate le posizioni giuridiche dei privati interessati e dei

¹ Tale definizione è generalmente diffusa in dottrina, su tutti M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, 3° edizione e GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*.

contro-interessati alla luce del rispetto dei principi di buon andamento, certezza del diritto, doverosità e trasparenza dell'azione amministrativa?²

È questa la domanda cui, nel prosieguo del lavoro, cercheremo di dare una risposta analizzando criticamente l'opera dottrinarie e della giurisprudenza sull'argomento.

Gli atti in oggetto sono comunemente inseriti all'interno della categoria dei provvedimenti di riesame, espressione quindi di amministrazione attiva.

La p.a. infatti, al fine del perseguimento del pubblico interesse di cui si fa portatrice, ha la facoltà di attualizzare gli interessi già regolati con un precedente provvedimento il cui contenuto si dimostri non più adeguato.³

In seguito all'istanza di un privato, qualora sussistano i presupposti previsti dalla legge⁴, l'amministrazione si trova di fronte ad un bivio: o tace o prende in esame tale richiesta.

In quest'ultimo caso può aprire un nuovo procedimento, compiere una *nuova* istruttoria e una nuova ponderazione degli interessi in gioco fino a

² Noteremo come in seguito tale impostazione relativa alla teoria degli atti confermativi è stata fornita per la prima volta da R.MARRAMA in *Rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Vol. I, Padova 1987

³ Quest'inquadramento è ormai generalmente condiviso ma nel prosieguo del lavoro analizzeremo le teorie di parte della dottrina che si orienta in modo opposto.

⁴ Analizzeremo in seguito se in materia di atti confermativi sia applicabile o meno alla p.a. l'obbligo a provvedere previsto dall'articolo 2 della 241/1990.

giungere all'emanazione di un *nuovo* provvedimento, un provvedimento di secondo grado che, se identico nel contenuto al primo provvedimento, viene denominato *provvedimento confermativo*. Può anche limitarsi a ribadire il contenuto dell'atto precedentemente adottato mediante emanazione di un *atto meramente confermativo*.

La differenza non è solo lessicale: il provvedimento confermativo, detto anche *conferma propria*, è un vero e proprio nuovo provvedimento, autonomamente impugnabile nei termini e nei modi previsti dalla legge; l'atto meramente confermativo, chiamato anche *conferma impropria*, non essendo frutto di una nuova ponderazione di interessi risulta un mero *atto di rappresentazione*⁵ mediante il quale la p.a. si limita a ribadire le determinazioni già assunte in precedenza ed in quanto tale non risulta idoneo a produrre nuovi effetti giuridici e ad essere autonomamente impugnato.

⁵ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 1040 ss. .

1. La teoria degli atti confermativi: una creazione giurisprudenziale.

Dopo aver affrontato in modo estremamente sintetico il problema in esame approfondiremo l'evoluzione che la *teoria degli atti confermativi* ha subito nel corso degli anni all'interno delle pronunce giurisprudenziali.

Sin dall'inizio del '900 il Consiglio di Stato si è espresso in merito all'impugnabilità o meno di un atto confermativo emanato dalla p.a. basando le proprie decisioni sulla base della circostanza che la p.a. avesse rivalutato o meno la vicenda già presa in esame con un provvedimento inoppugnabile.⁶

Nei primi anni del secolo scorso, in numerose pronunce, il Consiglio ha affermato la natura meramente confermativa dell'atto tutte quelle volte in cui l'Amministrazione non abbia in concreto compiuto una nuova valutazione dell'assetto di interessi regolato con l'emanazione di un precedente provvedimento, limitandosi soltanto a chiarire quanto già detto e determinato in un momento antecedente.⁷ In altre sentenze

⁶ Cfr. J. BERCELLI: *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del contro interessato*, Collana del Dipartimento di Scienza Giuridiche di Verona sezione monografie 5, in Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012 p.21 ss. .

⁷ Cfr tra le altre: Consiglio di Stato, se. IV, decisione 11 giugno 1909, n.193, in Consiglio di Stato, 1909, parte I, p. 479: << La decorrenza del termine per la produzione del ricorso davanti le Sezioni Giurisdizionali non può essere spostata dalla circostanza che l'interessato abbia

emerge il carattere completamente discrezionale del potere in esame che consente alla p.a. di non prendere in considerazione le << *insistenti richieste* >>⁸ del privato che intenda sollecitare la stessa all'adozione di un provvedimento di secondo grado.

Autorevole dottrina⁹ ha messo in evidenza come, in caso di richiesta di revoca o di annullamento d'ufficio presentata dal privato, nel corso degli anni '40, il Consiglio abbia in più di un'occasione riconosciuto all'Amministrazione la facoltà di rimanere inerte senza che sussistesse alcun obbligo di motivazione, affermando però, nel contempo, che nel caso in cui la p.A. dovesse motivare una propria decisione, quest'ultima risulterebbe sindacabile in sede di legittimità.¹⁰ Tale impostazione risulta costante anche nelle sentenze emanate negli anni '60 dal Consiglio di

prodotto reclamo all'autorità amministrativa che emise il provvedimento definitivo per ottenerne la revoca, ed in esito a questo nuovo reclamo l'amministrazione stessa, anziché riprendere in nuovo esame la vertenza, si sia limitata a confermare le sua precedente determinazione. [...] è inammissibile il ricorso alle Sezioni Giurisdizionali del Consiglio di Stato contro atti della pubblica amministrazione con i quali non siasi fatto altro che confermare, ripetere, esplicitare, chiarire od eseguire il vero provvedimento definitivo inoppugnabile, in precedenza emesso, e non impugnato nei termini di legge. >>

⁸ Cit. Consiglio di Stato, sez. IV, decisione 15 marzo 1901 in *Giurisprudenza Italiana*, parte III, col. 256 . In tale senso il Consiglio afferma che : la risposta dell'amministrazione di non voler esercitare alcun potere di revoca o di modifica non si identifica di per sé in un provvedimento nuovo autonomamente impugnabile.

⁹ Su tutti Cfr. J. BERCELLI: *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del contro interessato*, Napoli 2012 p.21 ss.

¹⁰ Cfr. in tal senso J. BERCELLI: *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del contro interessato*, Napoli 2012 p.21 ss.

Stato, decisioni in cui è più volte ribadito il carattere completamente discrezionale del potere di cui l'amministrazione in sede di riesame.¹¹

La questione è rimasta di fatto invariata fino ai giorni nostri, l'abbiamo già accennato in precedenza e approfondiremo tale aspetto in seguito, ma è bene ribadirlo: è generalmente riconosciuta l'autonoma impugnabilità del provvedimento di conferma adottato dall'amministrazione in seguito ad una nuova ponderazione degli interessi in gioco mentre tale impugnabilità risulta preclusa nel caso in cui la p.A. non si sia pronunciata nel merito o si sia limitata a ribadire le determinazioni assunte in precedenza.

Segue. La posizione della dottrina .

Nei termini finora descritti il problema con cui ha dovuto sin da subito fare i conti la dottrina è stato quello di garantire una convivenza pacifica tra la teoria degli atti confermativi e il rispetto dei principi di *definitività* e *inoppugnabilità* dei provvedimenti amministrativi.

Il primo in assoluto ad affrontare tale problematica fu CAMMEO.¹²

L'autore sosteneva che, ai fini della risoluzione della questione

¹¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 1968, n.81 .

sull'impugnabilità dei provvedimenti confermativi, fosse fondamentale analizzare il contenuto dell'istanza presentata dal privato e il comportamento tenuto dalla Amministrazione stessa. Quest'ultima al momento della ricezione della richiesta - richiesta che deve essere presentata dal soggetto che risulti direttamente interessato dal provvedimento precedente - deve operare una scelta: 1) Può rifiutare di prendere in considerazione la domanda del privato nel caso in cui questa verta su documenti già noti all'amministrazione: in questo caso il provvedimento non sarà impugnabile; 2) Può decidere di riaprire un'istruttoria nel caso in cui il privato abbia addotto alla sua richiesta motivi nuovi: il provvedimento sarà impugnabile; 3) Può decidere di aprire una nuova istruttoria anche nel caso in cui il privato non abbia addotto motivi nuovi ma ritenga di dover provvedere: il provvedimento sarà impugnabile.

Salta subito agli occhi l'importanza che l'Autore attribuisce alla *volontà dell'Amministrazione*. Questa, nel determinare le proprie scelte, risulta essere completamente libera, su di essa non incombe l'obbligo di dar

¹² CAMMEO in *La definitività degli atti amministrativi*, 1911.

In questa teoria è chiara l'importanza che l'Autore attribuisce alla volontà dell'amministrazione che è completamente libera nel determinare il proprio operato senza l'obbligo di dar conto delle proprie scelte. Al privato non viene riconosciuta alcuna posizione giuridica soggettiva e viene a trovarsi in balia della scelta di un'Amministrazione Tiranna. Le teorie del Cammeo non hanno trovato fortuna nella giurisprudenza altrimenti avrebbe con ogni probabilità condizionato la teoria degli atti confermativi così come la conosciamo oggi. Sulla scia del Cammeo si esprimono in termini simili S.LESSONE .

conto del proprio operato e ciò comporta che al privato non venga riconosciuta alcuna posizione giuridica soggettiva.

Numerosi tentativi sono stati compiuti in dottrina al fine determinare in modo definitivo la questione sugli atti confermativi e tra i tanti autori che hanno offerto un valido contributo, su tutti, di particolare importanza risulta essere il lavoro del MARRAMA.¹³

Egli fu il primo a focalizzare l'attenzione sulla posizione in cui viene a trovarsi il privato in seguito all'emanazione di un atto confermativo, ritenendo fondamentale nella vicenda degli atti confermativi¹⁴ non *la mera volontà dell'Amministrazione*¹⁵, soggettivamente intesa¹⁶, ma le esigenze di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa. L'Autore arriva a giustificare l'impugnabilità del provvedimento confermativo - quindi la perdita di definitività del primo provvedimento - e l'inoppugnabilità dell'atto meramente confermativo alla luce della vicenda dell'interesse legittimo: la conferma propria è un nuovo

¹³ R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Vol. I, Padova 1987 p. 96 ss. .

¹⁴ J. BERCELLI: *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del contro interessato*, Napoli 2012 cit. pag. 110 .

¹⁵ In tal senso abbiamo approfondito la teoria del Cammeo ma su posizioni analoghe, che attribuiscono importanza fondamentale non alla posizione del privato ma all'istanza presentata dallo stesso e alla volontà dell'amministrazione, si attestano anche LESSONA e CANNADA-BARTOLI.

¹⁶ Cfr in tal senso Su tutti Cfr. J. BERCELLI: *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del contro interessato*, Napoli 2012 p.110 ss. .

provvedimento a tutti gli effetti ed in quanto tale essa è idonea a generare in capo al privato un nuovo interesse legittimo autorizzando quest'ultimo a veder tutelata la propria posizione in caso di vantata lesione.

Estremamente innovative da molti punti di vista, le teorie del MARRAMA trovano però un limite nel mancato riconoscimento in capo al privato del diritto ad ottenere sempre una risposta espressa e motivata alla propria istanza: l'Autore riconosce infatti un obbligo di provvedere in capo alla p.a. soltanto nel caso in cui all'istanza siano state allegati mezzi di prova sopravvenuti.¹⁷

2. Le ragioni che hanno portato dottrina e giurisprudenza ad elaborare una teoria sugli atti confermativi.

Fin d'ora abbiamo analizzato l'interpretazione degli atti a carattere confermativo data da dottrina e giurisprudenza, ma non possiamo proseguire il nostro lavoro senza mettere in evidenza le ragioni che hanno portato alla creazione teorica di tale categoria provvedimentale.

¹⁷ Torneremo sull'esistenza di un obbligo a provvedere in materia di atti confermativi in una fase successiva del nostro lavoro.

Illustre dottrina ¹⁸ ha evidenziato come l'origine della non impugnabilità dell'atto meramente confermativo è rinvenibile in una disposizione del Consiglio di Stato risalente al 1890 che statuiva << che la semplice comunicazione officiosa diretta meramente a rassicurare il ricorrente che tutte le sue discolpe furono prese in esame, ma con tutto ciò il ministro non era posto in grado di modificare la decisione>> non costituisce un provvedimento autonomo ed impugnabile. ¹⁹

Il senso di tale statuizione del Consiglio di Stato è chiaro ed è rivolto a limitare l'utilizzo *dell'escamotage* della presentazione di una domanda di riesame al fine di eludere la definitività di un provvedimento ormai divenuto inoppugnabile a causa della decorrenza del termine a ricorrere di sessanta giorni ²⁰ : la sua *ratio* è quindi rinvenibile in motivi meramente di ordine processuale.

Illustre dottrina ²¹ mette in evidenza come, mentre la teoria sugli atti meramente confermativi nasce dall'esigenza di impedire il ricorso contro

¹⁸ Su tutti CAMMEO, *La definitività degli atti amministrativi* e NIGRO, *Note sull'atto confermativo*. Gli autori ricollegano la non impugnabilità del provvedimento confermativo a motivi meramente procedurali.

¹⁹ J. BERCELLI: *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del contro interessato*, Napoli 2012 cit. p.42 ss. .

²⁰ Consiglio di Stato, sezione IV, 24 novembre 1891, in *Giurisprudenza italiana*, 1892, col. 12 : << Il termine di sessanta giorni per ricorrere alla IV Sezione si computa dalla notificazione del primo provvedimento e non già da quella della dichiarazione confermativa. >>

²¹ J. BERCELLI: *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del contro interessato*, Napoli 2012 cit. p.42 ss. .

atti meramente confermativi, la teoria sul provvedimento confermativo nasce esattamente per motivi opposti, ovvero per restringere al massimo la portata di tale principio, ed ora vedremo perché.

In tale fase storica²² la partecipazione del privato all'esercizio della funzione amministrativa era limitata all'osso. Egli poteva non essere avvisato dell'apertura di un procedimento potenzialmente lesivo della propria posizione giuridica e quando riteneva di aver subito una lesione da interesse legittimo spesso preferiva presentare all'Amministrazione un'istanza di esercizio del potere di riesame piuttosto che rivolgersi al giudice amministrativo. Veniva in tal modo a crearsi un vuoto di tutela causato dalla decorrenza del termine a ricorrere nell'attesa di una risposta dell'Amministrazione chiamata ad agire in autotutela dal privato, Amministrazione che spesso non rispondeva affatto.

Tale mancanza di partecipazione e di tutela ha portato la giurisprudenza a creare in sede pretoria la figura del provvedimento confermativo, autonomamente impugnabile ogni qual volta l'amministrazione rieserciti il potere di cui aveva già disposto nell'emanazione del precedente provvedimento.²³

²² Stiamo ovviamente parlando degli ultimi due decenni del 1800 e dei primi del 1900.

²³ Si ricordi in tal senso che la qualificazione sistematica dei provvedimenti di riesame all'interno della categoria dell'amministrazione attiva presuppone l'esercizio del medesimo

Da quanto detto emerge una evidente discrasia tra il significato garantista attribuito in origine alla teoria degli atti confermativi e quello che ha assunto in seguito all'entrata in vigore della legge 241/1990 e del codice del processo amministrativo: oggi al privato, anche grazie all'affermazione in ambito comunitario di tali principi, viene riconosciuto il diritto inviolabile ad un'effettiva partecipazione all'azione amministrativa e ad un'effettiva tutela giurisdizionale ogni qual volta vanti una lesione del proprio interesse legittimo.

Urge quindi una riqualificazione in termini assoluti della questione in esame.

II. I provvedimenti di *conferma* oggi : l'atto confermativo e l'atto meramente confermativo .

Abbiamo analizzato l'interpretazione fornita sin dall'origine da dottrina e giurisprudenza in materia di provvedimenti di conferma e abbiamo analizzato quali sono le ragioni che hanno comportato la necessità di disciplinare in sede pretoria tale categoria provvedimentoale.

potere che ha portato all'emanazione del primo provvedimento piuttosto che di un nuovo potere.

Oggi è opinione diffusa che provvedimento confermativo e atto meramente confermativo siano due atti completamente diversi: differenti sono gli effetti che sono idonei a produrre e diverso il loro regime di impugnabilità. Ma in cosa differiscono nella sostanza questi due atti? In cosa consiste l'attività sostanziale dell'amministrazione che permette di considerare un atto come nuovo provvedimento e non come mero atto di rappresentazione?²⁴

Numerose sono le pronunce giurisprudenziali in argomento²⁵ ed è ormai generalmente riconosciuto che la differenza principale tra i due atti si sostanzia in una nuova attività istruttoria e in una nuova ponderazione degli interessi: tale attività è sempre presente in caso di provvedimento confermativo, manca invece negli atti meramente confermativi.

Non è solo questo però l'unico requisito richiesto perché possa parlarsi di un provvedimento confermativo legittimamente adottato e qui di seguito ci soffermeremo sull'analisi di tutti quegli elementi che tale tipologia di atti deve necessariamente contenere al fine di possedere il tipico carattere rinnovatorio.

²⁴ In tale senso GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 1040 ss. .

²⁵ Su tutte Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n.2315/2007; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 03184/2013; Consiglio di Stato 25 marzo n. 01655/2013; Consiglio di Stato sez. V, sentenza, 30 giugno 2014 n. 3272; Consiglio di Stato, sez VI, sentenza n. 01998/2011.

III. Il provvedimento confermativo, i requisiti individuati dalla giurisprudenza: la nuova istruttoria; l'ampliamento dell'impianto motivazionale allegato al provvedimento " precedente "; il principio del " *contrarius actus* ". Segue: differenza tra " conferma " e " nuovo provvedimento ".

Quando abbiamo parlato dei provvedimenti di riesame abbiamo evidenziato come dalla legge²⁶ e dalla giurisprudenza siano stati individuati a pena di nullità una serie di requisiti che ogni provvedimento di secondo grado deve necessariamente possedere²⁷.

Allo stesso modo l'inclusione degli atti confermativi all'interno dei provvedimenti di riesame ha permesso alla giurisprudenza di individuare una serie di caratteristiche che differenziano il provvedimento confermativo dall'atto meramente confermativo.

²⁶ La legge come visto disciplina solo i provvedimenti di annullamento d'ufficio, revoca e convalida.

²⁷ Nel secondo capitolo abbiamo dimostrato come sia necessaria la presenza di un interesse pubblico concreto ed attuale, di una motivazione piena ed esaustiva e della comunicazione di avvio del procedimento; è inoltre previsto che debba essere rispettato il principio del *contrarius actus*: il provvedimento di riesame debba essere emanato da parte della stessa autorità, o da un organo gerarchicamente superiore a quello che ha emanato il primo provvedimento e che tale provvedimento sia adottato in un termine ragionevole .

Nella ricostruzione delle norme applicabili sull'argomento ci serviremo del prezioso contributo offertoci dal Consiglio di Stato²⁸.

1. La rinnovata istruttoria.

È generalmente accettato che si parla di *conferma impropria* quando l'Amministrazione si rifiuta di prendere posizione sull'istanza presentata dal privato <<limitandosi ad un rifiuto pregiudiziale di riesame, con il quale nega, anche implicitamente, l'esistenza delle condizioni per valutare il merito dell'istanza stessa. Si limita così a rilevare che esiste un precedente provvedimento e che non vi sono ragioni per ritornare sulle proprie decisioni.>>²⁹

Perché possa parlarsi di provvedimento confermativo - detto anche *conferma propria* - è necessaria invece una nuova istruttoria: è previsto che l'Amministrazione << entri nel merito della nuova istanza e, dopo aver riconsiderato i fatti e i motivi prospettati dal richiedente, si esprima in senso negativo>>³⁰. In questo caso l'Amministrazione anziché limitarsi alla constatazione dell'esistenza di un precedente provvedimento, come

²⁸ Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza n. 2317 del 11 maggio 2007:

²⁹ Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza n. 2317 del 11 maggio 2007.

³⁰ Si fa riferimento alla sentenza della nota precedente.

avviene in caso di conferma impropria, inizia un vero e proprio procedimento di riesame, *esaminando nuovamente la situazione di fatto e di diritto* e compiendo una nuova attività di ponderazione degli interessi in gioco.

Il provvedimento confermativo quindi, <<sebbene pervenga alle stesse conclusioni cui era giunto il precedente provvedimento e ne reiteri le statuizioni, è, comunque, un atto che si sostituisce al precedente, come fonte di disciplina del rapporto amministrativo. Il vecchio provvedimento è, quindi, assorbito dal nuovo, che, con efficacia *ex tunc*, viene ad operare in sostituzione di quello.>>³¹

2. La motivazione.

In caso di provvedimento confermativo si è quindi in presenza di un nuovo provvedimento, idoneo a produrre autonomamente effetti giuridici ed in quanto tale è richiesto un impianto motivazionale adeguato e attualizzato: la *motivazione*, però, non può consistere nella mera ripetizione dei motivi adottati nell'atto precedente ma deve essere

³¹ Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza n. 2317 del 11 maggio 2007.

attualizzata ai nuovi elementi presentati dal privato all'interno della propria istanza di riesame.

3. La competenza e il principio del *contrarius actus*.

Queste le differenze principali tra conferma *propria* e conferma *impropria*, ma la giurisprudenza ha individuato anche un elemento in comune: il rispetto del principio del *contrarius actus*.

Trattandosi di esercizio di potere di riesame, quindi di *riesercizio dello stesso potere di cui l'amministrazione ha disposto in precedenza*, perché si possa parlare di atti confermativi, l'atto deve essere necessariamente emanato dallo stesso organo che ha adottato il primo provvedimento.³²

<<Nel caso di conferma propria, questo potere viene esercitato con esito negativo per il privato; in caso di conferma impropria c'è invece un rifiuto pregiudiziale di esercitarlo.>>³³

³² Si ricordi la ormai più volte ripetuta identificazione dei provvedimenti di riesame all'interno dell'amministrazione attiva.

³³ Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza n. 2317 del 11 maggio 2007.

4. La comunicazione di avvio del procedimento e la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

In giurisprudenza non pochi problemi erano sorti in merito alla compatibilità tra la disciplina degli atti confermativi e gli articoli 7 e 10bis della legge n. 241/1990 disciplinanti rispettivamente la comunicazione di avvio del procedimento e la mancata comunicazione del preavviso di rigetto dell'istanza del privato.

Il Consiglio di Stato, in materia di mancata comunicazione di preavviso di diniego,³⁴ è giunto alla conclusione che «tale mancanza non comporta ex se l'illegittimità del provvedimento finale in quanto la norma sancita dall'art. 10 bis cit., va interpretata alla luce del successivo art. 21 octies, co. 2, l. n. 241 del 1990, il quale, nell'imporre al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo, rende irrilevante la violazione delle disposizioni sul procedimento o sulla forma dell'atto allorché il

³⁴ Concetto ovviamente estendibile analogicamente anche ai casi di violazione dell'articolo 7 della medesima legge.

contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. >>³⁵

Il Consiglio arriva a tale soluzione affermando che il preavviso di rigetto si applica ai procedimenti ad «istanza di parte» mentre il ricorso amministrativo non è assimilabile a *un'istanza di provvedimento perché costituisce la contestazione di un provvedimento già emanato.*

La previsione del preavviso di rigetto è diretta a promuovere il contraddittorio prima dell'adozione di un provvedimento di amministrazione attiva, mentre << prima del provvedimento impugnato il privato, di regola, ha già potuto interloquire con l'amministrazione e pertanto un ulteriore preavviso di rigetto introdurrebbe una ulteriore fase di contraddittorio, sostanzialmente inutile e in contrasto con le esigenze di buon andamento, economicità e celerità dell'azione amministrativa.>>³⁶

³⁵ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 05199 del 3 ottobre 2012 cit. .

³⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 05199 del 3 ottobre 2012 cit.. “ *Le conclusioni cui è pervenuto questo Consiglio, circa l'inapplicabilità dell'art. 10 bis cit. ai ricorsi amministrativi nonché ai procedimenti di carattere vincolato, si attagliano al caso di specie, caratterizzato dalla presenza di un procedimento attivato in sede di autotutela (che presenta, nella sostanza, alcune delle sopra evidenziate caratteristiche del procedimento giustiziale), il quale interviene su un assetto di interessi pubblici e privati interamente definito da un contesto provvedimentale ormai intangibile*”.

Segue. Differenza tra provvedimenti di conferma e nuovo provvedimento.

La giurisprudenza ³⁷ è concorde nel ritenere che non si possa parlare di conferma qualora il secondo atto, <<sebbene riproduca (almeno in parte) la motivazione del precedente >>, sia emanato da un soggetto diverso da quello che ha adottato il primo diniego.

In questo caso, in applicazione del succitato principio del *contrarius actus*, non si può parlare di conferma, *né in senso proprio né in senso improprio*, ma si parlerà di un nuovo provvedimento, che, nonostante la *parziale identità di contenuto con il precedente, non è espressione di un potere di riesame, non è in altri termini un provvedimento di secondo grado* ³⁸: si tratta di un provvedimento completamente nuovo che non va ad assorbire o sostituire con efficacia *ex tunc* il precedente provvedimento, come nel caso di una conferma propria. I due provvedimenti, emanati da soggetti diversi producono i loro effetti in maniera del tutto autonoma.

³⁷ Su tutte la fondamentale sentenza già citata nelle note precedenti.

³⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza n. 2317 del 11 maggio 2007.

IV. Gli effetti del provvedimento confermativo: il “carattere rinnovatorio ed assorbente”. (rinvio)

Il provvedimento confermativo da quanto emerso finora, si qualifica come un nuovo provvedimento, dotato dal punto di vista formale e sostanziale di tutti i requisiti previsti a pena di nullità.

Da ciò deriva che , sebbene esso pervenga alle stesse conclusioni cui era giunto il precedente provvedimento e ne reiteri le statuizioni, è un atto completamente nuovo che si sostituisce al precedente come << fonte di disciplina del rapporto amministrativo. Il vecchio provvedimento è quindi assorbito dal nuovo che, con efficacia *ex tunc*, viene ad operare in sostituzione di quello>>³⁹.

È questo quello che viene definito carattere *rinnovatorio ed assorbente* ed è tipico della conferma propria.

Il provvedimento confermativo è idoneo ad assorbire con efficacia *ex tunc* gli effetti prodotti dal primo atto ed a rinnovarne gli effetti facendo decorrere nuovamente il termine per ricorrere.

Da ciò discende l'importante conseguenza che il nuovo provvedimento dovrà considerarsi pienamente impugnabile con riferimento ad ogni aspetto e che << l'eventuale annullamento giurisdizionale dell'atto di

³⁹ Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza n. 2317 del 11 maggio 2007.

conferma propria implica anche il travolgimento dell'atto confermato (ormai assorbito), a prescindere dal fatto che questo sia stato, o meno, autonomamente impugnato >> ⁴⁰ lasciando integro l'interesse dell'amministrato ad ottenere un diverso assetto del rapporto in questione che non sarà quindi pregiudicato *da nessuna pregressa statuizione*.

⁴⁰ Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza n. 2317 del 11 maggio 2007.

CAPITOLO IV

L'INTERESSE LEGITTIMO DEL PRIVATO NEI PROVVEDIMENTI DI CONFERMA

I. La discrezionalità pura dell' Amministrazione sulle istanze di riesame: la non configurabilità dell'interesse legittimo del privato come diritto a un nuovo provvedimento.

Come si manifesta l'attività della p.a. in caso di provvedimenti di conferma? È possibile ritenerla espressione di un potere vincolato o di un potere discrezionale ?

Quando abbiamo parlato dei provvedimenti di riesame abbiamo già visto come secondo la migliore dottrina¹ i procedimenti di secondo grado si descrivono come quelli che hanno ad oggetto altri procedimenti o altri atti amministrativi.²

¹ M.S. Giannini ,*Diritto Amministrativo*,3° ed. Milano, Giuffrè,1993, p 1029.

² Per meglio inquadrare la materia è opportuno sottolineare subito come un parallelo con la normativa processuale presenti limiti significativi : a differenza della sentenza del giudice, i rimedi che l'amministrazione può adottare sono molto vari.

Il procedimento amministrativo può avere un oggetto molto ampio ed è teso ad amministrare i beni della vita. Le vicende che possono essere trattate sono innumerevoli e da ciò discende che anche i provvedimenti di secondo grado possono disciplinare tanto materie che corrispondono a “ procedimenti processuali ” , quanto ad alcuni negozi modificativi ed estintivi del diritto privato.

Abbiamo già visto, nei capitoli precedenti, come il provvedimento amministrativo vive e si giustifica all’interno di quel rapporto attivo tra privato e amministrazione che va sotto il nome di *rapporto di diritto amministrativo*. Tale rapporto va distinto dalle nozioni di rapporti organizzativi, interorganici o intersoggettivi e dai rapporti procedurali in senso ampio.

Si può in tal senso parlare di rapporti amministrativi in senso stretto riferendosi a “rapporti di diritto sostanziale nascenti dal procedimento amministrativo”.

La presenza di un “rapporto amministrativo” riveste fondamentale importanza perché consente di distinguere i procedimenti di secondo grado da altri procedimenti che, pur presupponendo un precedente provvedimento amministrativo, invece non lo sono.

Tale discorso è valido per tutti i provvedimenti di riesame ed avendo inserito all'interno di tale categoria anche gli atti confermativi³, non possiamo far altro che estenderlo anche a questi ultimi.

Sorge un problema però: nel caso di provvedimenti di conferma, l'attività dell'amministrazione si qualifica come un'attività discrezionale o come un'attività vincolata ?

1. Il potere di riesame: un potere discrezionale.

In giurisprudenza è ormai assodato il principio secondo cui il potere di riesame si qualifica come un potere di merito, completamente discrezionale ed insindacabile da parte del giudice amministrativo.⁴

Il Consiglio di Stato ha messo in evidenza come, *l'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, pur avendo disciplinato i presupposti e le forme dell'annullamento d'ufficio, non ha modificato la natura del*

³ Abbiamo in tal senso parlato di espressione di amministrazione attiva, ovvero come potere dell'amministrazione di disporre nuovamente dello stesso potere di cui aveva disposto nel primo provvedimento.

⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 02548 del 3 maggio 2012; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 03958 del 6 luglio 2012.; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2141 del 18 aprile 2013.

*potere, non lo ha trasformato da discrezionale in obbligatorio, non ha previsto un interesse legittimo dei privati all'autotutela amministrativa.*⁵

Il potere di autotutela resta quindi un potere di merito, un potere che l'Amministrazione esercita previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse, valutazione che la legge riserva alla p.a. e che risulta insindacabile da parte del giudice.⁶

All'istanza del privato non viene così riconosciuto alcun valore giuridico vincolante, questa viene a qualificarsi solo come una *mera sollecitazione* alla quale l'Amministrazione può, in maniera del tutto autonoma, dopo aver compiuto l'attività di ponderazione degli interessi in gioco, aderire (ciò comporterà l'emanazione di un nuovo provvedimento) o non aderire (limitandosi ad operare un diniego di autotutela)⁷.

Parte della dottrina, in senso contrario, continua a ritenere che, in presenza di una istanza diretta a sollecitare l'esercizio della potestà di autotutela, l'Amministrazione sia obbligata a una pronuncia esplicita sulla istanza medesima. Tali autori giustificano tale impostazione

⁵ Non viene così riconosciuto alcun obbligo a provvedere in caso di esercizio di potere di riesame ma torneremo tra poco su questo argomento.

⁶ Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 02548 del 3 maggio 2012.

⁷ Può dirsi che nella quasi totalità dei casi questo atto prenda le forme dell'atto meramente confermativo.

servendosi dell'istituto del *silenzio –rifiuto* e dello strumento processuale di cui agli articoli 31 e 117 del codice del processo amministrativo.

Ma come ha evidenziato brillantemente la giurisprudenza del Consiglio di Stato⁸, una simile impostazione, nella pratica, andrebbe a modificare la condizione di << inoppugnabilità del provvedimento amministrativo che non sia stato contestato nei modi ed entro i termini di legge, vanificando in questo modo una garanzia di certezza dei rapporti giuridici che vedono coinvolta una p.a.⁹>>.

L'attività amministrativa si dimostrerebbe in tal senso non più efficace ed efficiente e, venendo meno l'inoppugnabilità del provvedimento, sarebbe lesa l'affidamento generato dai privati sugli effetti prodotti dal provvedimento che nel frattempo, col decorso del termine ordinario per ricorrere, è divenuto definitivo.

In seguito alla presentazione di un'istanza di riesame da parte del privato, in capo all'amministrazione, non sussiste pertanto alcun obbligo a provvedere.

⁸ Su tutte Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 05199 del 3 ottobre 2012.

⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 05199 del 3 ottobre 2012.

Da quanto detto non risulta applicabile l'articolo 2 della legge 241/1990 e in caso di inerzia della p.a. non è possibile impugnare l'atto di rifiuto pregiudiziale dell'istanza di riesame (rifiuto che nei fatti si identifica con l'atto meramente confermativo di un precedente provvedimento emanato dalla p.a.) . Quest'ultimo quindi, come già detto, non si qualifica come nuovo provvedimento ma soltanto come mero atto, non idoneo a generare nuovamente nuovi effetti giuridici e pertanto non autonomamente impugnabile.

2. Le posizioni della dottrina: i tentativi volti a riconoscere l'esistenza di un dovere d'ufficio.

Alcuni autori, su tutti LEDDA e MAZZAROLLI, hanno criticato fortemente l'impostazione giurisprudenziale che non riconosce un dovere d'ufficio in caso di istanza del privato volta all'emanazione di un provvedimento di riesame. Gli autori in questione, non riconoscendo la discrezionalità del potere dell'amministrazione nelle situazioni in oggetto, rivolgono una dura critica alla *teoria della volontà assoluta dell'amministrazione*. MAZZAROLLI in particolare, partendo dalle

affermazioni del LEDDA ¹⁰, ritiene che la totalità delle vicende dell'interesse legittimo del privato siano subordinate all'esistenza di un dovere d'ufficio in capo all'amministrazione: solo qualora la p.a. abbia l'obbligo giuridico di provvedere esiste l'interesse legittimo del privato e il suo diritto a ricorrere.

Questa impostazione però, alla luce del mutato rapporto di diritto amministrativo, non sembra condivisibile.

La valutazione di un atto come meramente confermativo o come provvedimento confermativo non può dipendere solo dalla volontà dell'amministrazione, dovendo essere necessariamente ricollegata alla presenza di elementi oggettivi.

È così che MARRAMA ritiene che il privato che abbia rinunciato all'impugnazione, una volta decorso il termine ordinario per impugnare l'atto, può pretendere una risposta alla propria istanza di riesame, o di revisione, soltanto nel caso in cui siano sorti elementi di novità o nuovi elementi probatori che non sarebbero potuti essere adottati con un'impugnazione tempestiva. L'autore, quindi, tende a negare <<l'esistenza in linea generale nel nostro ordinamento di un obbligo di valutazione delle istanze della p.a. alle richieste di riesame dell'atto non impugnato >> ed anche delle istanze rivolte all'adozione con efficacia *ex*

¹⁰ LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, p. 142-143.

nunc di un << provvedimento identico a quello rifiutato ovvero di un provvedimento di revoca >>. ¹¹

Parte della dottrina ha notato come la previsione o meno di un obbligo a provvedere in caso di istanza del privato dovrebbe essere giustificata dalla tutela dei principi del legittimo affidamento ed economicità affermati a livello comunitario.

Il privato non può rimanere in balia di una scelta del tutto discrezionale della pubblica amministrazione in merito alla riapertura o meno di un procedimento e alla conseguente emanazione di un provvedimento confermativo o di altro provvedimento di riesame. La posizione dei cittadini deve essere in qualche modo tutelata e ora vedremo, in concreto, quale sia il contenuto della posizione giuridica del privato nel caso in cui si imbatta in tale tipologia di provvedimenti.

¹¹ R.MARRAMA, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Napoli 1978 p. 104. Tale impostazione sembra confermata anche a livello comunitario e autorevole dottrina, su tutti P. POZZANI, *L'attività amministrativa sostanziale negli atti confermativi*, a pag. 154 mette in evidenza come : << tale obbligo, in base a quanto affermato dalla più recente giurisprudenza, sussiste soltanto nel caso in cui siano *prospettate questioni nuove non puntualmente esaminate dalla p.A. nel provvedimento che ha definito la questione.*>> ¹¹.

II. La posizione del privato nei provvedimenti di conferma : diritto soggettivo o interesse legittimo ?

La mancata prospettazione di un obbligo a provvedere nel caso di istanza di riesame presentata da un privato ha portato parte della dottrina a ritenere che, in presenza di provvedimento confermativo, la situazione giuridica del privato dovesse qualificarsi come diritto soggettivo invece che come interesse legittimo.

Di fatto però, se prendiamo in considerazione l'attuale concezione di interesse legittimo, notiamo come esso nasca non appena l'interesse materiale preso in esame in modo astratto dalla norma si concretizza in capo al privato.¹²

Al privato viene astrattamente riconosciuto il potere di presentare alla P.A. un'istanza di riesame di un provvedimento negativo divenuto inoppugnabile e nel momento stesso in cui egli avanza tale richiesta egli esercita in concreto tale potere¹³. Possiamo quindi affermare che dal momento esatto in cui l'amministrazione riceve tale richiesta sorge il

¹² J.BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi*, cit. p . 138.

rapporto di diritto amministrativo che vede contrapposti il potere della p.a. e l'interesse legittimo del privato.¹⁴

L'interesse legittimo, secondo tale impostazione, sorge quindi già in una fase che possiamo definire *pre-procedimentale*: stiamo parlando di un momento anteriore rispetto all'apertura del procedimento.

Tale situazione giuridica soggettiva nasce non appena il privato e la p.a. entrano in contatto tra loro all'interno dell'ordinamento, fungendo allo stesso tempo da linea guida e da limite dell'attività amministrativa stessa.

L'interesse legittimo in tale fase prescinde dal procedimento o per meglio dire dal procedimento in senso stretto.

Vive in una fase precedente rispetto all'apertura del procedimento stesso e ciò è giustificato dal fatto che, altrimenti, il privato istante risulterebbe privo di ogni tutela: non sarebbe titolare né di un diritto soggettivo, né di un interesse legittimo.

Possiamo invece affermare che, ricondurre l'esistenza dell'interesse legittimo al momento della presentazione dell'istanza da parte del soggetto privato, ci permette di riconoscere a quest'ultimo un posizione qualificabile senza ombra di dubbio come interesse legittimo, che quindi sarà accompagnata dalle stesse forme di tutela.

¹⁴ Cfr. in tal senso Bercelli.

Ai fini del nostro discorso, però, la nostra analisi non si può fermare qui: sorge il problema qualificare *in toto* tale posizione giuridica e di attribuirle un contenuto compatibile con *l'intervenuta inoppugnabilità del provvedimento e con gli interessi dei privati che questo garantisce*.¹⁵

III. L' interesse legittimo del privato come diritto a una risposta espressa e adeguatamente motivata , valutazione cautamente critica di tale interpretazione.

1. La mancata previsione di un obbligo a provvedere non presuppone la negazione di ogni diritto del privato in seguito alla presentazione di un'istanza di riesame .

Abbiamo quindi già evidenziato come, nel caso di istanza di riesame presentata dal privato, dottrina e giurisprudenza siano perlopiù totalmente orientate a negare l'esistenza in capo all'Amministrazione di un obbligo a provvedere.

¹⁵ J.BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi*, cit. p . 138.

La mancata previsione di tale dovere d'ufficio ha indotto a ritenere che, in caso di presentazione di un'istanza o di una denuncia da parte del privato, la p.a. fosse completamente libera di scegliere se prendere in considerazione o meno tale richiesta, a prescindere dall'eventuale apertura di un nuovo procedimento. Tale impostazione risultava essere senz'altro frutto del contesto storico in cui si era sviluppata la dottrina sugli atti confermativi che, come abbiamo già evidenziato, si basava su un rapporto tra Amministrazione e privato completamente differente da come è oggi inteso.¹⁶

L'attività amministrativa oggi si presenta come funzione, come attività finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico attribuite dalla legge. Per realizzare tale scopo non può prescindere dal privato e dalla sua partecipazione al procedimento e alla funzione amministrativa in generale.

Sulla base di tali affermazioni risulta logico considerare superata la dottrina e la giurisprudenza che ancora oggi continuano a negare al privato ogni diritto in seguito alla presentazione di un'istanza di riesame.

¹⁶ Ci riferiamo alla riforma apportata dalla legge n. 241/ 1990 e alle successive modifiche ed adeguamenti avvenuti sotto la forza propulsiva del diritto comunitario. Per approfondimenti in tal senso si rimanda ai capitoli precedenti.

Se si può parlare con certezza, o quasi, nei termini su indicati di mancata previsione di un dovere d'ufficio in capo all'amministrazione non è altrettanto scontato che si possa negare al privato quantomeno il diritto ad una valutazione sommaria della propria richiesta.

È questo quello che, sulle orme di IANNOTTA, potremmo definire *diritto del privato ad essere preso in considerazione*.

L'Autore arriva a tale affermazione spiegando come la previsione astratta, in capo al soggetto privato, del potere di presentazione di un'istanza rappresenti, in concreto, la possibilità di influire sull'esercizio del potere cooperando con l'Amministrazione alla sua realizzazione.¹⁷

Tale impostazione risulta compatibile con la concezione che l'Autore ha dell'interesse legittimo che definisce una «situazione di vantaggio riconosciuta al soggetto dall'ordinamento riguardo a un bene della vita oggetto di potere, consistente nella pretesa ad un completa ed adeguata

¹⁷ La giurisprudenza si è orientata verso una negazione, in capo all'Amministrazione, di ogni dovere di risposta. In particolare il Consiglio di Stato, con sentenza 3 maggio 2012, n. 2548 ha affermato che: «i provvedimenti di autotutela sono manifestazione dell'esercizio di un potere tipicamente discrezionale dell'amministrazione che non ha alcun obbligo di attivarlo e, qualora intenda farlo, deve valutare la sussistenza o meno di un interesse che giustifichi la rimozione dell'atto, valutazione della quale essa sola è titolare e che non può ritenersi dovuta nel caso di una situazione già definita con provvedimento inoppugnabile; pertanto, una volta che il privato, o per aver esaurito i mezzi di impugnazione che l'ordinamento gli garantisce, o per aver lasciato trascorrere senza attivarsi il termine previsto a pena di decadenza, si trovi di fronte ad un provvedimento inoppugnabile a fronte del quale può solo sollecitare l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione, quest'ultima, a fronte della domanda di riesame non ha alcun obbligo di rispondere».

presa in considerazione dell'interesse in funzione della sua realizzazione.>>¹⁸

2. Il diritto ad essere presi in considerazione.

L'interesse legittimo nasce nel momento in cui il privato presenta l'istanza di riesame, nel momento in cui entra in contatto con l'amministrazione impegnata nell'esercizio delle proprie funzioni.¹⁹

L'interesse legittimo non sorge quindi nel momento in cui l'Amministrazione decide di aprire un procedimento in seguito alla presentazione dell'istanza ma nel momento in cui tale istanza viene presentata. È da questo momento che il privato può far valere la propria *pretesa di essere considerato*.²⁰

Da questo momento può pretendere che la propria istanza sia valutata e che gli sia data una risposta motivata in merito.

¹⁸ Cit. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli 1984 p. 238.

¹⁹ Cfr. in tal senso SCOCA, *Contributo sulla figura di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990.

²⁰ Sembra deporre a favore di tale interpretazione il Consiglio di Stato., sez. V, sentenza 3 giugno 2010, n. 3487 quando cui che : << una volta avviato, anche di ufficio, un procedimento, l'Amministrazione ha, comunque, il dovere di concluderlo con un provvedimento espresso, diretto a indicare, in modo trasparente, la decisione assunta, nell'ambito delle opzioni discrezionali consentite>>.

Tale posizione sembra essere, al momento l'unica compatibile con l'evoluzione del concetto di interesse legittimo e del rapporto di diritto amministrativo: soltanto così sembra potersi realizzare quella che in campo comunitario è definita *buona amministrazione*, il cui raggiungimento è subordinato alla corretta applicazione dei principi interni di *trasparenza* e di *buon andamento*.

2.1. La pretesa di essere presi in considerazione non è incompatibile con il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo.

Un siffatto obbligo di rispondere in maniera adeguata e motivata alle richieste presentate dal soggetto privato risulta essere compatibile anche con il principio della *certezza del diritto* e dell' *inoppugnabilità* del provvedimento amministrativo: la risposta dell'amministrazione avvenendo in una fase *pre-procedimentale* non assume le vesti di un vero e proprio provvedimento amministrativo, manca infatti dei suoi elementi essenziali, e viene così a qualificarsi soltanto come mero atto, espressione di quella che abbiamo già definito in precedenza amministrazione attiva. Tale atto non è quindi idoneo a generare effetti

modificativi o sostitutivi di un precedente provvedimento che pertanto rimane perfettamente efficace.

Nell'ambito dell'Amministrazione attiva vive il nuovo rapporto tra privato e p.A, non più inteso come rapporto tra diseguali, ma come rapporto tra pari, o quasi (almeno nelle intenzioni). Un rapporto in cui il soggetto privato riveste un ruolo attivo, collabora attivamente con l'Amministrazione al fine della realizzazione del pubblico interesse.

2.2. Il diritto ad essere presi in considerazione inteso come espressione di amministrazione attiva: la necessità di adeguamento della giurisprudenza alla mutata concezione di interesse legittimo.

Il diritto ad essere presi in considerazione discende dalla mutata concezione dell'interesse legittimo e del mutato rapporto che intercorre tra il privato e l'amministrazione stessa.

Per completare il nostro discorso ci serviremo delle affermazioni di F.G. SCOCA che, con straordinaria chiarezza e precisione, afferma che « la pubblica Amministrazione ha l'obbligo di agire per la realizzazione dell'interesse pubblico e l'obbligo di esprimersi sulle richieste dei privati è una specificazione dell'obbligo generico di agire. Il privato, presentando istanza rivolta ad ottenere dalla p.a. un provvedimento,

automaticamente offre ad essa un mezzo ed un modo possibile di realizzazione dell'interesse pubblico, quel mezzo e quel modo che permettono la realizzazione insieme dell'interesse pubblico e del suo interesse individuale. Nei procedimenti ad iniziativa del privato, anzi, l'interesse privato si trova in una posizione peculiare rispetto all'interesse pubblico, il quale sembra attendere la sua realizzazione dalla iniziativa del privato. Il privato assume rispetto al procedimento amministrativo un ruolo di stimolo che, se soggettivamente è giustificato dall'interesse personale, oggettivamente è diretto anche (ed anzi in primo luogo, se si considera che il procedimento si può chiudere legittimamente con un provvedimento negativo) alla realizzazione dell'interesse pubblico. >>²¹

Negli ultimi decenni si è avuta quindi una evoluzione della nozione di interesse legittimo, confermata anche dalla giurisprudenza²² e ciò, per quanto detto finora, deve portare necessariamente al superamento da parte dei giudici dell'impostazione volta a negare qualsiasi diritto del privato in caso di presentazione dell'istanza: tale diritto alla luce del

²¹ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano , 1974 p. 34.

²² Cfr. in tal senso Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 22 ottobre 2007, n. 12 che (come messo in evidenza da J. BERCELLI, in *La teoria degli atti confermativi* p. 164) afferma che l'interesse legittimo << origina da un compromesso, chiaramente solidaristico, tra le esigenze collettive di cui è portatrice, ex art. 97 e 98 Cost., l'Amministrazione stessa e la pretesa, di colui che dalla loro legittima soddisfazione è coinvolto, di veder preservati quei suoi beni giuridici che persistono all'attività pubblica ovvero nel corso di questa si profilano.>>.

diritto comunitario e nazionale, è bene ribadirlo, consiste nella pretesa di *essere presi in considerazione* mediante una valutazione della propria richiesta ed una risposta adeguatamente motivata; solo in tal modo saranno rispettati i principi di trasparenza e di buon andamento cui l'attività amministrativa deve necessariamente conformarsi.

3. L'interesse legittimo del terzo contro interessato: l'interesse a vedere tutelato il proprio legittimo affidamento.

Autorevole dottrina ha messo in evidenza come, in materia di atti confermativi, troppo spesso e troppo a lungo è stata messa in secondo piano la figura del *terzo contro-interessato* e la tutela del legittimo affidamento che egli matura sulla stabilità degli effetti prodotti da un provvedimento divenuto inoppugnabile.

Tale noncuranza per la posizione del terzo è ormai da ritenere un vero e proprio anacronismo ed è del tutto inaccettabile : sia a livello statale, in particolar modo con la legge n. 241/1990, che a livello comunitario, ai terzi contro-interessati sono riconosciuti numerosi diritti.

In una fase precedente di questo lavoro abbiamo già messo in evidenza come ormai sia un principio cardine del nostro ordinamento la tutela del legittimo affidamento : il diritto alla certezza e alla stabilità delle

posizioni giuridiche assunte viene in rilievo ogni qual volta l'amministrazione emani un atto idoneo a creare un'aspettativa nel privato.²³

Dobbiamo quindi interrogarci sulla posizione che viene ad assumere un terzo contro-interessato, che non è il diretto destinatario del provvedimento divenuto inoppugnabile, ma che di fatto ha confidato sugli effetti prodotti da quel provvedimento e che quindi verrebbe leso dall'emanazione di un provvedimento di secondo grado .

Egli, all'interno dell'ordinamento, ogni qual volta venga in contatto con l'Amministrazione è titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo?

La previsione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della legge n. 241/1990 anche a tale categoria di soggetti non può lasciare dubbi in merito: il terzo contro-interessato è titolare di un interesse legittimo.

²³ In tal senso, in ambito di provvedimenti di riesame, vanno letti l'articolo 21-nonies della riformata legge n.241/1990 che in tema d'annullamento d'ufficio prevede che << il provvedimento amministrativo illegittimo ... può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei contro interessati...>> e l'articolo 21-quinquies della medesima legge che in materia di revoca prevede *l'obbligo di indennizzo* nel caso in cui << per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario >> l'amministrazione decida di privare di efficacia, con effetti *ex nunc*, un provvedimento emanato in precedenza.

Tale interesse legittimo continua ad esistere anche in seguito all'emanazione del provvedimento e alla sua avvenuta inoppugnabilità?

Si può dire che l'interesse legittimo del terzo continua ad esistere, nel caso di specie, anche in quella fase che abbiamo definito *pre-procedimentale* e che quindi viene a sorgere in seguito alla presentazione di un'istanza di riesame da parte del privato leso dal primo provvedimento? Il terzo contro-interessato è quindi titolare di un interesse legittimo anche in seguito alla definitiva inoppugnabilità del provvedimento?

La risposta a queste domande risulta essere alquanto complessa e tenteremo di risolvere la questione in oggetto nella quasi totale assenza di riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

Come ha messo in evidenza autorevole dottrina²⁴, in seguito alla intervenuta inoppugnabilità del provvedimento, al terzo contro-interessato è sicuramente riconosciuta una situazione di fatto consistente nella tutela del legittimo affidamento che egli ha maturato sul provvedimento divenuto definitivo. La tutela dell'affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche, come ben sappiamo, recede di fronte al verificarsi di determinate situazioni di pubblico interesse che

²⁴ Su tutti J.BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi*; FALCON, *Questioni sulla validità ed efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*.

permettono all'Amministrazione, entro un termine ragionevole, di annullare o di revocare un atto precedentemente emanato.

Il terzo è quindi titolare di una posizione di fatto, ma questa posizione di fatto è qualificabile come interesse legittimo e quindi tutelabile, in caso di lesione, nei modi e nelle forme previste dalla legge?

L'evoluzione dell'ordinamento amministrativo e in particolare l'introduzione all'interno dell'ordinamento italiano del principio di origine comunitaria del legittimo affidamento²⁵, la previsione di un termine ragionevole perché l'Amministrazione possa agire in autotutela,²⁶ la previsione di stretti termini decadenziali e soprattutto la previsione, contenuta nell'articolo 21-nonies della legge n. 241/1990, dell'obbligo in capo all'Amministrazione, in caso di annullamento d'ufficio, di ponderare oltre agli interessi pubblici e privati, primari e secondari, anche quelli dei "*contro-interessati*", sembrano di fatto dimostrarsi tutti fattori che inducono a qualificare la posizione del terzo contro-interessato come interesse legittimo.

²⁵ La riforma del 2005 alla legge n. 241/1990, come noto, ha introdotto tra i principi generali dell'azione amministrativa i principi del diritto comunitario.

²⁶ Si vedano in tal senso gli arti 21- quinquies e 21-nonies della legge n.241/1990.

Possiamo quindi affermare, come logica conseguenza del nostro ragionamento, che la posizione giuridica del terzo contro-interessato, all'interno della fase pre-procedimentale, si identifica come un interesse legittimo e che tale interesse legittimo si sostanzia nel riconoscimento del diritto a non veder pregiudicate le aspettative legittimamente maturate sul provvedimento inoppugnabile.

Pertanto tale diritto potrà essere tutelato in sede giudiziale ogni qual volta l'Amministrazione non eserciti il proprio potere di riesame nelle modalità e nelle forme previste dalla legge.

4. La lesione dell'interesse legittimo del privato: motivi di ricorso proponibili in caso di atto meramente confermativo.

Abbiamo già visto come la differenza principale tra atto meramente confermativo e provvedimento confermativo si concretizzi nella rinnovata istruttoria. Qualora l'Amministrazione, in seguito alla presentazione dell'istanza di riesame da parte del privato, si orienti verso una nuova valutazione degli interessi in gioco si parlerà di provvedimento confermativo: l'atto andrà a sostituire ed assorbire gli effetti del primo provvedimento e decorreranno nuovamente i termini a ricorrere.

Detto ciò sorge il problema di capire se , ed entro quali limiti, un atto meramente confermativo, che quindi difetta di nuova istruttoria, sia impugnabile da parte del privato e quali siano i motivi proponibili ai fini del ricorso.

Ai fini della risoluzione di questa questione, ci sarà di grande aiuto il lavoro svolto in precedenza finalizzato alla definizione del contenuto dell'interesse legittimo del privato: il privato come detto ha il diritto ad una risposta espressa e motivata.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che, per configurare l'interesse a ricorrere, devono sussistere due elementi: l'atto (meramente confermativo) deve causare *un'effettiva lesione* dell'interesse legittimo dell'istante e il suo annullamento giudiziale deve poter *produrre un vantaggio* a favore del ricorrente.²⁷

Nel caso di mancata presa in considerazione dell'istanza di riesame del privato ricorrono entrambi questi presupposti e quindi dovrebbe²⁸, di logica, essere generalmente riconosciuto all'istante il diritto a ricorrere per rimuovere gli effetti lesivi dell'illegittima inattività dell'amministrazione: i motivi di ricorso deducibili però, ovviamente

²⁷ Vedi in tal senso J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi* e VILLATA, *interesse ad agire, Diritto processuale amministrativo*.

²⁸ Nei fatti solo poche pronunce della giurisprudenza affrontano l'argomento e sono perlopiù tra loro contraddittorie.

saranno solamente quelli rivolti a dimostrare che alla base della mancata presa in considerazione della propria richiesta vi sia un'illegitima e irragionevole inerzia della p.a. . Saranno di conseguenza inammissibili e irricevibili i motivi di ricorso finalizzati a dimostrare l'illegittimità del primo provvedimento ormai divenuto inoppugnabile.²⁹

Il rispetto dei principi di certezza del diritto, inoppugnabilità del provvedimento, tutela dell'affidamento dei terzi contro interessati, buon andamento dell'azione amministrativa impongono una tale interpretazione ed è evidente pertanto che, *rebus sic stantibus*, ogni tentativo ermeneutico radicalmente differente da questo dovrà essere ritenuto del tutto fallace³⁰ . Il privato, in seguito alla presentazione di un'istanza di riesame o di una denuncia, potrà esperire solo i motivi di ricorso volti a dimostrare che l'Amministrazione avrebbe dovuto prendere in considerazione la propria richiesta e avrebbe dovuto fornire una risposta motivata in merito: ogni motivo volto all'annullamento di un primo provvedimento divenuto inoppugnabile dovrà essere ritenuto inammissibile per carenza di interesse o irricevibile per tardività.³¹

²⁹ Cfr. in tal senso J.BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi* p. 171; IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, p. 48 ss. .

³⁰ Il concetto è già stato espresso ma ritengo che in tale sede sia opportuno ribadirlo per fare ulteriore chiarezza in merito a questa delicata questione.

³¹ Cfr in tal senso J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi*, p 170-171.

5. Il regime di impugnabilità dell'atto meramente confermativo e del provvedimento confermativo. (rinvio)

Dopo aver quindi chiarito quale sia il contenuto dell'interesse legittimo di cui l'istante e il terzo contro-interessato, con le dovute differenze, sono titolari, non ci resta che soffermarci sugli aspetti meramente processuali che caratterizzano le vicende degli atti di conferma.

Si deve innanzitutto osservare che, come affermato già più volte in precedenza, conferma propria e conferma impropria sono due atti totalmente differenti: differente è il loro regime giuridico e differente il loro trattamento processuale.

Come ha brillantemente osservato il Consiglio di Stato << la richiesta dei privati, rivolta all'amministrazione, di esercizio dell'autotutela, è una "denuncia", con mera funzione sollecitatoria, ma non fa sorgere in capo all'amministrazione alcun obbligo di provvedere >>³².

La mancanza di previsione di un obbligo a provvedere qualifica quindi l'attività amministrativa, è bene ribadirlo, quale attività completamente discrezionale sulla quale è precluso ogni tipo di sindacato da parte del

³² Consiglio di Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2548.

giudice di merito, ciò comporterebbe inevitabilmente un illecito sconfinamento del potere giudiziario all'interno di quello esecutivo.

In caso di diniego, da parte dell'Amministrazione, sull'istanza di riesame presentata, al privato sarà quindi preclusa la procedura del *silenzio-rifiuto* finalizzata a provocare il ricorso della p.A all'autotutela.

<< Tale divieto trova il proprio fondamento nell'esigenza di evitare il superamento della regola della necessaria impugnazione dell'atto amministrativo nel termine di decadenza previsto >>. ³³

Un discorso totalmente diverso va fatto in caso di provvedimento confermativo: in tal caso in seguito all'istanza di riesame o alla denuncia del privato l'Amministrazione si orienta verso una riapertura del procedimento. Da ciò deriva che decorreranno nuovamente i termini a ricorrere : il nuovo provvedimento (confermativo) andrà ad assorbire ed a rinnovare gli effetti prodotti dal provvedimento precedente.

Dopo questa brevissima introduzione all'argomento, nel prossimo capitolo tratteremo tutti gli aspetti più interessanti ed importanti del regime processuale degli atti confermativi.

³³ Consiglio di Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2548.

CAPITOLO V

IL REGIME PROCESSUALE DEGLI ATTI CONFERMATIVI

I. Provvedimenti di *conferma* e il diritto a ricorrere.

In una fase precedente della nostra analisi abbiamo evidenziato come, alla base di tutta la disciplina degli atti confermativi ci siano ragioni di carattere processuale: la teoria degli atti confermativi inizia ad affermarsi tra gli ultimi anni del 1800 e i primi del 1900 e rimane pressoché invariata, nei suoi aspetti essenziali fino ai giorni nostri.

In tale fase storica, come noto, la partecipazione del privato all'esercizio della funzione amministrativa era limitata all'osso.

Egli non doveva essere necessariamente avvisato dell'apertura di un procedimento potenzialmente lesivo della propria posizione giuridica e, quando riteneva di aver subito una lesione da interesse legittimo, spesso preferiva presentare all'Amministrazione una richiesta di azione in autotutela piuttosto che rivolgersi al giudice amministrativo.

Nell'attesa di una risposta dall'amministrazione, la quale nella maggior parte dei casi non rispondeva affatto, decorrevano inutilmente i termini a ricorrere, lasciando così il privato istante completamente privo di ogni tipo di tutela.

Fu proprio tale mancanza di partecipazione e di tutela che portò la giurisprudenza a creare in sede pretoria la figura del provvedimento confermativo: all'Amministrazione veniva riconosciuto, in via astratta, la facoltà di riesercitare il potere di cui aveva già disposto in precedenza, in modo da concedere al privato, nei cui confronti il provvedimento fosse divenuto inoppugnabile, l'opportunità di impugnare il nuovo atto (si tratta in tal caso di *conferma propria*) dal contenuto analogo al precedente.¹

È evidente pertanto come agli atti confermativi venisse in tal modo riconosciuta una funzione garantista.

Oggi, ovviamente, una tale impostazione deve ritenersi superata - in seguito all'introduzione della legge n. 241/1990 e successive modifiche il rapporto tra cittadino e p.A. si è notevolmente modificato - ma le questioni riguardanti gli aspetti giuridici e processuali di tale categoria provvedimentale, nonostante ciò, sono rimasti pressochè invariati.

¹ La questione è stata già affrontata in termini analoghi all'interno del III capitolo. Si ricordi in tal senso che la qualificazione sistematica dei provvedimenti di riesame all'interno della categoria dell'amministrazione attiva presuppone l'esercizio del medesimo potere che ha portato all'emanazione del primo provvedimento piuttosto che di un nuovo potere.

Dopo aver parlato, nei capitoli precedenti, delle differenze, dal punto di vista formale e contenutistico, tra provvedimento confermativo ed atto meramente confermativo, è giunto il momento di analizzare il differente regime processuale cui tali atti sono sottoposti

Ai fini del nostro lavoro analizzeremo dapprima il regime processuale dei provvedimenti confermativi, facendo chiarezza sul perché ed entro che limiti siano ritenuti impugnabili, e ci soffermeremo solo in un secondo momento sull'atto meramente confermativo e sulle ragioni che giustificano la sua non impugnabilità.

1. L'impugnabilità del provvedimento confermativo.

Si è in presenza di un *provvedimento confermativo*, o *conferma propria*, qualora l'Amministrazione, in seguito alla presentazione di un'istanza di riesame o di una denuncia da parte di un privato, << decida di entrare nel merito della nuova istanza e, dopo aver riconsiderato i fatti e i motivi prospettati dal richiedente, si esprima in senso negativo>>².

In tal caso quindi la p.A. anziché limitarsi ad una constatazione dell'esistenza di un precedente provvedimento - cosa che invece avviene

² Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 2315 del 2007, in www.gazzettaamministrativa.it.

in caso di emanazione di un atto meramente confermativo - inizia un vero e proprio procedimento di riesame, *esaminando nuovamente la situazione di fatto e di diritto*³ mediante una nuova ponderazione degli interessi in gioco.

Per fare chiarezza sul contenuto di tale attività istruttoria, il Consiglio di Stato, in materia di concessioni edilizie, ha evidenziato come, ad esempio, il rinnovato calcolo delle altezze rappresenti una chiara espressione di *riponderazione* degli interessi in gioco e che quindi il nuovo provvedimento, dal contenuto identico al precedente, debba essere necessariamente considerato atto di *conferma propria*.⁴

³ Ibidem.

⁴ Si fa riferimento alla sentenza n. 03184 del giugno 2013: << Se vi è stata, sia pure sotto un determinato profilo (calcolo delle altezze), nuova istruttoria, non può non ritenersi sussistente una conferma in senso proprio.

Allo scopo di stabilire se un atto amministrativo è meramente confermativo, e perciò non impugnabile, o di conferma in senso proprio e, quindi, autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini, occorre verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione di interessi.

In particolare, non può considerarsi meramente confermativo l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, giacché solo l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, come nella specie, sia pure mediante la rivalutazione degli interessi in gioco e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie considerata, può dare luogo a un atto propriamente confermativo in grado, come tale, di dare vita a un provvedimento diverso dal precedente e quindi suscettibile di autonoma impugnazione.>>>.

2. Il provvedimento confermativo rappresenta una chiara espressione di Amministrazione attiva.

Da queste considerazioni iniziali risulta essere nuovamente confermata la correttezza della nostra collocazione del potere di riesame all'interno dell'Amministrazione attiva: tramite esercizio del potere di riesame alla p.A. viene riconosciuta la facoltà di aggiornare la propria attività al fine del raggiungimento del pubblico interesse arrecando il minor pregiudizio possibile al privato.

In caso di conferma propria quindi, in seguito alla presentazione di un'istanza di riesame, in capo alla p.A. sorge il dubbio di non aver esercitato nel modo corretto il potere di cui dispone. Tale dubbio porta l'Amministrazione a compiere una nuova valutazione degli interessi in gioco e ad emanare, alla fine del procedimento, un nuovo provvedimento.

3. Il carattere *rinnovatorio* ed *assorbente* del provvedimento confermativo . Un atto autonomamente impugnabile.

Il provvedimento confermativo, sebbene pervenga alle stesse conclusioni cui era giunta la p.A. con l'emanazione del primo provvedimento e ne reiteri le statuizioni, risulta essere un atto *che si sostituisce al precedente, come fonte di disciplina del rapporto amministrativo.*⁵ Il vecchio provvedimento viene sostituito dal nuovo che, con efficacia *ex tunc*, viene ad operare in sostituzione di quello.

Da ciò discende che il nuovo atto - che è bene ribadirlo, in tal caso assumerà le vesti di un provvedimento confermativo - dovrà considerarsi pienamente impugnabile in ogni suo punto.

Al privato è quindi riconosciuto il diritto di impugnare tutte quelle statuizioni a lui sfavorevoli che, contenute nel precedente provvedimento, erano divenute inoppugnabili a causa dell'inutile decorso del termine a ricorrere.

Il provvedimento confermativo si pone quindi quale *nuova fonte di disciplina del rapporto amministrativo* : è per questo motivo che abbiamo parlato di carattere rinnovatorio ed assorbente.

⁵ Ibidem.

La giurisprudenza⁶ ha brillantemente messo in evidenza come, proprio in virtù di tali caratteristiche, l'eventuale annullamento giurisdizionale del provvedimento confermativo implicherà « il travolgimento dell'atto confermato (ormai assorbito), a prescindere dal fatto che questo sia stato, o meno, autonomamente impugnato⁷ ».

II. L' improcedibilità dell' azione per carenza di interesse in caso di un provvedimento confermativo sopravvenuto.

Da quanto detto finora quindi il provvedimento confermativo, in virtù del proprio carattere rinnovatorio ed assorbente, va a sostituire, con efficacia ex tunc, gli effetti di un precedente provvedimento, che pertanto viene considerato *tamquam non esset*.

Proprio in base a tale assunto, la giurisprudenza è giunta ad affermare che deve essere dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, « il ricorso avverso il provvedimento che, in pendenza del giudizio, sia stato sostituito dal provvedimento di conferma innovativo e dotato di autonoma efficacia lesiva della sfera giuridica del suo

⁶ Su tutte Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 2315 del 2007; TAR, Campania, sezione di Salerno, sentenza n.01520 del 2010 ; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 03184 del giugno 2013; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3272 del 30/06/14.

⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 2315 del 2007

destinatario, come tale idoneo a rendere priva di ogni utilità la pronuncia sul ricorso proposto avverso il precedente provvedimento>>. ⁸

Questa impostazione, logica conseguenza di quanto detto finora in argomento, risulta essere condivisa dalla maggior parte della giurisprudenza ⁹ e della dottrina ¹⁰ : sarebbe contrario all'intera disciplina degli atti confermativi riconoscere l'esistenza di un interesse a ricorrere nel caso di impugnazione di un atto i cui effetti sono stati rimossi e sostituiti da un nuovo provvedimento. ¹¹

In contraddizione con i principi di economia processuale e di buon andamento dell'azione amministrativa si arriverebbe al paradosso che al giudice sia attribuito il potere di decretare l'annullamento di un atto che, in concreto, non esiste più .

⁸ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 05196 del 3 ottobre 2012, in gazzettaamministrativa.it

⁹ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 01655 del 25 marzo 2013, in gazzettaamministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 4807 del 25.8.2011.

¹⁰ Su tutti P.POZZANI, *L'attività amministrativa sostanziale negli atti confermativi*; J.BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi*.

¹¹ La sentenza in esame si manifesta pertanto come applicazione concreta degli effetti rinnovatori ed assorbenti tipici del provvedimento di conferma.

Segue. Le differenti previsioni in materia di atti meramente confermativi (rinvio).

Come vedremo a breve, invece, tutt' altro discorso necessita l'ipotesi in cui l'Amministrazione, senza entrare nel merito dell'istanza, si sia orientata per un rifiuto pregiudiziale della stessa, ponendo in essere un atto meramente confermativo.

Alla base di tale trattamento differenziato sono state individuate, da dottrina e giurisprudenza, giustificazioni di carattere sostanziale e processuale volte, ora a tutelare la certezza del diritto e il buon andamento dell'azione amministrativa, ora il legittimo affidamento maturato dal privato nei confronti di un provvedimento divenuto inoppugnabile.

III. L' inoppugnabilità dell'atto meramente confermativo come garanzia della certezza dell' attività amministrativa .

È noto come, per il raggiungimento degli interessi pubblici, l'ordinamento giuridico preveda l'espletamento di funzioni amministrative e come per lo svolgimento di tali funzioni, in capo alla p.A. siano attribuiti determinati poteri.

L'esercizio di tali poteri amministrativi si manifesta all'interno dell'ordinamento per mezzo dei provvedimenti.

Abbiamo già visto nei capitoli iniziali che le caratteristiche essenziali del provvedimento sono *l'imperatività*, *l'esecutività* e *l'inoppugnabilità*.¹²

Per *imperatività* si intende l'idoneità del provvedimento ad incidere unilateralmente sulle posizioni giuridiche dei destinatari, a prescindere dal loro consenso. L'*esecutività* consiste nella produzione automatica ed immediata di effetti nel momento in cui il provvedimento sia diventato efficace, senza che assuma rilevanza la sua validità o invalidità. L'*inoppugnabilità* invece si sostanzia nella stabilità che assume il provvedimento amministrativo al trascorrere di un breve periodo di decadenza.

Autorevole dottrina¹³ ha messo in evidenza come l'inoppugnabilità dell'atto sia da considerarsi una garanzia dell'efficacia del provvedimento, valido o invalido che esso sia. Tale caratteristica, tipica di ogni provvedimento, impedisce che possano essere estinti gli effetti di un atto, ma soprattutto impedisce che possa essere messo in discussione

¹³ Su tutti G.GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale*, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2006; in senso analogo anche M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, 1970.

il precetto che lo stesso ha disposto e che tale assetto possa essere valutato in termini di illiceità.¹⁴

L'inoppugnabilità si manifesta quindi come garanzia dell'efficacia del provvedimento amministrativo e del buon andamento dell'azione amministrativa.

1. La valorizzazione del procedimento ha ridato vigore al provvedimento.

Ai fini del percorso analitico intrapreso non possiamo non evidenziare come l'inoppugnabilità del provvedimento sia da considerare il fulcro dell'intera disciplina del provvedimento.

La funzione amministrativa, oggi, si identifica quale funzione *procedimentalizzata* : risulta essere un' insieme di atti consequenziali tra loro che, grazie alla partecipazione attiva del privato, giustificano e legittimano l'attività amministrativa stessa.

Più l'azione amministrativa si articola per fasi successive, più diventa importante poter fare affidamento sulla stabilità di quanto deciso a

¹⁴ Su tutti G.GRECO, Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2006.

monte.¹⁵ È così che il rafforzarsi del procedimento¹⁶ ha rafforzato l'inoppugnabilità del provvedimento.¹⁷

Non avrebbe senso premiare - mediante concessione di un lungo termine per impugnare o mediante riapertura dei termini in caso di richiesta del soggetto - il privato "pigro" che, in seguito alla comunicazione di avvio di un procedimento potenzialmente lesivo della propria posizione giuridica, ex articolo 7 della legge n. 241/1990, avrebbe potuto partecipare attivamente alla formazione del provvedimento ma che, a causa della propria negligenza non l'abbia fatto.

Si può quindi affermare che l'inoppugnabilità si identifichi come mezzo di applicazione concreta dei principi di *certezza dei rapporti giuridici* e di *buon andamento* dell'attività amministrativa : solo grazie alla previsione di termini brevi per rimuovere gli effetti di un atto, può essere garantita la speditezza dell'azione amministrativa e la tutela delle posizioni dei privati che abbiano generato un affidamento su tale provvedimento.

¹⁵ J. BERCELLI, La teoria degli atti confermativi, cit. p. 204.

¹⁶ Si fa riferimento ovviamente alla legge n. 241/1990 e successive modifiche.

¹⁷ R. VILLATA M. RAMAJOLI, Il provvedimento amministrativo, cit. p. 23.

IV. L' Inoppugnabilità dell'atto meramente confermativo come garanzia dell' interesse legittimo del terzo contro-interessato: il diritto ad ottenere una motivazione valida in caso di provvedimento confermativo.

Ad una prima analisi potrebbe sembrare che la logica conseguenza dell'inoppugnabilità di un provvedimento amministrativo sia che le situazioni giuridiche affermatesi sulla base di un provvedimento definitivo siano imm modificabili. Ma così non è.

Il fatto che un provvedimento sia divenuto inoppugnabile non vuol dire che esso sia immutabile.

Il potere amministrativo non si esaurisce con l'emanazione del provvedimento: l'attività amministrativa è un'attività dinamica e compito della p.A. risulta essere quello di verificare continuamente l'adeguatezza e l'attualità delle proprie statuizioni.

È così previsto che, al verificarsi di circostanze che determinino una nuova regolazione dell'interesse pubblico, all'Amministrazione sia riconosciuto il potere di attualizzare la propria attività mediante l'emanazione di un provvedimento di secondo grado.

In seguito alla presentazione di un'istanza di riesame la p.A. deve compere una scelta : può rifiutare la richiesta del soggetto oppure

stabilire che sussistano le condizioni per aprire un procedimento amministrativo di secondo grado. È evidente come, in questa seconda ipotesi, il terzo contro-interessato vanti il diritto a veder tutelato il legittimo affidamento che ha maturato sugli effetti prodotti dal provvedimento, inoppugnabile e definitivo, oggetto della richiesta di riesame. Si giustifica in tal senso la previsione volta ad escludere l'impugnabilità dell'atto meramente confermativo .

Solo nel caso in cui l'Amministrazione dimostri, motivando adeguatamente, la sussistenza di valide ragioni di pubblico interesse che giustificano la riapertura di un nuovo procedimento, al privato sarà riconosciuto il diritto a ricorrere avverso il nuovo provvedimento.

**1. L'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento.
L'impugnabilità di tale atto in caso di mancanza di valide ragioni di pubblico interesse che giustifichino l'emanazione di un provvedimento confermativo.**

In seguito alla presentazione di un'istanza di riesame, il terzo contro-interessato deve essere informato, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990, dell'avvio del procedimento di secondo grado in modo tale che possa partecipare attivamente alla formazione del provvedimento.

Risulta essere opinione condivisa da dottrina e giurisprudenza che tale comunicazione debba contenere le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'apertura di un procedimento di secondo grado.

In caso di totale o parziale mancanza di una tale motivazione l'attività della p.A. si qualificherà *come irrazionale e irragionevolmente lesiva dell'economicità dell'azione amministrativa e del legittimo affidamento maturato dal terzo contro-interessato*¹⁸.

Sembra dunque potersi sostenere, sulla base di tali affermazioni, che al terzo sia riconosciuto il diritto ad impugnare l'atto di avvio del procedimento.

Parte della dottrina è concorde con tale impostazione¹⁹ e ritiene che questo sia uno dei pochi casi in cui un atto *endoprocedimentale* - nel caso di specie la comunicazione di avvio del procedimento - sia autonomamente impugnabile in quanto immediatamente lesivo della sfera giuridica di un privato : l'apertura di un procedimento di secondo grado provoca un'immediata lesione della posizione giuridica del terzo che, all'esito del procedimento di secondo grado, potrebbe veder

¹⁸ J.BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi*, cit. p. 212.

¹⁹ Su tutti Bercelli G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, p. 269 dove sottolinea che : << Nel nostro ordinamento è prevalente, ance per esplicito dettato costituzionale, il profilo relativo alla tutela del cittadino (art. 113 Cost.). Quando questa esigenza ricorre le categorie dogmatiche vengono piegate ad esse: sicchè l'atto che ordinariamente viene qualificato atto interno non impugnabile è eccezionalmente assimilato ad un provvedimento amministrativo, impugnabile ai sensi dell'articolo 113 Cost., perché esso ha prodotto un pregiudizio all'interessato>>.

pregiudicate le proprie aspettative sugli effetti di un provvedimento divenuto definitivo.

L'accoglimento di un'istanza presentata da un privato potrebbe tranquillamente portare l'Amministrazione, in seguito ad una nuova ponderazione degli interessi in gioco, ad adottare, ad esempio, un provvedimento di annullamento o di revoca, eliminando quindi *in toto* gli effetti del provvedimento precedente sul quale il terzo ha generato il proprio affidamento.

È sulla base di tali affermazioni che al terzo sarebbe quindi riconosciuto il diritto di impugnare la comunicazione di avvio di un procedimento di secondo grado non contenente adeguate motivazioni di pubblico interesse volte a giustificare l'esercizio del potere di riesame.

2. Il mancato riconoscimento, in capo al terzo contro-interessato, dell'interesse a ricorrere in via principale contro un provvedimento confermativo.

Come evidenzia brillantemente J.BERCELLI, il cui contributo in materia di atti confermativi risulta sicuramente illuminante e di grande spessore, il provvedimento confermativo adottato in assenza di giustificate ragioni di pubblico interesse è illegittimo, causa una lesione dell'interesse

legittimo del terzo contro-interessato ma non attribuisce a quest'ultimo il diritto al ricorso perché, dato il contenuto sostanzialmente identico a quello del precedente provvedimento, non produce nei suoi confronti alcun danno concreto.

Tale affermazione appare la logica conseguenza di quanto finora detto in materia di atti confermativi . Come ribadito più volte il provvedimento confermativo risulta essere un atto dal contenuto completamente identico ad uno precedentemente emanato dalla stessa dell'Amministrazione, che a causa dell'inutile decorso del termine a ricorrere, è divenuto inoppugnabile.

È evidente come, in tal caso, il provvedimento di conferma propria non sia immediatamente idoneo a causare un danno in capo al terzo .

L'attitudine a generare un danno, in tale fase, risulta essere soltanto potenziale rimanendo infatti subordinata alla presentazione, nei termini decadenziali stabiliti, di un ricorso principale da parte del privato istante volto ad ottenere l'annullamento dell'atto in esame.

Segue. Riconoscimento dell'interesse a ricorrere in caso di ricorso incidentale.

Discorso diverso andrà fatto invece nel caso in cui il terzo presenti ricorso incidentale in seguito alla presentazione del ricorso principale da parte del privato istante al quale, in seguito all'emanazione di una conferma propria, viene attribuito il diritto a ricorrere.²⁰

In tal caso la dottrina propende per il riconoscimento in capo al terzo del diritto a far valere in giudizio, tramite ricorso incidentale, le proprie pretese derivanti dall'incertezza del proprio assetto di interessi determinata da un illegittimo e/o irragionevole esercizio del potere di riesame da parte dell'Amministrazione.²¹

²⁰ Abbiamo già evidenziato in una fase precedente come l'impugnabilità del provvedimento confermativo sia la conseguenza logica del riconoscimento del carattere rinnovatorio ed assorbente di tale atto. Pertanto si rimanda a quelle pagine per un approfondimento della questione in oggetto.

V. L' inoppugnabilità del nuovo provvedimento dal contenuto identico a un provvedimento precedente definitivo. (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 2315/2007).

1. Differenze sostanziali tra atti confermativi e nuovo provvedimento.

Dopo aver trattato il regime processuale degli atti confermativi è bene soffermarci su un aspetto correlato alla disciplina di tale tipologia *provvedimentale*.

Perché si possa parlare di atto meramente confermativo o di provvedimento confermativo devono trovare applicazione una serie di principi, tra cui quello del *contrarius actus*.

Dall'applicazione di quest'ultimo principio - abbiamo già messo in evidenza tale aspetto in una fase precedente del presente lavoro - deriva il fatto che, perché si possa parlare di provvedimento di secondo grado, l'atto deve essere necessariamente emanato dallo stesso organo che ha emanato il primo provvedimento, divenuto inoppugnabile, e deve essere eseguita la medesima procedura che ha portato all'emanazione di tale atto.

In tal senso la giurisprudenza²² ha brillantemente messo in evidenza come non si possa parlare di conferma laddove il secondo atto, sebbene riproduca (almeno in parte) la motivazione del precedente, sia, tuttavia, emanato da un soggetto diverso da quello che ha adottato il primo diniego.

In questo caso, dunque, non si ha un atto confermativo, né in senso proprio né in senso improprio, << ma un nuovo provvedimento, che, nonostante la parziale identità di contenuto con il precedente, non è espressione di un potere di riesame, non è in altri termini un provvedimento di secondo grado >>.²³

²² In tal senso cfr. su tutte Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n..2315/2007: in tale sentenza viene riconosciuto ai creditori di una s.p.a. sottoposta ad amministrazione straordinaria il diritto di accesso ai verbali propedeutici all'adozione del parere definitivo da parte del Comitato di Sorveglianza. I giudici sono arrivati a tale statuizione osservando come << non possa non rilevarsi che il Comitato di Sorveglianza costituisca, a tutti gli effetti, un organo (con funzioni consultive e di controllo) della procedura di amministrazione straordinaria e considerato che alla procedura di amministrazione straordinaria va riconosciuta natura di procedimento amministrativo, non può negarsi che gli atti del Comitato di Sorveglianza, siano comunque atti "concernenti attività di pubblico interesse", con la conseguenza che essi, ai sensi degli artt. 22. Legge n. 241/190 sono sottoposti al regime dell'accesso ai documenti amministrativo.>>.

²³ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n..2315/2007, cit. .

2. Il differente trattamento processuale del provvedimento confermativo e del *nuovo provvedimento*.

Le differenze sostanziali ora evidenziate tra provvedimento confermativo e nuovo provvedimento (di contenuto identico), emanato però da una diversa Amministrazione, possono causare importanti conseguenze pratiche dal punto di vista processuale.

È ammissibile il ricorso giurisdizionale avverso il secondo atto,²⁴ nel caso in cui tale ricorso venga proposto dopo che è scaduto il termine per impugnare il primo atto?

Il Consiglio di Stato²⁵ ha evidenziato, su tale argomento, come, mentre il provvedimento confermativo, grazie al suo carattere rinnovatorio ed assorbente, risulta essere sicuramente impugnabile nel termine decadenziale, senza che derivi alcuna preclusione in tal senso dalla precedente determinazione non impugnata, un discorso in parte diverso deve essere fatto quando si è in presenza di un nuovo provvedimento di contenuto identico (in tutto o in parte) al precedente.

Il nuovo provvedimento, infatti, *a differenza della conferma, non assorbe il precedente, né lo sostituisce, con effetti ex tunc, nella*

²⁴ Nel caso si tratti quindi di nuovo provvedimento.

²⁵ Ibidem.

*disciplina del rapporto.*²⁶ I due provvedimenti, dal momento che sono emanati da soggetti diversi, producono i loro effetti in maniera del tutto autonoma tra loro.

Sorge allora il rischio che la mancata tempestiva impugnazione del primo provvedimento possa *determinare la inammissibilità (per difetto di interesse) del gravame* avverso il nuovo provvedimento. Ciò, in particolare, si verificherà in tutti i casi in cui il privato *non possa ottenere alcuna utilità dall'annullamento giudiziale del secondo provvedimento a causa degli effetti ormai consolidatisi derivanti dal primo atto non impugnato.*²⁷

In tal senso i giudici hanno sottolineato come, mentre la distinzione tra provvedimento confermativo e atto meramente confermativo viene in considerazione ai fini della riapertura del termine ad impugnare (cosa che come ben sappiamo avviene solo in caso di conferma propria) , l'ulteriore distinzione tra provvedimento confermativo e nuovo provvedimento (di contenuto eguale al precedente) adottato però da un'Amministrazione differente, *può essere rilevante per stabilire se il ricorso giurisdizionale è sorretto da interesse (perché solo la conferma*

²⁶ Cit. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n..2315/2007, cit. punto 18.3 .

²⁷ Cit. Ibidem .

*propria assorbe il precedente provvedimento rendendo irrilevante la sua mancata impugnazione).*²⁸

VI. Il comportamento della p.A. in seguito alla presentazione di un'istanza da parte del privato: il silenzio, il rifiuto pregiudiziale, il diniego sostanziale. La mancanza di una tutela effettiva del privato che non vede riconosciuto dalla giurisprudenza né il diritto al provvedimento né quello a una risposta espressa.

Dopo aver analizzato gli aspetti legati al contenuto sostanziale e al trattamento processuale degli atti di conferma ci soffermeremo sui singoli casi in cui la giurisprudenza è solita applicare la teoria degli atti confermativi.

Al fine di individuare con precisioni tali fattispecie ci serviremo del prezioso contributo offertoci da L.MAZZAROLLI, che, nella voce *Conferma* del 1988, ha evidenziato come il privato può proporre sostanzialmente tre diverse tipologie di istanze e come ad ognuna debba essere riservato un trattamento differente.

²⁸ Cit. . Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n..2315/2007 punto 18.5 .

Al soggetto privato, secondo tale impostazione, è riconosciuto infatti il potere di presentare *un'istanza di riesame*, un' *istanza di revisione* o *un'istanza di emanazione di un atto in precedenza rifiutato* dall'Amministrazione stessa.

1. Il silenzio a fronte della presentazione dell'istanza del privato.

Parte della dottrina, su tutti J. BERCELLI, tende a riconoscere il diritto del privato ad ottenere una risposta seria e motivata²⁹ in caso di presentazione di un'istanza di riesame, di revisione, o di emanazione di un nuovo provvedimento, e che pertanto a tale soggetto sia riconosciuto il diritto a ricorrere avverso il silenzio della p.A. maturato su tale istanza. Abbiamo già evidenziato come questa ricostruzione sia senz'altro da preferire: essa risulta essere idonea a tutelare il diritto del privato istante, il principio di buon andamento dell'azione amministrativa e il legittimo affidamento maturato dal terzo sugli effetti di un provvedimento divenuto inoppugnabile. Il diritto del privato infatti non si sostanzierebbe nel *diritto ad un nuovo provvedimento* - previsione che sarebbe in

²⁹ È quello che abbiamo definito diritto ad essere presi in considerazione.

contrasto con tutti i principi ora ricordati - ma si identificherebbe nel diritto ad *essere presi in considerazione*³⁰.

Nonostante però una simile impostazione sia del tutto compatibile con i principi dettati anche a livello comunitario, la giurisprudenza è ancora ostile ad una tale interpretazione e continua a negare al privato istante qualsiasi tipo di pretesa, sia essa volta ad ottenere una risposta motivata, sia volta ad ottenere un nuovo provvedimento.³¹

2. Il rifiuto pregiudiziale dell'istanza del privato.

Diversa dall'ipotesi del silenzio risulta essere quella in cui l'Amministrazione decida di pronunciarsi senza entrare nel merito dell'istanza stessa (quindi senza riaprire un nuovo procedimento).

³⁰ Tale diritto consisterebbe nel diritto ad ottenere una risposta motivata ed esaustiva da parte dell'Amministrazione in seguito alla presentazione di un'istanza *seria e motivata*. Numerosi altri autori, su tutti A. CONTIERI e R.MARRAMA, tendono a riconoscere un obbligo a provvedere in capo all'Amministrazione nei casi ora evidenziati. La giurisprudenza più recente invece riconosce, sulla base dell'articolo 1 della legge n. 241/1990. tale obbligo a provvedere solo in presenza di circostanze e fatti nuovi rilevanti. (Consiglio di Stato, sentenza n. 3095 del 17 giugno 2014).

³¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5199, << Non sussiste alcun obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto e lo strumento di tutela offerto (oggi dall'art. 117 c. p. a.). Il potere di autotutela si esercita discrezionalmente d'ufficio, essendo rimesso alla più ampia valutazione di merito dell'Amministrazione, e non su istanza di parte e, pertanto, sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non vi è alcun obbligo giuridico di provvedere>>.

In tal caso la p.A. afferma che non ha provvedimenti da prendere, che esiste già un provvedimento inoppugnabile e che essa non può che limitarsi a confermare quanto ha già deciso in precedenza: è l'ipotesi tipica in cui si è in presenza di un atto meramente confermativo.

A fronte di un'istanza seria e motivata presentata dal privato, secondo l'impostazione che abbiamo appoggiato, in capo all'Amministrazione sorge l'obbligo di prendere in considerazione le pretese avanzate dal privato. Nel caso di rifiuto pregiudiziale pertanto tale attività valutativa delle richieste del privato manca.

Qualora l'Amministrazione si limiti a rifiutare l'istanza senza enunciare i motivi della propria decisione, il ricorso del privato sarà considerato ammissibile e fondato e pertanto potrà essere annullato dal giudice per difetto di motivazione.

Nel caso in cui, invece, la p.A. abbia fornito una succinta motivazione sul perché gli elementi evidenziati dall'istante non risultano essere idonei a giustificare l'apertura di un nuovo procedimento, il ricorso potrà essere considerato fondato soltanto nel caso in cui la motivazione risulti essere manifestamente irragionevole in relazione agli elementi evidenziati dal privato nell'istanza.³²

³² Cfr. in tal senso J. BERCELLI, La teoria degli atti confermativi, p. 226 .

Il sindacato del giudice, essendo l'esercizio del potere di riesame completamente discrezionale, si fermerà ad una mera valutazione di legittimità del comportamento tenuto dalla p.A. .

Una conferma in tal senso giunge dalla Corte di Cassazione che, in materia tributaria, ha stabilito che << nel giudizio instaurato contro il mero, ed esplicito, rifiuto di esercizio dell'autotutela può esercitarsi un sindacato nelle forme ammesse sugli atti discrezionali soltanto sulla legittimità del rifiuto, e non sulla fondatezza della pretesa tributaria, sindacato che costituirebbe un'indebita sostituzione del giudice nell'attività amministrativa>> .³³

3. L'impugnabilità nelle ipotesi di diniego sostanziale.

Si è in presenza di un diniego sostanziale ogni qual volta l'Amministrazione, in seguito alla presentazione di un'istanza da parte di un privato, entri nel merito dell'istanza, apra un nuovo procedimento, compia una nuova istruttoria e infine decida di rifiutare la richiesta del

³³ Cassazione, sezioni unite, 27 marzo 2007, n. 7388; In senso analogo Cassazione n. 11457/2010 e Cassazione n. 16097/2009. : << ne consegue che contro il diniego dell'amministrazione di procedere all'esercizio del potere di autotutela può essere proposta impugnazione soltanto per dedurre eventuali profili di illegittimità del rifiuto e non per contestare la fondatezza della pretesa tributaria Giacchè fuori dalla ridetta situazione, l'atto con il quale l'amministrazione finanziaria manifesta il rifiuto di ritirare in autotutela un atto impositivo divenuto definitivo - stante la relativa discrezionalità - *non è suscettibile di essere impugnato innanzi alle commissioni tributarie*>> .

privato e di confermare quindi le statuizioni contenute in un precedente provvedimento: è il caso quindi dei provvedimenti confermativi.

Sappiamo già che la tradizionale teoria sugli atti confermativi è pressoché totalmente orientata verso il pieno ed incondizionato riconoscimento dell'impugnabilità del provvedimento confermativo.

Autorevole dottrina però ha tentato, seguendo la tradizionale tripartizione operata da L.MAZZAROLLI, di ribaltare la tradizionale impostazione giurisprudenziale in materia di atti confermativi riconoscendo piena impugnabilità agli atti meramente confermativi e limitando l'impugnazione del provvedimento confermativo a casi determinati.

Sembra pertanto interessante ripercorrere il ragionamento di J. BERCELLI, discorso che però non ci sentiamo di condividere soprattutto perché esso appare del tutto in contraddizione con la teoria degli atti confermativi come descritta finora.

Secondo tale autore, a differenza della disciplina sul silenzio e sul rifiuto pregiudiziale, in caso di diniego sostanziale, è preferibile trattare singolarmente le ipotesi in cui tale diniego sia avvenuto su un'istanza di riesame, di revisione o di emanazione di un nuovo provvedimento e pertanto anche noi analizzeremo singolarmente tali diverse ipotesi.

3.1. Il diniego sostanziale di un'istanza di riesame.

Come ha evidenziato autorevole dottrina ³⁴ il diniego motivato di annullamento d'ufficio assunto con le forme del provvedimento confermativo risulta essere in sé impugnabile, ma con dei limiti.

Il ricorso sarà pertanto ammissibile qualora l'istanza di riesame contenga l'indicazione chiara ed esaustiva degli elementi che costituiscono i presupposti richiesti dall'articolo 21-nonies della legge n. 241/1990 in materia di annullamento d'ufficio e che tali elementi non siano stati presi in considerazione dall'Amministrazione.³⁵

Risulta così evidente che i motivi di ricorso potranno essere esperiti solo contro l'atto di conferma propria che abbia negato l'annullamento d'ufficio e non contro il provvedimento divenuto inoppugnabile.

Un provvedimento confermativo che rigetti, entrando nel merito, un'istanza di annullamento d'ufficio non si sostituisce al provvedimento

³⁴ Su tutti J.BERCELLI, *La teoria degli atti amministrativi*; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*.

³⁵ Si fa riferimento dunque ai vizi di illegittimità del provvedimento originario nonché a ragione di pubblico interesse all'annullamento con adeguata ponderazione degli interessi dei destinatari del provvedimento e dei contro-interessati.

divenuto inoppugnabile e pertanto non permette una riapertura dei termini a ricorrere nei confronti di tale atto.³⁶

In questo caso, quindi, il diniego sostanziale risulterebbe essere privo del carattere rinnovatorio ed assorbente che invece solitamente caratterizza la conferma propria.

3.2. Il diniego sostanziale di un'istanza di revisione.

Analogo discorso deve essere necessariamente fatto in caso di presentazione da parte di un privato di un'istanza di revisione di un precedente provvedimento.

I motivi di ricorso esperibili saranno solo quelli volti ad accertare l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione che, pur essendo presenti i requisiti indicati dall'articolo 21-quinquies della legge n. 241 del 1990,³⁷ ha deciso di non esercitare il proprio potere di revoca.

Anche il diniego motivato di revoca, come quello di annullamento d'ufficio, non è idoneo a sostituirsi al precedente provvedimento divenuto inoppugnabile e non permette quindi al privato istante di impugnare quel provvedimento.

³⁶ Cfr. in tal senso J. BERCELLI, La teoria degli atti confermativi, p. 228 .

³⁷ Si fa riferimento ai sopravvenuti motivi di interesse pubblico e a un mutamento delle circostanze che imponga una nuova valutazione dell'interesse pubblico in gioco.

3.3. Il diniego sostanziale di un'istanza di nuova emanazione.

Il discorso si fa più complicato nel caso in cui il privato richieda all'Amministrazione l'emanazione di un nuovo provvedimento, a lui positivo, in sostituzione di un altro a lui negativo, divenuto inoppugnabile.

In tal caso infatti l'Amministrazione è tenuta a pronunciarsi solo qualora il soggetto, nella propria istanza, abbia presentato elementi sopravvenuti idonei a determinare una nuova regolazione della fattispecie in oggetto.³⁸

Come noto la p.A. , per poter emanare legittimamente un provvedimento confermativo, è tenuta a dimostrare la sussistenza di un interesse pubblico alla regolazione della fattispecie, *nello stesso tempo nuova (perché c'è un nuovo provvedimento, con un termine di impugnazione) e identica alla precedente (perché il provvedimento è confermativo).*³⁹

³⁸ Cfr in tal senso .F LEDDA, Il rifiuto del provvedimento amministrativo, cit. pag. 246 <<Perché il dovere dell'autorità divenga nuovamente attuale in un momento successivo al rifiuto è necessario che la situazione giuridica e di fatto, da cui era delimitato nei suoi aspetti concreti l'oggetto dell'ufficio, subisca una sostanziale alterazione [...]. Mancando tali presupposti [...] non essendo sorto il dovere di provvedere, tali atti non producono alcun effetto e pertanto in capo al privato non è prospettabile né un interesse legittimo né un interesse al ricorso>>.

³⁹ J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi*, cit. p. 232 .

La p.A. è quindi tenuta a dimostrare che esistono ragioni di pubblico interesse che impongano di disciplinare nuovamente, per mezzo di un provvedimento, una fattispecie già regolata in precedenza.

Il problema è che, dopo aver dimostrato ciò, dovrà anche motivare sul perché tale necessità abbia portato all'emanazione di un provvedimento identico al precedente. È evidente come questo dover essere, allo stesso tempo, *nuovo e identico*⁴⁰ al precedente provvedimento rivela la sostanziale contraddizione che avvolge la figura del provvedimento confermativo.

Tale problema, di grandissima rilevanza, potrebbe essere risolto solo attribuendo agli elementi di novità, presentati dal privato all'interno della propria istanza, un'interpretazione restrittiva.

⁴⁰ Tale contraddizione era già stata evidenziata da M. NIGRO.

CAPITOLO VI

L'ACQUIESCENZA AL PROVVEDIMENTO

AMMINISTRATIVO

I. L' acquiescenza al provvedimento amministrativo:, viaggio attraverso l'elaborazione operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza . Il contributo offerto da *Marrama* e da *Gaffuri* .

Nell'ultimo capitolo abbiamo parlato dell'inoppugnabilità come caratteristica tipica del provvedimento amministrativo e, per concludere il discorso sull'argomento, non possiamo che soffermarci sull'analisi dell'istituto dell'acquiescenza al provvedimento amministrativo.

All'interno del nostro ordinamento, in ambito pubblicistico, mancano norme specifiche positive che dispongano una regolamentazione dell'acquiescenza.

Nel silenzio della legge, giurisprudenza e dottrina hanno cercato una soluzione efficace alle difficoltà di inquadramento sistematico di tale istituto che provoca effetti processuali - identificabili innanzitutto

nell'inammissibilità del ricorso -, ma presenta anche implicazioni di diritto sostanziale.

È generalmente riconosciuto che si fa ricorso all'acquiescenza in tutti i casi in cui il privato, cui è astrattamente riconosciuto il potere di impugnare un determinato atto, dichiara esplicitamente di voler accettare gli effetti del provvedimento (*acquiescenza espressa*) o compia atti chiari ed univoci in tal senso (*acquiescenza tacita*).

Dopo aver trattato in maniera estremamente sintetica le problematiche legate all'acquiescenza al provvedimento ci soffermeremo sull'evoluzione storica delle impostazioni giurisprudenziale e dottrinarie su tale istituto.

1. La prima fase della *teoria sull'acquiescenza*: equivalenza tra rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento.

Nel corso degli anni la giurisprudenza ha attribuito poca attenzione nei confronti di tale istituto e ciò è dovuto sostanzialmente al fatto che i giudici, vista la sostanziale identità dal punto di vista della produzione degli effetti, sono soliti ricondurla ad altre figure altrettanto frequentemente ricorrenti nella pratica processuale come *la rinuncia all'impugnazione* e *la decadenza del termine a ricorrere*.

Tutt'altro percorso è stato seguito dagli studiosi del diritto amministrativo. Dapprima la dottrina era solita considerare l'acquiescenza al provvedimento amministrativo negli stessi termini della rinuncia all'impugnazione: entrambe dipendevano da una scelta *negativa* del soggetto privato ed entrambe risultavano essere idonee a precludere la proposizione di un ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento sia che fosse oggetto della rinuncia o dell'acquiescenza tacita o espressa.

2. L'acquiescenza al provvedimento come accettazione della legalità del provvedimento. La critica apportata da R. MARRAMA.

A partire dal 1940 la dottrina iniziò a rivendicare l'autonomia della figura dell'acquiescenza rispetto a quella della rinuncia all'impugnazione e raggiunse tale scopo inquadrando l'istituto dell'acquiescenza come un atto *positivo*, di adesione formale al provvedimento: il privato, potenzialmente legittimato all'impugnazione, in concreto vi rinunciava riconoscendo la legalità dell'atto in oggetto. Tale orientamento non rimase privo di seguito e fu adottato presto anche dal Consiglio di Stato che si espresse nei termini ora indicati con la sentenza n. 236 del 14 maggio del 1943.

Autorevole dottrina, su tutti R. MARRAMA in *Rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento amministrativo*, ha messo in evidenza come, sulla base di tale impostazione, *l'acquiescenza, e quindi l'accettazione, si risolverebbe in un atto di riconoscimento della legittimità del provvedimento ed andrebbe pertanto a configurarsi come un vero e proprio negozio di accertamento.*¹

Tale potere di accertare la legittimità di un atto in un momento successivo alla sua emanazione, osserva l'Autore, è però attribuito dalla legge all'Amministrazione stessa e non si vede pertanto in che modo una tale funzione possa essere rimessa nella disponibilità del privato.

3. Il contributo di R.MARRAMA: la rinuncia all'interesse legittimo.

È pertanto da questo punto di partenza che il MARRAMA cerca di riqualificare la figura dell'istituto in oggetto capovolgendo l'impostazione originaria e qualificando l'acquiescenza al provvedimento come rinuncia alla propria posizione giuridica lesa in concreto dal provvedimento amministrativo: è così che l'acquiescenza si sostanzia in una *rinuncia all'interesse legittimo*.

¹ R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Napoli 1979, cit. p 120.

L'Autore arriva a tale conclusione evidenziando che l'acquiescenza al provvedimento viene ad esistere solo, e soltanto quando, il privato accetta un atto a lui sfavorevole e che tale accettazione si identifica *come rinuncia al proprio interesse legittimo*.²

Da ciò deriva la sostanziale differenza che il MARRAMA individua tra l'acquiescenza al provvedimento e la rinuncia all'impugnazione: « nel primo istituto l'intento *dismissivo* è proiettato in direzione dell'interesse legittimo, rispetto al cui abbandono, il venire meno del potere di impugnazione si pone come effetto (meramente) consequenziale; nel secondo, all'inverso, l'intento stesso è proiettato verso quest'ultimo potere, di modo che è la perdita dell'interesse legittimo a porsi nella specie come effetto mediato e riflesso.»³

Una tale ricostruzione permette all'Autore di riconoscere l'applicabilità della c.d. *acquiescenza preventiva* nei casi in cui il futuro regolamento di interessi da parte dell'Amministrazione sia prevedibile nell'oggetto o già determinato nei suoi aspetti principali. L'acquiescenza preventiva si giustifica così all'interno della fase procedimentale nella quale, anche mediante la stipulazione di accordi contenenti reciproche promesse e

² Sia o meno essa strumentale al raggiungimento di un'utilità ulteriore. Cfr. in tal senso R, MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Napoli 1979, cit. p 134.

³ R, MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Napoli 1979, cit. p 137.

concessioni, al privato è riconosciuta la possibilità di partecipare attivamente alla funzione amministrativa.

Per quanto possa risultare affascinante una tale ricostruzione, sia per l'autonomia che viene riconosciuta all'istituto dell'acquiescenza, sia per i risvolti processuali che l'accettazione di tale impostazione comporta, essa non risulta essere appoggiata dalla giurisprudenza che vede, nel riconoscimento dell'istituto dell'accettazione preventiva, una limitazione delle libertà del privato che risulterebbe vincolato nei confronti dell'Amministrazione pur non essendo a conoscenza dell'effettivo pregiudizio che andrà a subire.⁴

⁴ Ciononostante recenti pronunce della giurisprudenza tendono a riconoscere l'applicazione dell'acquiescenza preventiva nel caso in cui il privato manifesti la volontà di impugnare un provvedimento emanato dall'Amministrazione in seguito alla proposizione di una sua istanza qualora tale provvedimento sia perfettamente corrispondente alle proprie richieste.

4. Il contributo offerto da F.GAFFURI: parziale superamento dell'impostazione fornita da R.MARRAMA alla luce del mutato rapporto di diritto amministrativo e dell'introduzione all'interno del nostro ordinamento dei principi comunitari di buona fede e legittimo affidamento.

L'illuminante impostazione del MARRAMA non ha retto, almeno in parte, alle modifiche apportate al *rapporto di diritto amministrativo* dalla legge n. 241/ 1990 e all'introduzione all'interno del nostro ordinamento del principio del legittimo affidamento. L'Autore infatti, in termini simili ad altri⁵, ritiene che gli effetti preclusivi propri dell'istituto si verificano solo se ed in quanto previsti e voluti in modo espreso, od implicito, dall'interessato. Da ciò deriva l'inquadramento, da parte di tali autori, dell'acquiescenza come fenomeno essenzialmente *volontaristico e negoziale*.

⁵ Su tutti MATTARELLA, *Il provvedimento*, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano 2000, che definisce << l'acquiescenza come accettazione degli effetti del provvedimento da parte dell'interessato >>. L'autore in termini del tutto analoghi a quelli del MARRAMA afferma che l'acquiescenza determina l'estinzione dell'interesse legittimo in capo al soggetto che non può più impugnare il provvedimento >>.

Recentemente, però, parte della dottrina⁶, servendosi anche di alcune importanti pronunce giurisprudenziali, ha messo in evidenza come tale impostazione *soggettivistica* debba ritenersi superata, quanto meno nel caso in cui si incorra in *acquiescenza tacita*.

Nel caso infatti di acquiescenza espressa la preclusione dell'impugnazione dipende da uno specifico atto dispositivo del soggetto il quale, mediante un atto tipicamente negoziale, dichiara di voler accettare gli effetti prodotti da un determinato provvedimento.

Nell'ipotesi più frequente di acquiescenza, quella tacita, invece, la perdita del diritto d'azione non è l'effetto della specifica volontà dell'interessato ma risulta essere, piuttosto, la conseguenza immediata e diretta dell'obiettiva condotta tenuta dal soggetto.⁷

Da ciò deriva, quindi, che la *ratio* che sottostà all'intera disciplina dell'acquiescenza è riconducibile all'applicazione di un principio che già abbiamo rinvenuto in materia di legittimo affidamento, ovvero sia del

⁶ Su tutti F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano 2006.

⁷ Cfr. in tal senso F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, p. 29.

del *nemo venire contra factum proprium*⁸: affermato per la prima volta dalla Cassazione in tema di rapporti tra privati e p.A, con la sentenza n. 9924/2009 esso risulta essere espressione delle clausole generali di correttezza e buona fede.⁹ In base al principio ora menzionato il soggetto, che ha posto in essere un comportamento cui è attribuito il significato sociale di accettazione di una determinata fattispecie giuridica, non può sottrarsi, in un momento successivo, alle conseguenze sfavorevoli che la legge fa discendere dalla fattispecie in oggetto.

Una tale interpretazione risulta essere stata confermata anche dalla giurisprudenza, in particolare da un'interessantissima sentenza del T.A.R. PUGLIA¹⁰: i giudici hanno infatti riconosciuto che << si ha acquiescenza in tutti i casi in cui, nel comportamento del ricorrente, siano rinvenibili elementi che si pongano in contraddizione o, comunque, in rapporto di non coerenza con la proposizione del gravame >>.¹¹

⁸ Per due specifiche ricerche sul tema si veda: F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli 2006; F. FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, Milano 2007.

⁹ Cfr.G. GRASSO, L'affidamento quale principio generale del diritto, in rivista giuridica Altalex. 2011 La dottrina tedesca parla in questi casi di *Verwirkung*. Si ha così la perdita di una posizione soggettiva non per ragioni legate *strictu sensu* al diritto bensì del titolare di tale posizione che dimostri nei fatti con comportamenti univoci la volontà di non volere esercitare un proprio diritto.

¹⁰ TAR PUGLIA - BARI, SEZ. I - Sentenza 9 maggio 2002 n. 2269.

¹¹ In senso analogo Il T.A.R. Veneto, sez. I, nella sentenza del 28 aprile 2014 n. 543; Consiglio di Stato, sez. VI., sentenza n. 5443 del 10 ottobre 2002; TAR Puglia, Lecce, sez. II, sentenza n. 4306 del 22 giugno 2004.

Nella causa in oggetto i giudici hanno affermato l'ammissibilità dell'*acquiescenza tacita preventiva* nel caso in cui il privato, nella fase istruttoria, abbia partecipato attivamente alla formazione di un provvedimento: egli, essendo a conoscenza del contenuto dell'atto ed avendo deciso di partecipare alla sua formazione, ha messo in atto una serie di comportamenti incompatibili con l'impugnazione del provvedimento che pertanto gli sarà preclusa.

I giudici hanno quindi riconosciuto la sussistenza di una responsabilità della p.A. "da contatto" che si fonda su di un reciproco onere di diligenza che grava sull'Amministrazione e sul privato e che rende entrambi garanti del corretto sviluppo del procedimento e della sua legittima conclusione.

II. L'acquiescenza al provvedimento amministrativo: natura dell'istituto.

Come già accennato il precedenza, il tentativo di *emancipare* la figura dell'acquiescenza da quella della rinuncia all'impugnazione e della decadenza nel diritto a ricorrere, non è stato in concreto seguito dalla giurisprudenza che ha ricollegato a tutte le fattispecie in questione il medesimo effetto: l'impossibilità di ricorrere avverso l'atto in oggetto.

Gli stessi giudici¹² hanno più volte evidenziato come l'acquiescenza non abbia ancora trovato una stabile delimitazione sistematica: essa risulta infatti essere priva, all'interno del diritto amministrativo, di un ancoraggio di diritto positivo (ancoraggio che viene comunque da alcuni autori rinvenuto nella norma dell'art. 329 del c.p.c., dettata in materia di impugnazioni).

Ciononostante dottrina e giurisprudenza sono pressoché totalmente concordi nel riconoscere l'avvenuta acquiescenza al provvedimento soltanto al verificarsi di determinate condizioni.

1. L'adesione espressa o tacita alle statuizioni della pubblica autorità deve essere libera e spontanea.

Giurisprudenza consolidata afferma che, perché si possa parlare di acquiescenza al provvedimento amministrativo, è necessario che l'adesione alle statuizioni della pubblica autorità dimostrata dal privato, espressa o tacita che sia, debba essere *libera e spontanea*.¹³

¹² Su tutte le già citate sentenze : TAR PUGLIA - BARI, SEZ. I - Sentenza 9 maggio 2002 n. 2269; T.A.R. Veneto, sez. I, nella sentenza del 28 aprile 2014 n. 543.

¹³ Cfr in tal senso F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, p 10.

La giurisprudenza si è pertanto dimostrata molto severa nel riconoscere la sussistenza del succitato requisito in modo tale da limitare notevolmente i casi in cui, soprattutto in caso di acquiescenza tacita, l'accettazione del provvedimento è realmente idonea a produrre gli effetti preclusivi tipici dell'istituto.

Risulta così essere opinione diffusa che l'accettazione incondizionata delle statuizioni contenute in un bando di gara non sia idonea a qualificarsi come acquiescenza in quanto essa costituisce una condizione necessaria per la partecipazione alla stessa: il consenso prestato dal soggetto privato in tal caso non può infatti ritenersi *libero*.¹⁴

Altrettanto pacifico è il principio che riconosce la proponibilità dell'appello per il soggetto che, soccombente in primo grado, abbia dato spontaneamente esecuzione alla sentenza.

Per quanto riguarda la disciplina dell'acquiescenza in materia di provvedimenti di riesame la giurisprudenza è pressochè concorde nel ritenere che la presentazione di una richiesta nuova, ridotta o ridimensionata rispetto ad un'altra su cui l'Amministrazione si sia già espressa negativamente, non risulta essere idonea a far desumere

¹⁴ Su tutte TAR Friuli Venezia Giulia, sentenza n. 833 del 2 dicembre 1997 in foro.it; TAR Emilia Romagna, sez. II, Bologna, 7 novembre 1996 n. 3; TAR Lazio, sez. Latina, 22 ottobre 1985, n. 326, in Tribunali amministrativi regionali.

un'implicita volontà di accettazione delle statuizioni sfavorevoli contenute nel precedente provvedimento.¹⁵

In tale ottica non risulta essere quindi sufficiente, perché si possa configurare un'acquiescenza a un provvedimento, il compimento di atti resi necessari od opportuni, nell'immediato, dall'esistenza del suddetto provvedimento, in una logica di riduzione del pregiudizio.¹⁶

2. I comportamenti del privato devono essere univoci, chiari e concludenti.

L'adesione libera e spontanea non è però sufficiente a far sì che l'acquiescenza ad un provvedimento si possa ritenere correttamente formata. È infatti richiesto che tale accettazione del contenuto del provvedimento si manifesti all'esterno, in modo espresso o tacito, con comportamenti *chiari, univoci e concludenti*.¹⁷

¹⁵ In tal senso, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 633 del 2 settembre 1987; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 91 del 16 febbraio 1987.

¹⁶ Cfr. in tal senso Cassazione Sez. Un. Civili, 20 maggio 2010, n. 12339.

¹⁷ Cfr. in tal senso F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, p. 13; Su tutte Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 30 marzo 1998; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1544 del 26 ottobre 1996; TAR Marche, sentenza n. 690 del 14 maggio 1998; TAR Calabria, sez. Catanzaro, 10 marzo 1989, n. 291.

La presenza di tali requisiti è richiesta al fine di limitare l'applicazione di un istituto che, come evidente, risulterebbe troppo lesivo per il privato che non fosse realmente convinto di accettare le statuizioni contenute nell'atto amministrativo. È per questo motivo che i giudici sono orientati nel senso di ritenere l'acquiescenza un istituto “*volontaristico*”: gli effetti preclusivi si verificano solo nel caso in cui sia evidente che la volontà del soggetto sia diretta a prestare acquiescenza al provvedimento stesso. Come già notato in precedenza, però, una tale ricostruzione non è più accettabile *in toto*. Con l'introduzione all'interno del nostro ordinamento del principio del legittimo affidamento viene infatti attribuita sempre più importanza all'effettiva idoneità dei comportamenti messi in atto dai privati a manifestare la volontà di accettare il contenuto del provvedimento.

Tale orientamento risulta essere confermato da recenti pronunce giurisprudenziali all'interno delle quali è più volte ribadito che l'acquiescenza tacita nei confronti di un atto amministrativo risulta essere configurabile soltanto se i comportamenti messi in atto dal soggetto dimostrino *la chiara ed incondizionata volontà* del privato di accettarne gli effetti. Se tali comportamenti appaiono inequivocabilmente

incompatibili con la volontà del soggetto d'impugnare il provvedimento medesimo potrà legittimamente formarsi acquiescenza.¹⁸

3. Il provvedimento deve essere immediatamente lesivo dell'interesse legittimo del privato: ricorrenza dell'acquiescenza solo nei casi in cui è astrattamente riconosciuto il diritto a ricorrere.

Anche qualora sia stata prestata dal privato un'adesione libera e spontanea alle statuizioni contenute all'interno di un provvedimento, manifestata con comportamenti univoci chiari e concludenti, l'acquiescenza non si è ancora formata in modo corretto. Perché ciò avvenga è infatti necessario che oltre ai succitati requisiti ne ricorra un altro: deve manifestarsi avverso un provvedimento *definitivo*, immediatamente lesivo della sfera giuridica del privato.

Tale aspetto , brillantemente messo in evidenza da R.MARRAMA, in *Rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento*, è tutt'oggi condiviso dalla giurisprudenza in ogni sentenza emanata sull'argomento .

¹⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 6 agosto 2013, n. 4140; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 5966; Consiglio di Stato sentenza., 25 agosto 2011, n. 4805.; Consiglio di Stato, sez IV, sentenza del marzo 2014 ; Cassazione Sez. Un. Civili , 20 maggio 2010, n. 12339.

L'acquiescenza, pertanto, può assumere rilievo come autonomo e tipico motivo di inammissibilità del ricorso avverso il provvedimento soltanto nel caso in cui si realizzi e si verifichi in un contesto di potenziale impugnabilità dell'atto da parte del privato. L'acquiescenza vive, per così dire, una *vita simile* a quella dell'interesse a ricorrere: non può verificarsi ogni qual volta l'atto amministrativo non sia definitivo (nel caso quindi di atto endo-procedimentale) o si manifesti come integralmente favorevole al privato stesso.

Dall'affermazione di tale principio, confermato anche dalla giurisprudenza¹⁹, deriva *in primis* che non è configurabile l'acquiescenza nei confronti di un'aggiudicazione provvisoria di una gara d'appalto.

Tale atto infatti si qualifica quale atto endo-procedimentale, che in quanto tale non è definitivo. Esso non risulta essere immediatamente idoneo a generare un pregiudizio in capo al soggetto privato: tale pregiudizio si avrà solo con l'emanazione del provvedimento definitivo, l'aggiudicazione definitiva in questo caso, e solo avverso tale atto potrà quindi legittimamente formarsi l'acquiescenza.

I giudici del Consiglio di Stato hanno brillantemente messo in evidenza come l'atto di aggiudicazione provvisoria non costituisca un atto

¹⁹ Su tutte Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3095 del 17 giugno 2014, in Consiglio di Stato.; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2710 del 27 maggio 2014.

meramente confermativo: tale provvedimento risulta essere adottato infatti in seguito ad una istruttoria rinnovata rispetto a quella che aveva portato all'emanazione del primo provvedimento.

4. L'acquiescenza avverso gli atti confermativi.

Da quanto detto finora in materia di acquiescenza possiamo quindi affermare che, tenendo anche a mente il discorso che abbiamo elaborato in tema di atti confermativi, al verificarsi di tutti i presupposti sopra indicati, è da ritenersi ammissibile l'acquiescenza soltanto avverso un provvedimento confermativo.

Soltanto quest'atto infatti, emanato in seguito ad una nuova istruttoria, risulta essere immediatamente lesivo degli interessi del privato e pertanto autonomamente impugnabile. Da ciò deriva che non è possibile affermare che si possa formare acquiescenza nel caso in cui l'Amministrazione, in seguito alla presentazione di un'istanza di riesame da parte del privato, si sia limitata ad emanare un rifiuto pregiudiziale della richiesta senza compiere una nuova valutazione degli interessi in gioco.²⁰

²⁰ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 01655 del 25 marzo 2013. In tale sentenza i giudici hanno infatti affermato che «qualora la p.a., sulla scorta di una rinnovata istruttoria e sulla

Segue. Un interessante caso pratico che vede collegati i due istituti in questione.

Un altro aspetto che risulta essere molto interessante - sempre in materia di aggiudicazione di una gara d'appalto - è se , in seguito all'impugnazione di una prima aggiudicazione e alla sospensione in via cautelare di tale atto operata dai giudici, l'emanazione di una seconda aggiudicazione, dal contenuto identico al precedente atto, sia da considerarsi atto meramente confermativo o provvedimento confermativo e se l'impugnazione di quest'ultimo atto sia idonea a generare acquiescenza avverso il primo provvedimento.

base di una nuova motivazione, dimostri di voler confermare la volizione espressa in un precedente provvedimento, quello successivo ha valore di atto di conferma, e non di atto meramente confermativo, con la conseguenza che deve essere dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso diretto avverso il provvedimento che, in pendenza del giudizio, sia stato sostituito dal provvedimento di conferma innovativo e dotato di autonoma efficacia lesiva della sfera giuridica del suo destinatario, come tale idoneo a rendere priva di ogni utilità la pronuncia sul ricorso proposto avverso il precedente provvedimento (Cons. St., sez. V, 25.8.2011, n. 4807).

Si ha atto meramente confermativo (c.d. conferma impropria), invece, allorché l'amministrazione, di fronte ad un'istanza di riesame, si limiti a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento, senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione, e dunque senza riaprire i termini per l'impugnazione.

Con la conferma la p.a. entra, diversamente dall'atto meramente confermativo, nel merito di una nuova istanza e, dopo aver riconsiderato i fatti e i motivi prospettati dal richiedente, si esprima in senso negativo con provvedimento autonomamente impugnabile (Cons. St., sez. VI, 11.5.2007, n. 2315).>>.

I giudici sono arrivati alla soluzione di tale questione facendo tesoro dei consolidati principi affermatasi nel tempo in materia di atti confermativi e di acquiescenza.

Il Consiglio di Stato ²¹ ha così stabilito che, la natura di atto meramente confermativo o di provvedimento confermativo, della seconda aggiudicazione dipende dal contenuto dell'attività svolta dall'Amministrazione nell'adozione del nuovo provvedimento dal contenuto identico al precedente. Qualora infatti tale attività fosse basata su una nuova istruttoria si sarebbe in presenza di un provvedimento confermativo, qualora ciò non avvenga di un atto meramente confermativo.

Per quanto riguarda il verificarsi o meno dell'acquiescenza avverso il primo provvedimento i giudici hanno affermato che, l'impugnazione del secondo atto, non comporta un'implicita accettazione delle statuizioni contenute nel precedente provvedimento, ma che al contempo l'effetto preclusivo legato a tale istituto si possa verificare, ai sensi dell'art. 329 c.p.c. , soltanto in presenza di un'espressa dichiarazione o *per facta*

²¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 01655 del 25 marzo 2013.

concludentia, cosa che, come sappiamo, non è possibile che avvenga nel caso in cui la volontà del privato non risulti essere *libera*.²²

²² In questo caso l'impugnazione del secondo provvedimento si manifesta come un atto che il privato deve necessariamente compiere al fine di far valere le proprie pretese.

CAPITOLO VII

CONCLUSIONI FINALI: VALUTAZIONE DEI PROFILI DI CRITICITÀ

I. In vista del mutato rapporto di diritto amministrativo si fa avanti l'esigenza di mutare l'impostazione tradizionale in materia di atti confermativi.

È giunto il momento di tirare le somme del nostro discorso in materia di atti confermativi.

Abbiamo visto come la giurisprudenza sia concorde nel ricondurre il diverso trattamento, tra atto meramente confermativo e provvedimento confermativo, alla volontà dell'Amministrazione e all'attività svolta in concreto dalla stessa in seguito alla presentazione di un'istanza da parte del privato. I giudici sono pertanto uniformemente orientati a non riconoscere l'impugnabilità di un atto meramente confermativo, adottato

dalla p.A. mediante rifiuto pregiudiziale dell'istanza presentata dal privato.

Tale diritto di impugnativa è invece riconosciuto nel caso si sia in presenza di un provvedimento confermativo, emanato dall'Amministrazione in seguito ad una nuova istruttoria ed in seguito ad una riponderazione degli interessi in gioco.

È opinione altrettanto condivisa dalla giurisprudenza che il *potere di conferma* sia manifestazione diretta del *potere di riesame*, espressione di amministrazione attiva, mediante il quale la p.A. decide di *attualizzare*, esercitando nuovamente il potere di cui aveva disposto in precedenza, un assetto di interessi che, già disciplinato con un precedente provvedimento, si manifesti *non più adeguato*.

Abbiamo inoltre evidenziato come, in caso di provvedimenti di secondo grado, la giurisprudenza escluda categoricamente la sussistenza di un obbligo a provvedere in capo all'Amministrazione¹ e come si limiti ad affermare il carattere ampiamente discrezionale del potere di riesame.

Il problema che ci si pone dinnanzi è che la teoria degli atti confermativi nasce alla fine del '800 per ragioni di carattere meramente processuale ed è rimasta sostanzialmente invariata fino ai giorni nostri nonostante il

¹ L'applicazione dell'articolo 2 della legge n. 241/1990 è categoricamente escluso dalla giurisprudenza in quanto il dovere di provvedere anche su un'istanza di riesame sarebbe in forte contraddizione con i principi di certezza del diritto, inoppugnabilità del provvedimento e tutela del legittimo affidamento dei contro-interessati.

rapporto intercorrente tra il soggetto privato e l'Amministrazione sia profondamente mutato rispetto a quel periodo: sappiamo infatti che allora al privato non veniva riconosciuto il diritto di partecipare al provvedimento, egli poteva essere leso da un provvedimento di cui non conosceva l'esistenza e per sopperire a tale mancanza di partecipazione la giurisprudenza era solita ricorrere all'emanazione di un provvedimento confermativo che permetteva al privato, verso cui il primo provvedimento era ormai divenuto inoppugnabile, di impugnare il provvedimento.

È così che, alla luce del mutato rapporto di diritto amministrativo, non appare attuale, e condivisibile, la mancata previsione di un obbligo a provvedere nel caso in cui il privato abbia avanzato una istanza di riesame basata su elementi nuovi rispetto a quelli che avevano portato all'emanazione del primo provvedimento.

Non risulta coerente con l'attuale sistema, in caso di istanza adeguatamente motivata che contenga elementi sopravvenuti, rimettere il destino del privato nelle mani dell'Amministrazione che, anche in presenza delle condizioni che presupporrebbero l'obbligo giuridico di provvedere, potrebbe determinarsi nel senso di emanare un rifiuto pregiudiziale che, come sappiamo, sostanziandosi in un atto meramente confermativo, non è autonomamente impugnabile da parte del privato.

I tempi sono maturi per una *rivoluzione della teoria degli atti confermativi* : per valutare l'impugnabilità o meno di un atto di conferma si pone l'esigenza di spostare l'attenzione dall'attività soggettiva compiuta dall'Amministrazione in seguito alla presentazione di un'istanza di riesame, al contenuto *sostanziale* di tale istanza.

È così che illustre dottrina² - seguendo l'impostazione fornita dalla Corte di Cassazione che in materia tributaria ha affermato << che nel giudizio instaurato contro il mero, ed esplicito, rifiuto di esercizio dell'autotutela può esercitarsi un sindacato nelle forme ammesse sugli atti discrezionali soltanto sulla legittimità del rifiuto, e non sulla fondatezza della pretesa tributaria, sindacato che costituirebbe un'indebita sostituzione del giudice nell'attività amministrativa >>³ - è arrivata ad affermare che dovrebbe essere riconosciuto il diritto a ricorrere avverso un diniego pregiudiziale nel caso in cui tale rifiuto fosse stato illegittimamente prestato dall'Amministrazione.

² Su tutti MAZZAROLLI, J.BERCELLI, P. POZZANI.

³ Cassazione, sezioni unite, 27 marzo 2007, n. 7388; In senso analogo Cassazione n. 11457/2010 e Cassazione n. 16097/2009. : << ne consegue che contro il diniego dell'amministrazione di procedere all'esercizio del potere di autotutela può essere proposta impugnazione soltanto per dedurre eventuali profili di illegittimità del rifiuto e non per contestare la fondatezza della pretesa tributaria Giacchè fuori dalla ridetta situazione, l'atto con il quale l'amministrazione finanziaria manifesta il rifiuto di ritirare in autotutela un atto impositivo divenuto definitivo - stante la relativa discrezionalità - *non è suscettibile di essere impugnato innanzi alle commissioni tributarie*>>.

Conseguenza di una tale impostazione sarebbe il riconoscimento del diritto a ricorrere anche avverso un atto meramente confermativo, cosa che, è bene ricordare, non è mai stata riconosciuta dalla giurisprudenza.

Più si va a fondo della *teoria sugli atti confermativi* più si nota come alla base di tale teoria ci siano delle profondissime contraddizioni.

È inaccettabile infatti, come brillantemente messo in evidenza da G.FALCON ⁴, che l'Amministrazione *diligente*, la quale prima di rispondere negativamente abbia preso in considerazione l'istanza del privato, si debba esporre ad una nuova impugnazione, mentre l'Amministrazione negligente ed *impudente* ⁵ rimanga protetta, traendo così un notevolissimo vantaggio dalla propria inerzia.

Urge , è sin troppo evidente, una riorganizzazione dell'intera disciplina in materia, ma queste esigenze di cambiamento non sono state per nulla colte dalla giurisprudenza.

⁴ G.FALCON, *Questioni sulla validità ed efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*.

⁵ Questo è il termine usato nello specifico da G.FALCON, *Questioni sulla validità ed efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, cit. p. 247.

II. Profili di criticità: l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento alla luce dell'attuale teoria degli atti confermativi. Il tentativo di affermare l'impugnabilità di un atto meramente confermativo adottato in presenza dei presupposti legittimanti l'esercizio di un potere di riesame.

La tensione tra l'effettività della tutela del privato e i principi di certezza del diritto e del legittimo affidamento è alla base di tutta la teoria degli atti confermativi.

Come messo in evidenza da P.POZZANI, in *L'attività amministrativa sostanziale negli atti confermativi*, la Corte di Giustizia europea è da sempre attenta ad assicurare l'applicazione del principio della certezza del diritto e lo ha fatto distinguendo tra obbligo di <<riesaminare la decisione>> e obbligo di <<ritornare sulla decisione>>: soltanto in questo ultimo caso deve prevalere l'esigenza che non vengano lesi i diritti dei terzi in applicazione del principio del legittimo affidamento.⁶

Dall'applicazione diretta dei principi affermati a livello comunitario deriverebbe pertanto che l'obbligo di riesaminare un provvedimento già emanato, divenuto inoppugnabile, sorgerebbe in capo

⁶ Si veda in tal senso, Corte di Giustizia CE, 13-1-2004, causa C453/00, *Kulhne & Heitz*.

all'Amministrazione soltanto nel caso in cui si siano presentate situazioni nuove che non sono già stata esaminate dalla p.A.

Tali principi, però, non sono ancora applicati in modo sistematico dai giudici italiani e ciò ha inevitabilmente comportato che essi, nell'attività comparativa tra il diritto ad una *effettiva tutela giudiziale* del privato e l'applicazione dei principi di *certezza del diritto* e del *legittimo affidamento*, abbiamo privilegiato troppo spesso, se non addirittura sempre, questi ultimi.

Una possibile soluzione per *riportare all'interno della legalità* la teoria degli atti confermativi potrebbe essere quella che, prospettata da autorevole dottrina,⁷ tende a spostare l'attenzione dal *profilo volontaristico* dell'Amministrazione a quello *sostanzialistico*, volto invece ad esaminare il contenuto dell'istanza del privato.

Il rapporto tra privato e amministrazione è mutato, con esso è mutato il processo amministrativo. Non si vede, pertanto, per quale ragione, la giurisprudenza, in caso di un diniego pregiudiziale illegittimamente prestato da parte della p.A. , non debba tutelare il privato che, in seguito ad un mutamento sostanziale delle circostanze, abbia presentato una richiesta di riesame adeguatamente motivata.

⁷ Su tutti G.FALCON, *Questioni sulla validità ed efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo.* ; F. SAITTA, *Per una nozione di atto confermativo compatibile con le esigenze di tutela del cittadino*; L. MAZZAROLLI, *Conferma dell'atto amministrativo*; P.POZZANI, *L'attività amministrativa sostanziale negli atti confermativi.*

Che i provvedimenti di riesame siano espressione di un potere discrezionale è cosa nota ma, come ben sappiamo, discrezionalità non è sinonimo di arbitrio. L'amministrazione deve sempre agire all'interno della legalità e non si vede la ragione per cui al privato non debba essere riconosciuto quantomeno quello che abbiamo definito diritto ad essere presi in considerazione.

1. Il tentativo di estendere l'applicazione del silenzio-rifiuto al caso di rifiuto pregiudiziale emanato in presenza dei requisiti legittimanti l'esercizio del potere di riesame.

Una possibile soluzione al problema potrebbe essere fornita riconoscendo un obbligo a provvedere in capo all'Amministrazione ogni qual volta il privato abbia presentato un'istanza contenente *elementi sopravvenuti astrattamente idonei a determinare un sostanziale mutamento delle circostanze* :⁸ al ricorrere di tali presupposti, al privato verrebbe riconosciuto, sulla base degli articoli 31 e 117 del codice del processo amministrativo, il diritto a ricorrere avverso il silenzio-rifiuto illegittimamente prestato dall'Amministrazione.

⁸ Vedi in tal senso R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento confermativo*; L. MAZZAROLLI, *Conferma dell'atto amministrativo*; J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi*.

L'Europa ha tentato in più di un'occasione di illustrarci il giusto percorso ma ogni indicazione fornitaci in materia è rimasta inascoltata.

Il momento sembra essere propizio per il cambiamento e non possiamo fare altro che augurarci che anche i giudici italiani decidano di superare l'anacronistico orientamento attuale in materia di atti confermativi.

Bibliografia:

- F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli 2006;
- BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958, 1794
- F.BENVENUTI, *Autotutela*(dir. Amm) in Enc.dir., vol IV, Milano,1959, p. 554;
- J. BERCELLI: *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del contro interessato*, Collana del Dipartimento di Scienza Giuridiche di Verona *sezione monografie 5*, in Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012.
- A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli editore, Torino 2012.
- CANNADA BARTOLI, *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, 1962
- E.CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè editore, Milano 2013.
- F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960

- A. CONTIERI: *Il riesame del provvedimento amministrativo, Annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Collana: Problemi attuali di diritto amministrativo, 10, Napoli 1991.
- G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino 2012.
- S. CRISCI: *La conferma dell'atto amministrativo*, Elea Press, 1995
- G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, II ediz., Padova, Cedam, 2009.
- G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, 2003.
- F. FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, Milano 2007.
- F. GAFFURI : *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Giuffrè Editore, Milano 2006.
- M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970.
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè 1970.
- M.S. Giannini ,*Diritto Amministrativo*,3° ed. Milano, Giuffrè,1993.
- M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1939.
- C.GRASSETTI, *Conservazione*, in Enc. Dir., vol IC, Milano, 1961,-
G.GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale*, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2006.
- GUICCIARDI, *recensione a Karl Schmitt*, in Arch. Dir. Pubbl. , 1936.

- IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli 1984.
- LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964.
- R.MARRAMA: *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli 1979.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, vol III, 27 .
- F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano 2001 .
- F. PERSICO, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli 1890.
- P. POZZANI : *L'attività amministrativa sostanziale negli atti amministrativi, Quaderni di Diritto e processo amministrativo, 13*, in Edizioni scientifiche Italiane 2012, Napoli.
- A.M. SANDULLI ne *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè 2003.
- F. SAITTA, *Per una nozione di atto confermativo compatibile con le esigenze di tutela del cittadino, 2003*.
- F.SCIARRETTA, *Appunti di giustizia amministrativa* , Giuffrè editore, Milano 1999.
- F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990.
- F.G.SCOCA, *Diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino 2011.
- F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano ,1974.

- R.VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G.PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO e F.G. SCOCA, Bologna, Monduzzi 2005.
- R.VILLATA M.RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006.
- R.VILLATA, *interesse ad agire*, *Diritto processuale amministrativo*, in enc. Giur. Roma, 1990.

:

Sentenze:

CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA:

- *Corte di Giustizia CE, 13-1-2004, causa C453/00, Kuhne & Heitz.*
- *Corte di Giustizia europea -7/56 Algera.*
- *Corte di Giustizia europea C-42/59 Snupat.*
- *Corte di Giustizia europea C-15/60 Simon.*
- *Corte di Giustizia europea C-14/61 Hoogovens.*

CASSAZIONE:

- *Cassazione, sezioni unite, 27 marzo 2007, n. 7388.*
- *Cassazione, sentenza n. 16097/2009.*
- *Cassazione Sez. Un. Civili , 20 maggio 2010, n. 12339.*

CONSIGLIO DI STATO:

- *Consiglio di Stato, sez. IV, decisione 15 marzo 1901 in Giurisprudenza Italiana, parte III.*
- *Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 633 del 2 settembre 1987.*
- *Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 91 del 16 febbraio 1987.*
- *Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 01655 del 25 marzo 2013.*
- *Consiglio di Stato, sentenza., sez. VI, 11.5.2007, n. 2315.*
- *Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3095 del 17 giugno 2014, in Consiglio di Stato.*
- *Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2710 del 27 maggio 2014.*
- *Consiglio di Stato, sez. IV, 6 agosto 2013, n. 4140.*
- *Consiglio di Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 5966..*
- *Consiglio di Stato sentenza., 25 agosto 2011, n. 4805.*
- *Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del marzo 2014.*
- *Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 30 marzo 1998.*
- *Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1544 del 26 ottobre 1996.*
- *Consiglio di Stato, sez. VI., sentenza n. 5443 del 10 ottobre 2002.*

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI:

- *TAR Lazio, sez. Latina, 22 ottobre 1985, n. 326.*
- *TAR Calabria, sez. Catanzaro, 10 marzo 1989, n. 291.*
- *TAR Emilia Romagna, sez. II, Bologna, 7 novembre 1996 n. 3.*
- *TAR Friuli Venezia Giulia, sentenza n. 833 del 2 dicembre 1997 in foro.it .*
- *TAR Marche, sentenza n. 690 del 14 maggio 1998.*
- *TAR PUGLIA - BARI, SEZ. I - Sentenza 9 maggio 2002 n. 2269.*
- *TAR Puglia, Lecce, sez. II, sentenza n. 4306 del 22 giugno 2004.*
- *T.A.R. Veneto, sez. I, nella sentenza del 28 aprile 2014 n. 543.*

I miei più sentiti ringraziamenti vanno al professore Sergio Perongini per il supporto fornitomi e la disponibilità dimostrata in tutti questi mesi.

Un sentito ringraziamento va ai miei genitori Luigia e Ferdinando, a mio fratello Luigi, a mia nonna Salvatrice, alla mia famiglia tutta per il supporto datomi in tutti questi anni, a Serena , ai miei amici Antonio , Alessandro e Andrea, a Tatiana e la sua famiglia, a tutte le persone a me più vicine e care.