

LORIANO MACCARI

Professore a contratto di Governo del territorio presso il Dipartimento di Giurisprudenza Università di Urbino Carlo Bo

*loriano.maccari@uniurb.it*

## LA DETERMINAZIONE AMMINISTRATIVA NEL PROCESSO

### THE ADMINISTRATIVE DETERMINATION IN THE PROCESS

#### SINTESI

Con la legge c.d. anticorruzione ( ai sensi dell'art. 1 comma 38 della legge 6 novembre 2012 n. 190 e s.m.i.), viene, come noto, introdotta la previsione di un provvedimento amministrativo reso in forma semplificata (previsto dall'art. 2, comma 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i.), dopo che la legge del 21 luglio 2000 n. 205 aveva inserito nel processo amministrativo la forma semplificata della sentenza (prevista oggi all'art. 74 c.p.a.); sicché si propone sotto questo profilo la questione della necessità di una risposta esauriente dell'ordinamento al fenomeno di avvicinamento che intercorre in modo sempre più intenso tra il lessico proprio del processo amministrativo a quello del procedimento amministrativo.

Il presente contributo, dunque, mira ad analizzare alcuni particolari aspetti di queste forme espressive ravvicinate, volti a comprendere, innanzitutto, la discrezionalità che caratterizza la preliminare valutazione dell'istanza da parte della pubblica amministrazione e le conseguenze in ordine ai rimedi processuali esperibili da parte del privato cittadino; di seguito, gli oneri istruttori «preliminari» posti a carico sempre della pubblica amministrazione al fine di individuare la forma adeguata del provvedimento da adottare; sono rilevati inoltre i riflessi che derivano dell'eventuale errore sulla opzione effettuata dalla pubblica amministrazione nella concreta scelta fra l'adozione di un provvedimento in forma semplificata o uno in forma ordinaria ed i conseguenti vizi deducibili in ambito processuale; infine, vengono tracciati gli effetti che l'istituto esplica sulla applicazione della norma processuale di cui all'art. 31 c.p.a.

Si perviene alla conclusione che mentre il processo mantiene una sua fisionomia di efficienza grazie alla previsione di un istituto di semplificazione decisoria, il procedimento non appare alleggerito dalla previsione di un provvedimento reso in forma semplificata, atteso che l'impegno maggiormente gravoso risiede, per la pubblica amministrazione, nel darvi avvio, mentre la redazione di un atto conclusivo incide minimamente in termini di efficienza a seconda che sia reso in modalità estesa o semplificata.

#### ABSTRACT

The anticorruption law (pursuant to the art. 1, par. 38 L. 6th November 2012 n. 190) introduces the prevision of an administrative measure in a simplified form

(provided in the art. 2, par. 1 L. 7th August 1990 n. 241), after the fact that the L. 21st July 2000 n. 205 inserted in the administrative process the simplified form of the judgement.

It is promoted, in this regard, the necessity of a thorough answer of the government to the always most intense phenomenon of the approach between the typical lexicon of the administrative process and the one of the administrative procedure.

This contribution aimed at the analysis of some particular aspects of these approaching expressive forms to understand, first, the discretion characterizing the preliminary evaluation of the petition and the consequences with regard to the procedure reliefs available by the private citizen; second, the preliminary burdens charged to the Public administration to identify the appropriate measure to adopt. Third, it is noticed the complex of the reflexes derived from the potential mistake on the option effectuated by the Public administration during the choice between the adoption of a simplified-form measure or an ordinary-form one, and the consequent faults deducible during the process. In the end, it is traced the complex of the effects that the institution explicates about the application of the procedural rule, referred to in article 31 c.p.a.

On these bases, it is concluded that while the process maintains its physiognomy of efficiency through the prevision of an institution about a decision-making simplification, the procedure does not seem streamlined from the new prevision about the decision-making simplification, because the heaviest charge for the Public administration lies in its launch. On the contrary, the drafting of a concluding act remotely influences with a regard to the efficiency, depending on it is expressed by an extended procedure or by a simplified one.

PAROLE CHIAVE: Decisione amministrativa semplificata, sentenza semplificata, comparazione del procedimento amministrativo e del processo amministrativo.

KEYWORDS: Administrative simplified decision, Administrative simplified judgement, Comparison between Administrative Procedure and administrative process.

INDICE: 1. Il sindacato del Giudice Amministrativo sul provvedimento in forma semplificata – 2. La discrezionalità che caratterizza la preliminare valutazione dell'istanza e le conseguenze in ordine ai rimedi processuali esperibili – 3. La pubblica amministrazione viene gravata di un onere istruttorio «preliminare» al fine di individuare la forma del provvedimento da adottare – 4. I riflessi dell'errore sulla opzione fra provvedimento in forma semplificata e in forma ordinaria sulla individuazione dei vizi deducibili in ambito processuale – 5. Gli effetti della modifica sulla applicazione della norma processuale di cui all'art. 31 c.p.a. – 6. Conclusioni

## **1. Il sindacato del Giudice Amministrativo sul provvedimento in forma semplificata**

L'introduzione ad opera dell'art. 1, comma 38, della l. n. 190/2012, c.d.

legge anticorruzione, del provvedimento in forma semplificata comporta la necessità di una risposta esauriente dell'ordinamento al fenomeno di avvicinamento sempre più intenso del lessico del processo a quello del procedimento<sup>1</sup>.

La terminologia utilizzata dal legislatore è di derivazione processuale e trova collocazione dell'art. 74 del codice del processo amministrativo. Senonché le definizioni processuali e gli apprezzamenti sostanziali, non sono fungibili nel caso concreto, anche in ragione dell'infinito repertorio delle situazioni che possono presentarsi alla porta della pubblica amministrazione. Si tratta di capire se l'intento legislativo possa trovare utile ingresso nel contesto ordinamentale, nel rispetto delle garanzie del procedimento e della efficienza della azione amministrativa. Il presente intervento muove dall'ambizione di offrire un contributo per la una rilettura coordinata del complesso di norme che disciplinano l'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione e la corrispondente tutela processuale nel rispetto del principio di effettività della medesima. Si articolerà secondo gli argomenti indicati qui di seguito: a) la discrezionalità che caratterizza la preliminare valutazione dell'istanza e le conseguenze in ordine ai rimedi processuali esperibili; b) la pubblica amministrazione viene gravata di un onere istruttorio «preliminare» al fine di individuare la forma del provvedimento da adottare; c) i riflessi dell'errore sulla opzione fra provvedimento in forma semplificata e in forma ordinaria sulla individuazione dei vizi deducibili in ambito processuale; d) gli effetti della modifica sulla applicazione della norma processuale di cui all'art. 31 c.p.a.

## **2. La discrezionalità che caratterizza la preliminare valutazione dell'istanza e le conseguenze in ordine ai rimedi processuali esperibili**

All'indomani dell'entrata in vigore della modifica dell'art. 2 della l. 7 agosto 1990 n. 241, con l'integrazione del comma 1 che prevede la conclusione del procedimento amministrativo con provvedimento espresso redatto in forma semplificata, si è posto un primo quesito in ordine alla obbligatorietà generalizzata del procedimento.

---

<sup>1</sup> Il comma 38 dell'art. 1 della legge anticorruzione ha aggiunto il secondo periodo del vigente art. 2 della legge sul procedimento; la disposizione, come è noto, recita: «ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo».

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla conservazione, all'indomani dell'entrata in vigore della novella, della facoltà della p.a. di omettere l'esame di talune richieste di privati e di altri soggetti, che per le loro caratteristiche prospettano elementi di manifesta inammissibilità, tali da renderle inidonee a costituire le condizioni essenziali per l'esercizio obbligatorio del potere pubblico<sup>2</sup>.

Queste sollecitazioni resterebbero fuori dal procedimento, perché inidonee a costituire un rapporto formale con l'amministrazione, tale da determinare l'obbligo di avviarlo.

Ancor più puntualmente il quesito si articola su due orientamenti, che possono così sintetizzarsi:

(i) la modifica dell'art. 2 ha eliminato completamente la possibilità per i soggetti di pubblica amministrazione di omettere qualsiasi forma di procedimento su sollecitazioni atipiche, inidonee a sollecitare l'esercizio legittimo del potere di determinazione, con la conseguenza che hanno diritto ad una risposta anche le manifestazioni prive di senso giuridico e tendenti all'esercizio di un potere già consumato o non compreso in una determinata fattispecie astratta prevista dalla legge;

(ii) la novella lascia inalterata la facoltà della p.a. di deliberare, preliminarmente, fuori dal procedimento, la natura della sollecitazione, per assumere una determinazione in ordine alla necessità di aprire un procedimento amministrativo.

Come già anticipato, il confronto su questi argomenti, molto appassio-

---

<sup>2</sup> La giurisprudenza ha avuto modo di affermare che «l'obbligo di provvedere a carico dell'amministrazione (e simmetricamente la legittimazione al ricorso della parte che agisce in giudizio) non si configura: I) in presenza di istanze illegali, emulative, manifestamente infondate o inammissibili (adesso ex art. 2, co 1, l. n. 241 cit.); II) a fronte di provvedimenti inoppugnabili o in relazione ai quali si solleciti l'esercizio dell'autotutela; III) in presenza di tutte le ipotesi di silenzio significativo (nelle quali l'omissione è legalmente equiparata ad un provvedimento espresso); IV) se l'ordinamento qualifica il termine entro cui deve essere adottato il provvedimento come perentorio; in tal caso, infatti, la sanzione è quella della perdita irrimediabile del potere di esercitare la funzione pubblica da parte dell'autorità rimasta inerte, circostanza questa che impedisce in radice l'esercizio dell'azione ex art. 117 c.p.a. anche per evitarne un (ab)uso strumentale ed elusivo dell'avvenuta estinzione del potere» (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 273; nello stesso senso cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5628; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 3 novembre 2015, n. 12400).

In senso contrario Tar Lombardia, Milano, Sez. II, 4 giugno 2014, n. 1412, che afferma l'obbligo il dovere di provvedere con atto espresso «anche a fronte di istanze del tutto *abnormi*». Questo ulteriore onere per le amministrazioni sarebbe bilanciato dalla attenuazione dell'obbligo di motivazione.

nante, si è sviluppato con risultati conclusivi spesso divergenti sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale<sup>3</sup>.

La soluzione al quesito si risolve in realtà nella affermazione o nel diniego dell'obbligo di provvedere, con evidenti ripercussioni di carattere processuale e sostanziale<sup>4</sup>.

Se si accede alla prima soluzione, in ambito processuale la risposta è notevolmente semplificata, perché la generalizzata affermazione di un obbligo di provvedere conduce ad un confronto, sul provvedimento, che si articolerà sui vizi in concreto deducibili nelle singole fattispecie in esame, anche in relazione al tipo di giurisdizione che viene in rilievo (generale di legittimità o esclusiva).

Se, invece, si accede alla seconda soluzione, il repertorio delle possibilità deve intendersi notevolmente ampliato, perché comprende tutte le ipotesi nelle quali la pubblica amministrazione abbia errato nella valutazione preliminare, pervenendo, di fatto, ad un silenzio, che può essere qualificato come inadempimento a fronte dell'obbligo di provvedere. L'art. 6, lett. a), della l. n. 241/1990 (secondo cui «il responsabile del procedimento: a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento») non viene in soccorso, perché presuppone l'apertura del procedimento, entro il quale si colloca.

Si apre dunque la strada alla tutela di cui agli artt. 31, comma 1, e 117 del c.p.a. Colui che ha sollecitato l'esercizio di un potere della pubblica amministrazione, illegittimamente non esercitato, potrà invocare il silenzio inadempimento

---

<sup>3</sup> In dottrina, un approfondito studio è stato offerto da M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate*, in *Dir. Amm.*, 2010, p. 103 ss. L'Autore offre uno spaccato della vicenda puntualmente ragionato mettendo in rilievo la distonia tra l'esperienza del procedimento amministrativo e l'esperienza del processo e conclusivamente la necessità di una soluzione che non vada a pregiudicare la posizione del cittadino, valorizzando la centralità del procedimento, l'obbligo della motivazione e il principio del contraddittorio: «teorizzare l'insussistenza dell'obbligo di avviare e concludere un procedimento amministrativo a fronte di domanda che la p.a. ritenga *a priori*, prima e fuori del procedimento, inammissibili o manifestamente infondate, significa annullare il principio di trasparenza senza con ciò garantire un livello apprezzabile del principio di economicità; - viceversa, affermare l'obbligo di provvedere della p.a. anche su domanda che essa presuma inaccoglibili significa tutelare il principio di trasparenza senza annullare il principio di economicità, il quale è sufficientemente garantito nella prospettiva del bilancio tra costi (oneri, non elevati, in sede procedimentale) e benefici (risparmi di spesa, in sede processuale, per deflazione del contenzioso o per neutralizzazione dei relativi oneri)» (la citazione è tratta dalle pp. 165-166).

<sup>4</sup> Perplexità in ordine alla utilità del provvedimento in forma semplificata sono state subito espresse anche da A. CLINI, in Atti del VII Convegno di Urbino, 21-22/11/2013 (dattiloscritto gentilmente concesso dall'Autore): «indugiare sulla questione dell'utilità o meno di tale provvedimento appare tuttavia un esercizio poco fecondo; più opportuno sembra invece investigare sui risvolti che di aprono sull'adozione non ponderata dell'atto». In questa prospettiva, quasi in modo complementare, interviene il diritto processuale.

e quindi chiedere una pronuncia del Giudice amministrativo tendente ad affermare l'obbligo di provvedere. La fondatezza della pretesa potrà essere affermata dal Giudice, in questi casi, solo se si tratta di attività vincolata, perché l'istruttoria provvedimento non è stata avviata e non è dunque possibile stabilire se residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità o siano necessari adempimenti istruttori che debbono essere compiuti dall'amministrazione.

Ai sensi dell'art. 30 c.p.a. l'azione potrà essere congiunta con la domanda risarcitoria e quindi questo errore, preliminare, assume un carattere di gravità importante, perché espone le pubbliche amministrazioni – ed i soggetti privati preposti all'esercizio delle attività amministrative – al risarcimento del danno cagionato in conseguenza della inosservanza dolosa o colposa dell'obbligo di conclusione del procedimento. Il Giudice amministrativo sui ricorsi avverso il silenzio provvede con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 117, comma 2, c.p.a.

Trova altresì applicazione l'indennizzo per il mero ritardo di cui al comma 1-*bis* dell'art. 2-*bis* della medesima legge «in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi».

Quest'ultimo inciso sembra affrancare la permanenza nell'ordinamento giuridico della distinzione fra domande che determinano o meno l'obbligo di provvedere.

Per completare l'esame delle conseguenze della violazione dell'obbligo di provvedere è opportuno ricordare che, ai sensi del comma 9 dell'art. 2, «la mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente».

### **3. La pubblica amministrazione viene gravata di un onere istruttorio «preliminare» al fine di individuare la forma del provvedimento da adottare**

Una volta superata la fase commentata nel punto precedente, nel senso di ritenere necessaria l'apertura di un procedimento amministrativo, il funzionario deve individuare, alla luce delle risultanze acquisite, od offerte dal richiedente, il tipo di provvedimento da adottare (in forma ordinaria o semplificata).

Si tratta di una scelta impegnativa e non esente da conseguenze ulteriori, perché idonea a sollecitare iniziative giurisdizionali, anche in forma risarcitoria ed indennitaria.

Il provvedimento in forma semplificata si appoggia, come afferma il testo della disposizione, «*al punto di fatto e di diritto ritenuto risolutivo*» non necessariamente di merito, in quanto la norma evoca le categorie della irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza precedute dall'aggettivo «*manifesta*», che alludono, di regola, rispettivamente all'elemento temporale, alla titolarità delle situazioni giuridiche, o della loro protezione nell'ordinamento giuridico, al verificarsi di preclusioni e decadenze. Vengono dunque trascurati nella determinazione amministrativa i profili ritenuti secondari, che hanno lasciato il passo all'argomento dirimente.

È indubbio che un provvedimento così motivato prospetta le sue fragilità di fronte ad una impugnazione giurisdizionale, ove si consideri l'ipotesi in cui l'unico motivo a sostegno del diniego espresso in forma semplificata venga ritenuto infondato. In questo caso, la pronuncia giurisdizionale lo travolgerà, stante l'inesistenza, nel suo apparato motivazionale, di ulteriori ragioni idonee a sostenerlo.

Ad oggi, la giurisprudenza amministrativa è attestata sulla impossibilità di pronunciare l'annullamento giurisdizionale di un provvedimento plurimotivato, qualora all'esito del giudizio si sia accertata la fondatezza anche di un solo motivo<sup>5</sup>.

Le conseguenze della scelta preliminare si prospettano ancora più gravi, valutando complessivamente la vicenda, anche in punto di spese processuali, di responsabilità contabile e di valutazione delle *performance* del funzionario.

Viene allora da interrogarsi sulla ponderazione di una simile scelta legislativa alla luce della comparazione fra i vantaggi della semplificazione e la consistenza delle conseguenze successive, soprattutto se valutate in termini di legalità dell'azione amministrativa, come valore in sé, a prescindere dalle impugnazioni che vengano proposte<sup>6</sup>.

Il legislatore ha innestato la riforma, nel sistema vigente, integrando il comma 2 dell'art. 2 della l. n. 241/1990, senza dire nulla sulla necessità o meno

---

<sup>5</sup> Ad es., Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 maggio 2013, n. 2409.

<sup>6</sup> Notevoli perplessità sono state espresse anche da R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale ha affermato che «per tentare di dare al testo di legge una interpretazione sistematica coerente con il richiamato indirizzo giurisprudenziale escludente l'obbligo di provvedere a fronte di istanze manifestamente infondate, la previsione normativa potrebbe essere anche intesa nel senso che l'atto riportante sinteticamente il motivo per il quale l'amministrazione ha ritenuto non sussistere nel caso di specie l'obbligo di procedere e di provvedere debba essere adottato in esito al procedimento preliminare, in cui l'amministrazione valuta e decide se procedere o meno e che costituisce di solito un atto interno».

del procedimento, con la evidente conseguenza che il risparmio di attività si manifesta scarsamente apprezzabile ed è riassumibile nella differenza fra l'impegno occorrente per la redazione di un provvedimento adeguatamente motivato, ai sensi dell'art. 3 della medesima legge, e quello in forma semplificata.

Lo sforzo della dottrina è stato profondo e sistematico, ed alla luce di esso, non è tuttavia emerso un concreto e condiviso vantaggio in termini di efficienza e di semplificazione dell'azione amministrativa<sup>7</sup>.

Pacatamente si può rilevare che il legislatore, con l'introduzione della novella provvedimentale, in realtà ha ottenuto, semplicemente, una attenuazione dell'onere della motivazione, di fronte a quelle situazioni che prospettino elementi dirimenti tali da giustificare una graduazione dell'ordine di esame delle questioni, che consente di fermarsi a quella che appare la più risolutiva.

Viene quindi da domandarsi se un simile correttivo, che tende a depotenziare il conclamato obbligo della motivazione previsto dall'art. 3, non potesse trovare più felice collocazione alla fine di questa disposizione. Ciò avrebbe consentito, e forse reso necessaria, la espressione nella motivazione semplificata delle ragioni che militano verso una soluzione sbrigativa, del resto in parte già contemplata dalla stessa disposizione al comma 3: «Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere reso disponibile a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama».

Quindi l'oggetto della determinazione preliminare dell'amministrazione si manifesta carico di significati e di responsabilità e finisce per rendere il provvedimento in forma semplificata una specie rara, di scarsa applicazione, perché inidoneo a vincere il confronto fra i vantaggi conseguibili ed i rischi da assumere.

#### **4. I riflessi dell'errore sulla opzione fra provvedimento in forma semplificata e in forma ordinaria sulla individuazione dei vizi deducibili in ambito processuale**

In primo luogo si deve osservare che la tutela giurisdizionale nei confronti del provvedimento adottato in forma semplificata, trattandosi pur sempre di una espressione positiva, non può prescindere dall'azione di annullamento di cui all'art. 29 codice del processo amministrativo.

Le altre domande, proponibili congiuntamente, ai sensi degli artt. 32 e 34,

---

<sup>7</sup> Si richiamano, per le diverse opinioni, le osservazioni di M. MONTEDURO, *op. cit.*; A. CLINI, *op. cit.*, nonché M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi.it*, ottobre 2014.

comma 1, dello stesso testo, presuppongono la rimozione del provvedimento, all'esito di uno scrutinio giurisdizionale sulla sua legittimità.

Il provvedimento adottato, erroneamente, in forma semplificata, potrebbe esporsi alle censure di eccesso di potere per errata valutazione del rapporto di proporzione fra la fattispecie concreta e quella astratta, violazione dell'obbligo di provvedere con le forme ordinarie, e difetto di motivazione.

Dovrebbe venire in rilievo, preliminarmente, la conformità alla legge della opzione in ordine alla forma semplificata. In questo senso sarà deducibile il vizio di eccesso di potere per l'irragionevolezza della sussunzione della fattispecie concreta nella previsione di cui all'art. 2 della l. n. 241/90, nonché la violazione di quest'ultima disposizione di legge *ex se*.

Il ricorrente, titolare dell'istanza disattesa con una delle forme previste dalla legge, irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità e infondatezza, potrebbe organizzare i motivi della propria impugnazione, deducendo che il provvedimento in forma semplificata è il prodotto di una istruttoria carente e superficiale che, se correttamente svolta, avrebbe consentito di verificare la configurabilità dell'obbligo di provvedere e in taluni casi anche la fondatezza della pretesa.

Sono dunque deducibili, nell'ambito di una iniziativa giurisdizionale per l'annullamento di un provvedimento in forma semplificata, tutti i vizi tipici elaborati dalla giurisprudenza e richiamati nell'art. 21-*octies* della L. n° 241/90 (incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge) con particolare esaltazione del difetto di motivazione, posto che quella adottata potrebbe essere ritenuta incongruente, insufficiente, senza possibilità di recuperare la determinazione amministrativa ricorrendo ad altri supporti giuridici, non apprezzati dall'amministrazione, anche se emersi nel procedimento.

Quindi in conclusione il provvedimento in forma semplificata si prospetta maggiormente esposto alle censure, non solo dei soggetti privati, ma anche della magistratura contabile, perché tende a trascurare gli aspetti più marginali della ponderazione che potrebbero contenere gli elementi giustificativi della determinazione.

Una valutazione specifica, ormai non definibile originale, deve essere riservata ai provvedimenti vincolati, o qualora sia palese che il contenuto dispo-

tivo del provvedimento «non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» ai sensi dell'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990<sup>8</sup>.

Le pubbliche amministrazioni di fronte alle iniziative giurisdizionali dei privati potrebbero dedurre in via riconvenzionale la natura vincolata dal provvedimento e la conseguente irrilevanza, ai fini dell'annullamento, delle violazioni delle norme procedimentali. Così facendo il sindacato del Giudice amministrativo tende patologicamente a spostarsi ancor di più sul rapporto ed a sottrarre al procedimento buona parte delle valutazioni che spetterebbero, in primo luogo, all'amministrazione.

Alla medesima conclusione si perviene per quanto riguarda i provvedimenti discrezionali, ai sensi della seconda parte della predetta norma ed, in ogni caso, la valutazione verrebbe sottratta all'amministrazione e sottoposta al Giudice.

### **5. Gli effetti della modifica sulla applicazione della norma processuale di cui all'art. 31 c.p.a.**

Alla conclusione della fase preliminare, nella ipotesi in cui la p.a. abbia deciso di non aprire il procedimento, ritenendo l'iniziativa del privato inidonea a determinarne l'avvio, potrebbe aprirsi la prospettiva di un'azione sul silenzio per far dichiarare, in giudizio, l'obbligo di procedere e quindi di provvedere. Congiuntamente potrebbe essere proposta anche la domanda risarcitoria fondata sul comportamento illegittimamente inerte dell'amministrazione, apprezzabile anche ai sensi dell'art. 2-*bis*, commi 1 e 1-*bis*.

Con riferimento a questo segmento temporale, l'ingresso della norma lascia inalterato il precedente assetto ordinamentale, perché l'ipotesi del silenzio-inadempimento poteva verificarsi in ugual misura anche prima della riforma, che a ben vedere non sembra aver ampliato il perimetro dell'obbligo di provvedere<sup>9</sup>.

Occorre ora individuare le forme di tutela più adeguate per eliminare gli effetti negativi di un provvedimento illegittimo redatto in forma semplificata.

Il soggetto, al fine di conseguire il bene della vita al quale ritiene di aver diritto, dovrà, in ogni caso, rimuovere il provvedimento, dimostrando in giudizio che le declaratorie «di rito» simili a quelle di cui all'art. 35 c.p.a. sono errate.

---

<sup>8</sup> «Ai sensi dell'art. 21-*octies* l. 7 agosto 1990 n. 241, non è annullabile il provvedimento pur affetto da violazione di norme sul procedimento, sulla forma, quando per la sua natura vincolata sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso» (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 ottobre 2012, n. 5504).

<sup>9</sup> Sul punto si richiama la giurisprudenza citata alla nota 2.

La nuova norma non contiene una definizione giuridica della istanza irricevibile, improcedibile ed inammissibile, ed occorre pertanto fare riferimento alle categorie processualistiche.

In questa prospettiva, una istanza è irricevibile se presentata oltre il termine perentorio previsto dalla legge o da un atto amministrativo.

È inammissibile, se proposta da un soggetto privo della titolarità di un interesse specifico e qualificato al momento della presentazione.

È improcedibile, se tale carenza sopravviene nel corso del procedimento.

È infondata, se la pretesa fatta valere non trova protezione nell'ordinamento giuridico.

Nelle prime tre ipotesi il Giudice adito ai sensi degli artt. 29 e 34, comma 1, c.p.a., «nei limiti della domanda», si pronuncerà sulla legittimità del provvedimento negativo e sull'obbligo di provvedere. Qualora ritenga illegittima la declaratoria, di rito, adottata dalla p.a., la annullerà e dichiarerà l'obbligo dell'amministrazione di aprire il procedimento, limitando il suo sindacato alle questioni attinenti all'accesso al medesimo, unico luogo nel quale possono essere naturalmente svolte le valutazioni in ordine alla fondatezza della domanda.

Tale conclusione appare sufficientemente ragionevole, perché il Giudice amministrativo è chiamato sostanzialmente a rimuovere l'ostacolo frapposto dall'amministrazione all'esame dell'istanza, che è compreso nella sua competenza esclusiva.

In conclusione, nei tre casi che precedono, il Giudice amministrativo si pronuncerà ai sensi degli artt. 29, 31, comma 1, e 34, comma 1, c.p.a., quindi annullando il provvedimento negativo, se ritenuto illegittimo, e dichiarando l'obbligo dell'amministrazione di provvedere.

In caso di dichiarata infondatezza, nel merito dell'istanza, il Giudice si pronuncerà analogamente: tuttavia, se ricorrono i presupposti di cui al comma 3 dell'art. 31 potrà conoscere della fondatezza della pretesa.

## **6. Conclusioni**

Lo sforzo del legislatore è indubbiamente apprezzabile; tuttavia, l'eccessiva disinvoltura nella formulazione della disposizione introdotta nel comma 2 dell'art. 2 della l. n. 241/1990 la rende di scarsa utilità, anche considerando che essa non prevede l'eliminazione del procedimento, che rappresenta in termini di impegno temporale la fase più onerosa.

Una volta compiuta l'istruttoria, la differenza in termini di tempo fra la

redazione di un provvedimento definibile come ordinario e uno in forma semplificata, non giustifica l'assunzione dei rischi sinteticamente descritti nei punti che precedono.

Si può infine affermare che il codice del processo amministrativo dimostra la sua efficienza anche per le forme di tutela esperibili a fronte della nuova fattispecie provvedimentale.