

MASSIMILIANO BELLAVISTA  
Professore associato presso il DISPI dell'Università di Siena  
*massimiliano.bellavista@unisi.it*

**LA TRATTAZIONE NELLA PROCEDURA  
AMMINISTRATIVA: UN CONFRONTO FRA IL MODELLO  
ITALIANO, QUELLO AUSTRIACO E QUELLO SPAGNOLO**

**THE HEARING PHASE IN ADMINISTRATIVE PROCEDURE: A  
COMPARATIVE ANALYSIS OF THE ITALIAN, AUSTRIAN, AND  
SPANISH MODELS**

SINTESI

Nel saggio si indaga la possibilità di traslare, nell'ambito del diritto amministrativo sostanziale procedurale, categorie tradizionalmente proprie della giurisdizione, con particolare riguardo alla nozione di *trattazione*. Muovendo dalla "circolarità" della categoria *processo*, l'analisi distingue tra processo come concetto, come categoria e come modello, mostrando come la processualità possa oltrepassare l'ambito giurisdizionale e funzionare quale forma generale della decisione giuridica. Su questa base, il procedimento amministrativo a domanda di parte viene ricostruito come processo sostanziale, nel quale la trattazione non si esaurisce nell'istruzione, ma struttura il confronto e concorre alla delimitazione progressiva dell'oggetto della decisione. Si analizza la formazione progressiva del *thema disputandum*, del *thema probandum* e, per il loro tramite, del *thema decidendum*, mettendo in luce il ruolo della domanda nella definizione originaria dell'oggetto e l'incidenza della partecipazione delle parti interessate sulla sua rimodulazione. Ne deriva che la progressività non può tradursi in indeterminatezza permanente: la stabilizzazione dell'oggetto presuppone regole di concentrazione e preclusione. In tale prospettiva, si individua una tipologia delle preclusioni (costitutive e funzionali nel silenzio; istruttorie nelle scansioni interne; partecipative nella fase dialettica) e se ne verifica l'operatività nei modelli italiano, spagnolo e austriaco. Particolare attenzione è dedicata, nel sistema italiano, all'art. 10-bis l. 241/1990, letto come meccanismo di non contestazione procedimentale: la contestazione dei motivi ostativi vincola definitivamente l'amministrazione, mentre l'inerzia della parte interessata produ-

ce effetti sul piano sostanziale interno, senza precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale. La comparazione mostra che la diversa tecnica normativa (più sintetica in Italia, più formalizzata in Spagna e Austria) non incide sulla funzione ordinante della trattazione, ma ne modula il grado di visibilità e la rigidità delle soglie di chiusura. Ne consegue una ricostruzione della trattazione quale dimensione strutturale del procedimento, necessaria a garantire la razionalità del processo sostanziale e la definizione del regolamento concreto di interessi.

ABSTRACT

The essay analyzes the gradual formation of the *thema disputandum*, the *thema probandum*, and—through them—the *thema decidendum*, highlighting the role of the application in defining the original scope of the proceeding and the impact of the participation of interested parties on its subsequent reshaping. It follows that gradual development cannot amount to permanent indeterminacy: the stabilization of the object presupposes rules of concentration and preclusion. From this perspective, a typology of preclusions is identified—constitutive and functional in cases of administrative silence; evidentiary in internal procedural stages; participatory in the dialectical phase—and its operation is tested in the Italian, Spanish, and Austrian systems. Particular attention is devoted, within the Italian framework, to Article 10-bis of Law No. 241/1990, interpreted as a mechanism of procedural non-contestation: the communication of adverse grounds definitively binds the administration, while the inertia of the interested party produces effects at the internal substantive level, without precluding access to judicial review. The comparative analysis shows that differences in legislative technique (more synthetic in Italy, more formalized in Spain and Austria) do not affect the ordering function of *trattazione*, but rather modulate its degree of visibility and the rigidity of its closing thresholds. The essay thus reconstructs *trattazione* as a structural dimension of administrative proceedings, necessary to ensure the rationality of the substantive process and the definition of the concrete regulation of interests.

PAROLE CHIAVE: procedura amministrativa; trattazione; concentrazione; preclusioni; decisione.

KEYWORDS: Administrative Procedure; Hearing phase; Concentration; Preclusion; Decision.

INDICE: 1. Premessa: sulla possibilità di identificare il momento di trattazione nell'ambito de procedimento amministrativo – 2. La trattazione nella formazione del *thema disputandum* e del *thema decidendum*. – 3. La trattazione nella formazione del *thema probandum* – 4. Prime considerazioni di sintesi – 5. 5. La disciplina della trattazione attraverso le categorie di *concentrazione* e di *preclusione* – 6. La concentrazione della trattazione nei modelli presi in considerazione – 7. Ulteriori considerazioni di sintesi – 8. Le preclusioni con riguardo al silenzio significativo – 9. Le preclusioni con riguardo all'obbligo di contestazione – 10. Conclusioni.

## 1. Premessa: sulla possibilità di identificare il momento di trattazione nell'ambito de procedimento amministrativo

Nel momento in cui ci si propone di discutere, nell'ambito del diritto amministrativo sostanziale procedurale di concetti, come quello di *trattazione*<sup>1</sup>, propri della giurisdizione, è necessario porsi la domanda essi possano oppure no essere traslati, e a quali condizioni, nell'amministrazione per il tramite della circolarità della categoria *processo*.

Si può discutere se col lemma *processo* funzionalmente (ovvero oltre l'ambito delle accezioni della parola) si possa indicare solo un concetto oppure, anche, una categoria.

Se per *concetto* s'intende una rappresentazione mentale che coglie le caratteristiche essenziali di qualcosa, con lo scopo di classificare e comunicare l'oggetto della rappresentazione; e per *categoria* s'intende un concetto di massimo grado di generalità che non serve solo a fini classificatori, ma il cui scopo è quello di strutturare sia l'esperienza sia il pensiero stesso, la risposta al quesito risulta essere agevole.

Il *processo*, pertanto, può essere tanto un concetto, quanto una categoria; la differenza risiede nel ruolo che esso recita all'interno di una determinata narrazione.

Se questa è orientata a rendere pensabile la realtà ossia a stabilire le condizioni di intellegibilità di determinati fenomeni giuridici, il *processo* deve essere inteso come una *categoria*<sup>2</sup>. Se, invece, la stessa è disposta descrivere e definire un fenomeno, il *processo* assume il ruolo di *concetto*.

---

1 Sul concetto di trattazione nel processo civile, si veda per tutti, S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova Cedam, 2000, p. 300 ss.

2 Sul *processo* come categoria generale che va oltre il margine della giurisdizione si veda per tutti E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Padova, Cedam, 1996, p. 70 ss.

Oltre ciò, là dove siffatto lemma sia frutto di un'elaborazione teorica semplificata, con il solo scopo di spiegare e prevedere il funzionamento di una parte della realtà giuridica, esso è un *modello*.

Per essere maggiormente chiari: la categoria e il concetto dominano il piano delle astrazioni, mentre il modello è proprio di quello empirico. In questo senso, la dottrina processualciviltistica, già nel secolo scorso, ha dimostrato, in maniera difficilmente contestabile, che il processo può essere inteso, sia come concetto sia come categoria (sul piano astratto) e sia come modello (su quello empirico<sup>3</sup>).

Se, però, tale parola in senso giuridico assume il ruolo di categoria (ma anche quello di modello, a livello empirico), la qualcosa dimostra che il processo nella suddetta veste (o nelle suesposte vesti) travalica lo storico ambito della giurisdizione, per abbracciare, pure, quello dell'amministrazione<sup>4</sup>.

Si può infatti discutere se il processo, funzionalmente considerato – ossia oltre le sedimentazioni storiche e le accezioni descrittive del termine – designi un concetto ovvero una categoria. Se per concetto deve intendersi una rappresentazione che consente di classificare e definire un determinato istituto, per categoria deve intendersi un concetto di massimo grado di generalità, idoneo non soltanto a descrivere la realtà, ma a strutturarla, ponendosi quale condizione di intelligibilità di una pluralità di fenomeni giuridici. Ove poi tale elaborazione venga utilizzata per spiegare il funzionamento concreto di un determinato assetto normativo, essa assume il ruolo di modello, collocandosi sul piano empirico.

---

3 Cfr. E. FAZZALARI, *Ibidem*.

4 Cfr. G. BERTI, *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, pp. 80 ss.; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA. VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 779 ss.; G. PASTORI, *Introduzione*, in *La procedura amministrativa*, Milano, Neri Pozza, 1964, p. 95 ss.; L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss.; 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.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo – convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 34 ss.; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 31 ss.; M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss. (e bibliografia ivi citata); ID., *Il rito sostanziale amministrativo*, Padova, Cedam, 2012.

In questa prospettiva, la dottrina ha da tempo evidenziato che la processualità non si esaurisce nella dimensione giurisdizionale, potendo assumere il significato di forma generale della decisione giuridica. Non è questa la sede per ripercorrere analiticamente tale dibattito, già ampiamente sviluppato; ciò che qui interessa è verificare se, sul piano della disciplina positiva del procedimento amministrativo, sia dato rinvenire una struttura di trattazione riconducibile, in senso categoriale, al paradigma processuale.

La questione assume rilievo sistematico se si considera che l'esercizio della funzione amministrativa non si risolve nell'applicazione meccanica di un interesse pubblico previamente determinato in astratto, ma implica la formazione, attraverso il procedimento, di un regolamento concreto di interessi. Se così è, occorre domandarsi se tale formazione non presupponga, a sua volta, regole di trattazione, di delimitazione dell'oggetto della decisione e di selezione dei fatti rilevanti, analoghe – pur nella diversità strutturale tra amministrazione e giurisdizione – a quelle che connotano il processo.

Se, tuttavia, il processo non è soltanto concetto descrittivo né mera categoria astratta, ma anche modello idoneo a spiegare il funzionamento concreto di determinate strutture decisionali, la risposta al quesito iniziale deve ritenersi affermativa.

In tale prospettiva, non solo la categoria del processo, ma anche l'istituto della trattazione – e non quello, più ristretto, della semplice istruzione – può essere utilmente applicato al procedimento amministrativo. La nozione di istruzione, infatti, evoca una fase meramente acquisitiva, orientata alla raccolta degli elementi fattuali necessari alla decisione; essa non è in grado di rendere conto di fenomeni procedurali nei quali ciò che viene in rilievo non è soltanto l'accertamento dei fatti, ma la loro delimitazione, contestazione, stabilizzazione e valutazione dialettica.

Proprio sotto questo profilo si rivela l'insufficienza della categoria dell'istruzione a spiegare istituti che trovano fondamento nel principio del giusto procedimento, primo fra tutti il contraddittorio. Quest'ultimo non si esaurisce in un momento collaborativo o informativo, ma presuppone una struttura di confronto che incide sull'oggetto della decisione e sui fatti rilevanti, contribuendo alla formazione del regolamento concreto di interessi.

Se così è, la trattazione non costituisce un elemento accidentale o meramente descrittivo del procedimento, bensì una dimensione strutturale della funzione amministrativa, la cui rilevanza emerge ogniqualvolta l'attività decisoria si articola secondo regole di partecipazione, delimitazione e composizione degli interessi coinvolti.

Occorre, tuttavia, introdurre una distinzione ulteriore. La trattazione può presentarsi in forma destrutturata ovvero in forma strutturata: è destrutturata quando l'attività di confronto e di acquisizione degli elementi rilevanti si svolge senza scansioni rigide, senza termini preclusivi e senza un ordine normativamente imposto nella delimitazione progressiva dell'oggetto della decisione: è, invece, strutturata quando essa è organizzata secondo principi di concentrazione e di preclusione, ossia quando l'ordinamento impone momenti determinati entro i quali le parti devono introdurre deduzioni, fatti e osservazioni, stabilizzando progressivamente il contenuto della decisione finale.

La distinzione non è meramente descrittiva, ma assume rilievo sistematico. Nei modelli di procedimento amministrativo austriaco<sup>5</sup> e spagnolo<sup>6</sup>, la trattazio-

---

<sup>5</sup> Sul procedimeto austriaco, si veda A. FERRARI ZUMBINI, *Alle origini delle leggi sul procedimeto amministrativo: il modello austriaco*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; ID., *le radici e la diffusione della legge austriaca sul procedimento amministrativo del 1925: due legal transfers dimenticati*, in questo numero della rivista; E. SCHULEV STEINDL, *Verwaltungsverfahren*, VI Auf., Wien, Verlag, 2018, p. 55 ss.; D. KOLONOVITS, G. MUZAK, K. STÖGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, XI Auf., Wien, Manz, 2019; R. WALTER, R. THIENEL, *Verwaltungsverfahren*, Wien, Manz, 2004, p. 40 ss.; K. RINGHOFER, *Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze*, Wien, Manz, 1978, p. 25 ss.

<sup>6</sup> Sul procedimento spagnolo, si veda L. MEDINA ALCOZ, *La cultura del procedimento amministrativo: origini e ragioni di fondo*, in questo numero della rivista, ove l'autore dimostra che, già prima della costruzione giurisprudenziale del procedimento amministrativo austriaco (avvenuta nell'ultimo ventennio del secolo diciannovesimo), in Spagna non solo si studiava e si ricostruiva concettualmente la procedura amministrativa (senza particolari forme di precomprensione, date da errate e sovrabbondanti costruzioni del principio della separazione dei poteri: su questo tema si veda M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, nel secondo numero di questa rivista del 2018, p. 47 ss.), ma si provvedeva a disciplinarla normativamente. Per un inquadramento storico completo, si veda dello stesso autore *Historia del Derecho Administrativo Español*, Madrid, Marcial Pons, 2022; E. GARCIA DE ENTERRIA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, XIV ed., v. II, Thomson Reuters, 2015, p. 444 ss.; AA. VV., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector público*, t. I e II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017; 17III ed., v. II, Madrid, Iustel, 2015, p. 25 ss.

ne si presenta in forma esplicitamente strutturata: la disciplina positiva prevede regole analitiche in ordine alla fase istruttoria, ai mezzi di prova, ai termini e agli effetti preclusivi della loro inosservanza; delineando con chiarezza il progressivo consolidarsi dell'oggetto della decisione.

Il modello italiano, per contro, appare a prima vista caratterizzato da una trattazione destrutturata, perché meno dettagliatamente regolata sotto il profilo probatorio e preclusivo.

Tuttavia, tale impressione è solo parziale: più che destrutturata, la trattazione nel sistema della legge n. 241 del 1990 risulta meno analiticamente disciplinata, ma non per questo priva di regole di concentrazione e di stabilizzazione.

## **2. La trattazione nella formazione del *thema disputandum* e del *thema decidendum*.**

Se si circoscrive l'analisi ai procedimenti avviati a domanda della parte interessata, occorre anzitutto chiarire che, nonostante la legge n. 241 del 1990 utilizzi talora i lemmi "istanza" e "domanda" in modo non sempre rigorosamente differenziato (si pensi agli artt. 2 e 10*bis*), l'oggetto del procedimento è in realtà definito dalla domanda<sup>7</sup>; è la parte interessata che determina il contenuto dell'intervento richiesto e, dunque, il perimetro originario del *thema disputandum*.

L'amministrazione è tenuta a pronunciarsi sull'intera domanda; non può omettere di considerare un segmento di essa, né può pronunciarsi su oggetti che ne siano estranei; opera, anche in sede procedimentale, un principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, che trova il proprio fondamento non in un meccanico trapianto del modello processuale, ma nella struttura stessa del procedimento a iniziativa di parte.

Il *thema disputandum*, tuttavia, non è immutabile; esso può essere modificato, ampliato o ridefinito solo per effetto dell'ingresso di ulteriori parti interessate. Ciò accade, in primo luogo, con riguardo ai controinteressati qualificati destinatari della comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7; ma può accadere anche in relazione ai soggetti che intervengono volontariamente ai sensi

---

<sup>7</sup> Questo punto è chiarito in maniera completa, per non dire definitiva, da A. CARBONE, *La domanda procedimentale e l'avvio del procedimento*, in questo numero della rivista.

dell'art. 9<sup>8</sup>.

Questi ultimi, una volta costituitisi mediante memoria scritta, non sono meri partecipanti; essi assumono la qualità di parti interessate a tutti gli effetti, esercitando i medesimi poteri procedurali riconosciuti dall'art. 10 alle altre parti. Ne consegue che l'amministrazione non può unilateralmente alterare l'oggetto del procedimento; può, invece, essere chiamata a rimodularlo alla luce delle deduzioni e delle allegazioni provenienti dalle parti interessate.

Diverso è il profilo del *thema decidendum*; esso non coincide automaticamente con la domanda, né si esaurisce nella mera sommatoria delle posizioni fatte valere; esso si consolida all'esito della trattazione.

In tale prospettiva, l'art. 10<sup>bis</sup> svolge un ruolo centrale; da un lato, delimita l'ambito della decisione ai motivi ostativi comunicati, stabilizzando il perimetro della possibile reiezione, dall'altro, può condurre a un ampliamento del quadro valutativo attraverso le memorie della parte interessata.

Resta, tuttavia, un punto delicato, come: qualora dalle memorie emergano ulteriori profili ostativi, la legge non impone un ulteriore momento di contraddittorio; ciò non significa che, in ogni caso, il procedimento possa passare automaticamente in decisione.

Nel caso in cui i nuovi motivi ostativi non siano, in qualche modo, riconducibili a quelli contenuti nella comunicazione (o desumibili da essi), pur nel silenzio della norma, si ritiene che l'amministrazione sia tenuta alla comunicazione degli ulteriori motivi ostativi<sup>9</sup>, come si vedrà più avanti nel paragrafo nove.

Dalle osservazioni fatte, risulta una trattazione concentrata e non indefinitamente reiterabile; il *thema disputandum* è delineato dalle parti interessate, mentre il *thema decidendum* è fissato all'esito del percorso dialettico consentito dall'ordinamento.

In tal modo, la struttura del procedimento a domanda di parte rivela una dinamica che, pur nella sinteticità della disciplina italiana rispetto a quella au-

---

8 Sull'intervento di terzi nella procedura amministrativa, si veda da ultimo E. ROMANO, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2023.

9 Peraltro, ciò lo si desume, pure dalle osservazioni contenute in A. CARBONE, *Considerazioni su preavviso di rigetto e preclusioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2, 2024, p. 443, nota 16.

striaca e spagnola, consente di individuare regole di delimitazione progressiva dell'oggetto della decisione; la diversa tecnica normativa non esclude, ma semplicemente modula, la presenza di una trattazione strutturata.

Nel sistema della legge n. 241 del 1990 la trattazione si presenta come tendenzialmente scritta; salvo ipotesi particolari (si pensi ai procedimenti sanzionatori, nei quali è prevista l'audizione dell'interessato; oppure alle audizioni disposte dal responsabile del procedimento ai sensi dell'art. 11, comma 1*bis*, al fine di favorire la definizione della procedura mediante accordi) il confronto tra le parti interessate e l'amministrazione si svolge prevalentemente attraverso il deposito di memorie e documenti.

Gli artt. 10 e 10*bis* configurano un dialogo che si articola in forma scritta: le parti interessate possono presentare memorie e documenti; l'amministrazione è tenuta a valutarli; la comunicazione dei motivi ostativi avviene per iscritto; la replica si svolge, di regola, mediante ulteriori deduzioni scritte.

Ciò non significa che non esistano forme di trattazione orale, anche informali, derivanti dai contatti tra il responsabile del procedimento e le parti interessate; tali interlocuzioni, pur non tipizzate in modo analitico dalla legge, possono incidere in modo significativo sulla definizione dell'assetto degli interessi. Esse, tuttavia, non alterano la struttura prevalentemente scritta del modello generale.

Diversa è la tecnica adottata dall'ordinamento austriaco, ma non da quello spagnolo; l'AVG contempla espressamente la possibilità – e in taluni casi la necessità – di una *mündliche Verhandlung*, ossia di una trattazione orale (§§ 40 e ss. AVG)<sup>10</sup>, nella quale le parti possono esporre le proprie ragioni in contraddittorio diretto.

Diversamente, la Ley 39/2015 disciplina il *trámite de audiencia* (art. 82)<sup>11</sup>, che configura un momento di confronto esclusivamente cartolare.

In tali modelli la trattazione è strutturata in modo più analitico, anche sotto il profilo delle sue forme; l'oralità o la scrittura non sono mere eventualità, ma elemento tipizzato del procedimento.

---

10 Cfr. D. KOLONOVITS, G. MUZAK, K. STÖGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., p. 173 ss.; R. WALTER, R. THIENEL, *Verwaltungsverfahren*, cit., p. 80 s.

11 Cfr. J.A. TARDÍO PATO, *Alegaciones, Audiencia y Participación de los Interesados*, in AA. VV., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector público*, cit., t. II, p. 1554 ss.

Nondimeno, la diversa tecnica normativa non incide sulla funzione della trattazione; essa rimane, in tutti i modelli considerati, lo strumento attraverso il quale si forma e si delimita l'oggetto della decisione.

Nel sistema italiano tale delimitazione avviene prevalentemente attraverso lo scambio scritto; in quello austriaco essa si attua anche mediante momenti di confronto orale formalizzati; in quello spagnolo in forma esclusivamente scritta.

In ogni caso la trattazione assolve alla medesima funzione: contribuire alla definizione progressiva del *thema disputandum* e, per il suo tramite, del *thema decidendum*.

### **3. La trattazione nella formazione del *thema probandum***

Se la trattazione contribuisce alla delimitazione progressiva del *thema disputandum* e, per il suo tramite, del *thema decidendum*, essa svolge altresì una funzione essenziale nella formazione del *thema probandum*, la quale si presenta, per sua natura, progressiva.

Il materiale fattuale rilevante ai fini della decisione non è definito in modo statico al momento della proposizione della domanda, ma si costruisce gradualmente nel corso dell'istruttoria, attraverso un processo continuo di allegazione, acquisizione e verifica.

Nel procedimento a domanda di parte, la formazione iniziale del *thema probandum* è connessa alle allegazioni contenute nella domanda, che individuano i fatti costitutivi della pretesa.

Tuttavia, la trattazione consente alle parti interessate, in base a un principio dispositivo attenuato, non soltanto di produrre documenti, ma anche di sollecitare l'esercizio di attività istruttorie ulteriori da parte del responsabile del procedimento, prospettando l'opportunità di esperire mezzi di prova diversi da quelli meramente documentali.

Le memorie e i documenti presentati ai sensi dell'art. 10 e le deduzioni svolte in risposta alla comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10 *bis* possono incidere direttamente sulla configurazione del quadro fattuale, introducendo elementi nuovi o contestando quelli già acquisiti.

Il responsabile del procedimento, dal canto suo, non è vincolato alle sole iniziative delle parti. Oltre agli strumenti tipizzati dagli artt. 16 e 17 della legge n.

241 del 1990, egli dispone, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), del potere–dovere di accertare d'ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti necessari a tal fine.

Tale previsione costituisce il fondamento del metodo acquisitivo che caratterizza l'istruttoria amministrativa: l'autorità procedente può acquisire ogni elemento ritenuto utile ai fini dell'accertamento, anche indipendentemente dalle sollecitazioni delle parti interessate.

La formazione della prova non si esaurisce in un momento circoscritto, ma si sviluppa in modo continuo nel corso della trattazione; il *thema probandum* si consolida solo quando l'amministrazione ritenga completo l'accertamento e si avvi alla decisione.

Nei modelli spagnolo e austriaco tale dinamica è resa più esplicita da una disciplina normativa maggiormente strutturata della fase probatoria. La Ley 39/2015 prevede espressamente un *período de prueba* (art. 78), attivabile quando siano necessari accertamenti su fatti rilevanti, sia d'ufficio sia su richiesta della parte interessata.

L'art. 77 riconosce alla parte il potere di proporre mezzi di prova e stabilisce che l'eventuale rigetto debba essere motivato dall'organo istruttore; si configura così un diritto alla prova, ancorché non incondizionato, poiché l'amministrazione può escludere le prove ritenute irrilevanti o superflue con decisione adeguatamente motivata<sup>12</sup>.

Nell'ordinamento austriaco, l'AVG disciplina l'assunzione e la valutazione delle prove nei §§ 45–55, mentre il § 39<sup>13</sup> consacra il principio dell'indagine d'ufficio (*Untersuchungsgrundsatz*), in forza del quale l'autorità è tenuta ad accertare i fatti rilevanti con ogni mezzo idoneo. Anche in questo sistema il metodo è acquisitivo: le parti possono proporre mezzi di prova, ma l'autorità conserva la responsabilità primaria dell'accertamento e dirige l'istruttoria entro una cornice normativa tipizzata<sup>14</sup>.

---

12 Cfr. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *Las Pruebas*, in *Tratado de Procedimiento Administrativo Común*, cit., pag. 1663 ss.

13 Cfr. R. WALTER, R. THIENEL, *Verwaltungsverfahren*, cit., p. 79 ss.

14 Sul procedimento istruttorio, cfr. E. SCHULEV STEINDL, *Verwaltungsverfahren*, cit., p. 155 ss.

La fase probatoria risulta così formalmente strutturata, pur mantenendo una forte centralità dell'iniziativa dell'autorità procedente.

#### 4. Prime considerazioni di sintesi

A fronte delle considerazioni svolte sulla formazione del *thema probandum*, è possibile formulare alcune osservazioni di sintesi sui tre modelli brevemente analizzati.

Nel sistema italiano la formazione, appunto, del *thema probandum* si sviluppa entro una disciplina sintetica, fondata sul metodo acquisitivo e sulla cooperazione tra parti e amministrazione; negli ordinamenti spagnolo e austriaco, invece, la fase probatoria è oggetto di una regolazione più analitica e formalizzata.

In tutti i modelli considerati, tuttavia, il *thema probandum* non è predeterminato in modo rigido, ma si forma progressivamente nella trattazione, quale risultato dell'interazione tra allegazioni delle parti e attività di accertamento dell'autorità procedente.

La differenza di tecnica normativa non incide, dunque, sulla funzione della trattazione, ma ne modula le forme e il grado di visibilità interna.

Nel sistema italiano il metodo acquisitivo assume una configurazione sintetica: l'art. 6, comma 1, lett. b), attribuisce al responsabile del procedimento il potere-dovere di accertare d'ufficio i fatti, ma non tipizza in modo analitico le modalità di assunzione della prova né scandisce formalmente un periodo probatorio.

La formazione del *thema probandum* resta così affidata a una dinamica fluida e continua, che si sviluppa all'interno della trattazione senza una separazione netta tra fase dialettica e fase probatoria; la progressiva definizione del materiale fattuale si intreccia con quella del *thema disputandum*, in un modello unitario, nel quale la dimensione conoscitiva e quella argomentativa tendono a sovrapporsi.

Nell'ordinamento austriaco, pur permanendo un metodo acquisitivo fondato sull'*Untersuchungsgrundsatz* (§ 39 AVG), la disciplina dei mezzi di prova è regolata in modo dettagliato nei §§ 45–55 AVG: l'assunzione delle prove, l'audizione dei testimoni, il ricorso alle perizie e la valutazione del materiale istruttorio sono normativamente tipizzati.

Il metodo resta acquisitivo, ma si colloca entro una cornice procedurale più strutturata; la formazione del *thema probandum* si svolge anch'essa progressivamente, ma in un contesto che rende maggiormente distinguibili i momenti dell'allegazione, dell'acquisizione e della valutazione della prova.

Il modello spagnolo presenta un ulteriore grado di formalizzazione. La Ley 39/2015 configura un vero e proprio *periodo de prueba* (art. 78), attivabile quando siano necessari chiarimenti su fatti rilevanti; l'art. 77 riconosce alla parte interessata il potere di proporre mezzi di prova e impone di motivarne l'eventuale rigetto.

La posizione della parte non si esaurisce, pertanto, in una mera sollecitazione dell'attività istruttoria, ma si avvicina a un diritto alla prova, seppure non incondizionato.

Ne risulta un modello probatorio strutturato, nel quale la fase dell'accertamento assume una configurazione segmentata e formalmente individuabile all'interno della trattazione.

La diversa configurazione della fase probatoria conferma, su un piano più generale, la differente densità strutturale della trattazione nei tre ordinamenti considerati.

Nel sistema italiano la minore tipizzazione normativa produce una strutturazione "leggera", nella quale *thema disputandum* e *thema probandum* tendono a formarsi in modo intrecciato e continuo; negli ordinamenti austriaco e spagnolo, la maggiore articolazione normativa rende più visibili e distinguibili i momenti dell'accertamento, senza tuttavia alterare la funzione della trattazione quale sede di formazione progressiva dell'oggetto della decisione.

La comparazione conferma, così, che la struttura del procedimento a domanda di parte non può essere ricondotta a un paradigma uniforme: essa si atteggia secondo diversi gradi di formalizzazione, pur conservando, in tutti i modelli considerati, una medesima logica di delimitazione progressiva dell'oggetto della decisione.

Le considerazioni svolte in ordine alla formazione progressiva del *thema disputandum*, del *thema probandum* e, per il loro tramite, del *thema decidendum* consentono ora di affrontare un ulteriore profilo strutturale della trattazione: quello della concentrazione e delle preclusioni.

Se l'oggetto della decisione non è dato una volta per tutte, ma si forma gradualmente nel corso della trattazione, occorre interrogarsi sulle condizioni che rendono possibile la sua stabilizzazione.

La progressività, infatti, non può tradursi in indeterminatezza permanente: la trattazione, come segmento ordinato del procedimento, è funzionale alla decisione; essa non può restare indefinitamente aperta senza compromettere la stessa possibilità di pervenire a un esito conclusivo.

### **5. La disciplina della trattazione attraverso le categorie di *concentrazione* e di *preclusione***

Le categorie di concentrazione e di preclusione appartengono tradizionalmente al lessico processuale.

Nel processo, la concentrazione assicura che il contraddittorio si sviluppi entro limiti temporali e funzionali determinati; le preclusioni impediscono l'introduzione tardiva di allegazioni e prove, stabilizzando progressivamente l'oggetto del giudizio.

La loro applicazione al procedimento amministrativo non può tuttavia essere esclusa sulla base di una pretesa radicale differenza tra processo e procedimento; la quale oramai, come si è visto in precedenza cede il passo.

Il procedimento è, anch'esso, un processo, ma un processo sostanziale: una sequenza ordinata di atti diretta alla formazione di una decisione amministrativa.

Esso non coincide con il processo giurisdizionale, poiché non è finalizzato alla composizione di una controversia tra parti poste in posizione paritaria; nondimeno presenta proprie esigenze strutturali, che attengono alla progressione, alla delimitazione e alla chiusura della fase decisoria.

In questa prospettiva, la dottrina ha da tempo enucleato, sia pure in contesti teorici differenti, il concetto di preclusione sostanziale<sup>15</sup>, per descrivere quei casi nei quali l'ordinamento, pur non negando in astratto la permanenza del potere amministrativo, ne circoscrive l'esercizio in ragione della stabilizzazione di determinati assetti di interessi.

---

<sup>15</sup> Si veda per tutti M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 209 ss.

L'esistenza stessa di preclusioni implica, per necessità logica, un principio di concentrazione: se taluni apporti non sono più ammissibili oltre una determinata fase, significa che il procedimento è strutturato in modo tale da richiedere una progressiva chiusura del confronto.

Tale rilievo consente anche di sottoporre a critica una lettura eccessivamente assolutizzata del principio di inesauribilità del potere amministrativo<sup>16</sup>.

L'inesauribilità intesa nel senso di un permanente *esserci* dell'azione amministrativa, rischia di dissolvere ogni esigenza di stabilizzazione e di rendere incompatibile la stessa idea di procedimento strutturato.

Un potere integralmente inesauribile, privo di limiti interni alla sua esplicazione, sarebbe difficilmente conciliabile con l'esigenza di decisione e con la tutela dei diritti di partecipazione e dell'affidamento dei destinatari.

Più correttamente, oggi non ha più senso parlare di inesauribilità, ma ha senso, semmai, di discorrere di permanenza astratta della funzione; intesa, quest'ultima, non come indifferenza dell'ordinamento rispetto ai modi e ai tempi del suo esercizio.

L'ordinamento può riconoscere la persistente titolarità del potere per mezzo della funzione e, al contempo, prevedere preclusioni che ne disciplinino l'esercizio in un determinato contesto procedimentale.

In tal senso, concentrazione e preclusioni costituiscono una condizione di razionalità: esse consentono che il processo sostanziale che conduce alla decisione si chiuda, pur lasciando intatta, nei limiti consentiti, con l'autotutela, la possibilità di esercizio di un potere diverso da quello di primo grado, in presenza dei presupposti normativamente posti.

Da ciò consegue che la trattazione, come segmento ordinato del procedimento, non può essere concepita, come si è sottolineato, come uno spazio indefinitamente aperto.

La progressiva formazione del *thema disputandum* e del *thema probandum* postula, a un certo punto, la stabilizzazione, e tale stabilizzazione presuppone, necessariamente, un sistema di preclusioni.

---

<sup>16</sup> Per la completa decostruzione di siffatto pseudoconcetto, si veda M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit.

Concentrazione e preclusioni non sono, dunque, categorie estranee all'attività amministrativa, ma elementi strutturali del processo sostanziale che conduce alla decisione.

## **6. La concentrazione della trattazione nei modelli presi in considerazione**

Nel sistema italiano la concentrazione non si presenta in modo uniforme, ma assume intensità diversa a seconda degli effetti che l'ordinamento collega al decorso dei termini e all'esaurimento delle singole fasi procedimentali.

La concentrazione non coincide con la mera scansione temporale dell'attività amministrativa; essa si misura piuttosto in relazione alla capacità del termine di incidere sulla configurazione dell'assetto sostanziale o di garantire la progressione irreversibile della trattazione.

Con riferimento al termine di conclusione del procedimento, la distinzione tra silenzio significativo e silenzio inadempimento è decisiva.

Col silenzio significativo, il termine ha natura perentoria: allo spirare si produce un effetto legale tipizzato (di accoglimento o di rigetto) che determina la stabilizzazione dell'assetto di interessi.

La concentrazione è qui forte, poiché la chiusura temporale coincide con una chiusura sostanziale del segmento procedimentale; l'eventuale superamento dell'assetto così consolidato richiede l'attivazione di un ulteriore segmento di esercizio del potere nei modi previsti dall'ordinamento.

Diversamente, col silenzio inadempimento il termine non produce alcun effetto sostanziale sull'oggetto della decisione.

L'inerzia dell'amministrazione, com'è noto, non integra una determinazione implicita, ma abilita l'interessato a chiedere l'adempimento, anche mediante l'azione davanti al giudice amministrativo.

In tal caso la concentrazione è debole: il decorso del termine segna una soglia temporale rilevante sul piano delle garanzie, ma non determina la stabilizzazione dell'assetto di interessi.

La differenziazione emerge con maggiore chiarezza anche con riguardo ai termini interni al procedimento.

Per quanto concerne le valutazioni tecniche (art. 17 l. 241/1990), il termine assegnato all'amministrazione competente ha funzione stringente: decorso

inutilmente, l'amministrazione procedente può attivare meccanismi sostitutivi o acquisire la valutazione da altro organo tecnico.

L'istruttoria non può restare indefinitamente sospesa in attesa dell'apporto specialistico; la concentrazione si realizza qui come garanzia della progressione necessaria del procedimento.

In materia di pareri (art. 16 l. 241/1990), la concentrazione assume configurazione differenziata.

Quando si tratta di pareri obbligatori ma non vincolanti, decorso il termine l'amministrazione procedente può prescindere dal parere non reso, evitando la paralisi del procedimento.

La concentrazione opera in senso funzionale: il mancato apporto consultivo non impedisce la prosecuzione della trattazione.

Qualora, invece, il parere attenga alla tutela di interessi sensibili (quali ambiente, paesaggio, beni culturali, salute o pubblica incolumità) l'inerzia dell'amministrazione consultiva non consente una mera prosecuzione automatica, ma impone l'attivazione di meccanismi procedurali rafforzati che possono essere riconducibili alla disciplina della conferenza di servizi.

In tali ipotesi, la concentrazione non è attenuata, ma ristrutturata: la progressione del procedimento è assicurata attraverso moduli decisionali concentrati e termini perentori per l'espressione delle determinazioni.

Ancora più intensa è la concentrazione che emerge dall'art. 17 *bis*, relativo agli assensi, concerti o nulla osta tra amministrazioni.

Qui il decorso del termine non si limita a consentire la prosecuzione del procedimento, ma determina la formazione legale dell'assenso necessario.

Il silenzio integra direttamente l'elemento mancante della fattispecie e consente la definizione dell'assetto decisionale.

La concentrazione assume, quindi, carattere costitutivo: il termine non è soltanto organizzativo, ma incide direttamente sulla struttura sostanziale della decisione.

Particolarmente significativa, sul piano partecipativo, è la disciplina dell'art. 10*bis*. Il termine assegnato per la presentazione delle osservazioni a seguito della comunicazione dei motivi ostativi delimita temporalmente la fase dialettica; decorso inutilmente, l'amministrazione può procedere alla decisione sulla base del

materiale acquisito.

Anche qui la concentrazione è forte, poiché la trattazione conosce una chiusura funzionale che incide direttamente sulla configurazione dell'oggetto decisionale.

Infine, la conferenza di servizi rappresenta il modello di massima strutturazione della concentrazione nel sistema italiano.

I termini per l'espressione delle determinazioni sono perentori; il silenzio può equivalere ad assenso; il dissenso deve essere manifestato nei modi e nei tempi stabiliti. La trattazione si sviluppa entro una scansione normativa che rende particolarmente intensa la tendenza alla definizione unitaria e, auspicabilmente, tempestiva dell'assetto di interessi coinvolti.

Ne risulta un sistema caratterizzato da una concentrazione graduata. Essa è forte quando il decorso del termine produce effetti legali tipizzati o integra direttamente l'elemento necessario della decisione; è più attenuata quando il termine svolge funzione prevalentemente organizzativa o acceleratoria.

La concentrazione non è, dunque, un dato uniforme del procedimento amministrativo italiano, ma una qualità variabile della sua struttura, modulata in funzione della natura dell'interesse coinvolto e dell'intensità degli effetti che l'ordinamento ricollega al superamento delle diverse fasi.

Nel sistema spagnolo la concentrazione si presenta entro una disciplina fortemente tipizzata. La Ley 39/2015 individua con precisione le fasi del procedimento (iniciación, instrucción, trámite de audiencia, eventuale período de prueba e resolución)<sup>17</sup> e collega a ciascuna di esse termini determinati, rendendo visibile la progressione della trattazione e la sua tendenziale chiusura entro segmenti temporalmente definiti.

Con riguardo al termine massimo per la conclusione del procedimento (art. 21 Ley 39/2015), l'amministrazione è tenuta ad adottare una decisione espressa entro il termine stabilito dalla normativa di settore o, in mancanza, entro tre mesi. Decorso il termine, trova applicazione la disciplina del silenzio amministrativo di cui all'art. 24<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. J.A., SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, cit. p. 46 ss.

<sup>18</sup> Sul punto si veda V. AGUADO I CUDOLÀ, *La Inactividad de la Administración*, in AA. VV., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común*, cit., t. I, pag. 1217 ss.

Nei procedimenti avviati su domanda di parte, la regola generale è il silenzio positivo: allo spirare del termine, la domanda si intende accolta, salvo le eccezioni previste dalla legge.

In tali ipotesi la concentrazione è forte, poiché la chiusura temporale coincide con la formazione legale dell'assetto sostanziale.

Quando ricorrono le eccezioni indicate dall'art. 24 (in particolare nei casi in cui l'accoglimento comporterebbe il trasferimento di poteri pubblici o inciderebbe su interessi generali o sensibili) il silenzio produce effetto negativo.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 24, tuttavia, tale silenzio ha valore di atto informale esclusivamente al fine di consentire l'esperimento dei rimedi amministrativi o giurisdizionali e non esonera l'amministrazione dall'obbligo di adottare una decisione espressa.

Il silenzio negativo non determina, dunque, una stabilizzazione sostanziale dell'oggetto, ma svolge una funzione essenzialmente processuale<sup>19</sup>.

In questi casi la concentrazione è attenuata sul piano sostanziale: il decorso del termine delimita temporalmente il procedimento e abilita l'impugnazione, ma non consolida l'assetto di interessi.

La concentrazione spagnola emerge con particolare evidenza anche nei termini interni al procedimento. Il trámite de audiencia (art. 82) è collocato in una fase definita dell'istruzione ed è assistito da un termine (di regola non inferiore a dieci e non superiore a quindici giorni) entro il quale gli interessati possono formulare osservazioni e presentare documenti.

Decorso inutilmente il termine, l'amministrazione può proseguire verso la decisione. La delimitazione temporale della fase partecipativa garantisce la progressione ordinata della trattazione.

Analogamente, il período de prueba (artt. 77-78) è strutturalmente delimitato<sup>20</sup>: l'istruttore, quando ritenga necessari accertamenti su fatti rilevanti, apre una fase probatoria fissando un termine determinato, di regola non superiore a trenta giorni. Anche qui la concentrazione si realizza mediante la tipizzazione del-

---

19 Sulla distinzione fra silenzio positivo e negativo si veda V. AGUADO I CUDOLÀ, *La Inactividad de la Administración*, cit., p. 1221 ss.

20 Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 498 ss.

la fase e la delimitazione temporale degli apporti delle parti.

Quanto agli *informes* (art. 79), il mancato rilascio nel termine previsto consente, in linea generale, la prosecuzione del procedimento, salvo che si tratti di *informes preceptivos y determinantes*, per i quali la normativa può prevedere effetti più incisivi<sup>21</sup>.

La concentrazione si realizza dunque come impedimento alla paralisi, pur variando l'intensità in relazione alla natura dell'apporto richiesto.

Ne risulta un modello nel quale la stessa è formalmente strutturata e segmentata.

Essa è forte quando il decorso del termine produce un effetto legale sostanziale, come nel silenzio positivo; è più attenuata quando il silenzio ha funzione meramente processuale o quando i termini interni al procedimento svolgono funzione di ordinazione e di accelerazione.

In ogni caso, la tipizzazione normativa delle fasi rende chiaramente percepibile la progressione della trattazione verso la decisione.

Nel modello austriaco la concentrazione non si esprime primariamente attraverso meccanismi di silenzio significativo, ma attraverso la strutturazione ordinata della sequenza istruttoria e la delimitazione formale dei momenti partecipativi.

Con riguardo al termine per la decisione, l'ordinamento non collega, di regola, al decorso del tempo un effetto sostanziale automatico.

In caso di inerzia dell'autorità, la parte può attivare la *Säumnisbeschwerde* dinanzi al giudice amministrativo, ottenendo una decisione sostitutiva o l'ordine di provvedere.

Il termine, dunque, non stabilizza direttamente l'assetto di interessi, ma garantisce che la vicenda non resti indefinitamente aperta. La concentrazione è qui funzionale: assicura la definizione del procedimento, ma non produce effetti costitutivi sul contenuto della decisione.

La concentrazione si manifesta in modo più incisivo nelle fasi interne al procedimento, in particolare nella *mündliche Verhandlung* disciplinata dai §§ 40

---

21 Cfr. C. CIERCO SEIRA, *Los Informes*, in AA. VV., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común*, cit., t. II, p. 1651 ss.

ss. AVG.

L'udienza tendenzialmente orale costituisce un momento formalmente individuato della trattazione, nel quale le parti sono chiamate a far valere le proprie deduzioni e obiezioni.

Ai sensi del § 42 AVG, le contestazioni devono essere formulate nel corso dell'udienza o entro il termine eventualmente assegnato; decorso tale momento, l'autorità può procedere alla decisione sulla base del materiale emerso<sup>22</sup>.

Qui la concentrazione assume carattere forte sul piano partecipativo. Tal momento della trattazione non è un segmento indefinitamente riapribile, ma un momento delimitato nel quale si concentra l'esposizione delle posizioni delle parti.

La chiusura dell'udienza segna una soglia funzionale nella formazione dell'oggetto: ciò che non è stato dedotto in quella sede non entra a far parte del quadro valutativo su cui l'autorità è chiamata a decidere.

Tale configurazione è particolarmente significativa se coordinata con l'*Untersuchungsgrundsatz* (§ 39 AVG).

Pur essendo fondato sul principio di indagine d'ufficio, il sistema austriaco non rinuncia a concentrare in un momento definito la partecipazione delle parti.

L'autorità conserva il dovere di accertare i fatti rilevanti, ma la trattazione non resta aperta a un flusso indefinito di interventi: la partecipazione è strutturalmente collocata entro segmenti temporali determinati. Ne risulta un modello nel quale la concentrazione è strutturale e partecipativa.

Essa non si fonda tanto su effetti automatici del decorso del termine finale, quanto sulla delimitazione formale dei momenti nei quali le parti possono incidere sulla formazione dell'oggetto.

La progressione verso la decisione è garantita dalla chiusura ordinata delle fasi istruttorie e dall'esistenza di rimedi contro l'inerzia, piuttosto che dalla produzione automatica di effetti sostanziali allo spirare del tempo.

## **7. Ulteriori considerazioni di sintesi**

La comparazione tra i tre ordinamenti consente di individuare differenti configurazioni della concentrazione, che riflettono diverse tecniche normative e

---

<sup>22</sup> Cfr. . R. WALTER, R. THIENEL, *Verwaltungsverfahren*, cit., p. 86 ss.

differenti modalità di strutturazione della trattazione.

Nel sistema italiano la concentrazione è graduata e selettiva. Essa assume carattere forte quando il decorso del termine produce effetti legali tipizzati (come nel silenzio significativo o nella formazione dell'assenso ex art. 17*bis*) oppure quando delimita in modo incisivo una fase essenziale della trattazione (come nel caso dell'art. 10*bis* o della conferenza di servizi).

In altri segmenti, invece, il termine svolge funzione prevalentemente organizzativa o acceleratoria, senza incidere direttamente sulla stabilizzazione dell'assetto sostanziale.

La concentrazione italiana non è dunque uniforme, ma variabile in relazione alla natura dell'interesse coinvolto e agli effetti che l'ordinamento collega al superamento delle diverse fasi.

Nel sistema spagnolo la concentrazione è maggiormente formalizzata. La tipizzazione delle fasi (*iniciación, instrucción, audiencia, período de prueba*) rende chiaramente percepibile la progressione della trattazione.

L'intensità della concentrazione dipende in modo decisivo dalla disciplina del silenzio amministrativo: è forte quando il decorso del termine determina l'accoglimento legale della domanda; è attenuata quando il silenzio ha funzione meramente processuale, come nei casi disciplinati dall'art. 24, comma 2, in cui il silenzio negativo abilita soltanto l'impugnazione e non consolida l'assetto sostanziale.

Anche in questo caso, dunque, la concentrazione non coincide con la mera esistenza di termini, ma con l'effetto che essi producono sull'oggetto della decisione.

Nel modello austriaco la concentrazione si presenta in forma prevalentemente strutturale. L'ordinamento non attribuisce, di regola, al decorso del termine finale effetti sostanziali automatici, ma garantisce la definizione della vicenda attraverso rimedi contro l'inerzia dell'autorità.

La concentrazione si manifesta soprattutto nella delimitazione formale delle fasi istruttorie, in particolare nella *mündliche Verhandlung*, la quale costituisce un momento definito nel quale si concentra la partecipazione delle parti.

La chiusura dell'udienza segna una soglia funzionale nella formazione dell'oggetto, pur in un sistema fondato sul principio di indagine d'ufficio.

Dalla comparazione emerge che la concentrazione può assumere almeno tre configurazioni: una concentrazione selettiva e modulata (Italia), una concentrazione formalmente segmentata (Spagna) e una concentrazione strutturale (Austria).

In tutti i casi, tuttavia, essa assolve alla medesima funzione: impedire che la progressiva formazione dell'oggetto della decisione si traduca in indeterminatezza permanente, assicurando che la trattazione converga verso una determinazione conclusiva entro un quadro temporalmente e funzionalmente definito.

La differenza tra i modelli non risiede, dunque, nella presenza o nell'assenza della concentrazione, ma nel grado e nelle modalità della sua intensità. Ed è proprio tale differenza di intensità che consente di comprendere come, in ciascun ordinamento, la trattazione si configuri quale processo sostanziale strutturato, orientato alla decisione e governato da regole che ne assicurano la progressione e la chiusura.

Se la concentrazione esprime la tendenza della trattazione a convergere verso una decisione entro un arco temporale e funzionale definito, le preclusioni ne rappresentano il corrispettivo strutturale.

Esse non coincidono con la mera previsione di termini, ma designano l'effetto per cui, superato un determinato momento della sequenza procedimentale, non è più consentito introdurre elementi idonei a incidere sulla configurazione dell'oggetto.

### **8. Le preclusioni con riguardo al silenzio significativo**

La forma più intensa di preclusione si manifesta nei casi in cui l'ordinamento collega al decorso del termine di conclusione del procedimento un effetto legale tipizzato, determinando la formazione dell'assetto sostanziale in assenza di un provvedimento espresso.

Il silenzio significativo costituisce, in questa prospettiva, il paradigma della stabilizzazione procedimentale.

Quando allo spirare del termine si produce un effetto di accoglimento o di rigetto della domanda, la sequenza procedimentale conosce una chiusura non

soltanto temporale, ma sostanziale<sup>23</sup>.

L'oggetto della decisione si consolida per effetto della legge; la trattazione si arresta e l'assetto di interessi viene definito secondo la previsione normativa.

La preclusione si manifesta qui come impossibilità di proseguire il medesimo segmento procedimentale oltre il termine stabilito, se non mediante l'attivazione di un distinto potere previsto dall'ordinamento.

Nel sistema italiano, il silenzio assenso rappresenta l'espressione più chiara di tale fenomeno. Decorso il termine senza che l'amministrazione abbia provveduto, l'effetto favorevole si produce automaticamente; l'amministrazione non può più adottare un provvedimento espresso di segno contrario all'interno del medesimo segmento procedimentale.

L'assetto così formatosi può essere inciso soltanto attraverso l'esercizio di ulteriori poteri, nei limiti e secondo le condizioni stabilite dalla legge. La chiusura è piena: il procedimento originario si stabilizza e non è riapribile come mera prosecuzione della stessa sequenza.

Analoga configurazione si rinviene nel sistema spagnolo nei casi di silenzio positivo disciplinati dall'art. 24 Ley 39/2015. Anche qui il decorso del termine determina l'accoglimento legale della domanda e la conseguente stabilizzazione dell'assetto sostanziale.

La decisione si forma per effetto della legge; un eventuale provvedimento tardivo non può sovvertire l'assetto già consolidato, se non attraverso i rimedi e i poteri specificamente previsti dall'ordinamento.

Diversa è, invece e come si è visto, la configurazione del silenzio negativo prevista dall'art. 24, comma 2, della medesima legge.

In tali ipotesi il silenzio non assume la configurazione di un atto amministrativo informale, ma di fatto rilevante esclusivamente al fine di consentire l'esperimento dei rimedi amministrativi o giurisdizionali, ma non idoneo a definire in via sostanziale l'assetto di interessi.

L'amministrazione resta obbligata ad adottare una decisione espressa: il decorso del termine non produce una stabilizzazione dell'oggetto, ma segna soltanto

---

<sup>23</sup> Su silenzio significativo ed esaurimento del potere, si veda per tutti M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., p. 283 ss.

la chiusura della fase amministrativa ai fini dell'impugnazione.

La preclusione opera, in questo caso, in forma attenuata e funzionale: delimita il momento di accesso alla tutela, senza consolidare il contenuto della decisione.

Il confronto con il sistema austriaco conferma tale distinzione. Nell'ordinamento fondato sull'AVG, il decorso del termine per la decisione non produce effetti sostanziali tipizzati né determina la formazione di un atto amministrativo, neppure in guisa informale.

L'inerzia dell'autorità abilita la parte alla proposizione della *Säumnisbeschwerde*, ma non comporta la stabilizzazione dell'assetto di interessi.

Sul piano processuale, il giudice può ordinare all'autorità di decidere oppure, nei casi previsti, sostituirsi ad essa pronunciandosi direttamente sulla domanda.

La fase amministrativa non si chiude in modo definitivo per effetto del silenzio; essa può essere riattivata mediante l'ordine di provvedere o essere assorbita nella decisione giurisdizionale sostitutiva.

Anche dopo l'introduzione del ricorso per inerzia, l'amministrazione può ancora adottare il provvedimento, con effetti rilevanti nel processo.

La preclusione è, dunque, esclusivamente funzionale: il tempo delimita la soglia di attivazione del controllo giurisdizionale, ma non consolida l'oggetto in senso sostanziale.

Dalla comparazione emerge una distinzione netta: quando il silenzio è configurato come fattore costitutivo della decisione (come nel silenzio assenso italiano o nel silenzio positivo spagnolo), la preclusione è piena e sostanziale: la trattazione si chiude e l'assetto si stabilizza; quando, invece, il silenzio assume la forma di fatto rilevante a fini impugnatori o si limita a legittimare l'attivazione di un rimedio contro l'inerzia, la preclusione è attenuata e funzionale, essa segna la chiusura della fase procedimentale senza definire in via definitiva l'assetto di interessi.

Il silenzio significativo mostra così che la preclusione nel procedimento amministrativo non è un fenomeno unitario.

Essa può assumere natura costitutiva o meramente funzionale, a seconda che il decorso del tempo sia elevato a fattore di decisione o rimanga soglia di transizione verso il controllo giurisdizionale.

In ogni caso, il tempo non è neutro: esso delimita la sequenza procedimentale e contribuisce, con diversa intensità, alla stabilizzazione dell'oggetto.

### **9. Le preclusioni con riguardo all'obbligo di contestazione**

Nel modello italiano, l'art. 10*bis* l. 241/1990 realizza una forma particolarmente intensa di concentrazione partecipativa, fondata sulla definitività della presa di posizione dell'amministrazione e sulla non reiterabilità del segmento dialettico<sup>24</sup>.

La comunicazione dei motivi ostativi non ha natura meramente interlocutoria, ma delimita in modo definitivo il perimetro del possibile rigetto.

Con essa l'amministrazione è onerata di esporre in maniera completa le ragioni che impediscono l'accoglimento della domanda.

I motivi non contestati in tale sede non possono essere posti a fondamento della decisione finale.

La contestazione è, dunque, concentrata e definitiva: l'art. 10*bis* non consente una seconda comunicazione di ulteriori motivi ostativi.

La fase partecipativa è strutturata come momento unitario. L'amministrazione deve concentrare in quella sede l'intero quadro ostativo; una decisione fondata su motivi diversi o ulteriori rispetto a quelli comunicati altera il perimetro del contraddittorio e risulta viziata.

Il profilo più delicato riguarda l'ipotesi in cui, dalle osservazioni della parte interessata, emergano elementi che l'amministrazione ritenga idonei a integrare o rafforzare le ragioni ostative.

Occorre, però distinguere. Se tali elementi si collocano all'interno del medesimo quadro motivazionale già comunicato (costituendone specificazione, chiarimento o rafforzamento) essi possono essere valorizzati nella decisione finale, poiché rientrano nel perimetro già sottoposto a confronto.

Diversamente, se dalle allegazioni della parte emergono motivi ostativi nuovi e autonomi, non riconducibili a quelli previamente contestati, l'amministrazione non può fondare su di essi la decisione senza violare la struttura concentrata del contraddittorio.

---

<sup>24</sup> In linea generale, sul punto cfr. M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*

Il silenzio della norma sul punto, però, non autorizza a ritenere che la trattazione debba ritenersi conclusa. Sussistono, nondimeno, ragioni di sistema che militano per la soluzione contraria.

Se l'amministrazione, per il tramite del responsabile del procedimento, è tenuta a prendere posizione su tutti i motivi introdotti con la domanda della parte interessata; ciò significa che in questo caso vale il principio di *non contestazione* sui motivi non oggetto di comunicazione.

Con altro modo di dire, il *thema decidendum* non può formarsi su motivi non conosciuti dalla parte destinataria del provvedimento; e ciò, pure, a garanzia del diritto di difesa della parte interessata; il quale si estrinseca nella possibilità di contraddire su tutti i motivi che osteggiano l'accoglimento della domanda.

Tanto è vero che, in tema di omissione della comunicazione di cui si discorre, non è applicabile la salvaguardia per l'amministrazione prevista dall'art. 210<sup>octies</sup>, comma 2, seconda alinea, della legge 241/90.

Di conseguenza, per esigenze tanto di sistema quanto di tutela, risulta essere necessaria un'ulteriore comunicazione di motivi ostativi in siffatta ipotesi<sup>25</sup>.

In maniera speculare, la parte interessata è chiamata a prendere posizione sui motivi comunicati entro il termine assegnato.

Se ciò non avviene, l'amministrazione può procedere alla decisione sulla base del quadro delineato nella comunicazione.

L'inerzia della parte non determina una preclusione processuale in senso proprio (restando ferma la possibilità di ricorrere al giudice amministrativo anche avverso quei motivi sui quali non abbia preso posizione), ma produce un effetto sostanziale interno: la decisione si forma senza che le ragioni ostative siano state contrastate nella sede procedimentale.

Il principio di *non contestazione* opera, dunque, in modo bilaterale ma differenziato.

L'amministrazione è definitivamente vincolata ai motivi ostativi comunicati; la parte è onerata di confrontarsi con essi entro il segmento previsto, ma non perde il diritto alla tutela giurisdizionale.

La concentrazione della fase di cui all'art. 10<sup>bis</sup> si traduce così in una stabilizzazione reciproca delle posizioni, che delimita il *thema decidendum* e impedi-

---

25 Sul punto, cfr. A. CARBONE, *Considerazioni su preavviso di rigetto e preclusioni*, cit.

sce tanto la sorpresa decisoria quanto la reiterazione indefinita del contraddittorio.

La preclusione che emerge dall'art. 10*bis* è, pertanto, interna e strutturale: essa non chiude l'accesso alla giurisdizione, ma fissa definitivamente il perimetro della decisione amministrativa nel procedimento in corso.

Nel sistema spagnolo la concentrazione partecipativa è normativamente tipizzata attraverso il *trámite de audiencia* disciplinato dall'art. 82 Ley 39/2015. La fase è collocata in un momento definito dell'istruzione ed è assistita da un termine determinato (di regola non inferiore a dieci e non superiore a quindici giorni) entro il quale gli interessati possono formulare allegazioni e presentare documenti.

La chiusura del termine segna una soglia funzionale nella formazione dell'oggetto. Decorso inutilmente, l'amministrazione può procedere verso la decisione sulla base del materiale acquisito.

La partecipazione è garantita, ma concentrata entro un segmento temporale delimitato.

A differenza del modello italiano, la Ley 39/2015 non configura la comunicazione dei rilievi ostativi come presa di posizione definitiva dell'amministrazione.

Il *trámite de audiencia* è momento di interlocuzione, ma non comporta necessariamente una cristallizzazione anticipata dei motivi di possibile rigetto nei termini strutturalmente vincolanti dell'art. 10*bis*.

Se, dalle allegazioni della parte, emergono nuovi elementi rilevanti, l'amministrazione può tenerne conto nella decisione, purché siano rispettati i principi di contraddittorio e di non sorpresa. La qual cosa significa che i nuovi elementi desunti dalle allegazioni della parte interessata non necessitano di esser precisati da parte dell'amministrazione.

La disciplina spagnola consente, ove necessario, la riapertura dell'istruzione o l'attivazione di ulteriori segmenti, soprattutto quando si renda indispensabile integrare il quadro fattuale o probatorio.

La mancata presa di posizione della parte nel *trámite de audiencia* non determina una preclusione di tipo processuale in senso stretto.

L'interessato conserva la possibilità di impugnare, come nel sistema italiano, la decisione, anche, deducendo profili non sviluppati in sede procedimentale.

La preclusione, pure qui, opera prevalentemente sul piano interno: la decisione si forma sulla base del materiale acquisito entro il segmento previsto.

Ne risulta un modello nel quale la concentrazione partecipativa è forte sul piano strutturale (la fase è delimitata) ma meno intensa rispetto a quella italiana quanto alla definitività della presa di posizione dell'amministrazione.

Nel modello austriaco la concentrazione partecipativa si realizza nella *mündliche Verhandlung* disciplinata dai §§ 40 ss. AVG.

L'udienza costituisce il momento nel quale le parti sono chiamate a formulare le proprie obiezioni (*Einwendungen*).

Ai sensi del § 42 AVG, le contestazioni devono essere fatte valere nel corso dell'udienza o entro il termine eventualmente assegnato.

La chiusura dell'udienza segna una soglia particolarmente incisiva nella formazione dell'oggetto: ciò che non è stato dedotto in quella sede non entra nel perimetro delle questioni rilevanti ai fini della decisione.

La concentrazione partecipativa assume qui un'intensità maggiore rispetto al modello spagnolo e, per certi profili, anche rispetto a quello italiano.

Pur essendo fondato sull'*Untersuchungsgrundsatz*, il sistema austriaco concentra la presa di posizione delle parti in un momento formalmente individuato, la cui chiusura stabilizza il quadro delle obiezioni rilevanti.

A differenza dell'art. 10 *bis* italiano, non si tratta di una delimitazione del perimetro dei motivi ostativi formulati dall'amministrazione, ma di una concentrazione delle contestazioni delle parti.

L'assenza o l'inerzia nella fase dell'udienza non è neutra: la decisione si forma sulla base delle obiezioni tempestivamente formulate.

Sotto il profilo processuale, la mancata deduzione in udienza può incidere anche sulla possibilità di far valere successivamente determinate contestazioni davanti al giudice amministrativo.

La concentrazione partecipativa si proietta, dunque, oltre il procedimento, contribuendo alla stabilizzazione del perimetro oggettivo della controversia.

Il confronto tra i tre modelli evidenzia differenze significative nella configurazione delle preclusioni partecipative.

Nel sistema italiano, la concentrazione si fonda sulla definitività della presa di posizione dell'amministrazione: il perimetro dei motivi ostativi è fissato una volta per tutte e non può essere ampliato senza violare la struttura del contraddittorio.

Nel sistema spagnolo, la concentrazione è strutturata ma meno rigida: la fase partecipativa è delimitata nel tempo, ma l'amministrazione conserva un margine maggiore nell'integrare il quadro decisionale, purché siano rispettate le garanzie di interlocuzione.

Nel modello austriaco, infine, la concentrazione è fortemente partecipativa: la chiusura dell'udienza stabilizza il quadro delle obiezioni, con effetti che possono riflettersi anche sul piano processuale.

In tutti e tre i sistemi, tuttavia, emerge un dato comune: il contraddittorio è garantito, ma non indefinitamente reiterabile.

La trattazione, propria del processo sostanziale, esige soglie di chiusura; le preclusioni costituiscono lo strumento attraverso il quale tale esigenza si traduce in regola strutturale.

#### 10. Conclusioni

Il percorso svolto consente di chiarire, anzitutto, che l'impiego di categorie tradizionalmente processuali nell'analisi del procedimento amministrativo non è un'operazione meramente di stile.

La circolarità della categoria *processo* (intesa, sul piano teorico, come categoria capace di rendere intelligibili fenomeni decisionali e, sul piano empirico, come modello utile a spiegare assetti normativi concreti) legittima il trasferimento di concetti come *contraddittorio*, *trattazione*, *concentrazione* e *preclusioni* dall'ambito giurisdizionale a quello amministrativo, purché se ne assuma la diversa funzione e la diversa collocazione sistematica.

Il procedimento resta attività sostanziale; tuttavia, proprio perché è sede di formazione del regolamento concreto di interessi, esso presuppone regole di confronto, di delimitazione e di stabilizzazione che rendono appropriata la lettura in chiave processuale.

Muovendo da tale premessa, l'analisi del procedimento a domanda di parte ha mostrato che l'oggetto non è dato una volta per tutte.

Il *thema disputandum* nasce dalla domanda e si rimodula soltanto per effetto dell'ingresso di ulteriori parti interessate; il *thema probandum* si forma progressivamente nel corso dell'istruttoria, secondo un metodo acquisitivo che, pur con diverse densità normative, caratterizza tutti i modelli considerati; il *thema decidendum*, infine, non coincide meccanicamente con il contenuto della domanda, ma si consolida all'esito della trattazione, quale risultato del percorso dialettico consentito dall'ordinamento.

Sicché, la trattazione non è un elemento accidentale del procedimento, né può essere ridotta alla sola istruzione: essa è la dimensione ordinante attraverso cui la decisione si rende possibile, perché delimita gradualmente l'oggetto e seleziona i fatti rilevanti.

In tale prospettiva, concentrazione e preclusioni emergono come condizioni strutturali della trattazione.

La progressività non può tradursi in indeterminatezza permanente: se il procedimento deve culminare in una decisione, occorre che l'ordinamento introduca soglie di stabilizzazione.

La concentrazione delimita il tempo e le fasi del confronto; le preclusioni ne stabilizzano il contenuto.

Esse, pertanto, non costituiscono un innesto estrinseco, ma un corollario della razionalità del processo sostanziale: solo attraverso momenti di chiusura può realizzarsi la funzione amministrativa come decisione, senza dissolversi in un'apertura indefinita.

In questa chiave si comprende anche la critica alla lettura assolutizzata dell'inesauribilità del potere: la permanenza astratta della funzione non implica indifferenza rispetto a modi e tempi del suo esercizio; e la previsione di limiti interni, specie nel contesto procedurale, è compatibile con la struttura dell'ordinamento, oltre che necessaria per la tutela dell'affidamento.

La comparazione tra Italia, Spagna e Austria conferma che la trattazione, pur svolgendo la medesima funzione, presenta gradi diversi di formalizzazione; proprio in tema di preclusioni si evidenziano i tratti di continuità e di discontinuità fra i tre modelli.

In conclusione, la trattazione nel procedimento, anche, a domanda di parte si rivela una dimensione strutturale della funzione amministrativa, idonea a giu-

stificare l'impiego del paradigma processuale in senso categoriale.

La progressiva formazione dell'oggetto della decisione (nei suoi profili dialettici, probatori e decisorii) esige, come si è più volte sottolineato, regole di concentrazione e preclusione.

La diversa densità di disciplina normativa dei modelli italiano, spagnolo e austriaco non altera tale funzione ordinante; ne modifica soltanto le forme, confermando che la processualità del procedimento non è un'analogia esterna, ma un tratto interno della sua struttura.