

ANDREA CARBONE

Professore associato di diritto amministrativo e pubblico presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

LA DOMANDA PROCEDIMENTALE E L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO

THE PROCEDURAL REQUEST AND THE INITIATION OF THE PROCEEDINGS

SINTESI

Il presente saggio si propone di considerare la fase di avvio del procedimento all'interno della struttura della funzione amministrativa, della quale si assume il carattere processuale. In questa prospettiva, l'avvio del procedimento corrisponde alla proposizione (da parte del singolo o come auto-proposizione della stessa Amministrazione) di una vera e propria domanda procedimentale, con quanto da ciò consegue.

ABSTRACT

This essay aims to examine the initiation phase of the administrative procedure within the structure of the administrative function, which is assumed to have a procedural character. From this perspective, the initiation of the procedure corresponds to the submission of a proper procedural claim, together with all the consequences that follow therefrom.

PAROLE CHIAVE: diritto amministrativo; procedimento amministrativo; avvio del procedimento; istanza; denuncia; procedimenti ad istanza di parte; procedimenti officiosi; provvedimento in forma semplificata; silenzio-assenso.

KEYWORDS: administrative law; administrative proceedings; initiation of proceedings; application; report; proceedings initiated upon application of a party; *ex officio* proceedings; simplified decision; tacit consent.

INDICE: 1. Profili introduttivi. La processualizzazione dell'azione amministrativa. – 2. La fase dell'iniziativa e la domanda procedimentale. Profili generali. – 3. La domanda procedimentale e le modalità del suo esperimento. – 3.1. (*segue*) I procedimenti ad istanza di parte. – 3.2. (*segue*) I procedimenti d'ufficio e la pretesa all'avvio del procedimento. – 4. Precisazioni su istituti collegati. – 4.1. (*segue*) L'obbligo di concludere

il procedimento. – 4.2. (*segue*) Il provvedimento in forma semplificata. – 4.3. (*segue*) L'integrazione del silenzio-assenso. – 5. Profili conclusivi.

1. Profili introduttivi. La processualizzazione dell'azione amministrativa

La considerazione che, nell'ambito del nostro diritto amministrativo, ha ricevuto il procedimento, ha dovuto scontare una genesi incerta, quale istituto relegato nell'ombra dal paradigma negoziale volontaristico che ha caratterizzato l'originaria rappresentazione dell'attività della pubblica Amministrazione. L'atto, non la procedura, è stato, in tale prospettiva, è il fulcro centrale dell'esercizio del potere amministrativo – e, conseguentemente, dei rapporti tra cittadini e Amministrazione¹.

¹ Invero, va ricordato che la formazione del sistema di diritto amministrativo che si ebbe nell'Europa continentale aveva portato, come noto, ad una separazione tra forme procedurali di amministrazione e forme procedurali di giurisdizione (sul punto, per una ricostruzione, cfr., su tutti, L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2006, *passim*, spec. pp. 36 ss., 64 ss., 182 ss. e 225 ss.; si veda quanto all'epoca affermato da G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1839, pp. 16-17). In tale circostanza, la prospettiva di riferimento conteneva quindi comunque in sé la rappresentazione dell'azione amministrativa come rito procedurale: cfr. G. MANNA, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1876, pp. 340-341; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909, p. 597 ss. Tuttavia, proprio la separazione ricordata, fondandosi sulle differenti esigenze delle due tipologie di attività, comportava la svalutazione dello stesso rito amministrativo, con lo spostamento della rappresentazione degli interessi delle parti al momento successivo del contenzioso amministrativo.

In questa prospettiva, in disparte i timidi e più risalenti tentativi di configurare un rapporto tra privato e Amministrazione nello svolgimento della sua azione (ci si riferisce a Manna e Meucci), la dottrina pubblicistica rimase immersa, fino al secondo dopoguerra, nell'ottica privatistica per l'elaborazione della dogmatica amministrativa. Essa si concentrò quindi sulla nozione di atto amministrativo, e in questo tentò di risolversi il dispiegarsi dell'azione amministrativa, non andando così al di là del concetto di atto complesso: cfr. in particolare D. DONATI, *Atto complesso autorizzazione, approvazione*, in *Arch. giur.*, 1903, ora in *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966, p. 387 ss.; U. BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, in *Studi senesi*, 1903, p. 3 ss.; V. BRONDI, *L'atto complesso nel diritto pubblico*, in *Studi giuridici dedicati ed offerti a Francesco Schupfer*, Torino, 1898, III, ora in *Scritti minori*, Torino, 1934, p. 1 ss.; M. BRACCI, *Dell'atto complesso nel diritto amministrativo*, Firenze, 1961 (rist. 1927), p. 87 ss.; P. GASPARRI, *Studi sugli atti giuridici complessi*, Pisa, 1939; per una ricostruzione cfr. R. LUCIFREDI, *Atti complessi*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, p. 1500 ss.; F. MIGLIARESE, *Atto complesso*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, p. 1 ss.), o al limite di quello di atto-procedimento (U. FORTI, *"Atto" e "procedimento" amministrativo*, in *Studi in onore di Oreste Ranalletti*, I, Padova, 1931, ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, p. 455 ss., spec. p. 467 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, II,

L'alternativa di una visione procedurale dell'attività ricevette invece, non serve ricordarlo, ben diversa considerazione in altre esperienze europee². Tuttavia, la costruzione del sistema amministrativo nel senso anzidetto scoraggiò, in un primo momento, una possibile estensione anche al nostro ordinamento³. Tant'è che anche chi, studiando la problematica in chiave comparata, propose una solida ricostruzione della realtà procedimentale amministrativa nel nostro ordinamento, preferì poi, dovendosi necessariamente confrontare con il quadro giuridico corrispondente, strutturarla nel senso della sua finalizzazione alla costruzione dell'atto, che per tale via rimaneva comunque centrale⁴.

Napoli, 1932-1934, pp. 144-145.

² È questo il caso, ben noto, del modello austriaco del procedimento amministrativo: per una ricostruzione, si veda ad es. A. FERRARI ZUMBINI, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo: il modello austriaco*, Napoli, 2020.

³ Il recupero di una più compiuta dimensione procedimentale fu comunque anticipato da alcune autorevoli intuizioni. In questo, G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, c. 375 ss. (cfr. anche ID., *Principi di diritto amministrativo*, I, Pisa, 1945, pp. 180-182), distingue nettamente il piano del procedimento con quello delle altre figure (atto complesso, atto-procedimento, ecc.) e ne individuava il tratto peculiare in una concatenazione di atti disomogenei tra loro, il cui legame sarebbe dato dalla loro strumentalità all'effetto giuridico finale, prodotto dall'atto principale, che avrebbe rappresentato "la destinazione ultima e fondamentale dei diversi comportamenti". Si veda poi F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (rist. 1914, a cura di G. MIELE), pp. 501-502, che ricollegò la nozione di procedimento amministrativo all'esempio della procedura civile, da considerarsi sotto il profilo formale, di una serie di atti collegati fra loro da un ordine logico o legale nel tempo.

⁴ La precipua concezione del procedimento sul piano strutturale avvenne, come noto, ad opera di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 31 ss. L'illustre A., negando valore alla nozione sostanziale del procedimento fino ad allora assunta alla base delle elaborazioni dottrinali, e conseguentemente criticando la distinzione tra procedimento e atto complesso fondata sull'omogeneità delle attività che costituiscono il secondo, ha affermato (pp. 36-37) che il procedimento "vale a designare, non tanto la serie dei singoli fatti" che si svolgono verso un fine specifico "quanto piuttosto il modo del loro susseguirsi. (...) Quella del procedimento è dunque una nozione formale (...) attinente all'aspetto dinamico di un fenomeno che si concreta in più momenti nel tempo", e corrispondentemente alla diversità funzionale delle singole attività giuridiche che connotano i differenti momenti "è dato riscontrare in seno al procedimento una vera e propria partizione in fasi". Il procedimento assumeva, dunque, la sua autonomia concettuale rispetto all'atto. Detta autonomia, tuttavia, rimaneva su un piano eminentemente formale, quale modalità di formazione dell'atto: rispetto ad essa, finiva quindi per porsi in chiave del tutto strumentale, mantenendo così inalterata la corrispondente centralità attizia.

Saranno i successivi studi sulla funzione che consentiranno di esprimere pienamente un paradigma di processualizzazione dell'attività amministrativa, attraverso il procedimento⁵. In questo senso, si è espressa l'opzione radicale di anti-tesi tra atto e procedimento: l'atto espressione della volontà del soggetto, il procedimento espressione dell'oggettività della funzione⁶.

La successiva evoluzione normativa, rappresentata dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, è risultata particolarmente influenzata dalle elaborazioni dottrinali sul punto (si suole ritenere che sia stata una legge 'più dottrinale che giurisprudenziale'; anzi in molti punti ponendosi in contrasto con la precedente giurisprudenza). Essa ha fatto così proprio il paradigma processuale dell'azione amministrativa, pur senza aderire alle opzioni oggettivistiche più estremiste⁷.

Secondo l'insegnamento della dottrina processualista, infatti, è processo il procedimento che si caratterizza nell'esprimersi nel contraddittorio tra le parti, senza possibilità per l'organo decisore di obliterare la loro attività, pur potendosene discostare⁸. Riconosciuto, in proposito, che tale formula, in sé generale, può

⁵ La considerazione della sostanza procedurale afferente alla funzione amministrativa si ha con F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1117 ss.; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 991 ss., spec. p. 1018 ss., ed ivi n. 59 ss.; ID., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 2 ss.; ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p. 85 ss. L'illustre A., abbandonata infatti la nozione teleologica della funzione, quale potere il cui esercizio è volto alla soddisfazione dell'interesse generale o comunque altrui (la tradizionale posizionale di SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 179 ss.), si inserisce nella considerazione normativistica della funzione quale attività di trasformazione del potere in atto. In tale prospettiva, la funzione costituisce un'entità, sintesi di tempo e di spazio logico, che assume rilevanza giuridica in quanto idonea a manifestarsi attraverso la corrispondente attribuzione di giuridica rilevanza al processo decisionale che l'esercizio del potere caratterizza. Il procedimento assume quindi centralità, quale, secondo la nota locuzione, 'forma della funzione'.

⁶ In questo senso radicale, F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, Milano, 1969, p. 123 ss. Cfr. anche G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 279 ss.

⁷ Sulle considerazioni che seguono, si veda quanto da noi considerato in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020 (rist. 2025), p. 395 ss.; II-2, *Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, Torino, 2023 (rist. 2025), pp. 283 ss.

⁸ La considerazione di un generale canone processuale dell'attività amministrativa parte dal superamento della considerazione teleologica del processo, secondo la posizione tradizionale, la

articolarsi in differenti declinazioni⁹, la struttura normativa del procedimento amministrativo può allora reputarsi fondata su un canone processuale¹⁰: essa, infatti, prevede che l'esplicazione della funzione avvenga in contraddittorio, sia pure, quest'ultimo, di carattere più marcatamente verticale (quale contraddittorio tra parti e organo decidente), che non orizzontale (quale contraddittorio tra le parti), in ragione dell'eventuale, e comunque non completa, separazione tra organo procedente-parte e organo decisore¹¹.

quale richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale: cfr., in merito ad essa, in particolare F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 44; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1939, p. 4. La dottrina amministrativistica che ha sviluppato il concetto di funzione sotto un profilo strutturale, quale processo formativo dell'effetto, ha infatti avuto buon conto di considerare che il concetto di processo dovesse necessariamente rifarsi alla connotazione strutturale propria della stessa esplicazione della funzione: si è così distinto, da parte di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1131-1132, il procedimento dal processo in relazione alla circostanza che nel processo partecipano soggetti che perseguono interessi diversi da quello del soggetto a cui compete l'emanazione dell'atto, i quali possono in tal modo concorrere alla trasformazione del potere (cfr. anche ID., *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 739). Per questa via, è risultato possibile giungere alla considerazione per cui il contraddittorio è ciò che caratterizzerebbe la sostanza processuale dell'attività, ciò che, quindi, definisce il processo come tale, a prescindere da qualsiasi connotazione di ordine teleologico; il processo è, cioè, un procedimento che si svolge attraverso la rappresentazione delle posizioni delle parti nella cui sfera giuridica la decisione dispiegherà i suoi effetti. In particolare, l'affermazione dell'impostazione generale appena descritta si deve ai contributi di E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss., il quale, ponendosi, sotto tale profilo, su analoga linea, in via generale, di quella tracciata da F. Benvenuti, ha specificato come la partecipazione debba atteggiarsi, perché possa parlarsi di processo: nel senso cioè che mentre il procedimento si identifica con una serie concatenata di atti, il processo è qualche cosa di più e di diverso, essendo necessaria la partecipazione di coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale produrrà i suoi effetti in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività (E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; ID., *Processo*, cit., p. 1072; ID., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.).

È su tali basi che la dottrina amministrativistica successiva, che si è inserita nel solco del concetto di funzione considerato da F. Benvenuti, ha potuto porre in diretta correlazione quest'ultima con la valorizzazione della sostanza processuale dell'attività amministrativa: in questo senso G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss.; *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.;

Sotto, poi, il profilo oggettivo, il procedimento amministrativo rispecchia, analogamente al processo giurisdizionale, una struttura procedurale improntata ad un'ottica processuale, per come fondata sull'*accertamento*¹². Viene infatti prevista la proposizione di una domanda da parte del privato istante o la sua autoproposizione dalla P.A., con l'avvio del procedimento; e viene corrispondentemente regolamentata un'attività di verifica della sussistenza degli elementi fattuali e della integrazione della relativa fattispecie normativa, ai fini della definizione della decisione concernente l'esercizio o il non esercizio del potere nel caso

nonché G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss. Il passo successivo sarà quello di riportare la sostanza processuale dell'attività non alla funzione intesa come farsi del potere, ma quale farsi della decisione (in questo senso la funzione secondo la rappresentazione di F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2002, p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss.).

9 Ed infatti, ponendosi nella prospettiva descritta alla nota precedente, si assiste sicuramente ad una "capacità espansiva del contraddittorio", idonea a portare le logiche processuali al di là dell'ambito proprio del processo giurisdizionale (in questo senso L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del)*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1997, pp. 11-12, il quale, richiamando le considerazioni di Fazzalari, aggiunge che se l'essenzialità del contraddittorio si manifesta in una correlazione indissolubile con la funzione giurisdizionale, esso si appalesa anche "come veicolo indispensabile di diffusione del paradigma processuale anche al di fuori dell'orbita del fenomeno giurisdizionale in senso tecnico", come avvenuto in relazione alla disciplina della l. n. 241/1990 per il procedimento amministrativo; cfr. anche lo stesso E. FAZZALARI, *Diffusione del processo*, cit., p. 861 ss.). D'altro canto, è pur vero che, lo stesso riferimento al contraddittorio, per le diverse modalità in cui può trovare applicazione, in relazione al tipo di processo, porta ad una genericità dei contenuti del processo stesso, senza possibilità di pervenire per tale via ad un'ipotesi ricostruttiva definita. In questi termini, il paradigma comune deve allora essere mantenuto, ma ciò non va a negare la possibilità di sue diverse declinazioni; anzi, è proprio in questi termini che è possibile pervenire alle considerazioni da noi effettuate, per cui la consistenza della funzione si ricollega alla struttura del modello procedurale in cui essa trova esplicazione. Cfr. *infra*, nel testo e in nota.

10 Dopo l'introduzione della l. n. 241/1990, si è in via generale ammessa, perlomeno da una parte della dottrina, una generale processualizzazione, o quantomeno una processualizzazione in senso lato, dell'azione della P.A.: cfr. in particolare, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, p. 248 ss.; L. MIGLIORINI, *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Napoli, 1993, p. 89; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento*

concreto; di tali risultanze procedurali (le “risultanza dell’istruttoria”), è prescritto debba darsene conto nell’apposita motivazione dell’atto, nel momento, quindi, di manifestazione della decisione assunta¹³.

La declinazione della struttura normativa della funzione amministrativa in un modello processuale di accertamento la rende, in tale prospettiva, analoga a quella giurisdizionale. Le differenze, che fra le due strutture si riscontrano, sono diversità interne al medesimo modello strutturale, in ragione della differente articolazione, strutturale e funzionale, del relativo contraddittorio (in chiave da noi

amministrativo, Milano, 2004, *passim*; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al “preavviso di rigetto”*, *ivi*, 2005, p. 1003 ss.

L’impostazione propriamente processuale della funzione amministrativa, ad ogni modo, si ritrova attualmente, nello specifico, nel filone dottrinale oggettivistico, che, ponendosi nel solco dell’insegnamento di F. Benvenuti, G. Berti e G. Pastori, ha da ultimo cercato di portare ad una più compiuta ricostruzione strutturale la considerazione della forma processuale del procedimento e, per tale via, la stessa ascrizione del procedimento amministrativo al genere procedurale a cui appartiene il processo giurisdizionale: in questo senso, cfr. in particolare L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., spec. p. 61 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. (che amplia una riflessione già effettuata, in forma più ridotta, in ID., *La “manifesta infondatezza” della domanda nel procedimento e nel processo*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, 2007, p. 309 ss.); M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 93 ss.; ID., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; ID., *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, 2012.

11 In particolare, la previsione, ai sensi degli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, della comunicazione dell’avvio del procedimento, della partecipazione delle parti, delle modalità partecipative attraverso l’accesso e il deposito di memorie scritte e documenti che l’Amministrazione ha l’obbligo di valutare ove siano pertinenti all’oggetto del procedimento, nonché del preavviso di rigetto, comporta che l’autorità decidente debba necessariamente aprirsi al confronto delle parti e considerare l’attività dell’altra parte intervenuta. In questo modo, si sancisce la presenza di una procedura in contraddittorio, e si consente, secondo l’insegnamento processualciviltistico, di cui subito sopra, in nota, di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all’interno di un processo. Vi è un’assenza di una piena pariteticità tra le parti, dovuta alla circostanza che, ai sensi degli artt. 4 e 5, l. n. 241/1990, l’organo procedente potrebbe non essere separato da quello decidente, e comunque tale separazione sarebbe non completa, in quanto comunque interna. Ciò non toglie, tuttavia, come detto nel testo, che i soggetti privati assumano

definita *collaborativo-garantistica* per il modello generale dell'azione amministrativa; in chiave necessariamente *prettamente garantistica* per il processo giurisdizionale)¹⁴. Seppure non si nega che tale profilo sia determinato da una diversa visione ordinamentale delle due funzioni, e che una differente articolazione del contraddittorio possa portare ad una diversa declinazione dei relativi istituti procedurali correlati, l'appartenenza di entrambi, procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, ad un modello comune di carattere processuale, comporta che le categorie processuali trovino applicazione in entrambe le realtà.

un ruolo, all'interno del procedimento, che si caratterizza per la rappresentazione della propria posizione in termini di contraddittorio con l'autorità decidente, giacché quest'ultima, se può disattendere, non può anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola affatto in considerazione ovvero non dandone conto (si veda, in particolare, l'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990, sull'obbligo di valutazione delle memorie e dei documenti, per come correlato con il precedente art. 3, sulla motivazione dell'atto). Il contraddittorio, in questo senso, è limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che riguarda la sua esplicazione tra le parti), ma non lo è sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e l'autorità decidente: cfr., su tale distinzione M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, cit., p. 69 ss.).

Non si può quindi negare la presenza di un contraddittorio in senso tecnico sulla base della circostanza che l'autorità decidente sia al tempo stesso appunto soggetto che decide e contraddittore, sia, cioè, parte in senso sostanziale, la quale, ancorché imparziale, cura direttamente interessi pubblici coincidenti o in conflitto con quelli dei privati attraverso lo svolgimento dell'azione amministrativa, mentre perché vi sia pariteticità effettiva l'autorità decidente dovrebbe necessariamente essere terza e indipendente rispetto alle parti: così, invece, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 239 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, pp. 939-940; ID., *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, cit., pp. 4512-4513; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 121 ss.

12 La considerazione del modello procedimentale amministrativo quale procedura fondata sull'accertamento è stata da noi ampiamente svolta in *Potere*, I, cit., p. 410 ss. Si vedano poi anche, nelle differenti declinazioni, B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, spec. p. 75 ss.; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 92 ss.

13 In questo modo, viene normativamente prevista una procedura all'interno della quale assume rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti; come detto nel testo, ciò che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori, regolamentata dagli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività viene, poi, inquadrata all'interno di un modello processuale corrispondente, che consente di rapportarla alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda, come detto nel testo); rispetto ad essa, si pone

La specifica declinazione, in questo senso, dei caratteri propri del procedimento amministrativo è stata da noi ampiamente vagliata in altra sede¹⁵. Ci si vuole, allora, qui soffermare su un particolare istituto, pur invero altrove già considerato, per procedere ad un suo più compiuto approfondimento. L'attenzione si deve volgere, a tal proposito, alla fase di avvio del procedimento, nella sua considerazione quale proposizione di una domanda di stampo processuale (la *domanda procedimentale*).

2. La fase dell'iniziativa e la domanda procedimentale. Profili generali

L'esperimento della domanda è ciò che determina l'esercizio dell'azione processuale. In ragione del modello processuale che connota la struttura della funzione amministrativa, ciò vale anche per il procedimento amministrativo, con

infatti la necessità di verifica della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, rapporta la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra all'art. 3, l. n. 241/1990.

14 Nello specifico, si ritiene infatti possibile individuare due modelli processuali generali, sulla base della considerazione che del contraddittorio si assume, sotto il profilo strutturale e funzionale, nel rapporto con la norma di cui all'art. 6 CEDU. Il primo modello è quello che può definirsi *prettamente garantistico*, corrispondente ad un modello procedurale rispettoso delle garanzie riscontrabili nell'art. 6 CEDU, in sé considerate. Il secondo è quello *collaborativo-garantistico*, ove l'autorità decidente non è pienamente separata dal soggetto procedente, in quanto la separazione è solo eventuale, e non è comunque perfetta sotto il profilo strutturale, ma la partecipazione delle parti non può comunque essere obliterata; in ordine ad esso, il rispetto dell'art. 6 CEDU è assicurato dalla compensazione *ex post* in un successivo processo prettamente garantistico (che, come ormai chiarito dalla giurisprudenza europea, non comporta comunque in sé la necessità di sostituzione delle scelte discrezionali da parte dell'autorità di *full jurisdiction*). Ora, il primo modello è quello che deve necessariamente riscontrarsi nel processo giurisdizionale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 24, 100, 101 ss. e 111 Cost., e degli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE. Il secondo è, invece, come spiegato nel testo e alla nota precedente, il modello corrispondente al modulo procedurale generale dell'azione amministrativa. È possibile, va peraltro aggiunto, che, in taluni specifici procedimenti amministrativi (ad es., quelli propri delle Autorità indipendenti), la configurazione dell'organo decidente e l'articolazione del relativo contraddittorio tra le parti siano strutturate in senso prettamente garantistico. Sul punto, si veda *Potere*, II-2, cit., p. 288 ss.; nonché *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 181 ss.

15 Si veda in proposito *Potere*, II-2, cit.

riferimento a ciò che va denominata domanda procedimentale.

In questa prospettiva, si deve tenere in considerazione come l'azione in senso stretto sia coincidente con una situazione di potere, il cui esercizio produce, in ordine all'oggetto a cui il potere fa riferimento, l'effetto di instaurazione del procedimento, costitutivo del relativo rapporto¹⁶. Il rapporto che si viene a creare con l'esercizio dell'azione è un rapporto complesso di natura procedurale, rispetto al quale si possono porre una pluralità di situazioni giuridiche, in ragione del rilievo attribuito alla posizione della parte nell'ambito della struttura dell'attuazione del potere decisorio dell'organo a ciò deputato (cioè, della struttura della funzione). Vi sono così situazioni che ineriscono direttamente al dovere di adozione dell'atto decisorio, e situazioni strumentali alla formazione della decisione, situazioni che nascono dalla dinamicità delle trasformazioni che si producono sul piano procedurale, ecc.

In particolare, delle situazioni che ineriscono direttamente al dovere di adozione dell'atto decisorio da parte dell'Amministrazione, si è soliti considerare le situazioni di carattere assolutamente astratto (inerenti all'obbligo di adozione di un qualsiasi provvedimento decisorio), di carattere relativamente astratto (inerenti all'obbligo di adozione di un provvedimento che decide nel merito) e di carattere concreto (inerenti all'obbligo di adozione del provvedimento richiesto, cioè alla fondatezza della relativa pretesa sostanziale). In ordine alle situazioni strumentali alla formazione della decisione, queste possono a loro volta suddividersi, a seconda del loro contenuto (del contenuto della norma formale rispetto alla quale inerisce la posizione del soggetto) in situazioni concernenti il contraddittorio procedurale, e situazioni ad esso estranee (situazioni meramente procedurali).

Le situazioni descritte, si aggiunge, costituiscono espressione, insieme con quelle procedurali concrete, a rilievo sostanziale, della doverosità della funzione, sotto il profilo delle situazioni giuridiche in essa coinvolte, nei termini in cui tale carattere si ripercuote sul piano della loro qualificazione deontica¹⁷.

¹⁶ Sui profili considerati nel testo, sia consentito rimandare a *Potere*, I, cit., pp. 91 ss., ed ivi i relativi riferimenti. Per una sintesi della questione, si veda ad ogni modo anche A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, pp. 206 ss., n. 11.

¹⁷ Sulle differenti implicazioni della doverosità della funzione si vedano, in particolare, F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, p. 75 ss.; A. MELONCELLI,

Ora, tanto considerato, la nostra analisi prenderà in considerazione i profili relativi all'esercizio dell'azione, e, quindi, all'avvio del procedimento. In questo senso, l'analisi sarà rivolta alle situazioni concernenti il potere di azione procedimentale(/di avvio del procedimento), e agli istituti ad esse correlati. A tali situazioni, in ragione della loro modalità deontica, può poi correlarsi la situazione del soggetto il cui interesse è riconosciuto rilevante dall'ordinamento in ordine all'esercizio del relativo potere, quale pretesa che si pone in rapporto all'obbligo dell'esercizio dell'azione/avvio del procedimento, che pure dovrà essere oggetto di considerazione. Infine, ci si dovrà soffermare sulla correlazione di queste con le altre tipologie di situazioni procedurali rappresentate, così da valutare l'effettiva declinazione di tutti gli istituti coinvolti, e tracciarne l'effettiva distinzione, non sempre chiara nel quadro ricostruttivo generale.

Nella prospettiva descritta, dunque, si verrà a fornire una rappresentazione della fase di avvio del procedimento, per come considerata nei termini processuali propri della struttura normativa della funzione amministrativa, di modo da tentare di chiarirne, all'interno di tale impostazione, i profili ancora controversi.

3. La domanda procedimentale e le modalità del suo esperimento

La prima tipologia di situazione procedurale che, in questo scenario, viene in considerazione, è quella, come detto, rapportabile al potere di azione, che, nel riferimento al procedimento amministrativo, si declina nel senso di un potere di avvio del procedimento. La situazione giuridica in questione è qualificabile, infatti, come situazione di potere, di carattere prettamente procedurale, il cui esercizio produce, come effetto, l'instaurazione del procedimento nel caso di specie, da cui consegue il relativo obbligo decisorio in capo all'autorità procedente, insieme con le ulteriori situazioni strumentali al corrispondente accertamento. Come già spiegato, la caratterizzazione, in ordine al rapporto creatosi con l'esercizio del potere

L'iniziativa amministrativa, Milano, 1976, pp. 27 ss., 165 ss. e 211 ss., che nello specifico distingue, in relazione all'istanza del privato, (p. 212 ss.) tra obbligo di procedere, obbligo di pronunciarsi nel merito, e obbligo di provvedere in positivo; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, p. 9 ss., di cui si veda spec. p. 89 ss., sulla distinzione del dovere di provvedere come dovere di iniziare il procedimento, dovere di concludere il procedimento e dovere sostanziale di adottare il provvedimento; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, pp. 93 ss. e 265 ss.; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, p. 71 ss.

di azione, di tipo assolutamente astratto, relativamente astratto, ovvero concreto, dipende dalla rilevanza, accordata dall'ordinamento, alle differenti tipologie di situazioni giuridiche (assolutamente astratte, relativamente astratte, concrete) che derivano dall'esperimento dell'azione/avvio del procedimento.

Nella sua generale considerazione, il potere di avvio del procedimento viene a declinarsi nel senso di risultare conferito, in ragione del dato normativo di riferimento, a colui a cui è normativamente attribuito il medesimo potere decisorio, oppure ad un altro soggetto. Si è soliti, a tal proposito, distinguere in generale tra procedimenti ad iniziativa d'ufficio e procedimenti ad istanza di parte.

Invero, in via generale, rispetto a tale distinzione, viene solitamente anche aggiunto che gli atti di iniziativa possono provenire anche da altra pubblica Amministrazione, diversa da quella che assume la decisione, attraverso atti qualificati, a seconda dei casi, come richieste o proposte¹⁸. In tale ipotesi, la considerazione che sia la stessa P.A. decidente ad avviare il procedimento su richiesta di altra Amministrazione, ovvero che l'avvio possa essere anche determinato direttamente dall'atto di quest'ultima, dipenderebbe dall'effettiva struttura normativa procedurale dei singoli poteri. Si è, ad ogni modo, in tale prospettiva, nell'ambito dell'ordinaria considerazione pluristrutturata del procedimento amministrativo, rispetto alla quale il riferimento è comunque alla disciplina dei procedimenti d'ufficio; il riferimento alle istanze, in senso proprio, è invece rivolto agli atti di iniziativa dei privati.

¹⁸ Sul punto, si vedano, in particolare, M. BRACCI, *La proposta in diritto amministrativo*, Firenze, 1961 (rist. 1925 con prefaz. di M. CANTUCCI), p. 24 ss.; A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, cit., pp. 178 ss. e 297 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, p. 835 ss.; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 274 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1984, pp. 613 e 621; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 393; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1996, p. 592; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, pp. 596-597; G.M. RACCA, *Richieste e istanze alla pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 368 ss.; A. TRAVI, *Proposta*, *ivi*, XII, Torino, 1997, p. 100 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Istanze alla pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, pp. 3284-3285 e 3289; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, pp. 32-33, n. 20.

3.1 (segue) I procedimenti ad istanza di parte

La presenza di una vera e propria domanda procedimentale è stata solitamente ravvisata in ordine ai procedimenti ad istanza di parte. In tale categoria di procedimenti, il potere di avvio è, infatti, attribuito al privato che afferma la sussistenza della situazione di potere sostanziale corrispondente alla doverosità di produrre il relativo effetto. La domanda procedimentale è quindi esperita dal privato, a fronte della quale l'Amministrazione dovrà procedere alla relativa verifica e pronunciare la propria decisione.

Nell'ipotesi in questione, la presentazione dell'istanza ha, quindi, il valore di proposizione della relativa domanda, quale esercizio, appunto, del potere di azione/

avvio. L'istanza, in questa prospettiva, si inserisce pienamente nel rilievo che la stessa assume all'interno del modello processuale della funzione, superando, per tale via, la sua tradizionale considerazione di atto negoziale in chiave prettamente sostanzialistica¹⁹.

Nella prospettiva descritta, è quindi l'istanza stessa ad avviare il procedimento, e non l'Amministrazione ad avviarlo su istanza dell'interessato: l'istanza è, cioè, atto di esercizio di una vera e propria domanda, avente ad oggetto l'accertamento della/e situazione/i di potere e quella/e di pretesa ad essa/e correlata/e. È, in questi termini, la stessa valenza processuale che consente di affermare che, nei procedimenti ad istanza di parte, l'avvio del procedimento è determinato dalla presentazione dell'istanza, mentre non si rinviene un ruolo corrispondente in ca-

¹⁹ Si veda, in proposito, la posizione di G. MIELE, *La manifestazione della volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, p. 64 ss., che pur non mancava di sottolineare la valenza procedurale di questa tipologia di atti, nell'ambito del più generale riferimento alle manifestazioni di volontà del privato nell'attività amministrativa. In effetti, in quel contesto, anche una volta precipuamente elaborata, sul piano strutturale, la configurazione procedurale dell'azione amministrativa, questa non è stata in grado di fornire un inquadramento pienamente processuale dell'istanza, fintanto che è rimasta limitata al profilo formale, senza assurgere, cioè, a definizione della sostanza processuale della funzione: si veda, in proposito, la tradizionale posizione di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 147; ID., *Procedimento amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1023; ID., *Manuale*, I, cit., p. 627, il quale, del tutto coerentemente, assumeva che i procedimenti ad istanza di parte fossero quelli che, a fronte di un'istanza dell'interessato, dovevano necessariamente essere iniziati (cfr. sul punto anche quanto si dirà *infra*, par. 3.2, n. 31).

po all'Amministrazione²⁰. Tale posizione è quella che, del resto, si è progressivamente affermata, e risulta attualmente piuttosto condivisa, per come collegata, più o meno compiutamente, alla sostanza processuale della funzione²¹

La generale idoneità all'avvio, va specificato, in tanto può riscontrarsi, in quanto ovviamente l'istanza avanzata sia identificabile come tale, presentandosi fattualmente riferibile ad una corrispondente considerazione normativa che, rispetto ad un determinato potere, si ponga nel senso descritto. L'istanza, come atto di esercizio del potere di avvio, deve infatti, per dispiegare i propri effetti, po-

20 L'idoneità dell'istanza ad avviare essa stessa il procedimento, si aggiunge per inciso, non influisce, a nostro avviso, sulla soluzione che viene data alla questione relativa alla necessità della comunicazione di avvio del procedimento anche per i procedimenti ad istanza di parte (sul punto, in senso favorevole, si vedano, tra gli altri, A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., p. 152 ss.; ID., *Istanze*, cit., p. 3287; in senso contrario, M.C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 301 ss.; R. PROIETTI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 570; N. PAOLANTONIO, *Presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni*, *ivi*, pp. 896-897; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 49 ss., ed *ivi* n. 75; anche la giurisprudenza maggioritaria è contraria: *ex multis* Cons. St., sez. IV, n. 4508 del 27 ottobre 2016). In proposito, deve a nostro avviso ritenersi che la necessità o meno della comunicazione, anche per i procedimenti ad istanza di parte, non possa comunque essere collegata alla sua idoneità a rappresentare l'avvio del procedimento da parte della P.A., ma sia determinata dalla necessità di collegamento tra le forme del procedimento e la sua valenza sostanziale come funzione. In questo senso, l'istanza è, come detto, vera e propria domanda, che determina l'apertura del processo, rispetto alla quale la comunicazione di avvio fungerebbe da collegamento formale perché la domanda stessa possa dispiegare pienamente il suo ruolo all'interno della funzione (considerazione come tale dall'autorità procedente, comunicazione ai terzi, ecc.). Se si ragiona in questo modo, allora, chi ritiene che la comunicazione di avvio non sia necessaria, semplicemente considera che, in relazione alla disciplina procedimentale, l'istanza sia idonea già in sé a svolgere pienamente la sua funzione sostanziale, per quanto possibile; non a caso, solitamente si afferma, in dottrina e in giurisprudenza, che comunque la comunicazione di avvio debba essere inviata alle altre parti necessarie del procedimento. In questa prospettiva, la comunicazione rivolta allo stesso istante potrebbe, allora, (comunque reputarsi necessaria e) svolgere un ruolo maggiormente formale, corrispondente ad una presa d'atto dell'istanza; in questo senso parrebbe, del resto, porsi il disposto dell'art. 18 *bis*, l. n. 241/1990 (introdotto dal d.lgs. n. 126 del 30 giugno 2016, c.d. decreto SCIA), il quale, prevedendo che dell'avvenuta presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni è rilasciata immediatamente, anche in via telematica, una ricevuta, attestante l'avvenuta presentazione dell'istanza, della segnalazione e della comunicazione (e indicativa dei termini entro i quali l'Amministrazione è tenuta, ove previsto, a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza), aggiunge anche che la stessa ricevuta tiene luogo della comunicazione di avvio del

ter essere identificabile come effettivo esperimento della relativa domanda procedimentale.

È discusso, in proposito, a quali requisiti debba rispondere perché ciò si verifichi²². A nostro avviso, in conformità con quanto espresso in via generale sulla sua natura processuale, l'istanza deve rispettare le seguenti prescrizioni: deve possedere quei requisiti minimi formali di identificabilità dell'atto come esercizio del relativo potere di avvio (indicazione e provenienza dall'autore, individuabilità generale dell'effetto richiesto, forme minimali rispetto a tali profili necessarie); deve essere rivolta all'esercizio di un potere sostanziale espressione della astratta attribuzione della P.A. precedente; deve essere normativamente prevista come espressione del relativo potere astrattamente attribuito al privato (procedimento

procedimento, se contiene le informazioni ad essa riferibili.

21 Cfr., tra gli altri, A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, cit., p. 215; G. PALEOLOGO, *Istanza. III) Istanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1989, p. 1; L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 748; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva "servizi" (2006/123/Ce)*, Napoli, 2008, p. 186; L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 938; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 45 ss.; ID., *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, in *Foro amm.*, 2015, p. 2678 ss.; ID., *Brevi note sull'obbligo di provvedere della P.A. alla luce del "nuovo" art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, *ivi*, 2014, pp. 1348-1349; F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Napoli, 2023, p. 56 ss.

Si noti, peraltro, che, anche tra coloro che hanno fornito una ricostruzione del procedimento amministrativo sul generale schema processuale, non è mancato chi ha reputato essere in ogni caso l'Amministrazione ad avviare il procedimento: in questo senso M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, cit., p. 115 ss., per cui l'istanza è l'atto di impulso del cittadino che obbliga comunque l'Amministrazione ad avviare il procedimento, costituendo, in questo senso, una condizione necessaria per l'esercizio del potere. Tale impostazione, tuttavia, sembra a nostro avviso avallare un passaggio che, quantomeno se inteso in termini tecnici (e non meramente materiali, di procedere concretamente nell'azione), non porrebbe in termini compiutamente processuali la categoria dei procedimenti ad istanza di parte, per come distintamente considerata rispetto a quella dei procedimenti officiosi.

22 Cfr. tra gli altri, nelle differenti posizioni, N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 122 ss.; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., p. 186 ss.; E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016, p. 80 ss.; con riferimento alla propria impostazione (riportata *infra*, par. 3.2, in nota), S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017, p. 59 ss.

su istanza)²³.

Solo a queste condizioni essa risulta idonea ad avviare il procedimento²⁴. Non sono invece necessari altri requisiti, soggettivi od oggettivi, ancorché la loro eventuale mancanza possa condurre ad una pronuncia di *inammissibilità* della domanda. Tale tipologia di decisione, ora espressamente contemplata dall'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, non consente più, infatti, come pure si era verificato in passato, di sovrapporre l'*identificabilità* dell'istanza con la sua *ammissibilità* (e, quindi, l'obbligo assolutamente astratto di concludere il procedimento con quello relativamente astratto di concluderlo con una decisione di merito, che ad esse corrispondono)²⁵.

La rappresentazione effettuata comporta ulteriori conseguenze procedurali, che derivano dai caratteri appena indicati.

In primo luogo, l'idoneità dell'istanza ad avviare direttamente il procedimento, nel senso descritto, implica che non sia presente una fase, c.d. pre-procedimentale, ove la P.A. verifica la ricorrenza dei presupposti relativi alla sussistenza del potere di azione/avvio del procedimento ai fini del suo esercizio. Tale verifica avviene, invece, a procedimento *avviato*, appunto nella fase di considerazione dell'ammissibilità dell'istanza, di cui si dirà.

Inoltre, la rappresentata considerazione dell'istanza è ciò su cui deve fondarsi la possibilità del suo ritiro (o della sua modifica; conformemente, peraltro, alle eventuali prescrizioni specifiche al riguardo) prima dell'emanazione della decisione. Tale ritiro corrisponderebbe, essenzialmente, ad una rinuncia agli atti del

23 In questa prospettiva, particolare rilievo riveste l'ipotesi in cui l'istanza sia diretta nei confronti di un potere normativamente attribuito alla P.A., ma esercitabile d'ufficio: occorrendo tale evenienza, l'istanza deve essere considerata quale mera sollecitazione, comportante, come tale, non l'avvio del procedimento, ma, ravvisandosene i requisiti, l'obbligo di avviarlo. Si veda *infra*, al par. successivo.

24 L'idoneità dell'istanza ad avviare il procedimento comporta la sua idoneità alla produzione dei diversi effetti a detto avvio collegati (l'effetto riferibile all'obbligo di definizione procedimentale è, cioè, a sua volta, elemento delle fattispecie di ulteriori e differenti effetti). Si noti che, a tal proposito, oltre a quanto sul punto già detto sopra in via generale sulle situazioni procedurali, possono venire in rilievo effetti di tipo differente: così, ad es., in ordine al *silenzio-assenso*, su cui *infra*, par. 4.3.

25 In proposito, si veda ad es. quanto riportato da N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 166. Sul punto, cfr. *infra*, parr. 4 e 4.2, nel testo e alla n. 40.

procedimento: laddove, quindi, l'Amministrazione non dichiara l'improcedibilità della domanda, il provvedimento deve reputarsi illegittimo; pur non essendo stato adottato, quest'ultimo, a fronte della mancanza della domanda del soggetto legittimato a proporla, di tale domanda, a seguito del ritiro, è infatti venuta meno l'operatività in ordine alla valida adozione di una decisione di merito.

3.2. (segue) I procedimenti d'ufficio e la pretesa all'avvio del procedimento

La seconda tipologia di procedimenti che viene in questione è quella ad iniziativa d'ufficio. In tale categoria, il potere di avvio è previsto in capo alla P.A. procedente, la quale, attraverso il suo esercizio, fa dunque valere, dinanzi a se stessa, la domanda di accertamento della/e relativa/e situazione/i di potere, e della corrispondente doverosità di produrre il/i relativo/i effetto/i.

La considerazione dei procedimenti officiosi quali espressione di una domanda procedimentale è risultata, invero, più problematica rispetto a quelli ad istanza di parte, i quali, sotto tale profilo, lo si è detto, hanno costituito il modello a cui la stessa concezione di domanda ha potuto trovare riscontro nel procedimento²⁶. Tuttavia, una volta ammessa la struttura processuale del procedimento, dubbi in proposito non hanno più ragione d'essere²⁷. Nell'ipotesi in esame, può dirsi quindi che l'Amministrazione, esercitando il potere di avvio, propone, din-

²⁶ Da ultimo, la considerazione processuale dei procedimenti officiosi è stata messa in discussione da chi ha considerato che, nell'ambito di essi, a differenza dei procedimenti su istanza di parte, l'atto di avvio non potrebbe considerarsi un atto di esercizio di un corrispondente potere procedurale (F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, cit.). In proposito, si parte dalla considerazione per cui (pp. 27 ss., 35, 69-70 e 217) l'art. 2, l. n. 241/1990, stabilisce che quando il procedimento "*debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso*": tale norma, si afferma, andrebbe interpretata in senso letterale, nel senso, cioè, che l'obbligo di provvedere, nei procedimenti d'ufficio, non sorgerebbe quando l'Amministrazione adempie l'obbligo di procedere, cioè quando avvia il procedimento, ma quando *deve* adempiere detto obbligo, cioè quando si verifica il fatto a tal fine rilevante. In tale prospettiva, (pp. 69-70 e 103 ss.) la fattispecie astratta dell'obbligo di provvedere della P.A. (e, corrispondentemente, della relativa pretesa del privato) corrisponderebbe a quella dell'obbligo di procedere, che dunque accomunerebbe i due distinti doveri. Non vi sarebbe, allora, secondo l'A., un potere di avvio corrispondente a quello che si configura, invece, nei procedimenti ad istanza di parte; correlativamente, (p. 79 ss.) viene negata l'esistenza di una fase pre-procedimentale, e il primo atto di considerazione del fatto rilevante per procedere, quale esso sia, anche istruttorio, viene ritenuto idoneo ad avviare il procedimento, con relativa decorrenza del termine di conclusione (ancorché eventualmente precedente alla comunicazione di avvio). Sul punto, si veda la nota successiva.

nanzi a se stessa, una domanda di cui verificare la fondatezza²⁸.

In particolare, in tale ipotesi, si deve riconoscere che la relativa proposta di decisione viene elaborata nella fase pre-procedimentale, avente ad oggetto la sussistenza della/e situazione/i di potere ai fini del relativo esercizio.

La specificità, che in tale prospettiva va riconosciuta, è quella per cui, articolandosi nel senso descritto la proposizione della domanda, non potrebbe sussistere un obbligo di avviare un procedimento qualora si sia già rilevato, nella fase pre-procedimentale, che il procedimento stesso si debba concludere con una de-

27 È per tale ragione che la tesi di F. FOLLIERI, *Il silenzio*, cit., di cui alla nota precedente, pur presentandosi di estremo rigore concettuale e di indubbio interesse nelle sue conclusioni, non si presta, tuttavia, a poter essere condivisa. In disparte, infatti, i possibili rilievi in ordine ai singoli aspetti in proposito considerati, è il presupposto da cui la tesi stessa muove a risultare in disaccordo con la generale impostazione da noi portata avanti nella considerazione della funzione amministrativa. L'interpretazione che, da parte dell'A., viene conferita all'inciso concernente l'avvio del procedimento d'ufficio, di cui all'art. 2, l. n. 241/1990, parte cioè dal presupposto, implicito ma evidente, di una svalutazione del rilievo rivestito, in proposito, dalle ulteriori disposizioni normative procedimentali che, nella nostra ricostruzione, hanno consentito di configurare la struttura della funzione amministrativa in termini processuali. In questo senso si reputa, coerentemente, (*op. ult. cit.*, p. 30 ss.) che sia metodologicamente errato partire dalla disciplina dei procedimenti ad iniziativa di parte per descrivere quelli officiosi, appunto in quanto non si ritiene, essenzialmente, di accedere al dato comune, ricavabile in generale in via normativa, del valore processuale del procedimento amministrativo. Se si aderisce invece, come da parte nostra si è ritenuto di dover fare, alla rappresentazione corrispondente a detto valore, e si assume quindi che la normativa procedimentale strutturi in generale la funzione in termini processuali, allora anche il dato letterale di cui all'art. 2, l. n. 241/1990, va considerato di conseguenza, e interpretato all'interno del complessivo quadro normativo; risultando, come tale, idoneo a configurare un'auto-domanda dell'Amministrazione. La rappresentazione effettuata in ordine agli istituti oggetto di considerazione (l'atto di avvio, la pre-istruttoria, ecc.) seguirebbe, del pari, tale diverso inquadramento, più vicino, peraltro, alla configurazione che gli stessi comunemente ricevono, in dottrina e giurisprudenza.

28 In questo senso, sulla base di quanto appena considerato, si potrebbe fare riferimento, in ordine all'esercizio del potere sostanziale da parte dell'Amministrazione, alla figura del *Gestaltungsklagerecht*, cioè del diritto potestativo ad esercizio processuale. In via generale, infatti, la logica ad esso sotteso, come noto, viene comunemente rifiutata, non potendosi ravvisare un collegamento in senso proprio tra una siffatta situazione soggettiva e produzione degli effetti di trasformazione giuridica, che derivano, invece, dalla sentenza del giudice (vi sarebbe allora, piuttosto, un diritto processuale all'adozione della sentenza costitutiva, che corrisponde all'azione concreta: cfr., oltre a quanto detto *supra*, al par. 2, sulla considerazione in generale dell'azione processuale, anche, in ordine alla specifica questione richiamata, *Potere*, I, cit., pp. 121 ss.). Tuttavia, potrebbe valutarsi la possibilità di fare riferimento alla figura in questione nei casi in cui, come appena descritto, vi sia coincidenza soggettiva tra il titolare della situazione giuridica

cisione di inammissibilità o di manifesta infondatezza. In questo senso, vi è una differenza con i procedimenti ad istanza di parte, ove, come visto, le valutazioni indicate sono compiute necessariamente nell'ambito del procedimento, che si avvia con la presentazione della relativa domanda²⁹. Nell'ipotesi di procedimento d'ufficio, è invece l'Amministrazione che deve decidere se auto-proporre la domanda, cosicché le medesime valutazioni, effettuate prima della formale apertura del procedimento, portano alla decisione di non procedere all'avvio³⁰.

Va considerata, a questo punto, la posizione del privato rispetto all'esercizio del potere di avvio da parte dell'Amministrazione. Sotto tale profilo, infatti, la doverosità nell'esercizio della funzione, nei termini dell'avvio del procedimento, comporta la possibilità di una posizione protetta del privato che si ponga in correlazione rispetto al relativo obbligo.

Vi è, cioè, un rapporto tra situazioni che si crea in relazione alla modalità deontica della situazione di potere di avvio del procedimento, ove assume rilievo la posizione del soggetto il cui interesse riceva protezione da parte dell'ordinamento rispetto all'imposizione del carattere di doverosità dell'esercizio dello stes-

potestativa a cui il processo fa riferimento, colui che avvia il relativo processo, e chi pone in essere la situazione effettuale. L'auto-proposizione della domanda prevede dunque l'individuazione dell'oggetto del procedimento; e segue allo svolgimento, nella fase pre-procedimentale, della relativa attività di sommaria delibazione circa l'ammissibilità dell'azione e la rilevanza dei fatti individuati: si veda subito di seguito, nel testo.

29 La considerazione dell'avvio del procedimento d'ufficio quale auto-proposizione di una domanda assume, sotto tale profilo, particolare rilievo in ordine alla seconda parte del co. 1 dell'art. 2, l. n. 241/1990, introdotta dalla l. n. 190 del 6 novembre 2012, sul provvedimento in forma semplificata (su cui si veda più in generale *infra*, par. 4.2). La norma richiamata, infatti, dopo aver affermato, nella sua prima parte, che ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la P.A. deve concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso, stabilisce ulteriormente che qualora di ravvisi la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, è possibile concludere il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata. In proposito, non vi è, in linea di principio, una particolare obiezione a che il termine 'domanda' ivi utilizzato faccia riferimento anche ai procedimenti d'ufficio, per le ragioni da noi spiegate, purché si mantenga ferma la distinzione strutturale con quelli ad istanza di parte (si veda di seguito, nel testo e in nota). Tuttavia, va aggiunto, anche a voler opinare in tal senso, si dovrebbe comunque ammettere che il riscontro di una causa che preclude ad una decisione di merito, o l'irrilevanza dei fatti tali da comportare una manifesta infondatezza, siano circostanze idonee ad integrare correttamente una decisione di non avviare il procedimento.

30 Per il medesimo ordine di idee, cfr. N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 135 ss., p. 153.

so potere di avvio. Tale evenienza concerne il riconoscimento, in capo al privato, nell'ambito dei procedimenti officiosi, di una situazione di *pretesa all'avvio del procedimento* da parte dell'Amministrazione: la pretesa in questione risulta, quindi, correlata ad una situazione prettamente procedurale di potere corrispondente ad un obbligo di avvio del procedimento.

Più nello specifico, può evidenziarsi come la pretesa all'avvio del procedimento, quale situazione che si pone in rapporto con il relativo obbligo della P.A., è ciò che si ravvisa con riferimento alle c.dd. *denunce o sollecitazioni qualificate*, cioè in quei casi in cui viene riconosciuto che alla sollecitazione del potere officioso sia collegata, appunto, la possibilità di ottenere, nei termini prescritti, l'esigibilità dell'obbligo della P.A. di avviare il procedimento. In tali ipotesi, ancorché non sia il privato ad avviare il procedimento attraverso un'istanza, viene riconosciuta, in capo ad esso, una pretesa rispetto al corrispondente obbligo, in tal senso, dell'Amministrazione.

In questo senso, le denunce qualificate non vanno quindi confuse con le vere e proprie istanze, che, come detto, sono invece atti di esercizio del potere, riconosciuti in capo al privato, di avviare il procedimento. La sollecitazione rappresenta invece, anche se qualificata, la mera rappresentazione dei fatti idonei a far sorgere, in capo all'Amministrazione, l'obbligo di avviare il procedimento. Non vi è quindi, in questa prospettiva, una trasformazione dei procedimenti officiosi in procedimenti ad istanza di parte, e il sollecito o la denuncia qualificata possono dirsi atti espressione di una situazione giuridica di carattere procedurale differente da quella che è espressione dell'istanza, la quale, come detto, è vera e propria domanda³¹.

31 Sulla necessità di mantenere ferma la distinzione, cfr. L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, cit., p. 941; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa*, cit., p. 152 ss.; ID., *Istanze amministrative*, cit., p. 3285; L. DE LUCIA, *Denunce qualificate*, cit., p. 748; ID., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, p. 144; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 88 ss.; ID., *Considerazioni critiche*, cit., p. 2687.

La posizione contraria muove invece dal presupposto, più o meno esplicitato, che l'istanza non rappresenti un atto di esercizio del potere di avvio del procedimento, ma sia invece costitutiva dell'obbligo dell'Amministrazione di avviarlo (sul punto, cfr. subito sopra, nel testo e in nota). Tale posizione pare sottesa, come già avvertito, alla tradizionale impostazione di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 147; ID., *Procedimento amministrativo*, cit., p. 1023; ID., *Manuale*, I, cit., p. 627, che riteneva che il tratto differenziale, in ordine alla declinazione del procedimento, fosse determinato dalla presenza o meno di un procedimento officioso da non dover

Tanto considerato in via generale, va valutato quando possa dirsi sussistente, in capo ad un soggetto, una pretesa all'avvio del procedimento.

La sussistenza della relativa situazione procedimentale presuppone infatti che sia considerata rilevante, e fattualmente integrata, una posizione protetta in capo al singolo, declinata nel senso rappresentato.

Questa, secondo quanto in via generale è ricavabile dal contesto normativo di riferimento, deve considerarsi esistente a fronte dell'esistenza di specifici presupposti, soggettivi e oggettivi, alla stessa corrispondenti. In particolare, sotto il profilo soggettivo, vi deve essere una posizione protetta, la quale può essere espressamente contemplata dalla norma che prevede la denuncia o il sollecito, ovvero, si deve ritenere, può essere comunque riconosciuta in via generale come tale, in quanto riferita ad un interesse qualificato, e in sé rilevante, rispetto alla relativa funzione³². Sotto il profilo oggettivo, deve invece presentarsi l'ammissibilità e

necessariamente essere messo in moto dalla P.A. allorché vi fosse stata un'istanza di parte. Più di recente, essa si ritrova in S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, cit., pp. 52 ss. e 88 ss., che, non differenziando potere di avvio e pretesa a fronte di un obbligo di avvio, ritiene estendibile, quantomeno in via generale, (talune del)le norme relative ai procedimenti ad istanza di parte a quelli d'ufficio, nel momento in cui questi ultimi devono essere necessariamente avviati a seguito di una denuncia del privato (con la stessa rimodulazione, in tal senso, del concetto di istanza, riferita a tutte le ipotesi in cui si faccia valere una posizione qualificata che miri all'ampliamento della propria sfera giuridica).

32 Nello specifico, quindi, sotto il profilo soggettivo, si dovrebbero ritenere fattualmente integrati i requisiti in tal senso richiesti da una specifica previsione normativa che disciplina la possibilità di denuncia o di sollecito; o comunque quei requisiti idonei a definire soggettivamente la situazione di interesse legittimo (per una ricostruzione della questione, si rimanda a *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022 (rist. 2025), pp. 47 ss.), quali rappresentativi del rilievo del relativo interesse. Tale evenienza *non si ravvisa, va tuttavia specificato, in relazione all'esercizio del potere di secondo grado*, non potendo rivolgersi, l'interesse ad essa sotteso, alla disponibilità della relativa funzione: cfr. di seguito, alla n. 34.

La posizione appena descritta si pone, adeguandola ai termini della ricostruzione da noi proposta, in continuità con quella di chi ritiene che la denuncia sia qualificata in tutti quei casi in cui, a fronte di un potere d'ufficio, siano ravvisabili (invero, in varie e differenti declinazioni) i presupposti indicati: cfr. in proposito A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa*, cit., p. 157 ss.; L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, cit., p. 943 ss.; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 57 ss., p. 58, n. 87; F. FOLLIERI, *Il silenzio*, cit., p. 157 ss. Differente, invece, quella posizione, più restrittiva, che fa riferimento ai soli casi normativamente previsti: si veda ad es. L. DE LUCIA, *Denunce qualificate*, cit., p. 719, di cui cfr. tuttavia anche quanto detto in ID., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, cit., p. 144 ss., p. 152.

la non manifesta infondatezza della domanda di cui si richiede l'auto-proposizione, secondo quanto già considerato³³.

La posizione rappresentata implica che non possa, invece, la protezione dell'interesse all'avvio, ritenersi generalizzata, e quindi implicare un necessario obbligo della P.A. di avviare il procedimento su richiesta del privato, anche al solo fine di manifestare l'evidente insussistenza dei presupposti dell'azione.

Tale considerazione si ricollega, da ultimo, alla problematica che ha interessato l'introduzione della previsione, già richiamata, relativa al provvedimento in forma semplificata, da parte della l. n. 190/2012, che ha modificato in tal senso l'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990. In particolare, una volta stabilito che, in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, l'Amministrazione possa concludere il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, si è sollevata la questione se ciò non avesse comportato un obbligo, per l'autorità procedente, di rispondere a qualsiasi sollecitazione/denuncia proposta da un privato.

La risposta al quesito descritto non può che essere negativa. In disparte, infatti, la posizione che si assume in ordine all'equivalenza o meno tra denunce qualificate e istanze in senso proprio (da noi negata, come visto), l'obbligo di provvedere si può comunque ritenere sussistente soltanto se un procedimento sia stato effettivamente avviato. La norma non muta, invece, le ipotesi in cui sussiste una pretesa del privato a che la P.A. avvii il procedimento, cosicché, sotto tale profilo,

³³ Sotto il profilo oggettivo, dunque, devono sussistere i presupposti idonei a consentire di ottenere una pronuncia di merito, e vi devono essere elementi idonei a rilevare in ordine alla possibile considerazione della situazione di potere, quali rappresentati nella sollecitazione: ciò in quanto, come si è poco sopra spiegato, non potrebbe sussistere un obbligo di avviare un procedimento qualora si sia già rilevato, nella fase pre-procedimentale, che il procedimento stesso si debba concludere con una decisione di inammissibilità o di manifesta infondatezza (sono considerati, quindi, sotto tale profilo, anche gli elementi riferibili all'azione relativamente astratta, oltre il requisito della non manifesta infondatezza). In quest'ultima evenienza, va aggiunto, non si ravvisa l'obbligo dell'Amministrazione di rappresentare in un atto espresso la scelta di non procedere all'avvio del procedimento, neppure se detto avvio è stato sollecitato, in via qualificata, dal soggetto che si afferma essere titolare di una pretesa in tal senso, non risultando, quest'ultimo, anche titolare della pretesa ad una decisione espressa sull'avvio del procedimento: sul punto cfr. subito di seguito, nel testo.

la situazione risulta invariata rispetto allo scenario precedente³⁴.

Neppure si può poi ritenere, sotto altro e diverso profilo, che sussista comunque un obbligo di rispondere, nel medesimo senso, per rappresentare il mancato avvio.

Ci si è cioè chiesti, anche in tal caso soprattutto a seguito dell'introduzione della previsione relativa al provvedimento in forma semplificata, se sia configurabile quantomeno un obbligo, per l'autorità procedente, di rispondere a qualsiasi sollecitazione/denuncia proposta da un privato, non, nel senso anzidetto, attra-

34 Nel medesimo senso di quanto appena esposto, pur, come visto, nelle loro differenti ricostruzioni, S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 109 ss.; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 113 ss.; ID., *Considerazioni critiche*, cit., p. 2676 ss., ed ivi anche le critiche a quella giurisprudenza che ha seguito l'impostazione contraria; allo stesso modo anche N. PAOLANTONIO, *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza della motivazione*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, 2017, p. 1993 ss.; A. TIGANO, *Il "provvedimento semplificato" fra accelerazione del procedimento e obbligo di corrispondenza fra chiesto e pronunciato*, *ivi*, p. 2701 ss.

La tesi della generalizzazione della rilevanza, rispetto al singolo, della doverosità di provvedere, parte invece solitamente, quali condizioni che meglio si prestano al suo accoglimento, dal presupposto di una considerazione unitaria dell'obbligo di provvedere, o, comunque, da quello della riunione, in un sintetico obbligo di provvedere, dell'obbligo di avviare il procedimento e l'obbligo di adottare un atto espresso, unita alla considerazione per cui l'avvio del procedimento in senso proprio sarebbe comunque effettuato dalla P.A., anche nei procedimenti ad istanza di parte (condizione, quest'ultima, che isolatamente considerata non sarebbe dirimente: si veda la posizione, richiamata *supra*, n. 31, di S. Vernile, la quale, come visto, ritiene che l'istanza – dall'A. intesa in senso ampio, secondo quanto pure detto – determini soltanto un obbligo di avviare il procedimento, al pari di quanto avviene con le denunce qualificate nei procedimenti d'ufficio, ma non reputa poi, sotto il diverso profilo che qui interessa, che detto obbligo sia stato generalizzato; anche A. Tigano, assumendo che sia la P.A. a dover avviare il procedimento su istanza, e non l'istanza stessa ad avviarlo direttamente, non ritiene comunque generalizzato l'obbligo di avvio, ma solo quello di rispondere in caso di mancato avvio). Nel senso proprio dell'impostazione ora in esame, da noi non condivisa, si veda M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione*, cit., pp. 114 ss. e 129 ss., il quale, prima della riforma dell'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, auspicava una generalizzazione della posizione di pretesa del privato rispetto all'obbligo di provvedere dell'Amministrazione (espressamente definito quale sintesi dei due obblighi procedurali di avviare il procedimento, e, una volta avviato, di concluderlo), a fronte del quale ipotizzava la possibilità di pronunce in forma semplificata per le ipotesi di domande (termine anch'esso espressamente utilizzato in chiave generica, quale ricomprensivo di istanze e denunce) manifestamente inammissibili o manifestamente infondate; in maniera similare, dopo la riforma, F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, p. 165 ss., che nella sostanza fa riferimento ad una concezione unitaria dell'obbligo di provvedere.

verso l'avvio in ogni caso del procedimento, quanto, piuttosto, rappresentando espressamente la decisione del mancato avvio.

Anche rispetto a tale possibilità, si deve però rispondere in senso negativo. Non si ravvisa, cioè, l'obbligo dell'Amministrazione di rappresentare in un atto espresso la scelta di non procedere all'avvio del procedimento, neppure se detto avvio è stato sollecitato, in via qualificata, dal soggetto che si afferma essere titolare di una pretesa in tal senso: quest'ultimo, infatti, non risulta anche titolare della pretesa ad una decisione espressa sull'avvio del procedimento; situazione che apparterebbe ad un ordine afferente ad un ulteriore livello procedurale, di cui non vi è alcun riscontro normativo³⁵.

La situazione di pretesa all'avvio del procedimento, rispetto ad un obbligo della P.A. di avviare un procedimento (necessariamente) officioso, sussiste, dunque, soltanto nei termini indicati.

In particolare, la questione dell'estensione della pretesa ad una risposta della P.A. a fronte del nuovo testo dell'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, ha interessato i poteri di secondo grado, rispetto ai quali, tradizionalmente, la giurisprudenza non ravvisa una pretesa del privato al riesame della decisione originaria. Ebbene, non può dirsi che, a fronte della modifica intervenuta in ordine all'art. 2, l. n. 241/1990, sia stata generalizzata una pretesa all'avvio del procedimento avente ad oggetto detti poteri, atteso che, in tale ipotesi, alla protezione diretta all'avvio si oppone la specifica qualifica della funzione come di secondo grado. Questa, infatti, in uno con il/i potere/i che in essa trova/no esplicazione, assume un particolare rilievo rispetto alla funzione di primo grado (sul punto, sia consentito rimandare a *Potere e situazioni soggettive*, II-2, cit., pp. 460 ss.; *Considerazioni generali sui poteri amministrativi di secondo grado*, in *Federalismi*, 2025, 19, pp. 1 ss., ed ivi spec. Pp. 35 ss.), per cui, in via generale, si deve ritenere che, se la stessa non è attivabile su ricorso, non può considerarsi neppure nella disponibilità dell'interessato, anche soltanto rispetto al suo esercizio. La situazione giuridica a rilievo sostanziale degli interessati continua, quindi, a dover necessitare, quantomeno in via generale, dell'effettivo avvio da parte della P.A. del relativo procedimento. Nel caso vi sia una sollecitazione in tal senso, di conseguenza, questa rimane non qualificata.

³⁵ In senso contrario, nel senso, cioè, della necessità di rispondere del mancato avvio del procedimento, si è posto invece L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo*, cit., p. 145, il quale, ad ogni modo, scriveva prima dell'introduzione della previsione relativa al procedimento in forma semplificata. Allo stesso modo, dopo la riforma, si esprime A. TIGANO, *Il "provvedimento semplificato"*, cit., p. 2701 ss., che configura in proposito un obbligo di rispondere, con riferimento, peraltro, alle istanze manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate, in ragione del fatto che l'A., come già accennato alla nota precedente, reputa l'istanza idonea non ad avviare il procedimento, ma ad obbligare l'Amministrazione ad avviarlo.

L'esercizio della pretesa all'avvio, a sua volta, avviene poi, in via generale, attraverso la presentazione dell'atto di denuncia o sollecito, con cui si rappresentano i fatti rilevanti ai fini dell'avvio, qualora l'Amministrazione non ne abbia già avuto conoscenza, e di una correlata diffida, che rende esigibile nei propri confronti l'obbligo di avvio della P.A. Quest'ultima, ravvisandone i corrispondenti presupposti, è dunque tenuta a procedere nel senso rappresentato.

4. Precisazioni su istituti collegati

L'esercizio del potere di avvio determina, come detto, quale situazione effettuale, l'instaurazione del rapporto procedimentale, e, con esso, l'obbligo decisorio dell'autorità procedente, e la correlata pretesa in capo al soggetto interessato, insieme alle situazioni procedurali strumentali all'accertamento.

L'obbligo decisorio che deriva dall'avvio del procedimento, come ricordato, può venire in rilievo quale obbligo di carattere assolutamente astratto, relativamente astratto oppure concreto³⁶.

L'obbligo di carattere procedurale concreto è quello rivolto allo specifico provvedimento di produzione/non produzione dell'effetto, che assume rilievo sostanziale. Secondo una ricostruzione che si è avuto modo di esporre in altra sede, esso rappresenterebbe la situazione giuridica sostanziale a fronte della quale si può porre la situazione di pretesa, altrettanto sostanziale, del privato, con cui si andrebbe ad identificare, sotto questo profilo, l'interesse legittimo. In questo senso, il rilievo sostanziale del rapporto non fa venir meno, in ragione della struttura processuale della funzione amministrativa, il suo carattere procedurale: la situazione sostanziale del privato corrisponde, dunque, ad un'azione concreta di carattere procedimentale, con quanto da ciò consegue, su cui nella presente trattazione non ci si può soffermare³⁷.

36 Per la tripartizione nel senso descritto degli obblighi decisorii, ancorché non espressa con la medesima terminologia, si veda peraltro già A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, cit., p. 211 ss., riportato *supra*, par. 2, n. 17, all'interno dell'esplicita considerazione in chiave processuale del procedimento amministrativo.

37 Sul punto, cfr. ampiamente *Potere e situazioni soggettive*, I-II, cit., *passim*. Per una sintesi, si veda anche, *Potere e situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in A. CARBONE (a cura di), *Potere e diritto amministrativo*, Pisa, 2026, pp. 3 ss.

Le altre due categorie appartengono, invece, al novero delle situazioni a carattere prettamente procedurale³⁸.

L'obbligo di carattere assolutamente astratto è quello rivolto all'adozione di un atto che concluda il procedimento. Esso viene individuato con riferimento all'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, che stabilisce, sia per i procedimenti d'ufficio sia per quelli ad istanza di parte, l'obbligo della P.A. di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Corrispondentemente, per entrambe le ipotesi, assume rilievo la posizione del soggetto a cui l'ordinamento riconosce protezione rispetto alla doverosità di detto comportamento, la quale, come tale, ha la consistenza di una pretesa alla conclusione del procedimento con un atto espresso, quale strumentale alla rappresentazione della decisione che scaturisce dall'accertamento.

L'obbligo decisorio di carattere assolutamente astratto corrisponde, dunque, all'effetto minimo in ordine alla decisione, cioè quello della manifestazione di una decisione, quale essa sia, di rito o di merito. In particolare, la considerazione, nell'ambito del procedimento, della sussistenza dell'obbligo di adozione di un atto, consegue, ai sensi dell'art. 2, l. n. 241/1990, dallo stesso avvio del procedimento: come tale, essa è assorbita, nei procedimenti officiosi, dall'atto di esercizio del potere di avvio, che segue la fase pre-procedimentale; mentre, nei procedimenti ad istanza di parte, si sostanzia nella verifica dell'effettiva proposizione di un atto qualificabile come istanza, i cui presupposti sono stati precedentemente individuati (in disparte la relativa ammissibilità, procedibilità, ecc., profili che attengono al piano *relativamente* astratto).

L'obbligo di carattere relativamente astratto è, invece, quello avente ad oggetto l'adozione di una decisione di merito in ordine alla/e situazione/i giuridica/he di potere oggetto del procedimento³⁹. L'obbligo decisorio di caratte-

³⁸ Su cui *Potere*, II-2, cit., pp. 312 ss.

³⁹ Il piano relativamente astratto, che scaturisce dall'esercizio del potere di azione/avvio, è quello, dunque, riferibile alla tipologia di rapporto che si ascrive all'azione giurisdizionale per come comunemente considerata. Come è noto, l'azione in senso relativamente astratto assume sempre rilievo nel processo giurisdizionale; l'azione concreta, invece, può venire in rilievo mancando la configurabilità di una situazione sostanziale da porre ad oggetto del giudizio costitutivo; minore possibilità di rilevanza ha, invece, in quell'ambito, l'azione assolutamente astratta, riguardata solo a fini generali e per il suo rilievo costituzionale, di accesso alla tutela (sul punto, si veda ancora *Potere*,

re relativamente astratto descrive, in altri termini, la condizione in cui risulta normativamente consentito, e doveroso, al soggetto a cui è astrattamente attribuita la capacità di definizione in ordine alla/e determinata/e situazione/i di potere che viene/vengono in questione, di adottare un provvedimento che contenga un accertamento nel merito su detta/e situazione/i. In tali casi, si prende quindi in considerazione la possibilità che, pur sussistendo l'astratta attribuzione del potere, e, conseguentemente, l'astratta idoneità a definire la situazione giuridica di potere al fine di produrre il relativo effetto, non sia comunque consentito all'Amministrazione, nel caso di specie, di procedere in concreto a detta definizione.

La considerazione dell'obbligo in questione, va evidenziato, è risultata tradizionalmente assorbita, da un lato, dalla dimensione relativa all'obbligo assolutamente astratto di conclusione del procedimento⁴⁰, e, dall'altro, da quella concernente l'obbligo a rilievo sostanziale, di produzione del particolare effetto corrispondente all'integrazione, in concreto, della fattispecie della relativa situazione. Il piano relativamente astratto, per come riferito alla possibilità di ottenere una decisione di merito, ha, in effetti, potuto acquisire una più specifica considerazione solo più di recente, in ragione appunto della piena processualizzazione, quantomeno su un piano strutturale generale, dell'azione amministrativa. In tale pro-

I, cit., pp. 94 ss. e 121 ss.). Nell'ambito del modello procedurale amministrativo, invece, in disparte il piano riferibile alla situazione di carattere concreto, di cui si è detto, per quanto concerne il piano procedurale astratto lo scenario risulta essenzialmente invertito: la situazione che ha assunto tradizionalmente rilievo è stata quella di carattere assolutamente astratto, per l'incertezza che si è riscontrata in ordine all'obbligo di provvedere dell'Amministrazione sino alla compiuta processualizzazione della sua azione. Sul punto si veda quanto si dirà di seguito, nel testo e alla nota successiva.

⁴⁰ Sul punto, va in effetti evidenziato come la tradizionale centralità, nell'ambito del procedimento amministrativo, conferita alla questione attinente alla doverosità dell'azione in senso assolutamente astratto, abbia determinato, tendenzialmente, l'iscrizione a sé anche delle ipotesi afferenti all'ottenibilità di una decisione di merito. Nello scenario descritto, i casi di inammissibilità erano stati accomunati, essenzialmente, alle ipotesi di esclusione dell'idoneità dell'istanza ad avviare il procedimento, o comunque dell'obbligo di provvedere (lo si è visto *supra*, par. 3.1). Rispetto a tale inquadramento, che assorbe il piano relativamente astratto in quello assolutamente astratto, può dirsi, in via generale, che è ipoteticamente possibile un sistema, in sé considerato, ove le condizioni per la pronuncia di una qualsiasi decisione coincidano con le condizioni di ammissibilità di una decisione di merito (cfr., in questo senso, con riferimento al processo giurisdizionale, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, p. 226 ss.); tuttavia, a nostro avviso, la prospettiva in questione parrebbe tradire una minor compiutezza strutturale del relativo modello processuale.

spettiva, esso, in particolare, ha assunto rilievo attraverso la previsione della possibilità, per l'Amministrazione, di concludere il procedimento con un provvedimento in forma semplificata nelle ipotesi di manifesta irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità della domanda, contemplate, a tal fine, accanto ai casi di manifesta infondatezza della stessa (art. 2, co. 1, seconda parte, l. n. 241/1990, nell'inciso introdotto dalla l. n. 190/2012).

Tanto precisato in via generale, sono possibili, a nostro avviso, alcune precisazioni, che assumono rilievo in ordine al potere di avvio del procedimento e della domanda procedimentale, oggetto della presente trattazione.

4.1 (segue) L'obbligo di concludere il procedimento

La situazione giuridica del potere di avvio determina, con il suo esercizio, la costituzione del rapporto procedurale, nei differenti piani in cui esso può rilevare. Il suo mancato esercizio, in questa prospettiva, può rappresentare un comportamento procedurale corrispondente ad un inadempimento rispetto a chi risulti titolare di una situazione di pretesa all'avvio del procedimento.

La tutela rispetto a tale violazione si pone, però, in termini peculiari.

In proposito, va infatti ricordato come, a norma dell'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a., il giudice possa conoscere soltanto di un potere amministrativo esercitato. In questo senso si esprime la specificazione dell'individuazione dell'ambito delle controversie di diritto pubblico, per come considerato dall'art. 7 c.p.a. nell'esercizio, o nel mancato esercizio corrispondente ad un inadempimento, di un potere amministrativo.

Il riferimento è, dunque, ad una funzione espletata, o ad un inadempimento in ordine ad essa, che fa accedere alla medesima considerazione, ai fini della tutela, del potere esercitato⁴¹. Su queste basi, la considerazione dell'inadempimento

⁴¹ La nozione accolta di 'potere esercitato' è infatti, da parte nostra, quella per cui l'esercizio del potere è rimesso al piano strutturale della funzione, cosicché si deve fare riferimento ad un'azione amministrativa giunta a compimento, attraverso l'adozione di un provvedimento, ovvero per il decorso infruttuoso del termine per provvedere. Non è invece conferente il riferimento ad altri requisiti, quali l'esercizio dell'azione amministrativa da parte dell'obbligo competente, oppure l'esaurimento della discrezionalità da parte dell'Amministrazione (quest'ultimo, in particolare, concernente la prescrizione, differente nei caratteri e nelle conseguenze, di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a.). Sulla questione, cfr. ampiamente *Potere*, I, cit., pp. 328 ss., ed ivi i relativi riferimenti.

mento, in ordine alla doverosità dell'espletamento della funzione, comporta quindi, anche nell'ipotesi che si sta ora esaminando, che si debba assumere un'equiparazione, sul piano della tutela, in senso corrispondente

Ne deriva che sia la mancata conclusione del procedimento, sia il suo mancato avvio, devono essere trattate allo stesso modo, come se il procedimento fosse stato avviato ma non concluso. Nell'attuale quadro processuale non è infatti ravvisabile un rimedio apposito laddove l'Amministrazione non avvii il procedimento, laddove, cioè, violi il relativo obbligo, venendo ricondotta, tale violazione alla tutela del conseguente obbligo di provvedere⁴².

Nel senso descritto, si comprendono le ragioni per cui la normativa codicistica ha previsto, all'art. 31, co. 1, la possibilità di usufruire del ricorso avverso il silenzio anche nell'ipotesi di violazione dell'obbligo di avvio, ragionevolmente ricompreso negli "*altri casi previsti dalla legge*", che la disposizione in questione accomuna all'infruttuoso decorso dei termini per la conclusione del procedimento amministrativo⁴³. In tale prospettiva, la tutela giurisdizionale farebbe infatti riferimento, nelle due ipotesi, alla medesima azione, per i motivi spiegati, consen-

⁴² In questo scenario, si pone, quindi, come importante conseguenza, la possibilità di considerare una violazione della pretesa alla produzione della situazione effettuale anche in mancanza di avvio del procedimento: è evidente infatti che se il procedimento non avviato accede, sotto il profilo della tutela, alla considerazione di una funzione espletata, in ragione dell'inadempimento in ordine ad essa, allora il mancato avvio, che costituisca un inadempimento all'obbligo di procedere, risulta, a tali fini, equivalente all'avvio del procedimento nella considerazione della situazione giuridica concernente la doverosità della funzione e della relativa lesione, corrispondente, sotto il profilo procedurale, alla mancata conclusione dell'azione amministrativa (nonché, eventualmente, alla mancata adozione di una decisione di merito/diritto), e, sotto il profilo sostanziale, alla mancata adozione della misura dovuta; con le implicazioni che da ciò scaturiscono.

⁴³ In particolare, l'art. 31, co. 1, c.p.a. è stato in questo senso modificato dal d.lgs. n. 195 del 15 novembre 2011, c.d. Primo correttivo al Codice, inserendo la possibilità di esperire ricorso avverso il silenzio, secondo quanto riportato nel testo, anche "*negli altri casi previsti dalla legge*", ulteriori rispetto all'ipotesi di decorso infruttuoso del termine di conclusione del provvedimento. In questo modo, la previsione in questione avrebbe consentito di usufruire del ricorso avverso il silenzio anche nell'ipotesi di inadempimento all'obbligo di avvio del procedimento. Nell'inciso relativo agli altri casi previsti dalla legge può, infatti, per i motivi spiegati, considerarsi inclusa l'ipotesi di violazione dell'obbligo di avvio del procedimento, la quale, a sua volta, può essere fatta valere sia con riferimento a un termine espresso per provvedere (altro, si intende, rispetto a quello di conclusione del procedimento), sia, in mancanza, attraverso una previa diffida che renda esigibile nei confronti del soggetto l'obbligo in questione, secondo quanto specificato di seguito, nel testo.

tendo così di usufruire del rimedio in esame anche nell'ipotesi di inadempimento all'obbligo di avvio del procedimento.

Nello specifico, nell'evenienza in esame, essa verrebbe ad articolarsi nelle seguenti modalità⁴⁴. Si deve in primo luogo ritenere che, laddove sia previsto un termine determinato entro il quale adottare l'atto, non ricollegato all'avvio del procedimento, il decorso infruttuoso del termine può ritenersi *ex se* idoneo a determinare la possibilità di adire il giudice⁴⁵. Qualora non si sia al cospetto di una previsione di analogo tenore, risulterebbe invece necessaria una diffida a provvedere: nello specifico, sarebbe tuttora vigente, limitatamente a tale ipotesi, la regola che la giurisprudenza aveva ritenuto applicabile per la formazione del silenzio-inadempimento, la quale fa riferimento all'art. 25, T.U. impiegati civili dello Stato del 1957, per come disciplinante la diffida a provvedere nel termine non inferiore a trenta giorni⁴⁶. La diffida, a sua volta, può non solo seguire, ma anche coincidere materialmente con la denuncia/sollecito qualificato ad avviare il procedimento, con l'atto, quindi, in cui vengono rappresentati gli elementi rilevanti in ordine alla necessità della relativa azione amministrativa⁴⁷. Decorsi i trenta giorni, o l'Amministrazione ha avviato il procedimento (ed è iniziato conseguentemente a decorrere il relativo termine di conclusione), oppure risulterà inadempiente.

⁴⁴ In generale, sulla questione della tutela a fronte del mancato avvio del procedimento, si vedano, tra gli altri, nelle varie posizioni, L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, cit., p. 942 ss.; N. POSTERARO, *Denunce manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 107 ss.; F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, cit., p. 215 ss.; V. LOPILATO, *Ricorsi avverso il silenzio*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2010, pp. 942-943; ID., *Art. 117*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, p. 1130; A. CALEGARI, *Art. 31*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, pp. 344-345; ivi anche i relativi riferimenti giurisprudenziali.

⁴⁵ Cfr. ad es. Cons. St., sez. V, n. 6002 del 27 novembre 2012, con la nostra nota *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 864 ss., ove la normativa considerata doveva essere interpretata, a detta del giudice amministrativo, nel senso di prescrivere uno specifico vincolo temporale per lo svolgimento delle elezioni regionali.

⁴⁶ Si veda Cons. St., ad. plen., n. 10 del 10 marzo 1978, in *Cons. St.*, 1978, I, p. 335 ss., che, all'epoca, aveva ritenuto applicabile tale regola in via generale, per la formazione del silenzio-inadempimento. Sul punto, si veda L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, cit., p. 947.

⁴⁷ Su cui cfr. *supra*, par. 3.2.

Nei termini descritti, dunque, in mancanza di un termine espresso per provvedere (altro, si intende, rispetto a quello di conclusione del procedimento, che ovviamente non viene in questione), il titolare di una pretesa all'avvio, per rendere esigibile nei propri confronti il relativo obbligo, deve presentare apposita diffida a procedere entro un termine di trenta giorni, a cui può essere deputata la stessa denuncia o sollecito con cui si rappresentano i fatti rilevanti all'avvio dell'azione amministrativa, qualora la P.A. non ne abbia già avuto conoscenza. L'Amministrazione, se risultano sussistenti le relative condizioni, deve avviare il procedimento. In mancanza, essa risulterà inadempiente, ed il privato potrà usufruire del ricorso avverso il silenzio, sia con riferimento all'obbligo astratto di concludere il procedimento (art. 31, co 1, c.p.a.), sia con riferimento all'obbligo concreto di adottare il provvedimento favorevole, per come correlato, quindi, alla pretesa sostanziale del privato (artt. 31, co. 3, e 34, lett. c), c.p.a.): ciò appunto in ragione della necessaria equiparazione, ai fini della tutela, ad una funzione esercitata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a., secondo quanto spiegato.

4.2 (segue) Il provvedimento in forma semplificata

Una specificazione va poi effettuata in ordine al rapporto tra provvedimento in forma semplificata e obbligo di avvio del procedimento.

Come si è già ricordato, infatti, la l. n. 190 del 6 novembre 2012 ha modificato l'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, stabilendo che la P.A., se ravvisa la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, può concludere 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 risolutivo⁴⁸. Tale previsione ha così individuato,

⁴⁸ Su tale istituto, cfr., tra gli altri, S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, cit., p. 11 ss.; N. POSTERARO, *Brevi note sull'obbligo di provvedere della P.A.*, cit., p. 1345 ss.; ID., *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, cit., p. 2676 ss.; ID., *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 113 ss.; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., p. 165 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il provvedimento in forma semplificata*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 301 ss.; ID., *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza della motivazione*, cit., p. 1991 ss.; A. TIGANO, *Il "provvedimento semplificato"*, cit., p. 2697 ss.; precedentemente alla riforma, si vedano le considerazioni di M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del*

sulla falsariga della sentenza in forma semplificata, il provvedimento amministrativo in forma semplificata, il quale, nel riferirsi direttamente alle ipotesi di irricevibilità, inammissibilità e improcedibilità della domanda, ha comportato la necessità di un loro specifico inquadramento, e della razionalizzazione dell'utilizzo in precedenza effettuato, in particolar modo dalla giurisprudenza, in ordine ad esse, sugli esiti del procedimento. Si è assistito, quindi, lo si è detto, ad una conseguente maggiore consapevolezza, all'interno della realtà procedimentale, di una dimensione procedurale relativamente astratta.

Il nuovo istituto ha portato con sé anche una serie di problematiche ulteriori. Si è già visto, infatti, come sia stata prospettata, in varie declinazioni, una generalizzazione dell'obbligo di avvio, o quantomeno di rispondere in ordine alla mancanza dei presupposti per l'avvio, da parte dell'Amministrazione, in ragione appunto dell'introduzione dell'istituto in questione.

La questione è stata però da noi risolta in senso negativo. La previsione in esame, si è detto, non ha portato ad un generale obbligo di avviare, e come conseguenza di concludere, il procedimento. Peraltro, nei procedimenti ad istanza di parte, rispetto ai quali la previsione in esame assume precipuamente applicabilità⁴⁹, l'obbligo di avvio, in sé, neppure verrebbe in conto, avviandosi direttamente il procedimento con la presentazione dell'istanza, come spiegato.

L'inciso introdotto all'art. 2, l. n. 241/1990, ha reso possibile, piuttosto, una risposta in forma semplificata per le ipotesi menzionate, al limite implicando un maggior rigore nell'individuazione delle istanze esistenti come tali ma manifestamente irricevibili/inammissibili/infondate; inglobando, così, ipotesi rispetto alle quali, in precedenza, si tendeva a negare la configurabilità di un'istanza, idonea ad avviare il procedimento, o comunque un obbligo di provvedere⁵⁰.

Si precisa peraltro, per inciso, come il provvedimento in forma semplificata, ancorché abbia portato ad un'emersione di tale profilo, facendo esplicito riferimento ai suoi presupposti, non si ponga però, in sé considerato, in diretta correlazione all'obbligo procedurale relativamente astratto, nel senso di una loro biunivoca corrispondenza. Esso non si presenta, cioè, in sé direttamente collegato ai ca-

procedimento, cit., p. 103 ss.

⁴⁹ Si veda quanto spiegato *supra*, par. 3.2, n. 29.

⁵⁰ Cfr. *supra*, parr. 3.2 e 4, nel testo e alla n. 40.

si di mancanza di una decisione sul merito: da un lato, infatti, la relativa previsione contempla solo le ipotesi in cui l'irricevibilità, l'inammissibilità o l'improcedibilità sia manifesta; dall'altro, il provvedimento semplificato può essere adottato per il rigetto della questione di merito, laddove la sua infondatezza, concernente la doverosità della produzione dell'effetto e la correlata pretesa, sia anch'essa manifesta⁵¹.

Neppure poi, sotto altro e diverso aspetto, potrebbe ritenersi che la relativa previsione abbia introdotto una (differente) dimensione procedurale afferente ad una pretesa ad un provvedimento in forma non semplificata (un grado di astrattezza/concretezza della domanda procedimentale corrispondente alla mancanza dei requisiti per la sua adozione, in altri termini). Quest'ultimo, infatti, al pari di quanto avviene in ambito giurisdizionale per la sentenza in forma semplificata, non si caratterizza per una differente struttura della funzione, ma solo per una più semplice strutturazione della manifestazione della decisione stessa⁵².

51 Non vi è, quindi, un'equivalenza tra situazione giuridica relativamente astratta e oggetto del provvedimento in forma semplificata. Come detto nel testo, infatti, da un lato, l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'improcedibilità ben possono essere oggetto di un provvedimento in forma ordinaria, se non manifeste; dall'altro, oggetto del provvedimento in forma semplificata può essere anche una questione di merito, e quindi la doverosità dell'esercizio della situazione giuridica di potere sostanziale, se la questione attiene al rigetto della domanda e la sua soluzione è manifesta.

52 Si vuole dire, cioè, che, in sé considerato, il provvedimento in forma semplificata è solo una tecnica di redazione dell'atto, ma non deroga alla struttura della funzione amministrativa, per come definita dal relativo modello procedurale. Sussiste, è vero, una più agevole definizione del procedimento, ma questa è determinata soltanto dalla circostanza che le fasi procedurali interessate, con riferimento alla declaratoria oggetto del provvedimento in forma semplificata, sono essenzialmente quelle iniziali; non vi è, quindi, una semplificazione in senso proprio della funzione. Allo stesso modo, non muta neppure l'oggetto dell'accertamento, né gli effetti del provvedimento stesso; è solo possibile limitare la motivazione del provvedimento, secondo quanto stabilito dallo stesso art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, ad un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo. In questo senso, non si condivide, quindi, la posizione di S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 213 ss., che auspica, quale correlazione funzionale alla previsione di un provvedimento in forma semplificata, l'introduzione legislativa della disciplina di un procedimento in forma semplificata (al fine di non ricavarla, come pure non si esclude, attraverso l'applicazione di una disposizione che renderebbe fisiologiche le mancanze della disciplina ordinaria che dovrebbero invece rilevare come patologiche, cioè l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, per la non annullabilità dell'atto per vizi formali e procedurali che non hanno influito sulla decisione). Si aderisce, invece, alle obiezioni in tal senso formulate da N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 186 ss. Non può allora,

Il rilievo del provvedimento in forma semplificata rimane, dunque, nei termini rappresentati. Esso non incide sulla consistenza o sull'estensione dell'obbligo di avvio del procedimento, né si pone in diretta correlazione rispetto al profilo inerente all'obbligo (relativamente) astratto dell'adozione di una decisione di merito, e neppure crea altra dimensione procedurale semi-astratta. Assume invece considerazione in senso funzionale all'emersione dei profili (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità) all'obbligo relativamente astratto inerenti.

conseguentemente, neppure ritenersi che il provvedimento in forma 'ordinaria' e la relativa, assunta come differente, struttura della funzione, possa essere oggetto di una specifica situazione di pretesa procedurale, tutelabile, in quanto tale, davanti al giudice in caso di lesione (così, invece, S. VERNILE, *op. ult. cit.*, p. 283 ss., che reputa estendibile, a tale scopo, il ricorso avverso il silenzio, quale rimedio volto alla condanna a provvedere in maniera 'ordinaria').

Il medesimo inquadramento del provvedimento in forma semplificata si ravvisa, del resto, come indicato nel testo, anche per la sentenza in forma semplificata, prevista dall'art. 74 c.p.a., che stabilisce che *"nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme"*. Come è stato correttamente evidenziato, infatti, essa, in sé considerata (quindi, al di là della sua correlazione a particolari riti processuali), definisce comunque, nonostante la redazione in forma semplificata nella motivazione, un giudizio a cognizione piena, non sussistendo reciproca interdipendenza tra la semplificazione della motivazione e la sommarietà della cognizione (non a caso, la possibilità di non integrare il contraddittorio in ragione della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 74 c.p.a., prevista dall'art. 49, co. 2, c.p.a., non è ammessa, dalla medesima norma da ultimo richiamata, per l'ipotesi di manifesta fondatezza della domanda). Si tratta soltanto, quindi, di una tecnica di redazione della sentenza, che pur si fonda, nel riferimento ad un sintetico punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme, al pari di quanto detto per il provvedimento in forma semplificata, su un'implicita autorizzazione all'assorbimento di questioni; non per questo, tuttavia, essa influisce sulle modalità dell'accertamento, sull'estensione dell'oggetto di quest'ultimo, e sugli effetti del provvedimento giudiziario. Alla luce di tali considerazioni, coerentemente non si ritiene che la forma semplificata della sentenza possa costituire, in sé, laddove adottata in assenza dei relativi presupposti, un vizio invalidante della sentenza, riferibile ad una situazione procedurale la cui lesione possa essere fatta valere in appello. Nel senso descritto, nelle varie declinazioni, si vedano N. POSTERARO, *Art. 74*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, cit., p. 647 ss., p. 649-651; F. VETRÒ, *Art. 74*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 720 ss.; A. POLICE, *Le decisioni in forma semplificata*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XLII, G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, p. 541 ss., p. 547; A. CLINI, *La forma semplificata della sentenza nel "giusto" processo amministrativo*, Padova, 2009, p. 7 ss., pp. 48-49;

4.3 (segue) L'integrazione del silenzio-assenso

Si è visto come l'idoneità dell'istanza ad avviare il procedimento comporti la sua idoneità alla produzione dei (diversi) effetti a detto avvio collegati. L'effetto riferibile all'obbligo di definizione procedimentale è, cioè, a sua volta, elemento delle fattispecie di ulteriori e differenti effetti, rispetto ai quali si deve fare riferimento all'integrazione in concreto delle relative fattispecie.

Oltre a quanto, sul punto, si è già detto sopra in via generale in ordine alle situazioni procedurali, possono venire in rilievo anche effetti di tipo differente. Viene in questione, in particolare, la modalità di integrazione del *silenzio-assenso*.

In ordine ad esso, è nota infatti la discussione in ordine ai termini della sua produzione: se sia sufficiente la presentazione dell'istanza e il decorso del relativo termine per provvedere; se l'istanza debba essere integrata dei relativi documenti; o se debbano persino sussistere in concreto tutti i requisiti a cui la normativa riconduce l'accoglimento dell'istanza in questione⁵³.

con qualche perplessità sull'esplicazione del contraddittorio, R. MONTEFUSCO, *La sentenza in forma semplificata*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, cit., p. 1137 ss.; ivi anche ulteriori riferimenti.

Si noti, del resto, come sia la stessa S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 214, a rilevare che tra sentenza in forma semplificata e giudizio a cognizione non piena non vi sia un collegamento necessario, cosicché non vi sarebbe neppure nell'ambito della realtà procedimentale amministrativa. Quello che l'A. propone, nel parallelismo tra i due modelli procedurali, è quindi, espressamente, solo una correlazione dettata da ragioni di ordine funzionale. Tali ragioni, tuttavia, per il ruolo svolto dal provvedimento (così come dalla sentenza) in forma semplificata, non ci paiono condivisibili, per i motivi rappresentati: la struttura del provvedimento, per come interessata dalla particolare declinazione che assume nella sua forma semplificata, non è, cioè, in sé, sufficiente a dettare, neppure in via funzionale, un particolare regime in ordine al modello processuale. La proposta di adeguamento normativo del procedimento ordinario al provvedimento in forma semplificata, auspicata dall'A., si risolve dunque, piuttosto, in un auspicio di creazione di un modello procedurale sommario, che verrebbe a sorreggere, esso sì, una differente struttura della funzione, determinando un differente significato, in tale evenienza, del provvedimento in forma semplificata.

⁵³ La tradizionale problematica, che in proposito viene in questione, concerne l'alternativa in ordine all'integrazione del silenzio-assenso esclusivamente in caso di richieste effettivamente conformi ai requisiti richiesti dalla legge per l'adozione del provvedimento (cfr., sul punto, A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. soc.*, 1982, ora in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990, pp. 711-712, per cui nell'ipotesi di silenzio-assenso opererebbe l'alternativa esistenza-inesistenza; si veda tuttavia anche quanto specificato dallo stesso A., *op. ult. cit.*, pp. 712 ss., in ordine alla dipendenza dalla normativa di riferimento se la formazione dell'assenso richieda o meno la sussistenza di tutti gli elementi sostanziali necessari per

Ora, la soluzione, in generale, e salvi specifici regimi normativi che si pongano in senso differente, deve essere ricavata dal tenore e dal rilievo procedimentale che assume l'art. 20, l. n. 241/1990, nel disciplinare in via generale l'istituto in esame. Detta previsione, infatti, si inserisce in una dimensione procedurale, per cui è ad essa che deve farsi riferimento per la formazione del silenzio-assenso.

In particolare, venendo in questione un comportamento da cui la norma fa scaturire un effetto, che sostituisce quello dell'atto che avrebbe dovuto essere adottato in ragione della decisione definitiva nell'esplicazione della funzione, la riconduzione normativa di tale comportamento alla stessa dinamica procedimentale si pone nel senso che, perché la sostituzione possa avvenire, in capo all'Amministrazione venga quantomeno a sussistere il relativo obbligo di provvedere rispetto al quale la sostituzione avviene. Non si ravvisano, poi, sempre in via generale, disposizioni che indichino ulteriori profili da soddisfare inerenti alla proce-

l'adozione di un provvedimento legittimo, e alle relative conseguenze), o alla distinzione, a tal fine, tra presupposti di esistenza e requisiti di validità dei suoi effetti (in questo senso, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, pp. 210-211; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, p. 169 ss.).

In giurisprudenza, per la distinzione tra requisiti di formazione del silenzio-assenso e condizioni di legittimità degli effetti, Cons. St., sez. VI, n. 5746 dell'8 luglio 2022; sez. VI, n. 7012 del 21 settembre 2010; sez. V, n. 4114 del 27 giugno 2006. In senso contrario, per la necessità della sussistenza degli elementi sostanziali della relativa situazione di potere, cfr. Cons. St., sez. IV, n. 8529 del 17 dicembre 2019; sez. IV, n. 4273 del 12 luglio 2018. In generale, sulla necessità, per la formazione del silenzio-assenso, dell'allegazione della documentazione prevista dalla relativa normativa, Cons. St., sez. V, n. 2019 del 1° aprile 2011; sez. V, n. 8831 del 29 dicembre 2009.

In dottrina, in generale, oltre alle opere già citate, cfr. tra gli altri G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, pp. 265 ss.; L. GIANI, *Silenzio assenso*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, pp. 411 ss.; M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 966 ss.; E. SCOTTI, *Il silenzio-assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., p. 653 ss.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 99 ss.; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 10, p. 21 ss.; F. ORSO, *Contributo allo studio del silenzio-assenso*, Napoli, 2024, p. 177 ss.; L. GOLISANO, *Il silenzio-assenso delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2025, p. 271 ss.; ivi ulteriori e più approfonditi riferimenti.

dura o al merito della domanda⁵⁴, al contrario presupponendo, la relativa normativa, la possibilità del mancato soddisfacimento dei requisiti in questione⁵⁵.

In questi termini, poiché, dal disposto normativo, considerato nella sua sostanza processuale, l'effetto consegue al silenzio dell'Amministrazione, e questo corrisponde ad un inadempimento dell'obbligo assolutamente astratto a concludere il procedimento, né si riscontrano indicazioni ulteriori di carattere generale da altre disposizioni, deve considerarsi sufficiente, ai fini dell'integrazione del silenzio-assenso, la *sussistenza dei requisiti dell'azione procedimentale assolutamente astrat-*

54 Va comunque evidenziato come, quanto ai requisiti procedurali, non risulti chiarissima la portata precettiva degli artt. 3 e 4, d.p.r. n. 300 del 26 aprile 1992, decreto attuativo della DIA/SCIA e del silenzio-assenso. Il co. 2 dell'art. 2 prevede infatti che la domanda deve identificare le generalità del richiedente e le caratteristiche specifiche dell'attività da svolgere; inoltre, ad essa "deve essere allegata una dichiarazione del richiedente che indichi la sussistenza dei presupposti, ivi compreso il versamento di eventuali tasse e contributi, e dei requisiti prescritti dalla legge per lo svolgimento di quell'attività"; quando la legge richieda particolari requisiti soggettivi, la stessa deve poi "contenere anche i dati necessari per verificare il possesso o conseguimento dei requisiti stessi". I successivi co. 3 e 4 specificano, a loro volta, che qualora la domanda del privato non sia regolare o completa, la P.A. "ne dà comunicazione al richiedente entro dieci giorni, indicando le cause di irregolarità o di incompletezza", e, in questo caso, il termine di conclusione del procedimento, relativo al silenzio-assenso, decorre dal ricevimento della domanda regolare; se tuttavia l'Amministrazione non provvede alla comunicazione, il termine decorre comunque dal ricevimento della domanda. A fronte di ciò, l'art. 4, d.p.r. n. 300/1992 afferma invece che l'atto di assenso di cui all'art. 20, co. 1, l. n. 241/1990 si considera formato quando la domanda è conforme alle disposizioni di cui al co. 2 dell'art. 3. del medesimo d.p.r.

Tale normativa ha dato luogo ad interpretazioni discordanti in ordine alla necessità o meno di una domanda completa al fine della produzione del silenzio-assenso, sia in dottrina (cfr. ad es. in senso negativo, valorizzando l'art. 3, d.p.r. n. 300/1992, M. CALABRÒ, *Silenzio assenso*, cit., p. 47; in senso positivo, facendo riferimento all'art. 4, L. GOLISANO, *Il silenzio-assenso*, cit., p. 306 ss.), sia in giurisprudenza (sulla non necessità di una domanda completa se l'Amministrazione ha omesso la comunicazione ai sensi del d.p.r. n. 300/1992, Cons. St., sez. II, n. 96 del 4 gennaio 2021; l'impostazione contraria, invece, fa capo non tanto ad una differente interpretazione del d.p.r. in questione, quanto piuttosto alla generale posizione che vede la necessità di tutti i requisiti sostanziali e formali per la formazione del silenzio-assenso: cfr. la nota precedente). Ora, pur non negandosi le incertezze sottese al disposto letterale delle norme richiamate, a noi pare che l'interpretazione preferibile sia quella per cui la conformità della domanda, necessaria ad integrare il silenzio-assenso, debba essere rivolta solo ai requisiti indicati che, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, individuino l'obbligo decisorio assolutamente astratto; oltre al requisito, di carattere logico, che concerne la specifica definizione, nei suoi termini concreti, dell'effetto richiesto (cfr. subito di seguito, nel testo). L'art. 4 va, cioè, interpretato nei termini specificati dall'art. 3, e quindi nel senso che la mancanza degli altri ulteriori requisiti, non richiesti dall'Amministrazione con apposita comunicazione, non può impedire la produzione dell'effetto richiesto in ragione del silenzio intervenuto. Opinando il contrario, del resto, si lascerebbe all'Amministrazione la

ta (salvo, lo si ripete, che per la singola ipotesi di silenzio significativo sia previsto diversamente da specifiche disposizioni di settore).

Nello specifico, si deve allora ritenere che, per l'automatica produzione dell'effetto a fronte del silenzio dell'Amministrazione, debba sussistere un'istanza identificabile come tale, riferibile ad un potere, attribuito alla P.A. destinataria, soggetto al silenzio-assenso, insieme al decorso del relativo termine⁵⁶; debbano sussistere, cioè, i requisiti necessari per l'avvio del procedimento, a fronte di un potere astrattamente assoggettato al regime dell'automatica produzione dell'effetto, e l'inadempimento al relativo obbligo. Non è invece necessario che siano rispettati specifici requisiti di verificabilità dell'istanza, o addirittura tutti i presupposti per la valida produzione dell'effetto, che non concernono l'obbligo procedurale assolutamente astratto.

Nel senso descritto, l'unico requisito ulteriore, rispetto a quanto prospettato, è allora quello che si impone non per ragioni di diritto positivo – che, almeno nella normativa generale, si esprimono nei termini riferiti – ma per esigenze di carattere *logico*. È infatti necessario, perché il silenzio-assenso possa prodursi, che

possibilità di inibire la formazione del silenzio-assenso rispetto ad un'attività procedimentale, quella che del soccorso istruttorio, che, sia nello specifico in ragione del tenore della norma in esame (l'art. 3, co. 3, d.p.r., richiamato al capoverso precedente, che utilizza la forma verbale indicativa), sia a nostro avviso in via generale (si veda, sul punto, A. CARBONE, *Soccorso istruttorio e procedimento amministrativo. Riflessioni di sistema*, in *Dir. amm.*, 2025, p. 226 ss.), deve qualificarsi come doverosa in capo alla stessa P.A.

⁵⁵ Si vedano l'art. 8, ult. co., l. n. 94 del 25 marzo 1982, che disciplinava l'annullamento d'ufficio della concessione edilizia assentita mediante silenzio-assenso; l'art. 20, co. 3, l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 80 del 14 maggio 2005, che contempla l'applicazione dell'art. 21 *nonies*, sull'annullamento d'ufficio, al silenzio-assenso; l'abrogazione, da parte della l. n. 124 del 7 agosto 2015, del co. 2 dell'art. 21, l. n. 241/1990, di dubbia interpretazione, che stabiliva che le sanzioni previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso si applicassero anche nei riguardi di chi avesse dato inizio all'attività, ai sensi dell'art. 20, l. n. 241/1990, in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente; il co. 2 *ter* dell'art. 21, inserito dal d.lgs. n. 126 del 30 giugno 2016, che espressamente considera che la formazione del silenzio-assenso possa avvenire anche nel caso di istanza non conforme alle norme vigenti; nonché, da ultimo, il co. 8 *bis* dell'art. 2, l. n. 241/1990, aggiunto dalla l. n. 120 dell'11 settembre 2020, che prevede l'inefficacia dell'atto successivo al decorso del termine per provvedere, e il nuovo co. 2 *bis*, dell'art. 20, l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 108 del 29 luglio 2021, sulla possibilità di richiedere l'attestazione della formazione del silenzio-assenso, le quali entrambe presuppongono che il silenzio-assenso consegua al mero decorso del termine sull'istanza presentata.

⁵⁶ Sui requisiti di identificabilità dell'istanza, cfr. ampiamente *supra*, par. 3.1.

l'oggetto dell'istanza, cioè l'effetto richiesto, si presenti comunque in sé concretamente definito nei suoi termini, e possibile con riferimento alla relativa realtà fattuale: mancherebbe, altrimenti, il referente contenutistico dell'effetto in questione^{57-57 bis}57 bis57 bis57 bis.

5. Profili conclusivi

Si è cercato, con la presente trattazione, di analizzare un istituto, quale quello dell'avvio del procedimento, alla luce del modello proprio della struttura normativa della funzione all'interno della quale si inserisce. Tale modello, il modello, cioè, del procedimento amministrativo, assume, nei termini spiegati, carattere processuale, alla luce del quale devono ricevere considerazione gli istituti e i

57 In questo senso si ritiene doversi quindi interpretare anche Cons. St., sez. VI, n. 5746 dell'8 luglio 2022, la quale, pur non negando che il silenzio-assenso potesse formarsi pur in mancanza dei validi presupposti per l'adozione dell'atto corrispondente, ha fatto riferimento, per la sua integrazione, alla sussistenza dei necessari presupposti logico-normativi a cui l'istanza è rivolta.

57 bis Nelle more della pubblicazione del presente contributo è stato adottato il d.l. n. 19 del 19 febbraio 2026, PNRR 2026, che ha aggiunto all'art. 20, co. 1, l. n. 241/1990, la seguente statuizione: *“il silenzio assenso non si forma nei soli casi in cui la domanda non sia stata ricevuta dalla amministrazione competente o sia priva degli elementi indispensabili per individuare l'oggetto e le ragioni del provvedimento richiesto”*.

Tale norma apporta dunque delle specificazioni in ordine alla formazione del silenzio-assenso, perfettamente in linea con quanto detto nel testo. In particolare, fermo restando quanto già spiegato in ordine all'obbligo decisorio assolutamente astratto, che deve sussistere e che coincide con l'identificabilità dell'istanza (di cui ai requisiti *supra* par. 3.1), si stabilisce quanto segue. a) La domanda deve essere ricevuta dall'Amministrazione competente: ciò deve considerarsi una mera specificazione del disposto di cui all'art. 18 *bis*, co. 2, l. n. 241/1990 – secondo cui nel caso di istanza presentata ad un ufficio diverso da quello competente, il termine per la formazione del silenzio-assenso decorre dal ricevimento dell'istanza da parte dell'ufficio competente – e non si rivolge in sé ai requisiti o al merito dell'istanza, attenendo solo alle modalità di decorso del relativo termine per il silenzio. b) Devono essere presenti gli elementi indispensabili per l'individuazione dell'oggetto del provvedimento: tale requisito concerne la necessaria individuazione dell'effetto richiesto, elemento, come già detto nel testo, comunque logicamente necessario per la formazione del silenzio-assenso. c) Devono essere presenti gli elementi indispensabili delle ragioni su cui si fonda la richiesta: qui c'è invece un'effettiva indicazione, di carattere normativo, di uno specifico requisito necessario affinché si produca l'effetto richiesto in ragione del silenzio intervenuto.

Sussistendo, quindi, un'istanza identificabile soggettivamente e oggettivamente come tale, nei termini chiariti, e decorso il termine di conclusione del procedimento, insieme con le ulteriori specificazioni ora previste dalla normativa esaminata, si forma il silenzio-assenso. A fronte di ciò, vengono, così, del tutto disattese le impostazioni che, ai fini della relativa integrazione, richiedevano, in via generale, la sussistenza dei requisiti per la fondatezza della domanda.

profili allo stesso inerente. Ne consegue che la fase di avvio deve essere ricostruita nei termini della proposizione di una domanda procedimentale in senso proprio, con le conseguenze che da ciò scaturiscono.

Ci pare che, per tale via, l'inquadramento processuale sia risultato idoneo a fornire una più consona ricostruzione dell'istituto in esame, la quale, a sua volta, è in grado di risolvere, in maniera coerente alla medesima prospettiva, anche le relative questioni che in ordine ad esso si pongono.

Questioni sulle quali troppo spesso, a noi sembra, si dibatte senza fare affidamento su un quadro di riferimento strutturale definito, così incorrendo in soluzioni che, da un lato, rischiano di definire un singolo profilo senza badare all'insieme; e, dall'altro, anche in relazione al profilo singolarmente considerato, finiscono per risultare insoddisfacenti, appunto per la mancanza di quella solida base che solo una generale visione del sistema, intesa in senso strutturale, è in grado di fornire.