

GIUSEPPE TROPEA

Professore associato presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane  
dell'Università degli Studi di Reggio Calabria

*giuseppe.tropea@unirc.it*

## RECENSIONE A NICOLA POSTERARO DOMANDE MANIFESTAMENTE INACCOGLIBILI E DOVERE DI PROVVEDERE

In uno scritto di qualche tempo fa pubblicato sulla Rivista *Federalismi.it*, Fabio Francario nota che fra i giovani studiosi del diritto amministrativo si va affermando una tendenza verso studi non meramente ricognitivi: «che non si limitano cioè ad assumere ad oggetto un istituto ben determinato, ricostruendo in maniera ordinata l'insieme di norme e principi ad esso afferenti; ma s'interrogano problematicamente sulla evoluzione in atto per capire se e quali trasformazioni si siano verificate negli istituti tradizionalmente intesi»<sup>1</sup>.

Questo giudizio può senz'altro valere per la recente monografia di Nicola Posteraro.

Si tratta di un libro molto interessante e ben argomentato, che affronta una tematica classica del diritto amministrativo - il dovere di procedere e di provvedere - tradizionalmente studiata considerando il fenomeno del silenzio e le forme di tutela rispetto ad esso, o più recentemente inquadrata nel contesto di una rinnovata attenzione sul tema della doverosità<sup>2</sup>.

Posteraro aggiorna ulteriormente la tematica, confrontandosi con le sopravvenienze normative che hanno inciso sulla questione, dalla modifica al primo comma dell'art. 2 della l. 7 agosto 1990, n. 241, apportata dalla legge Severino (l. 6 novembre 2012, n. 190), alla più recente riforma Madia (l. 7 agosto 2015, n. 124), che tanta importanza ha avuto su un tema limitrofo, trasformando di fatto il volto dell'autotutela. Anche su questo aspetto, peraltro, la giovane dottrina ha avuto modo recentemente di soffermarsi, si pensi al libro della Alena in tema di annullamento d'ufficio, che registra l'esistenza di uno scenario

---

<sup>1</sup> F. FRANCIARIO, *Il dibattito tra giovani studiosi sui concetti tradizionali del diritto amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018.

<sup>2</sup> Non a caso nella monografia viene più volte richiamato il saggio di F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005. Più di recente v. pure S. TUCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

tuttora disorganico, nel quale quest'istituto continua ad essere teso tra i due estremi della doverosità e della discrezionalità<sup>3</sup>, o a quello della Napolitano, sempre in tema di autotutela, che inquadra le svariate questioni tuttora aperte alla luce delle diverse declinazioni del principio di autonomia procedurale nel dialogo tra le corti<sup>4</sup>.

Nicola Posteraro non è l'unico, invero, che ha dimostrato interesse per il nuovo art. 2, co. 1, l. 241/1990, come modificato dalla l. 190/2012.

Ricordiamo che la disposizione ha un'origine "colta", cosa piuttosto rara in questi tempi di scarsa incidenza della dottrina nel dibattito politico, essendo stata di fatto teorizzata in uno studio di Massimo Monteduro pubblicato nel 2010 sulla Rivista *Diritto amministrativo*<sup>5</sup>.

Più di recente, in chiave monografica, ha trattato praticamente lo stesso tema Scilla Vernile, in un altrettanto interessante libro del 2017 intitolato *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*<sup>6</sup>, col quale Nicola Posteraro si confronta nell'arco di tutto il suo argomentare, spesso in un'ottica di serrato confronto.

Cercherò di riassumere i punti fondamentali dello scritto per poi effettuare qualche riflessione conclusiva di sintesi.

Per ogni capitolo viene formulata una domanda fondamentale alla quale si prova a dare risposta, sempre dopo un articolato esame dei valori e degli interessi in gioco, dando prova di accurata conoscenza della giurisprudenza teorica e pratica in materia (ho contato fino a quattro pagine consecutive di sole fitte note).

Nel I capitolo l'A. si sofferma sul dovere di procedere, come presupposto del dovere di provvedere.

La prima domanda che si pone è la seguente: sussiste un dovere di procedere a fronte di qualsiasi istanza del privato? (p. 31).

---

<sup>3</sup> M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

<sup>4</sup> C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

<sup>5</sup> M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili o manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, 103 ss. Tale lavoro si inserisce all'interno della linea culturale emergente nei vari Convegni urbinati organizzati da Luca Perfetti, che, seppure con diverse declinazioni e sfumature, sono spesso incentrati sul tema fondamentale dei rapporti fra procedimento e processo. Si v., per tutti: *Procedura, procedimento, processo. Atti del Convegno di Urbino, 14-15 giugno 2007*, a cura di L.R. Perfetti, Padova, Cedam, 2011, nonché, più di recente, gran parte dei saggi pubblicati su questa *Rivista*.

<sup>6</sup> S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

L'A. ricorda che la dottrina tradizionale distingue fra istanze (su iniziativa di parte) e denunce (che sollecitano poteri d'ufficio). Nel primo caso si ritiene tradizionalmente obbligatoria la conclusione del procedimento; nel secondo caso, relativo ad atti di c.d. "pre-iniziativa", poiché vi sono interessi semplici o di mero fatto, si ritiene non sussistente un obbligo per la p.a. di esercitare il potere. Diversamente si introdurrebbe un dovere procedimentale innominato, con violazione del principio di legalità.

Le denunce, tuttavia, determinano in capo alla p.a. un "dovere di agire" (Giannini), momento che si colloca in una fase pre-procedimentale, di pre-istruttoria, estranea alla applicabilità della l. 241/1990 (p. 44). Qui l'A. manifesta un primo dissenso da Scilla Vernile, secondo la quale la denuncia si colloca nella sfera dell'irrelevanza giuridica.

Una prima conclusione è che per le istanze il dovere di procedere è ormai assorbito nel dovere di provvedere, non sussistendo qui una fase pre-procedimentale (p. 46). Mancherebbe quindi, in questi casi, l'obbligo di comunicazione di inizio del procedimento, che si tradurrebbe in una duplicazione di formalità<sup>7</sup>.

A questo punto si anticipa un aspetto importante: le eccezioni a tale assetto individuate da giurisprudenza e dottrina<sup>8</sup>, relative ad istanze inammissibili (perché generiche) o rivolte alla p.a. incompetente, non sono più in linea alla riforma apportata dalla l. 190/2012.

Si esaminano, quindi, due casi importanti.

Prima di tutto quello delle "denunce qualificate": es. sollecitazione di poteri repressivi, inibitori o sanzionatori (p. 59), riconosciute fondanti una legittimazione a supportare la richiesta e un corrispettivo obbligo in capo alla p.a. Qui l'interesse non viene qualificato dalla legge, ma dall'ordinamento e in base a principi generali quali imparzialità e il buon andamento.

V'è poi il campo fondamentale delle richieste di riesame. L'A. ritiene che ogni potere amministrativo è oggi doveroso, anche quelli di autotutela, discrezionali nel *quid*. Altra cosa è la sussistenza dell'interesse differenziato e qualificato, nonché l'eventuale consumazione della legittimazione per decorso del termine per impugnare, dove resta prioritaria la certezza dei rapporti giuridici (p. 75). Quando il termine non è decorso, quindi, la p.a. deve rispondere (p. 78).

---

<sup>7</sup> *Contra*, ancora, S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, cit.

<sup>8</sup> F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, cit.

Il capitolo II si apre con una domanda: la riforma del 2012 ha inciso sull'assetto descritto?

Secondo l'A. la legge Severino consolida la tendenza del procedimento ad imitare le forme del paradigma processuale (p. 131).

Nel caso delle istanze, alla luce delle nuove norme, la p.a. non sarebbe più titolare di un potere discrezionale sull'*an* del provvedere (p. 136).

La p.a. deve ormai valutare l'accoglibilità "in rito" della domanda, per scongiurare il pericolo di trovarsi innanzi a un'istanza manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile.

A questo punto c'è un passaggio argomentativo fondamentale.

Viene criticata la recente giurisprudenza che ritiene che la riforma faccia sorgere un generalizzato dovere di provvedere sempre, anche in caso di denunce/sollecitazioni. Il dovere di provvedere, ai sensi dell'art. 2, sorge in capo alla p.a. adita solo a patto che vi sia il dovere di procedere: l'applicazione del secondo periodo dell'art. 2, co. 1, l. 241/1990 implica l'applicabilità del primo (p. 147). Non sussiste, quindi, un dovere di provvedere nemmeno di fronte a istanze abnormi, assurde o pretestuose (c.d. "non istanze"): la trasparenza va temperata alla economicità.

Nel capitolo III si cerca di rispondere a un'altra delicata domanda: quando l'istanza può qualificarsi manifestamente inaccoglibile?

Anche qui il modello della sentenza succintamente motivata è rilevante al fine di interpretare le nozioni di irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, manifesta infondatezza. Si sottolineano, tuttavia, le differenze rispetto alla disposizione processuale contenuta nel c.p.a., che prevede la possibilità di sentenza breve anche in caso di manifesta fondatezza; manca inoltre il riferimento al precedente conforme.

Mi pare particolarmente interessante l'idea di far rientrare nella improcedibilità i casi di incompletezza ed erroneità della domanda (che prima del 2012 venivano dalla giurisprudenza considerati quali casi di inammissibilità), valorizzando qui il connesso dovere di previo soccorso istruttorio in capo al responsabile del procedimento.

Infine, poiché nella motivazione, seppure sintetica, vanno comunque indicate sia le ragioni di fatto che le ragioni di diritto, si legge la riforma del 2012 come un'estensione, piuttosto che una ulteriore "dequotazione", del dovere di motivazione<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Fenomeno persistente, sul quale da ultimo si v. M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 894 ss.; e, se si vuole, G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss.<sup>[1]</sup><sub>SEP</sub>

Connesso a tale rilievo c'è un nuovo disallineamento rispetto alla monografia della Vernile in cui si teorizza in questi casi l'opportunità, *de iure condendo*, di un corrispettivo "procedimento in forma semplificata", senza l'applicazione degli artt. 7, 10-*bis*, e con dimezzamento dei termini. L'A. ritiene che la semplificazione c'è a prescindere dal richiesto intervento del legislatore, e che il contraddittorio non vada conculcato.

Nel IV e ultimo capitolo si esaminano i riflessi sulla tutela della ricognizione effettuata.

Si nota, prima di tutto, che adesso anche in caso di istanza inaccoglibile l'interessato, in caso di silenzio, potrà esperire il ricorso di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. (p. 204).

Tuttavia, si ritiene, anche sulla scorta di richiami giurisprudenziali, che il g.a. non potrebbe condannare la p.a. rimasta illegittimamente inerte all'adozione di un provvedimento negativo semplificato, in quanto ciò sarebbe in contrasto con l'interesse pubblico oltre che antieconomico. Peraltro si rileva che non vi sarebbe l'interesse a ricorrere.

Sicché l'unica utilità che il privato viene ad ottenere è l'indiretto riconoscimento del danno da mero ritardo (p. 208). Sul punto si fa notare come l'art. 30, c. 3, c.p.a., nell'evocare l'art. 1127 c.c., si applica anche al danno da ritardo o da inerzia.

Segue una parte in cui si adducono argomenti vari, per lo più condivisibili (anche se forse questa è la parte meno originale dell'opera) a favore della risarcibilità del danno da mero ritardo, con considerazioni generali sulla rilevanza del "fattore-tempo"<sup>10</sup>. Si ritiene che la novella del 2012 abbia confermato tale idea, come quella più generale che porta a parlare di diritto soggettivo a una risposta della p.a.<sup>11</sup>.

Di conseguenza la responsabilità di cui all'art. 2-*bis* viene configurata come contrattuale (p. 250).

Vengo a qualche sparsa riflessione.

Prima di tutto sottolineo che il discrimine tra istanze e mere denunce viene individuato nella titolarità (o meno) di una situazione giuridica soggettiva protetta direttamente dalla legge, in parallelo con la legittimazione processuale.

---

<sup>10</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *Il tempo come bene della vita*, in *Federalismi.it*, 2014;

<sup>11</sup> Si richiama M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1998, 984 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 557 ss. Si critica ancora la visione di Scilla Vernile, legata alle diverse teorizzazioni della scuola torinese, su tutti si pensi al libro di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

Sul punto farei alcune brevi osservazioni.

È interessante notare come tale rigoroso approccio venga poi corretto, con metodo da giurisprudenza pratica, nel caso delle “denunce qualificate”, visto come emblematico esempio di interesse non qualificato dalla legge ma dall’intero ordinamento e dai principi generali. È questo un lascito fondamentale della giurisprudenza amministrativa, sistematizzato in dottrina da Nigro, che si fa fortemente sentire in questo ragionamento<sup>12</sup>. Peraltro, proprio a questo punto si sarebbero potute svolgere una serie di considerazioni sul modo in cui è stata ricostruita la legittimazione processuale, diverso rispetto alla teoria dell’azione processualcivile e legato invece al dato sostanziale dell’interesse legittimo.

Come si evince anche dalla monografia in commento, di solito c’è uno schema preciso: i poteri sono attivabili o su istanza o d’ufficio. Il massimo del “mix” è quando c’è un potere attivabile su istanza di parte e un “contropotere” (autotutela) che invece si attiva d’ufficio, magari previa segnalazione di terzi. Ma si tratta di due poteri diversi, il secondo dei quali neutralizza gli effetti del primo.

D’altra parte talora questa netta distinzione non c’è.

Posteraro, nel parlare delle “denunce qualificate”, ben coglie il rilievo generale e sistematico della questione. Si può pensare a quanto il tema della tutela del terzo rispetto alla s.c.i.a. sia stato condizionato, in giurisprudenza e dottrina, dall’innovativa idea che nei procedimenti a iniziativa di ufficio vi siano interessi diversi da quelli del destinatario del provvedimento.

Senonché a questo punto si apre il dedalo della legislazione speciale.

Faccio un esempio.

In tema di valorizzazione dei negozi storici si riscontra una situazione singolare. Le leggi regionali nel disciplinare l’avvio del procedimento di accer-

---

<sup>12</sup> L’A. è ben consapevole che, sul punto, la dottrina non è unanime. E così segnala (p. 58, nota 87) che, mentre alcuni ritengono che si sarebbe in presenza di denunce qualificate solo se esista una specifica disposizione di legge che, nel regolare un certo procedimento amministrativo, preveda la possibilità che esso sia avviato d’ufficio ma, nello stesso tempo, contempli espressamente anche la possibilità per chi vi abbia interesse di presentare delle denunce per sollecitare l’avvio d’ufficio del procedimento medesimo (in questo senso, L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 719), altri sostengono che sia sufficiente che il denunciante sia titolare di «una posizione giuridica soggettiva protetta dall’ordinamento» (non necessariamente da singole disposizioni di legge) e che, dunque, «la denuncia sia proposta da parte di chi è titolare di un interesse specifico e differenziato all’esercizio del potere» (A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, 160-165). Posteraro si schiera con la seconda impostazione, più aperturista.

tamento della “storicità” propongono un inedito mix tra il regime di attivazione del potere su impulso di parte e il regime di attivazione “d'ufficio”. Molte Regioni prevedono che l'iscrizione nell'elenco dei locali storici possa avvenire su istanza del titolare/gestore, ma al contempo prevedono anche un potere di segnalazione in capo a Comuni, camere di commercio, associazioni di commercianti, etc.

Qui le domande da porsi sono molte.

Ad esempio: il diritto di segnalazione, attribuito *ex lege* a certi soggetti precisi, che effetto ha? Priva i soggetti non assegnatari di tale potere (es: i comuni cittadini) del diritto di segnalare? Oppure, rende in qualche modo qualificata la segnalazione? Ma qualificata in che senso? C'è obbligo di provvedere rispetto a queste segnalazioni qualificate? E in caso affermativo, allora che differenza c'è tra segnalazioni qualificate e istanza di parte in senso stretto?

Altra connessa questione: i segnalanti qualificati hanno legittimazione processuale? Ancora una volta, se si risponde affermativamente, allora bisogna probabilmente chiamarli “istanti”, senza tanti giri di parole.

Ancora: uno stesso potere può essere attivabile sia d'ufficio che su istanza di parte? Ad esempio: un comune cittadino segnala un negozio storico. Non è segnalante qualificato, è proprio un *quisque de populo*. Ovviamente anche il proprietario del negozio “può farsi avanti”, e quest'ultimo è un vero istante. Lo stesso potere può funzionare in modo diverso a seconda di chi lo attiva? Che conseguenze si hanno in questo caso sul silenzio, o sull'obbligo di inviare preavviso di rigetto?

Infine: se un potere è attivabile (anche) d'ufficio (ad esempio, la Regione iscrive un negozio storico su mera segnalazione di cittadini), questo vuol dire che il potere è esercitato per un interesse pubblico che travalica l'esigenza dei destinatari eventualmente toccati dagli effetti diretti dell'atto (i proprietari dei negozi)? Se sì questo potere è sempre d'ufficio, anche quando il diretto destinatario degli effetti ne sollecita l'esercizio. Ciò può privare il proprietario di alcune garanzie, come il diritto alla risposta, il diritto al preavviso di rigetto. Ma, forse, se accediamo alla tesi Posteraro, secondo cui anche rispetto alle mere segnalazioni c'è obbligo di procedere, allora evitiamo il rischio di “insabbiamento”, poiché in ogni caso ci vuole una presa di posizione della p.a.

Questo esempio, pur settoriale, svela in realtà la matassa di questioni che tuttora caratterizza l'assetto della fase di impulso del procedimento, con le sue inevitabili conseguenze in tema di disciplina del procedimento stesso e di tutela

delle situazioni giuridiche coinvolte, spesso intrecciate con la tutela dell'interesse pubblico<sup>13</sup>.

Quindi, la ricerca intrapresa con la monografia di Posteraro meriterebbe, forse, uno sviluppo che si dispieghi nella analisi “in orizzontale” della legislazione di settore, con sano metodo induttivo, senza indulgere ovviamente nell'esegesi.

Vi è un diverso approccio di fondo, come si è più volte rilevato, rispetto alla monografia della Vernile. Oltre ad alcuni profili specifici che si sono già segnalati, mi colpisce la fedeltà di Posteraro all'idea del processo come schema del procedimento. Idea nobile, beninteso. L'articolo di Monteduro, che precede la riforma del 2012, non a caso ha dichiarate ascendenze nelle impostazioni sul punto di Benvenuti, Berti e Pastori. D'altra parte non trascurerei l'idea di Scilla Vernile nella parte in cui si sostiene l'idea della non processualizzazione del procedimento (nonostante le suggestioni che ci vengono dalla Corte Edu, di cui peraltro si dà ampiamente conto), aspetto che – semmai – andrebbe inquadrato in chiave storico-evolutiva<sup>14</sup>. Piuttosto oggi il fenomeno sembra inverso, e potenzialmente più insidioso, nel senso della procedimentalizzazione del processo, a sua volta corollario di una malintesa concezione del principio di effettività della tutela.

Molto intrigante, sul piano dogmatico, mi pare l'idea di teorizzare una nozione “ampia” di provvedimento, e di possibilità di adottare un provvedimento anche “in rito”, come ricaduta della riforma del 2012, aspetto che contribuirebbe ad attestare la profonda crisi del principio di imperatività<sup>15</sup>.

Dal punto di vista strettamente epistemologico, tale impostazione rievoca note correnti dottrinali che, a cavallo fra gli anni '70 e '80 del scorso secolo, hanno mostrato come l'esercizio della funzione amministrativa si concretizzi in un potere/dovere di scelta, scomponibile in un momento conoscitivo (preordinato alla selezione ed all'accertamento del fatto) e in uno valutativo (volto alla individuazione delle possibili alternative decisionali ed alla conseguente scelta di quella reputata più idonea a risolvere il problema tecnico-giuridico), in cui la

---

<sup>13</sup> Questo persistente intreccio, che si evidenzia soprattutto con riguardo alla incerta posizione del terzo nel diritto amministrativo, è ben messo in evidenza da M. RAMAJOLI, *Recensione a Giulia Mannucci, La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 963 ss.

<sup>14</sup> Anche in questo caso c'è da segnalare il lavoro di una giovane autrice: F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

<sup>15</sup> Sulla quale v. B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000.



“decisione amministrativa” è destinata ad essere formalizzata nel provvedimento<sup>16</sup>.

Sennonché, nel farlo, svela implicitamente un fondamentale aspetto, forse non adeguatamente valorizzato.

E cioè che per cogliere oggi i caratteri dell'azione autoritativa della p.a. bisogna concentrare la propria attenzione non tanto sul problema della sua “autoritatività”, quanto soprattutto sulla dimensione giuridica di tali “comportamenti”, che è tutta da ricostruire, ma in chiave ben diversa da quella implicata dalla tradizionale nozione di “atto giuridico”.

Che dunque non può essere affatto indicata quale nozione acquisita, come sono per lo più orientati a sostenere i teorici della a-specialità degli atti di diritto amministrativo, prospettando la riconduzione della *forma juris* dell'autorità dell'amministrazione sotto le insegne delle tradizionali categorie privatistiche<sup>17</sup>.

A conferma di quanto osservato, sulla necessità di intendere la dimensione giuridica dei “comportamenti amministrativi” avvalendosi di categorie giuridiche diverse da quella dell’“atto giuridico” negli ultimi trent'anni sono appunto emerse indicazioni positive piuttosto precise, che puntano per lo più sulla nuova categoria giuridica della “decisione”.

La parte relativa ai riflessi in tema di tutela mi pare molto interessante e utile (seppure, forse, con qualche lacuna per alcuni versi e sovrabbondanza espositiva per altri).

La tutela del cittadino rispetto al silenzio appare ancor oggi, nonostante gli importanti passi avanti compiuti, caratterizzata da incertezze e problemi applicativi.

Si tratta, spesso, proprio del riflesso di perplesse sistemazioni sul piano del diritto sostanziale.

Come noto, c'è una stretta connessione tra obbligo di concludere il procedimento, previsto in via generale dall'art. 2 della legge n. 241/1990, e ambito della tutela avverso il silenzio.

Posteraro è ben consapevole di tali aspetti, e dà risposte spesso convincenti. Tuttavia si sarebbero potuti approfondire alcuni temi ancora incerti.

---

<sup>16</sup> Cfr. A. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e i suoi caratteri* (1987), ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 238 ss., spec. 242 ss.; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* (1980), ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1429 ss., spec. 1442 ss.

<sup>17</sup> A. ROMANO TASSONE, *Esiste l'atto “autoritativo” della pubblica amministrazione? (in margine al recente convegno dell'AIPDA)*, in *Dir. amm.*, 2011, 759 ss.

Faccio qualche esempio.

Si pensi alla questione se sussista o meno un obbligo in tal senso a fronte della richiesta del proprietario di emettere un provvedimento di acquisizione sanante, previsto all'art. 42-*bis* T.U. espropriazione. Tendenzialmente la giurisprudenza ammette tale possibilità, ferma restando la sussistenza di un potere discrezionale in ordine al contenuto della decisione.

In tema di procedimenti d'ufficio ancora non si è raggiunto un assetto soddisfacente, specie nei casi in cui alla p.a. sia conferito un potere il cui esercizio è vincolato nell'*am*, in cui si versa in una situazione tendenzialmente assimilabile a quella dei procedimenti ad istanza di parte. Si pensi alla delicata questione dell'inerzia regolamentare, rispetto alla quale la giurisprudenza continua ad avere una posizione di totale chiusura.

Altro tema importante è quello relativo al decorso del termine di conclusione del procedimento come presupposto processuale per poter attivare la tutela contro il silenzio inadempimento. Qui tocchiamo evidentemente un'altra questione che ha a che fare con profili di teoria generale, in questo caso di teoria dell'azione.

Mi rendo conto, tuttavia, che tali approfondimenti avrebbero probabilmente fatto eccedere dal tema della monografia, quindi apprezzo la capacità di "continenza" dell'A.

C'è una parte dell'indagine della Vernile che non viene considerata, tralasciandosi un aspetto a mio avviso importante.

Peraltro, mi pare sia questo il punto davvero opinabile del ragionamento condotto in quella pur interessante monografia.

Mi riferisco alla tesi dell'Autrice sulla possibile applicazione analogica del rito sul silenzio alle ipotesi di adozione del provvedimento in forma semplificata, che, seppure molto suggestiva e ben sviluppata, appare discutibile, ove fondata solo sui principi di analogia, atipicità ed effettività della tutela. Le perplessità sono dovute anche al fatto che, per ragioni di rigore e coerenza, tale impostazione ha delle ricadute anche sulla proposta di non convertire il rito del silenzio in rito ordinario allorché si impugni un provvedimento in forma semplificata adottato nelle more del giudizio avviato per un caso di inerzia. Inoltre, si propone di applicare il termine di 60 gg. in caso di impugnazione del provvedimento semplificato, ma col rito di cui all'art. 117 c.p.a. e coi poteri di cui all'art. 31 c.p.a. (peraltro doppiati da un potere di annullamento in capo al giudice del silenzio). Esigenze di simmetria e di coerenza pienamente rispettate, dunque lodevoli, ma la falla, originata dall'impostazione per principi di cui sopra, tende ad allargarsi.

Posteraro si sofferma, invece, su un altro aspetto, direi tutto sommato più *mainstream*, relativo alla tutela avverso il silenzio nei casi in cui si sarebbe dovuto provvedere in forma semplificata.

La parte in cui si ritiene che il g.a. non potrebbe condannare la p.a. rimasta illegittimamente inerte all'adozione di un provvedimento negativo semplificato, in quanto ciò sarebbe in contrasto con l'interesse pubblico oltre che antieconomico, mi pare ancora influenzata dall'idea di un g.a. che debba curare in prima battuta l'interesse pubblico. Preferibile la considerazione che in questi casi non vi sarebbe l'interesse a ricorrere.

In merito, non sembra dubbio che l'applicabilità dell'art. 30, c. 3, c.p.a. al rito sul silenzio implichi un'utilità di quest'ultimo nel caso di omesso provvedimento semplificato. Personalmente, tuttavia, non ha mai convinto l'interpretazione fornita dalla Plenaria n. 3/2011 sull'art. 30, c. 3, che ha introdotto una pregiudizialità di fatto o "mascherata" argomentando anche attraverso il riferimento all'incerta nozione di abuso del processo<sup>18</sup>. In ogni caso Posteraro fornisce un utile spunto a sostegno della persistente opportunità del rimedio, che diversamente non si configurerebbe, non potendo il g.a. garantire adeguata tutela.

Piuttosto, e in conclusione, mi pare interessante – sebbene da me non condivisa – l'idea di dare rilievo, nell'esigenza di bilanciamento costante fra trasparenza ed economicità che caratterizza tutto il libro (e ne costituisce, probabilmente, la cifra ultima), all'ipotesi di abuso del procedimento come sanzione (in termini di spese) in capo al cittadino<sup>19</sup>, ferma restando l'opportunità di rafforzare gli obblighi di provvedere in capo alla p.a., visti come fattore di deflazione del contenzioso.

Può essere utile notare che nella ricostruzione che ha dato origine a tale conclusione la teoria dell'abuso del processo fosse tenuta in alta considerazione e, sempre nell'ottica metodologica del «*processo come schema di interpretazione del procedimento amministrativo*», venisse impiegata, specialmente attraverso il richiamo alla disciplina delle spese di giudizio, al fine di scongiurare l'abuso del procedimento amministrativo da parte del cittadino (ingiustificatamente) litigioso o in mala fede. In tale ricostruzione, come detto, le garanzie del processo divengono modello estendibile al procedimento<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, spec. 569 ss.

<sup>19</sup> Ancora sulla scia di M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili o manifestamente infondate"*, cit.

<sup>20</sup> Cfr. anche M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 596 ss.

In ogni caso, al di là del richiamo alla categoria euristica del “rapporto amministrativo”, del “contatto amministrativo”, o della co-decisione, si tratterebbe sempre di uno sviluppo delle tesi benvenutiane sulla c.d. “demarchia”, implicante la “libertà attiva” del cittadino<sup>21</sup> e, quindi, la reciprocità degli obblighi procedurali gravanti su amministrazione e cittadino, nonché di quel noto percorso dottrinario che configurava una posizione di “doverosità” a carico del partecipante al procedimento<sup>22</sup>.

Il tema è stato indagato soprattutto sotto la prospettiva della completezza e della veridicità delle informazioni fornite dal privato all’amministrazione, qualificandosi come contraria alla correttezza la condotta dell’amministrato che immetta nel circuito procedimentale false informazioni, ovvero occulti informazioni rilevanti.

L’evocazione del principio di autoresponsabilità è, evidentemente, molto interessante ai nostri fini. Attenta dottrina, ad esempio, ha considerato l’art. 21-*quinquies* legge n. 241/1990 in tema di revoca come espressione di un generale principio di responsabilizzazione del privato nell’ambito dei rapporti con l’amministrazione, da cui un dovere di “autoprotezione”; i commi 1-*bis* e 1-*ter* di tale disposizione, quindi, si configurerebbero come lo strumento che consente di estendere, coi dovuti adattamenti, l’applicazione dell’art. 1227 c.c. a tali rapporti, e in particolari ipotesi di illecito dell’amministrazione, al fine di rendere rilevante la condotta della vittima<sup>23</sup>.

Per tale via si torna ineluttabilmente ai recenti richiami all’art. 1227 c.c. svolti dalla giurisprudenza amministrativa in tema di pregiudizialità amministrativa, ove, come più volte detto, compare pure il riferimento all’abuso del processo.

Senonché, andare oltre la semplice *reciprocità* dei doveri, prospettando la co-amministrazione integrale, rischia di avere ricadute negative sul piano delle tutele processuali, portando a una funzionalizzazione dell’azione oggi traguardata da locuzioni alla moda come “meritevolezza della tutela”, che cancellano

---

<sup>21</sup> Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, ora anche in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 2006, 869 ss. Prima cfr. ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 807 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, IV, 3233 ss. Il fatto che il pensiero benvenutiano sul punto abbia avuto delle ricadute pratiche nel breve-medio periodo conferma l’idea che si tratta di un’«utopia imperfetta», secondo la definizione di A. ROMANO TASSONE, «*Il nuovo cittadino*» di Feliciano Benvenuti tra diritto ed utopia, in *Dir. amm.*, 2008, 313 ss.

<sup>22</sup> Cfr. E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini, 1983.

<sup>23</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell’amministrazione pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, 101.

acquisizioni fondamentali per la tutela del cittadino come la concezione “astratta” dell’azione<sup>24</sup>.

Non ci spingiamo a sostenere che ciò debba far rimpiangere il “paradiso perduto” dell’amministrazione unilaterale, con esaltazione della tradizionale tutela d’annullamento erogata dal g.a.<sup>25</sup>

Certo vi è da notare che a questo punto del lavoro il cerchio appare chiudersi, ma lascia non del tutto appagati nella misura in cui abuso del procedimento e abuso del processo trovino l’uno nell’altro legittimazione teorica a scapito dei diritti di partecipazione e di azione del cittadino, specie se considerati unitaria espressione di sovranità della persona, essendo l’art. 24 Cost. null’altro che un corollario dell’art. 1 Cost.<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Sia ancora consentito il rinvio a G. TROPEA, *L’abuso del processo amministrativo. Studio critico, cit., passim*. Contra: M.F. GHIRGA, *A proposito del recente libro di Tropea, di abuso del processo e di positivismo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 362 ss. A favore, invece, G. VERDE, *L’abuso del diritto e l’abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1085 ss.,

<sup>25</sup> In tal senso M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, in *Persona e amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Manganaro e A. Romano Tassone, Torino, Giappichelli, 2004, 94.

<sup>26</sup> L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.