

Capitolo Primo

Il procedimento amministrativo. Nozione e caratteri generali

CARMENCITA GUACCI

SOMMARIO: 1. Definizione generale. – 2. La legislazione sul procedimento amministrativo. – 3. La competenza legislativa in materia di procedimento amministrativo. – 4. La nozione di procedimento amministrativo. – 5. L'atipicità del procedimento amministrativo. – 6. Le fasi del procedimento espropriativo. – 7. Le funzioni del procedimento amministrativo.

1. Definizione generale

La trattazione del procedimento amministrativo ha assunto un ruolo centrale nel diritto amministrativo poiché il procedimento è la modalità generale di esercizio dell'attività amministrativa.

Il procedimento amministrativo è il complesso di atti, posti in essere da amministrazioni pubbliche e soggetti privati, legati fra loro da effetti di condizionalità e dipendenza, e finalizzati all'emanazione di un provvedimento o di un accordo sostitutivo di provvedimento¹. Esso può essere inteso come la formalizzazione dei processi decisionali dell'amministrazione², purché sia chiaro che ciò costituisce la conseguenza necessaria dell'emanazione di una disciplina legislativa dell'esercizio del potere.

¹ 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, 536 ss.

² A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 211.

2. La legislazione sul procedimento amministrativo

La tendenza a disciplinare l'esercizio dei pubblici poteri si è diffusa nelle organizzazioni statali moderne. Già nello Stato di diritto però si rinvenivano le prime discipline dell'esercizio del potere amministrativo; infatti, in alcuni casi, si emanavano discipline generali sul procedimento ed in altri, invece, venivano emanate leggi su specifici provvedimenti amministrativi. In Austria, per esempio, venne emessa la l. n. 274³ del 21.7.1925, contenente una disciplina generale sul procedimento. In Italia, soprattutto dopo l'unificazione nazionale, vennero invece promulgate diverse leggi su specifici procedimenti amministrativi. Ad esempio, il 20.6.1865, venne emanata la l. n. 2359 sul procedimento espropriativo per pubblica utilità⁴, ed ancora, il 10.8.1884, con la l. n. 2644, vennero emanate le disposizioni relative al demanio fluviale con il relativo regolamento di attuazione del 26.11.1893, n. 710, per la esecuzione delle opere concernenti la derivazione di acque pubbliche⁵; possiamo individuare anche la disciplina del procedimento relativo alla concessione del demanio marittimo, con il regolamento per l'esecuzione del Codice di marina mercantile del 20.11.1879, n. 5166⁶, così come la legge sulle bonificazioni delle paludi e dei terreni paludosi del 25.6.1882, n. 869, che disciplinava il relativo procedimento⁷ ed infine la legge sulle concessioni delle ferrovie pubbliche⁸.

La caratteristica di siffatte leggi era quella di sancire una disciplina specifica che contemplava solo le modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, soffermandosi spesso sulle caratteristiche formali degli atti dei privati e dell'amministrazione.

³ Si veda la l. 21.7.1925, n. 274, nel testo modificato ripromulgato il 23.5.1950, in G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 107 ss.; per indicazioni, G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 545 ss.

⁴ Sulla l. n. 2359/1865 si veda O. SCALVANTI, *La espropriazione per pubblica utilità*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, IV, Milano, 1940, 3 ss.

⁵ E. PRESUTTI, *L'amministrazione pubblica dell'agricoltura, (comprese la difesa contro le acque pubbliche, la bonifica e le irrigazioni)*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo Italiano*, V, Milano, 1902, 233 ss.

⁶ Sul tema si veda O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 49 ss., ora in O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti*, III, *Gli atti amministrativi*, Camerino, 1992, 58 ss.

⁷ E. PRESUTTI, *L'amministrazione pubblica dell'agricoltura, (comprese la difesa contro le acque pubbliche, la bonifica e le irrigazioni)*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo Italiano*, V, cit., 464 ss.

⁸ L. 29.6.1873, n. 1475, che accorda facoltà al governo di concedere la costruzione e l'esercizio di alcune ferrovie nelle Provincie Venete e di Mantova, l. 29.7.1879 n. 5002, che autorizza la costruzione di linee ferroviarie di complemento, modificata dalla l. 5.6.1881, n. 240; l. 22.3.1885, n. 3011.

Con lo Stato Costituzionale di diritto muta poi il contenuto della disciplina sul procedimento amministrativo e numerosi Paesi si dotarono di una legge generale in tal senso. Fra le diverse normative che si ebbero vanno sicuramente annoverate la l. del 25.5.1976 della Repubblica Federale tedesca⁹, e quella del 17.7.1978, n. 78-753, della Francia, tesa al miglioramento della relazione tra amministrazione e cittadini e alla disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi, sulla quale hanno poi successivamente inciso la l. 11.7.1979, n. 79-587 e la l. 17.1.1986¹⁰. Anche in Spagna venne promulgata una legge sul procedimento amministrativo, quella del 26.11.1992.

In Italia solo con molto ritardo il legislatore emise la l. 7.8.1990, n. 241, successivamente più volte modificata¹¹, codificando precetti nati da norme e principi costituzionali, da discipline di settore e dall'elaborazione giurisprudenziale.

La legge sul procedimento amministrativo, nata come una legge di principi, si è andata dunque man mano arricchendo di norme volte a disciplinare specifici aspetti dell'azione amministrativa¹². Oggi, infatti, essa non contiene solo una disciplina formale dell'esercizio del potere amministrativo, ma presenta numerose disposizioni che conferiscono situazioni giuridiche soggettive ai privati e che prefigurano le determinazioni dell'amministrazione¹³.

A seguito di una siffatta complessa evoluzione si è giunti a sostenere che il procedimento, con la partecipazione in contraddittorio degli interessati, sia la forma stessa della democrazia¹⁴; invero, la legge in esame ha modificato il rap-

⁹ Sulla *Verwaltungsverfahrensgesetz* si vedano C.H. ULE, H.W. LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Berlin, 1979, 1 ss., 22 ss.; A. MASUCCI, *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica Federale di Germania*, Napoli, 1979, 97 ss.; P. BADURA, *Das Verwaltungsverfahren*, in H.U. ERICHSEN, W. MARTENS (hgrs), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, 1983, 317 ss.; R. CARANTA, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, ???, Torino, 1996, 608; F.O. KOPP, U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 2012, 79 ss., 233 ss., 633 ss.; E. SCHMIDT ABMANN, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, in W. HOFFMANN RIEM, E. SCHMIDT ABMANN, A. VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II, München, 2012, 497 ss.

¹⁰ Sul problema della disciplina sul procedimento amministrativo in Francia si vedano G. LANGROD, *Procédure administrative en droit administratif*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1948, 549 ss.; J. GAUDEMET, *La codification de la procédure administrative non contentieuse en France*, in *Racueil Dalloz Sirey, Cronique*, XVII, 1986, 107 ss.; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, 1968, 15; R. CARANTA, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1996, 608 ss.

¹¹ La legge sul procedimento amministrativo è stata modificata dalla l. 11.2.2005, n. 15, dalla l. 14.5.2005, n. 80, dalla l. 18.6.2009, n. 69, dal d.lgs. 2.7.2010, n. 104, dalla l. 6.11.2012, n. 190, dalla l. 4.4.2012, n. 35 e dalla l. 9.8.2013, n. 98.

¹² G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 553 ss.

¹³ In tal senso, R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 577.

¹⁴ In tal senso, E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1958, 868 ss.; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 577.

porto fra cittadinanza e pubblica amministrazione e ha rimodulato i caratteri dell'azione amministrativa¹⁵.

3. La competenza legislativa in materia di procedimento amministrativo

L'emanazione della l. n. 241/1990 ha posto il problema della sua compatibilità con l'assetto costituzionale. Invero, già nella formulazione originaria della Costituzione, il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni determinava che la legge generale sul procedimento amministrativo potesse trovare applicazione solo per i procedimenti di competenza delle Amministrazioni statali, e non anche per i procedimenti di competenza di tutte le altre amministrazioni.

Il legislatore ritenne di poter risolvere la questione con l'art. 29 della legge sul procedimento amministrativo, nel quale si statuiva che le nuove disposizioni potevano essere dichiarate applicabili a tutti i procedimenti amministrativi¹⁶.

La dottrina però sostenne l'incostituzionalità della predetta norma, ritenendo che la stessa invadesse le competenze legislative delle Regioni.

La problematica in questione, per vero, si era posta anche in altri ordinamenti giuridici, come per esempio nella Repubblica Federale di Germania, con l'apparire della l. 25.5.1976. Tuttavia, in quell'ordinamento, si era optato per una soluzione rispettosa delle diverse competenze legislative ed al contempo del principio di unità dell'ordinamento giuridico. Infatti, la l. 25.5.1976, venne applicata alle sole amministrazioni del Bund, mentre per le amministrazioni dei Länder, ogni Stato federato emanò una sua personale legge sul procedimento amministrativo applicabile soltanto alle proprie amministrazioni. Le singole leggi dei Länder sui procedimenti amministrativi si sono comunque ispirate alle disposizioni della legge del Bund.

In Italia si optò invece per una soluzione diversa; si sostenne infatti che la legge sul procedimento amministrativo ponesse dei principi generali dell'ordinamento giuridico¹⁷.

L'art. 29 della l. n. 241/1990, nella sua originaria formulazione, sanciva infatti che le disposizioni contenute nella ora richiamata legge costituissero principi ge-

¹⁵ A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, cit., 2014, 211.

¹⁶ A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 214 ss.

¹⁷ Sul tema si vedano C. GELATI, *Commento all'articolo 29*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1991, 469 ss.; G. CORSI, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991, 26 ss.

nerali dell'ordinamento giuridico e conseguentemente richiedeva che le Regioni a Statuto ordinario regolassero le relative materie al rispetto dei principi in essa desumibili.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione, la questione sollevata si riattualizzò. Invero, la riforma del Titolo V ha ridefinito il riparto di competenze fra Stato e Regioni, attribuendo al primo, competenze tassative e residuali e, alle seconde, competenze generali. In questo nuovo quadro, le funzioni amministrative vengono devolute alle amministrazioni locali salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, non dovessero essere conferite alle Province, alle città metropolitane, alle Regioni e allo Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

La riforma del Titolo V della Costituzione aveva quindi sicuramente l'intento di ampliare le materie rientranti nella potestà legislativa regionale¹⁸.

Con la l. n. 69/2009, il legislatore ha nuovamente rimodulato la disciplina di cui alla l. n. 241/1990, stabilendo, all'art. 29, che le disposizioni della legge si applicano ai procedimenti amministrativi delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, nonché alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Inoltre, la predetta norma ha precisato che le disposizioni di cui agli artt. 2 *bis*, 11, 15 e 25, quinto, quinto *bis* e sesto comma, nonché quelle del Capo quarto *bis*, vale a dire tutti gli artt. da 21 *bis* a 21 *nonies*, si applicano a tutte le amministrazioni. Infine, ha sancito che attengono ai livelli essenziali delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m), la partecipazione degli interessati, l'individuazione del responsabile del procedimento, il dovere di concludere il procedimento nei termini prefissati, l'obbligo di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa dei procedimenti, le disposizioni concernenti la dichiarazione di inizio dell'attività e l'istituto del silenzio assenso.

Alla luce di tale ultima riforma si è dunque sostenuto che la legittimità costituzionale della legge sul procedimento amministrativo derivi dal fatto che la materia in essa disciplinata rientri nelle competenze esclusive statali poiché le garanzie procedurali, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m), attengono ai livelli essenziali delle prestazioni da assicurare ai cittadini, con la conseguenza che Regioni ed enti locali non possono stabilire garanzie inferiori, ma possono senza dubbio prevedere livelli ulteriori di tutela.

Pertanto, le Regioni a statuto ordinario e gli enti locali, devono osservare la predetta legge perché comunque non possono prevedere garanzie procedurali inferiori a quelle assicurate dalla legislazione nazionale; invece, le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano, devono adeguare la propria legislazione alle disposizioni dell'art. 29 della l. n. 241/1990 s.m.i.

¹⁸ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 470 ss.

4. La nozione di procedimento amministrativo

La locuzione procedimento amministrativo trae origine dalla dottrina tedesca ed austriaca¹⁹ ed è stata oggetto in Italia di una intensa elaborazione da parte della dottrina²⁰.

In Italia la prima forma di elaborazione del concetto di procedimento amministrativo si deve a quell'orientamento che, sviluppando le teorie dell'atto-procedimento, del procedimento complesso e del procedimento come presupposto dell'atto²¹, ha propugnato la concezione formale del procedimento²². La tesi in esame, parte dalla constatazione che nella sequenza di atti e di operazioni che integrano l'esercizio di un'attività amministrativa ne ricorrono alcuni che esplicano un ruolo preparatorio, altri che producono un effetto costitutivo ed altri ancora che assolvono una funzione integrativa, facendo quindi desumere che la sequenza procedimentale si articola inevitabilmente in una fase preparatoria, in una fase costitutiva e in una fase integrativa dell'efficacia.

L'importanza della tesi in esame non risiede solo nel fatto che per la prima volta viene elaborata una nozione di teoria del diritto, ma nel fatto che viene individuato il legame intercorrente fra i vari momenti dell'*iter* procedimentale, connotati dall'esistenza di particolari tipi di effetti idonei a collegare ogni momento in un rapporto di condizionalità e/o dipendenza. Secondo la tesi in esame, il procedimento amministrativo non è una serie coordinata di atti che si susseguono l'uno all'altro, bensì una serie di atti legati fra loro da una serie di effetti giuridici.

L'elaborazione della nozione ha ricevuto l'apporto della teoria sostanziale del procedimento, contraddistinta da un approccio funzionale. Secondo la tesi in esame il procedimento costituisce la forma della funzione. La funzione rappresenta l'attività amministrativa rilevante nella sua globalità e integrità, essa è la sostanza

¹⁹ Fra i primi autori che parlarono di procedimento amministrativo va annoverato A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungssrecht*, Wien u. Berlin, 1927, 213 ss.

²⁰ Sulle varie nozioni di procedimento, fra gli altri, S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, 13 ss.; E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 1 ss.; M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 41 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003, 1035 ss.

²¹ Gli autori delle predette teorie sono F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (ma 1914), 543 ss.; U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, 451 ss.; G. MIELE, *Alcune osservazioni in tema di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, III, 1933, 375 ss.; G. CONSO, *Il concetto di fatto giuridico e fatti giuridici processuali penali*, in *Studi urbinati*, 1954, 249 ss.; S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, 55 ss.

²² A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 17 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, 1021 ss.

del potere che si fa atto, il procedimento rappresenta invece il modo in cui si estrinseca la funzione e “sotto il profilo oggettivo il procedimento è manifestazione della funzione”²³. In definitiva si è fuso il concetto di procedimento in senso formale, inteso come le diverse fasi in cui si deve articolare la funzione amministrativa, con il concetto di funzione in senso sostanziale.

L’orientamento in questione ha evidenziato anche la funzione di garanzia assolta dal procedimento, giungendo a parlare proprio di procedimento garanzia²⁴; si è infatti sviluppata la tendenza a calibrare il procedimento sul processo, perché i doveri di accertamento istruttorio e di motivazione, nonché quello di assicurare il contraddittorio tra le parti, oltre a configurare la struttura procedimentale in maniera analoga a quella del processo, rendono più penetrante il sindacato giurisdizionale. Si è così sviluppata la c.d. concezione paragiurisdizionale del procedimento²⁵.

Le predette ideazioni hanno avuto il pregio di offrire un rilevante contributo all’elaborazione della nozione di procedimento amministrativo, concorrendo a una completa ricostruzione dell’istituto²⁶.

Il procedimento amministrativo è infatti configurabile come la sede specifica per l’esercizio del potere discrezionale, costituendo l’ambiente idoneo alla rilevazione e alla ponderazione degli interessi²⁷.

5. L’atipicità del procedimento amministrativo

La dottrina, per un non breve periodo, ha sostenuto, a volte in maniera esplicita²⁸,

²³ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 128.

²⁴ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., 118; F. BENVENUTI, *L’attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 539 ss.; G. BERTI, *La struttura procedimentale dell’amministrazione*, in AA.VV., *L’azione amministrativa fra garanzia ed efficienza, Formez, problemi di amministrazione pubblica*, Napoli, 1981, 55 ss.

²⁵ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la p.a. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252 ss.

²⁶ In tal senso, R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 579.

²⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, 550; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 272; G. BERTI, *La struttura procedimentale dell’amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, 431 ss.; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 579.

²⁸ Sostengono che il procedimento sussista solo in presenza di un ordine legale necessario, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1914, 1085 e 1234; U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di O. Ranalletti*, Padova, 1931, I, ripubblicato in ID., *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, 474; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1933, 367; K. KORMANN,

a volte in maniera implicita²⁹, che il procedimento amministrativo sussiste solo nei casi in cui vi è una disciplina legislativa. Secondo questo orientamento, in altri termini, nel nostro ordinamento esisterebbero soltanto procedimenti amministrativi “tipici” e non anche “atipici e/o informali”³⁰.

Su di un piano completamente opposto si muove quell’orientamento secondo il quale occorre distinguere fra il procedimento amministrativo necessario, cioè quello per il quale il legislatore ha disciplinato puntualmente le varie fasi, e il procedimento non necessario³¹, vale a dire quello contraddistinto dal fatto che l’ordinamento giuridico non ha previsto i diversi atti che devono intervenire, conferendo all’amministrazione il potere di determinare l’iter procedimentale liberamente³².

System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs – und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts, Berlin, 1910, 173; A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, 1927, 213; G. BERGONZINI, *L’attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, 55, nota 119, 96 ss., 98; F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 415, 418 ss.; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, 76, 126 ss., 133; A. CLARIZIA, *Appunti dalle lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 175; S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1985, 13 ss., 18, 46, 47, 55, 58, 66.

²⁹ Al predetto orientamento va accostata l’opinione secondo la quale solo una norma positiva può funzionalizzare e pubblicizzare una attività di diritto privato dell’amministrazione, sostenuta da: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 446 ss.; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni (Atti amministrativi e negozi di diritto privato)*, Milano, 1974, 67; G. GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e privato. (I contratti ad evidenza pubblica)*, Milano, 1986, 35 e specialmente nota 72; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 451 ss.

M.S. GIANNINI, *L’attività (amministrativa)*, Roma, 1966, 111; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 440, 443 ss., 824 ed anche 821, 823; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 1981, 272 e 305; ID., *Diritto amministrativo*, cit., 1988, 537.

Fra i sostenitori della tipicità del provvedimento vanno annoverati anche G. BARONE, *Aspetti dell’attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1980, 63 nota 49, 65, 69, 74 ss.; G. SACCHI MORSIANI, *L’esecuzione delle pretese amministrative*, Padova, 1977, 105, 107; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, 803.

³⁰ S. PERONGINI, *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, 1990, 98 ss.

³¹ Distinguono fra procedimento necessario e procedimento non necessario A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 85 ss.; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 569 ss.; G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, 375 (ma alcuni spunti in tal senso vi erano già in G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933, 195 ss.); F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 374, 403 ss., 429; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 408; D. BORTOLOTTI, *Attività preparatoria e funzione amministrativa. (Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico)*, Milano, 1984, 150 ss., 168 ss.; G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986, 156.

³² A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 89; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. (Perfezione ed efficacia)*, Milano, 1955, 18, 143.

Invero, secondo la tesi in esame, il problema è quello di stabilire “*se i momenti non necessari di un procedimento rivestano una qualche rilevanza*”³³, così come avviene quando l’amministrazione, pur non essendovi tenuta, acquisisce un parere, una proposta, un atto istruttorio, o permette al privato di intervenire nel procedimento³⁴.

Questa tesi è stata ripresa e sviluppata da diversi autori, alcuni dei quali hanno parlato di rapporti procedurali aperti³⁵, ed altri invece hanno distinto, analogamente alla dottrina tedesca³⁶, fra procedimenti formali e procedimenti informali³⁷.

Infine, è stato prospettato il problema³⁸ della configurabilità non solo di procedimenti tipici, vale a dire quelli previsti e disciplinati dalla legge, ma anche di procedimenti atipici, posti in essere dall’amministrazione proceduralizzando attività per le quali il legislatore non aveva contemplato lo svolgimento del procedimento³⁹.

A tal proposito occorre ricordare che, nella Repubblica federale di Germania, il legislatore ha fatto uso di un particolare modello di procedimento, infatti la leg-

³³ A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 91.

³⁴ A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 92.

³⁵ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 184; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, 127 ss. parlano di rapporti procedurali aperti.

³⁶ La dottrina tedesca ha parlato di procedimento formale (*formell*) e di procedimento non formale (*formlos Verfahren*), così K. KORMANN, *System*, cit., 1910, 173 e A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 1927, 219 ss. Successivamente la predetta terminologia è stata sostituita con quella di *formliche Verwaltungsverfahren* e *nichtformliche Verwaltungsvfahren*.

³⁷ Secondo A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., 125 ss.; D. BORTOLOTTI, *Attività preparatoria e funzione amministrativa*. (Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico), cit., 150, 168 ss., il procedimento non si sviluppi sempre in maniera aderente alla preordinazione formale, ma conosce anche atti informali e veri e propri procedimenti informali.

³⁸ Sugli atti taciti, i comportamenti materiali ed i negozi di attuazione si veda G. GIAMPICCOLO, *Note*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 779 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1970, 404; C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1984, 41, 212, 243, 279.

Per contestare la rilevanza giuridica, nell’ambito di una serie procedimentale di atti amministrativi, dei comportamenti immateriali, concludenti od inespressi si potrebbe addurre – alla stregua di quanto sostiene M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 191 ss. – che le regole proprie del provvedimento ed in particolare il principio di imperatività non consentono di considerare come un atto quello che è e rimane pur sempre un mero fatto. Il rilievo è pregnante e decisivo ove al “mero comportamento” si pretenda di attribuire molo ed efficacia provvedimentale, come fa il citato Autore; non è più pertinente se il “comportamento” costituisca un momento interno di un procedimento, perché per quest’ultima figura non vigono i principi di tipicità ed imperatività. Sulla rilevanza dei comportamenti informali si veda Cons. Stato, sez. V, 18.1.1984, n. 49, in *Cons. Stato*, I, 1984, 40.

³⁹ Sul tema si veda S. PERONGINI, *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, 1990, 83 ss.

ge sul procedimento amministrativo⁴⁰ ha codificato, al par. 10, il principio di informalità del procedimento amministrativo (*Grundsatz der Nichtformlichkeit des Verwaltungsverfahrens*) sancendo che “il procedimento amministrativo non è vincolato da forme determinate, a meno che non esistano particolari prescrizioni giuridiche riguardanti la forma del procedimento. Esso deve essere attuato in modo semplice e funzionale”⁴¹.

Orbene, il par. 9 della VwVfG, definendo il concetto di procedimento, in realtà finisce per delineare l’ambito oggettivo di applicazione del diritto sul procedimento amministrativo⁴².

Per effetto di ciò, poiché l’amministrazione non è vincolata a seguire alcuna forma ma può strutturare liberamente il procedimento nella maniera che ritiene più opportuna (*Verfahrensfreiheit*), un procedimento ricorrerà ogni qual volta vi sia un’attività con le caratteristiche menzionate dal par. 9 della VwVfG.

Insomma, si è in presenza di un procedimento amministrativo ogni qualvolta è stata posta in essere un’attività con i caratteri descritti dal par. 9 e non più solo nei casi in cui il legislatore ha previsto una siffatta figura.

Dal confronto delle disposizioni generali sul procedimento con quelle sul procedimento formale, poi, si ricava che fra il *Nichtformliche* ed il *formliche Verwaltungsverfahren* esiste un rapporto di regola ed eccezione⁴³; infatti, salvo che la legge non disponga diversamente, la scelta della struttura del procedimento appartiene alla discrezionalità dell’autorità, con la conseguenza che la maggior parte dei procedimenti si svolge in maniera svincolata dalle rigide prescrizioni concernenti le modalità formali.

Il principio di informalità non autorizza però l’amministrazione a formare liberamente i procedimenti, perché la sua libertà procedimentale (*Verfahrensfreiheit*)

⁴⁰ Cfr. il *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 25.5.1976. Su di essa si veda A. MASUCCI (a cura di), *La codificazione*, Napoli, 1979; A. MELONCELLI, *La legge sul procedimento amministrativo del 25.5.1976 della Repubblica federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, 293 ss.; F. MEYER, *La legge sul procedimento amministrativo nella repubblica federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1115 ss.

⁴¹ Secondo il par. 10 della VwVfG (*Nichtformlichkeit des Verwaltungsverfahrens*) “*Das Verwaltungsverfahren ist an bestimmte Formen nicht gebunden, soweit keine besonderen Rechtsvorschriften für die Form des Verfahrens bestehen. Es ist einfach und zweckmässig durchzuführen*”. La soluzione adottata con questa norma risale nel tempo: essa era già presente nel testo del *Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1968 e si ritrova pressoché invariata nello *Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1970 ed in quello del 1973. Si veda P. STELKENS, H.J. BONK, K. LEONHARDT, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, München, 1983, 152 ss.

⁴² Cfr. P. BADURA, *Das Verwaltungsverfahren*, in E. HANS UWE, M. WOLFANG (Hrsgg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, 1983, 330.

⁴³ Cfr. N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1985, 160; ID., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1982, 417; W. SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982, 87 ss.

è contemperata dal principio di un procedimento legittimo, da quello di un esercizio regolare della discrezionalità, da quello della proporzionalità dei mezzi nonché dal principio che impone la realizzazione di un procedimento corretto ed adeguato. Si è tentato dunque, in tal modo, di soddisfare non solo le esigenze legalitarie, assicurando, attraverso una giurisdizionalizzazione del procedimento, il rispetto della legittimità, ma anche le esigenze di un'amministrazione celere, semplice ed opportuna.

Le necessità sottese all'elaborazione teorica del procedimento effettuata nella Repubblica federale di Germania sono presenti anche nel nostro ordinamento giuridico.

In una prima fase, nel nostro ordinamento si è delineato un quadro di riferimento dogmatico e giurisprudenziale propenso a riconoscere la configurabilità di procedimenti amministrativi atipici.

Successivamente, con l'emanazione della l. n. 241/1990 e delle sue integrazioni e modificazioni, il problema qui prospettato è stato definitivamente risolto.

Invero la legge sul procedimento amministrativo, pur non definendo il concetto di procedimento, presenta diverse norme dalle quali risulta evidente che l'amministrazione deve esercitare l'attività amministrativa autoritativa seguendo le norme poste dalla l. n. 241/1990, le disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti e i principi dell'ordinamento comunitario.

A quanto precede va anche aggiunto che l'art. 2, primo comma, seconda parte, della l. n. 241/1990, impone alle amministrazioni di aprire un procedimento anche in presenza di istanze manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate.

Ne consegue che la legge sul procedimento amministrativo pone a carico dell'amministrazione un dovere generale di agire mediante procedimenti amministrativi, con conseguente configurabilità non solo di procedimenti tipici, espressamente previsti e disciplinati da singole disposizioni di legge, ma anche di procedimenti atipici, configurabili nei casi in cui l'amministrazione si attenga anche solo alle disposizioni della l. n. 241/1990 ed ai principi dell'ordinamento comunitario.

6. Le fasi del procedimento espropriativo

Il procedimento amministrativo⁴⁴, può essere scomposto in fasi per meglio

⁴⁴ Sul procedimento amministrativo si vedano F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914, 1083 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1914, 1234 ss.; U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di O. Ranalletti*, cit.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950; M. NIGRO, *Proce-*

comprenderne lo sviluppo dinamico; in particolare possiamo individuarne tre: la fase preparatoria, la fase costitutiva e la fase integrativa dell'efficacia⁴⁵. Bisogna comunque precisare che si propongono anche altre classificazioni della tripartizione, come quella che distingue fra fase dell'iniziativa, fase dell'istruttoria e fase decisoria⁴⁶. Il procedimento può essere dunque articolato anche in quattro fasi: fase dell'iniziativa, fase istruttoria, fase decisoria e fase di integrazione dell'efficacia⁴⁷.

La scelta fra l'uno e l'altro modello dipende dal grado di specificazione che si preferisce adottare. Invero, l'articolazione in fasi ha una funzione espositiva e chiarificatrice di un *iter* decisionale, che si snoda attraverso una pluralità di momenti giuridici. Nella realtà dell'azione amministrativa, le fasi non si presentano mai nettamente separate l'una dall'altra, perché spesso momenti tipici dell'una si rinvencono nelle altre e viceversa; inoltre, singoli specifici procedimenti, spesso si articolano in una pluralità di fasi profondamente diverse da quelle considerate dalla tesi della tripartizione o dalla tesi della quadripartizione.

A titolo di esempio, si può considerare il procedimento espropriativo⁴⁸. L'art.

dimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1966; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950; A. MELONCELLI, *L'iniziativa procedimentale*, Milano, 1976, 1 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940 (ristampa 1959); E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991; G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, III, 1993; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 574; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 531 ss.; A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 4510; F. MERUSI, *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010; R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005; V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale della azione amministrativa*, Napoli, 2006; F.G. SCOCA, *Il punto sulla disciplina legislativa sul procedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007; F. LIGUORI, *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007; F. MERUSI, A. FIORITTO, G. CIAGLIA, V. GIOMI, A. BERTANI, F. FREDANI, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, 2005 e 2009; N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata alle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Torino, 2009; M.A. SANDULLI, *La riforma della legge sul procedimento amministrativo tra novità vere e apparenti*, in www.federalismi.it; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, cit., 2011, 215 ss.

⁴⁵ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964 (ma 1940), 121 ss., 175 ss., 260 ss.

⁴⁶ A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, cit., 2014, 212.

⁴⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 482 ss.; F. TEDESCHINI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 892 ss.; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 591 ss.

⁴⁸ Sulle fasi del procedimento espropriativo sia consentito rinviare a C. GUACCI, *Le fasi del pro-*

8, rubricato “*Le fasi del procedimento espropriativo*”, del d.p.r. 8.6.2001, n. 327, quale precisa che “*il decreto di esproprio può essere emanato qualora: a) l’opera da realizzare sia prevista nello strumento urbanistico generale, o in un atto di natura ed efficacia equivalente, e sul bene da espropriare sia stata apposto il vincolo preordinato all’esproprio; b) vi sia stata la dichiarazione di pubblica utilità; c) sia stata determinata, anche se in via provvisoria l’indennità di esproprio*”⁴⁹.

A quanto precede va aggiunto che la disciplina specifica delle predette fasi è individuata rispettivamente dagli artt. 9, 10, 11, per la fase relativa all’apposizione del vincolo preordinato all’esproprio; dagli artt. 12-19, per la fase di dichiarazione di pubblica utilità; dagli artt. 20-22 per la determinazione dell’indennità di espropriazione; dagli artt. 23-25 per la fase relativa all’emanazione e all’esecuzione del decreto di esproprio.

Pertanto, nell’ambito del procedimento espropriativo si distinguono le seguenti quattro fasi: *a)* la fase dell’apposizione del vincolo preordinato all’esproprio; *b)* la fase della dichiarazione di pubblica utilità; *c)* la fase della determinazione, anche in via provvisoria, dell’indennità di esproprio; *d)* il decreto d’esproprio.

Vi è, poi, un’ulteriore fase, successiva alla conclusione del procedimento espropriativo, che è quella dell’immissione nel possesso dell’area espropriata. Ognuna delle predette fasi, a sua volta, integra un subprocedimento, che si articola in ulteriori diverse fasi.

In definitiva, il procedimento può essere articolato in fasi, purché sia chiaro che si tratta di una classificazione meramente convenzionale, che nella realtà dell’azione amministrativa e nelle discipline positive dei diversi specifici procedimenti non trovano sempre riscontro.

7. Le funzioni del procedimento amministrativo

Il procedimento amministrativo assolve diverse funzioni che, nel corso del tempo, sono andate sovrapponendosi a quella originaria. Seguendo un ordine logico, fra le funzioni del procedimento amministrativo vanno annoverate: *a)* quella

cedimento espropriativo, in C. GUACCI, S. PERONGINI (a cura di), *Profili giuridici dell’espropriazione per pubblica utilità*, Torino, 2013, 45 ss.

⁴⁹ Cfr. E.M. MARENGHI, *Commento all’art. 8*, in A. SATURNO, P. STANZIONE (a cura di), *L’espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2002, 137 ss.; A. ALBÈ, *Commento all’art. 8*, in A. TRAVI (a cura di), *Commentario sistematico al Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*, Padova, 2004, 95; L. MARUOTTI, *Commento all’art. 8*, in F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS (a cura di), *L’espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2007, 104 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Le espropriazioni*, in F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit., 2011, 704 ss.

di accertamento, *b*) quella di acquisizione degli interessi implicati nella vicenda, *c*) quella concretantesi nella valutazione e nella comparazione degli interessi selezionati, *d*) quella di interpretazione della disciplina giuridica da applicare al caso di specie, *e*) quella di determinazione della regola precettiva oggetto del provvedimento, *f*) quella di garanzia ed infine *g*) quella di legittimazione sociale.

a) Il procedimento consente di acclarare la situazione di fatto esistente per consentire all'amministrazione di provvedere, con piena consapevolezza, circa la realtà sulla quale la sua determinazione inciderà⁵⁰.

La ricostruzione del fatto svolge quindi un duplice ruolo: da un lato consente all'amministrazione di articolare la propria azione sulla realtà oggettiva, dall'altro, rappresenta la cornice nel cui ambito si collocheranno gli interessi da comparare.

b) Il procedimento assolve la funzione di acquisizione degli interessi, di quelli pubblici, di quelli privati e di quelli c.d. secondari⁵¹.

In definitiva, ricostruzione del fatto e acquisizione degli interessi sono funzioni diverse, a volte sovrapposte, ma sicuramente autonome⁵².

c) Il procedimento assolve alla funzione di valutare consistenza e peso degli interessi coinvolti, alla funzione di composizione degli interessi. La crisi del rapporto classico tra legge ed attività amministrativa, in forza della quale il provvedimento era mera esecuzione della legge, amplia la discrezionalità devoluta all'amministrazione. La complessità dei conflitti induce il legislatore a demandare alla pubblica amministrazione il compito di risolverli. Tutto ciò potenzia il ruolo del procedimento, tenendo conto che la struttura e la complessità del procedimento sono condizionati: *a*) dalla natura e dal numero degli interessi e *b*) dal grado di discrezionalità.

d) Il procedimento assolve anche alla funzione di esternare il processo interpretativo delle norme da applicare. La funzione in questione ha evidenti assonanze con quella cui assolve il processo. Anche nel processo il giudice, prima di emettere la decisione, interpreta le norme da applicare al caso concreto. La differenza esistente fra processo e procedimento, sul punto, è rappresentata dal fatto che mentre nel processo il giudice manifesta, eventualmente, le norme da interpretare, i criteri interpretativi e gli esiti della loro applicazione in sentenza, nel procedimento l'individuazione delle norme e la loro esegesi viene invece esternata già nelle fasi prodromiche all'emanazione del provvedimento per poi confluire in quest'ultimo.

e) Il procedimento determina la regola precettiva oggetto del provvedimento.

⁵⁰ R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 579.

⁵¹ A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, cit., 2014, 214.

⁵² A. ZITO, *op. loc. ult. cit.*

Infatti, l'amministrazione nell'emanazione del provvedimento deve trasfondere tutto quanto è avvenuto nel corso del procedimento, soppesando adeguatamente ogni atto acquisito, anche quelli dei privati, offrendo loro il corretto rilievo.

f) Il procedimento amministrativo, formalizzando tutti gli atti che producono effetti condizionanti l'avvio di altri atti o che innescano effetti che determinano o concorrono a determinare il contenuto del provvedimento, rende trasparente il processo decisionale.

La tracciabilità della decisione⁵³ è infatti il presupposto essenziale per svolgere un controllo sull'esercizio dell'attività amministrativa e per verificare la sua conformità ai principi e alle norme che la regolano.

g) Il procedimento, infine, svolge una funzione di legittimazione sociale delle decisioni amministrative⁵⁴. A tal proposito si è sostenuto, soprattutto nella letteratura giuridico-sociologica, che i procedimenti, ordinati mediante regole giuridiche, contribuiscono a legittimare le decisioni giuridicamente vincolanti⁵⁵. Secondo l'orientamento in esame, dunque, la legittimazione delle decisioni pubbliche, non può basarsi sull'autorità dello Stato, ma, nelle organizzazioni sociali moderne, rinviene il suo fondamento nella disciplina dell'esercizio del potere mediante procedimenti, nell'ambito dei quali si assegna alla partecipazione degli interessati la funzione di coinvolgerli nella determinazione della decisione⁵⁶.

⁵³ A. ZITO, *op. ult. cit.*, 210.

⁵⁴ In tal senso, R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 577.

⁵⁵ N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, XIV.

⁵⁶ N. LUHMANN, *op. ult. cit.*, 34 ss., 207 ss.