

GIUSEPPE TROPEA

Professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza ed
Economia dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria
giuseppe.tropea@unirc.it

MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO

E GIUDIZIO SUL RAPPORTO

MOTIVATION OF THE ADMINISTRATIVE ACT AND JUDGEMENT

ON THE LEGAL RELATIONSHIP

SINTESI

L'articolo esamina le attuali tendenze giurisprudenziali in tema di motivazione del provvedimento amministrativo, e le connessioni che tale questione presenta con le trasformazioni del processo amministrativo, del suo oggetto, e del giudicato in rapporto alla successiva attività dell'amministrazione. In particolare, dopo aver considerato il problema del carattere formale o sostanziale della motivazione, e la possibilità di integrare quest'ultima in corso di giudizio, ci si chiede quale versione del c.d. giudizio "sul rapporto" controverso possa oggi essere compatibile con la persistente specialità del giudice amministrativo, nel tentativo di recuperare, per quanto possibile, la *ratio* originaria della legge sul procedimento amministrativo e, all'interno di essa, la natura sostanziale della motivazione del provvedimento. Questa soluzione, oltre ad apparire più in linea col dato positivo, ha il pregio di conciliare effettività della tutela e ragioni profonde della specialità e differenza del processo amministrativo, nonché di recuperare la centralità della motivazione della decisione, per come era stata pensata agli albori della l. n. 241/1990. Tale impostazione rievoca peraltro le correnti dottrinali che 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 "decisione amministrativa" è destinata ad essere formalizzata nel provvedimento. Si conclude nel senso che è sull'asse della tradizionale limitazione del potere che sia opportuno continuarsi a muovere, sia pure nella consapevolezza di un assetto dell'ordinamento profondamente mutato, e che necessita, quindi, di risposte attualizzate. In tal senso, dopo le alterne fortune della motivazione del provvedimento amministrativo, e delle tendenze ad imbrigliare sempre più l'esercizio del

potere nelle maglie del giudicato, si esprimono forti perplessità sull'approdo rappresentato dalla piena "civilizzazione" del processo amministrativo, nell'ambito di un giudizio "sul rapporto" che appare ancora nebuloso e di incerta configurazione teorica.

ABSTRACT

The paper focuses on the current case-law trends with regard to the motivation of the administrative acts, by pointing out how this issue is linked to the transformation of the administrative judicial process, its subject matter, and *res judicata* in relation to the subsequent administrative activity. In particular, after considering the question of the formal or substantial nature of the motivation of the administrative acts, and the admissibility of its *ex-post* integration by the public administration during the trial, the author wonders which version of the so-called judgment "on the legal relationship" might be compatible currently with the persistent special nature of the administrative judicial process. The paper stresses the need to revitalize, as much as possible, the rationale originally behind the Italian administrative procedure Act (Law no. 241 dated 7 august 1990) and within it the substantial nature of motivation of the administrative acts. This solution is consistent with the Italian positive law, and reconciles the effectiveness of judicial protection with the deep-seated reasons for the specialty and the difference of the administrative judicial process, while at the same time restoring the central role played by the motivation of the administrative decisions, as originally conceived by Law no. 241/1990. This approach also echoes the doctrinal opinions stating that administrative function is a power/duty of choice, which includes both a cognitive (aimed at selecting and establishing the facts) and an evaluative moment (aimed at identifying possible alternative options for decision-making and consequently choosing the most appropriate one to solve the technical-legal problem), by which the "administrative decision" is to be formalized in the administrative act. The author concludes that the traditional axis of the limitations of power still stands, admittedly in a different context, requiring updated responses against the background of a changed environment. Considering the vicissitudes surrounding the motivation of administrative acts, and the trend towards trapping the exercise of power in the texture of *res judicata*, the author has considerable misgivings about the "equalization" between the administrative and civil judicial process, and points out that the judgment "on the legal relationship" still seems to be nebulous and uncertain.

PAROLE CHIAVE: motivazione, atti amministrativi, oggetto del processo, limiti del giudicato di annullamento, giudizio sul rapporto, dedotto e deducibile

KEYWORDS: motivation, administrative acts, object of the judicial process, limits of the judicial review, judgment on the legal relationship, claim preclusion

INDICE: 1. Premessa – 2. Derive: la "dequotazione" della motivazione, nonostante l'art. 3 l. n. 241/1990, e il problema della sua natura formale o sostanziale – 3. La motivazione successiva o

postuma – 4. Giudizio sul rapporto e dequotazione dei vizi formali e procedurali: un persistente margine di (sana) specialità per il giudice amministrativo? – 5. Approdi: il dedotto e il deducibile (ancora assente), fra prospettive di piena assimilazione e persistente centralità della decisione motivata – 6. Conclusioni

1. Premessa

Quanto il tema della motivazione del provvedimento amministrativo sia legato a quello del sindacato di legittimità del giudice, e muti con l'evolvere di quest'ultimo, può agevolmente evincersi richiamando il titolo di quella che resta l'opera più importante in argomento: *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, di Antonio Romano Tassone¹.

Come ha di recente osservato Guido Corso, in una attenta rilettura commemorativa dell'opera sopra citata², tale libro costituisce una sorta di spartiacque rispetto alle precedenti dottrine che al tempo in cui venne pubblicato si contenevano il campo, trovando poi nell'art. 3 della successiva l. n. 241/1990 il suggello alle critiche rivolte sia alla concezione, più antica, c.d. "psicologica"³, che alla impostazione sostanzialistica⁴.

Come è ben noto, questo superamento avviene partendosi dalla premessa secondo cui la motivazione è un "discorso giustificativo", rispetto al quale bisogna considerare l'uditorio cui è rivolto, sì da tripartire le sue funzioni⁵. Non ci si soffermerà in questa sede su questo aspetto, pur fondamentale, della motiva-

¹ Milano, Giuffrè, 1987, spec. cap. III.

² G. CORSO, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 463 ss.

³ Risalente a C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1933. Secondo A. ROMANO TASSONE, (voce) *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Digesto disc. pubbl., Appendice*, XIII, 1997, p. 684, alla concezione "psicologica", all' "istinto del buon funzionario" (Cammeo), la legge oppone le ragioni giuridiche "oggettive", legate alle risultanze dell'istruttoria.

⁴ Ci si riferisce, evidentemente, a M.S. GIANNINI, (voce) *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 265 ss.: «ciò che balza in rilievo non è la motivazione, ma sono il motivo o il presupposto nella loro realtà effettiva (...) conta ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare». Sempre ad avviso di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, cit., p. 684, alla tesi sostanzialistica la legge oppone la necessità di un segno linguistico.

⁵ L'impostazione è dichiaratamente debitrice degli studi di Perelman e della c.d. "scuola della nuova retorica" (cfr., soprattutto, C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato sull'argomentazione*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, trad. it., Torino, Einaudi, 1966), e porta a distinguere la funzione della motivazione rispettivamente guardando: a) al soggetto inciso dal provvedimento (potenziale ricorrente); b) alla collettività organizzata (in termini di legittimazione democratica del potere); c) al giudice amministrativo. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 14.

zione del provvedimento. Ai nostri ben più limitati fini presenta maggiore interesse, invece, la questione se, archiviata la più antica tesi “psicologica”, anche quella “sostanzialistica”, compendiabile nella notissima formula gianniniana della “dequotazione” della motivazione, sia stata effettivamente superata.

Verrebbe da dire di no, in quanto i rilievi di Giannini andavano a toccare questioni di ampio respiro e potenziale sviluppo, proprio alla luce dell’evoluzione verso il giudizio sul rapporto, del quale – come è noto – il Maestro romano era un fervido sostenitore⁶. Sul punto, tuttavia, si impone una distinzione fra giurisprudenza teorica e pratica.

Negli scritti più importanti che hanno fatto seguito a quello di Romano Tassone, si pensi proprio a quelli di Corso⁷, ma anche (più di recente) agli studi di Giulia Mannucci⁸ e Antonio Cassatella⁹, pare condivisa, seppure attraverso diversi percorsi (chi puntando sull’idea che la l. n. 241/1990 predilige il punto di vista dei destinatari dell’atto¹⁰, chi configurando la motivazione come espressione di un autonomo diritto di informazione del cittadino¹¹, chi elaborando il concetto di “responsabilità funzionale”¹²), l’aspirazione a contrastare il ridimen-

⁶ Basti leggere M.S. GIANNINI, A. PIRAS, (voce) *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, voce enciclopedica non a caso scritta assieme ad Aldo Piras. Sulle connessioni fra dequotazione della motivazione e sindacato più penetrante sull’esercizio del potere amministrativo, v., ancora, M.S. GIANNINI, *Motivazione dell’atto amministrativo*, cit., pp. 261 ss. Più di recente v. A. POLICE, (voce) *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 49 ss. Osserva di recente M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, Relazione alle VIII Giornate Italo-Argentine di diritto amministrativo, Reggio Calabria, 28-29 ottobre 2016, in pubblicazione: «nonostante spesso si tenda a parlare ancora oggi di dequotazione della motivazione, impiegando il fortunato neologismo coniato da Giannini, in realtà attualmente si è in presenza di un fenomeno diverso e cioè di un depotenziamento della motivazione. La dequotazione della motivazione ad opera della dottrina e della giurisprudenza nasce in un contesto storico differente, di assoluta latitanza legislativa e di attenzione pressoché esclusiva dell’atto terminale del procedimento amministrativo anziché al complessivo farsi dell’azione della pubblica amministrazione. La dequotazione della motivazione era pertanto mossa da un’istanza garantista intesa a valorizzare “ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare”».

⁷ Cfr., per tutti, G. CORSO, (voce) *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 774 ss.

⁸ Uno, nessuno, centomila. *Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, pp. 837 ss.

⁹ *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013.

¹⁰ G. CORSO, *Motivazione dell’atto amministrativo*, cit., pp. 785-787; ID., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, cit., p. 470.

¹¹ G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, cit., p. 840.

¹² A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, cit., pp. 249 ss., osserva che «la selezione dell’alternativa idonea alla tutela del pubblico interesse non (può) essere rimessa al mero giudizio della amministrazione agente, ma (deve) tradursi nell’assunzione di una responsabilità funzionale riferibile alla decisione ed agli effetti ad essa riconducibili». Per alcuni rilievi

sionamento della portata applicativa dell'art. 3 l. n. 241/1990, in alcuni casi arrivando a prospettare addirittura la nullità del provvedimento privo di motivazione, ad onta di una granitica giurisprudenza schierata per l'annullabilità¹³.

A proposito di giurisprudenza pratica, nei due saggi più recenti appena citati, ben si schematizzano le diverse tendenze, in un caso distinguendo addirittura quattro filoni ricostruttivi: volontaristico, relazionale, dinamico, pluralistico¹⁴; nell'altro, più semplicemente, evidenziando le due diverse linee di fondo tradizionalmente ricorrenti: la garantista-formalista e la sostanziale-giurisdizionalista¹⁵.

Il punto è che questa seconda tendenza, più radicata e di lungo periodo,

su tale ricostruzione, seppure nell'ambito di un apprezzamento generale verso l'opera, cfr. la *Recensione* di G. MANFREDI, in *Dir. pubbl.*, 2015, pp. 695 ss., secondo il quale bisognerebbe limitarsi a valorizzare la dimensione normativa della motivazione, e contrastare la creatività giurisprudenziale in tema. Su quest'ultima, e su come nonostante l'art. 3 della l. n. 241/1990 l'obbligo di motivazione sia stato dalla giurisprudenza circoscritto (come in passato) ai provvedimenti discrezionali ed a quelli lesivi della sfera del singolo, v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 254. Configura come "formale" il vizio relativo al difetto di motivazione, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 318.

¹³ Cfr. G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 885-886, secondo la quale, quando l'assenza di motivazione ostacola la comprensione del provvedimento, essa impedisce l'identificazione del suo oggetto, dunque ne determina la nullità ex art. 21-septies l. n. 241/1990. Viene qui ripreso L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm.-TAR*, 2008, spec. pp. 1197 ss. Al netto di questa qualificazione, in tale lavoro comunque si critica la tesi della non necessità della motivazione rispetto agli atti vincolati e la sua dequotazione in quelli discrezionali attraverso l'applicazione dell'art. 21-octies, co. 2, l. n. 241/1990. Invece, secondo A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, cit., spec. pp. 287 ss., il termine "provvedimento" andrebbe inteso come la sineddoche di "decisione motivata", cui è data una definitiva struttura giuridica al termine della fase decisoria, quando viene assunta la responsabilità della scelta maturata sulla base dei dati in possesso dell'amministrazione. Ciò porta a qualificare la stessa motivazione discorsiva come elemento essenziale del provvedimento che contraddistingue il passaggio dalla "decisione" individuata sulla base delle risultanze dell'istruttoria all'atto giuridico tipizzato in concreto (...). Può quindi cogliersi la correlazione biunivoca fra "dovere di motivare" come fase necessaria del procedimento di formazione della decisione e "motivazione discorsiva" come elemento essenziale del provvedimento». Su questa interessante ricostruzione si tornerà *infra*, considerandone i risvolti di ordine processuale.

¹⁴ A. CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, cit., spec. cap. III: nella ricostruzione "volontaristica" la motivazione reale prevale su quella formale; in quella "relazionale" viene valorizzata la motivazione formale, nell'ambito della relazione che si instaura fra amministrazione e privato; in quella "dinamica" essa appare correlata alla partecipazione all'esercizio del potere; in quella "pluralistica" emergono le eterogenee funzioni dell'istituto.

¹⁵ G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, cit., p. 838, e *passim*: nella logica garantista-formalista prevale un'idea legalitaria dell'azione amministrativa, che assegna alla forma un autonomo rilievo ai fini del sindacato sulla legittimità dell'atto; quella sostanziale-giurisdizionalista (indicata come "dominante") sottende un'idea efficientistica, più attenta al "risultato", e nega l'autonomo rilievo del vizio della motivazione.

di fatto si consolida con la l. n. 15/2005, di riforma della l. n. 241/1990, attraverso l'art. 21-*octies*, co. 2. Quest'ultima novella, che “decostruisce” la *ratio* originaria della l. n. 241/1990, nella prospettiva sostanzialistica in cui l'aveva concepita Mario Nigro¹⁶, per quanto qui interessa comporta una duplice alterazione dell'obbligo di motivazione¹⁷: *a*) sostanziale, nella parte in cui tale obbligo viene spesso ridotto a “vuoto simulacro”; *b*) processuale, invertendo l'ordine logico-cronologico procedimento/processo e imponendo al privato di attivare lo strumento della tutela giurisdizionale al solo scopo di essere reso partecipe delle ragioni alla base della decisione¹⁸. Ovviamente il discorso non può essere scisso dagli scenari di possibile mutamento dell'oggetto del processo amministrativo che negli stessi anni va maturando, sulla scorta della sentenza Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500¹⁹ e della l. n. 205/2000.

È opportuno a questo punto dar conto, in prima battuta, di tali *derive*, scandite dai seguenti passaggi, ciascuno in sé molto discutibile: *i*) difetto di motivazione come vizio formale; *ii*) applicabilità al caso *de quo* dell'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/1990; *iii*) ammissibilità della motivazione “successiva” o “postuma”.

Indi, dopo aver evidenziato come proprio su questo terreno può oggi aversi più di un dubbio sul transito verso un processo amministrativo effettivamente sul rapporto controverso (che si misura sull'effettiva applicabilità del principio del dedotto e del deducibile), si considererà di un secondo profilo, forse meno investigato, relativo ai legami fra motivazione ed effetto conformativo del giudicato, nell'ottica della c.d. consumazione del potere. Qui, invece, si registrano recenti interessanti *approdi*, che consentono, forse, di recuperare la centralità del fenomeno decisionale, nella sua tradizionale chiave epistemologica, oltre che di riscoperta del senso originario della l. n. 241/1990²⁰.

¹⁶ Cfr., sul punto, M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 459 ss.

¹⁷ Cfr., ancora, M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, cit., p. 473.

¹⁸ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 273.

¹⁹ In *Foro it.*, 1999, p. 2487, con nota di F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi alla affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*.

²⁰ Ove ciò sia comunque possibile, cosa per niente scontata, ma questa volta soprattutto alla luce di quello che essa è diventata, assumendo progressivamente un rilievo centrale nel fissare i modi delle interazioni tra potere pubblico e iniziativa economica privata, anche alla luce delle novelle degli ultimi anni, soprattutto, da ultimo, della legge Madia e di taluni suoi decreti delegati. Sul punto, sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 107 ss.

2. Derive: la “dequotazione” della motivazione, nonostante l’art. 3 l. n. 241/1990, e il problema della sua natura formale o sostanziale

Come è ben noto, diversi sono i segnali che in passato, anche prima del tritico rappresentato dalla sentenza n. 500/99, dalla l. n. 205/2000 e dalla l. n. 15/2005, hanno fatto parlare di “dequotazione” della motivazione, con prevalenza del momento sostanziale-giurisdizionale su quello garantista-formale.

Scontato il richiamo alla giurisprudenza²¹ che confina l’obbligo di motivazione ai provvedimenti discrezionali²², o lo esclude per i provvedimenti favorevoli conformi alle istanze dei privati e non lesivi delle posizioni di terzi. Di più. Sempre su un crinale sostanzialista si colloca quella impostazione che, andando oltre la previsione di cui all’art. 3, co. 3, l. n. 241/1990, reputa l’obbligo di motivazione non violato quando, anche a prescindere dal tenore letterale dell’atto finale, i documenti dell’istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni e l’iter motivazionale della determinazione assunta²³. Queste tendenze, peraltro, presentano risvolti processuali, al di là della questione della motivazione successiva: si pensi all’orientamento in base

²¹ Per un’analisi critica della quale si rinvia a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 243 ss.; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 300 ss.

²² Invero, è percepibile una dequotazione della motivazione anche nei casi di provvedimenti largamente discrezionali. Si pensi al caso dell’atto del Ministro dell’Interno, non motivato, con cui si è negata a un cittadino etiope la cittadinanza italiana. Secondo il Consiglio di Stato (Sez. IV, 7 novembre 2002, n. 6063, in *Foro amm Cds*, 2002, p. 2808), la valutazione dell’amministrazione, in tali circostanze, è «largamente discrezionale», implicando un esame complesso dei motivi che spingono il soggetto a scegliere la nazionalità italiana e delle sue possibilità di rispettare i doveri di solidarietà economica e sociale imposti dalla Costituzione. Secondo il g.a., nel caso in questione l’istruttoria effettuata dimostra che il richiedente ha «dichiarato redditi di ammontare abbastanza modesto», il che fa presumere «la sussistenza di elementi idonei ad escludere l’interesse pubblico alla concessione della cittadinanza italiana», e quindi «la sufficienza, sulla base delle risultanze istruttorie, di quanto esternato nel provvedimento». Ritiene il Consiglio di Stato che tale decisione costituisce un corollario di una visione non meramente formale dell’obbligo di motivazione, desumibile dall’art. 97 Cost. Su tale caso, con osservazioni critiche, v. G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 901 ss.

²³ Cfr. Cons. St., Sez. V, 20 maggio 2010, n. 3190, in *Foro amm Cds*, 2010, p. 1046. In dottrina si parla, in questo caso, di motivazione “implicita”, per distinguerla dalla motivazione *per relationem*: cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 263. Secondo autorevole dottrina, peraltro, solo in questo caso potrebbe ammettersi il carattere non invalidante del vizio di motivazione: «Se il fondamento legale e fattuale dell’atto è sicuramente identificabile ed il contenuto di questo non dà luogo ad incertezza, la conoscenza cui il requisito della motivazione è preordinato risulta in concreto assicurata nei confronti di tutti i suoi possibili destinatari: si potrebbe quindi dire che, essendo normativamente predeterminati i presupposti e le conseguenze del provvedimento, la motivazione è implicita». Così F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 433.

al quale per la piena conoscenza dell'atto, da cui decorre il termine di impugnazione, è sufficiente la cognizione degli elementi essenziali del provvedimento, tra i quali non è compresa la motivazione, che rileva ai soli fini della proposizione dei motivi aggiunti²⁴.

I nodi vengono al pettine con l'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/1990, vero "capo delle tempeste" del dibattito in materia, e crocevia fondamentale cui finisce per riconnettersi pure la questione, a cavallo fra procedimento e processo, della motivazione postuma. Al netto delle molteplici *querelle* che la disposizione ha suscitato, e che qui non possono approfondirsi²⁵, la domanda fondamentale che si è posta è la seguente: il difetto di motivazione costituisce vizio formale o sostanziale?²⁶ Una certa giurisprudenza ha fatto applicazione della clausola di non annullabilità, considerando il difetto di motivazione come vizio di carattere meramente formale, come tale irrilevante, anche se astrattamente fondato, quando il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato²⁷.

La dottrina ha spesso contestato tale approccio²⁸, richiamando il dato positivo (non solo l'art. 3, ma anche l'art. 2, co. 1, secondo alinea, della l. n. 241/1990, dopo le modifiche della l. n. 190/2012)²⁹, il diritto euro-unitario (in

²⁴ Per tale rilievo, M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, cit., p. 473, nota 26, con richiami di giurisprudenza sul punto.

²⁵ Si rinvia sul punto, anche per l'ampia indicazione di letteratura e giurisprudenza (anche europea), al recente lavoro monografico di P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015.

²⁶ Sul fatto che la riforma del 2005 abbia rinverdito la problematica relativa all'inserimento del difetto di motivazione tra i vizi formali o sostanziali del provvedimento amministrativo, v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 244.

²⁷ Tra le prime, cfr. Tar Veneto, 11 marzo 2005, Sez. II, n. 935, in *Foro amm. Tar*, 2005, p. 644.

²⁸ Si v. i sopra citati lavori di RAMAJOLI, MANNUCCI e CASSATELLA, cui si aggiunga, per l'autorevolezza, la netta presa di posizione a favore di un'idea sostanziale di motivazione di F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, a cura di V. Parisio, Milano, Giuffrè, 2004, p. 71.

²⁹ Per vero sulla norma in questione, che come è noto impone all'amministrazione di dover provvedere con motivazione semplificata anche su istanze manifestamente inammissibili, vi sono contrapposte interpretazioni circa la sua finalità verso un rafforzamento effettivo del principio di trasparenza e di una nozione "forte" e sostanziale di motivazione. In questo senso si pone l'esegesi di quell'autore che, di fatto, ha teorizzato la disposizione in questione prima della sua introduzione nel 2012: M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 103 ss. Diversa, e critica, l'interpretazione di N. PAOLANTONIO, *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza di motivazione*, in *www.giustamm.it* (nonché in corso di pubblicazione negli *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*), il quale ritiene che tale obbligo contraddica in realtà l'apparente esigenza di trasparenza sottesa a tale scelta legislativa, ponendosi

particolare l'art. 296 TFUE, che richiede la motivazione per tutti gli atti delle istituzioni comunitarie, inclusi quelli normativi) - anche guardando alla nozione di "forma sostanziale", addirittura motivo d'ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE³⁰ - e il diritto a una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE³¹. Da ciò la diffusa osservazione secondo cui trattasi di vizio sostanziale.

Può essere interessante, sul punto, richiamare sin d'ora un recente arresto della Corte costituzionale, l'ord. 26 maggio 2015 n. 92³², che pare confermare quest'ultimo assunto, seppure sulla base di un discorso più ampio, legato al tema del giudizio sul rapporto; su tale pronuncia, ingiustamente sottovalutata in letteratura, si tornerà subito appresso, affrontando l'annosa questione della motivazione successiva o postuma.

3. La motivazione successiva o postuma

È su quest'ultima cangiante figura, a questo punto, che bisogna soffermarsi, poiché essa, più di ogni altra, oltre a riproporre le questioni problematiche sopra accennate, ha la peculiarità di farlo nell'ottica dei rapporti diritto sostanziale/diritto processuale, procedimento/processo, oltre a richiamare il complesso tema del transito verso la terra, ancora invero piuttosto incognita, del giudizio amministrativo "sul rapporto controverso".

Come anche chi scrive ha tentato di dimostrare³³, la locuzione motivazione successiva o postuma può sottendere diversi fenomeni, compendiabili, quanto

così in contrasto coi canoni costituzionali del buon andamento, oltre ad apparire irrazionale anche alla stregua dei limiti al controllo giudiziario sul mancato esercizio del potere discrezionale puro (in questo senso, quindi, tale norma, specie nella parte in cui richiama il riferimento al punto di fatto e di diritto ritenuto risolutivo, rischierebbe di «rafforzare quell'opera di svilimento sempre più incalzante che la giurisprudenza nostrana segue con forza dal 2005, dopo l'entrata in vigore dell'art. 21 octies»).

³⁰ V., ad es., Corte giustizia CE, 2 dicembre 2009, C-89/08 P, *Commissione/Irlanda e a.*, punto 34, in *Ragiusan*, 2010, p. 194. *Amplius*, su tale giurisprudenza, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 35-37, 173, il quale osserva, inoltre, che nella giurisprudenza comunitaria non è considerata ammissibile la c.d. integrazione postuma della motivazione, essendo l'unica scissione ammessa quella della motivazione *per relationem*. Sulla rilevanza del principio della motivazione nel diritto dell'Unione europea v. anche B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione, Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 521 ss.

³¹ Sul punto, da ultimo, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., spec. cap. I, e *passim*.

³² In *Giur. cost.*, 2015, p. 784.

³³ Cfr. G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 531 ss.

meno³⁴, nei seguenti: *a)* integrazione della motivazione mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi; *b)* opera del giudice amministrativo, allorché fondi il proprio convincimento utilizzando atti non richiamati dalla motivazione (c.d. motivazione “implicita”); *c)* integrazione effettuata della pubblica amministrazione attraverso l’emanazione di un autonomo provvedimento di convalida. Questa distinzione incide, evidentemente, sui margini di ammissibilità del fenomeno, anche per quella giurisprudenza che appare in linea di massima più aperturista, la quale, come si dirà, tende ad ammettere, seppure con dei limiti, i casi sub *b)* e *c)*, e ad escludere quello sub *a)*³⁵. Della motivazione “implicita” si è già detto; della convalida in corso di giudizio, o successivamente alla sentenza costitutiva di annullamento, si dirà, non senza ricordare sin d’ora come la lettura restrittiva, derivante dall’art. 6 della l. n. 249/1968, che limitava la convalida in corso di giudizio al solo vizio di incompetenza, sembra oggi superata³⁶, anche alla luce delle più recenti letture dell’art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 che, sulla scorta della riforma Madia, valorizzano l’autotutela in chiave conservativa³⁷.

³⁴ Talora in giurisprudenza si parla di motivazione postuma, impropriamente, per indicare casi in cui è il giudice che, andando *ultra petita*, dunque decidendo in violazione dell’art. 112 c.p.c., respinge un ricorso per motivi diversi da quelli contenuti nell’atto di diniego, e non avversati dal ricorrente. È quanto avvenuto di recente con riguardo a un diniego di patrocinio legale nei confronti di un collaudatore e di un direttore dei lavori di un appalto pubblico, assolti dalla Corte dei conti. Il provvedimento nega il patrocinio, in base all’assunto che essi non possono essere considerati dipendenti della Regione, mentre il giudice di primo grado respinge il ricorso in quanto i ricorrenti si troverebbero in situazione di conflitto di interesse e la causa non sarebbe penale o civile (come impone la norma regionale rilevante nella fattispecie). Per completezza si noti come, in questa vicenda, a sostegno della tesi dell’inammissibilità della motivazione postuma, viene richiamato l’art. 34, co. 2 c.p.a. (forse proprio a causa della suddetta impropria assimilazione). Cfr. Cons. St., Sez. V, 27 gennaio 2016, n. 279, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵ Cfr., da ultimo, Tar Marche, Sez. I, 30 dicembre 2016, n. 761, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: «L’atto amministrativo deve recare l’indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato l’adozione in relazione alle risultanze dell’istruttoria, con la conseguenza che sussiste il difetto di motivazione soltanto laddove non sia possibile ricostruire il percorso logico giuridico seguito dall’Autorità emanante; peraltro tale obbligo non può ritenersi violato qualora, anche a prescindere dal tenore letterale dell’atto finale, i documenti dell’istruttoria offrano elementi sufficienti e univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni e l’iter motivazionale posti a sostegno della determinazione assunta; tali condivisibili principi vanno però integrati con il generale divieto di motivazione postuma dell’atto amministrativo; in particolare, la stessa può essere ricostruita attraverso gli atti del procedimento amministrativo, così come può ipotizzarsi che l’Amministrazione convalidi il provvedimento integrandone in un secondo momento la motivazione; ma l’integrazione della motivazione deve pur sempre avvenire da parte dell’Amministrazione competente, mediante gli atti del procedimento medesimo o mediante successivo provvedimento di convalida».

³⁶ Per un tentativo di estendere in via interpretativa il principio di cui all’art. 6 della l. n. 249/1968, v. G. TROPEA, *La c.d. motivazione “successiva” tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, cit., § 8.

³⁷ Cfr. R. RAMAJOLI, *L’annullamento d’ufficio alla ricerca di un punto d’equilibrio*, in www.giustamm.it, § 4.

Come è noto la tesi maggioritaria, almeno sino alla riforma del 2005 della l. n. 241/1990, debitrice dell'impostazione garantista-formale, nega l'ammissibilità della motivazione postuma, sulla base di diversi argomenti, qui di seguito sintetizzati³⁸: *a*) necessaria contestualità della motivazione rispetto alla formazione del provvedimento adottato, anche alla luce dell'art. 3 l. n. 241/1990, che fa riferimento alle ragioni che "hanno determinato" la decisione dell'amministrazione, ancorando il dato temporale della motivazione al momento dell'adozione dell'atto; *b*) garanzia per il cittadino, che altrimenti sarebbe costretto a ricorrere "al buio"; *c*) sempre sul piano delle tutele, con implicazioni teoriche più ampie, la già riportata idea secondo cui con la motivazione successiva si invertirebbe l'ordine logico-cronologico procedimento/processo, imponendosi al privato di attivare lo strumento della tutela giurisdizionale al solo scopo di essere reso partecipe delle ragioni alla base della decisione; *d*) l'idea, più strettamente processuale, e che chiama in causa il tema del seguito delle sentenze di annullamento, secondo cui all'annullamento dell'atto, per mancanza o insufficienza della motivazione, non è scontato che debba far seguito altro atto con un contenuto sostanzialmente identico³⁹.

La diversa impostazione sostanzialista-giurisdizionale, al netto della liminare fattispecie della motivazione "implicita", ribalta tali assunti essenzialmente fondandosi, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/1990 (la cui applicabilità ai vizi relativi alla motivazione è, come detto, molto discussa, come *a fortiori* lo è l'idea che tale norma legittimi nel sistema la motivazione successiva), sul richiamo ad un preteso transito dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto.

Su tutte, possono richiamarsi due note sentenze, separate dall'importante spartiacque rappresentato dal biennio 1999/2000 (sentenza n. 500/1999; l. n. 205/2000).

Secondo la decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 20 aprile 1993, n. 149⁴⁰, infatti, il tradizionale indirizzo restrittivo

³⁸ La sintesi è tratta da M. CAPORALE, *Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma*, nota a Cons. St., Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018, in *Giur. it.*, 2014, p. 1696.

³⁹ Cfr. M. OCCHIENA, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione ed il dovere di comunicare l'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, pp. 535 ss.

⁴⁰ Sulla quale v., con accenti diversi, A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione: una questione ancora aperta*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, pp. 580 ss.; S. GIACCHETTI, *Fontanazzj giuridici: l'integrazione in corso del giudizio del provvedimento impugnato*, *ivi*, 1995, pp. 20 ss. Per una sorvegliata ed autorevole impostazione, in quell'importante momento giurisprudenziale di passaggio, si v. F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipotesi degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 91 ss., nonché in ID., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002.

non è più rispondente «né al principio di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa né al principio di economicità ed efficacia dell'azione giurisdizionale né al principio di giustizia nell'amministrazione», soprattutto dopo l'asserita progressiva trasformazione del processo amministrativo in giudizio sulla "fondatezza della pretesa", sul "bene della vita", piuttosto che giudizio sull'atto e sulla sua (formale) legittimità.

Sulla stessa scia, ma con in aggiunta considerazioni attente alla effettività della tutela del cittadino e al principio di parità delle parti, si pone la sentenza del Tar Lazio, Sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398⁴¹, in tema di tutela dei consumatori da parte dell'AGCM con riguardo al contenuto di messaggi pubblicitari relativi alla scontistica su prezzi del carburante. Qui, in aggiunta, si tiene conto delle sopravvenienze del biennio 1999/2000: dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999 discende la necessità di consentire all'amministrazione di rimediare alla illegittimità del proprio operato; dall'art. 1 della l. n. 205/2000, invece, la possibilità di compensare il ricorso "al buio", attraverso motivi aggiunti avverso i nuovi atti emessi in corso di giudizio, figura processuale di cui si dà una (discutibile) lettura "forte", come attestante l'avvenuto passaggio ai lidi del giudizio sul rapporto⁴².

La più recente giurisprudenza, dal canto suo, a questi profili problematici accosta il difficile confronto con l'art. 21-*octies*, co. 2, che, come detto, in taluni casi è parso ulteriormente legittimare la motivazione postuma, anche se le posizioni restano piuttosto variegata, dipendendo esse dal considerare la motivazione come elemento formale o sostanziale⁴³. In taluni casi, peraltro, si propongono

Bisogna pure considerare la peculiarità della vicenda, in cui venivano in rilievo esigenze di riservatezza connesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico. In particolare, si trattava di un provvedimento ministeriale di diniego della concessione per l'impianto e l'esercizio di un ponte radio ad una ditta di pompe funebri genericamente motivato, ma giustificato, secondo quanto dedotto in giudizio dall'Avvocatura dello Stato, dalle informazioni delle autorità locali circa i precedenti penali del richiedente. In tal senso, venendo a giurisprudenza più recente, non sembra un caso che si manifesti maggiore indulgenza per quella forma di integrazione della motivazione, icasticamente denominata *discovery* "in progress", in tema di interdittive antimafia, per le quali si ritiene fisiologico che l'emersione dei fatti e degli atti a supporto dell'informativa avvenga mediante produzioni documentali successive, anche in corso di giudizio, trattandosi spesso di fasi infra-procedimentali non pubbliche, ed anzi connotate da ontologici profili di riservatezza, se non di segretezza. Cfr., ad es., Tar Reggio Calabria, Sez. I, 19 settembre 2016, n. 927, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ In *Foro amm. Tar*, 2002, p. 511, con nota di D.U. GALETTA, *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da c.d. vizi formali*.

⁴² Sul punto v. G. TROPEA, *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzione delle parti*, in *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani, R. Villata, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 453-454.

⁴³ Sulla «circularità» di tali affermazioni giurisprudenziali, che prima forzano la portata normativa dell'art. 21-*octies* per ricomprendervi il difetto di motivazione, e poi ritornano alla norma

prudenti tentativi di mediazione e di “canonizzazione”⁴⁴, ammettendosi la motivazione postuma alla ricorrenza di precisi presupposti, ovvero quando l’omessa motivazione: *a)* non abbia leso il diritto di difesa dell’interessato; *b)* in fase infra-procedimentale risultino percepibili le ragioni sottese all’emissione del provvedimento gravato; *c)* si tratti di atti vincolati.

È di tutta evidenza come tali tentativi, come sovente accade per tutte le tesi “mediane” e di compromesso, da un lato rischiano di scontentare tutti, dall’altro si riagganciano ad aspetti e fattispecie che – pur sottendendo la comune istanza sostanzialista-giurisdizionale (seppure nel caso di specie “al ribasso”, là dove si fa riferimento ai soli atti vincolati) – o non sono particolarmente originali rispetto al passato, o comunque non aiutano a far procedere innanzi il discorso relativo ai rapporti fra decisione motivata e giudizio sul rapporto. Semmai, sentenze di questo genere possono essere interessanti nella parte in cui toccano anche il tema – come si dirà, connesso – dei limiti del giudicato di annullamento e dell’attività ad esso successiva⁴⁵.

Sul punto, invece, è più utile esaminare una recente ordinanza di inammissibilità della Corte costituzionale, che, pur nella sua stringatezza, sembra dischiudere svariate questioni d’interesse, con riguardo sia alla collocazione del difetto di motivazione fra i vizi formali o sostanziali, sia – soprattutto – ai collegamenti fra motivazione postuma e giudizio sul rapporto. Anticipiamo subito che tale pronuncia, lungi dall’uniformarsi alla diffusa *vulgata* del processo amministrativo

stessa per giustificarne l’integrazione postuma, v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 279.

⁴⁴ Così M. CAPORALE, *Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma*, cit. La sentenza è quella commentata dall’Autrice, ovvero Cons. St., Sez. IV, n. 1018/2014, cit. (sulla stessa linea, in precedenza, Cons. St., Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194, in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 2104). Più di recente, propende per l’inammissibilità della motivazione postuma, nonostante l’art. 21-octies, co. 2, l. n. 241/1990, Cons. St., Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3194, in *Foro amm. CdS*, 2016, p. 1799.

⁴⁵ Così è avvenuto proprio in Cons. St., Sez. IV, n. 1018/2014, cit., secondo cui: «Dopo il passaggio in giudicato di una sentenza nei confronti della P.A., occorre che la controversia fra l’Amministrazione e l’Amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva, e dunque occorre impedire che l’Amministrazione proceda più volte all’emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli all’originario ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato. A tal fine è necessario affermare il principio secondo cui all’Amministrazione - dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo - ha l’obbligo di esaminare l’affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, l’insieme delle questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati. Tale regola può soffrire di una limitata eccezione unicamente in relazione a rilevanti fatti sopravvenuti o che non sono stati esaminati in precedenza per motivi indipendenti dalla volontà dell’Amministrazione ovvero su una nuova normativa (purché essa non persegua il fine di incidere sull’esercizio della funzione giurisdizionale, ché altrimenti si dovrebbe dubitare della compatibilità costituzionale della stessa)».

come giudizio “sul rapporto”⁴⁶, pare preservarne una persistente specialità rispetto a quello civile, in ciò trovando conferme anche nella più recente giurisprudenza amministrativa.

4. Giudizio sul rapporto e dequotazione dei vizi formali e procedurali: un persistente margine di (sana) specialità per il giudice amministrativo?

L’ord. n. 92/2015 riguarda un caso relativo ad un preteso indebito recupero previdenziale, in cui si lamenta l’impossibilità di comprendere le ragioni di fatto e di diritto della disposta ripetizione; peraltro, l’amministrazione previdenziale ha fornito solo in giudizio, con la memoria di costituzione, motivazioni integrative.

Secondo la Consulta, che richiama sul punto consolidata giurisprudenza contabile, il giudizio pensionistico, ancorché promosso formalmente con ricorso contro un atto dell’amministrazione, ha per oggetto il completo riesame del rapporto obbligatorio di quiescenza nella sua globalità. Pertanto, in difetto dei fatti costitutivi della relativa obbligazione, a nulla varrebbe reclamare l’applicabilità delle tutele procedurali, primo fra tutte l’obbligo di motivazione, di cui all’art. 3 l. n. 241/1990. Per inciso, si osservi come proprio la Corte dei conti, in più occasioni, ha sottoposto – senza effettivo seguito – alla Corte di Giustizia questioni assai delicate proprio in tema di obbligo di motivazione e di compatibilità col diritto europeo della prassi dell’ammissibilità di integrazione giudiziale della motivazione⁴⁷.

⁴⁶ Basti pensare alle note sentenze Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro it.*, 2012, con nota di A. GIANNELLI, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell’atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione* e Cons. St., Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Dir. proc. amm.*, 2012, con nota di L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell’art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*. In dottrina, nell’ambito di un dibattito tuttora molto acceso, si v. le diverse posizioni di R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*; ID., *Spigolature “stravaganti” sul nuovo Codice del processo amministrativo*; ID., *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo*, tutti in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, *passim*, fortemente sorvegliata; e di G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 479 ss.; ID., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, *ivi*, 2014, pp. 585 ss., invece molto più possibilista su tale definizione dell’oggetto del giudizio amministrativo. Aperture pure in A. POLICE, *Il cumulo di domande nei “riti speciali” e l’oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 1197 ss.

⁴⁷ Cfr., ad. es., Corte conti, Sez. giur. Sic., 28 settembre 2010, n. 330, in *Dir. e giust.*, 2010. Secondo la Corte l’art. 1 della l. n. 241/1990 reca un rinvio diretto ed incondizionato ai principi tratti dall’ordinamento giuridico dell’Unione. Così, occorrerebbe considerare che l’obbligo di

In un successivo *obiter dictum*, si osserva che, in ogni caso, il difetto di motivazione non può essere assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, sicché la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/1990, si prospetta come inammissibile, nella parte in cui il giudice remittente si è sottratto al doveroso tentativo di sperimentare l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata. Infine, la questione viene giudicata del pari inammissibile, allo stesso modo di quanto avvenuto in

motivazione di cui agli artt. 296, co. 2, TFUE e 41, n. 2, lett. c, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea si applica a tutte le attività dell'amministrazione italiana, sia a quelle espletate nell'attuazione del diritto dell'Unione sia a quelle svolte nell'esercizio di proprie competenze. Di qui la sottoposizione alla Corte di Lussemburgo delle questioni pregiudiziali se, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 241/1990, sia compatibile con il diritto dell'Unione europea l'interpretazione e l'applicazione delle predette norme nazionali, secondo la quale gli atti paritetici, ossia inerenti diritti soggettivi, comunque vincolati (si trattava di un lamentato difetto di motivazione di un atto di diniego di un trattamento pensionistico), possano sfuggire all'obbligo di motivazione e se, secondo una certa interpretazione dell'art. 21 *octies*, sia compatibile ed ammissibile la possibilità per l'amministrazione di integrare la motivazione del provvedimento amministrativo in sede processuale. La Corte di Giustizia europea non ha sinora dato seguito a queste istanze. Si v., sul punto, la nota "sentenza Cicala": Corte giustizia UE, Sez. III, 21 dicembre 2011, in causa C-482/10, *Cicala*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2012, p. 667, con nota di D.U. GALETTA, che nega la diretta applicabilità in fattispecie puramente domestiche di specifiche regole procedurali, quali l'obbligo di motivazione siccome previsto dagli artt. 296, co. 2, TFUE e 41, n. 2, lett. c), della Carta dei diritti fondamentali. Su tale giurisprudenza, che da un lato ha "gioco facile" nel ritenere che il rinvio operato dall'art. 1 della l. n. 241/1990 non consenta di "esportare" a livello europeo le eventuali problematiche interpretative nazionali, ma che, dall'altro, sembra comunque far emergere l'estraneità al diritto U.E. della tendenza a dequotare la rilevanza delle violazioni delle garanzie procedurali, cfr. P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 280 ss. Più di recente, peraltro, si v. Corte giustizia UE, Sez. II, 15 ottobre 2015, in causa C-137/14 (in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 314-315, con il commento di L. BERTONAZZI, *Un anno di giurisprudenza: rassegna*), secondo la quale la Germania, in applicazione dell'art. 46 della legge sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), limitando l'annullamento delle decisioni per vizio di procedura all'assenza di valutazione o di esame preliminare dell'impatto ambientale e ai casi in cui il ricorrente dimostra che il vizio di procedura presenta un nesso di causalità con il risultato della decisione, ha violato gli obblighi derivanti dall'art. 11 della dir. 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati. Può essere utile notare, ai nostri fini, che secondo la Corte (§ 60 della sentenza) la violazione del diritto può essere esclusa solo qualora l'autorità giurisdizionale o l'organo presi in considerazione dall'art. 11 della dir. 2011/92 siano in grado di ritenere – senza far gravare sul richiedente l'onere della prova del nesso causale – che la decisione contestata non sarebbe stata diversa in assenza del vizio di procedura invocato da detto richiedente. Al netto della specificità della questione (ambientale), che evidentemente ha avuto un ruolo centrale nella decisione, e venendo al nostro art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/1990, ci si potrebbe chiedere a questo punto se, per un verso, essa sconfessi una certa prassi giurisprudenziale nostrana volta a ribaltare l'onere probatorio di cui alla disposizione precedente (che, come è noto, finisce per gravare in capo al ricorrente, che non può limitarsi a proporre un vizio formale), ma nello stesso tempo, se così è, possa aprire spazi proprio per difese processuali dell'amministrazione, se non addirittura per interventi officiosi del giudice, volti a dimostrare l'assenza di nesso causale tra violazione formale e contenuto sostanziale della decisione.

passato con riguardo al tema della sufficienza del voto numerico nei pubblici concorso⁴⁸, altro fronte su cui si è avuta un'erosione della portata applicativa dell'art. 3 l. n. 241/1990, in quanto diretta a ricevere un improprio avallo a una determinata interpretazione della norma censurata, operazione, questa, tanto più inammissibile in presenza di indirizzi giurisprudenziali non del tutto stabilizzati.

Sicché, per la parte che in questa sede maggiormente interessa, si prospetta una netta divaricazione tra processo su diritti soggettivi, pienamente rientrante nel modello del processo sul rapporto, nel quale il problema dell'omessa motivazione (e del suo eventuale recupero in corso di giudizio)⁴⁹ non si pone proprio, valutando il giudice la sussistenza o meno della pretesa, e giudizio amministrativo in cui, essendo pienamente applicabile la l. n. 241/1990, il problema non si pone comunque, alla luce di una lettura – come detto, non scontata – del difetto di motivazione come vizio sostanziale. Più nello specifico, la Corte costituzionale considera la motivazione del provvedimento «il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo potere amministrativo (...) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti».

Ci sembra che tale pronuncia rappresenti un (salutare) “passo indietro”, rispetto a quella diffusa tendenza ad avvicinare il processo (*lato sensu*) civile a quello amministrativo, sotto le accomunanti insegne della incerta e sfumata locuzione “giudizio sul rapporto controverso”⁵⁰. Gli indici sintomatici di tale progressivo avvicinamento sarebbero, in larga parte, gli stessi che hanno condotto

⁴⁸ Cfr. Corte cost., 3 novembre 2000, n. 466, in *Giur. cost.*, 2000, p. 6; ID., 6 luglio 2001, n. 233, in *Giur. cost.*, 2001, p. 4; ID., 27 gennaio 2006, n. 28, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1. Più di recente, ancora Corte cost. (ord.), 17 marzo 2017, n. 58, in www.giurcost.org, ha ribadito la manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità dell'art. 21-octies, stante la sostanziale identità delle questioni e delle relative argomentazioni.

⁴⁹ Cfr., ad es., in tema di trasferimento del lavoratore ad altra unità produttiva, Cass., Sez. lav., 9 agosto 2013, n. 19095, in *Giust. civ. Mass.*, 2013. secondo la quale il datore di lavoro ben può integrare o modificare nel giudizio la motivazione eventualmente enunciata nel provvedimento.

⁵⁰ Cfr. R. VILLATA, *Spigolature “stravaganti” sul nuovo Codice del processo amministrativo*, cit., p. 125: «giudizio sul rapporto è pur esso una formula priva di significato euristico se non si definisce che cosa si intende per rapporto; che se poi si allude alla relazione che intercorre tra Amministrazione e privato allorquando la prima, sollecitata o meno dal secondo, esercita i suoi poteri, si tratta solo di intendersi sulle parole». E ancora, ID., *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo*, tutti in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 128: «in tanto è dato consentire sull'affermazione che il giudizio sul rapporto nasce fin dal momento in cui è stato introdotto e valorizzato l'effetto conformativo della sentenza, in quanto si riconosca che in tal modo ci si colloca in una prospettiva ben diversa da quella, l'unica davvero coerente con la formula, di Aldo Piras». Pare a chi scrive che tale considerazione sia ineccepibile: in buona sostanza una cosa è l'effetto conformativo della sentenza che lascia margini, sia pure variabili (e oggetto di interpretazioni

in giurisprudenza all'affermazione della ammissibilità della motivazione successiva, e vanno dalla risarcibilità dell'interesse legittimo alla presenza di istituti processuali – i motivi aggiunti ieri, l'azione c.d. di adempimento più di recente – che attesterebbero ciò. Altro capitolo centrale riguarda l'ampiezza del sindacato del giudice, che negli ultimi anni ha avuto àmbiti di estensione inediti, come dimostra il tema del sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica.

Uno dei settori che oggi consente una verifica sul campo dell'intensità di tale sindacato, anche attraverso un diretto raffronto – nel segno delle prospettive di ravvicinamento – fra giudice civile e giudice amministrativo, è quello delle sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti, alla luce dell'evoluzione *in subiecta materia* sia della giurisprudenza interna – con la tanto nota, quanto discutibile, vicenda giurisprudenziale che ha portato al ripristino della giurisdizione della Corte d'Appello sulle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Consob⁵¹ – sia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla nozione di sanzione penale “in senso sostanziale”, che è ormai divenuto un imprescindibile “misuratore” dell'ampiezza del sindacato esercitato dal giudice, cui si richiede una *full jurisdiction* nel caso in cui le garanzie procedurali non rispettino gli standard del giusto processo imposti dall'art. 6 Cedu⁵².

Qui si tocca un punto critico molto rilevante, che non può essere sottovalutato, e che invece non viene messo in adeguata luce dalle – spesso ireniche – tendenze “assimilazioniste”. Il tema riguarda soprattutto la pretermissione delle garanzie procedurali nell'ambito del giudizio sul rapporto, ma può evidentemente andare ad impattare anche sullo spazio riservato alla motivazione della decisione. Come si è visto, infatti, una delle principali critiche relative all'integrazione della motivazione in corso di giudizio si appunta sulla inversione dell'ordine logico-cronologico procedimento/processo, imponendosi al privato di attivare lo strumento della tutela giurisdizionale al solo scopo di essere reso partecipe delle ragioni alla base della decisione.

giurisprudenziali tuttora oscillanti), come si dirà, all'attività successiva dell'amministrazione, altra cosa è la radicale applicazione del principio del dedotto e deducibile nel processo amministrativo di legittimità.

⁵¹ Si tratta della nota sentenza della Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Foro amm CdS*, 2012, p. 2467, per una critica alla quale v. M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani, R. Villata, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 188-189.

⁵² Cfr., sul tema, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, spec. pp. 207 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 546 ss. Più di recente, v. anche A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

In buona sostanza, all'ampliamento del potere sostitutivo del giudice, anche quello amministrativo, che finisce per operare come in un appello con effetto devolutivo pieno, spesso consegue una svalutazione del ruolo della pubblica amministrazione⁵³: dietro al principio di effettività della tutela sembra quindi celarsi un consistente spostamento dall'amministrazione al giudice del potere effettivo di disporre in ordine all'affare⁵⁴.

In giurisprudenza spesso si ritiene che non abbia sostanzialmente rilievo se la decisione sia stata assunta senza il rispetto delle norme procedurali o il corredo di un'adeguata motivazione, perché potrà conoscerne pienamente il giudice nel successivo giudizio sul rapporto. Si realizza, di fatto, quanto vaticinato da Aldo Piras nella sua fondamentale monografia sul giudizio sul rapporto⁵⁵.

Per rimanere al sindacato sulle sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti, non è raro che il provvedimento sanzionatorio contenga elementi e valutazioni che, in fatto e in diritto, non corrispondano esattamente a quanto riportato nella C.R.I. (Comunicazione delle risultanze istruttorie) e che, talvolta, costituiscano una sorta di "risposta" ulteriore alle difese finali svolte dagli interessati. Tale approccio è "legittimato" da quella giurisprudenza – connessa alle tendenze svalutative dei vizi formali e procedurali, espresse oggi dall'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/90 – secondo cui la modifica dell'impostazione accusatoria non comporta, per sé, vizio invalidante il provvedimento finale, ma solo nel caso limite in cui con il provvedimento finale si sia intrinsecamente modificata la natura stessa della condotta contestata, e sempre che tale mutamento abbia impedito all'impresa coinvolta di articolare in modo compiuto le proprie deduzioni, violandone le prerogative difensive⁵⁶.

Tale impostazione nasce, in generale, in ambito tributario, si diffonde poi al sindacato sulle sanzioni⁵⁷, e, come si è visto, ha trovato autorevole avallo, in

⁵³ P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2013, p. 103.

⁵⁴ Così, in chiave critica, R. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, Addendum, in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 1236, anche in nota (6).

⁵⁵ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. I e II, Milano, Giuffrè, 1962, *passim*.

⁵⁶ Cons. St., Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864, in *Foro amm. CdS*, 2009, p. 2135. Quest'ultimo tema, più in generale, riguarda anche i procedimenti per pratiche commerciali scorrette, avendo la giurisprudenza amministrativa affermato l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, co. 2, al caso di mancata comunicazione di inizio del procedimento: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256, in *Foro amm. CdS*, 2011, p. 1291.

⁵⁷ V., proprio in tema di sanzioni irrogate dalla Consob, Corte app. Bologna, Sez. III, 3 marzo 2015. Secondo Cass. civ., Sez. II, 22 aprile 2016, n. 8210, in *Giust. civ. Mass.*, p. 2016: «va qui ribadito il principio, enunciato dalle Sezioni Unite di questa Corte con la più volte citata

tema di giudizio previdenziale innanzi alla Corte dei conti, nella recente pronuncia della Corte cost., ord. n. 92/2015.

La questione, peraltro, presenta margini più ampi di manifestazione, si pensi ai limiti del sindacato del g.o. sugli atti del datore di lavoro nel pubblico impiego⁵⁸, e merita considerazioni critiche, che qui di seguito ci si limita a schematizzare.

sentenza n. 20935/09, che la doglianza relativa alla violazione del diritto al contraddittorio presuppone la deduzione di una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa specificamente conculcato o compresso nel procedimento sanzionatorio. Detto principio, ripreso in tema di contraddittorio nel procedimento per l'applicazione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia dalla sentenza n. 27038/13 e in tema di contraddittorio nel procedimento per l'applicazione delle sanzioni irrogate dalla CONSOB dalla sentenza n. 24048/15, è condiviso dal Collegio e si colloca nella medesima prospettiva ermeneutica ancora di recente indicata dalle medesime Sezioni Unite con la sentenza n. 24823/15, ove, in tema di contraddittorio nel procedimento tributario, si è affermato che “la violazione del diritto al contraddittorio comporta l'invalidità dell'atto purché il contribuente abbia assolto all'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere”. Tale affermazione privilegia una lettura sostanzialistica (della tutela del) del diritto al contraddittorio, che il Collegio condivide perché richiama il pragmatico canone giuspubblicistico della strumentalità delle forme e risulta in piena sintonia con il diritto dell'Unione europea e, in particolare, con gli approdi della giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia sull'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali (cfr. CGUE sentt. 3.7.2014, Kamino International Logistics, ove si afferma che la violazione dei diritti di difesa, in particolare del diritto ad essere sentiti prima dell'adozione di provvedimento lesivo, determina l'annullamento dell'atto adottato al termine del procedimento amministrativo soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, detto procedimento “avrebbe potuto comportare un risultato diverso”; nello stesso senso, si veda anche la sentenza 26.9.2013, Texdata Software)».

⁵⁸ Sull'evoluzione giurisprudenziale in questo settore, in cui, stante la natura privata degli atti in questione, la Cassazione ha stabilito che essi non possono essere contestati per carenza di motivazione (es. conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, pur qualificati dalla legge come “provvedimenti”), v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 258. Come è noto, all'ampiezza del potere sostitutivo riconosciuto al giudice in questo settore non ha corrisposto un'automatica sostituzione dell'amministrazione nelle decisioni organizzative e gestionali, salvo quando esse si presentino integralmente vincolate dalla legge. Al di là di queste ipotesi, il giudice si limita alla verifica del rispetto della disciplina formale e procedurale, o, *rectius* (la differenza non è secondaria), del rispetto da parte del privato datore di lavoro dei doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. Sul punto avremo modo di tornare, evidenziando il dissidio che tende a porsi fra garanzie formali e procedurali e giudizio c.d. “sul rapporto” dinanzi al g.o. Si dibatte, in dottrina, tra chi sostiene che dinanzi al g.o. il sindacato sia più “intenso”, partendosi finalmente dalla tutela dei diritti del cittadino e non più dalla tradizionale prospettiva della tutela dell'interesse pubblico (v. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, e di A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004), e chi, invece, ritiene tuttora fondamentale la garanzia delle regole procedurali (l. n. 241/90) e il sindacato sull'eccesso di potere, non surrogabile dalle clausole di buona fede e correttezza, usate nel suo scrutinio dal g.o. Autorevole dottrina, in questo senso, ha sollevato forti dubbi di costituzionalità sulla praticabilità di certe privatizzazioni proprio in virtù della conseguente defunzionalizzazione che ciò comporterebbe. In questo senso F.G. SCOCA, (*voce*) *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI, *Aggiornamento*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 97, nota 96. Più di recente, sottolinea le enormi difficoltà che si trovano per ottenere tutela davanti al g.o., addu-

Intanto, oggetto dell'accertamento giudiziale è l'intera fattispecie, comprensiva dell'atto, giacché questo completa l'imposizione di cui va verificata la conformità allo schema legale.

Inoltre, tale tendenza giurisprudenziale implica una minor tutela per il cittadino, se questi deve farsi carico dell'onere di un procedimento giurisdizionale per far valere il diritto ad essere ascoltato⁵⁹.

Infine, per tornare all'art. 6 Cedu, si sottolinea un possibile contrasto con la giurisprudenza di Strasburgo, per la quale la violazione del principio del contraddittorio è sempre rilevante, indipendentemente dalla correttezza dell'esito del procedimento e dalla rilevanza dello stesso per le concrete difese del cittadino⁶⁰.

D'altra parte, proprio l'ordinanza della Consulta da ultimo esaminata pare indicare un percorso diverso, valorizzando, almeno per quei giudizi nei quali risulti pacificamente applicabile la l. n. 241/1990, la portata sostanziale del vizio della motivazione. Peraltro, anche nella giurisprudenza amministrativa più recente, si nega l'ammissibilità delle argomentazioni difensive addotte a giustificazione del provvedimento impugnato mediante un'integrazione postuma effettuata in giudizio, pena un'inammissibile sostituzione del giudice all'amministrazione, ammettendosi che le incongruenze nella valutazione e i difetti di motivazione vengano superati solo dall'amministrazione stessa, ad esito del giudicato cassatorio⁶¹.

ciendo come esempio l'impugnazione di una delibera di consiglio di amministrazione di una associazione di diritto privato, G. GRECO, *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 111. Nella manualistica più recente v., sul tema, A. PLAISANT, *Dal diritto civile al diritto amministrativo*, Cagliari, Forum libri, 2017, p. 20, che, da un lato sottolinea come l'intervenuta privatizzazione del rapporto non può elidere il dato di fondo che l'amministrazione agisce, pur sempre, a tutela dell'interesse pubblico, dall'altro menziona – subito dopo – una emblematica sentenza relativa ai criteri per sindacare le scelte del datore di lavoro pubblico in sede di revoca degli incarichi dirigenziali pubblici, che riconosce una tutela esclusivamente risarcitoria al dirigente pubblico revocato anticipatamente, considerando invece insindacabile la successiva scelta dell'amministrazione di affidare l'incarico ad altro dipendente dopo la scadenza dell'incarico (Cass., Sez. Lav., 18 giugno 2014, n. 13867, in *Giust. civ. Mass.*, 2014).

⁵⁹ P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., p. 105.

⁶⁰ E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 699-702; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 287 ss. Con riguardo specifico alle sanzioni pecuniarie dell'AGCM, critica la svalutazione dei vizi formali nel giudizio sul rapporto (di c.d. *full jurisdiction*), insistendo per un aumento delle garanzie procedurali, F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 543-544.

⁶¹ Cons. St., Sez. III, 26 febbraio, n. 790, in www.giustizia-amministrativa.it, con riguardo a un ricorso per difetto di motivazione, ritenendosi non sufficientemente esplicitate dalla Commissione di gara le ragioni della valutazione insufficiente dell'offerta tecnica della società ricorrente. Quest'ultima pronuncia richiama, come precedenti conformi, Cons. St., Sez. III, 10 luglio

Da notare come talune di queste pronunce riguardino la materia degli appalti pubblici, che, anche secondo gli autori più critici nei confronti del giudizio sul rapporto, dovrebbe essere considerata come vicenda a sé, non estendibile e generalizzabile all'intero processo amministrativo⁶². Tali arresti, da un lato sembrano evocare una persistente differenza di fondo fra processo amministrativo ed altri processi, nonostante la diffusa *vulgata* assimilazionista, dall'altro spingono l'interprete ad osservare il tema delle connessioni fra motivazione e giudizio sul rapporto esaminando il secondo profilo sopra indicato: la questione del dedotto e del deducibile e l'effetto conformativo del giudicato, anche alla luce dell'ormai codificata azione di adempimento (art. 34, co. 1, lett. c), c.p.a.).

Invero, anche su questo fronte la più recente giurisprudenza non sembra ammettere, al di là dei casi di giurisdizione esclusiva, una piena applicabilità della preclusione del dedotto e deducibile, vera cartina di tornasole del giudizio sul rapporto. In tale contesto, ove non si addivenga a ciò, magari valorizzando (*ergo*: rendendo oneroso, a pena – appunto – di preclusione) l'uso di idonei strumenti processuali in tal senso (si pensi al ricorso incidentale), proprio la centralità della motivazione della decisione, con riguardo ai limiti oggettivi del giudicato, può rappresentare, sotto un profilo pratico, un importante approdo garantista rispetto alle pericolose derive sopra indicate, sotto un profilo teorico-epistemologico, la conferma delle preziose intuizioni della indicata dottrina in tema di decisioni amministrative.

5. Approdi: il dedotto e il deducibile (ancora assente), fra prospettive di piena assimilazione e persistente centralità della decisione motivata

Il tema della motivazione successiva, come detto intrecciato a quello dell'evoluzione dell'oggetto del giudizio amministrativo, deve essere inquadrato, quindi, anche alla luce dei rapporti fra decisione motivata, effetto conformativo del giudicato, preclusione del dedotto e del deducibile.

Prima della codificazione della c.d. azione di adempimento, avvenuta come è noto con il d.lgs. n. 160/2012 (secondo decreto correttivo al c.p.a.), una certa giurisprudenza era arrivata ad imporre all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivasse il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte le questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure

2015, n. 3488, in www.giustizia-amministrativa.it e Cons. St., Sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247, in *Foro amm Cds*, 2014, p. 1058.

⁶² R. VILLATA, *Spigolature "stravaganti" sul nuovo Codice del processo amministrativo*, cit., p. 125.

in relazione ai profili non ancora esaminati⁶³.

Una nota sentenza⁶⁴ ha applicato il medesimo principio anche nella simile ipotesi in cui l'amministrazione venga reinvestita della questione a seguito di *remand*, ossia quella tecnica cautelare che si caratterizza per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale. In buona sostanza, viene ammessa l'azione di adempimento, prima della sua effettiva introduzione, sulla base di dati sistematici (es. giudizio sul rapporto; effettività e pienezza della tutela; durata ragionevole dei giudizi; riduzione e consumazione della discrezionalità in corso di giudizio) e del dato positivo (estensione dei poteri di cui all'art. 31 ai casi di diniego di provvedimento; lettura estensiva dell'art. 34, co. 1, lett. c), c.p.a.).

Ma ciò che in questa sede preme maggiormente evidenziare, è che ciò che inficia il provvedimento, originario e sopravvenuto grazie al *remand*, è il vizio di inadeguata e insufficiente motivazione. In quest'ottica, il difetto motivazione sembra equivalere alla «totale infondatezza della decisione, ossia all'assenza concreta di presupposti per negare le pretese del ricorrente»⁶⁵.

La giurisprudenza successiva appare molto prudente quanto all'applicazione del principio del dedotto e deducibile nel processo amministrativo. Il riferimento, evidentemente, è alla notissima Adunanza plenaria 15 gennaio 2013, n. 2⁶⁶, che, se da una parte apporta una notevole, e importante, semplificazione processuale, stabilendo – avvalendosi del grimaldello di cui all'art. 32, co. 2, c.p.a. – che in caso di riedizione del potere amministrativo dopo il giudicato, possa essere proposto, al giudice dell'ottemperanza, “un solo ricorso”, in luogo dei due che la parte interessata era sovente costretta ad esperire per ragioni di cautela processuale, dall'altra rigetta la tesi, fondata sul principio di effettività della tutela, che afferma il divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole per l'amministrazione⁶⁷.

⁶³ Cons. St., Sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858, in *Foro amm. CdS*, 2004, p. 3601.

⁶⁴ Si tratta, evidentemente, di Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm. Tar*, 2011, p. 1491, con nota di A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in un caso di diniego di trasferimento di un agente di polizia. Il Tar arriva ad ammettere, benché non ancora codificata, un'azione atipica di condanna ad un *facere* specifico in capo all'amministrazione. Si noti come, in questo caso, il primo provvedimento di diniego non venisse motivato. Dopo l'ordinanza di *remand* l'amministrazione ha di nuovo immotivatamente negato il trasferimento.

⁶⁵ Cfr. A. CASSATELLA, *L'effetto sostitutivo della sentenza di annullamento*, nota a Tar Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 31 marzo 2015, n. 167, *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 95 ss., spec. p. 100.

⁶⁶ In *Foro it.*, 2014, p. 712, con nota di A. TRAVI.

⁶⁷ M. CLARICH, G. URBANO, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, nota a Tar Lazio, Sez. I, 9 luglio 2014, n. 1802, in *Giur. it.*, 2014, p. 1705.

Il particolare l'Adunanza plenaria esclude, prima di tutto, che il giudicato copra fatti sopravvenuti, che sia l'amministrazione, sia il giudice, non avrebbero potuto prendere in considerazione.

Quanto invece alle situazioni preesistenti, pur premettendo che la riconsiderazione delle situazioni preesistenti che sono state implicitamente o esplicitamente oggetto di esame da parte del giudice «deve essere assoggettata a precisi limiti e vincoli», essa distingue i fatti precedentemente accertati dalle valutazioni. Rispetto a queste ultime pone due condizioni affinché la valutazione non si ponga in elusione del giudicato: a) “in positivo”, che sia il «frutto della constatazione di una palese e grave erroneità del giudizio precedente»; b) “in negativo”, che non rilevi di essere «l'espressione di una gestione – a dir poco – ondivaga e contraddittoria del potere in quanto tale contrastante, nella prospettiva pubblicistica, con il principio costituzionale del buon andamento e, in quella privatistica, con i principi di correttezza e buona fede»⁶⁸.

È naturale che la motivazione continui qui ad avere un rilievo, ma in un contesto, quello della “valutazione”, in cui opera essenzialmente in negativo, potendo consentire una verifica sulla gestione di un potere, successivo al giudicato, che si assume comunque – in tesi – come esistente e non consumato⁶⁹.

⁶⁸ Più di recente, si è affermato il medesimo principio (richiamandosi altresì la giurisprudenza della Corte Edu, sentenza 18 novembre 2004, *Zazanis*, in www.echr.coe.int), alla stregua del quale l'effettività della tutela giurisdizionale, e il carattere poliforme del giudicato amministrativo, impongono di darvi esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la *legittima aspettativa del privato alla definizione stabile del contenzioso* (corsivo di chi scrive) e del contesto procedimentale, per legittimare la possibilità che il *commissario ad acta*, in sede di giudizio di ottemperanza, valuti se esistano o meno le eccezionali condizioni legittimanti l'acquisizione sanante *ex art. 42-bis T.U.* espropriazioni, nei casi di totale inerzia dell'amministrazione o attività elusiva di carattere soprassessorio (situazioni che implicano, è utile qui sottolineare, l'originaria assenza della motivazione rafforzata – richiesta della suddetta disposizione, in linea con la giurisprudenza della Corte Edu – circa le ragioni attuali ed eccezionali che determinino la acquisizione coattiva, connotandola come *extrema ratio*, rendendola di fatto “recuperabile” nel successivo giudizio di ottemperanza). Ci si riferisce, evidentemente, a Cons. St., Ad. plen. 9 febbraio 2016, n. 2, in *Foro amm. Cds*, 2016, p. 267.

⁶⁹ Molto interessante, sul punto, è la recente sentenza della Cass., Sez. un., 28 febbraio 2017, n. 5058, in *Redazione Giuffrè*, relativa alla vicenda della classificazione di una Rivista giuridica in fascia “A” da parte dell'Anvur. Nel caso di specie, dopo aver ribadito che afferiscono ai limiti interni della giurisdizione gli eventuali errori imputati al giudice amministrativo nell'individuazione degli effetti conformativi del giudicato, nella ricostruzione della successiva attività dell'amministrazione e nella valutazione di non conformità di questa agli obblighi del giudicato, e dopo aver escluso che il Consiglio di Stato abbia fatto discendere la violazione del giudicato dalla preclusione che impedirebbe alla p.a., all'indomani di un giudicato di annullamento, di rideterminarsi in senso non soddisfacente all'interesse pretensivo dei ricorrenti vittoriosi, la Cassazione ha ritenuto di confermare la statuizione resa in sede d'ottemperanza (in un'ottica di effettività della tutela e di leale e imparziale esercizio del *munus publicum*), nella parte in cui si è ritenuta preclusa all'amministrazione una riedizione del potere sulla medesima fattispecie, laddove essa abbia già adottato provvedimenti negativi dichiarati illegittimi in sede giurisdizionale e successivamente abbia

Quanto ai fatti preesistenti, resta una profonda incertezza in relazione alla copertura del giudicato rispetto a quelli sui quali il giudice non si sia espressamente pronunciato, pur non essendo essi sopravvenuti. La Plenaria, in sé, non esclude che la preclusione riguardi anche i fatti che solo implicitamente sono stati oggetto di esame da parte del giudice⁷⁰.

D'altra parte la giurisprudenza successiva, pur richiamando "retoricamente" tale autorevole precedente, ha spesso svuotato di contenuto l'apparente apertura sul punto ivi contenuta⁷¹, finendo per giustificare le critiche di chi ha

riprovveduto in violazione del primo giudicato, senza introdurre nella fattispecie nuovi elementi di diniego «rispettosi del primo giudicato di annullamento» (nello specifico, il punto che è risultato più volte disatteso è quello relativo alla predeterminazione dei parametri valutativi).

⁷⁰ L'ord. di rimessione, Cons. St., Sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2024, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha invece escluso i casi di reiterazione di un'attività vincolata o valutativa frutto di discrezionalità tecnica. Si è invocato il principio di effettività della tutela, che postula celerità e concentrazione processuale, e quello di lealtà processuale, espressivo del dovere di collaborare ad attuare la volontà della legge: la relativa combinazione impone di interpretare il giudicato secondo buona fede. Si ritiene, quindi, che in tali casi, a seguito del giudicato, l'amministrazione non possa utilizzare in danno del ricorrente già vittoriosi elementi incontrovertibili e mai messi in discussione, al di fuori dell'esercizio del potere di autotutela o dell'enucleazione di cause ostative legali. In particolare, con riguardo alle valutazioni tecniche, l'ordinanza ha affermato che, ove il giudicato abbia accertato i vizi sostanziali di un'attività di giudizio, il rinnovo del giudizio da parte dell'amministrazione deve limitarsi alla rivalutazione secondo i criteri del giudicato degli elementi affetti da vizi sostanziali o alla valutazione di elementi omessi e la cui omissione sia stata rilevata dal giudicato, non potendo essere valutati *ex novo* elementi incontrovertibili o prima mai valutati e la cui omissione non sia stata sanzionata dal giudicato, pena il configurarsi di un'ottemperanza attiva. Cfr., sul punto, G. MARI, *Ottemperanza e riedizione del potere (A.P. n. 2 del 2013)*, in *Libro dell'anno del diritto*, 2014, *www.treccani.it*; *amplius*, ID., *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

⁷¹ Cfr. Cons. St., Sez. III, 23 giugno 2014, n. 3187, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 384, con nota di M. TRIMARCHI, *Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'adunanza plenaria n. 2/2013*, il quale evidenzia come tale pronuncia, pur dichiarandosi perfettamente in linea con l'autorevole precedente rappresentato dalla Plenaria, in realtà lo re-interpreta in chiave restrittiva (per le pretese della società ricorrente), ritenendo possibile per l'amministrazione escludere l'impresa per un fatto (mancata dichiarazione del possesso dei requisiti *ex art. 38, co. 1, lett. b), c) ed m-ter*) del d.lgs. n. 163/2006 da parte di un membro del consiglio di amministrazione dell'ausiliaria) diverso – e non sopravvenuto – rispetto a quello fondante l'originaria esclusione, annullata dal Tar (sempre per violazione dell'art. 38 cit., in quanto la documentazione prodotta dalla ditta ausiliaria risulta carente delle dichiarazioni del possesso da parte «di molti procuratori special» dei requisiti previsti dalla legge per partecipare alla gara). Nel novero delle decisioni che finiscono per escludere un'applicazione piena del dedotto e del deducibile al giudizio amministrativo può ricomprendersi pure la recente Cons. St., Ad. plen., 6 giugno 2016, n. 11, in *Foro it.*, 2017, p. 186, con nota di A. TRAVI e di S. VACCARI, secondo la quale, fra l'altro: «La regola conformativa dettata dal giudice amministrativo nella sentenza, mirando a disciplinare la successiva azione della P.A., costituisce una regola di azione che può trovare puntuale applicazione in sede di giudizio di ottemperanza e che, in ragione della sua natura elastica, può essere incisa dallo *jus superveniens*. Le sentenze interpretative pregiudiziali rese dalla Corte di Giustizia UE hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate e sono equiparabili ad una sopravvenienza normativa potendo incidere sull'effetto conformativo delle sentenze amministrative e consentendo così al giudice amministrativo di adottare, nell'ambito del giudizio di ottemperanza,

considerato deludente la pronuncia del Supremo Collegio, in quanto minima appare in essa la preclusione del deducibile, nella parte in cui sembra consentire all'amministrazione – dopo il giudicato – l'introduzione di “nuovi fatti” e anche di “nuove ragioni giuridiche”, che presuppongono gli stessi fatti e la loro valutazione⁷². Si è quindi finito per ammettere, dopo la formazione del giudicato, che l'amministrazione possa dedurre fatti preesistenti, ma non considerati dal primo giudice.

Pare a chi scrive che, al netto delle considerazioni generali sulla frustrazione che tale giurisprudenza possa ingenerare rispetto ad istanze di pienezza ed effettività della tutela, sul fronte teorico dell'avvento effettivo del giudizio “sul rapporto”, essa invero si pone in linea con quella sopra esaminata, che considera il difetto di motivazione come vizio sostanziale, e, per questa via, non pare ammetterne un'integrazione, quanto meno in corso di giudizio, ma solo in seguito alla pronuncia di annullamento.

Si può osservare che, al di là delle declamazioni retoriche, il giudizio amministrativo “sul rapporto” fallisce nella misura in cui si scontra dinanzi all'ostacolo più insidioso: la piena applicabilità del dedotto e del deducibile, anche al di

pronunce correttive o integrative della regola conformativa onde impedire il consolidarsi di effetti irreversibili contrari al diritto comunitario». Nel caso di specie, peraltro, la stabilità del giudicato, e la connessa esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, appaiono incrinata dalla tesi della formazione progressiva di quest'ultimo; la questione è legata alla (sempre più attenuata: cfr., in chiave critica, G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 1 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 1175 ss.) autonomia procedurale degli Stati membri, in quanto nel complesso caso di specie era sopravvenuta una pronuncia della Corte giustizia UE, 10 luglio 2014, n. C-213/13, *Pizzarotti*, in www.curia.europa.eu, contrastante con la sentenza del giudice amministrativo passata in giudicato. In questo caso l'Adunanza plenaria trova nella tesi della formazione progressiva del giudicato un modo per tenere conto dell'interpretazione offerta successivamente dalla Corte; senonché la sentenza pregiudiziale della Corte di Lussemburgo si riferisce alle “norme procedurali interne”, sembrando così ammettere la possibilità di deroga al giudicato solo laddove lo strumento derogatorio sia previsto dallo stesso legislatore, e non già da un'interpretazione giurisprudenziale – peraltro oggi molto discussa, proprio concependo il giudizio amministrativo come giudizio “sul rapporto” – del giudicato amministrativo. Sul punto cfr. N. SPADARO, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, nota a Cons. St., Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 1169 ss.

⁷² M. CLARICH, G. URBANO, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, cit., p. 1707, con riguardo a una vicenda di conferimento da parte del CSM del posto di procuratore aggiunto presso il Tribunale di Roma; determinazione in prima battuta annullata dal Tar Lazio, con sopravvenuta nuova delibera del CSM che, in dichiarato adempimento delle statuizioni del giudice amministrativo, ha rinnovato il confronto comparativo tra i due candidati, reiterando il giudizio favorevole già espresso a favore del magistrato controinteressato.

fuori dei casi di tutela di diritti soggettivi in sede di giurisdizione esclusiva⁷³.

Senonché, sul fronte delle garanzie rappresentate dalla motivazione, infrangersi contro tale scoglio potrebbe non essere una sciagura troppo grave, nella misura in cui ciò possa determinare un argine alla deriva rappresentata dal progressivo svuotamento di rilevanza della motivazione del provvedimento amministrativo, attuata attraverso i passaggi in precedenza descritti.

6. Conclusioni

Tornando a questo punto alle osservazioni iniziali, gli scenari ipotizzabili paiono essere due.

Il primo, di più radicale e generica applicazione: la piena attuazione del principio del dedotto e del deducibile al processo amministrativo di legittimità, con effettiva trasfigurazione del suo oggetto. Sul punto, vale la pena osservare che, in tal caso, non è tanto dal (sovente retoricamente) declamato (ma indimosttrato) oggetto “sul rapporto” del processo che può evincersi la possibilità di motivazione successiva o postuma, quanto, al contrario, è dall’onere in capo alla parte pubblica di indicare, almeno nel processo⁷⁴, tutti i motivi a sostegno della propria decisione di diniego, che discenderebbe un giudizio amministrativo effettivamente “sul rapporto” controverso⁷⁵.

Il secondo, relativamente più tradizionale, e allo stato più facilmente praticabile, impone innanzi tutto, per quanto riguarda i provvedimenti connotati da discrezionalità, la riaffermazione della già indicata giurisprudenza che fa gravare

⁷³ Da ultimo, in tal senso, cfr. F. FRANCIARIO, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 1025 ss., il quale osserva come nonostante il c.p.a. abbia notevolmente arricchito lo strumentario del giudice con riguardo alle sentenze di merito pronunciabili ed ai poteri del giudice dell’ottemperanza, sia rimasto di fatto inalterato il modo di concepire il giudicato amministrativo, fermo ad una ricostruzione che ne limita l’efficacia oggettiva al solo dedotto, peraltro ritenendo che ciò non debba considerarsi necessariamente un male.

⁷⁴ Sull’onere già procedimentale, anche alla luce dell’art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, v. M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., pp. 572 ss. e pp. 579 ss. Cfr. anche G. VERDE, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, spec. pp. 33-34.

⁷⁵ Lo strumento processuale idoneo a ciò potrebbe essere il ricorso incidentale, anche alla luce dell’art. 42 c.p.a., che riserva, senza alcun limite, la legittimazione alla sua proposizione anche alla amministrazione resistente. Spunti in tal senso sono rinvenibili in E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 499 ss. ed in A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 605-606. Su tali aspetti, se si vuole, si v. anche G. TROPEA, *Il processo amministrativo in trasformazione, nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone*, in corso di pubblicazione negli *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Editoriale Scientifica, nonché negli Atti del Convegno *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Roma, 20 marzo 2015.

in capo all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivasse il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) l'onere di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte le questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati⁷⁶.

Peraltro, in caso di atti vincolati, o di discrezionalità "consumata" dopo il primo annullamento o a seguito di *remand*, fondamentale sarà il riscontro da parte del giudice di un vizio relativo alla motivazione, che, in tale contesto, assurge ad elemento cardine⁷⁷, di carattere certamente sostanziale, il cui difetto finisce per

⁷⁶ In giurisprudenza, per un recente arresto in tal senso, cfr. Cons. St., Sez. IV, 1 agosto 2016, n. 3475, in www.giustizia-amministrativa.it. Il caso riguarda un diniego di approvazione di una proposta di piano di recupero, formulata dalla società ricorrente, finalizzata alla realizzazione di un parcheggio interrato. In primo grado tale diniego viene annullato, fra l'altro, in quanto la motivazione è per un verso inconferente, attingendo a circostanze del tutto estranee al contesto pianificatorio vigente, per altro verso insufficiente, dal momento che non viene offerta nessuna considerazione di merito relativa al progetto presentato. In sede di riedizione del potere il Comune, dopo aver proceduto ad ulteriore istruttoria, adotta una deliberazione con la quale si nega nuovamente l'approvazione della proposta, motivando il diniego sulla base del ritenuto contrasto fra quest'ultima e le N.T.A. del Piano della Città Storica, recanti l'obiettivo prioritario della valorizzazione di una piazza in modo da restituirla all'uso pedonale, e inoltre motivando il diniego nel senso dello squilibrio economico della proposta a favore della parte privata. Secondo i giudici di Palazzo Spada, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità il principio processualciviltistico in base al quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile non è pienamente applicabile, dal momento che nel giudizio di impugnazione il giudicato si forma solo in relazione ai vizi dell'atto di cui è stata accertata la sussistenza. Ciò, peraltro, non esclude che l'amministrazione sia tenuta, in sede di riedizione del potere, a riesaminare in modo completo la *res controversa*, considerando una volta per tutte ogni elemento utile alle proprie valutazioni e non potendo in seguito ritornare in argomento con l'evocazione di profili nuovi e diversi, non messi in discussione dal *decisum* giudiziale. In tal senso, l'insufficienza della originaria motivazione può essere colmata in una seconda battuta, procedendosi a un riesame completo delle risultanze istruttorie, che diviene in tale prospettiva doveroso. Secondo i giudici tali considerazioni non implicano l'affermazione della legittimità del secondo diniego, ma semplicemente che esso non sia viziato per violazione o elusione del precedente giudicato, ben potendosi riassumere il giudizio presso il Tar competente, sussistendo i presupposti per la conversione dell'ottemperanza in ordinaria azione di annullamento, ai sensi dell'art. 32, co. 2, c.p.a. (sulla scorta del *dictum* di Ad. plen. n. 2/2013, *cit.*). Si conferma, per questo verso, come l'impiego da parte della Plenaria del 2013 del congegno rappresentato dall'art. 32, co. 2, c.p.a., lungi dal porsi come elemento distinto rispetto alla presa di posizione non rivoluzionaria (anche se, come detto, per alcuni versi equivoca) quanto ai limiti del giudicato, si configuri come naturale complemento processuale di tale impostazione.

⁷⁷ Sulla persistente centralità della motivazione, assieme all'istruttoria, per misurare l'intensità del sindacato del giudice amministrativo (sia pure con l'eccezione, anch'essa peraltro soggetta a trasformazioni, degli atti di regolazione e di c.d. *soft law*), è sempre interessante valutare il punto di vista diretto di quest'ultimo: si v. in tal senso, da ultimo, C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo*. Il caso delle linee guida dell'ANAC, in www.federalismi.it, 25 gennaio 2017. Richiamando con favore lo studio di A. CASSATELLA, R. VILLATA, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo*, *Addendum*, *cit.*, p. 134, osserva quanto segue: «Si che persino una vicenda comunemente oggetto di presa di distanza per la sua asserita povertà, o addirittura assenza, di tutela effettiva, quale il difetto di motivazione seguito da una pronuncia di

equivalere alla totale infondatezza della decisione, portando all'accoglimento di eventuali azioni di condanna pubblicistica, ovvero, come in alcuni recenti casi, a correlare all'annullamento dell'atto un effetto propriamente sostitutivo, in forza del quale viene inibita l'emanazione di ulteriori provvedimenti e si attribuisce direttamente al giudice il potere di surrogarsi all'amministrazione nell'erogazione del bene della vita richiesto dal cittadino ricorrente⁷⁸.

annullamento su tale profilo fondata, merita invece di essere nuovamente valorizzata», approvando nel contempo le critiche alla motivazione postuma o in corso di causa, sia pure non ritenendo condivisibile l'attribuzione dell'effetto conformativo alla motivazione della sentenza. Nella manualistica, per un rilievo sulla portata innovativa dell'azione di adempimento con riguardo al vizio di difetto di motivazione, che, se persistente nel nuovo provvedimento determina non già una nuova illegittimità, ma la violazione della sentenza di annullamento, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 310-311. Valorizza fortemente il sindacato sulla motivazione del provvedimento impugnato, nel quadro di una più ampia critica alle tesi del giudizio “sul rapporto” ed alla configurabilità del principio del dedotto e del deducibile nel processo amministrativo (quanto meno con riguardo alle azioni di annullamento), S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 135 ss.

⁷⁸ Cfr. Tar Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, n. 167/2015, *cit.*, in una controversia, durata per oltre un ventennio, di continue mancate conferme nel ruolo di professore associato di un docente (psichiatra) distintosi per i suoi scritti in tema di alcolismo. In sede di ottemperanza il Tar, di fronte alle successive decisioni della Commissione che disattendevano l'effetto conformativo di alcune pronunce, non solo ha accolto le doglianze del ricorrente avverso l'ultimo giudizio negativo patito, ritenuto illegittimo per plurimi sintomi di eccesso di potere, e, soprattutto, per difetto di motivazione, ma ha anche disposto, ritenendo consumato il potere valutativo dell'amministrazione, la definitiva conferma “ora per allora” del ricorrente, con tutte le conseguenze retributive, contributive, previdenziali e pensionistiche. Secondo A. CASSATELLA, *L'effetto sostitutivo della sentenza di annullamento*, *cit.*, pp. 103-104, la condanna al rilascio del provvedimento (ai sensi degli artt. 34, co. 2, lett. c) e 31, co. 3, c.p.a.) sarebbe necessaria quando l'amministrazione conservi il dovere funzionale di concludere il procedimento mediante provvedimento espresso, ancorché vincolato, ovvero nei casi in cui la norma di attribuzione del potere implica la produzione di effetti giuridici che riguardano altresì terzi indeterminati o indeterminabili a priori, mentre l'annullamento con effetto sostitutivo opererebbe nel caso in cui la sentenza sia pienamente fungibile con il provvedimento, ovvero nei casi in cui si sia di fronte ad una relazione destinata ad esaurire i propri effetti nell'esclusivo rapporto fra amministrazione e cittadino. Nota come la condanna al rilascio dell'atto vincolato non produce gli effetti dell'atto medesimo, e il persistente inadempimento dell'amministrazione al rilascio dell'atto apre la via, ora come in passato, al giudizio d'ottemperanza, come nel tradizionale caso dell'effetto conformativo (secondo la richiamata sistemazione di R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 120 ss.), laddove la vera svolta sarebbe rappresentata (ove si tratti di atto vincolato) da un sentenza che operi direttamente come titolo costitutivo delle vicende giuridiche normalmente realizzate dall'atto, rendendo superfluo il ricorso all'ottemperanza o all'esecuzione, R. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 981 ss., spec. pp. 999 ss. Sulla configurabilità di una sentenza che tenga luogo del provvedimento e che produca gli effetti dell'atto non emanato, con richiamo al modello di cui all'art. 2932 c.c., cfr., fra i primi, F. MERUSI, G. SANVITI, *L'«ingiustizia» amministrativa in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1986, 17; E. FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, pp. 563 ss.; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Digesto disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, pp. 170 ss.; più di recente, L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Annuario Aipda 2012. Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica,

Presenta particolare interesse, accolta questa impostazione secondo cui le norme positive e le regole di separazione fra poteri tuttora non consentono che il giudizio sul rapporto avvenga in modo pieno, il dato che, in un certo qual modo, le carenze motivazionali del provvedimento emergono, nel giudizio di merito di cognizione, attraverso la portata “integrativa dell’accertamento” assunta dalla motivazione della *sentenza*, che finisce per svolgere, in questa prospettiva, una vera e propria funzione “normativa”, che partecipa al giudicato⁷⁹. In questa ottica, l’integrazione procedimento-processo, nel segno dell’effettività della tutela, è comunque profonda, e viene connotata dal completamento precettivo insito nella parte motiva della sentenza del giudice, valorizzandosi, per questa via, più della vera e propria azione di condanna pubblicistica ad adempiere, il disposto di cui all’art. 34, co. 1, lett. e), c.p.a., non a caso centrale nelle ricostruzioni giurisprudenziali che hanno preceduto il c.d. secondo decreto correttivo (d.lgs. n. 160/2012).

Questa soluzione, oltre ad apparire più in linea col dato positivo, ha il pregio di conciliare ampia effettività della tutela del cittadino e ragioni profonde della specialità e differenza del giudizio amministrativo⁸⁰ (al di là dei richiami al giudizio sul rapporto, che, se “presi sul serio”, finirebbero per condurre alla tendenziale indistinzione ed inutilità di quest’ultimo), nonché di recuperare la centralità della motivazione della decisione, per come era stata pensata agli albori della l. n. 241/1990. Peraltro, alla rilevanza sostanziale della motivazione del provvedimento, si abbina quella della motivazione della sentenza, che assume portata integrativa dell’accertamento (c.d. motivazione in senso stretto, anche per la sentenza), costituendo parte integrante del giudicato⁸¹.

Dal punto di vista strettamente epistemologico, poi, come si è già avuto

2013, p. 93, nonché, A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 196, la quale ritiene che tale soluzione possa essere sostenuta facendo leva sulla scelta di ancorare la pronuncia di adempimento all’art. 34, co. 1, lett. e), anziché all’art. 34, co. 1, lett. c). Più di recente, per un attento esame dei limiti della condanna pubblicistica, anche in rapporto alle perduranti distinzioni rispetto all’effetto conformativo del giudicato ed alla possibilità (reputata inammissibile) del rilascio del provvedimento direttamente da parte del giudice, cfr. P. CERBO, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 1 ss.

⁷⁹ S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., pp. 232 ss.

⁸⁰ Sulle persistenti ragioni di specialità del processo amministrativo v., da ultimo, F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 847 ss.

⁸¹ In un recente caso emblematico i giudici di Palazzo Spada hanno annullato, fra l’altro per motivazione insufficiente, una determinazione dell’AIFA con la quale si inibiva alle farmacie private la preparazione di un prodotto galenico, di fatto accertando nella motivazione della sentenza la fondatezza della pretesa, dopo aver considerato inammissibili le motivazioni integrative adottate in giudizio dall’Avvocatura dello Stato. Cfr. Cons. St., Sez. III, 9 gennaio 2017, n. 24.

modo di notare, 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 "decisione amministrativa" è destinata ad essere formalizzata nel provvedimento⁸².

Riannodando le fila del ragionamento sin qui svolto, non è un caso che l'art. 3 della l. n. 241/1990, nella sua formulazione originaria – e peraltro intatta, nonostante le vicende destrutturanti sopra descritte – riecheggi tali origini "colte"⁸³, secondo un filo rosso che lega i noti lavori che da Levi⁸⁴, Nigro⁸⁵, Ledda⁸⁶, arrivano proprio alla fondamentale monografia di Romano Tassone, in cui si dà ampiamente conto di tali questioni metodologiche, proprio in uno studio incentrato sul rapporto fra motivazione e sindacato di legittimità.

Nel pur necessario aggiornamento di tali importanti filoni speculativi, attraverso il percorso accidentato compiuto sino ad oggi dalla legge sul procedimento amministrativo, sia per quanto attiene all'interpretazione di fondo della sua effettività, in conseguenza delle numerose tendenze deformalizzanti emerse, sia con riguardo alla sua attuale valenza sistematica, come detto ben diversa rispetto al passato, e alla luce anche di un dato normativo processuale oggetto –

⁸² Per una densa sintesi di tale percorso, cfr. ancora A. CASSATELLA, *L'effetto sostitutivo della sentenza di annullamento*, cit., pp. 96-98. Si potrebbe forse andare oltre, e notare come tale collegamento fra il contenuto d'accertamento (che opera come parte coperta dal giudicato) della motivazione della sentenza e il contenuto "minimo" d'accertamento (dogmaticamente) prospettabile (e, di recente, prospettato) proprio di ogni provvedimento amministrativo (ricavabile dalla valorizzazione dell'istruttoria procedimentale, che si materializza poi nella motivazione, giusto il combinato disposto degli artt. 6, co. 1, lett. a) e 3, co. 1, l. n. 241/1990), porterebbe entrambe le categorie di atti (provvedimento e sentenza) ad accomunarsi sotto le insegne della categoria dell'efficacia dichiarativa, riecheggiando così categorie mayeriane e del gradualismo di A. Merkl, e giustificando, anche per tale verso, una più stretta continuità procedimento/processo. Da ultimo, sul punto, si v. l'ampia e interessante trattazione di M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012.

⁸³ Peraltro, una volta codificati con essa i principi generali dell'azione amministrativa, si è ridotta la forza innovativa delle ricostruzioni dottrinali che avevano elaborato quegli istituti. In tal senso, v. L.R. PERFETTI, *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Report Annuale Italia (2011), in *www.ius-publicum.com*, p. 15.

⁸⁴ *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, spec. pp. 217 ss.

⁸⁵ *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, pp. 1429 ss., spec. pp. 1442 ss.

⁸⁶ *La concezione dell'atto amministrativo e i suoi caratteri* (1987), ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, pp. 238 ss., spec. pp. 242 ss.

tuttora – di letture diversificate, è dato cogliere una linea di marcia che vede progressivamente spostarsi l'asse dal potere all'individuo, seppure in un delicatissimo equilibrio rispetto al quale non necessariamente la (totale) negazione del primo è da intendere come una conquista per il secondo⁸⁷.

Piuttosto è sull'asse della tradizionale limitazione del potere che pare opportuno continuarsi a muovere, sia pure nella consapevolezza di un assetto ordinamentale profondamente mutato, che necessita quindi di risposte attualizzate.

In tal senso, dopo le alterne fortune della motivazione del provvedimento e delle tendenze ad imbrigliare sempre più il potere nelle maglie del giudicato, si nutrono molteplici dubbi sull'approdo rappresentato dalla piena "civilizzazione" del giudice amministrativo nel contesto di un giudizio "sul rapporto" che appare ancora nebuloso e retoricamente indistinto: si tratta forse, al contrario, di insidiose sirene.

Itaca è pur sempre il passato, anche se a osservarla, al suo ritorno, stravolto dal viaggio e dalle avventure, è un uomo nuovo⁸⁸.

⁸⁷ Ragiona da ultimo di tali immani questioni, attraverso un percorso argomentativo originale e particolarmente suggestivo (con una chiusura metaforica, anche in tal caso, sulla spiaggia di Itaca), L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in questa *Rivista*, n. 1/2017.

⁸⁸ Che non sarà deluso, alla luce delle esperienze accumulate, dal trovarla (apparentemente) povera, come nei versi finali della bellissima poesia di Kavafis.