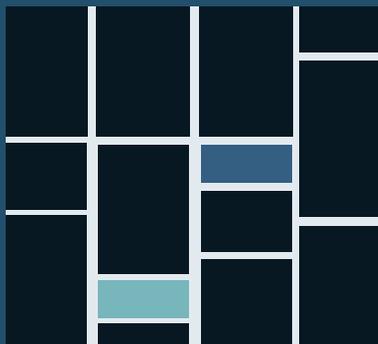


LA MOTIVAZIONE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO: DALLA DISCIPLINA GENERALE ALLE REGOLE SPECIALI



Maria Stella Bonomi

26

Collana

L'Unità del Diritto



Roma TIE Press
2020

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. PODOGHE, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019
20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Maria Stella Bonomi

LA MOTIVAZIONE
DELL'ATTO AMMINISTRATIVO:
DALLA DISCIPLINA GENERALE
ALLE REGOLE SPECIALI

26

L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



Roma TrE-Press

2020

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grottesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©

Roma, maggio 2020

ISBN: 979-12-80060-15-0

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

*Alle mie 'motivazioni',
Maria Teresa e Giovanni*

Indice

CAPITOLO PRIMO

LE SORTI DELL'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE: ASCESA, CRISI E RIVALUTAZIONE CONTEMPORANEA

1. <i>Premessa</i>	11
2. <i>L'ascesa della motivazione degli atti amministrativi</i>	13
2.1. <i>L'obbligo (normativo) di motivazione nel panorama europeo e statunitense: brevi cenni</i>	22
3. <i>La crisi della motivazione: tra dequotazione e depotenziamento</i>	30
4. <i>La metamorfosi del diritto amministrativo e il rinnovato ruolo della motivazione</i>	37
4.1. <i>La motivazione 'speciale' prevista nei casi di manifesta inaccogliabilità della domanda</i>	43
4.2. <i>La connessione tra procedimento e motivazione in materia di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento</i>	46
4.3. <i>Verso una motivazione algoritmica?</i>	47
5. <i>La motivazione, i motivi e la causa del provvedimento</i>	52
6. <i>Obbligo o dovere di motivazione?</i>	55
7. <i>Motivazione e motivazioni: l'apparente uniformità dell'obbligo di motivazione e le regole speciali</i>	58

CAPITOLO SECONDO

LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI ORGANIZZATIVI: UN DIFFICILE EQUILIBRIO TRA EFFICIENZA E GARANZIE

1. <i>Gli atti di micro-organizzazione e macro-organizzazione tra obbligo di motivazione e aporie normative</i>	61
2. <i>Pubblici concorsi: quali atti vanno motivati e come motivarli</i>	67
2.1. <i>Il perimetro oggettivo dell'obbligo di motivazione e la nozione di 'pubblici concorsi'</i>	68
2.2. <i>Come e quanto motivare gli atti dei pubblici concorsi: le oscillazioni tra la motivazione numerica implicita e il giudizio (negativo) espresso</i>	71
3. <i>I riflessi della privatizzazione del pubblico impiego sull'obbligo motivazionale degli atti di micro-organizzazione</i>	83
3.1. <i>La sospensione cautelare: natura dell'atto e conseguenze in punto di motivazione</i>	87
3.2. <i>L'ordine di trasferimento del militare: il dovere per il dovere o il dovere per una ragione?</i>	91

CAPITOLO TERZO
LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI GENERALI
COME STRUMENTO DI LEGITTIMAZIONE

1. <i>Atti normativi e atti amministrativi generali: eccezioni reali e apparenti all'obbligo di motivazione</i>	97
2. <i>I bandi e gli atti della procedura di gara: se e quanto motivare</i>	102
2.1. <i>Quanto la natura del bando di gara può influire sull'obbligo di motivazione</i>	102
2.2. <i>La motivazione esterna e interna del bando di gara</i>	104
2.3. <i>La motivazione degli atti di gara successivi al bando: esclusioni, ammissioni, offerte anomale e aggiudicazione</i>	112
3. <i>Atti generali a contenuto precettivo: le scelte di pianificazione e programmazione urbanistica non sono sempre immotivate</i>	124
3.1. <i>I caratteri del Piano regolatore generale e le ricadute sull'an e sul quantum dell'obbligo di motivazione</i>	127
3.2. <i>Le varianti al Piano regolatore generale e l'obbligo motivazionale nella giurisprudenza amministrativa</i>	134
3.3. <i>Apposizione e reiterazione di vincoli preordinati all'esproprio: una motivazione rafforzata</i>	136
4. <i>La motivazione degli atti di regolazione delle autorità indipendenti quale fattore di legittimazione</i>	140
4.1. <i>L'attuazione dell'obbligo motivazionale degli atti regolatori: l'analisi (e la verifica) di impatto della regolazione</i>	148
5. <i>Le linee guida dell'Anac nel sistema delle fonti: natura giuridica e obbligo di motivazione</i>	153

CAPITOLO QUARTO
LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI AMPLIATIVI E LA TUTELA DEI TERZI

1. <i>Premessa</i>	159
2. <i>L'importanza della motivazione dell'autorizzazione e del diniego di autorizzazione</i>	161
2.1. <i>La motivazione dell'autorizzazione integrata ambientale</i>	165
2.2. <i>La motivazione delle autorizzazioni paesaggistiche</i>	167
2.3. <i>La motivazione delle autorizzazioni concernenti il servizio farmaceutico</i>	172
3. <i>Il ruolo della motivazione nei titoli abilitativi edilizi provvedimentali e non</i>	177
3.1. <i>Il permesso di costruire e la motivazione tra discrezionalità e potere vincolato</i>	177
3.2. <i>I titoli abilitativi de-provvedimentalizzati: una nuova dimensione per l'obbligo di motivazione</i>	192
3.2.1. <i>Persistenza dell'obbligo di motivazione e segnalazione certificata di inizio attività</i>	193

3.2.2. <i>La motivazione dell'inerzia: il silenzio significativo quale titolo abilitativo</i>	199
4. <i>Lo strumento concessorio, le scelte amministrative e i conseguenti obblighi motivazionali</i>	203
5. <i>La motivazione nell'affidamento in concessione e nella gestione dei beni pubblici</i>	212

CAPITOLO QUINTO
LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI RESTRITTIVI
E LA TUTELA DEL DESTINATARIO

1. <i>Il procedimento espropriativo e il ruolo centrale della motivazione</i>	217
1.1. <i>Le due macro-fattispecie di deviazione dal normale corso del procedimento espropriativo</i>	225
1.1.1. <i>Le occupazioni legittime e l'obbligo di motivazione</i>	226
1.1.2. <i>Le occupazioni illegittime e la motivazione dell'espropriazione semplificata</i>	229
2. <i>La motivazione degli atti sanzionatori e il due process</i>	235
3. <i>La centralità della motivazione negli atti atipici nel contenuto e negli effetti: le ordinanze contingibili e urgenti</i>	242
3.1. <i>La motivazione delle ordinanze sindacali ex articolo 54 Testo Unico enti locali</i>	245
4. <i>L'interdittiva antimafia tra motivazione e fumus</i>	248
5. <i>I provvedimenti in materia di immigrazione e sicurezza: il rapporto con la legge generale sul procedimento e l'obbligo di motivazione</i>	255
5.1. <i>I provvedimenti di allontanamento dal territorio dello Stato secondo l'assunto motivazionale</i>	261
5.1.1. <i>La motivazione dei respingimenti</i>	262
5.1.2. <i>La motivazione delle espulsioni amministrative (ministeriali e prefettizie)</i>	264
5.2. <i>La motivazione del diniego del visto di ingresso per motivi di ordine pubblico e sicurezza</i>	270

CAPITOLO SESTO
LA MOTIVAZIONE DEI PROVVEDIMENTI DI SECONDO GRADO
E LA PROVA DELL'ATTUALITÀ DELL'INTERESSE PUBBLICO

1. <i>Premessa</i>	273
2. <i>Annullamento in autotutela: l'elasticità dei presupposti e le ricadute in punto di motivazione</i>	275
3. <i>Tipicità dei presupposti della revoca, legittimo affidamento e motivazione</i>	291
4. <i>L'integrazione della motivazione del provvedimento di primo grado mediante la convalida (in secondo grado)</i>	298
<i>Considerazioni conclusive</i>	301
<i>Bibliografia</i>	307

Capitolo Primo

Le sorti dell'obbligo di motivazione: ascesa, crisi e rivalutazione contemporanea

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'ascesa della motivazione degli atti amministrativi – 2.1. L'obbligo (normativo) di motivazione nel panorama europeo e statunitense: brevi cenni – 3. La crisi della motivazione: tra dequotazione e depotenziamento – 4. La metamorfosi del diritto amministrativo e il rinnovato ruolo della motivazione – 4.1. La motivazione 'speciale' prevista nei casi di manifesta inaccogliabilità della domanda – 4.2. La connessione tra procedimento e motivazione in materia di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento – 4.3. Verso una motivazione algoritmica? – 5. La motivazione, i motivi e la causa del provvedimento – 6. Obbligo o dovere di motivazione? – 7. Motivazione e motivazioni: l'apparente uniformità dell'obbligo di motivazione e le regole speciali

1. *Premessa*

'Perché' è una parola multiuso, è il linguaggio della curiosità, la prova di un impegno intellettuale.

Per Charles Tilly, 'perché' è il linguaggio onnipresente di tutti i rapporti umani¹. Le ragioni, secondo Tilly, vengono date per negoziare, stabilire, riparare, affermare o negare le relazioni. Il tipo di relazione determina il tipo di ragioni che sono appropriate e, pertanto, potenzialmente persuasive o accettabili. In quanto animali sociali complessi, il dare delle ragioni è la linfa vitale della nostra socialità.

Il comportamento di ogni persona, giuridicamente rilevante o meno, è orientato alla realizzazione di un certo numero di scopi e alla soddisfazione di determinate necessità mediante singole azioni o una serie di attività fra loro coordinate. Sebbene i bisogni dell'uomo possano essere di varia natura, sono tre le attività che regolano il rapporto con l'ambiente circostante: (i) l'attività cognitiva; (ii) quella emozionale; (iii) e, infine, quella morale-normativa. Il collante tra queste dimensioni dell'agire umano è svolto

¹ C. TILLY, *Why? What Happens When People Give Reasons and Why*, Princeton University Press, Princeton, 2006.

proprio dalla ‘motivazione’.

La motivazione è un concetto ampio, che può avere sfumature diverse a seconda del punto di vista da cui lo si considera. Di là dalle molteplici distinzioni che si possono prendere in esame, riguardo alla specifica disciplina che la configura, la motivazione può essere descritta, in termini generali, come una conformazione organizzata di esperienze soggettive che consente di spiegare l’inizio, la direzione, l’intensità e la persistenza di un comportamento diretto a uno scopo. Il concetto di motivazione è, quindi, utilizzato per comprendere perché una persona svolge un compito e lo fa in un determinato modo (inizio e direzione), quanto insiste (intensità) e le ragioni per cui mantiene interesse e impegno sul compito (persistenza)². La ‘motivazione’, in altre parole, consente di indagare ‘perché’ un dato comportamento è stato attivato per il conseguimento di uno specifico obiettivo, ovvero di rispondere a quella richiesta di ‘senso’ e spiegazione di un’azione o di una condotta, caratteristica che è sempre stata insita nell’uomo fin dalle origini.

Seguendo questo ragionamento teorico, ma spostandoci in un’ottica giuridica, il legame tra cognizione, emozione e morale, così rilevato nell’essere umano, individua proprio nella dimensione motivazionale la potenzialità, più o meno esplicita, che quest’ultima ha di modificare ed equilibrare la relazione tra organismo e ambiente, tra norma e sua applicazione, tra provvedimento e sua comprensione, tra pubblica amministrazione e soggetto privato.

La ragione è diventata il linguaggio moderno del diritto in uno Stato liberale. Perché le ragioni sono importanti? Quali ragioni contano? Quando le ragioni appagano il nostro desiderio di giustizia? Quando falliscono? E, naturalmente, perché? Si tratta di interrogativi profondi e duraturi su cui i filosofi giuridici e politici hanno avuto molto da dire nel corso dei secoli.

Nel presente lavoro, non si cercherà di scandagliare le profondità filosofiche delle predette questioni, ma le si analizzerà dal punto di vista del diritto amministrativo. Si tenterà di esplorare un particolare discorso della ‘causalità’: il dialogo tra la pubblica amministrazione e coloro che sono interessati dalle sue decisioni, proprio mediante l’istituto della motivazione.

² Sulla motivazione dal punto di vista delle scienze psicologiche, si rinvia a R. DE BENI, A. MOÈ, *Motivazione e apprendimento*, Il Mulino, Bologna, 2000.

2. L'ascesa della motivazione degli atti amministrativi

La motivazione degli atti amministrativi costituisce un argomento di studio ormai classico ed è sempre stato al centro di una complessa evoluzione, sia dal punto di vista normativo, che applicativo.

Come ha recentemente osservato uno dei più importanti studiosi statunitensi, la motivazione riveste un ruolo di primaria importanza nello sviluppo del diritto amministrativo³. Da un lato, si pone quale fondamento della legittimazione democratica della pubblica amministrazione; dall'altro lato, quale massima espressione della legalità dell'azione amministrativa⁴.

Si tratta di un concetto indissolubilmente legato al modo di intendere il rapporto tra amministrazione e soggetti amministrati. In un contesto in cui l'amministrato è suddito, anziché cittadino, è evidente che non vi è spazio alcuno per discorrere di motivazione dell'attività amministrativa. L'amministrazione è libera da vincoli, così come lo è il potere esecutivo di cui essa è espressione. Tuttavia, il «processo di legalizzazione della pubblica amministrazione», durato quasi due secoli, ha scardinato l'assetto sopra descritto⁵.

D'altronde, tradizionalmente, la scienza giuridica ha sempre fatto notare che la nascita e l'istituzione di un apparato burocratico non implica affatto la nascita di un 'diritto amministrativo'⁶. Si può affermare che il 'diritto

³ J.L. MASHAW, *The Role of Reason in Administrative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 11. Secondo l'Autore, «The path of administrative law has been the path of the progressive submission of power to reason».

⁴ Sul punto, ID. *Reasoned Administration: The European Union, the United States and the Project of Democratic Governance*, in *The George Washington Law Review*, 2007, p. 101. L'Autore, tra l'altro, afferma «administration without reason cannot meet the challenge of defending its democratic legitimacy». Si veda anche, ID., *The rise of reason giving*, in *Comparative Administrative Law*, a cura di S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH, B. EMERSON, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2017, pp. 268 ss. L'Autore scrive a proposito di «rise of adequate reason giving as the modern touchstone of an administrative action's legality [...]».

⁵ Si esprime in tal senso, S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in «Europ. rev. publ. law», 2009, 3, pp. 1037 ss. Su questo processo nello sviluppo istituzionale dell'Italia unita, si veda anche V. CERULLI IRELLI, *Le modalità di esercizio del potere amministrativo*, in *Il contributo del diritto amministrativo a 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M.R. SPASIANO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 66 ss.; M.E. SCHINAIA, *La buona amministrazione*, in *La Costituzione ha sessant'anni*, a cura di M. RUOTOLO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 97 ss.

⁶ Sulle trasformazioni storiche del potere pubblico e la nascita del diritto amministrativo, prima e per tutti, M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986. Poi si veda anche, S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*,

amministrativo' non nasce con il sorgere delle prime forme di apparati burocratici, bensì con l'avvio del processo di sottoposizione dell'attività amministrativa ad un complesso di regole giuridiche volte a disciplinare i poteri esercitabili, le modalità di esercizio, i loro effetti (le c.d. norme di azione) e i rapporti con i soggetti privati interessati dagli stessi.

È in tale processo che si inserisce il tema dell'obbligo di motivazione degli atti attraverso i quali si estrinseca la volontà della pubblica amministrazione, in qualsiasi forma essi siano adottati⁷. Si manifesta, dunque, per prima l'esigenza di garantire il privato nei confronti dell'arbitrio della pubblica amministrazione, rendendo verificabile la rispondenza dell'atto ai fini pubblici per cui la legge conferisce il potere⁸.

Fu la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese che richiese per la prima volta l'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo a pena di annullabilità per sviamento di potere⁹. Anche in Italia, fu la giurisprudenza amministrativa nella sua evoluzione a definire il contenuto e l'ambito della motivazione obbligatoria degli atti dei pubblici poteri, in modo particolare dopo l'istituzione nel 1889 della IV Sezione del Consiglio di Stato – sulla scia del formante giurisprudenziale francese¹⁰. Alle predette esperienze seguirono

Editori Laterza, Roma-Bari, 2013; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1996; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Cedam, Padova, 1989.

⁷ Sulla stretta connessione tra motivazione degli atti dei pubblici poteri e tutela dei diritti dei cittadini, F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in «Jus», 1957, pp. 149 ss.

⁸ In questa logica garantista, la necessità di motivare le decisioni è concepita come una caratteristica propria dei rapporti di diritto pubblico, nei quali l'esistenza del potere amministrativo altera la parità tra le parti, non ponendosi, invece, la questione con riferimento agli atti di diritto privato: tra i primi ad argomentare in tal senso, G. MIELE, *Il requisito della motivazione negli atti amministrativi*, in «Giur. compl. cass. civ.», 1945, pp. 415 ss. Sul punto tornerà M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in «Enc. dir.», vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 261, il quale osserva che la motivazione dei negozi privati, quando ricorre, è «raramente motivazione pura», avendo una funzione assolutamente peculiare, che varia a seconda dell'essere necessaria o convenzionale. Nel primo caso, essa serve ad attribuire rilevanza a fatti specifici; nel secondo, a individuare il fatto rilevante.

⁹ Tale orientamento si afferma a partire dal 1867 con l'*Arrêt Bizet* del 3 marzo 1867, pur in assenza di presupposti normativi che rendano la motivazione obbligatoria. Il potere del giudice amministrativo di conoscere i motivi alla base delle decisioni amministrative trova definitiva consacrazione nell'*Arrêt Barrel* del 28 maggio 1954, ove si afferma come tale potere debba prescindere dall'obbligo (espresso) di motivare gli atti, in quanto, sul versante giurisdizionale, il processo si svolge come se le decisioni siano sempre motivate con la conseguente inutilità di stabilire regole formali nella procedura non contenziosa. Sul punto, si veda, G. ISAAC, *La procédure administratif non contentieuse*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968, p. 553.

¹⁰ Come ha osservato GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 262,

quelle dei tribunali amministrativi dei paesi germanici, i quali si spinsero ad affermare che il difetto di motivazione o la parvenza di motivazione costituissero violazione di legge; seguirono poi i giudici amministrativi degli altri paesi, man mano che venivano istituiti, e, verso la fine del XX secolo, anche i giudici dei paesi di diritto anglosassone.

L'entrata in vigore della Costituzione del 1948 ha ulteriormente accelerato il processo di legalizzazione dell'amministrazione di cui si è fatto menzione, sottoponendo la legge stessa ad una legge di rango superiore, quella costituzionale. La Carta costituzionale ha fatto propri una molteplicità di principi che regolano direttamente la pubblica amministrazione¹¹.

Oggi, inoltre, è in atto una fase ulteriore in cui i principi fondamentali che regolano le amministrazioni nazionali sono stati cristallizzati da fonti normative di rango internazionale ed europeo.

Con l'adozione della Costituzione e la moltiplicazione poi delle fonti internazionali ed europee si è verificato un doppio salto qualitativo.

In primo luogo, i principi che regolano le amministrazioni pubbliche hanno assunto un rango sempre maggiore all'interno del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali.

In secondo luogo, la legalizzazione dell'azione amministrativa, sebbene sia una conquista da tenere ben salda, non è più sufficiente. Non è più accettabile l'idea che l'amministrazione agisca bene quando agisce legittimamente. In altri termini, in virtù dell'attenzione al principio di buona amministrazione, si è osservato che la pubblica amministrazione non soltanto deve agire legittimamente, ma lo deve fare seguendo logiche di buon andamento e di buona amministrazione, anche in un'ottica di *accountability*¹². L'articolo 97 della Costituzione, infatti, consacra i principi

«tutta la materia attinente alla motivazione del provvedimento è opera precipua della giurisprudenza». Per una approfondita disamina dell'evoluzione giurisprudenziale della motivazione degli atti amministrativi, si rinvia, da ultimo, alla trattazione di A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Cedam, Padova, 2013. Poi si veda anche, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987, che costituisce un fondamentale punto di riferimento per questa ricerca; e G. BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, Gualandi, Vicenza, 1979.

¹¹ CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, cit., pp. 1037 ss.

¹² Si veda già, R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Cedam, Padova, 1940, pp. 128 ss. Si richiama anche, J. P. SOLÉ, *EU Law, Global Law and the Right to Good Administration*, in *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, a cura di E. CHITI, B.G. MATTARELLA, Springer, Berlin, 2011, pp. 133 ss.; J. WAKEFIELD, *The right to good administration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007; L. MILLETT, *The right to good administration*

di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione¹³.

In sede sovranazionale, sono numerosissime le norme che si interessano di fissare i principi regolatori della pubblica amministrazione.

L'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza del 2000) sancisce espressamente il «diritto ad una buona amministrazione»¹⁴. Secondo la norma, il diritto di ogni individuo a che le proprie questioni siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole si articola in tre corollari: (i) il diritto al contraddittorio già in fase procedimentale, prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento (*right to be heard*); (ii) il diritto di accesso ai documenti amministrativi, nel rispetto dei principi di riservatezza e segretezza (*right of access to documents*); (iii) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni (*duty to give reasons*)¹⁵. L'articolo 41, dunque, nel delineare

in *European law*, in «Public Law», 2002, pp. 309 ss.

¹³ Per una trattazione organica del principio di imparzialità, da ultimo, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Giappichelli, Torino, 2018. In precedenza, *ex multis*, si veda anche, S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1973; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XV, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1989, pp. 1 ss.; G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa*, in «Diz. dir. pubbl.», diretto da S. CASSESE, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2939 ss. Per un'approfondita disamina sul principio del buon andamento, da ultimo, M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 47 ss. La trattazione più organica dal punto di vista del diritto costituzionale rimane quella di C. PINELLI, *La pubblica amministrazione (Art. 97 – 98)*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994, pp. 31 ss.

¹⁴ Per una trattazione organica del diritto ad una buona amministrazione, L. AZOULAI, L. CLEMENT-WILZ, *La Bonne administration*, in *Traité de droit administratif européen*, a cura di J. B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 671 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 49 ss.; R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in *L'Europa dei diritti: commentario della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 284 ss. Poi si veda anche, G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 45 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto a una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2005, pp. 819 ss.

¹⁵ In ambito comunitario l'obbligo di motivazione è inteso in senso alquanto stringente. J. SCWHARZE, *Judicial review of administrative procedure*, in «Law and contemporary problems», 2004, pp. 91 ss, osserva «as for the duty to give reasons, the Courts are fairly strict. They regularly annul decisions whenever this duty is breached, without any further discussion of whether the infringement is essential». Già Feliciano Benvenuti, nel commentare l'articolo 5 del Trattato di Parigi, nella parte in cui stabiliva che ciascuna

il diritto del cittadino ad una buona amministrazione, ne scorge le premesse nel *due process of law*, nell'obbligo di motivazione, nella certezza dei tempi della decisione, nella trasparenza e pubblicità, nel divieto di arrecare ingiusto pregiudizio, ossia in un insieme di garanzie che le amministrazioni pubbliche devono assicurare¹⁶.

Ciò detto, sorgono spontanee due riflessioni. In primo luogo, si può notare come l'obbligo di motivazione abbia assunto un rango prima costituzionale e poi anche europeo¹⁷. Motivare le decisioni amministrative diviene un presupposto imprescindibile per amministrare bene e non soltanto legittimamente. In secondo luogo, si osserva che la Carta di Nizza costituisce diritto dell'Unione Europea, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di primazia rispetto alle disposizioni nazionali interne contrastanti e di sindacato diffuso tramite il meccanismo della disapplicazione.

La scienza giuridica, inoltre, ha evidenziato come il principio di buona amministrazione abbia subito una «importante evoluzione funzionale»¹⁸. Si scrive di 'evoluzione funzionale' in quanto il concetto di buona amministrazione può essere interpretato in due diversi significati. In principio, la buona amministrazione è stata intesa nel senso di amministrazione più efficace ed efficiente: la c.d. buona amministrazione *ex parte principis*. Tuttavia, l'idea oggi più condivisa è che il principio di buona amministrazione debba essere inteso *ex parte civis*, come principio rivolto alla tutela dei diritti dei cittadini amministrati. La differenza è notevole. Nel primo caso, la buona amministrazione è posta per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, al punto che, secondo questa prospettiva, l'obbligo di motivazione non potrebbe essere considerato affatto un istituto di buona amministrazione, semmai il contrario. Nel secondo significato, invece, la buona amministrazione diventa il fondamento di una serie di istituti, tra cui anche l'obbligo di motivare le decisioni amministrative, volte a difendere l'amministrato dal cattivo esercizio del potere pubblico.

Inoltre, con l'articolo 41 della Carta di Nizza il principio di buona

istituzione della Comunità europea del carbone e dell'acciaio «rende pubblici i motivi della sua azione», sottolineava sia le sue potenzialità, sia il rilievo che la Corte di giustizia dell'Unione Europea le aveva attribuito a partire dalla nota sentenza del 21 marzo 1957, causa 2/56. Sul punto, si rinvia alla trattazione di G. DELLA CANANEA, *Benvenuti e l'Europa*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2017, 1, pp. 27 ss.

¹⁶ In particolare, sulla certezza dei tempi della decisione, si rinvia a M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in «Federalismi.it», 2014.

¹⁷ *Ex multis*, sottolinea la rilevanza costituzionale della motivazione dei provvedimenti amministrativi B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 521 ss.

¹⁸ Si esprime in questi termini, CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, cit. pp. 1037 ss.

amministrazione diventa un vero e proprio diritto¹⁹.

L'obbligo di motivare le decisioni amministrative diviene, dunque, un diritto conferito direttamente dalla Costituzione e dalla Carta di Nizza, rappresentando uno dei principali corollari del diritto ad una buona amministrazione.

A livello nazionale, di fonti normative primarie, la legge 7 agosto 1990, n. 241 ha positivizzato i principi e le regole dell'azione amministrativa consolidatisi per elaborazione della giurisprudenza e della scienza giuridica²⁰.

La legge generale sul procedimento amministrativo sancisce espressamente il generale obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi all'articolo 3²¹. L'importanza della norma risiede, anzitutto,

¹⁹ S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in «www.diritto-amministrativo.org», sottolinea come, con l'articolo 41 della Carta dei diritti dell'Unione europea, quello di buona amministrazione da principio sia diventato un diritto: «non è una norma programmatica, ma una disposizione che crea una situazione giuridica soggettiva a cui corrisponde un obbligo della pubblica amministrazione. Da norma di azione è diventata norma di relazione». Poi si rinvia anche alla approfondita trattazione di E. CHITI, *Il principio di buona amministrazione*, in *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, a cura di E. CHITI, C. FRANCHINI, M. GNES, M. SAVINO, M. VERONELLI, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 39 ss.

²⁰ Per una trattazione organica dei principi e regole dell'azione amministrativa, *ex multis*, P.M. VIPIANA, *I criteri e principi in materia di attività amministrative*, in *L'attività amministrativa ed i regimi delle attività private*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2017; M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017.

²¹ In principio – come già osservato – nessuna norma disponeva che i provvedimenti amministrativi dovessero essere motivati. La motivazione, tuttavia, era richiesta da parte della giurisprudenza e dalla scienza giuridica con riferimento ad alcune specifiche categorie di atti, espressione principalmente di poteri discrezionali. Per una disamina approfondita dell'obbligo di motivazione prima dell'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, si rinvia a F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi generali e l'obbligo di motivazione*, in «Giur. it.», 1908, 3, pp. 253 ss.; C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933; ID., *Motivazione degli atti amministrativi*, ad vocem, in «Nov. dig. it.», vol. X, UTET, Torino, 1968, pp. 958 ss.; M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, ad vocem, cit., pp. 257 ss.; BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, cit.; V. MAZZARELLI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, ad vocem, in «Enc. giur.», vol. XX, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, pp. 5 ss.; ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit. Sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi dopo l'entrata in vigore della generale sul procedimento amministrativo, *ex multis*, si rinvia a A. ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di P. Virga*, a cura di AA.VV., Giuffrè, Milano, 1994; ID., *Motivazione nel diritto amministrativo*, ad vocem, in «Dig. disc. pubbl.», vol. XIII, UTET, Torino, 1997, pp. 683 ss.; R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1999; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, ad vocem, in «Enc.

nella considerazione che essa costituisce attuazione del precetto costituzionale del buon andamento²². Il testo dell'articolo 3, inoltre, non lascia dubbi circa il suo significato innovativo, là dove introduce, accanto all'indicazione dei «presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche», la obbligatoria correlazione con le «risultanze dell'istruttoria», a consacrazione del legame tra provvedimento e risultanze procedurali. Il legislatore, dunque, pone una corrispondenza biunivoca tra istruttoria e motivazione: le risultanze della prima, che consiste in un momento dinamico della decisione amministrativa, non possono che confluire formalmente nella staticità del provvedimento²³.

Nel sancire l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, implicitamente la legge riconosce il diritto del privato a che le decisioni amministrative siano motivate, a pena di illegittimità delle stesse.

Da un lato, la motivazione viene richiesta per riequilibrare il rapporto tra pubblica amministrazione e privato, caratterizzato dal potere della prima di disporre della sfera giuridica del secondo: sicché necessitano di motivazione tutti gli atti della pubblica amministrazione suscettibili di ledere un diritto o un interesse di altri soggetti²⁴. O, più specificamente, serve al destinatario dell'atto o a colui che dall'atto può ricevere un danno per conoscerne il contenuto e la portata e controllare la plausibilità degli accertamenti e delle ragioni adottate dall'autorità.

Dall'altro lato, si enfatizza la strumentalità della motivazione al successivo controllo giudiziario. La motivazione, in quest'ottica garantista, è in funzione della lesività del provvedimento, rivelando la valenza di

dir.», vol. XXVII, Giuffrè, Milano, Agg., 2001, pp. 774 ss.; B.G. MATTARELLA, *Motivazione* (dir. com.), *ad vocem*, in «Diz. dir. pubbl.», diretto da S. CASSESE, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3748 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione* (dir. amm.), *ad vocem*, in «Diz. dir. pubbl.», diretto da S. CASSESE, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3741 ss. Da ultimo, per una trattazione organica dell'istituto, si richiama il contributo di F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017.

²² M. DE BENEDETTO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in «Enc. giur.», vol. XXIII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 2003, pp. 1 ss. In tal senso, si è espressa a più riprese la Corte Costituzionale. Si veda, *ex multis*, Corte cost. 23 giugno 1956, n. 3; *Id.* 19 dicembre 1973, n. 177; *Id.* 22 novembre 2000, n. 256; *Id.* 6 ottobre 2010, n. 310.

²³ Si esprime in questi termini, CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit. p. 380. Anche la giurisprudenza amministrativa chiarisce che la motivazione è da considerarsi come «esplicitazione della modalità di svolgimento dell'attività istruttorio e del perché un interesse – normalmente l'interesse pubblico – è stato nella necessaria valutazione di comparazione ponderata, ritenuto prevalente sugli altri interessi – normalmente privati – che sono confluiti nel procedimento». In tal senso, Cons. St., sez. IV, 7 maggio 2007, n. 1971.

²⁴ CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, *ad vocem*, cit.

strumento che protegge coloro che dall'attività amministrativa possono subire un pregiudizio, un sacrificio o una limitazione²⁵.

Le due funzioni della motivazione, quella, preliminare, di persuasione e quella, consequenziale, di agevolazione del sindacato giurisdizionale, sono spesso intrecciate²⁶. La motivazione, infatti, agisce al contempo sul piano del diritto sostanziale, riequilibrando la posizione di potere/soggezione esistente fra pubblica amministrazione e privati agenti nella società civile, e sul piano del diritto processuale, consentendo il successivo controllo giudiziario dei provvedimenti amministrativi²⁷.

Altra parte della scienza giuridica, invece, ha individuato tre ruoli o funzioni della motivazione: come strumento d'interpretazione dell'atto amministrativo, come strumento per il controllo amministrativo e come garanzia del privato in ordine all'operato dell'amministrazione²⁸. Si evidenzia, pertanto, come la dogmatica della motivazione possa essere analizzata da prospettive diverse, che possono riassumersi nel concetto di 'polifunzionalità'²⁹.

²⁵ Come è stato rilevato di recente da G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in «Dir. proc. amm.», 2017, pp. 1235 ss., «ancora molto intenso è il divario, nella giurisprudenza pratica, tra concezioni "garantiste" e concezioni "riduzioniste" della motivazione del provvedimento amministrativo». Nello stesso senso, si esprime G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in «Dir. pubb.», 2012, 3, pp. 837 ss.

²⁶ Si è espressa in tal senso anche la Corte Costituzionale nella sentenza 5 novembre 2010, n. 310, secondo cui «L'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi [...] è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza dell'azione amministrativa. Esso è radicato negli articoli 97 e 113 della Costituzione, in quanto, da un lato, costituisce il corollario dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale». Per un'approfondimento sul punto, si richiama quanto affermato da VIPIANA, *Gli elementi degli atti amministrativi*, in *L'attività amministrativa e i regimi delle attività private*, cit., pp. 112 ss.

²⁷ La motivazione, intesa in senso sostanziale, è lo strumento imprescindibile al fine di consentire al giudice di cooperare alla costruzione di una regola che realizzi un giusto bilanciamento degli interessi. Dopotutto, «l'articolo 3 rappresenta [...] la summa dell'idea di statuto provvedimentale secondo la legge n. 241 del 1990, tant'è che si tratta di disposizione contenuta nel Capo I, relativo ai principi: lo statuto del provvedimento amministrativo coincide con la sua motivazione e quindi con la sindacabilità delle scelte operate dall'amministrazione». Si esprime in questi termini, M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, «Dir. proc. amm.», 2010, 2, p. 468.

²⁸ Questa è il pensiero espresso da GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo, ad vocem*, cit., p. 257.

²⁹ Sul carattere polifunzionale della motivazione, si rinvia all'approfondito contributo

Sul piano della tutela secondaria del diritto riconosciuto all'amministrato, la conseguenza più immediata dell'introduzione dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 è la parziale, ma fondamentale, traslazione della regola motivazionale dal terreno degli indici sintomatici di un vizio della funzione amministrativa (eccesso di potere) a quello della violazione di legge *tout court*³⁰.

La sostanziale irrinunciabilità delle garanzie della motivazione è imposta anche dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e, segnatamente, dall'articolo 296, nella parte in cui dispone che «gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o parere previsti dai trattati»³¹. L'omnicomprensività dell'obbligo si lega ad una concezione 'oggettiva' della motivazione, intesa quale strumento di legittimazione del potere pubblico e fattore di riequilibrio del *deficit* democratico tradizionalmente imputato agli organismi europei³².

di V.G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Monduzzi Editore, Milano, 2005, pp. 531 ss. Poi si veda anche, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 276.

³⁰ Per tale rilievo, MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., p. 887; CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo, ad vocem*, cit., p. 775. Anche 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, Giuffrè, Milano, 2004, p. 60, ritiene che dopo l'introduzione della legge sul procedimento il difetto di motivazione assuma la configurazione di un vizio autonomo e diretto (e non più sintomatico).

³¹ Per una disamina del disposto di cui all'articolo 296 del TFUE, *ex multis*, si rinvia agli esaustivi contributi di P. MORI, *Art. 296 TFUE*, in *Trattati dell'Unione Europea*, a cura di A. TIZZANO, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 2310 ss.; A. PIETROBON, *Art. 296 TFUE*, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, a cura di F. POCAR, M.C. BARUFFI, Cedam, Padova, 2014, pp. 1427 ss. Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha elaborato un modello 'garantista' di motivazione, allo scopo di tutelare il destinatario dell'atto sfavorevole e assicurare un adeguato controllo degli atti delle istituzioni europee. Si veda, *ex multis*, Cgue, Grande sez., 16 giugno 2015, causa C-62/14 (*P. Gauweiler c. Deutscher Bundestag*); *Id.*, Grande sez., 19 novembre 2013, causa C-63/12 (*Commissione c. Consiglio e Parlamento europeo*); *Id.*, sez. III, 15 novembre 2012, causa C-417/11 (*Consiglio c. Bamba*); *Id.*, 2 ottobre 2003, causa C-199/99 (*Corus UK Ltd c. Commissione*). Sul punto, A. MAFFEO, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in «Federalismi.it», 2018, p. 3.

³² L'opzione omnicomprensiva «viene normalmente spiegata con la contiguità tra atti amministrativi ed atti normativi, con la necessità di favorire il rispetto delle sfere di competenza e con l'esigenza di supplire quel gap di legittimazione che deriva dalla scarsa rappresentatività degli organi e dall'assenza di adeguate forme di pubblicità nei procedimenti di formazione». Si esprime in questi termini, A. CARDONE, *La qualità della normazione nella prospettiva dell'integrazione costituzionale europea*, in «Osservatoriosullefonti.it», 2008, p. 16.

2.1. *L'obbligo (normativo) di motivazione nel panorama europeo e statunitense: brevi cenni*

Da una prospettiva comparata, la scelta del legislatore italiano di prevedere un generale obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti amministrativi, a conferma della tendenziale ascesa della motivazione, non sembra ritrovarsi negli stessi termini nelle leggi che disciplinano il procedimento amministrativo in Francia e in Germania, nella *case law* dell'ordinamento anglosassone e nell'*Administrative Procedure Act* statunitense³³.

In Francia, l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi si è affermato con notevole difficoltà.

La tradizionale concezione autoritaria del potere amministrativo, che opera mediante atti unilaterali idonei ad incidere sulle posizioni dei destinatari in forza della pura manifestazione di volontà del soggetto agente, è rimasta per lungo tempo persistente nella cultura giuridica francese. L'obbligo motivazionale sussisteva solo laddove espressamente previsto dalla legge attributiva dello specifico potere amministrativo, ovvero in particolari ipotesi indicate dalla giurisprudenza. Successivamente, il legislatore ha 'sostituito' i giudici amministrativi nell'individuazione di categorie generali di atti da motivare³⁴.

L'attuale *Code des relations entre le public et l'administration* del 2016 dedica interamente il Titolo I del Libro II («Les actes unilatéraux pris par l'administration») a «La motivation et la signature des actes administratifs»³⁵.

³³ Per un'analisi comparata dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, si richiama l'organica trattazione di CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, cit., pp. 163 ss. Poi si veda anche, MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, cit., pp. 521 ss.; S. BATTINI, *L'obbligo di motivazione*, in *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. NAPOLITANO, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 134 ss.; R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, 1999, pp. 53 ss.

³⁴ Si richiamano specificamente: (i) la legge n. 79-587 dell' 11 luglio 1979 «relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public», che introduceva l'obbligo di motivare in forma scritta una serie di atti potenzialmente lesivi per i destinatari (autorizzazioni condizionate; atti di ritiro o abrogazione di decisioni che creano diritti in favore dei destinatari; atti con cui vengono disposte decadenze o eccepiti prescrizioni e preclusioni; atti di diniego di provvedimenti favorevoli; atti emanati in deroga alla disciplina legale tipica); (ii) il successivo decreto 28 novembre 1983, che imponeva di motivare il provvedimento solo dopo che l'interessato fosse messo nella condizione di presentare proprie osservazioni scritte.

³⁵ Sul nuovo *Code des relations entre le public et l'administration*, si rinvia alle osservazioni prospettate da G. NAPOLITANO, *Il codice francese e le nuove frontiere della disciplina del procedimento in Europa*, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 1, pp. 5 ss.

L'articolo L211-2, oltre a prevedere un generalizzato obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi (individuali) sfavorevoli, contiene un'elencazione *ratione materiae*. In particolare, devono essere motivati: gli atti che limitano l'esercizio di libertà o che costituiscono «mesure de police»; gli atti sanzionatori; le autorizzazioni condizionate; gli atti di revoca di atti ampliativi; gli atti che si oppongono a «une prescription, une forclusion ou une déchéance»; gli atti di diniego di un vantaggio «dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir»; gli atti di diniego di un'autorizzazione, salvo i casi in cui la comunicazione dei motivi possa arrecare un danno a uno degli interessi tutelati dall'articolo L311-5, comma 2; le decisioni che respingono un ricorso amministrativo, la cui proposizione è obbligatoria per poter successivamente presentare un ricorso giurisdizionale. Ne deriva che, gli atti amministrativi generali e quelli individuali favorevoli per il destinatario sembrerebbero non soggetti all'obbligo di motivazione³⁶. La motivazione della decisione amministrativa, invece, ai sensi dell'articolo L211-3, è prevista in ogni caso ove l'amministrazione, nel caso concreto, abbia inteso derogare ad una regola generale fissata dalla legge o da un regolamento³⁷.

Dalla lettura dell'articolo L211-2 emerge la principale finalità della motivazione, ossia «[...] le droit d'être informées sans délai [...]». L'istituto assolve principalmente una funzione di garanzia della trasparenza dell'azione amministrativa, anche al fine di consentire un successivo controllo giurisdizionale.

Il successivo articolo L211-5 specifica il contenuto della motivazione: questa deve essere scritta e contenere l'enunciazione delle considerazioni in diritto e in fatto che rappresentano il fondamento della decisione. Nei casi di assoluta urgenza, il legislatore ammette che l'amministrazione possa adottare un atto immotivato, senza che da ciò ne derivi l'invalidità (articolo L211-6). Tuttavia, se il privato interessato richiede l'esternazione dei motivi, l'autorità procedente è tenuta a comunicarglieli entro un mese dalla presentazione dell'istanza.

Il Codice francese, inoltre, contiene un'interessante disposizione

³⁶ Sul punto, si richiama il contributo di O. GABARDA, *Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs? Enjeux et perspectives d'évolutions autour du principe de la motivation facultative*, in «Revue Française de Droit Administratif» 2012, pp. 61 ss.

³⁷ Il Codice, inoltre, agli articoli L211-7 e L211-8 detta delle regole specifiche con riguardo alla motivazione di alcuni atti adottati da «les organismes de sécurité sociale et Pôle emploi» e da «les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole de salariés ou de non salariés». Il Consiglio di Stato, inoltre, ove necessario, può indicare «les catégories de décisions qui doivent être motivées», in applicazione delle disposizioni del Codice (articolo L211-4).

concernente la «communication des motifs» delle «décisions implicites». L'articolo 232-4 dispone che la decisione implicita immotivata – che interviene in una fattispecie ove la corrispondente decisione esplicita avrebbe dovuto essere motivata – non può ritenersi illegittima. Anche in tal caso, tuttavia, il soggetto interessato può richiedere l'esplicitazione dei motivi sottesi alla decisione implicita.

L'esperienza tedesca diverge da quella francese, anzitutto, per la diversa rilevanza assunta dal fenomeno sul piano normativo e giurisprudenziale, nonché per la ricchezza del dibattito scientifico sviluppatosi attorno al tema della motivazione degli atti amministrativi³⁸.

All'inizio del secolo scorso, tutti i provvedimenti trovavano il loro fondamento – *grund* o *ratio* giustificativa – nella medesima norma attributiva del potere; solamente in casi eccezionali sussisteva un obbligo di esplicitare le ragioni della decisione, non diversamente da quanto avveniva negli stessi anni in Italia o in Francia³⁹. Il punto di svolta si ebbe con l'entrata in vigore della *Grundgesetz* del 1949 e la progressiva affermazione di teorie che proponevano un'interpretazione costituzionalmente orientata di principi e regole dell'azione amministrativa.

La successiva legge sul procedimento amministrativo del 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, VwVfG) ha previsto espressamente, al § 39, comma 1, un generale obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti amministrativi potenzialmente lesivi dei diritti individuali⁴⁰. Dopo l'entrata

³⁸ Sull'influenza della scienza giuridica tedesca sulla cultura francese, italiana e, seppur di riflesso, spagnola, si rinvia all'analisi compiuta da M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in «Studi Saresi», 1940, pp. 137 ss.; ID, *Atto amministrativo*, cit., pp. 159 ss. Per un'analisi critica di queste influenze, si veda anche, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 1971, pp. 21 ss.

³⁹ Per una ricostruzione storica del tema della motivazione in Germania, si veda, K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Verlag von Julius Springer, Berlino, 1910, pp. 282 ss. Per una puntuale analisi del dibattito scientifico attorno al tema della motivazione in Germania, in chiave comparata, si veda, da ultimo, CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, cit., pp. 179 ss.

⁴⁰ Parte della scienza giuridica tedesca afferma che l'obbligo di motivazione esprime il superamento delle tradizionali ricostruzioni autoritarie dell'agire pubblico, fondate sulla prevalenza della «volontà superiore» della pubblica amministrazione, in favore di una concezione in cui l'atto rappresenta il rigoroso esito di un procedimento disciplinato dalla legge ed è contraddistinto, sul piano del contenuto, da una «autoritarità argomentata». Si esprimono in tal senso, N. ACHTENBERG, *Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts*, Dunker & Humblot, Berlin, 1980, p. 175; H. G. HENNEKE, §39 VwVfG, in *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, a cura di H. J. KNACK, W., Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2000, pp. 694 ss. Per una disamina approfondita della legge tedesca sul procedimento amministrativo, si rinvia al lavoro D.U. GALETTA, *La legge tedesca sul*

in vigore della legge, l'istituto della motivazione ha assunto una posizione di primario rilievo nella prassi giurisprudenziale e nella riflessione teorica. La scienza giuridica tedesca, in particolare, ha valorizzato il dettato normativo individuando nella motivazione uno strumento di promozione e di tutela di principi costituzionali e «una delle pietre d'angolo per una ricostruzione sistematica dell'azione pubblica finalizzata a realizzare i valori espressi dalla Grundgesetz»⁴¹.

Ai sensi del § 39, comma 1, la motivazione è richiesta per gli atti a contenuto individuale e concreto per cui è necessaria la forma scritta o elettronica e deve indicare le ragioni essenziali della decisione, sia in fatto che in diritto. I provvedimenti espressione di un potere discrezionale devono contenere anche l'indicazione dei «points of view which the authority considered while exercising its power of discretion». La natura vincolata o discrezionale del provvedimento amministrativo non viene, dunque, in rilievo per stabilire l'ambito di applicazione del § 39. Entrambi gli atti soggiacciono all'obbligo di motivazione, ma per quelli espressione di discrezionalità ne è previsto un obbligo rafforzato.

Il successivo comma 2 del § 39 contiene un'elencazione tassativa delle eccezioni all'obbligo sancito dal comma 1, rinviando implicitamente alla natura dell'atto⁴². Infatti, non sussiste un obbligo di motivazione: degli atti favorevoli, purché non vi siano soggetti terzi lesi da tale atto (in questo caso, l'atto favorevole deve essere motivato, al fine di tutelare anche la posizione del terzo); degli atti indirizzati a chi già conosca le ragioni della decisione o sia in grado di ricostruirle in via autonoma attraverso documenti in proprio possesso o altri atti idonei; degli atti amministrativi generali soggetti a pubblicazione; degli atti che interessano un grande numero di destinatari; degli atti emanati al termine di procedimenti automatizzati. La motivazione, inoltre, non è richiesta «when it derives from a legal provision».

Negli ordinamenti di *common law*, quali Regno Unito e Stati Uniti, invece, il *giving reasons requirement* si atteggia in modo alquanto differente.

procedimento amministrativo, Giuffrè, Milano, 2002.

⁴¹ Si esprime in questi termini, CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, cit., p. 184. In quest'ottica, le disposizioni del § 39 VwVfG sono state collegate: (i) all'articolo 1 della GG, nella parte in cui l'istituto è una forma di tutela del destinatario e dei suoi diritti fondamentali; (ii) all'articolo 19, comma 4, nella parte in cui la motivazione consente di valutare l'illegittimità dell'atto e l'opportunità di proporre ricorso giurisdizionale avverso la decisione sfavorevole; (iii) all'articolo 20, comma 3 e al principio di legalità dell'azione amministrativa, dove la motivazione agevola una razionale applicazione della legge al caso concreto.

⁴² Tutte le eccezioni sarebbero giustificate da esigenze di efficienza dell'azione amministrativa, prevalenti su quelle di garanzia.

Nel Regno Unito si è a lungo discusso circa la possibilità di far ricadere sull'amministrazione un vero e proprio *duty to give reasons*. L'obbligo di motivazione non è previsto né a livello legislativo, né può dirsi esistente quale principio generale⁴³.

La giurisprudenza inglese appare tuttora divisa fra due orientamenti. Da un lato, l'orientamento tradizionale continua a negare l'esistenza di un obbligo generale di motivazione, sull'assunto di esigenze di efficienza amministrativa e di rilevanza secondaria dell'istituto rispetto alle garanzie partecipative comunque assicurate dall'ordinamento⁴⁴. Dall'altro lato, un diverso indirizzo giurisprudenziale conferisce specifica rilevanza al *giving reasons requirement*, inteso sia come garanzia per il destinatario dell'atto sfavorevole, che come strumento di razionalizzazione dell'azione amministrativa⁴⁵.

Le Corti, in particolare, hanno contribuito a definire i caratteri dell'istituto della motivazione, ove ritenuto effettivamente applicabile⁴⁶. Segnatamente, hanno chiarito che il *giving reasons requirement* deve essere assolto mediante l'esternazione delle ragioni poste alla base della decisione; la sua ampiezza varia a seconda del potere concretamente esercitato ed è massima nel caso di decisioni espressione di *discretion* amministrativa⁴⁷. In alcuni casi, inoltre, i giudici hanno affermato che l'amministrazione è

⁴³ M. ELLIOT, *Has the common law duty to give reasons come of age yet?*, in «Public Law», 2011, pp. 56 ss., sottolinea come la carenza di una disciplina dell'istituto rappresenta un netto indice dell'asserita arretratezza del diritto amministrativo inglese nel contesto europeo.

⁴⁴ Si rinvia alle osservazioni critiche prospettate da P. CRAIG, *The Common Law, Reasons and Administrative Justice*, in «Common Law Journal», 1994, p. 302; ELLIOT, *Has the common law duty to give reasons come of age yet?*, cit., p. 59.

⁴⁵ Sulla rilevanza del *giving reasons requirement*, H.R.W. WADE, *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 516, che intende il *duty to give reasons* come un corollario del più ampio dovere di *good administration*; ROBERTSHAW, *Providing reasons for administrative decisions*, cit., pp. 29 ss.

⁴⁶ Nel caso *Save Britain's Heritage v. Number 1 Poultry Ltd.*, 1991, Lord Bridge già affermava la necessità di recepire l'obbligo di motivazione tra i principi di *common law*. La mancata recezione dell'istituto da parte dell'ordinamento britannico dipendeva principalmente dall'onerosità che l'obbligo di motivazione avrebbe potuto comportare in capo all'amministrazione. Anche nel caso *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Doody*, 1994, Lord Mustill faceva trasparire un margine di apertura verso l'istituto, affermando l'inesistenza di una disciplina dell'obbligo di motivazione solo «at the present» e dimostrando, dunque, fiducia verso una futura legislazione al riguardo.

⁴⁷ La stessa giurisprudenza, infatti, ha in più occasioni precisato che è lo stesso *right to a good administration* ad escludere una motivazione particolarmente analitica. Si vedano i casi *R. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex p. Holding and Barnes plc. and others*, 2001; *South Buckinghamshire District Council v. Porter (No 2)*, 2004.

tenuta a motivare le proprie decisioni anche in mancanza di una espressa previsione di legge, sulla base di ragioni equitative connesse al principio di *fairness*⁴⁸. Sempre in giurisprudenza, inoltre, si è osservato come le ragioni alla base della decisione possano essere rese anche in forma concisa, purché siano adeguatamente e correttamente formulate e rispondenti a tutti i punti sollevati dal soggetto interessato⁴⁹. Nell'applicazione dell'obbligo di motivazione, infatti, il bilanciamento degli interessi pubblici e privati in gioco non deve mai imporre oneri *unreasonable* alle amministrazioni.

Parte della giurisprudenza, dunque, considera il *duty to give reasons* come un corollario del principio di trasparenza, ma non anche quale istituto di applicazione per una *good administration*. Di contro, una parte della scienza giuridica, valorizzando gli esiti della giurisprudenza più garantista, ha individuato una pluralità di argomentazioni a sostegno della progressiva estensione dell'obbligo motivazionale, anche alla luce delle esperienze di altri paesi europei⁵⁰. La motivazione, in particolare rileva quale istituto volto a garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, quale mezzo di creazione di consenso attorno all'operato dei pubblici poteri, nonché quale garanzia per il cittadino, rendendo possibile un sindacato effettivo del giudice⁵¹. Dopo alcune oscillazioni iniziali, inoltre, si è ritenuto che la motivazione debba essere contestuale alla decisione, non essendo ammessa una motivazione postuma, né un'integrazione in giudizio della motivazione

⁴⁸ Nel noto caso *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Mohammed Fayed*, 1996, i giudici valorizzano il diritto al contraddittorio, ritenendolo prevalente su quello volto ad ottenere una decisione motivata. Il diritto al contraddittorio, infatti, non può essere sacrificato; il dovere di motivazione, invece, ben può esser ridimensionato nel caso in cui il destinatario dell'atto sia messo nella condizione di presentare le proprie osservazioni. Si esprime in tal senso anche, BATTINI, *L'obbligo di motivazione*, cit., p. 141.

⁴⁹ Si veda il caso *Uprichard v. Scottish Ministers*, 2013.

⁵⁰ Sulla progressiva estensione dell'obbligo motivazionale, si rinvia all'approfondita trattazione di P. CRAIG, *Administrative Law*, London, 2012; ID., *The Common Law, Reasons and Administrative Justice*, cit., pp. 283 ss. Poi si veda anche, ELLIOT, *Has the common law duty to give reasons come of age yet?*, cit., 56 ss.; ROBERTSHAW, *Providing reasons for administrative decisions*, cit., pp. 29 ss.

⁵¹ Secondo CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 283, alla base dell'obbligo di motivazione vi è una giustificazione «non instrumental», ossia un'esigenza generale di trasparenza dell'azione amministrativa, «giving reasons is a device for enhancing democratic influences on administration by making government more transparent [...]». Secondo MASHAW, *The Role of Reason in Administrative Law*, cit., p.11., «the path of American administrative law has been the path of the progressive submission of power to reason»; ID., *Reasoned Administration: The European Union, the United States and the Project of Democratic Governance*, cit., p. 101.

originaria, anche nei casi in cui si sia agito attraverso il *mandamus*⁵².

Gli ordinamenti di *civil law* e quello di *common law* anglosassone, a proposito dell'obbligo di motivazione, si sono sviluppati su binari paralleli, ma molto differenti. Nei sistemi di *civil law*, infatti, il giudice non è produttore di regole, ma consumatore delle stesse. La regola giuridica è posta dalla legge. L'obbligo di motivazione e le relative eccezioni sono previste dalla legge, che il giudice è chiamato ad interpretare e applicare. Al contrario, nei sistemi di *common law*, il giudice analizza il caso concreto e produce la regola giuridica applicabile, la c.d. *case law*. Ciò si riflette anche sull'obbligo di motivazione e, soprattutto, sull'incertezza della sua ampiezza e applicazione, anche se consente una maggiore attenzione alla fattispecie concreta.

Il *giving reasons requirement* ha assunto, invece, un ruolo primario nell'ordinamento di *common law* statunitense⁵³.

L'obbligo di motivazione, diffuso fin dall'inizio del secolo scorso, affonda principalmente le sue radici nell'*Administrative Procedure Act* (APA) del 1946 e, segnatamente, nei § 553, 554, 555, 557⁵⁴. I paragrafi

⁵² Contro l'ammissibilità di motivazioni rese *ex post*, si veda, *Wall, R. v. Brighton & Hove City Council*, 2004; *R. v. Westminster City Council ex p. Ermakov*, 1995; *Nash, R. v. Chelsea College of Art & Design*, 2001.

⁵³ Sul ruolo primario dell'istituto della motivazione nel diritto amministrativo statunitense, si rinvia ai preziosi ed esaustivi contributi di MASHAW, *Reasoned Administration and Democratic Legitimacy*, cit., pp. 40 ss.; ID, *The rise of reason giving in American administrative law*, cit.; ID., *Reasoned Administration: The European Union, the United States and the Project of Democratic Governance*, cit., p. 105. L'Autore afferma che «the fundamental right to know the reasons behind an administrative decision has important implications for the ongoing project of democratic governance in unavoidably administrative states. More precisely, reasoned administration is not only fundamental to our understanding of ourselves as independent moral agents, but to the future of the democratic project itself. Reason giving thus affirms the centrality of the individual in the democratic republic. It treats persons as rational moral agents who are entitled to evaluate and participate in a dialogue about official policies on the basis of reasoned discussion. It affirms the individual as subject rather than object of law». Poi si veda anche, M. SHAPIRO, *The giving reasons requirement*, in «University of Chicago Legal Forum», 1992, pp. 179 ss. Hanno approfondito alcune questioni concernenti il *duty to give reasons* nel diritto amministrativo statunitense anche, B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, Cedam, Padova, 2005, pp. 67 ss.; G.F. FERRARI, *Il procedimento amministrativo nell'esperienza anglo-americana*, in «Dir. proc. amm.», 1993, pp. 421 ss.

⁵⁴ Si scrive 'principalmente', perché, come affermato da MASHAW, *Reasoned Administration and Democratic Legitimacy*, cit., p. 40, «the sources of legal requirements for reasonableness or reason-giving are various as all sources of law in the United States. These requirements may emanate from Constitution, statutes, executive orders, administrative regulation, and of course from case law». Sulle disposizioni contenute nell'APA concernenti il *giving reasons requirement*, si rinvia all'organica trattazione di MASHAW, *Reasoned Administration*

menzionati disciplinano rispettivamente l'obbligo di fornire una succinta rappresentazione della base giuridica e degli scopi degli atti di *informal rulemaking* (§ 553), l'obbligo di sintetica motivazione degli atti di diniego emanati al termine del procedimento di *informal adjudication* (§555), l'obbligo di motivazione degli atti emanati al termine del procedimento di *formal adjudication* (§ 554 e § 557), salvo il caso in cui si tratti della conferma di un precedente diniego o in cui le ragioni siano *self-explanatory*. La maggior parte dei procedimenti amministrativi viene gestito mediante procedimento di *informal adjudication*, quindi, in via di prassi, la regola base nel modello statunitense sembra essere quella di cui al § 555, mentre i § 553 e 557 finiscono per applicarsi a casi del tutto eccezionali.

Anche nell'ordinamento statunitense, tuttavia, è l'applicazione giurisprudenziale della norma a declinare concretamente il *duty to give reasons* e a delimitarne il perimetro⁵⁵. Si è, tra l'altro, affermato che, ai sensi del § 555 «the agency must explain why it decided to act as it did. The agency's statement must be one of reasoning; it must not be just a conclusion; it must articulate a satisfactory explanation for its action»⁵⁶. La Corte Suprema, inoltre, ha in più occasioni qualificato il *giving reasons requirement* come uno dei requisiti del *due process of law*⁵⁷, in stretta connessione con il *right to be heard*⁵⁸. L'obbligo di motivazione nel modello statunitense opera,

and Democratic Legitimacy, cit., pp. 44 ss.

⁵⁵ Per una disamina approfondita sulla più rilevante giurisprudenza in tema di *giving reasons requirement*, si rinvia ai contributi di MASHAW, *Reasoned Admistration and Democratic Legitimacy*, cit., pp. 50 ss.; M. COHEN, *When judges have reasons not to give reasons: a comparative law approach*, in «Washington and Lee Law Review», 2015, 72, pp. 483 ss.

⁵⁶ Si veda il caso *Butte County, California v. Hogen*, [613 F.3d 190] (D.C. Cir. 2010). Per una disamina del rapporto tra *due process of law* e *giving reasons requirement*, si richiama la trattazione di G. DELLA CANANEA, *Due process of law beyond the State: requirements of administrative procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 61 ss.

⁵⁷ Si veda il caso *Mathews v. Eldrige*, [424 U.S. 319] (1976).

⁵⁸ Per la graduale affermazione del principio, si veda, *ex multis*, *Wichita Railroad & Light Company v. Public Utilities Commission of Kansas*, [260 U.S. 48] (1922), dove si riteneva sufficiente allegare alla decisione i fatti su cui si basava la scelta effettuata in concreto; *United States v. Chicago, Milwaukee, St. Paul & Pacific R. Co.*, [294 U.S., 499] (1935), dove si stabiliva che l'amministrazione doveva fornire *adequate reasons* della propria decisione allo scopo di superare precedenti di contenuto analogo; *SEC v. Chenery Corporation I*, [318 U.S. 80] (1943) e II, [332 U.S. 194] (1947), dove si prospettava per la prima volta l'esistenza di un principio di motivazione. Il definitivo riconoscimento dell'obbligo di motivazione come requisito del *due process of law* si ebbe con la sentenza *Goldberg v. Kelly*, [397 U.S., 254] (1970), dove si chiariva che «the decision maker should state the reasons for his determination and indicate the evidence he relied on, though his statement need not amount to a full opinion or even formal findings of fact and conclusions of law».

quindi, principalmente in funzione della partecipazione, rendendo effettivo il dialogo fra l'amministrazione e le parti interessate (*dialogue requirement*), nonché quale istituto di garanzia di un *effective judicial review*.

Dall'analisi, dunque, emerge che nel contesto globale, la regola motivazionale si è affermata sempre di più come regola imprescindibile polifunzionale, a tutela della trasparenza e della *accountability* delle decisioni amministrative⁵⁹.

3. La crisi della motivazione: tra dequotazione e depotenziamento

Nel paragrafo precedente si è visto come l'esigenza che le decisioni amministrative siano motivate abbia con il tempo assunto la veste di vera e propria regola giuridica di rango sempre crescente, fino a divenire principio fondamentale dell'azione amministrativa e corollario del diritto ad una buona amministrazione. Questo processo di ascesa della motivazione, tuttavia, nell'ultimo ventennio del secolo scorso, si è arrestato. Anzi, la scienza giuridica ha avvertito una sempre maggiore regressione del rilievo riconosciuto all'obbligo di motivare le decisioni amministrative, descritta come fase di declino della motivazione⁶⁰. Si tratta di un fenomeno che sta investendo ogni tipo di decisione individuale proveniente dai pubblici poteri e, quindi, riguarda sia i provvedimenti amministrativi sia i provvedimenti giurisdizionali⁶¹.

Nella sentenza *Dunlop, Secretary of Labor v. Bachowski*, [421 U.S. 560] (1975), si è poi precisato il contenuto minimo della motivazione, resa ai sensi del 555 APA, che «must be adequate to enable the court to determine whether the Secretary's decision was reached for an impermissible reason or for no reason at all, and for this essential purpose, although detailed findings of fact are not required, the statement of reasons should inform the court and the complaining union member of both the ground of decision and the essential facts upon which the Secretary's interferences are based». Sul caso *Goldberg v. Kelly*, si richiamano le osservazioni prospettate da MASHAW, *Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance*, cit., pp. 106 ss. Poi si veda anche, R.L. RABIN, *Job Security and Due Process: Monitoring Law Through a Reason Requirement*, in «University of Chicago Law Journal», 1976, 44, pp. 60 ss.

⁵⁹ Sulla motivazione quale strumento di *accountability* delle decisioni amministrative, M. MACCHIA, *The rule of law and transparency in the global space*, in *Research handbook on Global Administrative Law*, a cura di S. CASSESE, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, pp. 269 ss.

⁶⁰ Si esprime in questi termini, M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in «Dir. proc. amm.», 2017, 3, pp. 894 ss.

⁶¹ L'analisi della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali non è oggetto di

Per quanto riguarda specificamente l'obbligo generalizzato di motivazione dei provvedimenti amministrativi, esso è sottoposto a un sottile e continuo processo di svuotamento che presenta talune caratteristiche. È un processo generale, in quanto riguarda sia gli atti amministrativi vincolati, sia gli atti amministrativi discrezionali – e, in quest'ultimo caso, risulta maggiormente criticabile.

L'attenzione della scienza giuridica verso il lento e soffuso declino della motivazione è dovuta principalmente ad una serie di cambiamenti, sia normativi che giurisprudenziali, ispirati a logiche pure, apprezzabili e meritevoli, ma che, tuttavia, nel fare un bilanciamento di interessi, hanno considerato l'obbligo di motivare le decisioni amministrative come recessivo.

Parte della scienza giuridica ha evidenziato il fenomeno di declino della motivazione per effetto della giurisprudenza amministrativa. Si è scritto, infatti, che «la motivazione è in declino. Dal livello dell'esternazione e della validità, è declassata a quello della comunicazione e del termine di impugnazione. Se la norma sulla motivazione è violata, non c'è illegittimità, ma solo incertezza del termine di impugnazione»⁶². Il caso giurisprudenziale da cui muove la riflessione riguarda un provvedimento di esclusione da una gara impugnato dal privato oltre il termine di decadenza ordinario dalla sua comunicazione⁶³. Il Consiglio di Stato – nella pronuncia richiamata in nota – afferma il principio per cui il termine per impugnare decorre non dalla conoscenza del dispositivo del provvedimento, ma dalla conoscenza degli elementi essenziali della sua motivazione. Pertanto, il ricorso non è tardivo. La sentenza è apparentemente favorevole al ricorrente, in quanto gli riconosce certamente più tempo per impugnare, ma, in realtà, implica un *prius* logico che la scienza giuridica non ha condiviso. Il principio giurisprudenziale sopra richiamato, infatti, implica che se il provvedimento comunicato al privato è privo di motivazione, anziché essere annullabile per violazione di legge, esso deve considerarsi impugnabile dal momento in cui si viene a conoscenza degli elementi essenziali della motivazione. Questa parte della scienza giuridica evidenzia che, in tal modo, si finisce per depotenziare la portata dell'obbligo di motivazione, trasformando lo stesso da regola di validità del provvedimento a regola influente sul termine di impugnazione.

Altro aspetto da tenere in considerazione è il processo di progressiva erosione della regola motivazionale, inteso quale risultato dell'approccio sempre più sostanzialistico alle decisioni amministrative. Il rigore delle

trattazione del presente lavoro.

⁶² B.G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in «Giorn. dir. amm.», 2007, 6, pp. 620 ss.

⁶³ Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2007, n. 522.

forme tipiche, espressione del potere pubblico, infatti, sta lentamente lasciando spazio alla correttezza sostanziale degli atti amministrativi⁶⁴. Il riferimento è, anzitutto, al principio elaborato dalla giurisprudenza, e cristallizzato oggi nell'articolo 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, del cosiddetto raggiungimento dello scopo⁶⁵.

Dequotando il vizio di motivazione a vizio formale – in quanto attinente alla forma del provvedimento, quale strumento di esternazione della volontà della pubblica amministrazione – si finisce per rendere non annullabile un provvedimento viziato sull'assunto che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁶⁶. È evidente che la logica del vizio formale o procedimentale non invalidante, a prescindere dal fatto che la si intenda come non annullabilità o non illegittimità a monte, depotenzia notevolmente la portata dell'obbligo di motivazione e sacrifica la certezza dei rapporti⁶⁷. Nella logica della dequotazione, la tutela effettiva è quella sostanziale, legata all'intrinseca validità del provvedimento, e non invece

⁶⁴ Sul processo di dequotazione del principio di legalità in favore della cosiddetta logica di risultato, si rinvia, *in primis*, al contributo di S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in «Giorn. Dir. Amm.», 2004, 9, pp. 941 ss. Poi si veda anche, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004; M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2004; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, a cura di V. MOLASCHI, C. VIDETA, vol. II, Jovene, Napoli, 2001, pp. 813 ss.

⁶⁵ Sul rapporto tra articolo 21-*octies* e difetto di motivazione, MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, cit., pp. 620 ss. Poi si veda anche, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, pp. 310 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 102 ss.

⁶⁶ Il fondamento della dequotazione è rintracciato nella tesi che raffigura l'eccesso di potere quale «vizio della funzione». In tal senso, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in «Rass. dir. pubbl.», 1950, pp. 1 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1952, pp. 118 ss. Sul fenomeno della cosiddetta dequotazione della motivazione del provvedimento amministrativo, si richiama l'organica trattazione di GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo, ad vocem*, cit., pp. 266 ss. Secondo l'Autore, con l'affermarsi di tale linea interpretativa, si assisterebbe a un'evoluzione del sindacato giudiziale: «al giudice non interessa più sapere che cosa l'amministrazione ha esternato», ma «interessa sapere che cosa, con il provvedimento adottato, ha voluto e ha compiuto e, per saperlo, ripercorre l'intero procedimento in quanto dimostrativo della genesi del provvedimento».

⁶⁷ Le fondamenta (sostanzialiste) dell'indirizzo della dequotazione sono minate dalle teorizzazioni di quella parte della scienza giuridica che individua – non nel singolo, ma – nella collettività dei cittadini il principale destinatario della motivazione dell'atto amministrativo. Si esprime in questi termini, ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi*, cit., pp. 80 ss.

quella formale, ricavabile dall'annullamento per (mero) vizio di motivazione⁶⁸.

Alla concezione sostanzialista ovvero formalista dell'istituto della motivazione si collegano diverse ricadute processuali, apprezzabili secondo il profilo della ammissibilità di interventi postumi sulla motivazione viziata.

Le tendenze sostanzialiste del diritto processuale interno – come in parte già accennato – non trovano eco nel panorama comunitario. Il vizio di motivazione determina l'annullamento dell'atto ogni qualvolta impedisca al destinatario la comprensione del provvedimento, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia (o meno) intrinsecamente legittimo. Il giudice europeo ritiene inammissibile qualsiasi intervento postumo sulla motivazione: è, per l'appunto, la funzione garantista propria dell'istituto che ne impedirebbe l'esternazione per la prima volta durante il giudizio⁶⁹. La motivazione è un vizio sostanziale e, come tale, comporta sempre l'annullabilità del provvedimento⁷⁰.

Viceversa, a livello nazionale, sebbene l'articolo 1 della legge n. 241

⁶⁸ Laddove si costringesse il sindacato del giudice entro la cognizione del vizio (meramente formale) di motivazione, questi sarebbe obbligato a emettere una sentenza meramente demolitoria che non preclude successivamente all'amministrazione di integrare la motivazione carente, reiterando lo stesso provvedimento; l'interessato, dal canto suo, sarebbe costretto a proporre un doppio giudizio, il primo diretto ad ottenere una pronuncia formale di annullamento, il secondo diretto a sindacare la legittimità del nuovo provvedimento che integra la motivazione.

⁶⁹ In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cgue, Grande sez., 28 giugno 2005, cause riunite C189/02, C202/02, C205/02, C207/02, C208/02, C213/02, (*Dansk Rorindustri c. Commissione e altri*), in particolare punto D, «Sui motivi relativi al diritto di essere sentito e all'obbligo di motivazione»; *Id.*, 30 marzo 2000, causa C265/97, (*Florimex c. Commissione*); *Id.*, 26 novembre 1981, causa C195/80, (*B. M. c. Parlamento Europeo*). In dottrina, si richiama l'approfondito contributo di MATTARELLA, *Motivazione* (dir. com.), *ad vocem*, in Diz. dir. pubbl., a cura di CASSESE, cit., pp. 3751 ss., cui si rinvia anche per indicazioni sulla giurisprudenza.

⁷⁰ Si esprime in tal senso, M.A. SANDULLI, *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in «Giustamm.it», 2005. L'Autrice considera il difetto di motivazione un vizio sostanziale, in quanto integrante «una violazione del diritto comunitario, oltre che del diritto costituzionale sotto il principio del buon andamento e delle esigenze di buona amministrazione». Si richiama anche quanto affermato da B.D. FRAUDATARIO, *Motivazione postuma: l'orientamento garantista del Consiglio di Stato*, in «Foro amm. Cons. St.», 2010, 1, pp. 159 ss., il quale esclude che la riforma operata con l'introduzione dell'articolo 21-*octies* possa essere riferita alle ipotesi di vizio di motivazione. Poi si veda anche, M. OCCHIENA, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in «Foro amm. Tar.», 2003, 2, pp. 522 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 28 maggio 2009, n. 3336; Tar Valle d'Aosta, sez. I, 10 luglio 2008, n. 63; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 16 febbraio 2006, n. 406.

del 1990 informi l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario, la tendenza ad ammettere correzioni giudiziali della motivazione si è progressivamente accentuata⁷¹.

La clausola di annullabilità ai sensi del secondo comma dell'articolo 21-*octies* autorizzerebbe interventi postumi sulla motivazione, permettendo all'amministrazione, anche a fronte di un difetto esterne, la 'dimostrazione' processuale della necessità del risultato procedimentale: la correzione della motivazione si concreterebbe nella prova circa l'ininfluenza del vizio sul contenuto dell'atto⁷². In questo modo, l'articolo 21-*octies*, comma 2, viene assunto addirittura a 'norma di sistema', rappresentando il veicolo

⁷¹ Primo fra tutti a sviluppare tale tesi fu GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 263. L'Autore sosteneva che, in virtù del principio generale di auto-integrazione di tutti gli atti amministrativi, ad esclusione delle sentenze, un provvedimento amministrativo può essere legittimamente integrato nel suo contenuto da un provvedimento successivo. Ciò posto, non esisterebbe alcun motivo che osti all'applicazione di tale principio, anche alla motivazione del provvedimento. Analogamente, anche A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 398, avallava la tesi della piena legittimità dell'integrazione della motivazione in corso di giudizio. Tuttavia, l'unica condizione da rispettare era che la stessa venisse fornita dall'amministrazione agente, parte resistente del giudizio, e non da altri soggetti – specie l'Avvocatura Generale dello Stato o il giudice amministrativo.

⁷² La legge segnerebbe il superamento dei limiti alla inammissibilità della sanatoria processuale degli atti impugnati. In tal senso, Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376. L'ambito di applicazione della norma, tuttavia, appare alquanto vario: (i) alcuni giudici ritengono che sia stata codificata la cosiddetta integrazione della motivazione: in tal senso, *ex multis*, Tar Veneto, Venezia, sez. II, 12 febbraio 2008, n. 344; Tar Liguria, Genova, sez. II, 1° dicembre 2006, n. 1614; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 3 febbraio 2006, n. 228; Tar Campania, Napoli, sez. I, 30 gennaio 2006, n. 26; Tar Abruzzo, Pescara, 14 aprile 2005, n. 185; (ii) altri, estensivamente, sostengono che sia la prassi della motivazione postuma ad esser diventata diritto positivo: in tal senso, *ex multis*, Tar Campania, Salerno, sez. II, 4 maggio 2005, n. 760. Non particolarmente netta la posizione di Tar Lazio, Roma, sez. I, 13 gennaio 2010, n. 193, secondo cui «il divieto di integrazione postuma della motivazione ha ragione di esistere soltanto a fronte dell'attività discrezionale amministrativa della pubblica amministrazione [...] nei limiti segnati dall'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo, della legge n. 241/1990». Come rilevato da F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in «Enc. dir.», Agg., vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 79 ss., «la rilevanza attribuita al risultato amministrativo costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa; ed è tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione». Tra i tanti che si sono occupati del tema, si veda, anche, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta II*, Jovene, Napoli, 2001, pp. 821 ss.; S. CASSESE, *Cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in «Giorn. dir. amm.», 2004, pp. 941 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Analisi economica e diritto amministrativo*, Annuario AIPDA 2006, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 233 ss.

attraverso cui l'ordinamento ridefinisce i rapporti tra procedimento e processo, parametrando a logiche di tutela sostanziale⁷³.

La tendenza ad ammettere interventi postumi, tuttavia, si è accompagnata a una confusione di tipo terminologico/concettuale⁷⁴. Gli istituti della integrazione della motivazione, della motivazione postuma e di quella successiva, infatti, vengono spesso richiamati in modo fungibile. In caso di integrazione della motivazione, l'amministrazione dovrebbe limitarsi a chiarire quanto già emerso nella fase istruttoria del procedimento. Nel caso di motivazione postuma, invece, potrebbe ampliare o riformulare l'impianto giustificativo, introducendo argomenti nuovi, non desumibili dall'originario *iter* procedimentale. In quest'ultima ipotesi, quindi, la correzione non investirebbe soltanto la motivazione, ma lo stesso procedimento. Il dato è rilevante: solo nel primo caso si assisterebbe a una sanatoria della motivazione; nel secondo caso, la motivazione non sarebbe l'oggetto proprio della sanatoria, ma l'epifenomeno della stessa. Il problema, dunque, non è soltanto processuale, ma anche sostanziale: nel primo caso, si perfezionerebbe la 'qualità' dell'atto, intervenendosi sul prodotto finale del procedimento; nel secondo, si assisterebbe a una vera e propria 'creazione' della motivazione, andandosi a completare una procedura incompiuta. La locuzione 'motivazione successiva', invece, non sembrerebbe configurare un *tertium genus*, rappresentando piuttosto un'espressione di sintesi dei predetti istituti⁷⁵.

⁷³ In tal senso, Tar Veneto, Venezia, sez. II, 4 giugno 2010, n. 2392, secondo cui l'ammissibilità della integrazione della motivazione degli atti vincolati è giustificata sulla base delle «esigenze di giustizia sostanziale cui è ispirata la legislazione in materia di processo amministrativo».

⁷⁴ Naturalmente, larga parte della giurisprudenza amministrativa continua ad attestarsi su posizioni opposte. Si richiama, *ex multis*, Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 29 marzo 2012, n. 900, che esclude l'ammissibilità della integrazione della motivazione, anche con riferimento agli atti vincolati, poiché essa concretizzerebbe «una palese violazione delle varie garanzie partecipative»; Cons. St., sez. V, 15 novembre 2010, n. 8040; Tar Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 17 febbraio 2012, n. 16; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 26 marzo 2010, n. 1603; Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2555; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 23 gennaio 2007, n. 192; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 16 novembre 2006, n. 9734; Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6345; Cons. St., sez. VI, 2 maggio 2006, n. 2429; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006, n. 2085.

⁷⁵ La confusione è poi accentuata dai frequenti richiami all'istituto della convalida. La giurisprudenza talvolta richiede che la correzione giudiziale della motivazione – nelle sue diverse forme – si espliciti attraverso l'adozione di un nuovo provvedimento che fornisca a quello precedente (viziato) una solida base giustificativa, senza stravolgerne né modificarne la parte dispositiva. In tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398. Sull'integrazione della motivazione del provvedimento di primo grado mediante la convalida, si veda, *infra*, cap. VI, par. 4., «L'integrazione della motivazione del

Ciò posto, l'applicazione del disposto di cui all'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 continua, tutt'oggi, ad evidenziare posizioni discordanti: da un lato, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario predilige l'impostazione secondo cui la motivazione deve precedere e non seguire il provvedimento amministrativo⁷⁶; in senso opposto si sviluppa un altro filone giurisprudenziale, che inquadra il difetto di motivazione tra i vizi formali, ammettendo interventi postumi in sede giudiziale⁷⁷. In particolare, una parte della giurisprudenza amministrativa, pur confermando il divieto della possibilità dell'integrazione successiva della motivazione – la cui violazione postula l'annullabilità del provvedimento amministrativo – riconduce l'omissione di motivazione successivamente esternata tra i casi di non annullabilità previsti dall'articolo 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della legge n. 241 del 1990 in tre ipotesi: (i) qualora tale vizio non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato; (ii) nei casi in cui, in fase infra-procedimentale, risultano percepibili al privato le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato; (iii) nei casi di atti vincolati⁷⁸.

Ciò detto, il processo altalenante di ascesa e poi di declino della motivazione appare difficilmente spiegabile.

Una delle ragioni che, secondo parte della scienza giuridica, ha portato a un declino della motivazione risiederebbe nel fatto che la

provvedimento di primo grado mediante la convalida (in secondo grado)».

⁷⁶ Si veda, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. I, 28 agosto 2017, n. 3964; Cons. St., sez. III, 9 gennaio 2017, n. 24, secondo cui «la motivazione [...] costituendo l'essenza e il contenuto insostituibile della decisione amministrativa, anche in ipotesi di attività vincolata, non può essere postuma, prospettata ad hoc dall'amministrazione resistente nel corso del giudizio»; Cons. St., sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3194; Cons. St., sez. IV, 9 giugno 2016, n. 2456; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 6 aprile 2016, n. 560; Tar Campania, Salerno, sez. I, 13 gennaio 2016, n. 23; Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 29 marzo 2012, n. 900; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 996; Cons. St., sez. V, 30 settembre 2009, n. 5898; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 23 gennaio 2007, n. 192; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006, n. 2085; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 9 novembre 2005, n. 3501.

⁷⁷ Si veda, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. II, 21 giugno 2017, n. 7251; Tar Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 28 marzo 2017; Tar Campania, Napoli, sez. III, 8 novembre 2016, n. 5150; Tar Campania, Salerno, sez. I, 4 maggio 2005, n. 769; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 14 aprile 2005, n. 185. Sul punto, si rinvia a G. FERRARI, *Integrazione della motivazione del provvedimento amministrativo nel corso del giudizio*, in «Giur. Merito», 2012, 10, p. 2189, la quale afferma che l'integrazione della motivazione nel corso del giudizio si configura come un'attività dovuta della pubblica amministrazione, al fine di limitare le ipotesi di responsabilità alle quali la stessa potrebbe andare incontro.

⁷⁸ Si veda, Cons. St., sez. IV, 7 luglio 2015, n. 3417; *Id.*, 4 marzo 2014, n. 1088; Cons. St., sez. V, 31 marzo 2012, n. 1907; Tar Marche, Ancona, sez. I, 30 dicembre 2016, n. 761; Tar Campania, Salerno, sez. I, 13 gennaio 2016, n. 23.

stessa motivazione, come ogni garanzia procedimentale, rappresenta inevitabilmente un costo per l'amministrazione. È chiaro che, nella logica del procedimento, la motivazione è un adempimento che aggrava il compito dell'amministrazione. Tuttavia, quand'anche la motivazione rappresenti un costo, occorre considerare quali e quanti sono i benefici derivanti dall'esistenza di una garanzia motivazionale sulle decisioni dell'autorità. In questo rapporto costi-benefici, sia la giurisprudenza che il legislatore hanno mostrato di dare maggiore peso a costi. Ciò spiegherebbe la tendenza a svilire la portata dell'obbligo di motivazione, a volte sentito come un adempimento procedurale poco utile e molto gravoso⁷⁹.

Secondo altra parte della scienza giuridica, inoltre, nonostante si tenda spesso a parlare – ancora oggi – di dequotazione della motivazione, in realtà si è in presenza di un fenomeno diverso e cioè di un depotenziamento della motivazione⁸⁰. Il depotenziamento della motivazione implica una regressione nel campo delle garanzie «come se il tempo fosse tornato agli inizi del secolo scorso, in cui Cammeo riteneva che l'obbligo di motivazione importerebbe difficoltà, impacci, lentezze insormontabili, le quali sarebbero ben più disastrose per il pubblico, per l'inconveniente di qualche provvedimento non motivato»⁸¹. Secondo questa interpretazione, sono individuabili varie manifestazioni concrete del fenomeno, che danno vita rispettivamente alla motivazione assente, alla motivazione implicita, alla motivazione sintetica e alla motivazione successiva.

4. *La metamorfosi del diritto amministrativo e il rinnovato ruolo della motivazione*

L'articolo 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 ha sancito l'obbligo di motivazione quale obbligo generalizzato relativamente a (quasi) tutti i provvedimenti amministrativi. Eppure, dietro l'apparente generalità e uniformità di questo obbligo, si celano sue distinte declinazioni, che emergono talora da precise scelte legislative o più spesso da elaborate interpretazioni giurisprudenziali⁸².

⁷⁹ In tal senso, MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, cit., p. 622.

⁸⁰ Si esprime in termini di 'depotenziamento' della motivazione, RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, cit., p. 894.

⁸¹ Id., *Ibidem*, cit., p. 894.

⁸² In tal senso anche, CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, cit., p. 8. L'Autore solleva il dubbio che «l'unitarietà del fenomeno possa essere il frutto di una mera astrazione, sino al punto di dover reimpostare il problema focalizzando l'analisi più sui

Uno dei principali problemi ermeneutici che ha posto l'imposizione di un obbligo di motivazione attiene proprio alla difficoltà di circoscrivere e delimitare il concetto stesso di motivazione⁸³. Per vero, la difficoltà nasce dal fatto che, a fronte di un obbligo di motivazione previsto a pena di illegittimità del provvedimento, la valutazione circa l'esistenza e la sufficienza, l'adeguatezza e la congruità della motivazione è comunque rimessa all'amministrazione stessa. Avviene, cioè, un fenomeno analogo a quello verificatosi riguardo al presupposto del termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio in autotutela. La legge richiede il rispetto del termine ragionevole, ma a stabilire quando il termine sia ragionevole è la stessa amministrazione che procede all'annullamento. Tant'è che la legge di riforma 7 agosto 2015, n. 124 ha inteso porre rimedio a tale aporia introducendo, almeno per l'annullamento di provvedimenti ampliativi, un termine massimo di diciotto mesi oltre il quale opera una presunzione *ex lege* di irragionevolezza⁸⁴.

L'indeterminatezza del concetto di motivazione si somma all'ampia discrezionalità dell'amministrazione nel valutare *l'an* e il *quantum* della motivazione dei propri provvedimenti.

È in tale contesto che si innestano le diverse e più varie declinazioni dell'obbligo di motivazione frutto, talvolta, di scelte del legislatore e, talaltra, di elaborazioni giurisprudenziali. La presenza di motivazioni per così dire 'speciali' emerge sia con riferimento alla disciplina di determinati settori dell'attività amministrativa, che con riguardo alle caratteristiche della motivazione richiesta dalla legge per alcune tipologie di atti⁸⁵.

Volendo mettere a sistema le problematiche che saranno approfondite nei successivi capitoli, può evidenziarsi, sin da ora, che la generalità e uniformità dell'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative è messa in crisi dall'evoluzione e dal cambiamento sia del diritto amministrativo che della coscienza sociale.

differenti tipi di "motivazioni" previsti dalle singole leggi che su un'ideale figura unitaria». Poi si rinvia anche alle osservazioni sollevate da L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1973, 4, pp. 1595 ss.

⁸³ ROMANO TASSONE, *Motivazione* (dir. amm.), *ad vocem*, cit., pp. 3741 ss. Secondo l'Autore, una volta affermata la pressoché totale generalità dell'obbligo di motivazione, «il problema di maggior momento diventa quello relativo alle modalità di esternazione della stessa: non più, dunque, se, ma come motivare».

⁸⁴ *Ex multis*, si rinvia al prezioso contributo di M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge n. 124 del 7 agosto 2015 sulle attività economiche: le novità in tema di scia, silenzio assenso e autotutela*, in «Federalismi.it», 2015.

⁸⁵ Si esprime in tal senso anche CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, cit., pp. 8 ss.

Il diritto amministrativo sta entrando sempre di più in una nuova era, trainato dal mutamento del modo di intendere i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione. L'amministrato ha l'esigenza di relazionarsi con una pubblica amministrazione 'affidabile' che sia in grado di agire in tempi congrui, ma anche di garantire la ragionevole prevedibilità dei processi decisionali e la stabilità/resistenza dei loro effetti⁸⁶. In questo rapporto, l'obbligo di motivazione assume un ruolo chiave⁸⁷. Il cittadino può sentire come amministrativamente giuste le decisioni dell'autorità pubblica soltanto se esse sono adeguatamente motivate⁸⁸.

Allo stesso tempo, l'evoluzione del diritto amministrativo sta portando ad una sempre maggiore marginalizzazione del provvedimento amministrativo, tant'è che la scienza giuridica ha più volte evidenziato una vera e propria 'eclissi' del provvedimento amministrativo in senso classico, o anche una 'fuga' dagli strumenti pubblicistici basati su unilateralità e autoritatività. Si pensi a tutti gli strumenti alternativi al provvedimento, come gli accordi sostitutivi, le segnalazioni certificate di inizio attività, i silenzi significativi,

⁸⁶ Il tema è stato più volte affrontato da M.A. SANDULLI. Si veda, da ultimo, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in «Il Processo», 2018, 3, pp. 45 ss. Poi si richiama anche, *Introduzione*, in *Le fonti nel diritto amministrativo*, Annuario AIPDA 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; *Introduzione*, in *L'incertezza delle regole*, Annuario AIPDA 2014, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015; *Le novità in tema di silenzio*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2013; *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in «Nuov. aut.», 2012, 3, pp. 435 ss.; *La scia e le nuove regole sulle tariffe incentivanti per gli impianti di energia rinnovabile: due esempi di 'non sincerità' legislativa. Spunti per un forum*, in «Federalismi.it», 2011; *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in «Rass. dir. parl.», 2003, 1, pp. 124 ss.

⁸⁷ La Corte Costituzionale ha affermato, in più occasioni, che la motivazione del provvedimento amministrativo costituisce «il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza del legittimo esercizio del potere amministrativo [...] e per questo un presidio di legalità sostanziale insostituibile». Si veda *ex multis*, Corte Cost., ord., 26 maggio 2015, n. 92, che richiama Cons. St., sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4770; Cons. St., sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247; Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629; Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1808. Nello stesso senso si era già espressa Corte Cost. 10 novembre 2010, n. 310; *Id.*, 6 dicembre 2004, 379; *Id.*, 22 novembre 2000, n. 256.

⁸⁸ Si esprime in tal senso, MASHAW, *The Role of Administrative Law*, cit., p. 8. L'Autore richiama, tra l'altro, il pensiero di Max Weber, il quale «explained the legitimacy of bureaucratic activity as its promise to exercise power on the basis of knowledge». In giurisprudenza, si rinvia a Corte Cost. 10 novembre 2010, n. 310, con nota di A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione discorsiva degli atti amministrativi*, in «Giorn. dir. amm.», 2011, 4, pp. 401 ss. La sentenza della Corte Costituzionale muove da una precisa ricostruzione teorica della motivazione, enfatizzando la sua funzione garantista a tutela del destinatario di un atto lesivo. L'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi, infatti, «è diretto ad assicurare la conoscibilità e la trasparenza dell'azione amministrativa e costituisce corollario di principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, consentendo al destinatario del provvedimento di far valere la relativa tutela giurisdizionale».

finanche alla sempre più invocata capacità generale di diritto privato della pubblica amministrazione.

Se, in passato, la scienza giuridica ha avviato un processo che ha portato a considerare il provvedimento come il 'sole' attorno al quale ruotavano tutti gli istituti del diritto amministrativo, oggi si assiste sempre più ad una 'rivoluzione copernicana'. Il provvedimento sta progressivamente perdendo la sua centralità in favore di altri istituti ispirati a logiche di semplificazione o liberalizzazione⁸⁹.

Tuttavia, come già accennato, questo fenomeno sistemico non ha marginalizzato l'istituto della motivazione, ma gli ha conferito nuova vitalità. Si tratta, infatti, di un obbligo duttile che può adattarsi e sopravvivere ai cambiamenti del diritto amministrativo.

La scienza giuridica ha evidenziato che la metamorfosi dell'*agere* amministrativo non può andare a detrimento delle garanzie poste a tutela degli interessi dei privati⁹⁰. Le esigenze di semplificazione amministrativa non possono esaurirsi nella semplificazione unilaterale in favore della sola amministrazione, ma devono, invece, interessare l'intero rapporto amministrativo tra pubblica amministrazione e cittadino⁹¹. Se la semplificazione viene raggiunta a scapito delle garanzie poste a tutela del privato è una semplificazione solo unilaterale del rapporto, che genera nella sfera del privato situazioni di incertezza e vuoti di tutela che egli è costretto a colmare ricorrendo al controllo esterno dell'autorità giurisdizionale⁹².

⁸⁹ Per un approfondimento sugli istituti ispirati a logiche di semplificazione o liberalizzazione si rinvia, rispettivamente, alle esaustive trattazioni di M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2016; G. NAPOLITANO, *Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*, in *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, a cura di F. LIGUORI, C. ACOCELLA, Il Mulino, Bologna, 2015. Poi si veda anche, M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, a cura di G. VESPERINI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 17 ss.

⁹⁰ È, ad esempio, il tema che si è posto nell'analizzare i rapporti tra le sempre più numerose ipotesi di silenzi significativi e la necessità di garantire comunque il rispetto dell'obbligo di motivazione. Sul punto, *ex multis*, si rinvia a SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, cit.; E. SCOTTI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 566 ss.

⁹¹ Per un approfondimento sulla tema della semplificazione amministrativa, si rinvia al contributo di P.M. VIPIANA, *La semplificazione amministrativa: inquadramento, classificazioni, evoluzione normativa e profili problematici*, in *Contributi in tema di semplificazione normativa e amministrativa*, a cura di J. LUTHER, P.M. VIPIANA, in «POLIS Working Papers», 2013, 208, pp. 19 ss.

⁹² F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa. Atti del 48° Convegno di studi di scienza*

Il ruolo della motivazione, quale espressione del generale *duty to give reasons*, direttamente riconducibile al *right to a good administration*, ha assunto nuovi contorni anche alla luce di due tendenze del diritto amministrativo contemporaneo.

Anzitutto, la tendenza alla salvaguardia della legittimità sostanziale del provvedimento nel suo contenuto, anche a scapito di quella formale⁹³. Il legislatore, infatti, a partire dall'introduzione dell'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, ha iniziato a considerare il diritto amministrativo come fattore di rilievo economico, secondo logiche proprie dell'analisi economica del diritto⁹⁴. La decisione amministrativa diventa, così, la sede in cui soggetti politico-istituzionali, apparati burocratici, operatori economici e sociali e privati agiscono come attori razionali – secondo il criterio della c.d. razionalità limitata – con l'obiettivo di massimizzare il risultato⁹⁵. In questa prospettiva, l'intento del legislatore contemporaneo è quello di evitare, con sempre maggiore attenzione, i c.d. annullamenti inutili, fondati su vizi solo formali o procedurali, ininfluenti sull'effettivo contenuto del provvedimento⁹⁶.

La seconda tendenza riguarda lo scardinamento delle categorie dogmatiche tipiche del diritto amministrativo classico con l'apertura a nuove figure come, ad esempio, quella della nullità del provvedimento, che si affianca alla tradizionale annullabilità.

Entrambe le suddette tendenze hanno inevitabilmente riportato in auge il tema della motivazione e del ruolo di questa ai fini della validità/invalidità del provvedimento amministrativo⁹⁷.

dell'amministrazione, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 17 ss.

⁹³ Per una disamina della questione, si veda quanto già evidenziato *infra*, capitolo I, par. 2., «La crisi della motivazione: tra dequotazione e depotenziamento».

⁹⁴ Per una rivisitazione della polifunzionalità della motivazione, nella chiave di lettura offerta dall'analisi economica del diritto pubblico, si rinvia all'approfondito contributo di G. NAPOLITANO, *Il controllo sulla pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 249 ss.

⁹⁵ Sulla razionalità limitata, si rinvia a H.A. SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1985; ID., *Il comportamento razionale*, Il Mulino, Bologna, 2001. Con riferimento agli studi di scienze dell'amministrazione, si veda D.W. TAYLOR, *Decision making and problem solving*, in *Handbook of organization*, J.G. March ed., Chicago, 1965; C.E. LINDBLOM, *The policy making process*, Prentice Hall, New Jersey, 1968; H.A. SIMON, *The new science of management decision*, Prentice Hall, New Jersey, 1977.

⁹⁶ In altri termini, l'annullamento inutile di un provvedimento, che potrà essere riadottato dall'amministrazione con gli stessi contenuti, sebbene emendato dai vizi formali o procedurali, rappresenta un fatto antieconomico sia per la pubblica amministrazione che per il privato.

⁹⁷ In generale, sull'invalidità e sull'illegittimità degli atti amministrativi, *ex multis*,

Il dibattito sull'istituto della motivazione è stato nutrito, alimentato e portato anche a posizioni estreme.

Da un lato, la prima delle sopra indicate tendenze, come già evidenziato, ha portato una parte della scienza giuridica a discutere di dequotazione della motivazione e della relativa assenza. Secondo quest'opinione, è evidente, infatti, che, in un'ottica di c.d. raggiungimento dello scopo, se il contenuto del provvedimento non è diverso da quello che si sarebbe in concreto dovuto adottare, anche se la motivazione manca o è insufficiente, ciò non può condurre all'annullamento dello stesso. In tal modo si dequota il vizio di motivazione a vizio formale o procedimentale e, sostanzialmente, si consente indirettamente all'amministrazione di derogare all'obbligo di motivazione, purché il contenuto del provvedimento sia quello inevitabile e corretto⁹⁸.

Dall'altro lato, la seconda delle sopra riportate tendenze ha condotto la scienza giuridica su posizioni diametralmente opposte, ossia ad una ipertrofia e ipervalorizzazione della motivazione. Si è scritto, infatti, che la motivazione deve considerarsi come uno degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo⁹⁹. Se così è, l'articolo 21-*septies* della legge n. 241 del 1990, laddove contempla la nullità del provvedimento amministrativo per mancanza degli elementi essenziali dello stesso, dovrebbe

si richiama la trattazione organica di V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2009; F. ASTONE, *Patologie procedimentali e provvedimentali*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, a cura di S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 422 ss. In particolare, sulla patologia della motivazione, si rinvia all'esauritivo contributo di S. PERONGINI, *I profili strutturali o statici del provvedimento amministrativo*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, a cura di S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 368 ss.

⁹⁸ Con specifico riferimento al rapporto fra articolo 21-*octies*, comma 2, legge n. 241 del 1990 e difetto di motivazione, *ex multis*, si rinvia a MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, cit., pp. 620 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 310 ss. Poi si veda anche, F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità ed annullabilità del provvedimento amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 2003, pp. 409 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 102 ss.

⁹⁹ Parte della scienza giuridica individua nella motivazione un requisito essenziale dell'atto. In tal senso, M. RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato interesse*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 176 ss. L'Autore afferma che la motivazione è l'unico mezzo funzionale a dare rilevanza ai motivi posti alla base della decisione. Per un'apertura nello stesso senso, si veda anche, G. ROEHRSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, in «Riv. dir. pubbl.», 1941, 1, p. 128; IACCARINO, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, cit., p. 199. Più di recente, con una serie di cautele, si richiama quanto affermato da F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 283 ss.

condurre a considerare nullo il provvedimento carente di motivazione¹⁰⁰. Anche questa tesi sembra poco condivisibile, peccando forse di un'eccessiva valorizzazione della violazione dell'obbligo motivazionale¹⁰¹.

4.1. *La motivazione 'speciale' prevista nei casi di manifesta inaccogliabilità della domanda*

Nel processo di metamorfosi che ha interessato l'istituto della motivazione, merita altresì richiamare la particolare forma di motivazione introdotta dalla legge 6 novembre 2012, n. 190¹⁰².

Il novellato articolo 2, comma 1, della legge n. 241 del 1990 prevede che se ravvisano manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo¹⁰³.

¹⁰⁰ Sul punto, S. CAPOZZI, *Brevi considerazioni in ordine alla nullità del provvedimento*, in *Studi sul procedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, a cura di F. LIGUORI, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 137 ss.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 88 ss.

¹⁰¹ Si esprime in questi termini CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, cit., p. 288. L'Autore afferma che la scienza giuridica e la giurisprudenza «escludono, tradizionalmente, la motivazione dal novero degli elementi essenziali, rifacendosi alle consolidate impostazioni del paradigma volontaristico ed all'assunto, mai realmente superato, per cui la motivazione discorsiva non rappresenta altro che l'esternazione della motivazione materiale del provvedimento». Poi si rinvia anche a S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 268 ss. Secondo l'Autore, la motivazione è un elemento costitutivo del provvedimento, ma non essenziale, poiché il vizio relativo, anche nella forma della carenza, non ne determina la nullità.

¹⁰² Per una disamina approfondita della questione, si rinvia alla recente trattazione di N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 180 ss. Poi si veda anche, CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., pp. 382 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il provvedimento in forma semplificata*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 301 ss.; M. DE DONNO, *Riflessioni sulla "motivazione in diritto" del provvedimento amministrativo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2013, 3, pp. 629 ss., che individua due distinte forme di motivazione dei provvedimenti amministrativi: «una generale e obbligatoria, sancita dall'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 e una eccezionale, prevista dalla norma in commento per i soli casi di istanza manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata».

¹⁰³ RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, cit., p. 895, afferma che «il modello di

La disposizione – chiaramente ispirata al disposto di cui all’articolo 74 del codice del processo amministrativo – non prevede in realtà una motivazione ‘semplificata’: è la forma del provvedimento a dover essere semplificata¹⁰⁴. Il legislatore sembra aver voluto «bandire argomentazioni sovrabbondanti, puramente rafforzative della motivazione essenziale e quindi nella sostanza superflue»¹⁰⁵. Ciò nonostante, la motivazione deve comunque essere completa, esaustiva, chiara e idonea a spiegare il ‘perché’ della scelta assunta.

La stessa giurisprudenza, alla luce di quanto previsto dalla norma, ha ribadito che il «sintetico riferimento» deve riguardare sia il punto di fatto che di diritto. Tramite la motivazione devono essere esternati i presupposti – fattuali – della decisione che caratterizzano la fattispecie e la differenziano dalle altre. Solo così si può evitare il pericolo che le amministrazioni meno virtuose utilizzino inutilmente motivazioni insufficienti o superficiali riparandosi dietro ragioni di semplificazione¹⁰⁶.

Il disposto di cui all’articolo 2, comma 1 appare più orientato a suggerire una modalità operativa dell’amministrazione volta a privilegiare il canone

ispirazione del provvedimento con motivazione in forma abbreviata è d’origine processuale, ossia la sentenza in forma semplificata. [...] alla sentenza con motivazione in forma semplificata si ricorre vuoi per accelerare i tempi della decisione, vuoi perché le ragioni della decisione sono manifeste. Invece, al provvedimento in forma semplificata si ricorre unicamente nel caso in cui le ragioni della decisione siano manifeste e quindi solo nel caso di semplicità della decisione. Infatti, il legislatore ha introdotto la motivazione in forma semplificata del provvedimento per chiarire che il dovere di provvedere con un provvedimento espresso sussiste in capo alla pubblica amministrazione anche nell’ipotesi in cui la domanda di parte sia manifestamente da non accogliere». Sul punto, si rinvia anche al contributo di M. CLARICH, *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, in «Giorn. dir. amm.», 2012, 5, p. 695; M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l’obbligo di provvedere su domande “inammissibili” o “manifestamente infondate”*, in «Dir. amm.», 2010, 1, p. 103.

¹⁰⁴ Così, dunque, si giustificerebbe l’inserimento della modifica all’interno dell’articolo 2 della legge n. 241 del 1990 e non anche all’interno del suo articolo 3. Si esprime in tal senso POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, cit., p. 183. Di segno contrario, invece, F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017 p. 171; ID., *La motivazione del provvedimento*, in *Principi e regole dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, p. 300.

¹⁰⁵ Si esprime in questi termini, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 434.

¹⁰⁶ Sul punto, si veda, Tar Marche, Ancona, sez. I, 25 marzo 2014, n. 389. Negli anni trenta del secolo scorso, venivano individuate tre distinte componenti della motivazione: l’esposizione dei fatti cui l’atto si riporta, la enunciazione della causa giuridica dell’istituto di cui si fa applicazione e la mera esposizione di considerazioni soggettive. Nell’odierno diritto amministrativo, contano i soli momenti oggettivi del decidere.

dell'efficienza nella sua azione complessiva, piuttosto che a discriminare tra provvedimenti che richiedono ostensioni motivazionali accurate e provvedimenti che non impongono simili garanzie¹⁰⁷. Tale prospettiva vale senz'altro a garantire la più ampia trasparenza nei rapporti con l'amministrato: la motivazione abbreviata non viene affatto *dequotata* a elemento meramente formale del provvedimento, ma a «presupposto, fondamento, baricentro, essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo, presidio di legalità sostanziale insostituibile»¹⁰⁸. La semplificazione provvedimentale è la necessaria conseguenza della 'semplicità' della decisione amministrativa, del carattere immediatamente percepibile dei motivi che impongono di rigettare la domanda¹⁰⁹.

Resta inteso che l'amministrazione non potrà più provvedere in forma semplificata per manifesta infondatezza nell'eventualità in cui, a fronte della comunicazione dei motivi ostativi, il singolo abbia – nel termine – rappresentato le proprie osservazioni: in questo caso, infatti, essa dovrà dar conto, nella motivazione, del mancato accoglimento delle suddette osservazioni¹¹⁰. Diverso il caso in cui, a fronte della comunicazione, il singolo non abbia partecipato al procedimento e non abbia rappresentato alcunché: in siffatta ipotesi, l'istanza, che appariva manifestamente infondata, potrà essere qualificata ancora come tale; il provvedimento finale, dunque, non necessiterà di essere particolarmente 'approfondito' e potrà essere motivato in forma semplificata¹¹¹.

¹⁰⁷ CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., p. 383. L'Autore chiarisce, infatti, che il novellato articolo 2 è diretto a «controbilanciare l'obbligo di adottare un provvedimento espresso quando ragioni di giustizia e di equità lo impongano e quindi, tutte quelle volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle relative determinazioni».

¹⁰⁸ Così definita da RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, cit., p. 900. La definiva, invece, «succinta», CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, cit., p. 405. In giurisprudenza, si richiama Corte cost., ord. 26 maggio 2015, n. 92.

¹⁰⁹ Si esprime in questi termini, S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 12.

¹¹⁰ La motivazione, a seguito di intervento del privato, ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 «non può consistere nell'uso di formule di stile che affermino genericamente la loro non accoglibilità, dovendosi dare espressamente conto delle ragioni che hanno portato a disattendere le controdeduzioni formulate». Si è espresso in tal senso, Tar Lombardia, Milano, 8 aprile 2011, n. 933.

¹¹¹ È evidente che, in questo caso, risulta ingiustificata la interruzione del termine di conclusione disposta dalla legge. Sul punto, si rinvia a quanto affermato da M. OCCHIENA, *Partecipazione al procedimento amministrativo, ad vocem*, in «Diz. dir. pubbl.», a cura di S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4128 ss. Propone di interpretare la locuzione

4.2. La connessione tra procedimento e motivazione in materia di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento

Di particolare interesse, ai fini della presente trattazione, appare altresì il rapporto tra procedimento e obbligo motivazionale nell'ipotesi contemplata dall'articolo 11, comma 2, della legge n. 241 del 1990, in materia di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento¹¹².

Anche in questo caso, la legge 6 novembre 2012, n. 190 ha imposto un obbligo di motivazione ai sensi dell'articolo 3 per gli accordi tra privati ed amministrazioni¹¹³.

Poiché ai sensi del comma 4-*bis* della medesima disposizione è la determinazione dell'organo amministrativo procedente a spiegare le ragioni della scelta dell'accordo, in luogo del provvedimento unilaterale, si deve ritenere che la motivazione degli accordi abbia un contenuto ultroneo e più penetrante rispetto a quello della determinazione preliminare. Essa riguarda, infatti, il contenuto proprio dell'accordo, la scelta delle relative condizioni e delle clausole ivi inserite, in sostanza il contenuto negoziale dell'assetto degli interessi pubblico-privati che si è venuto a determinare sul piano consensuale¹¹⁴.

È del tutto significativa la circostanza che il legislatore non si sia limitato ad un generico richiamo all'obbligo di motivazione, ma si sia espressamente riferito all'articolo 3 e, quindi, anche ai presupposti fattuali e alle ragioni giuridiche risultanti dall'istruttoria. Da un lato, quindi, si ritiene che anche la fase strutturalmente negoziale, nella quale si perfezionano gli accordi, abbia cadenze procedimentalizzate – pur trovando difficilmente applicazione, in simili ipotesi, tutte le garanzie formali previste *ex lege*¹¹⁵. Dall'altro lato, esisterebbe una forma di motivazione 'consensuale', che presenta una doppia valenza in funzione di garanzia: per un verso, fra le parti che non potranno

«interruzione» nel senso di «sospensione», S. TARULLO, *L'articolo 10-bis della legge n. 241 del 1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in «Giustamm.it», 2005.

¹¹² Per una disamina approfondita degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, si rinvia alla trattazione organica di F. TIGANO, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 655 ss.

¹¹³ Lo stesso vale per gli accordi tra amministrazioni ai sensi dell'articolo 15, dato il rinvio ai commi 2 e 3 dell'articolo 11 «in quanto applicabili».

¹¹⁴ Si esprime in tal senso, P.L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in «Riv. giur. ed.», 2015, 4, p. 149.

¹¹⁵ Sul punto, si richiama quanto affermato da CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., p. 383.

discostarsi dalle motivazioni dell'accordo; per altro verso rispetto ai terzi – che non hanno preso parte all'istruttoria, *rectius* alla determinazione consensuale – indirettamente incisi dall'accordo integrativo o sostitutivo, perché dalla motivazione ritrarranno elementi per la giustificazione delle scelte operate all'interno dell'accordo, ai fini di un'eventuale tutela in sede giurisdizionale.

4.3. Verso una motivazione algoritmica?

Nella società attuale gli algoritmi dell'automatizzazione compiono sempre più spesso scelte fondamentali che riguardano l'identificazione e la classificazione delle persone e delle loro azioni, e ciò sia in ambito pubblico che in ambito privato (dalla sanità alla giustizia penale, dal licenziamento di un lavoratore fino alla libertà personale). Si parla per questo di una 'società algoritmica' che, almeno per una parte della scienza giuridica, non è tuttavia sinonimo di trasparenza e neutralità, nonostante la descrizione generalista la 'dipinga' come scientifica, obiettiva, numerica, logica e oggettiva¹¹⁶.

L'utilizzo di algoritmi all'interno dei procedimenti amministrativi comporta una serie di regole tutt'altro che neutre, come l'adozione di criteri e modelli predittivi, nei quali i dati delle persone sono raccolti, selezionati e sistematizzati per essere, in seguito, interpretati per vari scopi consapevoli o inconsapevoli, in una sorta di *black box society*¹¹⁷. Ed è proprio dall'incrocio delle due prospettive di neutralità e non neutralità dei paradossi interni all'algoritmo, che si è sviluppata negli anni un'intensa riflessione sull'argomento, soprattutto quando gli stessi algoritmi sono entrati a far parte dell'*agere* pubblico, mettendo 'a nudo' la giurisprudenza e il diritto che, in parte, si sono dimostrati impreparati ad affrontare tale sfida¹¹⁸.

La riflessione critica sull'uso degli algoritmi si è focalizzata in prima battuta sull'impatto dell'automazione dell'azione pubblica riguardo i principi di buona amministrazione, di parità di trattamento, uguaglianza

¹¹⁶ Per una trattazione approfondita sul tema dell'algoritmo e del pensiero computazionale, si rinvia alla recente trattazione di P. FERRAGINA, F. LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Il Mulino, Bologna, 2017.

¹¹⁷ Si esprime in tal senso, P. SCHWARTZ, *Data Processing and Government Administration: The Failure of the American Legal Response to the Computer*, in «Hastings Law Journal», 1992, pp. 1321 ss. Poi si veda anche, C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Giuffrè, Milano, 2017; F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Harvard, 2015.

¹¹⁸ Si esprime in questi termini, M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in «Federalismi.it», 2019.

e discriminazione tra i soggetti privati e pubblici¹¹⁹. Ad essere in gioco non sono soltanto meccanismi di mercato, ma anche quelli inerenti alla conoscenza, all'esercizio delle libertà fondamentali e alla tutela dei diritti privati. All'interno della sfera pubblica, e soprattutto nell'ottica del diritto amministrativo, l'automatizzazione dei procedimenti comporta, secondo alcuni, una limitazione ipotetica dei diritti e delle tutele individuali, a causa di un meccanismo di funzionamento 'oscuro', insito negli stessi algoritmi, che, in molti casi, limitano il diritto alla conoscenza, ad esempio, delle motivazioni e dell'*iter* logico-giuridico che si nasconde dietro una determinata decisione amministrativa¹²⁰.

La funzionalità esercitata dall'algoritmo vuol significare il passaggio articolato da una condizione di *street-level bureaucracy* ad una condizione di *screen-level bureaucracy*, ossia da una condizione in cui l'atto amministrativo non viene più adottato dal singolo funzionario, ad una in cui lo stesso provvedimento viene implementato dalla decisione assunta dal programmatore dell'algoritmo. Il funzionario conserverebbe un qualche ruolo, che però riguarderebbe principalmente, *ex ante*, l'attività di impostazione della singola macchina e, *ex post*, la lettura dell'elaborazione da essa fatta dei dati inseriti, peraltro nella prospettiva di vedersi sempre più circoscritto, in futuro, il compito alle semplici attività di progettazione e gestione del sistema, oppure ancora di sola assistenza agli utenti¹²¹.

Nei sistemi basati su un ragionamento automatico, l'elaboratore della pubblica amministrazione si limita a trasformare degli *input* in *output*, senza svolgere alcun ragionamento autonomo, ma semplicemente applicando istruzioni che gli sono state impartite da un punto di vista computazionale¹²². La tecnologia in questo caso non viene utilizzata per redigere l'atto, per conservarlo o trasmetterlo – come avviene regolarmente per quanto concerne la digitalizzazione – ma per determinarlo nel suo contenuto¹²³.

¹¹⁹ In tal senso, S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in «California Law Review», 2016, pp. 671 ss.

¹²⁰ In tal senso, CAVALLARO, SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit.

¹²¹ Si richiama l'approfondito contributo di M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in *La tecnificazione*, a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, Firenze University Press, Firenze, 2016, pp. 155 ss.

¹²² G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 293 ss.

¹²³ Si richiama quanto affermato da C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, *Faculty Scholarship*, in «Faculty Scholarship at Penn Law», 2017, pp. 1734 ss.; F. PASQUALE, *The Black Box Society*:

La giurisprudenza amministrativa, da un lato, ha affermato l'impossibilità di fare a meno dei nuovi strumenti digitali, rispondendo questi a logiche di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa; dall'altro lato ha chiarito che gli stessi strumenti algoritmici non possono mai sostituire interamente il procedimento amministrativo, ovvero intere fasi endoprocedimentali¹²⁴. L'automazione dell'attività, infatti, non può mai comportare la totale sostituzione dell'essere umano nelle scelte amministrative e la stessa attività deve essere imputata all'amministrazione nel rispetto del principio di responsabilità¹²⁵. Le pubbliche amministrazioni, dunque, nell'organizzazione

The Secret Algorithms That Control Money and Information, Harvard University Press, Harvard, 2015. In giurisprudenza, si veda, Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769, secondo cui «l'elaborazione del contenuto dell'atto viene affidata interamente allo strumento informatico e, quindi, in definitiva alla macchina, la quale provvede direttamente al reperimento, al collegamento e alla interrelazione tra norme e dati assumendo, conseguentemente, un ruolo strumentale rispetto all'atto amministrativo conclusivo. [...] è l'elaborazione stessa del contenuto dell'atto che si svolge elettronicamente, elaborazione che consiste, appunto, nello svolgimento dell'iter logico che conduce alla redazione dell'atto finale in relazione al rispettivo contenuto e che concretizza la sua motivazione; il documento finale che contiene la predetta elaborazione, invece, può avere qualsiasi forma ammessa dall'ordinamento e, quindi, essere anche cartaceo, come avviene negli atti amministrativi di stampo tradizionale».

¹²⁴ In tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769. Il Collegio ha chiarito che la pubblica amministrazione non può assumere decisioni interamente automatizzate, senza alcun intervento di un decisore umano esterno. Si tratta della categoria concettuale del c.d. autolimita della pubblica amministrazione. Sul tema si rinvia al recente contributo di P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in «Federalismi.it», 2018. Poi si veda anche, P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990.

¹²⁵ Sulla principio di responsabilità nella moderna società dell'algoritmo, si rinvia alla trattazione di CAVALLARO, SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit. In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 13 settembre 2019, n. 10964, secondo cui, «le procedure informatiche, anche quando pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere e che pertanto, al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve continuare ad essere il dominus del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e mai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo. In effetti, secondo il giudice amministrativo, gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, e quindi di relazione del privato con i pubblici poteri non possono essere legittimamente mortificati e compressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere

della propria attività, ben possono utilizzare tecnologie digitali, e quindi algoritmi, ma nel farlo sono tenute a rispettare e perseguire al contempo gli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione¹²⁶.

Ciò detto, occorre soffermarsi in particolare sul rapporto tra decisione algoritmica e obbligo motivazionale.

In apparenza, la questione che si presenta è molto semplice, giacché una decisione totalmente automatizzata priva (apparentemente) il soggetto interessato della possibilità di conoscere la motivazione di una determinata decisione, trasgredendo quello che è l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative sancito dall'articolo 3 della legge n. 241 del 1990¹²⁷. Ciò, tuttavia, come sopra chiarito, non si traduce nell'impossibilità per l'amministrazione di utilizzare l'algoritmo, bensì nella necessità che tale algoritmo sia conoscibile e accessibile al soggetto privato, a garanzia della trasparenza e del principio di buona amministrazione. La motivazione algoritmica, infatti, viene generata tramite un meccanismo automatico di reperimento, collegamento e giustapposizione di norme e dati.

La regola algoritmica, inoltre, non deve solo essere conoscibile, ma anche soggetta alla piena cognizione del giudice amministrativo. Quest'ultimo è chiamato a valutare la correttezza, la validità e logicità, in ossequio all'*iter* logico che ha portato alla decisione amministrativa automatizzata, ovvero alla regola che governa l'algoritmo¹²⁸.

svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche». Nello stesso senso, Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 14 febbraio 2017, n. 376; *Id.*, 11 luglio 2018, n. 9230.

¹²⁶ In tal senso, Consiglio di Stato del 13 dicembre 2019, n. 8472.

¹²⁷ In tal senso, Consiglio di Stato del 13 dicembre 2019, n. 8472, secondo cui «la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini [...] riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione». Nello stesso senso, si veda, Tar Lazio, sez. II-bis, 10 settembre 2018, nn. 9224-9230; Tar Lazio, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769. Ad avviso dei giudici, una decisione totalmente automatizzata vulnera non solo «[...] il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'articolo 24 della Costituzione, diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimento».

¹²⁸ Si veda, Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2770. In dottrina, si richiamano le osservazioni prospettate da VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., pp. 15 ss. Poi si veda anche, OROFINO, *La patologia*

Affinché una simile motivazione algoritmica possa essere accettata, di conseguenza, quest'ultima non deve limitarsi a dedurre in maniera deterministica gli assiomi fissati dal programmatore in virtù di sistemi automatizzati che hanno portato a prendere una determinata decisione. Al contrario, la motivazione algoritmica deve indicare la strutturazione causale, ovvero la razionalità, che ha portato all'*iter* logico nel suo complesso¹²⁹. Qualora l'algoritmo traduca soltanto in un linguaggio informatizzato motivante la decisione che è stata già presa nel corso del procedimento amministrativo, esso diverrebbe strutturalmente irriconoscibile, facendo perdere all'istituto della motivazione la sua stessa ragione d'essere che, invece, avrebbe con gli strumenti ordinari della volontà umana.

Il problema che si presenta, dunque, non è come tradurre gli algoritmi e le decisioni amministrative in *iter* logico, ma di farlo in modo comprensibile nei confronti dei soggetti privati interessati dai provvedimenti¹³⁰. Si tratterebbe, quindi, di sviluppare un procedimento amministrativo su base algoritmica che non sia sostitutivo, ma integrativo della volontà umana¹³¹. L'elaborazione mediante algoritmo del contenuto dei provvedimenti deve combinarsi con la 'supervisione' del prodotto finale da parte dell'uomo e, soprattutto, con l'imputazione del provvedimento ad un funzionario-persona fisica¹³².

Il punto focale è che l'algoritmo, ammettendo una regola automatizzata nella decisione amministrativa, conduce a delle decisioni che si spingono al di là del mero presupposto su cui si fonda la stessa decisione tecnica algoritmica, potendo giungere a costituire un sistema di formazione della stessa volontà procedimentale. Ciò vuol dire che se l'algoritmo, dovendo soddisfare una semplice regola informatizzata, fonda la decisione amministrativa conseguente, e quindi l'*iter* del procedimento amministrativo, l'esito della procedura automatizzata su cui si sostanzia lo stesso algoritmo si sovrapporrà, o addirittura sostituirà la decisione finale, qualora per ragioni di convenienza la pubblica amministrazione scelga di far propri gli esiti dell'algoritmo automatizzato¹³³.

dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela, cit., pp. 292 ss.; SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., pp. 19 ss.

¹²⁹ Si esprime in questi termini, C. MINELLI, "Rationabilis" e codificazione canonica. *Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Giappichelli, Torino, 2015

¹³⁰ In tal senso, PASQUALE, *The Black Box Society*, cit.

¹³¹ Si rinvia a quanto affermato da VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., p. 36.

¹³² Sul punto, si richiama la trattazione di A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli, 1993, pp. 84 ss.

¹³³ Si esprime in questi termini, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza*

La necessità di assicurare i principi di responsabilità, trasparenza e ammissibilità dell'algorithmo all'interno dell'agire amministrativo, è posta a salvaguardia di qualsiasi decisione pubblica, per prevenire eventuali elementi di fallibilità dei *software*. È in tale panorama che si inserisce l'importanza dell'istituto della motivazione nel diramare la garanzia dei soggetti interessati dai provvedimenti.

Ciò detto, si potrebbe comunque ritenere che il terreno di elezione per adottare decisioni amministrative in forma automatizzata sia quello dell'attività vincolata, implicando questa un *iter* logico già precostituito 'norma-fatto-effetto', ma non già quello dell'attività espressione di discrezionalità.

5. *La motivazione, i motivi e la causa del provvedimento*

A conferma delle molteplici declinazioni legali e giurisprudenziali dell'obbligo di motivazione – uniforme soltanto in apparenza – le due tendenze di ascesa e crisi, che portano a risultati contraddittori, si inseriscono in un sistema già frastagliato in cui il concetto stesso di motivazione può assumere diverse sfumature.

In particolare, volendo in questa sede articolare una riflessione in chiave sistematica, occorre chiedersi se, alla luce delle teorie emerse in seno alla scienza giuridica moderna e contemporanea, sia possibile rinvenire una distinzione tra motivazione in senso stretto, motivi e causa del provvedimento¹³⁴.

L'interrogativo non è astratto, ma sorge da alcuni spunti normativi. Infatti, l'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 utilizza espressamente il termine «motivazione». Allo stesso tempo, però, l'articolo 10-*bis* della medesima legge, nel definire il contenuto del cosiddetto preavviso di rigetto, non utilizza il termine «motivazione», ma fa riferimento ai «motivi ostativi all'accoglimento della domanda»¹³⁵. Inoltre, un autorevole studioso annovera

artificiale e il futuro delle libertà, in «BioLaw Journal», 2019, 1, pp. 63 ss.

¹³⁴ Per una ricostruzione storica della distinzione tra motivazione in senso stretto e motivi, si rinvia alla trattazione di L. RAGGI, *Motivi e motivazione degli atti amministrativi*, in «Giur. it.», 1941, 3, pp. 163 ss.

¹³⁵ Per una disamina approfondita sull'articolo 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, si rinvia al recente contributo di D. VAIANO, *Il preavviso di rigetto*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 640 ss. Poi si veda anche, P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (articolo 10-bis l. 241/90) tra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di*

i «motivi» (e non la «motivazione») tra gli elementi essenziali dell'atto amministrativo.¹³⁶ Una parte della scienza giuridica, poi, nell'individuare gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, richiesti a pena di nullità dall'articolo 21-*septies* della legge n. 241 del 1990, menziona anche la «causa» del provvedimento, sulla scorta di quelli che sono gli elementi essenziali del contratto ai sensi dell'articolo 1325 del codice civile¹³⁷.

Occorre, pertanto, chiedersi se «motivazione», «motivi» e «causa» del provvedimento costituiscano un'endiadi, ovvero se effettivamente sia possibile individuare una distinzione concettuale tra essi.

Per quanto concerne i rapporti tra «motivazione» e «causa» del provvedimento è sufficiente osservare che, sebbene una parte della scienza giuridica abbia voluto fare riferimento all'elemento causale del provvedimento in modo parallelo alla causa del contratto, la causa non sembra essere un concetto riferibile al provvedimento amministrativo¹³⁸.

Intesa nel senso civilistico del termine, infatti, la causa sarebbe la funzione economico individuale del provvedimento, la ragion pratica dello stesso che sintetizza in sé gli scopi cui esso è diretto. Tuttavia, sembra difficile discorrere di causa del provvedimento già solo per il fatto che la teoria civilistica della causa in concreto si fonda imprescindibilmente sulla libertà negoziale delle parti. L'autonomia privata è ciò che consente alle parti di piegare e modellare il contratto affinché questo realizzi uno o più scopi precisi e soddisfi gli interessi delle stesse.

Al contrario, il provvedimento amministrativo non è un atto libero nei fini, né, talvolta, nei contenuti. Si può osservare che il provvedimento amministrativo è sempre un atto etero-integrato nei fini e, in alcuni casi, etero-integrato anche nei contenuti. È la legge, infatti, che, nell'attribuire il potere e nel disciplinare le modalità di esercizio e gli effetti dello stesso, si assume il compito di predeterminare i fini dell'azione amministrativa. Questi rappresentano le più varie declinazioni del fine principale unico e

contraddittorio "ad armi pari", in «www.giustizia-amministrativa.it», 2009.

¹³⁶ CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, cit. pp. 309 ss.

¹³⁷ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1987, pp. 93 ss., distingue i «presupposti essenziali» dell'atto amministrativo (la provenienza da un soggetto amministrativo; il suo essere applicazione di un potere; l'esistenza di una fattispecie reale) dagli «elementi essenziali», ossia la competenza, la causa e la funzione. Per una disamina dell'argomento, si rinvia anche alla recente opera di VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 221 ss.

¹³⁸ Sulla causa del contratto, *ex multis*, si rinvia all'organica trattazione di P. RESCIGNO, *Contratto, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. IX, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pp. 6 ss.; e di E. MOSCATI, *La causa del contratto*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, tomo II, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 269 ss.

predeterminato per eccellenza: la cura concreta dell'interesse pubblico cui è preposta la pubblica amministrazione. Un provvedimento adottato per fini diversi da quelli per i quali è attribuito il potere configura un'ipotesi tipica di sviamento di potere, che è causa di annullabilità per eccesso di potere. Ciò è sufficiente per osservare che il concetto di causa non è per sua natura forgiato con riferimento all'azione amministrativa e, per ciò, non può essere piegato ad essa fino a considerarlo elemento essenziale del provvedimento. Altrimenti, volendo utilizzare il concetto di causa anche con riguardo al provvedimento amministrativo, dovrebbe ritenersi che questo sia sempre e comunque un atto a causa fissa, invariabile, tipica ed astratta.

Permane, tuttavia, il dubbio circa la distinzione tra «motivazione» e «motivi» che appare dalla lettura sinottica degli articoli 3 e 10-*bis* della legge n. 241 del 1990. È legittimo domandarsi per quale ragione il legislatore, nel disciplinare il preavviso di rigetto, non abbia utilizzato il termine «motivazione», ma abbia fatto riferimento ai «motivi ostativi all'accoglimento della domanda», che, in sostanza, rappresentano la futura motivazione del futuro provvedimento di diniego.

Ad una lettura più superficiale, potrebbe apparire che il binomio motivazione-motivi sia sostanzialmente un'endiadi, frutto di una imprecisione semantica del legislatore.

Volendo, invece, ricostruire in chiave sistematica il differente riferimento normativo ai motivi, nell'articolo 10-*bis*, e alla motivazione, nell'articolo 3, può osservarsi che una differenza è rinvenibile nella non necessaria coincidenza tra i motivi che l'amministrazione si prefigura ai fini della decisione finale e la motivazione che effettivamente è portata a sostegno della stessa. In altri termini, i motivi di cui all'articolo 10-*bis* rappresentano il complesso delle ragioni di fatto e diritto che, secondo l'amministrazione, emergono dall'istruttoria procedimentale e che, presumibilmente, determineranno il segno del provvedimento conclusivo. La motivazione, invece, è l'insieme di quei motivi, individuati all'esito dell'istruttoria, che entrano a far parte del provvedimento espressamente o implicitamente *de relato*¹³⁹.

¹³⁹ Gli studi scientifici sulla motivazione sottolineano che essa è un tratto discorsivo dell'atto volto ad enunciare, evidenziandoli, i «motivi» che determinano l'agente. La motivazione riguarda, dunque i motivi dell'atto amministrativo, intesi come fonti psicologiche subietive della volontà provvedimentale. In tal senso, IACCARINO, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, cit., pp. 49 ss.; ID., *Motivazione, ad vocem*, cit., pp. 958 ss. Tale interpretazione è stata poi ripresa da ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit. Anche GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 260, afferma che la motivazione «è la parte dell'esternazione del provvedimento in cui si enunciano i motivi».

Tuttavia, non sempre vi è coincidenza assoluta e perfetta tra i motivi individuati dall'amministrazione all'esito dell'istruttoria e quelli che poi effettivamente vanno a formare la motivazione del provvedimento finale. È ben possibile, infatti, che l'amministrazione traduca nella motivazione del provvedimento finale solo alcuni dei motivi individuati precedentemente, anche a seguito delle osservazioni endoprocedimentali formulate dal privato interessato. In questa prospettiva, la scelta legislativa di utilizzare il termine «motivi» nell'articolo 10-*bis*, legge n. 241 del 1990, anziché «motivazione», ritrova una sua logica. L'articolo 10-*bis* non avrebbe potuto utilizzare il termine «motivazione» perché in quella fase procedimentale non vi è ancora un provvedimento e, dunque, non vi è ancora una motivazione. Si utilizza correttamente il concetto di «motivo» proprio perché, al momento del preavviso di rigetto, la volontà dell'amministrazione non si è ancora formata, né si è espressa. Ed allora è corretto discorrere di «motivi», atteso che il concetto stesso di «motivo» implica una ragione che non è stata esplicitata ed è interna alla sfera psicologica del soggetto agente. Nel caso dell'amministrazione, la sfera psicologica in cui avviene e si realizza il processo di formazione della volontà è il procedimento con tutti i suoi atti endoprocedimentali.

Pertanto, è ben possibile e anzi si ritiene più corretto distinguere i motivi dalla motivazione vera e proprio, alla luce delle considerazioni sopra svolte.

6. *Obbligo o dovere di motivazione?*

Ciò detto, la formulazione letterale dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 suscita un interrogativo, di teoria generale, che però potrebbe celare dietro di sé due visioni del diritto amministrativo e del rapporto amministrativo distinte e distanti.

Spesso, infatti, la scienza giuridica utilizza alternativamente i termini 'obbligo' e 'dovere' di motivazione. Eppure, nel porre le basi metodologiche del presente lavoro di ricerca, è indispensabile chiarire se l'articolo 3 sancisca un obbligo o piuttosto un dovere di motivazione. Si tratta, come scritto sopra, di sfumature che però celano impostazioni completamente differenti.

Una parte della scienza giuridica ha inteso ed intende ancora oggi la regola motivazione come un dovere, escludendo che si possa correttamente utilizzare anche il concetto di obbligo¹⁴⁰. Si fa leva sulla concezione tradizionale di teoria

¹⁴⁰ Sul punto, si richiama quanto affermato da S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario*

generale del diritto, secondo cui al dovere corrisponde normalmente una situazione giuridica di potere¹⁴¹. È stato scritto, infatti, che «il potere fonda l'azione; il dovere predispone le modalità di svolgimento di essa azione, quindi in concreto conformandola»¹⁴². Il potere di esigere una decisione motivata, secondo questa impostazione, si estrinseca finanche nella possibilità per il privato di ricorrere al controllo giurisdizionale sull'adempimento del dovere di motivazione da parte della pubblica amministrazione. Fondamentalmente, però, la preferenza accordata da questa impostazione al concetto di dovere motivazionale su quello di obbligo motivazionale nasce dalla considerazione che l'espressione 'obbligo' riporta alla mente le categorie civilistiche del rapporto obbligatorio, il quale si articola principalmente in situazioni di credito/debito e diritto soggettivo/obbligo¹⁴³.

Una parte della scienza giuridica che ha fatto e fa uso dell'espressione 'obbligo' di motivazione ha tentato di leggere il rapporto pubblica amministrazione-amministrato come un rapporto tra due soggetti che sono reciprocamente creditori e debitori l'uno con l'altro. La mancata motivazione del provvedimento, in quest'ottica, costituisce inadempimento dell'obbligo di motivare, quindi una lesione del diritto di credito che il privato vanta verso l'amministrazione.

In questa sede, tralasciando le implicazioni dell'una o dell'altra impostazione, è sufficiente premettere, al fine sopra accennato, che, in assenza di una indicazione specifica proveniente dal dato normativo, la regola motivazionale ha sicuramente un tratto di cui non si può dubitare, che è la giuridicità. È una regola giuridica, rilevante per l'ordinamento e la cui inosservanza comporta delle conseguenze, delle reazioni da parte dell'ordinamento.

La tesi del dovere motivazionale non sembra condivisibile, soprattutto nella parte in cui si qualifica la situazione del privato come una posizione di potere in senso stretto.

La scienza giuridica contemporanea ha più volte affrontato il tema

giuridico, Giuffrè, Milano, 1947, p. 173, secondo il quale il potere giuridico «[...] non sarebbe correlativo ad obblighi».

¹⁴¹ In tal senso, si richiama l'opera di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane Roma, 1951; e di N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960. Poi si veda anche, E. BETTI, *Dovere giuridico, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 53 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 159 ss.

¹⁴² Si esprime in questi termini, F. ROMANO, *Obbligo, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 500 ss.

¹⁴³ *Id.*, *Ibidem*, cit., pp. 500 ss.

della natura dei cosiddetti interessi strumentali o endoprocedimentali. L'opinione più condivisibile è che si tratti di un insieme di facoltà più che di poteri veri e propri. Allo stesso tempo, però, sebbene non si ritenga di condividere i tentativi di leggere il diritto amministrativo con le 'lenti' del civilista, l'espressione obbligo di motivazione appare più corretta rispetto a quella di dovere di motivazione, se si intende l'obbligo di motivazione come obbligo *ex lege* a cui non corrisponde un diritto di credito *tout court*, ma un insieme di facoltà del privato volte ad influire sul corretto esercizio del potere pubblicistico e, quindi, sull'adempimento dell'obbligo *ex lege* di motivare le decisioni amministrative.

Nel presente lavoro di ricerca, si ritiene più corretto discorrere di obbligo e obblighi di motivazione, non tanto perché si aderisce alla tesi pancivilistica sopra esposta, quanto piuttosto per coerenza con il dettato costituzionale. Si deve precisare, infatti, che, l'entrata in vigore della Costituzione ha determinato una trasformazione dei principi amministrativi consacrati dalla stessa da meri doveri dell'amministrazione nei confronti della collettività generale, azionabili solo dal Parlamento che la rappresenta, in veri e propri obblighi, che si inseriscono in un rapporto amministrativo bilaterale. I due poli del rapporto amministrativo non sono l'amministrazione, da un lato, e la collettività, dall'altro, ma l'amministrazione e il singolo soggetto amministrato¹⁴⁴.

A ciò va aggiunta un'ulteriore riflessione. Parte della scienza giuridica ha osservato che, muovendo il ragionamento dalla distinzione tra diritti politici e diritti amministrativi, i primi sono diritti ai quali corrisponde, in capo alle autorità pubbliche, un obbligo di astenersi da condotte violative o impeditive del loro esercizio; i secondi sono situazioni giuridiche attive alle quali corrisponde, in capo alla pubblica amministrazione, un vero e proprio obbligo di prestazione o attività. È questo il caso del diritto a una decisione motivata, direttamente discendente dal diritto ad una buona amministrazione, a cui corrisponde, per la pubblica amministrazione, l'obbligo di motivare le proprie decisioni¹⁴⁵.

Discorrere di 'obbligo' di motivazione, anziché di 'dovere' di motivazione, vuol dire, pertanto, riconoscere la rilevanza dell'individuo cittadino amministrato nei confronti dell'amministrazione e l'azionabilità delle situazioni giuridiche di cui egli è titolare dinanzi ad un giudice o ad altro organo di controllo. Ciò pare più in linea con l'assetto contemporaneo dei rapporti tra amministrazione e cittadino.

¹⁴⁴ Si esprime in questi termini, CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, cit., pp. 1037 ss.

¹⁴⁵ In tal senso, TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, cit., pp. 49 ss.

7. Motivazione e motivazioni: l'apparente uniformità dell'obbligo di motivazione e le regole speciali

Nei paragrafi precedenti si è dato atto dei processi evolutivi dell'obbligo di motivazione. Si è evidenziato il passaggio da una fase di ascesa ad una di declino. Allo stesso tempo, però, è emerso che l'attuale metamorfosi del diritto amministrativo, ancora *in fieri*, e la sempre più rilevante tendenza alla 'fuga' dal provvedimento amministrativo hanno determinato una nuova rivalutazione del ruolo della motivazione. È chiaro, infatti, che, a fronte di una tendenza alla de-provvedimentalizzazione dell'attività amministrativa, il tema delle garanzie procedurali assume nuova vitalità e, per ciò, anche quello dell'istituto della motivazione. La costante de-provvedimentalizzazione amministrativa in atto, inoltre, conduce ad un'ulteriore riflessione: la motivazione diviene garanzia propria non più soltanto del provvedimento, ma delle decisioni amministrative in generale, a prescindere da quale forma esse rivestano.

In tale contesto, che si è detto essere di sempre maggiore 'eclissi' del provvedimento amministrativo, torna in auge il ruolo dell'obbligo di motivazione sull'assunto che la progressiva scomparsa del provvedimento amministrativo tradizionale non può determinare la perdita delle garanzie procedurali. Ed allora non vi è dubbio che il processo sopra evidenziato abbia reso ancora più rilevante l'obbligo di motivazione, in virtù della sua natura polifunzionale, come regola non soltanto di trasparenza e giusto procedimento, ma anche e soprattutto come regola di *accountability* della pubblica amministrazione.

A fronte del rinnovato ruolo della motivazione, lo studio di tale istituto non può più fondarsi sul solo dato normativo generale, pure fondamentale, ma insufficiente a cogliere appieno tutte le sfumature dell'obbligo motivazionale. L'uniformità e generalità dell'obbligo di motivazione è, infatti, soltanto apparente. Al suo interno si celano molteplici declinazioni, sia legislative che giurisprudenziali, sia evidenti che nascoste. In taluni casi la motivazione è rafforzata, in altri è debole; si assiste ad un fenomeno in cui l'intensità dell'obbligo motivazionale si lega alle diverse esigenze dell'azione amministrativa. A voler leggere la motivazione in una dimensione unitaria si finisce per perderne l'essenza, riducendola a una mera costruzione artificiale: di motivazioni dell'atto amministrativo ve ne possono essere, infatti, una molteplicità¹⁴⁶.

Questo particolare modo di manifestarsi dell'obbligo di motivazione

¹⁴⁶ Si esprime in questi termini anche, MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 838 ss.

induce ad uno studio analitico dello stesso per il tramite delle regole speciali in cui esso si estrinseca e impone anche una riflessione sulla sua sostenibilità in termini di capacità amministrativa.

A differenza degli ordinamenti di *common law*, in cui la regola motivazionale si specializza nella *case law* e, quindi, tenendo conto della fattispecie concreta portata al vaglio del giudice, negli ordinamenti di *civil law*, come quello italiano, l'obbligo di motivazione si articola in molteplici regole speciali a seconda del tipo di atto o provvedimento amministrativo.

La motivazione del provvedimento amministrativo è posta all'incrocio delicato fra il mondo delle regole normative e il mondo delle regole giurisprudenziali, fra il vizio di violazione di legge e il vizio di eccesso di potere, fra l'attività discrezionale della pubblica amministrazione e il controllo di legittimità su di essa esercitato dai giudici amministrativi e da quelli ordinari¹⁴⁷.

Per queste ed altre ragioni, il lavoro di ricerca si propone di analizzare quale sia la portata e come si specializza l'obbligo di motivazione nelle diverse categorie di atti e provvedimenti, nonché nelle diverse forme di decisione amministrativa de-provvedimentalizzata, partendo dalla legge generale per arrivare alla legislazione speciale e alla elaborazione giurisprudenziale¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Si esprime in questi termini anche, G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in «Giustamm.it», 2005. Sul punto, si rinvia anche all'approfondito contributo di P.M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Cedam, Padova, 1997.

¹⁴⁸ Anche MASHAW, *Reasoned Administration and Democratic Legitimacy*, cit., p. 41, chiarisce, con particolare riguardo all'ordinamento statunitense, che «Reason-giving and reasonableness requirements come from multiple sources – the Constitution, congressional statutes, executive orders, and administrative regulations in addition to the case law of judicial review of administrative actions. The contents of those requirements are wonderfully heterogeneous. Different agencies, activities, processes, and subject matters impose differing requirements and constraints – both concerning the types of reasons that are acceptable and the level of persuasiveness that those reasons must achieve. The occasions upon which reasons are required and reasonableness can be demanded are many, but not universal. [...] The question is for what types of actions and under which circumstances, must administrators give reasons that will withstand some form of reasonableness test». La matrice giurisprudenziale di un'ampia parte del nostro diritto amministrativo è rilevata, di recente, da A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2015, 2, pp. 691 ss. Nello stesso senso anche, A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Il diritto pubblico nella seconda metà del xx secolo*, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1373 ss.; S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. PASQUINI, A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 1 ss.

Capitolo Secondo

La motivazione degli atti organizzativi: un difficile equilibrio tra efficienza e garanzie

SOMMARIO: 1. Gli atti di micro-organizzazione e macro-organizzazione tra obbligo di motivazione e aporie normative – 2. Pubblici concorsi: quali atti vanno motivati e come motivarli – 2.1. Il perimetro oggettivo dell'obbligo di motivazione e la nozione di 'pubblici concorsi' – 2.2. Come e quanto motivare gli atti dei pubblici concorsi: le oscillazioni tra la motivazione numerica implicita e il giudizio (negativo) espresso – 3. I riflessi della privatizzazione del pubblico impiego sull'obbligo motivazionale degli atti di micro-organizzazione – 3.1. La sospensione cautelare: natura dell'atto e conseguenze in punto di motivazione – 3.2. L'ordine di trasferimento del militare: il dovere per il dovere o il dovere per una ragione?

1. Gli atti di micro-organizzazione e macro-organizzazione tra obbligo di motivazione e aporie normative

Prima dell'entrata in vigore della legge generale sul procedimento amministrativo, gli atti mediante i quali l'amministrazione disponeva del proprio assetto organizzativo, in quanto atti ampiamente discrezionali, non richiedevano alcuna esplicazione dei parametri e delle ragioni delle scelte compiute¹. L'articolo 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990, invece, ha espressamente ricompreso i provvedimenti concernenti l'organizzazione amministrativa tra quelli soggetti all'obbligo di motivazione.

Il riferimento agli atti riguardanti l'organizzazione amministrativa, naturalmente, trova un limite nella riserva di legge di cui all'articolo 97 della Costituzione, che copre l'organizzazione dei pubblici uffici². Si tratta, tuttavia, di una riserva di legge relativa, pertanto, ciascuna amministrazione può provvedere autonomamente alla propria organizzazione interna nell'esercizio di poteri attribuiti dalla legge e dovrà farlo mediante

¹ In tal senso, si veda, Cons. St., sez. V, 18 giugno 1984, n. 469.

² L'articolo 97, comma 2, della Costituzione stabilisce che «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

provvedimenti motivati, al fine di garantire il principio di trasparenza e di effettività della tutela giurisdizionale³. La pubblica amministrazione, infatti, in base all'articolo 2 del D.lgs. n. 165 del 2001 è dotata di un generale potere di auto-organizzazione, che si estrinseca nell'esercizio autoritativo del potere di razionalizzazione delle risorse⁴. Tale potere è strettamente connesso non solo all'organizzazione generale degli uffici amministrativi, ma anche alla gestione del personale.

La contrattualizzazione e privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, salvo eccezioni espressamente previste dal T.U. pubblico impiego, ha fatto emergere, implicitamente, la distinzione tra atti di macro-organizzazione e atti di micro-organizzazione⁵. Questi ultimi hanno ad oggetto la gestione del rapporto di lavoro nell'ambito del quale la pubblica amministrazione assume le vesti di datore di lavoro al pari di quello privato. Di conseguenza, il dipendente pubblico, a fronte di atti di micro-organizzazione, è titolare di diritti soggettivi⁶.

È, tuttavia, opportuno chiarire che i due tipi di atti di organizzazione non sono, nella prassi, autonomi e distinti. L'atto di macro-organizzazione costituisce, solitamente, una scelta amministrativa organizzativa c.d. a monte, in attuazione della quale vengono emanati una serie di atti di micro-organizzazione relativi alla gestione dei singoli rapporti di lavoro.

³ Nella prassi, la creazione, modificazione e/o estinzione di uffici e organi delle pubbliche amministrazioni avviene mediante provvedimenti generali o regolamentari.

⁴ D.lgs. n. 165 del 2001, recante «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche» (sin d'ora, anche T.U. pubblico impiego). L'articolo 2, comma 1, primo periodo, prescrive che «Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive».

In giurisprudenza, si veda Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3760, secondo cui l'amministrazione, nell'esercizio del potere di organizzazione dei propri uffici e servizi, può utilizzare le risorse umane secondo le modalità ritenute più idonee a soddisfare le proprie esigenze, assegnandole – con provvedimenti che, per loro natura, non abbisognano di particolare motivazione, se non quella ricavabile dalle linee generali di organizzazione – all'uno piuttosto che all'altro servizio.

⁵ Sulla contrattualizzazione e privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, e, in particolare sulla distinzione tra atti di macro-organizzazione e atti di micro-organizzazione, si rinvia ai contributi di G. D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in «Lav. nelle p.a.», 2012, 1, pp. 1 ss.; e di S. BATTINI, *Cosa c'è di pubblico nella disciplina del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche?: "un test di necessità"*, in «Lav. Nelle p.a.», 2007, 2, pp. 329 ss.

⁶ Si veda, Tar Lazio, Roma, sez. III, 1° aprile 2010, n. 5411.

La distinzione tra atti di macro-organizzazione e micro-organizzazione, inoltre, incide sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, essendo stata assunta dalla giurisprudenza amministrativa quale criterio di riparto della stessa⁷.

Questa precisazione si rende necessaria proprio al fine di circoscrivere il perimetro dell'obbligo di motivazione, il quale concerne, dal punto di vista dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990, solamente gli atti di macro-organizzazione. Diversamente da questi, gli atti di gestione del singolo rapporto di lavoro, essendo soggetti alle norme del codice civile, non ricadono nell'ambito applicativo della norma⁸. Si deve, dunque, escludere l'applicabilità agli atti di micro-organizzazione delle disposizioni contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo e, per la parte di interesse, quelle concernenti l'obbligo di motivazione⁹.

La Corte di Cassazione, infatti, ha confermato la non applicabilità delle disposizioni sulla motivazione degli atti amministrativi agli atti di conferimento e di revoca di incarichi dirigenziali che, pur esprimendo il potere di cosiddetta supremazia gerarchica, difettano dell'efficacia autoritativa propria del provvedimento amministrativo¹⁰. Le norme del codice civile che regolano gli atti di gestione del rapporto di lavoro, tra cui i principi di buona fede e correttezza *ex* articoli 1175 e 1375 del codice civile, si traducono in obblighi diversi da quello di motivazione, quali, ad esempio, l'esistenza di una giusta causa¹¹.

⁷ Si veda, *ex multis*, Tar Campania, Salerno, sez. I, 13 gennaio 2020, n. 72; Tar Lazio, Roma, sez. I, 4 marzo 2019, n. 2789; Cons. St., sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4988; *Id.*, 31 agosto 2016, n. 3740; Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2015, n. 5710; Cons. St., sez. V, 15 luglio 2014, n. 3692; *Id.* 28 novembre 2013, n. 5684; Cons. St., sez. IV, 21 ottobre 2013, n. 5104; Cass. civ., SS. UU., 3 novembre 2011, n. 22733; *Id.*, 16 febbraio 2009, n. 3677.

⁸ Sul punto, si richiama G. VECCHIO, *Gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali presso le amministrazioni statali, fra diritto pubblico e diritto privato*, in «Foro amm. Tar», 2006, 4, pp. 1568 ss.

⁹ Si veda, Cons. St., sez. IV, 5 febbraio 2001, n. 471, secondo cui «la regola della motivazione enunciata nell'articolo 3 della legge 241 del 1990 non è immediatamente applicabile agli atti di diritto privato che riguardano la gestione ordinaria del rapporto di lavoro e la micro-organizzazione delle strutture dell'Amministrazione».

¹⁰ In tal senso, Cass. civ., SS.UU., ord., 23 marzo 2017, n. 7483; Cass. civ., 16 maggio 2003, n. 7704. In dottrina, si richiama l'approfondita trattazione di R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 279 ss.

¹¹ In tal senso, Cass. civ., SS.UU., 6 marzo 2009, n. 5457. Di segno parzialmente contrario, Cass. civ., SS.UU., 26 novembre 2008, n. 28274; *Id.*, 14 aprile 2008, n. 9814, le quali desumono dai principi elaborati dalla giurisprudenza sui limiti interni ai poteri discrezionali del datore di lavoro l'obbligo per la pubblica amministrazione, anche mediante ricorso alle clausole generali di correttezza e buona fede, di procedere, nel conferimento degli incarichi

La privatizzazione del pubblico impiego ha comportato una situazione nella quale coesistono provvedimenti amministrativi strutturali a carattere generale e a contenuto provvedimentale assieme ad atti di diritto privato non autoritativi di gestione del rapporto di lavoro¹². Questa distinzione è parte di una moderna visione delle modalità e degli strumenti di esercizio della funzione amministrativa, oggi affidata sia a strumenti di diritto pubblico sia a strumenti di diritto privato. Inoltre, la scienza giuridica ha evidenziato, proprio in riferimento alla diversità ontologica della motivazione degli atti di macro-organizzazione rispetto agli atti di micro-organizzazione, la distinzione tra discrezionalità pubblica e autonomia di scelta privata¹³. Quest'ultima è propria degli atti di micro-organizzazione e si caratterizza per l'inesistenza di un obbligo di motivazione.

L'autonomia di scelta nell'esercizio di poteri privatistici di gestione del rapporto di lavoro trova il principale limite nel divieto di abuso del diritto, direttamente discendente dagli obblighi di buona fede e correttezza, nonché dai doveri di solidarietà sociale ed economica di cui all'articolo 2 della Costituzione. La giurisprudenza, infatti, ha ormai da tempo affermato che i poteri decisionali privati – gestione del rapporto di lavoro, recesso contrattuale, clausola risolutiva espressa e così via – devono essere esercitati nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza¹⁴.

Per quanto riguarda, invece, gli atti di macro-organizzazione, essi rientrano

dirigenziali, all'adozione di adeguate forme di partecipazione e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte adottate.

¹² Sul tema, P. SORDI, *La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, in «Argomenti dir. Lav.», 2009, 1, pp. 84 ss.

¹³ Si esprime in questi termini, F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, p. 451. Sulla distinzione tra discrezionalità pubblica e autonomia di scelta privata, si rinvia anche a C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di F. CARINCI, L. ZOPPOLI, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 96 ss.

¹⁴ L'articolo 19 del D.lgs. n. 165 del 2001, come successivamente modificato dal D.lgs. n. 150 del 2009, richiede specifici obblighi motivazionali (congruo preavviso e segnalazione dei posti disponibili per un nuovo incarico), laddove la pubblica amministrazione intenda riorganizzarsi o, allo scadere dell'incarico e senza valutazioni negative, non voglia confermare l'incarico precedente. In tal caso, tuttavia, l'obbligo di motivazione non discende dal disposto di cui all'articolo 3 della legge n. 241 del 1990, ma dalla stessa legislazione speciale. La motivazione dovrà, dunque, orientarsi verso l'applicazione delle regole civilistiche di buona fede e correttezza, le quali consentono l'ingresso del principio di ragionevolezza e di imparzialità, intesi non quali principi generali, ma quali principi impliciti nella stessa *ratio* della disciplina. Sul punto, si rinvia a F. TRIMARCHI BANFI, *Art. 1, comma 1-bis della legge n. 241 del 1990*, in «Foro amm. Cons. St.», 2005, 3, pp. 947 ss.

pacificamente nella categoria dei provvedimenti amministrativi e possono essere definiti come quegli atti con i quali la pubblica amministrazione definisce le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, a monte del rapporto di impiego, attraverso l'esercizio di poteri pubblicistici¹⁵.

Da ciò, si ricavano i caratteri principali degli atti di macro-organizzazione. In primo luogo, sotto il profilo soggettivo, si tratta di atti riferibili ad una pubblica amministrazione. Tale precisazione risulta fondamentale alla luce della odierna concezione della nozione di pubblica amministrazione in senso teleologico¹⁶. Corre, invero, l'obbligo di sottolineare che, secondo la più recente ricostruzione giurisprudenziale e scientifica, la qualifica di pubblica amministrazione si individua in relazione a due parametri: (i) la normativa di riferimento, che, a seconda delle finalità, descrive una nozione di pubblica amministrazione più o meno allargata; (ii) la funzione concretamente e sostanzialmente svolta dall'ente, a prescindere dalla sua natura formalmente pubblica o privata.

Le scelte di macro-organizzazione possono essere adottate anche attraverso atti regolamentari. L'articolo 17, comma 4-*bis*, della legge n. 400 del 1988, richiamato dall'articolo 6 del D.lgs. n. 165 del 2001, attribuisce ai Ministeri il potere di determinare, con regolamenti di delegificazione, l'organizzazione e la disciplina dei propri uffici. L'organizzazione degli

¹⁵ Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3728, secondo cui l'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 impone l'obbligo di motivazione anche per i provvedimenti concernenti l'organizzazione amministrativa, aventi ad oggetto, ad esempio, il riassetto utilizzativo dei posti letto nelle strutture ospedaliere; Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3065; *Id.*, 27 ottobre 2005, n. 6046.

¹⁶ Sulle nozioni di pubblica amministrazione, si rinvia all'organica trattazione di W. GIULIETTI, M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione pubblica coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA, vol. I, Firenze University Press, Firenze, 2016, pp. 189 ss. Poi si veda anche, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 68 ss.; S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 3 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2014, pp. 23 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblica amministrazione in Italia, in XXI secolo. Norme e idee*, Istituto Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 2009, pp. 411 ss. Per un'approfondita disamina, si richiama anche, L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 23 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblica amministrazione, ad vocem*, in «Diz. dir. pubbl.», diretto da S. CASSESE, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2631 ss.; M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 12 ss.; E. CASSETTA, *Pubblica amministrazione, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. XII, UTET, Torino, 1997, pp. 271 ss.; S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in «Giorn. Dir. Amm.», 1996, 10, pp. 920 ss.

uffici degli enti locali è regolata da atti di diritto pubblico, come gli statuti e i regolamenti, espressamente previsti dal D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. enti locali).

Si è scritto in precedenza che, l'articolo 3, comma 1, della legge generale sul procedimento amministrativo prevede espressamente l'obbligo di motivazione anche per gli atti organizzativi della pubblica amministrazione. Tuttavia, la giurisprudenza ha evidenziato una più o meno apparente contraddizione tra il disposto di cui all'articolo 3, comma 1, e quanto previsto dal successivo comma 2 del medesimo articolo¹⁷. Quest'ultimo, infatti, esclude dall'obbligo di motivazione i provvedimenti a contenuto generale. Pertanto, si è osservato che gli atti di macro-organizzazione, secondo il primo comma dell'articolo 3 sarebbero soggetti all'obbligo di motivazione, ma, se qualificati come atti a contenuto generale, sarebbero, al contrario, esclusi da tale obbligo.

Sul punto, non si rinviene, allo stato, una posizione consolidata. Parte della giurisprudenza, valorizzando la natura generale ed astratta degli atti di macro-organizzazione, è giunta a ridimensionare la portata precettiva dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990. In particolare, questa parte della giurisprudenza ha inteso sottrarre gli atti di macro-organizzazione di carattere generale all'articolo 3, comma 1, ritenendo operante per gli stessi la previsione di cui all'articolo 3, comma 2, in quanto atti generali emanati nell'esercizio di un potere caratterizzato da ampia discrezionalità, finalizzato al raggiungimento degli obiettivi programmatici e delle finalità proprie della pubblica amministrazione¹⁸.

Gli atti di macro-organizzazione, talvolta, possono essere qualificati come veri e propri atti di alta amministrazione, ossia atti connotati da una forte discrezionalità, quasi parificabile a quella degli atti politici, ma non altrettanto liberi nei fini¹⁹. Tale qualificazione, tuttavia, non vale ad escludere in radice la previsione di un obbligo di motivazione. Gli atti di alta amministrazione, infatti, in quanto atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, soggiacciono all'obbligo di motivazione

¹⁷ Per un maggiore approfondimento sulla motivazione degli atti amministrativi generali, si veda, *infra*, cap. III, par. 1., «Atti normativi e atti amministrativi generali: eccezioni reali e apparenti all'obbligo di motivazione».

¹⁸ In tal senso, Cons. St., sez. II, 29 agosto 2019, n. 5969; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 19 aprile 2010, n. 5494; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 3 giugno 2003, n. 2426.

¹⁹ Per una disamina degli atti di alta amministrazione, *ex multis*, si rinvia agli approfonditi contributi di C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione, ad vocem*, in «Diz. dir. pubbl.», diretto da S. CASSESE, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 516 ss.; e di G. DELLA CANANEA, *Gli atti di alta amministrazione e l'obbligo di motivazione*, in «Giorn. dir. amm.», 1998, 1, pp. 43 ss.

previsto dalla legge n. 241 del 1990²⁰.

Altra parte della giurisprudenza si è mostrata più cauta, affermando la perdurante valenza dell'obbligo di adeguata motivazione anche per gli atti di macro-organizzazione a contenuto generale, pur non configurandoli espressamente alla stregua di atti di alta amministrazione. L'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nell'adozione degli atti di macro-organizzazione non inciderebbe sull'*an* dell'obbligo di motivazione, bensì sul *quantum* di motivazione esigibile. La natura dell'atto di macro-organizzazione non potrebbe, di per sé, determinare l'esclusione dall'obbligo di motivazione; essa, però, consentirebbe una modulazione e una commisurazione della motivazione, senza inutili appesantimenti, ma sempre rispettando i canoni della logicità e congruità²¹.

La scienza giuridica è, allo stato, fortemente critica nei confronti dell'orientamento giurisprudenziale che intende sostanzialmente svuotare di contenuto il primo comma dell'articolo 3, con riguardo agli atti di macro-organizzazione. Non è possibile, infatti, considerare la categoria degli atti di macro-organizzazione come una categoria omogenea, suscettibile dello stesso trattamento con riguardo all'obbligo di motivazione.

2. *Pubblici concorsi: quali atti vanno motivati e come motivarli*

L'articolo 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 ricomprende espressamente tra i provvedimenti assoggettati all'obbligo di motivazione anche quelli «concernenti [...] lo svolgimento dei pubblici concorsi».

In via preliminare, giova operare una distinzione tra due diverse

²⁰ La giurisprudenza ha ribadito che la natura di atto di alta amministrazione, a forte valenza fiduciaria e a contenuto quasi politico, non comporta l'esclusione dell'obbligo di motivazione «essendo chiuso nel sistema, dopo l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990 ogni spazio per la categoria dei provvedimenti amministrativi a c.d. motivo libero. Anche allorché, quindi, si debbano adottare atti di nomina di tipo fiduciario, l'amministrazione deve indicare le qualità professionali sulla base delle quali ha ritenuto il soggetto più adatto rispetto agli obiettivi programmatici, dimostrando di aver compiuto un'attenta e seria valutazione del possesso dei requisiti prescritti in capo al soggetto prescelto, sì che risulti la ragionevolezza della scelta». In tal senso, *ex multis*, Tar Friuli Venezia Giulia, Trento, sez. I, 18 gennaio 2016, n. 15; Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 settembre 2014, n. 9505; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 8 novembre 2013, n. 695; Tar Lazio, Roma, sez. I, 21 marzo 2012, n. 2697; Cons. St., sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6388.

²¹ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 27 agosto 2014, n. 4366; *Id.*, 14 maggio 2013, n. 2607.

questioni interpretative. Da un lato, quella riguardante la delimitazione dell'ambito cui va ritenuta estesa la previsione di un obbligo di motivazione per i provvedimenti concernenti lo svolgimento dei pubblici concorsi. Dall'altro, quella concernente l'effettiva consistenza del predetto obbligo motivazionale e, in particolare, la possibilità di ritenerlo adeguatamente assolto con la sola forma numerica.

2.1. *Il perimetro oggettivo dell'obbligo di motivazione: la nozione di 'pubblici concorsi'*

Quanto al primo profilo, la scienza giuridica e la giurisprudenza tendono a fornire un'interpretazione estensiva della disposizione di cui all'articolo 3, comma 1. La locuzione «procedure concorsuali», infatti, andrebbe riferita tanto ai concorsi indetti per l'assunzione presso la pubblica amministrazione quanto alle procedure volte all'affidamento di contratti pubblici²².

Al fine di un corretto inquadramento della previsione in esame, occorre, altresì, tenere conto delle già richiamate innovazioni derivanti dalla privatizzazione del pubblico impiego. Prima fra tutte, la trasformazione della natura dell'attività con cui il datore di lavoro gestisce il rapporto medesimo da attività autoritativa e provvedimentale ad attività privatistica²³.

Delle predette considerazioni occorre fare applicazione nel perimetrare l'effettiva portata del riferimento contenuto nell'articolo 3, comma 1,

²² L'articolo 97, comma 4, della Costituzione prescrive che «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge». La *ratio* della disposizione affonda le sue radici nell'articolo 6, quarto periodo, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo cui «Tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi occhi, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti». In dottrina, si richiama l'organica trattazione di G. GALLENCA, *Pubblico impiego, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. II, Agg., UTET, Torino, 2008, pp. 695 ss. Poi si veda anche, C. PINELLI, *La pubblica amministrazione*, in *Commentario alla Costituzione*, fondato da G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994, pp. 31 ss.; R. IANNOTTA, *Concorso a pubblico impiego, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. III, UTET, Torino, 1989, pp. 329 ss.; M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 631 ss.

²³ Sul punto, merita segnalare la previsione di cui all'articolo 63, comma 1, del D.lgs. n. 165 del 2001, che devolve alla cognizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, proprio sull'assunto della natura non autoritativa dell'attività di gestione di tali rapporti.

della legge n. 241 del 1990 ai provvedimenti concernenti lo svolgimento dei pubblici concorsi²⁴.

Secondo una prima ricostruzione, l'obbligo di motivazione riguarderebbe gli atti adottati nella gestione dei pubblici concorsi, la cui contestazione rientra ancora nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo²⁵. Il riferimento allo svolgimento del concorso, piuttosto che al solo esito dello stesso, quindi, permetterebbe di assoggettare all'obbligo di motivazione tutti gli atti del procedimento concorsuale. La portata onnicomprensiva dell'articolo 3 comporterebbe, dunque, che tutti i provvedimenti autonomamente attinenti al concorso (dallo stadio iniziale alla fase conclusiva) dovrebbero essere motivati, ad eccezione di quelli aventi carattere meramente preparatorio o consequenziale rispetto ai precedenti. Peraltro, anche a seguito della privatizzazione del pubblico impiego, le procedure concorsuali finalizzate alla costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di una pubblica amministrazione rimangono atti pubblicistici e, in quanto tali, rientrano nell'ambito applicativo del citato articolo 3. Prima della costituzione del rapporto di lavoro privatizzato, infatti, la pubblica amministrazione agisce esercitando un potere di carattere autoritativo – *iure imperii* – volto alla comparazione e selezione dei candidati.

Un approccio letterale al primo comma dell'articolo 3, nella parte in cui esige la motivazione con riferimento allo svolgimento dei pubblici concorsi, potrebbe, invece, conferire fondamento all'assunto per cui la motivazione sia richiesta per i soli provvedimenti applicativi, derivanti e conseguenti dal bando di indizione del concorso, «inteso come atto di autovincolo e norma parametro», inderogabile anche per la stessa pubblica amministrazione²⁶.

Se non si dubita circa l'obbligo di motivazione dei provvedimenti

²⁴ Attraverso il meccanismo concorsuale si individuano i candidati più capaci e si persegue l'imparzialità e l'efficacia amministrativa. Tale affermazione si pone in linea con quanto statuito dalla Corte Costituzionale nelle sentenze 16 maggio 2002, n. 194 e 26 gennaio 2004, n. 34. In dottrina si richiama l'approfondito contributo di S. BATTINI, *Concorsi interni e cittadini esterni: la difficile coabitazione degli istituti di reclutamento e di carriera* in «Giorn. dir. amm.», 2004, 6, pp. 611 ss. Poi si veda anche, G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Parte speciale, vol. II, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1139 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in «Foro amm. Cons. St.» 2002, 1, pp. 1994 ss.

²⁵ L'articolo 63, comma 4, D.lgs. n. 165 del 2001, prescrive che «Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni [...]».

²⁶ Si esprime in questi termini, CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., p. 455.

successivi all'atto di indizione della procedura concorsuale, qualche perplessità potrebbe, invece, sollevarsi in ordine all'obbligo di motivazione dell'atto recante il bando di concorso. Quest'ultimo, infatti, in quanto atto generale, rivolto ad un numero incerto di destinatari, dovrebbe essere sottratto all'obbligo di motivazione, rientrando nelle eccezioni previste dall'articolo 3, comma 2, della legge n. 241 del 1990²⁷. A *fortiori*, la predetta conclusione varrebbe anche per la determinazione dell'amministrazione di indire il concorso, laddove distinta dal bando. Anche tale manifestazione di volontà provvedimentoale, infatti, oltre che avere una platea di destinatari finali indeterminata – i possibili candidati – nella parte in cui si rivolge ad altri organi o uffici della medesima amministrazione «è atto interno e, come tale, non deve essere accompagnato da alcuna motivazione, non essendo ex se impugnabile»²⁸.

Tale ricostruzione non è, tuttavia, esente da critiche. Se, infatti, la determinazione della pubblica amministrazione di indire il concorso incida o sia potenzialmente idonea ad incidere su posizioni giuridiche soggettive consolidate, la stessa dovrebbe ritenersi immediatamente impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, oltre che soggetta all'obbligo di motivazione *ex* articolo 3, legge n. 241 del 1990, in funzione di garanzia e trasparenza.

Ulteriore questione riguarda l'estensione dell'obbligo di motivazione con particolare riguardo agli atti adottati nell'ambito di procedure concorsuali interne, essendo discussa la natura giuridica delle medesime²⁹. In particolare, il problema interpretativo si pone relativamente alla disposizione di cui all'articolo 63, comma 4, D.lgs. n. 165 del 2001, che riconosce la giurisdizione amministrativa con esclusivo riferimento alle controversie riguardanti «le procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni».

Ci si è chiesti se nella locuzione «assunzione» possano farsi rientrare anche i concorsi interni, oltre alle procedure finalizzate a consentire per la prima volta l'ingresso del vincitore nei ruoli dell'amministrazione. La giurisprudenza amministrativa sottolinea, anzitutto, come, nell'ambito dei concorsi interni, si debba distinguere tra: (i) progressioni verticali, volte al passaggio dei dipendenti ad una fascia o area superiore; (ii) progressioni

²⁷ In tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. I, 26 ottobre 2018, n. 10388.

²⁸ In tal senso, Tar Puglia, Bari, sez. II, 7 ottobre 2013, n. 1359; Tar Piemonte, Torino, sez. II, 9 novembre 2011, n. 1184; Cons. St., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7243; *Id.*, 11 maggio 2009, n. 2876.

²⁹ Si tratta di concorsi indetti dalla pubblica amministrazione per soggetti che sono già dipendenti pubblici e finalizzati alla loro progressione orizzontale e verticale.

orizzontali, volte al passaggio di livello dei dipendenti nell'ambito della medesima area o categoria. A ben vedere, solo le prime potrebbero essere ricondotte nel novero delle procedure concorsuali, con conseguente applicazione dell'obbligo motivazionale, *ex* articolo 3, comma 1, legge n. 241 del 1990³⁰. Le seconde, invece, rientrerebbero nell'ambito della gestione del rapporto di lavoro e andrebbero, dunque, qualificate alla stregua di atti negoziali di natura privatistica, come tali esclusi dall'obbligo di motivazione³¹. A sostegno della predetta ricostruzione, si precisa, tra l'altro, che la giurisdizione del giudice ordinario è limitata alle controversie inerenti ai concorsi interni implicanti il passaggio da una qualifica all'altra nell'ambito della stessa area, residuando nelle altre ipotesi la giurisdizione del giudice amministrativo³².

2.2. Come e quanto motivare gli atti dei pubblici concorsi: le oscillazioni tra la motivazione numerica implicita e il giudizio (negativo) espresso

Per i provvedimenti concernenti lo svolgimento dei pubblici concorsi si è posto il problema della effettiva consistenza dell'obbligo di motivazione richiesto espressamente dall'articolo 3, comma 1, legge n. 241 del 1990. In particolare, il dibattito scientifico e giurisprudenziale si è sviluppato intorno alla possibilità di ritenere l'obbligo motivazionale assolto mediante l'indicazione del solo punteggio numerico, così escludendo la necessità di un giudizio ulteriore. Tale questione interessa sia i concorsi pubblici volti all'assunzione del personale, sia i concorsi pubblici di abilitazione, che mirano ad accertare i requisiti attitudinali e tecnici necessari allo svolgimento di determinate professioni intellettuali³³.

Il quadro normativo di riferimento non fornisce, in merito, alcuna

³⁰ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 20 agosto 2015, n. 3959; Cons. St., sez. III, 10 luglio 2014, n. 3537; Cons. St., sez. V, 27 maggio 2014, n. 2721; Cons. St., sez. III, 13 maggio 2014, n. 2458; Cons. St., sez. V, 6 luglio 2010, n. 4313.

³¹ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2006, n. 5938; *Id.*, 30 marzo 2005, n. 1355.

³² In tal senso, *ex multis*, Cass. civ., SS.UU., 13 luglio 2007, n. 15662; *Id.*, 19 febbraio 2007, n. 3717. Si veda anche, Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3799; Cons. St., sez. III, 22 aprile 2013, n. 2237; Cons. St., sez. V, 9 aprile 2013, n. 1944.

³³ L'articolo 33, comma 5, della Costituzione prescrive «[...] un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale». Per un'analisi esaustiva del disposto di cui all'articolo 33, comma 5, della Costituzione, si rinvia a Q. CAMERLENGO, *Commento all'art. 33 della Costituzione*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE, R. BIN, Cedam, Padova, 2008, pp. 322 ss.; DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, cit.

indicazione chiara e risolutiva³⁴. Il legislatore, infatti, in alcuni casi impone *sic et simpliciter* l'obbligo di motivare i punteggi attribuiti; in altri casi opera una distinzione tra atti sfavorevoli e favorevoli, richiedendo la motivazione in forma discorsiva solo qualora il giudizio sia di non idoneità; e in altri ancora si limita a richiedere il voto numerico³⁵.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, la giurisprudenza era orientata nel senso di negare l'esigenza di una motivazione ulteriore rispetto all'attribuzione di un punteggio numerico per le prove di esame, poiché «il giudizio della Commissione si esterna *ex se* nella graduazione del punteggio assegnato»³⁶. Successivamente all'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, si sono affermati diversi orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo indirizzo, l'obbligo di motivazione dei giudizi inerenti alle prove scritte e orali di un concorso sarebbe correttamente adempiuto con la semplice attribuzione di un punteggio numerico. Tale punteggio si configurerebbe quale «formula sintetica, ma non per questo non eloquente, di esternazione della valutazione tecnica compiuta dalla commissione esaminatrice»³⁷. L'obbligo di motivazione sarebbe previsto esclusivamente in relazione all'attività provvedimentale, nella quale non rientrano i giudizi e le valutazioni.

A sostegno del predetto orientamento, si richiama, tra l'altro, anche

³⁴ Si esprime in tal senso anche, S. BACCARINI, *Motivazione ed effettività della tutela*, in «Federalismi.it», 2007.

³⁵ Si ha specificamente riguardo: (i) al D.p.R. 9 maggio 1994, n. 487, «Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi»; (ii) al D.lgs. n. 166 del 2006, recante «Norme in materia di concorso notarile, pratica e tirocinio professionale, nonché in materia di coadiutori notari in attuazione dell'articolo 7, comma 1, della legge 28 novembre 2005, n. 246»; (iii) al D.lgs. n. 160 del 2006, recante «Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150».

³⁶ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 26 luglio 1985, n. 267; Cons. St., sez. IV, 12 luglio 1989, n. 461; *Id.* 27 dicembre 1989, n. 999. Di segno contrario, Cons. St., sez. V, 20 giugno 1987, n. 400, secondo cui la pubblica amministrazione «deve esplicitare, nel verbale delle operazioni concorsuali, le ragioni per le quali è stato attribuito un diverso punteggio ai candidati».

³⁷ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2564; Cons. St., sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2110; Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 253; Cons. St., sez. III, 9 giugno 2014, n. 2699; *Id.*, 10 aprile 2014, n. 1733; Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1235; Cons. St., sez. IV, 5 settembre 2013, n. 4457; *Id.*, 11 maggio 2013, n. 4130; Cons. St., sez. V, 5 luglio 2012, n. 3943; Cons. St., sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3003; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 27 giugno 2011, n. 1089; Tar Puglia, Bari, sez. II, 4 giugno 2010, n. 2243; Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2008, n. 924; Tar Lazio, Roma, sez. I, 20 febbraio 2008, n. 1521.

la natura tecnica della discrezionalità esercitata dall'amministrazione nell'ambito delle procedure concorsuali. L'amministrazione esprime una valutazione alla stregua di criteri tecnici opinabili e a risultato non oggettivamente verificabile; «si versa pertanto nell'ambito della cosiddetta discrezionalità tecnica, dovendosi attribuire un giudizio, frutto di valutazioni discendenti da criteri predefiniti», e non vi sarebbe alcun obbligo di motivazione³⁸. Qualora le amministrazioni non si siano vincolate, in sede di elaborazione dei criteri di giudizio, a dare conto in maniera puntuale di alcuni elementi di valutazione numerica, il punteggio attribuito alle prove non avrebbe bisogno di essere accompagnato da un'esplicita motivazione³⁹. Ciò equivale a dire che, fuori dalle ipotesi di una commissione di concorso che autovincoli la propria discrezionalità, predeterminando *expressis verbis* ulteriori elementi di verbalizzazione e conoscenza del proprio interno processo decisionale-valutativo, l'attribuzione di un punteggio numerico è, di per sé sola, sufficiente a rappresentare, seppur in forma sintetica, la valutazione compiuta dalla commissione di concorso⁴⁰. In altre parole, i

³⁸ Si veda, *ex multis*, Tar Puglia, Bari, sez. I, 22 gennaio 2020, n. 65; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 11 febbraio 2019, n. 288; Cons. St., sez. V, 7 dicembre 2017, n. 5775, secondo cui «nei pubblici concorsi il voto numerico esprime e sintetizza il giudizio tecnico discrezionale della commissione, contenendo in sé stesso la motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni o chiarimenti cui non può essere opposta una perizia esterna, poiché ciò dovrebbe tradursi nell'applicazione di norme tecniche contenute in una legge scientifica universale sulla discrezionalità tecnica della commissione, che nel caso dovrebbe esprimersi tramite principi giuridici assoluti ed incontrastati, allorché è rimesso invece alla commissione la fissazione di criteri generali e la modulazione di quanto scritto nei singoli elaborati rispetto a detti criteri»; Cons. St., sez. IV, 7 maggio 2007, n. 1971, secondo cui «nell'esercizio della discrezionalità tecnica l'amministrazione non sceglie tra più interessi quello prevalente, ma formula un giudizio di valore in applicazione di nozioni di carattere tecnico. In tali ipotesi, pertanto, non grava sulla pubblica amministrazione un vero e proprio obbligo di motivazione, occorrendo al più dimostrare la correttezza del procedimento seguito e il rispetto delle regole preventivamente stabilite dalla *lex specialis*».

³⁹ Si veda, Cons. St., sez. IV, 27 settembre 2016, n. 3946, secondo cui «dopo l'entrata in vigore dell'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 i provvedimenti della commissione esaminatrice degli aspiranti avvocati, che rilevano l'inidoneità delle prove scritte e non li ammettono all'esame orale, vanno di per sé considerati adeguatamente motivati anche quando si fondano su voti numerici, attribuiti in base ai criteri da essa predeterminati, senza necessità di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, valendo comunque il voto a garantire la trasparenza della valutazione [...] la circostanza per la quale sugli elaborati non sia stato apposto alcun segno grafico di correzione non costituisce elemento significativo da cui desumere la carenza di motivazione giacché la necessaria correlazione con i predeterminati criteri di valutazione è comunque garantita dalla graduazione ed omogeneità delle valutazioni effettuate mediante l'espressione della cifra del voto».

⁴⁰ Si veda, Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 14 gennaio 2015, n. 25.

punteggi numerici «rappresentano di per sé l'implicita motivazione senza necessità [...] di alcuna ulteriore specificazione»⁴¹. Il voto numerico attribuito dalle commissioni alle prove – scritte o orali – di un concorso pubblico o di un esame di abilitazione dovrebbe considerarsi pienamente legittimo, in quanto espressione e sintesi del giudizio tecnico-discrezionale della medesima commissione, non necessitando di ulteriori chiarimenti o specificazioni⁴². La cosiddetta motivazione numerica risponderebbe a quelle esigenze di speditezza ed economicità nello svolgimento dell'attività amministrativa, richiamate dall'articolo 1 della legge n. 241 del 1990 e riassunte nel principio di buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione⁴³.

Merita, inoltre, sottolineare che «le valutazioni espresse da una Commissione di concorso nelle prove scritte e orali dei candidati costituiscono espressione di un'ampia discrezionalità tecnica e, come tali, sfuggono al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano inficiate, ictu oculi, da eccesso di potere, sub specie delle figure sintomatiche dell'arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità e travisamento dei fatti»⁴⁴. Anche tale assunto si pone a sostegno della tesi che accoglie l'esaustività della motivazione numerica.

All'approccio interpretativo sopra illustrato vanno, altresì, ricondotte quelle pronunce che, pur ammettendo il giudizio numerico, affermano la necessità di una motivazione esplicita e ulteriore a fronte di ipotesi peculiari. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui vi siano valutazioni macroscopicamente differenti della stessa prova scritta da parte dei singoli commissari; nonché all'ipotesi in cui alla procedura selettiva partecipi un solo candidato⁴⁵.

Secondo un contrapposto indirizzo, dall'applicazione del disposto di

⁴¹ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2544; *Id.*, 9 settembre 2009, n. 5410; *Id.*, 3 marzo 2009, n. 1223.

⁴² Si veda, *ex multis*, Tar Puglia, Bari, sez. I, 22 gennaio 2020, n. 65; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 11 febbraio 2019, n. 288; Cons. St., sez. V, 7 dicembre 2017, n. 5775; *Id.*, 30 novembre 2015, n. 5407.

⁴³ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2010, n. 835; *Id.*, 3 dicembre 2010, n. 8504; *Id.*, 22 aprile 2009, n. 2242; *Id.*, 19 settembre 2008, n. 4512. Per l'attività consultiva, *ex multis*, Cons. St., sez. II, 7 ottobre 2015, n. 2763; *Id.*, 9 luglio 2015, n. 2011; *Id.*, 7 aprile 2014, n. 1141; *Id.*, 12 febbraio 2014, n. 531.

⁴⁴ Si veda, Cons. St., sez. IV, 29 dicembre 2014, n. 6387; *Id.* 16 marzo 2009, n. 1524; *Id.*, 22 giugno 2006, n. 3924.

⁴⁵ Con riguardo alla prima ipotesi, si veda, Tar Umbria, Perugia, sez. I, 1° febbraio 2011, n. 41; Cons. St., sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8504; *Id.*, 14 aprile 2006, n. 2127; *Id.*, 26 maggio 2006, n. 3147; *Id.*, 14 gennaio 2005, n. 110; *Id.*, 5 agosto 2005, n. 4165. Con riguardo alla seconda ipotesi, si veda Cons. St., sez. V, 19 settembre 1995, n. 1323.

cui all'articolo 3 della legge n. 241 del 1990, discenderebbe un obbligo di puntuale motivazione anche degli atti che costituiscono esito di procedure concorsuali avvenute attraverso prove scritte o orali, attesa la ritenuta insufficienza della valutazione numerica⁴⁶. Si tratta, a ben vedere, di un orientamento che sottolinea come il punteggio numerico sia espressione del solo risultato e non anche della motivazione del giudizio valutativo. Il candidato, a fronte della sola valutazione numerica, non sarebbe in grado di conoscere le ragioni sottese ad un eventuale giudizio negativo⁴⁷. Al candidato, invece, dovrebbe essere assicurato il diritto di conoscere tali ragioni, in modo da poter valutare consapevolmente la possibilità di agire in giudizio⁴⁸. Il rispetto degli anzidetti principi imporrebbe, quindi, che alla valutazione sintetica di semplice non idoneità si accompagnino ulteriori elementi, sulla scorta dei quali sia consentito ricostruire *ab externo* la motivazione del giudizio valutativo⁴⁹.

La *ratio* sottesa a tale orientamento è chiaramente quella di consentire al destinatario di comprendere le ragioni positive o negative della valutazione. Il voto numerico dovrebbe necessariamente essere accompagnato da una formula descrittiva – anche sintetica – volta a far emergere i pregi e i difetti dell'elaborato, alla luce dei parametri di giudizio stabiliti *ex ante* dalla commissione. È solo questa formula descrittiva, infatti, che permetterebbe al candidato di percepire l'*iter* logico seguito nella formulazione dei giudizi da parte della commissione esaminatrice e dei criteri predeterminati che la stessa ha applicato nel caso concreto, oltre che garantire l'uniformità di giudizio e la *par condicio* tra i candidati e, con essi, il rispetto del principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione.

L'aver ricompreso, *expressis verbis*, i provvedimenti relativi allo

⁴⁶ In tal senso, *ex multis*, Cons. giust. amm. Sicilia, ord., 18 dicembre 2015, n. 764; *Id.*, ord., 20 novembre 2015, n. 653; Tar Liguria, Genova, sez. II, 29 novembre 2012, n. 1531; Cons. St., sez. V, 1° settembre 2009, n. 5145; Cons. St., sez. V, 8 giugno 2007, n. 3012; Cons. St., sez. IV, 17 maggio 2004, n. 2881; Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2003, n. 8105; *Id.*, 25 luglio 2003, n. 4282; Tar Veneto, sez. I, 21 gennaio 2002, n. 137.

⁴⁷ In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, ord., sez. III, 5 agosto 2014, n. 3919; *Id.*, 18 luglio 2014, n. 3357; Tar Campania, Napoli, sez. II, 15 giugno 2007, n. 6195; Tar Lazio, Roma, sez. VI, 25 luglio 2003, n. 4282.

⁴⁸ Si veda, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 15 giugno 2010, n. 2552; *Id.* 28 ottobre 2009, n. 2665; Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 15 aprile 2008, n. 304.

⁴⁹ In tal senso, *ex multis*, Tar Puglia, sez. I, 27 aprile 2012, n. 826; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 22 dicembre 2010, n. 4813; Tar Lazio, Roma, sez. I, 20 settembre 2010, n. 32355; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 1° dicembre 2009, n. 2393; Tar Veneto, Venezia, sez. I, 15 giugno 2009, n. 1774; Cons. St., sez. IV, 16 settembre 2004, n. 6007; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 974.

svolgimento delle procedure concorsuali tra quelli soggetti all'obbligo di motivazione, *ex* articolo 3 della legge n. 241 del 1990, costituisce un ulteriore argomento a sostegno della insufficienza del solo punteggio numerico⁵⁰. Si osserva, infatti, che i provvedimenti finali dei procedimenti concorsuali sono comunemente motivati con il semplice richiamo agli atti del procedimento. Ne deriva che, l'esclusione dell'obbligo motivazionale, con riferimento ai giudizi valutativi, si tradurrebbe nell'espunzione della motivazione dall'intero ambito dei suddetti procedimenti, con palese violazione del dettato normativo, che, onde evitare incertezze applicative e interpretative, richiede espressamente la motivazione dei provvedimenti attinenti allo svolgimento dei pubblici concorsi⁵¹.

Sul punto, pare opportuno richiamare anche la disposizione di cui all'articolo 12, comma 1, d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, che impone alla commissione esaminatrice di stabilire, *ex ante*, i criteri di valutazione delle prove di concorso, limitando, di fatto, il proprio potere di apprezzamento⁵². Tale norma sarebbe svuotata di contenuto, laddove non si prevedesse di motivare le modalità di applicazione dei criteri medesimi.

Le pronunce in cui si aderisce al predetto orientamento, tuttavia, non sempre affermano la necessità di un'esplicita argomentazione delle ragioni sottese alla valutazione espressa dalla commissione giudicatrice. In taluni casi, infatti, si richiede soltanto che al punteggio numerico si accompagnino degli ulteriori elementi sulla base dei quali si possa ricostruire, dall'esterno, la motivazione del giudizio. Si ha, in particolare, riguardo alla formulazione dettagliata dei criteri di valutazione stabiliti *ex ante* da parte della

⁵⁰ Si veda, Tar Campania, Napoli, sez. V, 14 luglio 2011, n. 3831, secondo cui «quando si fa luogo al raffronto tra le posizioni dei diversi candidati, deve essere assicurata, quanto meno in forma sintetica, l'esternazione delle ragioni sottese alle valutazioni della Commissione, rendendo percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio, se non attraverso diffuse esternazioni verbali relative al contenuto delle prove, quanto meno mediante taluni elementi che concorrano ad integrare e chiarire la valenza del punteggio, esternando le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica. Ciò appare consona non solo al sacrosanto principio di trasparenza cui l'intera attività amministrativa deve conformarsi, ma allo stesso disposto dell'articolo 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 [...]». Nello stesso senso, Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 31 ottobre 2007, n. 820; *Id.*, 31 ottobre 2006, n. 1677; Cons. St., sez. IV, 7 maggio 2004, n. 2881.

⁵¹ Si veda, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 4 agosto 2006 n. 2307.

⁵² L'articolo 12, comma 1, d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, recante «Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi», prescrive che «le commissioni esaminatrici, alla prima riunione stabiliscono i criteri e le modalità di valutazione delle prove concorsuali, da formalizzare nei relativi verbali, al fine di assegnare i punteggi attribuiti alle singole prove».

commissione esaminatrice, all'apposizione di note o, comunque, segni grafici a margine dell'elaborato, che permettano di individuare gli aspetti della prova valutati negativamente dalla commissione⁵³. Si tratta di una soluzione mediana che sembrerebbe coniugare le esigenze di trasparenza e giustiziabilità con quelle di speditezza e non aggravamento.

Di particolare interesse, ai fini della ricostruzione dei termini e delle possibili soluzioni del problema, è anche la legislazione speciale.

L'articolo 9, comma 3, d.P.R. 27 marzo 2001, n. 220, relativo ai concorsi in ambito sanitario, prevede che «la commissione, alla prima riunione, stabilisce i criteri e le modalità di valutazione, da formulare nei verbali, delle prove concorsuali ai fini della motivazione dei punteggi attribuiti alle singole prove»⁵⁴.

L'articolo 11, comma 5, D.lgs. 24 aprile 2006 n. 166, nel disciplinare le modalità di correzione delle prove scritte del concorso notarile, prevede espressamente che «il giudizio di non idoneità è motivato»⁵⁵. Nel giudizio di idoneità, il punteggio vale motivazione [...]» e il successivo articolo 12, comma 5, relativo alle modalità di svolgimento delle prove orali, dispone che «la mancata approvazione è motivata. Nel caso di valutazione positiva il punteggio vale motivazione [...]»⁵⁶.

Il tenore delle predette disposizioni è imperativo: il punteggio che stabilisce l'inidoneità del candidato deve necessariamente essere accompagnato da una motivazione che esteri le ragioni sottese alla inidoneità⁵⁷.

⁵³ Si veda, Cons. St., sez. VI, 30 aprile 2003, n. 2331.

⁵⁴ D.P.R. 27 marzo 2001, n. 220, recante «Regolamento recante disciplina concorsuale del personale non dirigenziale del Servizio sanitario nazionale».

⁵⁵ D.lgs. 24 aprile 2006 n. 166, recante «Norme in materia di concorso notarile, pratica e tirocinio professionale, nonché in materia di coadiutori notarili in attuazione dell'articolo 7, comma 1, della legge 28 novembre 2005, n. 246».

⁵⁶ Sul punto, si veda, Cons. St., sez. IV, 27 aprile 2012, n. 2484; Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 luglio 2010, n. 27760.

⁵⁷ Si veda, Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 30 luglio 2010, n. 3313, secondo cui la valutazione di una prova concorsuale «costituisce l'espressione di un giudizio tecnico-discrezionale, che si esaurisce nell'ambito del procedimento concorsuale, allorché tale giudizio è positivo, di modo che essa può essere resa con un semplice voto numerico e rappresenta al tempo stesso, oltre che un giudizio, un provvedimento amministrativo che conclude il procedimento concorsuale, tutte le volte in cui alle prove di un candidato venga attribuito un punteggio insufficiente, donde la necessità, in tale ipotesi, che all'assegnazione del voto faccia seguito l'espressione di un giudizio di non idoneità, con il quale vengano esplicitate le ragioni della valutazione negativa, conformemente al disposto di cui all'articolo 3, legge n. 241 del 1990, ove questo venga interpretato - conformemente all'orientamento prevalente - nel senso che la motivazione è necessaria solo per gli atti aventi contenuto provvedimentale». Contrariamente a quanto accade nel caso di valutazione positiva di una prova scritta, nell'ipotesi di giudizio

L'articolo 46, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, nel disciplinare le modalità di accesso alla professione forense, dispone che «la commissione annota le osservazioni positive o negative nei vari punti di ciascun elaborato, le quali costituiscono motivazione del voto che viene espresso con un numero pari alla somma dei voti espressi dai singoli componenti»⁵⁸. Dalla lettura della norma emerge, chiaramente, la volontà di accompagnare il voto espresso in forma numerica da una motivazione ulteriore, consistente nell'annotazione di osservazioni positive o negative. La *voluntas legis* è, dunque, orientata nel senso di ritenere insufficiente la mera votazione numerica. Le annotazioni che accompagnano e seguono il voto espresso in forma numerica si pongono, senza dubbio, a maggior garanzia dell'accesso individuale alla professione forense, consentendo di fatto al privato interessato di poter conoscere le ragioni alla base delle valutazioni tecnico-discrezionali della commissione esaminatrice. Il legislatore, tuttavia, con la disposizione di cui all'articolo 49 della legge n. 247 del 2012 – a più riprese oggetto di proroga – ha previsto una fase transitoria, disponendo che per i primi sette dall'entrata in vigore di tale legge, l'esame di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato si effettua, sia per quanto riguarda le prove scritte e orali, sia per quanto riguarda le modalità di esame, secondo le norme previgenti⁵⁹.

Le disposizioni speciali sopra descritte rappresentano un valido esempio di ipotesi in cui lo stesso legislatore ha ampliato e intensificato il contenuto dell'obbligo di motivazione, avendo riguardo soprattutto alle decisioni di carattere negativo.

È possibile una duplice lettura di tale andamento legislativo. Secondo un'interpretazione più restrittiva, si potrebbe sostenere che l'obbligo di motivare la valutazione negativa con un giudizio (motivato) che accompagni quello numerico sia limitato ai soli casi espressamente previsti

negativo la commissione è tenuta ad una disamina maggiormente approfondita degli elaborati per giustificare adeguatamente e compiutamente il proprio operato.

⁵⁸ Legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense». Si veda anche il d.m. 25 febbraio 2016, n. 48, recante «Regolamento recante disciplina delle modalità e delle procedure per lo svolgimento dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense e per la valutazione delle prove scritte e orali».

⁵⁹ In passato, la disciplina dell'esame di stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense si rinveniva: (i) negli articoli da 20 a 22 del R.d.l. 27 novembre 1933, n. 1579, convertito con modificazioni nella legge 22 gennaio 1934, n. 36; (ii) negli articoli da 15 a 34 del R.d. 22 gennaio 1934, n. 37. Le predette normative sono state successivamente modificate dal decreto legge 21 maggio 2003, n. 112, convertito con modificazioni nella legge 18 luglio 2003, n. 180.

dalla legge⁶⁰. Ciò sull'assunto che si tratta pur sempre di norme speciali non suscettibili di applicazione analogica, sia essa intesa come analogia *legis* che analogia *juris*. Tuttavia, accedendo ad una lettura sistematica delle richiamate disposizioni speciali e tenendo conto della molteplicità di esse, si potrebbe ritenere che le stesse siano informate e rispondano ad un principio generale dell'ordinamento, estensibile anche alle fattispecie non espressamente previste dalla legge⁶¹. L'insieme delle citate disposizioni speciali potrebbe rappresentare il nucleo normativo dal quale dedurre, in via inferenziale, un nuovo contenuto dell'obbligo di motivazione delle decisioni di segno negativo nei concorsi pubblici.

In senso opposto alla tendenza prevalente nella normativa speciale di settore, occorre segnalare la legge 30 luglio 2007, n. 111, che, nella parte relativa alle modalità di accesso alla carriera giudiziaria, ha previsto, in caso di valutazione negativa della prova, la sufficienza di una motivazione consistente nella semplice indicazione della formula «non idoneo» e l'indicazione del voto in cifre⁶².

⁶⁰ In tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. I, 5 febbraio 2015, n. 2153, secondo cui «la scelta legislativa sottesa alla previsione della mera indicazione della “non idoneità”, in presenza di elaborati che non conseguano la soglia minima della sufficienza, non introduce alcuna disparità di trattamento che possa essere sanzionata sotto il profilo dell'illegittimità costituzionale rispetto ai candidati del concorso notarile, e men che meno rispetto ai candidati all'esame di abilitazione alla professione di avvocato, attesa la assoluta disomogeneità della posizione di questi ultimi nei confronti dei candidati del concorso per l'accesso in magistratura. Si tratta, infatti, di procedure concorsuali del tutto eterogenee, indirizzate alla provvista di liberi professionisti, ancorché investiti di pubbliche funzioni, o all'abilitazione all'esercizio di libera professione, incomparabili con la selezione di funzionari pubblici di elevata professionalità, quali i magistrati»; Tar Lazio, Roma, sez. I, 6 settembre 2012, n. 7590.

⁶¹ Si veda, Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 14 settembre 2006, n. 1446, secondo cui nella procedura di esame per l'iscrizione all'ordine degli avvocati trova applicazione, in via analogica, la disciplina della procedura di valutazione del concorso notarile, per il quale l'articolo 11, comma 5, D.lgs. n. 166 del 2006, dispone che il giudizio di non idoneità è motivato e nel giudizio di idoneità il punteggio vale motivazione ed il successivo articolo 12, comma 5, nel disciplinare le modalità di svolgimento delle prove orali, dispone che la mancata approvazione è motivata mentre nel caso di valutazione positiva il punteggio vale motivazione.

⁶² Legge 30 luglio 2007, n. 111, recante «Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150». In giurisprudenza, si veda, Tar Lazio, Roma, sez. I, 5 febbraio 2015, n. 2153. La pronuncia, dopo aver ribadito l'«adeguatezza della motivazione riferita a quella peculiare categoria di atti amministrativi rappresentati dai giudizi valutativi delle prove dei concorsi pubblici, per i quali è sufficiente l'attribuzione del voto numerico o, come nella specie, la dichiaratoria di non idoneità qualora l'elaborato o la prova orale non raggiunga nemmeno la soglia della sufficienza, senza la necessità di ulteriori indicazioni e chiarimenti a mezzo di proposizioni esplicative, e, per

Stante la centralità dell'istituto concorsuale, si ritiene che difficilmente possa prescindersi dall'esigenza di una motivazione idonea a permettere al candidato la comprensione delle ragioni ostative al conseguimento del bene della vita anelato. L'impostazione giurisprudenziale che sottolinea la necessità di porre il candidato nella condizione di ripercorrere l'*iter* logico seguito dalla commissione d'esame per la formulazione del giudizio, attraverso l'autovincolo della predeterminazione dei criteri di valutazione o l'apposizione di segni grafici sul singolo elaborato, sembra essere maggiormente condivisibile⁶³.

quanto concerne le prove scritte, di glosse, annotazioni e segni grafici (Cons. St., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4528; Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2010, n. 835; Id. 13 gennaio 2010, n. 92, 11 maggio 2009, n. 2880 e 11 luglio 2008, n. 3480; Tar Lazio, Roma, sez. I, 15 febbraio 2012, n. 1571)» afferma che il giudizio reso con la formula 'non idoneo' «appare pienamente conforme al dettato dell'articolo 1, comma 5, D.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, recante, tra l'altro, la nuova disciplina per l'accesso in magistratura. [...] il legislatore ha ritenuto, nell'ambito di ragionevole esercizio della propria discrezionalità, di ragguagliare il giudizio di insufficienza di tutti gli elaborati e prove orali all'unica formula "non idoneo", piuttosto che esigere, per quanto concerne le prove orali, una votazione numerica articolata su una scala da 1 a 10, tenuto conto dell'irrelevanza obiettiva dell'attribuzione di un voto numerico a prove giudicate inferiori alla soglia della sufficienza». Nello stesso senso, Cons. St., sez. II, 20 marzo 2015, n. 863; *Id.*, 7 ottobre 2015, n. 2762; Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1235.

⁶³ Si veda, Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5639, secondo cui «il punteggio numerico è insufficiente a fungere da motivazione nelle ipotesi di inadeguata predeterminazione dei criteri di valutazione»; Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 2015, n. 5793, secondo cui «nei concorsi pubblici il punteggio numerico è di per sé idoneo a sorreggere l'obbligo motivazionale richiesto dall'articolo 3, l. n. 241/90, se sono stati previamente determinati adeguati criteri di valutazione». Nello stesso senso, Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 2014, n. 181, che sebbene affermi che «è sufficientemente adempiuto (l'obbligo motivo) con l'attribuzione di un punteggio numerico, configurandosi quest'ultimo come formula sintetica, ma eloquente, che esterna la valutazione tecnica compiuta dalla Commissione esaminatrice», prosegue chiarendo che detto principio «non esclude che un obbligo di motivazione integrativa possa sussistere, invece, laddove la valutazione tecnica investa giudizi legati all'espressione di nozioni di particolare complessità, nei quali l'aderenza ai criteri preventivamente costituiti, la correttezza delle soluzioni e la coerenza nell'esposizione concettuale si rilevi determinante nella scelta sulla reciproca prevalenza dei candidati nel senso della loro idoneità a ricoprire posizioni lavorative di significativa importanza per l'amministrazione». Sulla necessità che il voto numerico sia accompagnato dalla predeterminazione dei criteri valutativi, si veda, altresì, Cons. St., sez. V, 10 settembre 2012, n. 4786; Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2008, n. 6228; Cons. St., sez. V, 16 settembre 2004, n. 6007; *Id.*, 28 giugno 2004, n. 4782. Si veda anche, Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 563, secondo cui «in presenza del solo punteggio numerico e in assenza di una sia pure sintetica esplicitazione delle ragioni che hanno indotto la Commissione a formulare un giudizio negativo e, comunque, in assenza di note a margine, segni grafici o di altre indicazioni sugli elaborati, con riferimento a eventuali errori commessi, risulta assai difficile da garantire un sindacato giurisdizionale sulla ragionevolezza, coerenza e logicità delle

La questione dell'ammissibilità della cosiddetta motivazione numerica è stata, tra l'altro, oggetto di esame anche da parte della Corte Costituzionale. È stata più volte sollevata questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 – per violazione degli articoli 3, 24, 97 e 113 della Costituzione – «nella parte in cui non si applicherebbe [...] alla valutazione delle prove scritte previste per i concorsi pubblici», così ritenendosi sufficiente la sola valutazione espressa in forma numerica⁶⁴. La Corte Costituzionale ha sempre dichiarato la manifesta inammissibilità della predetta questione di legittimità costituzionale, affermando che la stessa fosse diretta, non tanto a risolvere un dubbio di legittimità costituzionale, quanto piuttosto a risolvere un contrasto giurisprudenziale aperto⁶⁵.

La Consulta si è nuovamente pronunciata sulla problematica, affermando che al candidato è in ogni caso garantita la possibilità di agire in giudizio dinanzi al giudice amministrativo avverso gli atti di valutazione degli elaborati, anche se in essi è espressa una valutazione meramente numerica, valutazione comunque idonea ad esprimere in via sintetica e implicita la motivazione del provvedimento⁶⁶.

La Corte Costituzionale è giunta ad analoghe conclusioni anche con riguardo ad un'ulteriore questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto alcune disposizioni riguardanti l'ordinamento della professione di avvocato, nella parte in cui consentono che i giudizi di non idoneità dei candidati agli esami di abilitazione della professione forense siano motivati con la sola attribuzione del punteggio numerico⁶⁷. Nel dichiarare l'infondatezza della questione, ha osservato che il punteggio numerico «già nella varietà della graduazione attraverso la quale si manifesta, esterna una valutazione che, sia pure in modo sintetico, si traduce in un giudizio di sufficienza o insufficienza [...] che non solo stabilisce se il candidato ha superato o meno la soglia necessaria per accedere alla fase successiva del procedimento valutativo, ma dà anche conto della misura dell'apprezzamento riservato dalla commissione esaminatrice all'elaborato

valutazioni compiute». Nello stesso senso, Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2008, n. 2235; Cons. St., sez. VI, 21 giugno 2005, n. 3204.

⁶⁴ Tar Lombardia, Milano, ord. 28 aprile 2000, n. 135; Tar Puglia Lecce, ordd. 22 settembre 2004, nn. 1009, 1012 e 1014; Tar Emilia Romagna, Bologna, ord., 4 gennaio 2005, n. 114.

⁶⁵ Corte Cost., ord., 3 novembre 2000, n. 446; *Id.*, 14 novembre 2005, n. 419; *Id.*, 27 gennaio 2006, n. 28.

⁶⁶ Corte Cost., 30 gennaio 2009, n. 20.

⁶⁷ Tar Lombardia, Milano, ordd. 6 aprile 2010, n. 217 e 8 aprile 2010, nn. 218, 219, 220 e 221.

e, quindi, al grado di idoneità o inidoneità riscontrato»⁶⁸. Il punteggio espresso deve trovare specifici parametri di riferimento nei criteri di valutazione ed è soggetto al controllo da parte del giudice amministrativo che, pur non potendo sostituire il proprio giudizio a quello espresso dalla commissione, può sindacarlo «nei casi in cui sussistano elementi in grado di porre in evidenza vizi logici, errori di fatto o profili di contraddizione *ictu oculi* rilevabili, previo accesso agli atti del procedimento».

Il suddetto criterio risponderebbe alle più ampie esigenze di buon andamento dell'azione amministrativa che rendono non esigibile, da parte delle commissioni esaminatrici, una dettagliata esposizione delle ragioni che hanno condotto ad un giudizio di inidoneità, avuto riguardo sia ai tempi entro i quali le operazioni concorsuali o abilitative devono essere portate a compimento, sia al numero dei partecipanti alle prove.

Si segnala, infine, che il Consiglio di giustizia per la regione siciliana, rilevando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale ancora insoluto, ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione riguardante l'idoneità del solo punteggio numerico – per la valutazione delle prove scritte all'esame di abilitazione forense – ad esprimere e a sintetizzare il giudizio tecnico-discrezionale della commissione esaminatrice, senza la necessità di ulteriori obblighi motivazionali⁶⁹. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata ribadendo il principio secondo cui, nella vigenza dell'articolo 49 della legge n. 247 del 2012, i provvedimenti della commissione esaminatrice che rilevano l'insufficienza delle prove scritte dei candidati all'esame per l'abilitazione forense sono da considerarsi adeguatamente motivati anche se si fondano su meri voti numerici⁷⁰. Questi ultimi sono attribuiti sulla base dei criteri predeterminati dalla stessa commissione e, pertanto, non necessitano di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, valendo comunque il voto a garantire la trasparenza della valutazione. Ciò che non è del tutto chiaro è se il

⁶⁸ Corte Cost. 8 giugno 2011, n. 175. Sul punto, si veda, F.G. SCOCA, *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in «Giur. cost.», 2011, 3, pp. 2279 ss.

⁶⁹ Cons. giust. amm. Sicilia, ord., 2 maggio 2017, n. 206. In particolare, il Cons. giust. amm. Sicilia ha rimesso all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la decisione delle seguenti questioni: (i) se l'articolo 49 della legge n. 247 del 2012 escluda l'applicazione dell'articolo 46, comma 5 della stessa legge; (ii) se il voto numerico sia capace di sintetizzare il giudizio tecnico-discrezionale della commissione senza ulteriori oneri motivazionali.

⁷⁰ Cons. St., Ad. Plen., 20 settembre 2017, n. 7. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, inoltre, afferma che l'articolo 49 della legge n. 247 del 2012, che rinvia l'entrata in vigore della riforma dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense, comprende (nel rinvio) anche l'innovativa previsione di cui all'articolo 46, comma 5. La norma transitoria non appare affetta da alcuna forma di manifesta irragionevolezza o irrazionalità.

principio espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sia limitato alla fattispecie presa in esame – inidoneità all'esame di abilitazione forense – oppure possa assumere una valenza più ampia e generale, quale principio generale, valevole per l'assolvimento dell'obbligo di motivazione nell'intera materiale concorsuale. Pertanto, si ritorna al problema sopra accennato circa la portata degli obblighi speciali di motivazione e la loro idoneità a fungere da base normativa per l'affermazione di un principio generale estensibile anche al di fuori delle ipotesi previste espressamente dalla legge.

3. I riflessi della privatizzazione del pubblico impiego sull'obbligo motivazionale degli atti di micro-organizzazione

L'articolo 3, comma 1, della legge generale sul procedimento amministrativo prevede uno specifico obbligo di motivazione anche per i provvedimenti «concernenti [...] il personale».

Come già osservato in precedenza, la privatizzazione del pubblico impiego ha ristretto notevolmente l'ambito applicativo degli atti di natura provvedimentale nella materia, costituito ora principalmente dagli atti di macro-organizzazione⁷¹. L'attrazione dei provvedimenti concernenti la gestione del personale (di micro-organizzazione) nel novero degli atti di diritto privato sembrerebbe svuotare di contenuto quanto in proposito previsto dall'articolo 3 della legge n. 241 del 1990⁷². Le disposizioni

⁷¹ Sul punto, si richiamano i contributi di D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, cit., p. 1; BATTINI, *Cosa c'è di pubblico nella disciplina del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche?: "un test di necessità"*, cit., pp. 329 ss.; S. BATTINI, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2007, 3, pp. 627 ss. Poi si veda anche l'approfondito lavoro di S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, a cura di S. BATTINI, S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 77 ss.

⁷² L'articolo 5, comma 2 del D.lgs. n. 165 del 2001, modificato dall'articolo 2, comma 17, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, infatti, stabilisce che «nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro [...]». Il successivo articolo 63, comma 1, del D.lgs. n. 165 del 2001, inoltre, proprio sull'assunto della natura non autoritativa dell'attività di gestione dei pubblici impiegati, prevede che «tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle

della legge generale sul procedimento amministrativo si applicherebbero, dunque, ai procedimenti strumentali all'emanazione da parte della pubblica amministrazione di provvedimenti autoritativi, ma non anche agli atti di gestione del rapporto di lavoro, adottati, invece, nell'esercizio del potere di supremazia gerarchica del datore di lavoro privato e, pertanto, privi del carattere dell'autoritatività proprio del provvedimento amministrativo⁷³.

A seguito della privatizzazione del pubblico impiego, la conformità degli atti e dei procedimenti di diritto privato, posti in essere dalla pubblica amministrazione ai fini della costituzione, gestione e organizzazione dei rapporti di lavoro finalizzati al perseguimento di scopi istituzionali, va valutata esclusivamente secondo i parametri utilizzati per i privati datori di lavoro⁷⁴. Ciò in conformità con la *ratio legis*, che la Corte Costituzionale ha ritenuto pienamente conforme al principio di buon andamento, *ex* articolo 97 della Costituzione⁷⁵.

L'obbligo di motivazione *ex* articolo 3 della legge n. 241 del 1990 continua, invece, a trovare applicazione per quelle categorie speciali non ricomprese nella riforma di privatizzazione. Si ha, in particolare, riguardo

dipendenze delle pubbliche amministrazioni» siano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, consentendo così di dedurre la sottrazione di tali atti all'obbligo di motivazione. In giurisprudenza, si veda, Cass. civ., 30 ottobre 2014, n. 23062, secondo cui «se gli atti di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni sono ascrivibili al diritto privato, essi non possono che essere assoggettati ai principi fondamentali dell'autonomia privata e, in primo luogo, alla regola della normale irrilevanza dei motivi e non sono soggetti alle disposizioni della legge n. 241 del 1990». In senso parzialmente difforme, si veda, Cass. civ., SS. UU., 23 settembre 2013, n. 21671, secondo cui gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, ma obbligano in ogni caso l'amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri generali di correttezza e buona fede, *ex* articoli 1175 e 1375 codice civile, applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione. La previsione di un obbligo di motivazione discende, dunque, non già dall'applicazione della legge n. 241 del 1990, ma dai predetti principi civilistici.

⁷³ Si veda, Cass. civ., 14 aprile 2015, n. 7495; Cons. St., sez. III, 4 novembre 2013, n. 5298, secondo cui «il conferimento dell'incarico dirigenziale è una determinazione negoziale privata, assunta con i poteri e le capacità del comune datore di lavoro»; Cass. civ., SS. UU., 23 aprile 2012, n. 6330, secondo cui le controversie relative al conferimento da parte della pubblica amministrazione degli incarichi dirigenziali rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'articolo 62, comma 1, D.lgs. n. 165 del 2001. Nello stesso senso, Cass. civ., SS.UU., 7 novembre 2008, n. 26799; *Id.*, 2 aprile 2004, n. 6570.

⁷⁴ A. CATELANI, *Il pubblico impiego*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. SANTANIELLO, vol. XXI, Cedam, Padova, 2003.

⁷⁵ Si esprime in tal senso, Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 11; *Id.*, 23 luglio 2001, n. 275.

ai magistrati, agli avvocati dello stato, ai docenti universitari, al personale delle forze armate e agli agenti diplomatici. Oltre alle predette ipotesi, tuttavia, ve ne sono altre in cui si continua a conservare un regime di specialità nei confronti di pubblici dipendenti sottoposti alla disciplina del pubblico impiego privatizzato. Il riferimento è a quegli atti che si pongono a metà strada tra l'organizzazione degli uffici e la gestione del personale, quali, più specificamente, gli atti di conferimento e revoca di incarichi attributivi di nuove mansioni e quelli di mobilità. La giurisprudenza, infatti, ha in più occasioni affermato la natura amministrativa dei predetti atti, con conseguente applicazione dell'obbligo di motivazione di cui all'articolo 3 della legge n. 241 del 1990. Nei casi in cui non ha fatto applicazione della citata norma, ha comunque richiamato gli articoli 1175 e 1375 del codice civile, che impongono doveri di correttezza e buona fede, al fine di sostenere la necessità di una motivazione.

La *voluntas legis* della disciplina di privatizzazione del pubblico impiego appare chiara: in mancanza di un espresso obbligo di motivazione previsto dai contratti collettivi sembrerebbe difficile argomentare che la disciplina dettata dal codice civile sia, di per sé sola, sufficiente ad imporre alla pubblica amministrazione uno specifico obbligo di motivazione.

In alcuni casi, tuttavia, è la stessa disciplina privatistica a richiedere per determinati atti una motivazione. Si ha, più specificamente, riguardo alla disciplina in tema di licenziamento nel lavoro privato – legge 15 luglio 1996, n. 604 – che prevede la necessità di esternare le ragioni del licenziamento. L'articolo 2, comma 2, della legge del 1996, infatti, prevede che la comunicazione del licenziamento deve necessariamente contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato, pena la sua inefficacia, ai sensi del successivo comma 3⁷⁶.

In altri casi, gli atti di micro-organizzazione costituiscono attuazione di atti di macro-organizzazione. Si pone, dunque, una fattispecie in cui la motivazione dell'atto di micro-organizzazione risiede nell'atto di macro-organizzazione a monte. Si tratta di ipotesi in cui l'atto di micro-organizzazione – quale può essere il conferimento di incarichi dirigenziali, un trasferimento, l'assegnazione di nuove mansioni e così via – è la diretta e inevitabile conseguenza dell'adozione di un atto di macro-organizzazione a livello apicale. Sorge, pertanto, il problema della sindacabilità, da parte

⁷⁶ Articolo 2, comma 2, legge n. 604 del 1996, come modificato dall'articolo 1, legge 28 giugno 2012, n. 92. Prima della riforma del 2012, invece, si prevedeva che il prestatore di lavoro potesse chiedere, entro quindici giorni dalla comunicazione, i motivi che avevano determinato il licenziamento e il datore di lavoro dovesse comunicarli per iscritto entro sette giorni dalla richiesta.

del giudice ordinario, dell'atto amministrativo di macro-organizzazione in attuazione del quale è stato adottato l'atto di micro-organizzazione eventualmente contestato in giudizio.

L'articolo 63 del D.lgs. n. 165 del 2001 abilita espressamente il giudice ordinario a disapplicare gli atti presupposti illegittimi, *i.e.* a ritenerli *tamquam non esset*, ai fini della risoluzione della controversia giuslavoristica, in applicazione del disposto di cui all'articolo 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo⁷⁷. L'inciso finale dell'articolo 63, comma 1, inoltre, stabilisce che l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi presupposti dinanzi al giudice amministrativo non comporta la sospensione della controversia pendente dinanzi al giudice ordinario. La necessità di indagare sulla natura della posizione giuridica soggettiva del ricorrente, ai fini del riparto di giurisdizione, si pone soltanto laddove sia contestato un atto di macro-organizzazione, quindi un provvedimento amministrativo *tout court*. La contestazione di un atto di micro-organizzazione, infatti, stante la sua natura di atto sostanzialmente datoriale, è pacificamente deferita alla giurisdizione del giudice ordinario⁷⁸.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 4881 del 27 febbraio 2017, hanno affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative al conferimento di incarichi dirigenziali, qualora la contestazione investa in via diretta i presupposti degli atti di macro-organizzazione attraverso cui le amministrazioni definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi⁷⁹. In tal caso, dunque, è precluso al giudice ordinario di esercitare il potere di disapplicazione previsto dall'articolo 63, comma 1, D.lgs. n. 165 del 2001, poiché tale potere presuppone che sia dedotto in giudizio un diritto soggettivo già sorto, su cui incida un provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo; mentre nel caso in esame si deduce una situazione giuridica suscettibile

⁷⁷ Legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E.

⁷⁸ Si veda, *ex multis*, Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 17 aprile 2019, n. 1113; Tar Lazio, Roma, sez. I, 5 marzo 2019, n. 2019; *Id.*, 4 marzo 2019, n. 2798; Cons. St., sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4988; Cons. St., sez. III, 31 dicembre 2015, n. 5883.

⁷⁹ Cass. civ., SS. UU., 27 febbraio 2017, n. 4881, secondo cui «rientrano nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie nelle quali, pur chiedendosi la rimozione del provvedimento di conferimento di un incarico dirigenziale e del relativo contratto, previa disapplicazione degli atti presupposti, la contestazione operata dal ricorrente investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo, che si assume non essere conforme a legge perché non lo sono gli atti di macro-organizzazione mediante i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi».

di assumere la consistenza di diritto soggettivo soltanto all'esito della rimozione del provvedimento di macro-organizzazione.

3.1. *La sospensione cautelare: natura dell'atto e conseguenze in punto di motivazione*

Come noto, l'ordinamento predispone degli strumenti che consentono di sospendere il rapporto di servizio tra l'amministrazione e il pubblico dipendente, a fronte del verificarsi di determinati presupposti di fatto e di diritto, che impediscono il regolare svolgimento delle funzioni e del servizio – in autonomia rispetto ad eventuali procedimenti disciplinari e penali in corso. Tra tali strumenti, merita particolare attenzione la sospensione cautelare, la cui funzione è quella di salvaguardare il regolare svolgimento del servizio, anche sotto il profilo della prevenzione della lesione del prestigio della pubblica amministrazione⁸⁰.

La sospensione cautelare è stata disciplinata attraverso diversi e successivi interventi normativi, che hanno costituito lo schema tradizionale su cui si è innestata la regolamentazione della contrattazione collettiva. Si ha, tra l'altro, riguardo al d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, al momento regolante il pubblico impiego non privatizzato, che prevede due distinte ipotesi di sospensione cautelare, l'una obbligatoria e l'altra facoltativa⁸¹; alla legge 19 marzo 1990, n. 55⁸²; alla legge 27 marzo 2001, n. 97⁸³; al D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Da ultimo sono intervenuti nella materia

⁸⁰ Sul punto, si veda, *ex multis*, Tar Umbria, Perugia, sez. I, 5 giugno 2014, n. 294; Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 gennaio 2014, n. 24; Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2006, n. 2680.

⁸¹ D.p.R. 10 gennaio 1957, n. 3, recante «Testo Unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato». L'articolo 91, comma 1 – pur essendo rubricato «Sospensione cautelare obbligatoria» – configura una duplice ipotesi di sospensione dal servizio nei confronti dei dipendenti sottoposti a procedimento penale: (i) quella facoltativa-discrezionale, legata alla natura particolarmente grave del reato; (ii) quella obbligatoria, connessa all'emissione del mandato o dell'ordine di cattura. Il successivo articolo 92 – rubricato «Sospensione cautelare facoltativa» – prevede che, per gravi motivi, il Ministro possa ordinare «la sospensione dell'impiegato dal servizio anche prima che sia esaurito o iniziato il procedimento disciplinare».

⁸² Legge 19 marzo 1990, n. 55, recante «Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale». Si ha, più specificamente, riguardo alle ipotesi di sospensione prevista dall'articolo 15.

⁸³ Legge 27 marzo 2001, n. 97, recante «Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni». Si ha, più specificamente, riguardo all'ipotesi di sospensione a seguiti di condanna non definitiva prevista dall'articolo 4, comma 1.

anche il D.lgs. 20 giugno 2016, n. 116 e il D.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, di attuazione della delega contenuta nella legge 7 agosto 2015, n. 124⁸⁴.

Tra le novità più significative della novella legislativa vi è, senza dubbio, l'introduzione, all'articolo 55-*quater* del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (T.U. pubblico impiego), del nuovo comma 3-*bis*, che prevede la misura di sospensione cautelare obbligatoria per false attestazioni in servizio⁸⁵. La sospensione cautelare obbligatoria senza stipendio del dipendente – la quale fa, comunque, salvo l'assegno alimentare previsto dalla legge e dai contratti collettivi – deve essere adottata immediatamente e, comunque, non oltre le quarantotto ore successive alla conoscenza dell'ipotesi di illecito con provvedimento motivato da parte del responsabile della struttura in cui opera il dipendente interessato, ovvero, se la conoscenza è precedente, da parte dell'Ufficio procedimenti disciplinari dell'amministrazione⁸⁶.

Preliminarmente, occorre interrogarsi sulla natura giuridica dell'atto che dispone la sospensione cautelare. La questione è rilevante, poiché condiziona il regime giuridico, sostanziale e processuale, dell'atto stesso e si riflette sull'obbligo di motivazione.

⁸⁴ Per un'approfondita disamina degli ultimi interventi del legislatore, si rinvia all'esaustivo contributo di M. MARINELLI, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "riforma Madia" – Il procedimento disciplinare*, in «Giur. it.», 2018, 4, pp. 985 ss.

⁸⁵ Il comma 3-*ter* dell'articolo 55-*quater*, D.lgs. n. 116 del 2016, inoltre, introduce un procedimento disciplinare «accelerato» per le ipotesi di falsa attestazione di presenza in servizio, prevedendo che «Con il medesimo provvedimento di sospensione cautelare di cui al comma 3-*bis* si procede anche alla contestuale contestazione per iscritto dell'addebito e alla convocazione del dipendente dinanzi all'Ufficio di cui all'articolo 55-*bis*, comma 4. Il dipendente è convocato, per il contraddittorio a sua difesa, con un preavviso di almeno quindici giorni [...]. L'Ufficio conclude il procedimento entro trenta giorni dalla ricezione, da parte del dipendente, della contestazione dell'addebito». Il legislatore specifica che solo in presenza di attestazione falsa e fraudolenta accertata in flagranza, ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, si procede con l'applicazione della misura cautelare della sospensione obbligatoria e si dà luogo all'attivazione del predetto procedimento disciplinare accelerato.

⁸⁶ In questa fase è espressamente escluso l'obbligo di preventiva audizione dell'interessato. Il Consiglio di Stato, nel parere 16 marzo 2016, n. 864, ha condiviso tale scelta, precisando che «un costante orientamento giurisprudenziale è, infatti, nel senso che la sospensione non può essere assimilata a una misura disciplinare e sanzionatoria, assolvendo, invece, a funzioni di tipo preventivo, in quanto deputata ad allontanare il dipendente dal servizio al fine esclusivo di evitare un pregiudizio per il buon andamento ed il prestigio dell'amministrazione, affermandosi, di conseguenza, che non sussiste obbligo di comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, essendovi l'esigenza di intervenire con assoluta urgenza con un provvedimento cautelare. La sua adozione può, pertanto, prescindere dall'instaurazione del contraddittorio e non richiede la preventiva contestazione degli addebiti».

Secondo una prima interpretazione, l'atto che dispone la sospensione potrebbe essere qualificato come un vero e proprio provvedimento amministrativo frutto dell'esercizio di un potere pubblicistico riconosciuto direttamente dalla legge sia nei rapporti di pubblico impiego privatizzato, sia in quelli eccezionalmente rimasti pubblici⁸⁷.

Secondo una diversa interpretazione, l'atto potrebbe essere qualificato come atto di natura privatistica finalizzato alla gestione del rapporto di lavoro, *ex* articolo 5, comma 2, D.lgs. n. 165 del 2001, almeno limitatamente ai rapporti di pubblico impiego privatizzato. Il potere di disporre la sospensione cautelare del pubblico dipendente, riconosciuta in capo all'amministrazione, sarebbe, dunque, riconducibile al più generale potere direttivo riconosciuto in capo al datore di lavoro. La sospensione cautelare dal servizio rimarrebbe atto amministrativo soltanto relativamente ai rapporti di pubblico impiego non privatizzati.

Dall'adesione all'una o all'altra ricostruzione, discende l'applicabilità o meno delle disposizioni contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo, e in particolare di quella che prevede un generalizzato obbligo di motivazione.

Aderendo alla interpretazione che distingue tra pubblico impiego privatizzato e non, si dovrebbe ritenere che la sospensione cautelare del rapporto di lavoro privatizzato sia espressione di un potere privatistico, come tale non soggetto al regime giuridico del provvedimento amministrativo. Pertanto, la logica conseguenza sarebbe, per la parte di interesse, la sottrazione della sospensione cautelare del rapporto di pubblico impiego privatizzato all'obbligo di motivazione di cui all'articolo 3 della legge n. 241 del 1990. Parimenti, la sospensione cautelare del rapporto di pubblico impiego non privatizzato rimarrebbe atto amministrativo soggetto al regime tipico dei provvedimenti amministrativi, incluso l'obbligo di motivazione previsto dall'articolo 3.

In giurisprudenza, sembra prevalere la prima interpretazione sopra esposta, secondo cui, a prescindere dalla natura del rapporto di pubblico impiego, l'atto di sospensione cautelare sarebbe sempre e comunque un provvedimento amministrativo adottato nell'esercizio di un potere pubblicistico, come tale soggetto al generale obbligo di motivazione⁸⁸.

⁸⁷ La sospensione cautelare non rientra certamente nel novero delle sanzioni disciplinari, caratterizzandosi per la sua strumentalità rispetto al procedimento penale e a quello disciplinare. Anche la Corte Costituzionale, nella sentenza 3 giugno 1999, n. 206, ha confermato che la sospensione cautelare si pone in una fase antecedente rispetto al definitivo accertamento della responsabilità penale e disciplinare.

⁸⁸ Si veda, Cons. giust. amm. Sicilia, 30 maggio 2013, n. 523, secondo cui, «in tema di pubblico

A sostegno della predetta interpretazione si pone, tra l'altro, anche il disposto di cui all'articolo 55-*quater*, comma 3-*bis*, D.lgs. n. 165 del 2001. La norma, infatti, prevede espressamente che la sospensione cautelare obbligatoria deve essere adottata con provvedimento motivato. Motivazione da cui devono senz'altro emergere anche le esigenze di tutela dell'immagine e del prestigio della pubblica amministrazione.

Di particolare interesse per la trattazione, inoltre, sono gli indirizzi emersi in giurisprudenza circa l'intensità dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti di sospensione cautelare, previsti dal d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, per il pubblico impiego non privatizzato. Parte della giurisprudenza ritiene che la sospensione cautelare facoltativa, ex articolo 91, necessiterebbe di una puntuale e dettagliata motivazione, relativamente alla particolare gravità del reato⁸⁹. L'atto dovrebbe contenere anche una sommaria *cognitio* dei fatti e l'esposizione dei motivi che rendono incompatibile o, quanto meno inopportuna, la permanenza in servizio del dipendente, sotto il profilo del pubblico interesse che si intende salvaguardare per la gravità del reato commesso. Secondo un diverso indirizzo, la sospensione cautelare facoltativa non necessiterebbe di una puntuale motivazione quando la stessa sia implicitamente desumibile dalla gravità del reato. L'atto di sospensione cautelare facoltativa del pubblico dipendente potrebbe ritenersi adeguatamente e sufficientemente motivato con il solo riferimento alla pendenza del procedimento penale nei suoi confronti, nonché al titolo di reato contestatogli⁹⁰.

impiego, il provvedimento cautelare di sospensione dal servizio è privo di un vero e proprio carattere sanzionatorio e possiede ratio e presupposti ben diversi da quelli che caratterizzano il provvedimento disciplinare. Esso può essere adottato con valutazione discrezionale della pubblica amministrazione circa il comportamento posto in essere dal proprio dipendente, valutazione che è necessariamente condizionata da criteri di urgenza e celerità tali da consentire la preminente esigenza di tutelare gli interessi di rilievo pubblico coinvolti ed il prestigio dell'amministrazione che può essere compromesso dall'attività del dipendente».

⁸⁹ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 5 novembre 2012, n. 5593; Cons. St., sez. V, 25 agosto 2011, n. 4807; Tar Lazio, Roma, sez. II, 14 luglio 2009, n. 6934 e Tar Lazio, Latina, sez. I, 16 novembre 2005, n. 1374, secondo cui il provvedimento di sospensione cautelare facoltativa dal servizio dei dipendenti pubblici «non può ritenersi sufficientemente motivato con riferimento alla pendenza di un procedimento penale ed alla generica considerazione della incompatibilità della situazione di imputato con la funzione espletata dall'impiegato, dovendo la pubblica amministrazione rendere conto della gravità del reato anche sotto lo specifico aspetto della sua esecuzione in occasione del servizio e soprattutto del concreto turbamento che la riammissione [...] possa determinare sull'attività della stessa pubblica amministrazione»; Cons. St., sez. IV, 10 marzo 2004, n. 1118.

⁹⁰ In tal senso, *ex multis*, Tar Toscana, Firenze, sez. I, 5 giugno 2017, n. 756, secondo cui «non è necessario per l'amministrazione esporre le ragioni per le quali i fatti contestati al

La sospensione cautelare obbligatoria, *ex* articolo 91 d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, sarebbe, invece, un atto di natura vincolata e, in quanto tale, non richiederebbe motivazione in senso stretto, essendo sufficiente la c.d. giustificazione, intesa quale richiamo del verificarsi dei presupposti richiesti dalla legge per la sua emanazione.

L'atto di sospensione cautelare facoltativa del pubblico dipendente, *ex* articolo 92 d.P.R. n. 3 del 1957, invece, riveste una propria autonomia, essendo preordinato all'allontanamento dal servizio del dipendente in attesa dell'avvio del procedimento disciplinare, a fini cautelativi, nonché a tutela del superiore interesse pubblico dell'amministrazione⁹¹. La sorte del predetto atto è condizionata all'esito del procedimento disciplinare attivato o riattivato – dopo la decisione in sede penale avente ad oggetto i medesimi fatti. La giurisprudenza ritiene che la sospensione cautelare facoltativa dal servizio debba essere motivata, sia pure sommariamente, con specifico riferimento alle concrete circostanze di fatto – ossia natura e gravità del reato – ed allo specifico turbamento che la permanenza in servizio del dipendente possa determinare sull'attività amministrativa⁹².

Un'ipotesi del tutto peculiare di sospensione precauzionale facoltativa è quella prevista dall'articolo 916 del D.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare). La norma prescrive che la sospensione può essere applicata nei confronti di un militare «se lo stesso è imputato per un reato da cui può derivare la perdita del grado»; la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che, in tal caso, non è necessaria una specifica motivazione, qualora i fatti contestati siano particolarmente gravi⁹³.

3.2. L'ordine di trasferimento militare: il dovere per il dovere o il dovere per una ragione?

Particolarmente discussa da parte della scienza giuridica e della giurisprudenza è la questione dell'obbligatorietà della motivazione per gli ordini militari di trasferimento.

dipendente devono considerarsi particolarmente gravi, potendo tale giudizio essere implicito nella gravità del reato a lui imputato, nella posizione di impiego rivestita dal dipendente, nella commissione del reato in occasione o a causa del servizio, con la conseguente impossibilità di consentirne la prosecuzione»; Cons. St., sez. III, 8 luglio 2014, n. 3487; Cons. St., sez. IV, 3 dicembre 2013, n. 5747; Tar Campania, Napoli, 3 maggio 2007, n. 4656; Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 878.

⁹¹ Si veda, Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 22 aprile 2016, n. 144.

⁹² Si veda, Tar Umbria, Perugia, sez. I, 17 febbraio 2014, n. 106.

⁹³ Si veda, Cons. St., sez. IV, 8 febbraio 2016, n. 477.

L'attrazione degli atti di trasferimento del militare nel *genus* degli ordini amministrativi è stata, ed è tuttora, sostenuta da coloro che ritengono il provvedimento di trasferimento d'ufficio del militare un precetto imperativo tipico dell'ordinamento gerarchico militare, come tale sottratto alla disciplina generale sul procedimento amministrativo⁹⁴.

Gli ordini amministrativi sono quei provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del privato con i quali la pubblica amministrazione, a seguito di una scelta discrezionale o di semplice accertamento, fa discendere nuovi obblighi giuridici a carico dei soggetti destinatari, imponendo loro un determinato comportamento sulla base della propria posizione di supremazia⁹⁵. Aderendo alla predetta ricostruzione, l'ordine militare di trasferimento non richiederebbe alcuna motivazione esplicita, proprio perché inerente ad una materia in cui l'interesse pubblico specifico del rispetto della disciplina e dello svolgimento del servizio prevale in

⁹⁴ Sul punto, si veda, Tar Campania, Napoli, sez. VI, 22 luglio 2015, n. 3875, secondo cui «i provvedimenti di trasferimento d'autorità del personale militare si inquadrano nel *genus* degli ordini e costituiscono espressioni di ineludibili esigenze di organizzazione, coesione interna e massima operatività delle forze armate, e come tali restano sottratti alla disciplina generale delle legge n. 241/1990, sul procedimento amministrativo, con la conseguenza che essi non abbisognano di specifica motivazione». Dello stesso segno, Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, 11 novembre 2009, n. 11066; Tar Campania, Napoli, sez. V, 29 gennaio 2009, n. 480; *Id.*, 15 giugno 2006, n. 6187; Cons. St., sez. IV, 22 febbraio 2006, n. 807; *Id.*, 5 luglio 2002, n. 3693. I riferimenti normativi che cristallizzano l'appartenenza dei trasferimenti dei militari alla categoria degli ordini amministrativi sono: (i) la legge 11 luglio 1978, n. 382, recante «Norme di principio sulla disciplina militare», in particolare gli articoli 4, comma 4 e 12 comma 1; (ii) il d.P.R. 18 luglio 1986, n. 545, recante «Approvazione del Regolamento di disciplina militare, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 11 luglio 1978, n. 382», in particolare, gli articoli 1, comma 2, 2, comma 1, 23 e 25. Anche la Corte Costituzionale – con la sentenza n. 449 del 1999 – ha chiarito come l'ordinamento militare riceva una speciale menzione all'interno della Costituzione – articolo 53, comma 3 – nel senso che, fatta salva la sua collocazione all'interno dell'ordinamento giuridico generale, deve esserne apprezzata la sua assoluta peculiarità.

⁹⁵ Da un punto di vista dogmatico, gli ordini amministrativi sono stati definiti quali procedimenti ablatori personali dei quali la pubblica amministrazione si serve per incidere su diritti della personalità dei propri dipendenti. Sul concetto di ordine, si rinvia a F. BASSI, *Ordine* (dir. amm.), *ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1587 ss.; F. SATTI, *Ordine e ordinanza amministrativa*, *ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XXII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, pp. 4 ss.; B. CAVALLO, *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, *ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. X, UTET, Torino, 1995, 434 ss. Poi si veda anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 543 ss., i quali distinguono, all'interno del *genus* ordini, le *species* comandi e divieti, a seconda che impongano obblighi positivi, di dare o di fare, o obblighi negativi, di non fare.

modo immediato e diretto su qualsiasi altro⁹⁶. Detti provvedimenti costituirebbero il riflesso di valutazioni ampiamente discrezionali e risponderebbero ad una duplice regola: (i) l'insussistenza di un interesse particolarmente tutelato del militare alla sede di servizio – che assume rilevanza di mero fatto; (ii) la prevalenza dell'interesse pubblico che presiede i provvedimenti di utilizzazione del personale nell'organizzazione delle peculiari strutture logistiche, operative e di comando, caratterizzanti il funzionamento delle forze armate e di polizia.

Ferma la sua collocazione all'interno dell'ordinamento giuridico generale, si pone, dunque, in risalto l'autonomia e la diversità dell'ordinamento militare, composto da un *corpus* omogeneo e completo di regole, spesso più dettagliate e garantiste di quelle relative all'impiego civile⁹⁷. A sostegno del predetto orientamento, si afferma, tra l'altro, che gli ordini militari concernono una semplice modalità di svolgimento del servizio – decisa discrezionalmente dall'amministrazione di appartenenza – rispetto alla quale non sussistono posizioni giuridicamente protette in capo al militare. Quest'ultimo, infatti, a differenza del personale civile, non gode di aspettative di *ius in officio*⁹⁸.

Lo stesso articolo 1349, comma 3, del D.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), inoltre, prevede che «Agli ordini militari non si applicano i capi I, III e IV della legge 7 agosto 1990, n. 241».

La suddetta ricostruzione, tuttavia, non appare esente da critiche. Si richiama, anzitutto, la previsione di cui all'articolo 52, comma 3, della Costituzione, secondo cui «L'ordinamento delle Forze Armate si informa allo spirito democratico della Repubblica». Parte della scienza giuridica, muovendo dal disposto costituzionale, afferma che il contenuto normativo del terzo comma dell'articolo 52 parrebbe imporre, nell'ordinamento militare, una disciplina legislativa e regolamentare e

⁹⁶ In tal senso, *ex multis*, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 12; Cons. St., sez. II, 30 giugno 2015, n. 1891; *Id.*, 12 agosto 2014, n. 2706; Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1755; *Id.*, 20 dicembre 2013, n. 6175; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 25 settembre 2013, n. 1295; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 13 gennaio 2012, n. 155; Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, 4 novembre 2010, n. 33150.

⁹⁷ In tal senso, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. VI, 10 gennaio 2011; Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8018; *Id.*, 21 maggio 2010, n. 3227; *Id.*, 29 gennaio 1996, n. 85. Sulla specialità dell'ordinamento militare, si rinvia all'organica trattazione di E. CHITI, *L'amministrazione militare*, Giuffrè, Milano, 2007. Poi si veda anche, A. BALDANZA, *Diritto militare e principi costituzionali*, in *L'ordinamento militare*, a cura di V. POLI, V. TENORE, vol. I, Milano, 2006, pp. 1 ss.; V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Giuffrè, Milano, 1962.

⁹⁸ Si veda, Cons. St., sez. I, 1° giugno 1993, n. 573; Cons. St., sez. IV, 16 luglio 1991, n. 597.

un'attività amministrativa che, seppure non necessariamente coincidenti con quelle previste per la generalità dei rapporti giuridici, siano informate ai medesimi principi ispiratori e assicurino, pertanto, una garanzia, se non uguale, almeno equivalente, sia delle situazioni giuridiche soggettive sia delle linee strutturali dello Stato di diritto⁹⁹.

La stessa Corte Costituzionale ha affermato che l'ordinamento delle Forze armate costituisce un'articolazione dello Stato, ai cui valori costituzionali si informa¹⁰⁰. Conseguentemente, le esigenze di una struttura militare se, da un lato, potrebbero, senz'altro, giustificare deroghe alla disciplina generale sul rapporto di impiego, dall'altro, non consentirebbero una neutralizzazione della garanzia dei diritti fondamentali nei confronti dei c.d. cittadini militari.

Anche parte della giurisprudenza amministrativa si è espressa favorevolmente alla sussistenza di un obbligo di motivazione degli ordini di trasferimento del militare¹⁰¹. La peculiarità dello *status* di militare, rispetto a quello del dipendente civile dello Stato, infatti, non potrebbe comportare l'attribuzione alla pubblica amministrazione di una discrezionalità assoluta e insindacabile, tale da escludere l'obbligo di una seppur succinta motivazione.

A sostegno, si richiama, tra l'altro, anche la previsione costituzionale di cui all'articolo 113 che, affermando il principio di giustiziabilità degli atti amministrativi, presuppone l'esplicitazione dei motivi, ancor di più laddove si tratti – come nel caso in esame – di provvedimenti amministrativi sfavorevoli¹⁰².

⁹⁹ Sul punto, si richiama la trattazione di R. BALDUZZI, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, Giuffrè, Milano, 1998. L'Autore nega che la disposizione di cui all'articolo 52 della Costituzione possa legittimare deroghe per l'ordinamento militare. La previsione costituzionale si limiterebbe, di fatto, a riservare alla legge la disciplina dei limiti e dei modi dell'obbligatorietà del servizio militare, specificando, in negativo, ciò che esso non deve ledere.

¹⁰⁰ In tal senso, *ex multis*, Corte Cost., 12 novembre 2002, n. 3634; *Id.*, 24 luglio 2000, n. 332; 17 dicembre 1999, n. 449; *Id.*, 22 aprile 1997, n. 113; *Id.*, 26 dicembre 1996, n. 396; *Id.*, 26 aprile 1994, n. 197.

¹⁰¹ Si veda, Tar Lazio, Latina, sez. I, 22 febbraio 2011, n. 178; Cons. St., sez. IV, 6 maggio 2010, n. 2655, secondo cui, anche a seguito dell'entrata in vigore del Codice dell'ordinamento militare, dovrebbe richiedersi una motivazione degli ordini di trasferimento militari, facendo leva sugli articoli 24, 52 e 97 della Costituzione; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 23 gennaio 2003, n. 204; Tar Lombardia, Brescia, 6 febbraio 1992, n. 82.

¹⁰² Tar Liguria, Genova, sez. II, 6 luglio 2006, n. 756, secondo cui «non può considerarsi del tutto recessivo l'obbligo generale di esporre le ragioni delle determinazioni assunte, che debbono essere seppur succintamente illustrate onde consentirne – nel rispetto del principio di trasparenza – il sindacato estrinseco; a meno di non voler riconoscere all'amministrazione una

Pare opportuno osservare che, l'emissione di un ordine di trasferimento adeguatamente motivato, idoneo a stabilire l'*iter* logico-giuridico seguito e le ragioni che hanno influenzato la determinazione adottata, non costituirebbe affatto una menomazione delle libertà operativa di cui deve necessariamente godere la Forza armata, ponendosi, al contrario, a garanzia della stessa. Il principio di procedimentalizzazione, alla stregua del quale l'esercizio del potere amministrativo si attua attraverso una serie di adempimenti strumentali e preparatori, troverebbe la sua *ratio* giustificatrice nella volontà di concepire l'azione amministrativa quale strumento per una valutazione comparativa degli interessi coinvolti, per un ordinato e corretto esercizio della medesima funzione amministrativa.

In relazione al trasferimento d'autorità disposto per situazioni di presunta incompatibilità ambientale, la giurisprudenza ha rammentato l'orientamento prevalente suesposto, che afferma l'inesistenza di un obbligo di specifica motivazione del provvedimento di trasferimento del personale militare¹⁰³. In alcuni casi, tuttavia, ha previsto che l'amministrazione debba far riferimento a specifiche situazioni collegate al provvedimento adottato¹⁰⁴.

Diverso problema è, invece, quello del trasferimento del militare su domanda dell'interessato, non configurandosi in tale ipotesi un ordine. Il tratto distintivo del trasferimento 'd'autorità' rispetto a quello 'a domanda' va ricercato nel rilievo che il primo viene disposto per il perseguimento di esigenze di natura pubblicistica – ossia per il soddisfacimento di necessità operative, organiche ed addestrative dei reparti e degli uffici – mentre il secondo «appare riservato a quei soggetti che intendono far valere esigenze personali e [...] l'interesse dell'amministrazione si pone come limite di compatibilità all'accoglimento delle domande»¹⁰⁵. In relazione ai trasferimenti 'a domanda', la giurisprudenza ritiene pacificamente

discrezionalità assoluta con riferimento ad atti che, in definitiva, attengono all'organizzazione del personale e che non sono riconducibili ad alcuna delle categorie sottratte all'applicazione della legge n. 241 del 1990». Nello stesso senso, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 25 maggio 2005, n. 900; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 26 giugno 2001, n. 411.

¹⁰³ In tal senso, *ex multis*, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 5 aprile 2017, n. 709; Cons. giust. amm. Sicilia, 20 dicembre 2016, n. 473; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 19 settembre 2016, n. 2248; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 10 luglio 2015, n. 1164.

¹⁰⁴ Si veda, Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3892, secondo cui «ai fini della legittimità del provvedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale è necessaria, ma anche sufficiente, una congrua motivazione circa la sussistenza di un nesso di correlazione tra la situazione di incompatibilità e il comportamento o la situazione del dipendente lesivo del prestigio dell'ufficio, tale da poter essere risolta solo con il suo allontanamento [...]».

¹⁰⁵ In tal senso, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 25 agosto 2012, n. 884; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 26 gennaio 2010, n. 7.

applicabili le ordinarie regole in materia di procedimento amministrativo. Ne deriva che, l'eventuale provvedimento di diniego dovrà essere puntualmente motivato. Nel trasferimento 'a domanda', infatti, l'interesse del militare rappresenta il vero oggetto della decisione, rispetto al quale l'interesse pubblico rappresenta un limite esterno. Tale interesse deve essere adeguatamente valutato e comparato con le contrarie esigenze di servizio che, laddove esistenti, vanno adeguatamente specificate.

Da quanto osservato emerge che, la portata derogatoria della *lex specialis*, rispetto alla legge sul procedimento amministrativo, non può certo riguardare l'*an* della motivazione dell'ordine di trasferimento, ma al più il *quomodo*. L'articolo 1349, comma 3, Codice dell'ordinamento militare, andrebbe, quindi, interpretato nel senso di escludere la comunicazione delle ragioni sottese all'adozione del provvedimento, non in termini assoluti ma relativi. Pare questo essere un adeguato temperamento fra le esigenze organizzative dell'ordinamento militare, gli interessi del soggetto trasferito e la complessiva razionalità dell'*agere* amministrativo.

Capitolo Terzo

La motivazione degli atti generali come strumento di legittimazione

SOMMARIO: 1. Atti normativi e atti amministrativi generali: eccezioni reali e apparenti all'obbligo di motivazione – 2. I bandi di gara e gli atti della procedura di gara: se e quanto motivare – 2.1. Quanto la natura del bando di gara può influire sull'obbligo di motivazione – 2.2. La motivazione esterna e interna del bando di gara – 2.3. La motivazione degli atti di gara successivi al bando: esclusioni, ammissioni, offerte anomale e aggiudicazione – 3. Atti generali a contenuto precettivo: le scelte di pianificazione e programmazione urbanistica non sono sempre immotivate – 3.1. I caratteri del Piano regolatore generale e le ricadute sull'*an* e sul *quantum* dell'obbligo di motivazione – 3.2. Le varianti al Piano regolatore generale e l'obbligo di motivazione nella giurisprudenza amministrativa – 3.3. Apposizione e reiterazione di vincoli preordinati all'esproprio: una motivazione rafforzata – 4. La motivazione degli atti di regolazione delle autorità indipendenti quale fattore di legittimazione – 4.1. L'attuazione dell'obbligo motivazionale degli atti regolatori: l'analisi (e la verifica) di impatto della regolazione – 5. Le linee guida dell'Anac nel sistema delle fonti: natura giuridica e obbligo di motivazione

1. Atti normativi e atti amministrativi generali: eccezioni reali e apparenti all'obbligo di motivazione

L'articolo 3, comma 2, della legge n. 241 del 1990 dispone che «la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale».

L'analisi della portata dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali richiede, in via preliminare, la definizione dei confini della categoria, anche al fine di distinguerli dagli atti normativi¹.

¹ Per una disamina approfondita degli atti amministrativi generali, si rinvia alle più autorevoli trattazioni di M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in «Foro it.», 1953, 3, pp. 9 ss.; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in «Foro it.», 1954, 4, pp. 217 ss.; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Giuffrè, Milano, 1963. Più di recente, si rinvia ai contributi di G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000; M.C. ROMANO, *Atti amministrativi generali, ad vocem*, «Diz. dir. pubbl.», diretto da S. CASSESE, vol. I, 2006, Giuffrè, Milano, pp. 491 ss.

Può, anzitutto, affermarsi che l'atto normativo si caratterizza per la sua generalità, astrattezza ed innovatività. Tradizionalmente, tuttavia, si ritiene che l'astrattezza e l'innovatività non siano caratteri necessari, ma solo naturali dell'atto normativo, così ammettendosi alcune eccezioni, come ad esempio le leggi provvedimento².

Tali caratteristiche 'naturali' dell'atto normativo non si ritrovano nell'atto amministrativo generale. Quest'ultimo, infatti, non può dirsi generale, nel senso in cui la generalità è intesa per gli atti normativi. Mentre gli atti normativi sono rivolti ad una categoria indeterminata di destinatari, che rimane tale sia *ex ante* che *ex post*, gli atti amministrativi generali sono tali solo *ex ante*, ma non anche *ex post*³. Successivamente alla loro adozione, infatti, i destinatari diventano determinabili – sebbene solo *ex post*. Atti normativi e atti amministrativi generali differiscono anche sotto il profilo della astrattezza. Mentre i primi sono diretti a disciplinare una serie potenzialmente infinita di fattispecie e situazioni, i secondi mancano di tale carattere, essendo comunque destinati a disciplinare o regolare fattispecie e situazioni ben circoscritte ed individuabili⁴. In questo, sono veri e propri atti di cura concreta dell'interesse pubblico⁵. Ulteriore differenza si nota sotto il profilo dell'innovatività. Mentre l'atto normativo introduce un *quid novi* nell'ordinamento, fatta eccezione per le

² Sui caratteri di astrattezza e innovatività degli atti normativi, si richiama l'opera di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Cedam, Padova, 1984.

³ In tal senso, Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, secondo cui «al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale occorre fare riferimento al requisito delle indeterminabilità dei destinatari, nel senso che atto normativo è quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha i destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare e/o una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti».

⁴ In tal senso, V. CRISAFULLI, *Atto normativo, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 238 ss. L'Autore afferma che «un conto è provvedere e un conto è disporre», intendendo che l'atto normativo si distingue da quello amministrativo generale proprio per la sua attitudine a regolare fattispecie generali ed astratte, e non situazioni concrete, eccezionali o limitate».

⁵ Si esprime in questi termini, GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, cit., pp. 9 ss. L'Autore afferma che gli atti amministrativi generali, in quanto atti amministrativi, hanno per scopo la cura di un interesse pubblico concreto e puntuale, «che ne costituisce il motivo». In giurisprudenza, si veda, Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 278, secondo cui si discorre di atto amministrativo generale quando la potestà «esprime una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici ad essa affidati dalla legge».

leggi provvedimento, l'atto amministrativo generale, invece, è privo di tale capacità innovativa dell'ordinamento.

Quanto appena scritto si riflette sul regime giuridico dei due diversi tipi di atti. L'atto amministrativo generale è soggetto, infatti, al regime giuridico tipico degli atti amministrativi, con tutte le conseguenze in punto di disciplina sostanziale e processuale.

I due tipi di atti, come ben risulta da quanto in precedenza evidenziato, non hanno tratti in comune, sebbene la citata norma si riferisca ad entrambi almeno sotto il profilo dell'esclusione dall'obbligo di motivazione.

La deroga non pone particolari problemi in tema di atti normativi, i quali per le loro caratteristiche strutturali – generalità e astrattezza – e funzionali – creazione di norme di diritto – risultano indifferenti alle valutazioni operate in sede di formulazione del precetto normativo, rilevanti esclusivamente sul piano ermeneutico.

Giova, tuttavia, sottolineare la tendenza dell'ordinamento europeo a pretendere la motivazione anche per gli atti normativi, soprattutto al fine di consentire la verifica del rispetto del principio di sussidiarietà⁶. L'articolo 296 del TFUE prevede che, in assenza di un'espressa previsione, le istituzioni possono decidere liberamente quale adottare, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità, e che «gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri [...]»⁷. Tale regola è tradizionalmente ricondotta all'assenza di una chiara distinzione tra atti normativi e atti amministrativi⁸.

La scelta di escludere gli atti amministrativi generali dall'obbligo di motivazione è stata, invece, oggetto di un dibattito particolare in sede di redazione della stessa legge generale sul provvedimento amministrativo, dovuto principalmente alla difficoltà di fornire una nozione unitaria della predetta categoria⁹. Infatti, si fanno rientrare nella nozione di atti generali

⁶ Anche la Corte costituzionale è recentemente giunta a configurare un obbligo di motivazione dei provvedimenti legislativi. In tal senso, si veda, Corte Cost., 30 aprile 2015, n. 70, con nota di A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte Costituzionale*, in «Federalismi.it», 2015.

⁷ Su tale norma, si rinvia all'esautiva trattazione di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 434 ss.

⁸ Si esprime in questi termini, B.G. MATTARELLA, *Motivazione* (dir. com.), *ad vocem*, in «Diz. dir. pubbl.», diretto da S. CASSESE, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3749. Nello stesso senso anche, N. LUPO, *La questione della "motivazione" delle leggi alla luce del nuovo Titolo V Cost.*, in «Iter legisl.», 2002, 6, p. 33.

⁹ In tal senso, O. SEPE, *Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1992, 2, pp. 342 ss. In giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. V,

una pluralità di atti con caratteristiche alquanto differenti (gli ordini generali, gli atti che disciplinano le procedure selettive, gli atti che determinano condizioni generali, i programmi economici, i piani urbanistici)¹⁰.

La scienza giuridica e la giurisprudenza hanno spesso mostrato perplessità in ordine alla esclusione degli atti amministrativi generali dall'obbligo di una motivazione, ritenendo che la motivazione potesse essere non necessaria solo in pochi casi¹¹. La natura formalmente e sostanzialmente amministrativa di tali atti e la rilevanza degli interessi pubblici coinvolti potrebbe portare a ritenere la necessità di un'adeguata motivazione degli stessi¹². La giurisprudenza ha chiarito che non si può attribuire alla legge n. 241 del 1990 la volontà di ridurre l'ambito applicativo dell'obbligo di motivazione. Lo stesso obbligo «deve essere inteso in coerenza con il sistema» dal momento dell'entrata in vigore della legge¹³.

Nonostante le osservazioni della giurisprudenza e della scienza giuridica, la scelta del legislatore potrebbe giustificarsi considerando che gli atti amministrativi generali, salvo le dovute eccezioni, non sono idonei ad incidere sulla sfera giuridica soggettiva individuale e non sono, di regola,

11 luglio 2014, n. 3568; Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012, n. 1467.

¹⁰ Sul punto, si rinvia all'approfondito contributo di M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2009, 3, pp. 707 ss. L'Autrice afferma che il maggior ricorso agli atti amministrativi generali, negli ultimi decenni del secolo scorso, è conseguente soprattutto alle nuove modalità di intervento dei poteri pubblici nella sfera economica. Sul tema si richiama anche, DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., pp. 15 ss. Poi si veda anche, B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Parte generale, vol. I, 2000, pp. 629 ss.

¹¹ Per una ricostruzione più approfondita sul dibattito, si rinvia alla trattazione di R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 234 ss. Poi si veda anche il contributo di M.C. ROMANO, *L'esclusione della motivazione per gli atti normativi e per gli atti a contenuto generale*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 231 ss. Sulla deroga giurisprudenziale all'obbligo di motivare gli atti generali, si rinvia all'esauritivo contributo di T. BONETTI, *La deroga all'obbligo di motivare gli atti a contenuto generale: vent'anni dopo*, in *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, a cura di G. PIPERATA, A. SANDULLI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 339 ss.

La scelta del legislatore è stata oggetto di critiche anche nel parere del Consiglio di Stato, 17 febbraio 1987, n. 7, nel quale si legge «non trova nemmeno giustificazione (e sembra porsi in contrasto con gli indirizzi giurisprudenziali) la regola che sottrae gli atti generali all'obbligo di motivazione».

¹² Si esprimono in questi termini anche, M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime degli atti amministrativi generali*, in «Dir. amm.», 2013, 1-2, pp. 53 ss.

¹³ Si veda, Cons. St., sez. V, 6 febbraio 2001, n. 475; Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, 22 maggio 2004, n. 291.

immediatamente lesivi di posizioni soggettive strutturate¹⁴. Parte della scienza giuridica, infatti, ha ritenuto sufficiente, per gli atti amministrativi generali, una mera giustificazione, mediante l'indicazione dei presupposti di fatto e di legge del potere esercitato, di fatto applicando agli stessi il medesimo regime motivazionale degli atti amministrativi vincolati.¹⁵ In altri casi, invece, è stato affermato che gli atti amministrativi generali esclusi dall'obbligo di motivazione sarebbero solo e soltanto quelli 'a carattere normativo', ossia quelli che presentano caratteristiche e contenuto simile a quello di atti più propriamente normativi.¹⁶ All'interno di questo filone interpretativo, parte della scienza giuridica ha cercato di restringere l'area degli atti esclusi dalla garanzia motivazionale, interpretando il concetto di atti amministrativi generali, di cui all'articolo 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, come riferito solo agli atti amministrativi generali che contengono una disciplina 'generale ed astratta'. Gli atti amministrativi generali di cura concreta di interessi, quindi, non sarebbero sottratti all'obbligo di motivazione¹⁷. Sarebbero esentati solo quegli atti che non abbiano contenuto provvedimentale in senso stretto.

Secondo tale impostazione, la motivazione sarebbe un elemento legato all'esercizio del potere pubblico in concreto, e non alla forma dell'atto. Nella misura in cui l'azione amministrativa, nonostante raggiunga dimensioni di notevole ampiezza e complessità, si traduce in scelte particolari, il regime della motivazione del provvedimento dovrebbe prevalere e la generalità dell'atto non dovrebbe costituire un pretesto per mettere al riparo la scelta amministrativa dalla verifica di legittimità¹⁸. In giurisprudenza, la portata dell'obbligo di motivazione e delle relative eccezioni sembra venire ricollegata alla diversa natura del potere esercitato. I provvedimenti contenenti disposizioni prettamente normative non dovrebbero essere motivati, mentre i provvedimenti contenenti scelte che manifestano la loro immediata attitudine lesiva nei confronti di situazioni giuridiche soggettive definite e individuabili non potrebbero sottrarsi all'obbligo di motivazione. L'atto di natura provvedimentale in senso stretto sarebbe tale da obliterare il carattere generale dell'atto nell'ambito

¹⁴ In questa prospettiva, DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., pp. 275 ss. In giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2017, n. 3365.

¹⁵ In tal senso, MATTARELLA, *Motivazione* (dir. com.), *ad vocem*, cit., pp. 3748 ss.

¹⁶ In tal senso, DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., pp. 275 ss.

¹⁷ Si esprime in questi termini, CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., p. 468.

¹⁸ In questa prospettiva, RAMAJOLI, TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., pp. 53 ss. In tal senso, in giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2281.

del quale le decisioni sono inserite.

Sul punto, il principio espresso dalla giurisprudenza amministrativa è stato interpretato in senso parzialmente diverso da una parte della scienza giuridica, secondo la quale il reale criterio distintivo dovrebbe poggiare sugli effetti che l'atto è idoneo a produrre¹⁹. Laddove l'atto, in luogo di essere diretto a produrre effetti generali ed astratti, abbia effetti nei confronti di una categoria circoscritta di soggetti, per quanto ampia, verrebbero meno le ragioni della esclusione.

2. I bandi di gara e gli atti della procedura di gara: se e quanto motivare

Il dibattito sulla motivazione degli atti amministrativi generali si lega a doppio filo con il tema dell'esistenza e dell'intensità di un obbligo di motivazione in ordine al bando di gara e agli atti successivi della procedura, dalla quale dipende il diverso regime giuridico dello stesso, sia sotto il profilo sostanziale che processuale.

Per affrontare la tematica, è indispensabile articolare alcune riflessioni sulla natura giuridica del bando di gara.

2.1. Quanto la natura del bando di gara può influire sull'obbligo di motivazione

Il bando di gara, ex articolo 71, D.lgs n. 50 del 2016²⁰, costituisce il primo atto a rilevanza esterna delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, quale momento attuativo della determina a contrarre, ex articolo 32, comma 2, D.lgs. n. 50 del 2016²¹. Tutte le procedure di gara, salvo

¹⁹ Sul punto, si rinvia al prezioso contributo di CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., pp. 470 ss.

²⁰ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture» (sin d'ora, anche, nuovo Codice dei contratti pubblici). Per una disamina approfondita del nuovo Codice dei contratti pubblici, *ex multis*, si rinvia al contributo di R. DE NICCOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in «Urb. e app.», 2016, 5, pp. 540 ss. Poi si veda anche, L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento e processo*, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 5, pp. 605 ss.

²¹ Il nuovo Codice dei contratti pubblici, all'articolo 32, comma 2, stabilisce che la delibera

ipotesi eccezionali, sono indette tramite apposito bando di gara²².

Il dibattito in ordine alla natura giuridica del bando di gara è essenzialmente riconducibile a due concezioni: una di tipo privatistico-negoziale e un'altra di tipo pubblicistico.

Secondo la concezione privatistica, il bando sarebbe assimilabile ad un'offerta al pubblico *ex* articolo 1336 codice civile²³. Il bando si configurerebbe, quindi, come proposta di contratto rivolto ad una generalità di destinatari e la proposta del privato, quale dichiarazione negoziale mista, consistente nell'accettazione dell'oggetto della prestazione indicato nel bando e nella formulazione di una proposta di prezzo.

Altra parte della giurisprudenza ha affermato che il bando di gara sarebbe piuttosto assimilabile all'invito ad offrire²⁴. Il bando di gara si configurerebbe come un invito agli interessati a presentare un'offerta, o meglio a fare una proposta, contenente l'indicazione di tutti quegli elementi contrattuali non indicati dall'amministrazione aggiudicatrice. La pubblica amministrazione, accettando la proposta dell'interessato, perverrebbe alla conclusione del contratto.

Nell'ambito della concezione pubblicistica, invece, emergono due indirizzi.

Secondo un'opinione oggi recessiva, il bando di gara sarebbe da considerarsi come un vero e proprio atto normativo, configurandosi quale *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica²⁵. Il bando contiene le regole che disciplinano lo svolgimento della gara e vincola sia i concorrenti, che l'amministrazione aggiudicatrice²⁶. Pertanto, considerando il bando di

a contrarre deve indicare «gli elementi essenziali del contratto ed i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte», in conformità all'ordinamento dell'amministrazione aggiudicatrice ed ai suoi atti di programmazione. Nonostante la delibera a contrarre si configuri, nella generalità dei casi, quale atto meramente interno, si individuano ipotesi peculiari in cui già l'adozione della determina a contrarre produce una lesione della sfera giuridica di terzi, ammettendo, dunque, la diretta impugnazione della stessa per ottenerne l'annullamento (*i.e.* la scelta di ricorrere alla procedura negoziata).

²² Tra le ipotesi eccezionali, rientrano: (i) la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, *ex* articolo 63, D.lgs. n. 50 del 2016; (ii) la procedura ristretta o procedura competitiva con avviso di preinformazione, *ex* articolo 59, comma 5, D.lgs. n. 50 del 2016.

²³ In tal senso, Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2004, n. 11103.

²⁴ In tal senso, Cass. civ., sez. I, 23 gennaio 1967, n. 200.

²⁵ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 263; *Id.*, 7 marzo 2005, n. 917; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922.

²⁶ Si veda, Cons. St., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4441, secondo cui «un'amministrazione non può discostarsi da una regola contenuta nella *lex specialis* della procedura che essa stessa ha disposto». Il bando costituisce, dunque, un atto amministrativo con cui la pubblica amministrazione individua le disposizioni cui decide di autovincolarsi

gara come atto normativo, l'illegittimità delle disposizioni ivi contenute, per eventuale contrasto con norme di legge, si traduce in una fattispecie di antinomia, risolvibile attraverso il normale criterio della disapplicazione della fonte normativa gerarchicamente inferiore.

L'opinione prevalente, sia in giurisprudenza che nel panorama scientifico, ritiene il bando di gara atto amministrativo generale²⁷. Il bando di gara non può essere considerato atto normativo, poiché oltre a difettare dei requisiti tipici di astrattezza e innovatività, si caratterizza per una generalità profondamente differente dalla generalità propria degli atti normativi²⁸. È evidente, infatti, che i destinatari del bando di gara sono indeterminati solo al momento di adozione dello stesso, ma diventano ben individuabili dopo la fase di presentazione delle offerte. Allo stesso modo, il bando non è un atto dotato di astrattezza, essendo rivolto ad esaurire i propri effetti limitatamente alla singola procedura di gara. Manca, infine, anche il carattere dell'innovatività, non essendo idoneo ad innovare stabilmente l'ordinamento giuridico con una serie di precetti applicabili ad una serie indefinita di rapporti.

2.2. La motivazione esterna e interna del bando di gara

L'adesione all'una o all'altra delle sopra illustrate tesi ha chiaramente diverse conseguenze sul piano pratico.

Aderendo alla tesi che configura il bando come atto normativo, si dovrebbe escludere in radice ogni obbligo di motivazione dello stesso, ai sensi dell'articolo 3, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

In realtà, accedendo alla tesi prevalente, che ne afferma la natura di atto amministrativo generale, la questione relativa alla soggezione dello stesso all'obbligo di motivazione assume riflessi più complessi. Si potrebbe sostenere che il bando di gara ricada comunque nell'esclusione di cui all'articolo 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, in quanto atto amministrativo generale. Tuttavia, come già illustrato nel paragrafo precedente, non ogni tipo di atto amministrativo generale è automaticamente escluso dall'obbligo di motivazione²⁹.

nell'ambito della procedura cui si riferisce.

²⁷ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699; Tar Calabria, sez. II, 24 luglio 2007, n. 1022; *Id.*, 22 settembre 2005, n. 5005; Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1.

²⁸ Si veda, Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35.

²⁹ Si veda, *infra*, cap. III, par. 1., «Atti normativi e atti amministrativi generali: eccezioni reali e apparenti all'obbligo di motivazione».

La tesi che considera il bando di gara come atto amministrativo generale, comunque non soggetto ad un obbligo di particolare motivazione, si fonda principalmente su due ordini di argomentazioni: (i) il bando di gara verrebbe qualificato alla stregua di un atto a contenuto generale, come tale rientrante nell'eccezione normativa all'obbligo di motivazione, di cui all'articolo 3, comma 2, legge n. 241 del 1990; (ii) le scelte effettuate dalle amministrazioni aggiudicatrici potrebbero ritenersi neutrali, in quanto ispirate all'apertura alla concorrenza, principio derogabile dalle amministrazioni in casi eccezionali³⁰.

Tale ricostruzione, tuttavia, non appare condivisibile. In primo luogo, le scelte effettuate dalle amministrazioni aggiudicatrici non potrebbero essere considerate scelte neutrali, anche se ispirate a principi di apertura e concorrenzialità. L'amministrazione, infatti, compie in ogni caso delle scelte idonee a segmentare il mercato rispetto a parametri *standard* fissati direttamente dalle disposizioni normative o, comunque, derivanti da obblighi conformativi dell'autorità di settore. Si pensi alla scelta di suddividere la commessa in lotti, per la cui deroga è prevista una specifica motivazione, *ex* articolo 51 D.lgs. n. 50 del 2016; alla scelta di aggiudicare il contratto al minor prezzo, *ex* articolo 95; alla deroga a criteri di selezione ispirati al fatturato minimo, *ex* articolo 83; alla mancata utilizzazione di strumenti elettronici per le comunicazioni, *ex* articolo 52. In secondo luogo, in alcune ipotesi normative, gli obblighi di motivazione sono imposti alle amministrazioni dalle stesse previsioni del Codice dei contratti pubblici, secondo un criterio di specialità. È il caso della deroga alla durata degli accordi quadro, del ricorso alla procedura del dialogo competitivo, del ricorso al partenariato per l'innovazione, della suddivisione del concorso di programmazione in due fasi, nonché della scelta di aggiudicare mediante affidamento al contraente generale³¹.

³⁰ Sul punto, si veda, Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 maggio 2010, n. 9354.

³¹ L'articolo 54, comma 1, prescrive espressamente che «La durata di un accordo quadro non supera i quattro anni per gli appalti nei settori ordinari e gli otto anni per gli appalti nei settori speciali, salvo in casi eccezionali, debitamente motivati in relazione, in particolare, all'oggetto dell'accordo quadro»; l'articolo 64, comma 1, prescrive che «Il provvedimento con cui le stazioni appaltanti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), decidono di ricorrere al dialogo competitivo deve contenere specifica motivazione, i cui contenuti sono richiamati nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139 sulla sussistenza dei presupposti previsti per il ricorso allo stesso»; l'articolo 65, comma 1, prescrive che «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere ai partenariati per l'innovazione nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili

L'argomentazione più convincente è quella per cui il bando di gara contiene sempre e comunque una motivazione, anche se espressa *per relationem*³². Occorre considerare, infatti, che il bando di gara costituisce atto che trova la sua prima motivazione nella determina a contrarre. Si tratta, dunque, di una vera e propria motivazione *per relationem*. Il bando di gara deve richiamare le scelte discrezionali effettuate a monte dall'amministrazione, che giustificano l'avvio della procedura di gara. È evidente, dunque, che la motivazione del bando di gara è una motivazione esterna all'atto. Le pubbliche amministrazioni, con la determina a contrarre, esplicitano le ragioni di pubblico interesse che hanno indotto ad avviare una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un determinato contratto, individuano gli elementi essenziali del contratto stipulando, le modalità di scelta del contraente e rendono nota l'esistenza della procedura selettiva, dandone avvio e fissandone contestualmente le regole.

Nella stesura dei bandi di gara le amministrazioni aggiudicatrici hanno l'obbligo di conformarsi ai c.d. bandi tipo, individuati e predisposti dall'Autorità nazionale anticorruzione (Anac). Le stesse possono derogarvi in ipotesi eccezionali e, in tal caso, sono soggette ad uno stringente e puntuale obbligo di motivazione in sede di adozione della determina a contrarre³³. È lo stesso legislatore, quindi, ad individuare espressamente un

sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti»; l'articolo 154, comma 5, prescrive che «Le stazioni appaltanti, previa adeguata motivazione, possono procedere all'esperimento di un concorso in due fasi, la prima avente ad oggetto la presentazione di un progetto di fattibilità e la seconda avente ad oggetto la presentazione di un progetto definitivo a livello architettonico e a livello di progetto di fattibilità per la parte strutturale ed impiantistica»; l'articolo 195, comma 1, prescrive che «La scelta di aggiudicare mediante affidamento al contraente generale deve essere motivata dalla stazione appaltante in ragione della complessità e di altre esigenze al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed economicità. [...]».

³² L'articolo 3, comma 3, della legge n. 241 del 1990 ammette la figura della motivazione *per relationem*, stabilendo che le ragioni del provvedimento possano risultare da altro atto amministrativo richiamato dal provvedimento stesso: in tal caso prescrive che «insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile [...] anche l'atto cui essa si richiama». Si tratta, dunque, di una particolare 'tecnica motivazionale', che non diminuisce in alcun modo l'essenza dell'operazione valutativa. Sulla motivazione *per relationem, ex multis*, si rinvia all'organica trattazione di CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., pp. 493 ss.

³³ L'articolo 71, D.lgs. n. 50 del 2016, prescrive che «Al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti, omogeneizzazione delle condotte, successivamente all'adozione da parte dell'Anac di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi. [...] Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo».

vero e proprio obbligo di motivazione *per relationem*. Laddove la stazione appaltante si discosti dai c.d. bandi-tipo, dovrà motivare adeguatamente e specificamente la propria scelta nella determina a contrarre. Già con la determina a contrarre può generarsi una posizione giuridica qualificata, con effetti non solo interni. Si ha, in particolare riguardo a quelle ipotesi in cui la determinazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri di selezione non venga assolta dal successivo bando di gara, ma anticipatamente dalla stessa determina a contrarre.

Una delle predette ipotesi è certamente quella dell'avvio di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara³⁴. L'articolo 63 del D.lgs. n. 50 del 2016 prevede che le amministrazioni possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, «dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti»³⁵. Il legislatore nazionale ha fissato *expressis verbis*, con particolare riguardo al settore ordinario, l'obbligo di esplicitare le giustificazioni sottese alle procedure negoziate senza bando. In materia di appalti per i settori speciali, invece, il nuovo Codice dei contratti pubblici, all'articolo 125, non impone espressamente il suddetto obbligo procedimentale, ingenerando una lacuna normativa ed ermeneutica³⁶. Ciò, tuttavia, non può sicuramente portare ad escluderlo *tout court*.

La procedura negoziata senza bando, di derivazione comunitaria, identifica un procedimento quasi sempre eccezionale ed acconsentito in determinate ipotesi, il quale rappresenta l'*extrema ratio* del sistema di *public procurement*. L'obbligo di motivazione ha, dunque, una specifica funzione di garanzia procedimentale, mirando ad assicurare la trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa³⁷. L'obbligo di motivazione

³⁴ Sul punto, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2020, n. 608; Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 4 settembre 2018, n. 9145; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 30 settembre 2016, n. 1514; Tar Lazio, Roma, sez. III, 16 gennaio 2010, n. 286; *Id.*, 11 novembre 2009, n. 11069; Cons. St., sez. V, 10 settembre 2009, n. 5426.

³⁵ Nella direttiva 2014/24/UE sugli appalti ordinari non compare alcun obbligo preliminare di motivazione, in capo alla pubblica amministrazione, relativamente all'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, mentre detto obbligo sorge in sede di aggiudicazione. Il nuovo Codice dei contratti pubblici, all'articolo 63, ha ribadito sostanzialmente il disposto del previgente articolo 57, D.lgs. n. 163 del 2006.

³⁶ Anche per le concessioni non è testualmente sancita l'esperibilità della procedura negoziata senza bando e della relativa motivazione.

³⁷ La Cgue, Grande sez., con la sentenza 8 aprile 2008, causa C-337/05 (*Commissione c. Repubblica italiana*) ha affermato che «la procedura negoziata deve essere ritenuta eccezionale e deve essere applicata soltanto in casi elencati in via limitativa [...] l'onere di dimostrare

non deve solo giustificare le scelte discrezionalmente operate, ma deve oggettivamente offrire l'indicazione dei presupposti legittimanti e, con essi, la presenza di un nesso di necessaria implicazione causale, tale da imporre il ricorso all'affidamento diretto.

Tale assunto è avvalorato anche dal disposto di cui all'articolo 36 del D.lgs. n. 50 del 2016, che, nel disciplinare il delicato settore dei contratti 'sotto soglia', prevede uno specifico obbligo di motivazione. Il secondo comma del predetto articolo, in particolare, introduce innovative procedure mediante affidamento diretto e procedure negoziate, destinate a rivoluzionare la previgente disciplina, «fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture [...]». Il legislatore, quindi, conferma che i modelli preferiti per la scelta del contraente sono quelli ordinari – procedura aperta e procedura ristretta – mentre le altre procedure – partenariato per l'innovazione, procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo e procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara – sono eccezionali e facoltative. Queste ultime, infatti, da un lato, possono essere utilizzate solo quando ne ricorrono gli specifici presupposti, dall'altro, seppur in presenza di tali presupposti, l'amministrazione può sempre decidere di ricorrere ad una procedura ordinaria.

Anche l'Anac ha chiarito che le stazioni appaltanti «possono ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale (articolo 36, comma 2,

che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intende avvalersene». Nello stesso senso, si veda anche, Cgue, sez. II, 27 ottobre 2005, cause riunite C-187/04 e C-188/04 (*Commissione c. Repubblica italiana*). Anche la giurisprudenza nazionale ha affermato la straordinarietà della procedura negoziata senza bando. Si veda, Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2012, n. 6256, secondo cui le disposizioni che consentono il ricorso alla trattativa privata (procedura negoziata) per l'affidamento di appalti pubblici devono essere interpretate restrittivamente, introducendo ipotesi tassative che costituiscono momento patologico del rapporto contrattuale – risolvendosi in affidamenti diretti senza le garanzie della procedura competitiva – ed i presupposti applicativi di tale straordinaria procedura devono essere dimostrati in modo rigoroso dalla stazione appaltante e dall'impresa beneficiaria. La portata dell'obbligo di motivazione si declina, coerentemente, nel senso che è la scelta della pubblica amministrazione di procedere a trattativa che va adeguatamente motivata, in ordine alla sussistenza dei presupposti specifici legali che di volta in volta la giustificano, mentre, qualora l'amministrazione si orienti per la procedura competitiva, non occorre addurre alcuna giustificazione, rientrando ciò nelle normali opzioni che l'ordinamento considera di per sé preferibili, anche quando si verificano in astratto i presupposti per aggiudicare l'affare mediante procedura negoziata.

del Codice dei contratti pubblici)»³⁸. Pertanto, in applicazione dei principi enunciati dall'articolo 30, comma 1, del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, nelle ipotesi in cui il mercato risulti particolarmente ampio, le amministrazioni «nella determina o delibera a contrarre, non dovrebbero limitarsi ad individuare la procedura applicabile con riferimento agli importi di cui all'articolo 36, ma dovrebbero, ad esempio, dare conto delle ragioni che le hanno indotte ad optare per un sistema di affidamento non aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate». L'Autorità anticorruzione, dunque, sembra delineare un obbligo motivazionale, non letteralmente presente nella disposizione normativa, ma desumibile proprio dall'inciso normativo di cui all'articolo 36, comma 2 – «salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie».

Chiarita, dunque, la necessità della motivazione relativamente alla procedura negoziata competitiva senza bando, pare opportuno soffermarsi sulla procedura negoziata competitiva con bando di gara. L'allegato XIV C del nuovo Codice dei contratti pubblici, al pari dell'allegato V C alla direttiva 2014/24/UE, non prescrive che il bando di gara da pubblicarsi per l'espletamento della procedura negoziata debba essere motivato. La previsione di una motivazione è meramente eventuale e limitata ai soli casi di procedura negoziata accelerata.

Nel nostro ordinamento, come già chiarito, la sede designata ad accogliere la motivazione non è solo il bando, bensì la determina a contrarre³⁹. L'articolo 192 del D.lgs. n. 267 del 2000, nel delineare il contenuto minimo tipico della determina a contrarre, prevede che la stessa debba indicare «le modalità di scelta del contraente [...] e le ragioni che ne sono alla base»⁴⁰. Ne deriva che, è la determina a contrarre la sede

³⁸ Si rinvia al punto 1.4. delle Linee guida Anac n. 4, di attuazione del D.lgs. n. 50 del 2016, recanti «Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici».

³⁹ L'articolo 32 del D.lgs. n. 50 del 2016, rubricato «Fasi delle procedure di affidamento» stabilisce, al comma 2, che «Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte», e, al successivo comma 3, che «La selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal presente codice».

⁴⁰ L'articolo 192 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. enti locali), rubricato «Determinazioni a contrattare e relative procedure», prevede che «La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle

privilegiata per esplicitare le ragioni alla base della procedura negoziata con bando. La motivazione deve essere espressa per poter giustificare l'opzione esercitata in favore di una procedura che, qualora ne siano predeterminati i confini applicativi, risulti straordinaria ed eccezionale. La motivazione, pertanto, rappresenterebbe la più evidente garanzia di trasparenza per la chiarezza delle scelte espresse dalla stazione appaltante e dovrebbe fare riferimento ad una valutazione costi/benefici, mettendo a confronto i potenziali vantaggi della procedura negoziata, rispetto a quelli che potrebbero derivare da una procedura ordinaria di tipo aperto o ristretto.

Quanto fin qui scritto, evidenzia che il bando di gara ha, *in primis*, una motivazione c.d. esterna. Tuttavia, il bando di gara, oltre ad una motivazione c.d. esterna, individuata *per relationem*, contiene anche una motivazione c.d. interna, relativa ad una serie di previsioni per le quali è la stessa legge a prescrivere un obbligo di motivazione.

Un'ipotesi espressa di motivazione c.d. interna è quella prevista dall'articolo 51 del D.lgs. n. 50 del 2016, relativo alla suddivisione della gara in lotti⁴¹. La norma in parola chiarisce che le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Il nuovo Codice dei contratti pubblici privilegia la suddivisione in lotti allo scopo di ampliare la concorrenza e favorire le piccole e medie imprese, senza che, peraltro, tale scelta possa essere intesa come regressione del coesistente interesse pubblico alla scelta del miglior contraente, al fine di garantire il migliore utilizzo possibile delle risorse finanziarie della collettività, interesse che – sebbene non più indicato espressamente, come nell'articolo 2, del previgente D.lgs. n. 163 del 2006 – è ontologicamente presente nel sistema ed è comunque richiamato nel nuovo Codice dei

disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base».

⁴¹ L'articolo 51, comma 1, D.lgs. n. 50 del 2016, prescrive che «Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ovvero in lotti prestazionali, in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese». Sul punto, in giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 25; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 8 febbraio 2018, n. 356; Tar Toscana, Firenze, sez. III 12 dicembre 2016, n. 1560.

contratti pubblici⁴².

Altra ipotesi è quella di cui all'articolo 95, comma 4, del medesimo Codice, che prevede, quale criterio generale di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Pertanto, il nuovo Codice dei contratti pubblici prescrive che la scelta del criterio del prezzo più basso, avendo carattere eccezionale e derogatorio, deve essere sorretta da una adeguata, congrua e sufficiente motivazione. L'amministrazione ha l'obbligo di fornire adeguata motivazione della scelta effettuata e di rendere esplicito nel bando il metodo per la selezione della migliore offerta, non potendo in nessun caso posticipare tale imprescindibile adempimento al momento dell'aggiudicazione⁴³. Nella motivazione le stazioni appaltanti, oltre ad argomentare sulla ricorrenza degli elementi alla base della deroga, «devono dimostrare che tramite il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un partecipante in particolare, poiché ad esempio si sono considerate come standardizzate le caratteristiche del prodotto offerto dal singolo fornitore e non dall'insieme delle imprese presenti sul mercato»⁴⁴.

La motivazione si delinea, in ogni caso, come passaggio di primaria importanza per l'esplicitazione delle scelte dell'amministrazione in una prospettiva di massima accessibilità e trasparenza. Il principio di trasparenza è uno dei principi generali, riconducibili direttamente ai principi fondamentali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, sanciti dall'articolo 97 della Costituzione, ai quali ciascuna amministrazione pubblica deve informare il proprio operato. Anche l'articolo 30, comma 1, D.lgs. n. 50 del 2016 prevede espressamente il principio di trasparenza tra i principi generali da rispettare inderogabilmente nell'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori, servizi e forniture pubbliche⁴⁵. L'applicazione di questo principio

⁴² In tal senso, Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 25; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 8 febbraio 2018, n. 356; Tar Lazio, Roma, sez. I-quater, 6 aprile 2017, n. 4293; Cons. St., sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038; Tar Lazio, Roma, sez. II, 30 agosto 2016, n. 9441.

⁴³ In tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 19 settembre 2017, n. 1828; Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 13 dicembre 2016, n. 124399. Si rinvia anche alle Linee guida Anaç n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Offerta economicamente più vantaggiosa».

⁴⁴ Si veda, Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 25 febbraio 2017, n. 166.

⁴⁵ L'articolo 30, comma 1, D.lgs. n. 50 del 2016, prescrive che «L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, [...] garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice [...]».

comporta l'obbligo, a carico delle amministrazioni, di consentire ai concorrenti il pieno ed effettivo controllo dell'espletamento della gara ed è posto a tutela di quell'interesse pubblico fondamentale consistente nel buon andamento della pubblica amministrazione e nella correlata possibilità, riconosciuta ai soggetti specificamente legittimati dall'ordinamento, di verificare in concreto lo svolgimento dell'attività amministrativa.

2.3. La motivazione degli atti della gara successivi al bando: esclusioni, ammissioni, offerte anomale e aggiudicazione

In questa sede, per consequenzialità logica, pare opportuno approfondire anche il tema dell'obbligo di motivazione che caratterizza gli atti della procedura di gara successivi al bando – pur non essendo atti generali, bensì individuali. Si tratta, infatti, di atti che intervengono nelle fasi successive a quella dell'emanazione del bando di gara, ma che sono legate allo stesso in un rapporto strettissimo, costituendone attuazione ed essendo regolati dalle previsioni contenute nel medesimo.

Nel paragrafo precedente, si è approfondito il dibattuto tema della motivazione del bando di gara. Si è chiarito, inoltre, che, a prescindere da ciò che possa apparire, il bando di gara non è un atto scevro da motivazione, ma trova una motivazione c.d. esterna ed una motivazione c.d. interna. Se è vero che il bando di gara è soggetto ad una 'doppia' motivazione, occorre chiedersi se tale obbligo di motivazione caratterizza anche gli atti successivi al bando e, in particolare, i provvedimenti di esclusione, di ammissione, di verifica delle offerte anomale e di aggiudicazione.

L'articolo 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici ha introdotto, nel microsistema processuale relativo al contenzioso sui contratti pubblici, il nuovo rito super accelerato per le impugnative nei confronti degli atti di esclusione e di ammissione alle procedure di affidamento⁴⁶. Ai sensi

⁴⁶ Nulla è cambiato per l'impugnazione dell'aggiudicazione, ex articolo 120, comma 6, codice del processo amministrativo. Sul punto, in giurisprudenza, si veda, Tar Sicilia, Catania, sez. I, 10 dicembre 2018, n. 2335; Cons. St., sez. V, 23 agosto 2018, n. 5036; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 24 aprile 2017, n. 2230, secondo cui «In materia di gare d'appalto, il rito superaccelerato del comma 6-bis dell'articolo 120 c.p.a. è stato previsto unicamente per i ricorsi avverso i provvedimenti di esclusione o mancata ammissione e, pertanto, nel caso in cui il ricorrente impugna anche i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, il rito applicabile è quello "ordinario" per le procedure di gara disciplinate dal comma 6 dell'articolo 120 c.p.a., essendosi in presenza di impugnative di atti inerenti alla medesima procedura di gara di appalto ma assoggettate a riti con un diverso grado di specialità»; Tar Toscana, Firenze,

del novellato comma 2-*bis* dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo «il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa, all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, va impugnato nel termine di trenta giorni decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante [...]»⁴⁷. La novellata disposizione, inoltre, stabilisce che in caso di omessa impugnazione, il concorrente non può far valere l'illegittimità derivata dell'aggiudicazione per vizi attinenti alle ammissioni o alle esclusioni.

È evidente che la previsione del suddetto nuovo rito ha riflessi immediati sull'obbligo di motivazione delle esclusioni e delle ammissioni. L'obbligo di immediata impugnazione, sia della propria esclusione, sia delle ammissioni degli altri concorrenti, determina una rinnovata e sempre maggiore rilevanza della motivazione dei suddetti atti. In particolare, tale obbligo di impugnazione può essere efficacemente assolto soltanto a condizione che il concorrente conosca le motivazioni che hanno condotto alla propria esclusione o alla ammissione degli altri operatori economici. I c.d. motivi di esclusione dalla partecipazione alle gare, conseguenti al mancato possesso dei requisiti soggettivi – «di ordine pubblico» o di «moralità» – di cui tutti i concorrenti devono disporre per poter contrattare con la pubblica amministrazione, sono disciplinati dall'articolo 80 del D.lgs. n. 50 del 2016⁴⁸. Il successivo articolo 83, comma 8, ne prevede la

sez. II, 24 aprile 2017, n. 593.

Per una ricostruzione della nuova disciplina sul rito appalti, dettata dall'articolo 204 del D.lgs. n. 50 del 2016, si rinvia all'approfondita trattazione di G. FERRARI, *La tutela giurisdizionale*, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI, Nel Diritto Editore, Roma, 2017, pp. 1263 ss. Poi si rinvia anche ai contributi di C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 4, pp. 515 ss; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in «www.giustizia-amministrativa.it», 2016; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in «Federalismi.it», 2016; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e precontenziosa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in «Federalismi.it», 2016.

⁴⁷ Per una prima proposta in questa direzione, si rinvia alle osservazioni prospettate da A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica*, a cura di G. PELLEGRINO, A. STERPA, Carocci Editore, Roma, 2014, pp. 39 ss.

⁴⁸ Secondo una giurisprudenza ormai consolidata, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa, fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. *Ex multis*, si veda si veda, Cons. St., Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8.

tassatività e prescrive espressamente che «i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle»⁴⁹. In presenza di clausole ‘ambigue’ contenute nel bando di gara, dunque, si ritiene che le stesse non possano assumere carattere escludente, in conformità al principio di tassatività e a quello del *favor participationis*⁵⁰. L’esclusione dalla gara non deve essere preceduta dal preavviso di rigetto, *ex* articolo 10-*bis*, legge n. 241 del 1990, trattandosi di norma non applicabile alle procedure di gara⁵¹. L’articolo 80, comma 8, secondo periodo prevede che «dell’esclusione viene data motivata comunicazione all’operatore economico».

Una peculiare ipotesi di motivazione viene in rilievo nella causa di esclusione, di cui all’articolo 80, comma 5, lett. *c*), per gravi illeciti professionali, che deve essere interpretata in linea con gli orientamenti giurisprudenziali formatisi sull’articolo 38, comma 1, lett. *f*) dell’abrogato D.lgs. n. 163 del 2006⁵². La diversa formulazione letterale delle due norme (l’articolo 38, comma 1, lett. *f*), del previgente Codice dei contratti pubblici rinviava alla «motivata valutazione della stazione appaltante») è superabile senza difficoltà, ritenendo che la «dimostrazione con mezzi adeguati», oggi richiesta, riguardi oltre gli illeciti professionali commessi, anche l’idoneità degli stessi a mettere in dubbio l’integrità o affidabilità del concorrente. Tale interpretazione è quella accolta anche dalle linee guida Anac n. 6, che esprimono l’esigenza di rispetto delle regole generali che governano l’esercizio della discrezionalità amministrativa, a partire dall’obbligo di motivazione sancito dall’articolo 3 della legge n. 241 del 1990⁵³.

L’obbligo di motivazione delle esclusioni costituisce principio affermato anche dalla giurisprudenza amministrativa sulle disposizioni contenute nel previgente Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163 del 2006)⁵⁴.

⁴⁹ In giurisprudenza, sul punto, si veda, Cons. giust. amm. Sicilia, 9 gennaio 2017, n. 9; Cgue, sez. VI, 2 giugno 2016, causa C 27/15 (*P. Pizzo c. CRGT srl*).

⁵⁰ Si veda, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. V, 5 settembre 2018, n. 5364; Cons. St., sez. V, 15 marzo 2016, n. 1024; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 21 aprile 2016, n. 754.

⁵¹ Si veda, Tar Puglia, Bari, sez. I, 24 giugno 2010, n. 2621.

⁵² Si veda, Tar Toscana, Firenze, 1° agosto 2017, n. 1011.

⁵³ Si rinvia alle Linee guida n. 6, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’articolo 80, comma 5, lett. *c*) del Codice». Si richiama, in particolare, quanto disposto al punto 6.5.

⁵⁴ Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467; Cons. St., sez. V, 25 maggio 2017, n. 2457. Nel caso di specie si contestava il provvedimento con cui

Si è affermato, infatti, che la stazione appaltante non ha l'obbligo di motivare la decisione di non escludere – cioè di ammettere – il concorrente in esito al *sub*-procedimento di valutazione del rilievo delle inadempienze contrattuali a suo carico annotate sul casellario informatico dell'autorità di settore⁵⁵. La giurisprudenza interpreta la previgente disposizione di cui all'articolo 38, comma 1, lett. *f*), del Codice del 2006, nel senso che uno specifico obbligo motivazionale è richiesto solo per l'ipotesi contraria, in cui l'amministrazione ritiene le inadempienze contrattuali annotate a carico del concorrente ostative alla sua partecipazione alla gara. La norma, in proposito, stabiliva che erano esclusi dalla procedura di evidenza pubblica i soggetti cui, «secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertata con ogni mezzo dalla stazione appaltante». L'esclusione ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lett. *f*), deve essere il risultato di una motivata valutazione dell'episodio addebitato all'operatore economico sindacabile dal giudice amministrativo⁵⁶. Gli elementi a tal fine rilevanti possono, in astratto, essere desunti anche da fatti oggetto di un procedimento penale, ma, a tale fine, è necessario che l'amministrazione individui con precisione quali siano le condotte esecutive rilevanti che hanno integrato gli estremi del grave errore professionale e determinato l'interruzione del rapporto fiduciario. Pertanto, sotto la vigenza del D.lgs. n. 163 del 2006, l'obbligo di motivazione era richiesto per i provvedimenti di esclusione, ma non anche per quelli di ammissione, ovvero di non esclusione.

L'articolo 79, comma 5-*bis* del previgente Codice dei contratti pubblici, stabiliva, inoltre, che le comunicazioni di cui al comma 5 del medesimo articolo, tra cui venivano espressamente menzionate anche l'aggiudicazione

la commissione giudicatrice aveva escluso da una gara un concorrente, per difetto di motivazione, non esplicitando le ragioni per le quali l'offerta era ritenuta non conforme alle caratteristiche tecniche delle forniture previste nel progetto posto a base di gara. Il Collegio, in quella sede ravvisava che «l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi è inteso [...] secondo una concezione sostanziale/funzionale, nel senso che esso è da intendersi rispettato quando l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione adottata e il destinatario è in grado di comprendere le ragioni di quest'ultimo e, conseguentemente, di utilmente accedere alla tutela giurisdizionale, in conformità ai principi di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione». Nello stesso senso, anche, Cons. St., sez. III, 23 novembre 2015, nn. 5311 e 5312; Cons. St., sez. IV, 21 aprile 2015, n. 2011; Cons. St., sez. V, 24 novembre 2016, n. 4959; *Id.*, 23 settembre 2015, n. 4443; *Id.*, 28 luglio 2015, n. 3702; *Id.*, 14 aprile 2015, n. 1875; *Id.*, 24 marzo 2014, n. 1420; Con. St., sez. VI, 6 dicembre 2016, n. 5150.

⁵⁵ Si veda, Cons. St., sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3198.

⁵⁶ Si veda, Tar Lazio, Roma, sez. III, 6 marzo 2017, n. 3140.

definitiva e l'esclusione, da effettuarsi da parte della stazione appaltante nei confronti doveva essere «accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione [...]» e che l'obbligo poteva, tra l'altro, essere assolto mediante l'invio dei verbali di gara. L'invio dei verbali di gara costituisce una mera facoltà per l'amministrazione, che può soddisfare gli obblighi che la norma le impone anche mediante la sola illustrazione della motivazione dell'esclusione⁵⁷. La motivazione, pertanto, deve caratterizzarsi per la sua esistenza e adeguatezza; deve dare dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella delibera a contrarre, della rispondenza di quanto offerto alle esigenze della stazione appaltante, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dal contraente e della convenienza del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione.

Tra le cause che possono condurre all'esclusione dalla gara, vi è quella della ritenuta anomalia dell'offerta presentata. L'offerta anomala è quell'offerta giudicata anormalmente bassa rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando di gara che, in quanto tale, suscita il sospetto della scarsa serietà della stessa e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per l'inidoneità ad assicurare un adeguato profitto all'operatore economico. A fronte di tali offerte è imposta alla stazione appaltante un'attenta verifica della loro serietà, volta a valutare se l'offerta complessivamente intesa sia seria ed attendibile. La fattispecie dell'offerta anomala è disciplinata dall'articolo 97 del nuovo Codice dei contratti pubblici, che, conformemente a quanto previsto dalle direttive comunitarie del 2014 e quanto già affermato dalla giurisprudenza della Cgue, prevede un generale divieto di esclusione automatica delle medesime. Il generale divieto di esclusione automatica trova un'unica eccezione nella previsione di cui al successivo comma 8 del medesimo articolo, che ammette l'esclusione automatica delle offerte anomale al ricorrere di taluni presupposti⁵⁸.

La valutazione circa l'anomalia dell'offerta, di competenza della stazione appaltante⁵⁹, si configura come un *sub*-procedimento espressione di un

⁵⁷ Si veda, Tar Lazio, Roma, sez. I, 2 dicembre 2016, n. 12063.

⁵⁸ In particolare, l'articolo 97, comma 8, D.lgs. n. 50 del 2016, prescrive che, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso – e comunque per importi inferiori alla soglia comunitaria di cui all'articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero – la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-*bis* e 2-*ter* (in tal caso non si applicano i commi 4, 5, e 6). La facoltà di esclusione automatica non è, in ogni caso, esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci.

⁵⁹ Alla luce dell'articolo 31, comma 3, del D.lgs. n. 50 del 2016 il procedimento di verifica

potere di natura tecnico-discrezionale, che si colloca dopo la fase di l'apertura delle buste economiche e prima della proposta di aggiudicazione⁶⁰. Lo stesso si articola in quattro distinti momenti: (i) l'individuazione delle offerte sospettate di anomalia; (ii) la richiesta delle giustificazioni dell'offerta da parte dell'amministrazione; (iii) la presentazione dei chiarimenti e degli eventuali elementi giustificativi dell'offerta da parte del concorrente; (iv) la verifica dei chiarimenti e delle giustificazioni da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. La fase di acquisizione delle giustificazioni fornite dal concorrente è quella in cui si realizza il contraddittorio procedimentale. L'anomalia dell'offerta è, dunque, il risultato «di un giudizio di carattere globale e sintetico sull'attendibilità dell'offerta nel suo complesso», in relazione all'incidenza di tutte le singole voci eventualmente giudicate inattendibili, al fine di valutare se la singola inesattezza di una voce del prezzo offerto incida in modo significativo sulla serietà ed attendibilità dell'offerta complessivamente intesa⁶¹. La funzione di tale giudizio è quella di garantire un equilibrio tra la convenienza per la pubblica amministrazione di affidare l'appalto al prezzo più basso e l'esigenza di evitarne l'esecuzione con un ribasso che si attesti al di là del ragionevole limite dettato dalle leggi di mercato⁶². In tema di sindacato del giudice amministrativo, in ordine

dell'anomalia delle offerte è di competenza del Responsabile unico del procedimento e non della commissione di gara. Ciò è confermato anche dalle Linee guida n. 3 dell'Anac, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni». Si veda, in particolare, il punto 5.3. In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 10 gennaio 2020, n. 249; Tar Sardegna, Sassari, 5 maggio 2017, n. 303.

⁶⁰ Le modalità di calcolo della soglia di anomalia sono diverse a seconda del criterio di aggiudicazione prescelto. L'articolo 97, comma 3, D.lgs. n. 50 del 2016, prevede che, laddove il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, «la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. Il calcolo di cui al primo periodo è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre. Si applica l'ultimo periodo del comma 6». L'articolo 97, comma 2, D.lgs. n. 50 del 2016, prevede che, laddove il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a quindici, «la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata, al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalie, il RUP o la commissione giudicatrice» procedono secondo uno dei criteri previsti dal medesimo comma.

⁶¹ Sul punto, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 20 gennaio 2020, n. 45; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 7 marzo 2017, n. 383; Cons. St., sez. III, 9 luglio 2014, n. 3492.

⁶² Si veda, Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1815; Cons. St., sez. V, 7 settembre 2007, n. 4694.

alla verifica di anomalia delle offerte, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ha accolto un c.d. modello di sindacato effettivo, ma non sostitutivo relativamente agli apprezzamenti tecnici amministrativi. Dinanzi ad una valutazione tecnica complessa, quale è quella di anomalia delle offerte, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, ma può solamente ripercorrere il ragionamento seguito dalla stessa, al fine di verificarne la ragionevolezza, la logicità, nonché la coerenza⁶³.

Chiarita la funzione del giudizio di anomalia delle offerte, pare opportuno soffermarsi sull'obbligo motivazionale del medesimo e sulla sua rilevanza ai fini della legittimità dell'esclusione o dell'ammissione. Il procedimento di verifica dell'anomalia può concludersi tanto con un provvedimento di esclusione, quanto con un provvedimento di ammissione, che reputa affidabile l'offerta.

Nel caso di giudizio negativo di congruità dell'offerta, si ritiene che il provvedimento di esclusione debba essere adeguatamente motivato, stante l'esigenza di rendere trasparente la scelta dell'amministrazione e, in particolare, le ragioni del giudizio di inaffidabilità dell'offerta⁶⁴. L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe prendere specificamente in considerazione le giustificazioni fornite dal concorrente, evidenziano le ragioni che inducono a ritenerle insoddisfacenti e inadeguate a suscitare un sufficiente affidamento sulla corretta esecuzione della prestazione contrattuale. Alla ritenuta anomalia dell'offerta, infatti, segue l'esclusione del concorrente dalla gara e solo una motivazione rigorosa ed analitica, che dia conto delle ragioni per le quali la stazione appaltante sia pervenuta a tale conclusione, permette allo stesso di comprenderne le ragioni e, eventualmente, di agire in giudizio in maniera consapevole.

La sussistenza di un obbligo di motivazione, invece, risulta controversa

⁶³ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 10 gennaio 2020, n. 249; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 13 aprile 2017, n. 258; Tar Catania, sez. I, 24 gennaio 2017, n. 178; Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4361; Cons. St., sez. V, 17 luglio 2014, n. 3800; Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 23 settembre 2015, n. 11370; Tar Lazio, Roma, sez. III-quater, 22 luglio 2015, n. 10074.

⁶⁴ Sul punto, si veda, *ex multis*, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 14 gennaio 2020, n. 64; Cons. St., sez. V, 4 novembre 2019, n. 7506; Cons. St., sez. V, 7 luglio 2017, n. 3341; *Id.*, 7 giugno 2017, n. 2736, che annulla, per difetto di istruttoria e di motivazione, «il provvedimento di esclusione per anomalia laddove l'aggiudicatario, nell'ambito del subprocedimento per la verifica di anomalia, ha depositato una serie di documenti che dimostrano prezzi e condizioni particolarmente favorevoli per la fornitura tali da giustificare il ribasso offerto, mentre le valutazioni della Stazione Appaltante si risolvono in asserzioni generiche ed apodittiche». Si veda anche, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 16 maggio 2016, n. 528; Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2015, n. 5665; Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963.

nell'ipotesi di un provvedimento che reputi la serietà dell'offerta, ritenendo attendibili le giustificazioni fornite dai concorrenti.

La giurisprudenza prevalente ritiene che l'obbligo di motivazione, in caso di giudizio positivo di congruità dell'offerta, non debba necessariamente essere assolto con una motivazione specifica e puntuale, ammettendosi anche una motivazione sintetica o *per relationem* alle operazioni ed alle risultanze dello specifico procedimento⁶⁵. Nella motivazione *per relationem*, la stazione appaltante può richiamare, oltre agli atti posti in essere dalla stessa, anche – e soprattutto – le giustificazioni fornite dal concorrente. Le giustificazioni richiamate dalla motivazione, tuttavia, devono necessariamente essere complete ed esaustive⁶⁶. In caso contrario, infatti, verrebbe pregiudicata la possibilità di verificare l'attendibilità, sotto il profilo della correttezza, delle valutazioni tecniche effettuate dall'amministrazione. Ad avviso di coloro che accolgono la predetta impostazione, l'obbligo di individuare gli specifici elementi da cui possa evincersi che la valutazione tecnico-discrezionale espressa dall'amministrazione sia manifestamente irragionevole, spetterà a colui che impugna l'aggiudicazione.

Altra parte della giurisprudenza, invece, ritiene che l'obbligo di motivazione si debba imporre in modo stringente anche nel caso di giudizio positivo, con conseguente ammissione dell'offerta⁶⁷. La previsione del generale obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi nel settore dei contratti pubblici si pone a tutela della *par condicio* dei concorrenti. Se, da un lato, è interesse del concorrente escluso poter controllare il giudizio di anomalia negativa, dall'altro lato, è interesse dei concorrenti non aggiudicatari poter controllare il giudizio di anomalia positivo. Tale controllo è possibile solo ove il giudizio finale sia congruamente e dettagliatamente motivato e, quindi, dia conto dell'esame di tutti gli elementi dell'offerta

⁶⁵ In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. I, 16 gennaio 2020, n. 509; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 14 gennaio 2020, n. 64; Cons. St., sez. V, 4 novembre 2019, n. 7506; Cons. St., sez. III, 17 settembre 2019, n. 6206; Tar Lazio, Roma, sez. I, 23 marzo 2017, n. 3857; Tar Toscana, Firenze, 14 ottobre 2016, n. 1460; Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 11 marzo 2016, n. 3133; Cons. St., sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3935; Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2015, n. 5665.

⁶⁶ Si veda, Tar Lombardia, Milano, 22 giugno 2017, n. 1396, che annulla «l'aggiudicazione di un appalto, per l'affidamento del servizio di refezione scolastica comunale, in quanto la stazione appaltante si è limitata a ritenere “esaustive e coerenti” le giustificazioni prodotte dall'aggiudicataria, nonostante la genericità delle stesse, fra cui, in particolare, quella relativa al costo delle derrate alimentari»; Cons. St., sez. III, 10 aprile 2014, n. 1744; *Id.*, 11 aprile 2012, n. 2073.

⁶⁷ In tal senso, Tar Marche, Ancona, sez. I, 22 maggio 2014, n. 541; Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 12 dicembre 2007, n. 12973; *Id.*, 30 maggio 2006, n. 4044.

e delle ragioni di attendibilità o di inattendibilità, non potendo ritenersi sufficiente il rinvio *per relationem* ad una documentazione formata da un soggetto privato che sia parte dello stesso procedimento selettivo⁶⁸. Un ulteriore indirizzo giurisprudenziale afferma che la motivazione del giudizio di anomalia dell'offerta andrebbe modulata in ragione della complessità dell'accertamento⁶⁹. Conseguentemente, anche un provvedimento negativo potrebbe avere una motivazione scarna e sintetica, che rinvia agli atti procedurali, se le ragioni della decisione sono evincibili dalla mera lettura degli atti richiamati e conosciuti dall'offerente. Specularmente, un provvedimento di affidabilità potrebbe necessitare di un puntuale e specifico apparato motivazionale, quando dall'istruttoria siano emersi elementi di non chiara interpretazione, o quando ci si trovi al cospetto di soluzioni tecnico-organizzative innovative.

L'obbligo di motivazione, infine, informa anche il provvedimento conclusivo della fase pubblicistica di scelta del contraente⁷⁰. Con

⁶⁸ Si veda, Tar Marche, Ancona, sez. I, 22 maggio 2014, n. 541, secondo cui «è illegittima, per violazione dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990, l'aggiudicazione di una gara di appalto pronunciata a seguito dell'esperimento del sub-procedimento di valutazione di non anomalia dell'offerta, nel caso in cui la stazione appaltante non abbia chiaramente esternato le ragioni in forza delle quali l'offerta risultata vittoriosa è stata ritenuta congrua, ma si sia limitata a fare rinvio per relationem alle giustificazioni dell'offerente; tali giustificazioni, infatti, non richiamano valutazioni espresse dall'amministrazione emanante e sono formate da un soggetto estraneo alla compagine amministrativa, portatore di un interesse legittimo nel procedimento ad evidenza pubblica, nei cui confronti l'amministrazione è tenuta a preservare una doverosa distinzione di ruoli, in ossequio al principio di imparzialità dell'azione amministrativa, sancito dall'articolo 97 della Costituzione. Deve pertanto ritenersi che la motivazione della valutazione di congruità dell'offerta, anche nel caso in cui la stessa sia favorevole all'interessato, deve rendere percepibili le ragioni sottese alle valutazioni per le quali il sospetto di anomalia sia stato escluso, non potendo ritenersi sufficiente il rinvio per relationem ad una documentazione formata da un soggetto privato che sia parte del procedimento selettivo»; Cons. St., sez. IV, 17 settembre 2007, n. 4837.

⁶⁹ In tal senso, Cons. St., sez. III, 9 luglio 2014, n. 3492.

⁷⁰ Si rinvia alle Linee guida Anac n. 4, punto 4.3. («I criteri di selezione, la scelta del contraente e l'obbligo di motivazione»), secondo cui «4.3.1. In ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo sanciti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 e al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante motiva in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione. A tal fine, la stazione appaltante può ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni [...]». 4.3.2. Per affidamenti di modico valore,

l'aggiudicazione, infatti, si conclude la procedura ad evidenza pubblica. Il nuovo Codice dei contratti ha eliminato la figura dell'aggiudicazione provvisoria, sostituendola con la «proposta di aggiudicazione», adottata dalla commissione giudicatrice. Il provvedimento di aggiudicazione è, allo stato, adottato dall'organo competente dell'amministrazione aggiudicatrice, sulla scorta della proposta di aggiudicazione formulata dalla commissione. L'articolo 33, comma 1, infatti, prevede che «la proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente».

L'articolo 95, comma 12, assorbe un orientamento giurisprudenziale consolidato, attribuendo alla stazione appaltante il potere discrezionale di non aggiudicare l'appalto se, all'esito della procedura di valutazione, nessuna delle proposte risulti conveniente o idonea⁷¹. La suddetta previsione trova la sua *ratio* giustificatrice nel principio di buon andamento, fermo restando l'obbligo di esercitare il potere di non aggiudicazione in casi limite e sulla base di adeguata motivazione e ponderazione degli interessi contrapposti in gioco⁷². La decisione di non aggiudicare la gara, in quanto espressione di un potere amministrativo discrezionale, soggiace ai principi generali del procedimento, tra cui, in particolare, l'obbligo di un'adeguata istruttoria e di una motivazione che dia conto delle concrete ragioni della decisione e delle valutazioni degli affidamenti ingenerali nei concorrenti, su cui l'atto è destinato ad incidere⁷³. Si rende necessario esplicitare le ragioni che inducono l'amministrazione a non procedere all'aggiudicazione anche in presenza di una espressa clausola del bando di gara con cui la stazione appaltante si riserva la facoltà di non aggiudicare l'appalto⁷⁴. La legittimità dell'esercizio del potere di diniego dell'aggiudicazione deve

ad esempio inferiori a 1.000 euro, o per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento (ad esempio regolamento di contabilità) già adottato dalla stazione appaltante, che tiene conto dei principi comunitari e nazionali in materia di affidamento di contratti pubblici, la motivazione della scelta dell'affidatario diretto può essere espressa in forma sintetica, anche richiamando il regolamento stesso nella determina ovvero nell'atto equivalente redatti in modo semplificato».

⁷¹ Si veda, da ultimo, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 26 maggio 2017, n. 515.

⁷² Si esprime in tal senso, C. VOLPE, *Le stazioni appaltanti hanno il potere di non aggiudicare*, in «Dir. proc. amm.», 2007, 9, p. 52.

⁷³ Si rinvia all'approfondita trattazione di D. VAIANO, *Fasi delle procedure di affidamento*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI, vol. I, Carocci Editore, Roma, 2017, pp. 649 ss.

⁷⁴ In tal senso, Cons. St., sez. V, 7 giugno 2013, n. 3125; *Id.*, 30 novembre 2007, n. 6137.

comunque essere valutata alla luce del generale canone di buona fede, da osservare anche nell'interpretazione delle clausole del bando di gara. La potestà di non procedere all'aggiudicazione può essere legittimamente esercitata anche per ragioni di sopravvenute difficoltà economiche⁷⁵, oltre che per eccessiva onerosità del prezzo indicato nell'offerta dall'impresa concorrente risultata aggiudicataria⁷⁶.

L'obbligo di motivazione interessa evidentemente anche il provvedimento di aggiudicazione. Tuttavia, l'obbligo di motivazione e la sua intensità variano a seconda del criterio di selezione delle offerte indicato dall'amministrazione nel bando di gara.

Se il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più bassa, secondo quanto affermato in giurisprudenza, qualora le varie posizioni in gara siano valutate esclusivamente mediante il criterio del massimo ribasso, non risulta necessaria l'indicazione di altre ragioni che hanno portato alla scelta dell'offerta più bassa. Con il criterio del massimo ribasso, infatti, la motivazione dell'aggiudicazione, da un lato, si ritrova *per relationem* mediante il rinvio al bando con cui viene indetta la gara e, dall'altro, si considera assolta all'esito di una valutazione oggettiva delle offerte⁷⁷.

La valutazione dell'intensità dell'obbligo di motivazione si fa, invece, più complessa quando il criterio di aggiudicazione della gara è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale criterio, infatti, introduce una componente valutativa discrezionale che va al di là del semplice confronto numerico delle offerte. Le valutazioni discrezionali incidono sull'attribuzione dei punteggi relativi alle singole voci e sottovoci delle offerte. Pertanto, si è posto il problema di comprendere se l'indicazione del solo punteggio numerico attribuito alle voci e sottovoci delle offerte sia sufficiente a ritenere assolto l'obbligo motivazionale, ovvero se sia necessaria una motivazione discorsiva. In giurisprudenza, si può ritenere ormai consolidato il principio per cui la mancanza di una motivazione discorsiva non determina un vizio dell'aggiudicazione per difetto di motivazione. L'analitica determinazione dei punteggi, in relazione alle singole voci e sottovoci dell'offerta, consente la puntuale ricostruzione dell'*iter* logico percorso dalla commissione nella valutazione dei singoli

⁷⁵ Si veda, Cons. St., sez. V, 21 aprile 2015, n. 2013

⁷⁶ Si veda, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 1° febbraio 2008, n. 108; Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2838.

⁷⁷ Come prescritto dall'articolo 95 del nuovo Codice dei contratti pubblici, infatti, qualora le amministrazioni optino per il criterio del minor prezzo, le stesse sono tenute a «darne adeguata motivazione», che ad avviso della giurisprudenza deve essere necessariamente palesata nel bando di gara.

aspetti della stessa e, quindi, permette la percezione delle ragioni poste a fondamento dell'assegnazione dei punteggi complessivi, sulla scorta dei quali viene formulata la graduatoria⁷⁸. Non si ritiene necessaria altra indicazione in merito alle ragioni che hanno portato alla scelta dell'offerta più conveniente⁷⁹. Il punteggio numerico assegnato ai singoli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa integra una sufficiente motivazione, a condizione che siano stati prefissati in modo chiaro e dettagliato i criteri di valutazione, in modo da delimitare il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo⁸⁰. È solo tale puntuale predeterminazione, infatti, a consentire al privato di verificare l'operato dell'amministrazione e al giudice di esercitare un effettivo sindacato di legittimità. I predetti criteri di valutazione possono risultare anche da una lettura integrata degli atti di gara, configurandosi, in tal caso, una motivazione *per relationem*. Nel caso di previsioni di massima nel bando, si è poi evidenziata l'essenzialità della permanenza di un potere discrezionale in capo alla commissione di gara, i cui poteri non possono essere assorbiti integralmente mediante la previsione di criteri e *sub*-criteri di dettaglio eccessivamente vincolanti. La Cgue, infatti, ha chiarito che, in presenza di un appalto di servizi da attribuirsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice non è tenuta a portare a conoscenza dei potenziali offerenti, nel bando di gara o nel capitolato d'onori, il metodo di valutazione da essa applicato al fine di valutare e di classificare concretamente le offerte⁸¹. Fermo restando, tuttavia, che detto metodo non può comunque avere l'effetto di modificare i criteri di attribuzione e la loro ponderazione relativa.

⁷⁸ Si veda, Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 27 agosto 2019, n. 10621.; Tar Puglia, Bari, sez. I, 19 ottobre 2017, n. 1057.

⁷⁹ In tal senso, *ex multis*, Tar Campania, Salerno, sez. I, 26 ottobre 2017, n. 1546; Tar Lazio, Latina, sez. I, 14 febbraio 2011, n. 143; Cons. St., sez. V, 29 novembre 2005, n. 6759.

⁸⁰ Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 12 giugno 2017, n. 2809; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 17 gennaio 2017, n. 15; Cons. St., sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556; Cons. St., sez. V, 20 settembre 2016, n. 3911; Cons. St., sez. III, 24 aprile 2015, n. 2050; Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2016, n. 120; Cons. St., sez. III, 24 aprile 2015, n. 2050.

⁸¹ Sul punto, occorre richiamare la recente e significativa pronuncia della Cgue, sez. IV, 14 luglio 2016, causa C-6/15 (*TNS Dimarso NV c. V. Gewest*), sulla questione pregiudiziale inerente all'interpretazione dell'articolo 53, par. 2, della direttiva 2004/18/CE – a cui il legislatore nazionale ha dato attuazione con l'articolo 83 del previgente Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163 del 2006).

3. Atti generali a contenuto precettivo: le scelte di pianificazione e programmazione urbanistica non sono sempre immotivate

Alla categoria degli atti a contenuto generale sono tradizionalmente ricondotti anche gli atti di pianificazione e programmazione urbanistica⁸².

La pianificazione urbanistica consiste in un'attività amministrativa di natura discrezionale e procedimentalizzata, volta all'individuazione delle regole da seguire per l'utilizzazione del territorio, allo scopo di consentirne un uso corretto e rispondente all'interesse generale⁸³. Spettano, dunque, alla pianificazione urbanistica compiti di indirizzo e di controllo delle trasformazioni del territorio e tali compiti vengono assolti attraverso un insieme combinato di disposizioni inserite in strumenti urbanistici o piani, di diverso livello.

Tali atti sembrerebbero, ad una prima lettura, sottratti all'obbligo di motivazione, rientrando nella previsione di cui all'articolo 3, comma 2, della legge n. 241 del 1990⁸⁴. Le eccezioni di cui al secondo comma dell'articolo 3 della legge generale sul procedimento amministrativo, tuttavia, come illustrato nei paragrafi precedenti, sono ricollegate dalla giurisprudenza alla natura del potere esercitato⁸⁵. Aderendo a tale posizione, gli atti di pianificazione e programmazione urbanistica contenenti disposizioni generali ed astratte non necessiterebbero di un'espressa motivazione⁸⁶;

⁸² Per un'approfondita disamina degli atti di pianificazione e programmazione urbanistica, *ex multis*, si rinvia al contributo di S. BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della normativa*, in «Riv. giur. edil.», 2014, 3, pp. 99 ss.

⁸³ Si richiama l'organica trattazione di S. BELLOMIA, G. PAGLIARI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Proprietà e pianificazione del territorio*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO, U. MORELLI, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2012. Poi si veda anche, D. DE PRETIS, A. SIMONATI (a cura di), *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2017; P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2016; F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Cedam, Padova, 2008; L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁸⁴ Sulla questione inerente alla motivazione degli atti di pianificazione e programmazione urbanistica, si richiama il contributo di R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto delle decisioni amministrative*, in *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, Annuario AIPDA 2017, AA.VV., Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

⁸⁵ Su tali eccezioni, si richiama l'esautiva trattazione di CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., p. 472.

⁸⁶ La scienza giuridica e la giurisprudenza affermano la natura c.d. mista – normativa e di atto generale – dei piani regolatori generali. In tal senso, G. MORBIDELLI, *Pianificazione territoriale ed urbanistica, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XXIII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, pp. 3 ss.; F. SALVIA, F. TERESI, *Diritto urbanistico*, Cedam, Padova, 2002, p. 95. Secondo SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit.,

al contrario, quelli contenenti prescrizioni puntuali, che manifestano la loro immediata attitudine lesiva nei confronti di situazioni giuridiche soggettive definite e individuabili, dovrebbero soggiacere ad un puntuale e specifico obbligo di motivazione⁸⁷.

Il problema della motivazione degli atti generali, come già anticipato, si pone anche in relazione agli istituti di partecipazione procedimentale. La legge n. 241 del 1990, all'articolo 13, prevede che agli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione – «per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione» – non si applicano gli istituti di partecipazione. Se si intende la motivazione come parte integrante e riflesso delle garanzie partecipative procedimentali, l'esclusione dall'obbligo di motivazione potrebbe discendere non già dall'articolo 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, bensì dal dettato del citato articolo 13.

Questa ricostruzione, tuttavia, non appare coerente e logica su un piano generale e sistematico⁸⁸. Le modalità di partecipazione ai processi decisionali pubblici non hanno una disciplina uniforme, ma speciale e diversa a seconda delle modalità di azione della pubblica amministrazione. Il sopra richiamato articolo 13 non esclude affatto gli istituti partecipativi per gli atti a contenuto generale, ma li esenta dall'applicazione delle formalità previste dalla legge generale sul procedimento amministrativo, alla luce del principio di specialità delle disposizioni primarie di volta in volta applicabili⁸⁹. In altri termini, pur volendo considerare la motivazione come istituto indirettamente partecipativo la cui applicazione sarebbe esclusa dall'articolo 13 della legge n. 241 del 1990 per gli atti in esame, la medesima norma non impedisce che agli atti elencati nella stessa siano

pp. 217 ss., i Piani regolatori, sono esclusi dal novero sia degli atti normativi che degli atti amministrativi generali, trattandosi di atti a contenuto e oggetto composito. Sul punto, si veda, Cons. St., sez. VI, 8 settembre 2009, n. 5258.

⁸⁷ In tal senso, A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Cedam, Padova, 2013, pp. 364 ss. Secondo l'Autore, la generalità dell'atto non è sufficiente ad escludere l'obbligo di motivazione e ciò accade soprattutto nelle ipotesi di atti preordinati alla definizione di presupposti per l'adozione di ulteriori provvedimenti. Aspetto, quest'ultimo, che caratterizza l'attività di programmazione e pianificazione urbanistica.

⁸⁸ Si esprime in questi termini, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. XIII, UTET, Torino, 1997, pp. 683 ss.

⁸⁹ Si pensi alle ipotesi speciali di legge in cui il procedimento di formazione degli atti di programmazione e pianificazione urbanistica contempla delle forme di partecipazione. Sul punto, si richiama quanto osservato ad M.A. SANDULLI, *Partecipazione e autonomie locali*, in «Dir. amm.», 2002, 4, pp. 555 ss. Poi si veda anche, E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento*, in «Dir. proc. amm.», 1994, 1, pp. 70 ss.

applicabili istituti di partecipazione procedimentale previsti dalle norme speciali che ne regolano il procedimento di formazione. L'articolo 13, infatti, esclude l'applicazione delle garanzie partecipative previste dalla legge n. 241 del 1990, ma non anche quelle eventualmente previste da leggi speciali ulteriori per gli atti pure in esso menzionati.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, potrebbe affermarsi che la dispensa dall'obbligo di motivazione si riferisca solo a quegli atti a contenuto generale, letteralmente indicati dall'articolo 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, nei quali la generalità dei destinatari si accompagna alla astrattezza e alla innovatività delle prescrizioni contenute. Non rileverebbe, dunque, la dimensione formale dell'atto nel quale il concreto provvedere viene esercitato, ma solo la reale consistenza dell'apparato di garanzie che l'ordinamento ha previsto nei confronti dell'invasività del potere pubblico⁹⁰. La motivazione degli atti di pianificazione e programmazione urbanistica, infatti, potrebbe costituire il luogo di emersione e di controllo degli effettivi criteri seguiti dall'amministrazione nella selezione e nella ponderazione degli interessi ritenuti rilevanti nell'assunzione della determinazione finale, valorizzando l'apporto partecipativo⁹¹.

Un'intensificazione dell'obbligo motivazionale per gli atti di pianificazioni territoriale potrebbe discendere anche da un loro possibile impatto sull'ambiente⁹². In tale prospettiva, la Convenzione di *Aarhus* prevede, all'articolo 6, comma 8, che la decisione in materia ambientale deve contenere le «reasons and considerations on which it is based» e, al successivo articolo 7, che la medesima disciplina procedurale si applica anche agli atti di pianificazione e di programmazione con effetti sull'ambiente⁹³. La

⁹⁰ Si esprime in questi termini, E. CANNADA BARTOLI, *In tema di motivazione degli atti a contenuto generale*, in «Foro amm. Tar», 1995, 4, p. 1088. L'Autore afferma che la dispensa dall'obbligo di motivazione riguarda «la motivazione riferita alla forma dell'atto» e non «la motivazione del provvedere».

⁹¹ Sulla riconducibilità della funzione della motivazione del provvedimento amministrativo ad una logica di soddisfazione del principio democratico, si rinvia all'opera di ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo, ad vocem*, cit., pp. 683 ss.

⁹² L'articolo 6 del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (T.U. ambiente), prescrive, tra l'altro, che «La valutazione ambientale strategica riguarda i piani e i programmi che possono avere impatti significativi sull'ambiente e sul patrimonio culturale».

⁹³ Decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, relativa «alla conclusione, a nome della Comunità europea, della convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico al processo decisionale e l'accesso alla giustizia in materia ambientale». In modo del tutto analogo, la direttiva 2003/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003, attuativa della Convenzione, prevede, all'articolo 2, comma 2, lett. c) e d), che nell'adozione delle decisioni finali dei procedimenti di pianificazione e di programmazione, si tenga «debitamente conto delle risultanze della

motivazione, in tal caso, è diretta principalmente ad accrescere l'effettività della partecipazione in materia ambientale, partecipazione che assume una funzione di supporto all'amministrazione nell'individuazione della soluzione maggiormente idonea a tutelare l'interesse ambientale.

3.1. *I caratteri del Piano regolatore generale e le ricadute sull'an e sul quantum dell'obbligo di motivazione*

I Piani regolatori generali, disciplinati dagli articoli 7 e ss. della legge 17 agosto 1942, n. 1150 (legge urbanistica), sono strumenti programmatici tramite i quali gli enti locali pianificano in via generale lo sviluppo urbanistico del territorio comunale⁹⁴. Si tratta di strumenti di primaria importanza nella pianificazione urbanistica del territorio, che coinvolgono una molteplicità di interessi pubblici e privati, per la cui sintesi le autorità pianificatrici godono della più ampia discrezionalità⁹⁵.

La natura giuridica di tali piani è alquanto dibattuta e dalla stessa derivano una serie di conseguenze applicative, sul piano sostanziale e processuale⁹⁶. Secondo parte della scienza giuridica, il Piano regolatore generale sarebbe da ricondurre nel novero degli atti amministrativi generali, a fronte della determinabilità *ex post* dei destinatari delle previsioni contenute nello stesso e della mancanza di astrattezza e innovatività⁹⁷. L'indirizzo oggi maggiormente

partecipazione del pubblico» e che quest'ultimo sia informato sui «motivi e le considerazioni su cui le stesse sono basate, includendo informazioni circa il processo di partecipazione».

⁹⁴ Le prescrizioni racchiuse nel Piano regolatore generale sono di due *species*: (i) alcune riguardano la suddivisione del territorio comunale in aree omogenee, con la previsione delle zone destinate all'espansione urbanistica, e la determinazione dei vincoli da osservare in ciascuna zona (c.d. zonizzazione); (ii) altre concernono l'individuazione delle aree da destinare all'edilizia pubblica e privata, nonché ad opere ed impianti di interesse culturale, politico o sociale (c.d. localizzazione). Il procedimento di formazione del Piano regolatore generale si compone di due fasi: la prima, di competenza comunale, che si conclude con l'adozione del Piano; la seconda, di competenza regionale, con cui definisce con l'approvazione del Piano (approvazione in funzione di controllo).

⁹⁵ Parte della scienza giuridica ha rilevato che, nella materia urbanistica, la discrezionalità è la più ampia rispetto qualsiasi altro ramo della pubblica amministrazione. In tal senso, P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 17.

⁹⁶ Sul dibattito circa la natura giuridica del Piano regolatore, si rinvia all'organica trattazione di P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 133 ss. Poi si veda anche, G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 51 ss.

⁹⁷ In tal senso, A.M. SANDULLI, *Appunti per uno studio sui piani regolatori*, in «Riv. giur. edil.», 1958, 2, pp. 131 ss.; M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali*

condiviso sostiene che il Piano regolatore generale rientrerebbe nel novero dei c.d. atti a natura mista, sia normativa che amministrativa⁹⁸. Il Piano regolatore generale, infatti, contiene al contempo previsioni generali ed astratte, nonché prescrizioni concrete ed immediatamente lesive.

Il Piano regolatore generale viene, dunque, qualificato quale provvedimento amministrativo generale a contenuto precettivo. Da un lato, infatti, contiene gli elementi tipici dell'atto amministrativo, vale a dire istruzioni, norme e prescrizioni di concreta definizione, destinazione e sistemazione di singole parti del comprensorio urbano. Dall'altro lato, contiene gli elementi tipici dell'atto normativo, disponendo «in via generale ed astratta in ordine al governo ed all'utilizzazione dell'intero territorio comunale». Conseguentemente, il regime di impugnabilità va definito tenendo conto dell'effettiva consistenza della singola previsione del Piano regolatore generale che si vuole contestare.

A fronte della suddetta ricostruzione, potrebbero ipotizzarsi diverse ipotesi in merito alla prevedibilità o meno di un obbligo di motivazione dei Piani regolatori generali.

Parte della giurisprudenza amministrativa ha affermato che le scelte espresse in sede di pianificazione del territorio – quindi, in sede di formazione del piano regolatore generale – non necessiterebbero di una motivazione analitica. Tali scelte, infatti, sono caratterizzate da una discrezionalità talmente ampia, che non richiederebbero una specifica motivazione, oltre quella ricavabile dai criteri tecnico-urbanistici generali seguiti nella redazione del Piano e rinvenibili nella relazione di accompagnamento⁹⁹. Allo stesso modo, il rigetto delle osservazioni dei privati non necessiterebbe una

e regolamenti ministeriali, in «Foro it.», 1958, 3, pp. 9 ss. Negli stessi termini anche, P. STELLA RICHTER, *Natura ed efficacia dei piani regolatori comunali*, in «Giust. civ.», 1964, 1, pp. 1071 ss.; F. SPANTIGATI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 95 ss.; L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria generale della pianificazione*, Cedam, Padova, 1966, pp. 405 ss.

⁹⁸ Non può dubitarsi che lo strumento del Piano regolatore generale presenti un evidente momento normativo, laddove le norme tecniche di attuazione disciplinano minuziosamente le varie zone individuate e delimitate dal Piano stesso. Allo stesso tempo, non può essere negata natura sostanzialmente amministrativa a quell'articolata operazione di scelta, dalla quale discendono sia effetti ricognitivi sia effetti costitutivi – *rectius* conformativi della proprietà – e, soltanto in un momento logicamente successivo, l'assoggettamento delle stesse ad una regolamentazione di riferimento. Sul punto, si veda, Tar Trentino Alto Adige, Trento, 26 ottobre 2010, n. 201.

⁹⁹ In tal senso, *ex multis*, Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 22 gennaio 2020, n. 75; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 20 gennaio 2020, n. 48; Tar Campania, Salerno, sez. II; 30 settembre 2019, n. 1677; Cons. St., sez. II, 22 luglio 2019, n. 5157.

motivazione diversa da quella del contrasto con le linee portanti del piano¹⁰⁰. Si configurerebbe, dunque, un'ipotesi di motivazione *per relationem* ('debole'), essendo sufficiente l'esplicito riferimento alla relazione di accompagnamento al progetto¹⁰¹. Quest'ampia discrezionalità comporterebbe, da un lato, l'insindacabilità nel merito delle scelte *de quibus* – fatta eccezione per i casi di macroscopica illogicità, arbitrarietà, travisamento dei fatti; dall'altro, e specularmente, la non obbligatorietà di una c.d. motivazione 'parcellizzata', relativa cioè alle singole aree pianificate, essendo sufficiente il richiamo ai generali criteri tecnico-urbanistici seguiti nella redazione del Piano e rinvenibili nella relazione d'accompagnamento¹⁰². Un'ulteriore argomentazione su cui il giudice amministrativo fa perno per sottrarre il Piano regolatore generale dall'obbligo di motivazione concerne la natura dello stesso. Il Piano regolatore generale, infatti, rientrando nel *genus* degli atti amministrativi generali, sarebbe esentato dall'obbligo motivazionale, ai sensi dell'articolo 3, comma 2 della legge n. 241 del 1990¹⁰³. Si tratta, però, di atti che, benché aventi una portata generale e un contenuto precettivo/normativo, interessano beni immobili specificamente determinati e i titolari presenti e futuri di diritti reali su tali beni¹⁰⁴.

¹⁰⁰ In tal senso, *ex multis*, Tar Toscana, Firenze, sez. I, 25 settembre 2019, n. 1290; Cons. St., sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2649; *Id.*, 16 aprile 2014, n. 1871; *Id.*, 8 giugno 2011, n. 3497; *Id.*, 16 febbraio 2001, n. 1015; *Id.*, 18 gennaio 2011, n. 352; *Id.*, 9 dicembre 2010, n. 8682.

¹⁰¹ La giurisprudenza chiarisce che ciò che si rende indispensabile è una ragionevole e coerente giustificazione delle linee portanti della pianificazione. In tal senso, *ex multis*, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 30 ottobre 2015, n. 1524; Tar Umbria, Perugia, sez. I, 11 settembre 2015, n. 402; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 4 giugno 2015, n. 435; Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2453; Tar Campania, Napoli, sez. I, 4 aprile 2014, n. 1962; Cons. St., sez. IV, 3 novembre 2008, n. 5478; Cons. St., Ad. Plen., 22 dicembre 1999, n. 24. In dottrina, si richiama il contributo di, A.M. BARTOLI, A. PREDIERI, *Piano regolatore, ad vocem*, in «Enc. dir.» vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 700, secondo cui, «la struttura del piano regolatore generale prevede una relazione che costituisce istituzionalmente una motivazione». Sull'importanza della relazione illustrativa, quale mezzo di espressione della motivazione del piano regolatore generale, si rinvia anche a MORBIDELLI, *Pianificazione territoriale ed urbanistica, ad vocem*, cit., pp. 3 ss. Poi si veda anche, BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità delle normative*, cit., pp. 99 ss.

¹⁰² In tal senso, *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 12 dicembre 2013, n. 2460; Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6049.

¹⁰³ In tal senso, Cons. St., sez. II, 5 giugno 2019, n. 3806; Cons. St., sez. IV, 6 febbraio 2002, n. 664; *Id.*, 14 giugno 2001, n. 3146; *Id.*, 1° febbraio 2001, n. 420; *Id.*, 3 luglio 2000, n. 3646.

¹⁰⁴ Gli atti amministrativi generali non si rivolgono a destinatari determinabili a priori, bensì solo a posteriori in sede di esecuzione. Queste caratteristiche non sono rinvenibili,

Tradizionalmente, in giurisprudenza e in dottrina, si afferma che i destinatari del Piano regolatore generale sono individuabili solo *ex post*, essendo il Piano diretto a disciplinare, regolare e conformare una porzione di territorio di rilevanti dimensioni¹⁰⁵. Tuttavia, secondo una diversa tesi, i destinatari del Piano regolatore generale sarebbero individuabili sia *ex ante*, che *ex post*, a fronte del rapporto di natura reale che lega gli stessi ai beni oggetto di conformazione, ricompresi nella perimetrazione dell'atto di pianificazione comunale¹⁰⁶. Dalle suddette considerazioni, altra parte della giurisprudenza fa immediatamente discendere un generale obbligo di esternare una «ragionevole e coerente giustificazione con le linee portanti della pianificazione», anche se non ritiene comunque necessaria una specificazione puntuale di tutte le ragioni che l'hanno mossa, rilevando come il Piano regolatore sia per lo più espressione di apprezzamenti di merito¹⁰⁷. La stessa giurisprudenza, inoltre, evidenzia come vi possano essere disposizioni richiedenti un obbligo motivazionale più o meno pregnante rispetto a quello sopra indicato. L'obbligo di motivazione risulta sufficientemente adempiuto con il richiamo a particolari interessi di rango costituzionale, quali la tutela dell'ambiente, nel destinare delle aree a verde agricolo¹⁰⁸.

Con particolare riguardo all'apposizione di *standard*, si ritiene sufficiente una motivazione *per relationem* ai criteri tecnici utilizzati nella redazione del Piano regolatore generale. Ciò ha indotto ad attribuire una particolare rilevanza alla relazione illustrativa al Piano, che costituirebbe essa stessa motivazione.

La predetta impostazione subisce alcune eccezioni, rintracciandosi talune ipotesi in cui si richiede una espressa e puntuale motivazione. Si tratta, più specificamente, di situazioni che ingenerano un affidamento qualificato del privato interessato dalle previsioni contenute nel Piano regolatore¹⁰⁹.

sic et simpliciter, all'interno del Piano regolatore generale. Si esprime in tal senso, SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., pp. 217 ss.

¹⁰⁵ Sul punto, si rinvia alle osservazioni prospettate da CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., pp. 470 ss.

¹⁰⁶ In tal senso, R. MONTEFUSCO, *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in «Foro Amm. Tar», 2002, 9, pp. 2861 ss.

¹⁰⁷ Si veda, Ad. Plen. Cons. St., 22 dicembre 1999, n. 24.

¹⁰⁸ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2013, n. 1882; Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2010, n. 7478, secondo cui «sul piano dell'istruttoria e della motivazione di una variante dichiaratamente destinata a tutelare l'ambiente, non risulta necessaria una diffusa analisi argomentativa ed una specifica ed esplicita giustificazione della relativa scelta urbanistica, avuto riguardo al valore fondamentale assegnato al paesaggio dall'articolo 9 della Carta costituzionale».

¹⁰⁹ Si veda, Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2010, n. 2842; *Id.*, 19 marzo 2009, n. 1650, secondo cui l'affidamento del privato deve necessariamente essere 'qualificato', poiché a

Una prima ipotesi riguarda il superamento degli *standard* minimi, di cui al d.m. 1444 del 1968, relativi alle percentuali minime di *standard* da assicurare alle singole zone dell'abitato. In caso di superamento c.d. 'contenuto' o limitato degli *standard*, non sarebbe richiesta alcuna motivazione; di contro, in caso di aumento notevole degli *standard* richiesti, si renderebbe necessaria una espressa e puntuale motivazione¹¹⁰.

Una seconda ipotesi riguarda la lesione dell'affidamento qualificato del privato, derivante dalla lottizzazione o da accordi di diritto privato intercorsi tra il comune e i proprietari delle aree¹¹¹. Le aspettative derivano, in particolare, dal giudicato di annullamento dei dinieghi di permesso di costruire o dal silenzio rifiuto di una domanda di permesso-concessione.

Una terza ipotesi riguarda la modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo¹¹².

In tutti questi casi, la pubblica amministrazione, conformemente ai principi di buona amministrazione e tutela del legittimo affidamento,

fronte di affidamenti di mero fatto, le scelte compiute dall'amministrazione precedente, siano esse ambientali o urbanistiche, sono sufficientemente motivate con l'indicazione dei profili generali e dei criteri che hanno sorretto la previsione pianificatoria, senza necessità di ulteriore motivazione. In dottrina, si richiama l'approfondita analisi di A. CASSATELLA, *La motivazione dei piani urbanistici: aspetti evolutivi*, in «Riv. giur. edil.», 2016, 3, pp. 289 ss.

¹¹⁰ Il d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 stabilisce le percentuali minime di *standard* da assicurare, in ogni caso, in sede di pianificazione generale, alle singole zone dell'abitato. Sul punto, si veda, *ex multis*, Tar Veneto, Venezia, sez. II, 27 settembre 2019, n. 1027; Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2017, n. 3256; *Id.*, 22 febbraio 2017, n. 821; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 30 settembre 2016, n. 1766; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 20 settembre 2012, n. 2206; Cons. St., sez. IV, 1° marzo 2010, n. 1176; Cons. St., Ad. Plen., 22 dicembre 1999, n. 24.

¹¹¹ Sul punto, si veda, Tar Veneto, Venezia, sez. II, 27 settembre 2019, n. 1027; Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2017, n. 3256; *Id.*, 22 febbraio 2017, n. 821; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 30 settembre 2016, n. 1766; Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2453; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 20 settembre 2012, n. 2206.

¹¹² Sul punto, si veda, *ex multis*, Tar Veneto, Venezia, sez. II, 27 settembre 2019, n. 1027; Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2017, n. 3256; *Id.*, 22 febbraio 2017, n. 821; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 30 settembre 2016, n. 1766; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 20 settembre 2012, n. 2206; Cons. St., Ad. Plen., 22 dicembre 1999, n. 24. Di segno opposto, Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2013, n. 1882, secondo cui «nell'ipotesi di adozione di una variante di piano regolatore finalizzata a tutelare le caratteristiche paesaggistiche ed ambientali della zona collinare, ove con la medesima si intenda salvaguardare lo stato di fatto attuale dell'edificato della zona in questione e renderlo coerente con gli obiettivi di tutela dei valori paesaggistico-ambientali, non è richiesta una motivazione più incisiva e singolare di quella esibita per gli strumenti urbanistici di contenuto generale, né a fronte del carattere abusivo delle costruzioni può riscontrarsi la lesione di un'aspettativa edificatoria qualificata in capo ai privati».

deve esternare le ragioni di pubblico interesse sottese al mutamento della destinazione urbanistica dell'area, nonché le ragioni della preminenza del pubblico interesse rispetto alle qualificate aspettative dei privati, dando atto della comparazione effettuata.

La problematica inerente all'obbligatorietà della motivazione del Piano regolatore generale sembrerebbe investire non tanto l'*an*, ma il *quomodo* della stessa. L'amministrazione, laddove eserciti un potere di pianificazione urbanistica, dovrebbe in ogni caso dare conto, seppure con una motivazione esterna (*per relationem*), degli obiettivi che intende perseguire e della coerenza delle scelte in concreto effettuate con tali obiettivi e con gli interessi pubblici agli stessi immanenti.

La simmetria tra la partecipazione procedimentale e l'obbligo di motivazione troverebbe concreta applicazione nella giurisprudenza in materia di osservazioni al Piano regolatore generale¹¹³. Secondo un primo indirizzo, le osservazioni formulate dai proprietari interessati costituirebbero «un mero apporto collaborativo alla formazione degli strumenti urbanistici» e non darebbero luogo ad aspettative qualificate. Conseguentemente, il loro rigetto «non richiede una dettagliata motivazione, essendo sufficiente che siano state esaminate e ragionevolmente ritenute in contrasto con gli interessi e le considerazioni generali poste a base della formazione del Piano regolatore o della sua variante»¹¹⁴. Secondo altra parte della giurisprudenza, invece, «la sufficienza di una motivazione seppur succinta, allegata per giustificare il rigetto delle osservazioni mosse dai privati al Piano, presuppone che la reiezione della stessa sia congrua rispetto al contenuto concreto dell'osservazione e che si dimostri che si è tenuto presente l'apporto critico e collaborativo dei privati, in comparazione con gli interessi pubblici coinvolti»¹¹⁵.

Ciò detto, ulteriore conferma dell'assunto per cui non vi sarebbe una piena coincidenza tra atti amministrativi generali e atti di pianificazione e

¹¹³ Si rinvia al contributo di MONTEFUSCO, *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, cit., pp. 2861 ss. Poi si veda anche, CASSATELLA, *La motivazione dei piani urbanistici: aspetti evolutivi*, cit., pp. 289 ss.

¹¹⁴ In tal senso, *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 20 gennaio 2020, n. 44; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 30 maggio 2019, n. 1235; Cons. St., sez. IV, 26 ottobre 2018, n. 6094; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 19 settembre 2017, n. 1097; Cons. St., sez. IV, 17 agosto 2016, n. 3643; *Id.*, 2 febbraio 2016, n. 378; *Id.*, 10 giugno 2014, n. 2973.

¹¹⁵ In tal senso, Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 30 giugno 2016, n. 219; Cons. St., sez. IV, 29 luglio 2009, n. 4756; *Id.*, 15 luglio 1999, n. 1237, secondo cui è necessario che la motivazione «faccia riferimento al contrasto delle osservazioni con le linee portanti del piano, che sia congrua rispetto agli elementi di fatto e di diritto posti alla base delle osservazioni e che abbia tenuto presente il loro apporto critico e collaborativo».

programmazione, viene proprio dall'articolo 13 della legge n. 241 del 1990. La norma appena citata, nell'elencare i tipi di attività amministrative escluse dall'ambito di applicazione del Capo III relativo alla partecipazione, fa espressa menzione non soltanto degli atti normativi e amministrativi generali, ma anche dei provvedimenti di pianificazione e programmazione. Da ciò si ricava implicitamente che gli atti di pianificazione e programmazione, come quelli urbanistici, non sono necessariamente ed inevitabilmente da considerarsi come atti amministrativi generali, sebbene possano esserlo¹¹⁶.

La discrezionalità di cui gode l'autorità amministrativa nella pianificazione urbanistica del territorio rappresenta una sfera di libertà pur sempre limitata dal rispetto del principio di ragionevolezza che, in quanto espressione dei principi di imparzialità e buon andamento *ex* articolo 97 della Costituzione, deve ispirare l'intera attività amministrativa¹¹⁷. In tale contesto, non vi è dubbio che la motivazione raffigura un'importantissima, anche se non esclusiva, garanzia di ragionevolezza: impegnando, infatti, la pubblica amministrazione ad esternare le effettive ragioni sottostanti all'esercizio del potere, essa scongiura ogni presunzione di imparzialità e logicità dell'azione amministrativa. Ne è prova che il suo difetto è sintomo di eccesso di potere, in quanto sintomo di irragionevolezza che comporta l'illegittimità del provvedimento amministrativo emanato.

¹¹⁶ Si esprime in tal senso, MONTEFUSCO, *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, cit., pp. 2861 ss. Secondo, DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., pp. 275 ss., invece, l'articolo 13 rappresenterebbe la conferma della mancanza di autonomia concettuale degli atti di pianificazione rispetto agli atti generali, essendo la *ratio* di tale dispensa identica a quella sottostante all'articolo 3, comma 2, ossia assicurare che agli interessati sia consentito di influire sul procedimento soltanto qualora derivino decisioni idonee ad arrecare pregiudizio alle loro sfere giuridiche. A tali considerazioni si potrebbe obiettare che, una corretta interpretazione dell'articolo 13 porterebbe a ritenere che il legislatore non abbia voluto precludere in modo assoluto la partecipazione procedimentale per tutte le categorie di atti ivi individuate. Secondo il dato letterale della norma, infatti, ciò che sembra essere stata esclusa è soltanto la partecipazione come disciplinata dal Capo III della legge n. 241 del 1990, fermo restando, invece, le 'particolari norme' che regolano la formazione dei procedimenti sottratti alla disciplina generale, come ad esempio i procedimenti di formazione degli atti di pianificazione urbanistica che prevedono numerose applicazioni di vari istituti partecipativi, tra i quali la facoltà di presentare osservazioni al Piano regolatore generale. In tal senso anche, CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento*, cit., pp. 70 ss.; M. SANTINI, *Le osservazioni dei privati al progetto di piano regolatore generale (o sue varianti): non più come mero apporto collaborativo ma con funzione anche garantistica*, in «Riv. giur. urb.», 1996, pp. 353 ss.

¹¹⁷ Sull'importanza del principio di ragionevolezza nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, si richiama l'esautiva trattazione di G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, a cura di AA.VV., vol. III, Cedam, Padova, 1998.

L'obbligo di motivazione, come già chiarito nella trattazione, è strettamente correlato alla lesività dei provvedimenti amministrativi. Coerenza argomentativa e rigore metodologico dovrebbero, dunque, condurre a riconoscere incondizionatamente tale obbligo anche per le determinazioni espresse attraverso lo strumento del Piano regolatore generale, che, come osservato in precedenza, è perfettamente in grado di pregiudicare immediatamente le sfere giuridiche dei destinatari.

Di conseguenza, un obbligo di motivazione potrebbe sussistere anche con riguardo alle scelte di zonizzazione e localizzazione. Attraverso il processo di zonizzazione, l'amministrazione attribuisce discipline e destinazioni d'uso ad una determinata zona del territorio con caratteristiche morfologiche uniformi. Nella scelta della porzione di territorio da assoggettare alla disciplina e alla destinazione d'uso prevista per una determinata zona, si imporrebbe una seppure minima motivazione in ordine alla valutazione della disciplina ritenuta più confacente all'assetto territoriale interessato.

L'obbligo di motivazione dovrebbe, invece, essere ulteriormente rafforzato quando lo strumento di pianificazione determina l'apposizione di vincoli preordinati all'espropriazione con localizzazione delle relative aree territoriali.

3.2. Le varianti al Piano regolatore generale e l'obbligo di motivazione nella giurisprudenza amministrativa

Un'ipotesi del tutto peculiare concerne le varianti al Piano regolatore generali. Lo strumento della variante al Piano regolatore generale è disciplinato dall'articolo 10, comma 7, della legge n. 1150 del 1942 (c.d. legge urbanistica), che accorda il potere di modificare le precedenti prescrizioni contenute nel Piano, ove si ravvisino nuove circostanze che impediscano, di fatto, di eseguire totalmente o parzialmente le previsioni inizialmente determinate, ovvero se l'amministrazione ravvisi l'opportunità di effettuare una revisione dello strumento urbanistico¹¹⁸.

Di particolare interesse per il presente lavoro di ricerca, è il dibattito giurisprudenziale in merito alla configurabilità di un obbligo di motivazione nell'esercizio dello *ius variandi*. La giurisprudenza più risalente affermava che il principio generale in tema di motivazione di

¹¹⁸ Il presupposto per adottare la variante, ai sensi dell'articolo 10, comma 7, legge n. 1150 del 1942, è l'esistenza di «sopravvenute ragioni che determinano la totale o parziale inattuabilità del piano medesimo o la convenienza a migliorarlo». Sul punto, si richiama il contributo di S. VINTI, *Natura e presupposti della variante di piano regolatore*, in «Riv. giur. edil.», 1989, 1, pp. 350 ss.

Piano regolatore generale non potesse trovare applicazione per le varianti, a causa del loro carattere eccezionale e derogatorio rispetto alla disciplina urbanistica previgente¹¹⁹. Tuttavia, l'opinione oggi prevalente opera una distinzione tra varianti generali e varianti specifiche.

Tale distinzione si fonda su un criterio spaziale di delimitazione del potere di pianificazione urbanistica concretamente esercitato dall'amministrazione e si riverbera, tra l'altro, sulla previsione di un obbligo di motivazione.

Le varianti generali, procedendo ad una riconsiderazione complessiva di una o più zone urbanistiche, non necessiterebbero di specifica motivazione¹²⁰. Si tratta, invero, di uno strumento avente natura di scelta urbanistica a carattere generale, che non richiederebbe altra motivazione rispetto a quella *per relationem* ai criteri tecnico-urbanistici seguiti per la redazione del Piano. D'altronde, una variante generale non avrebbe l'idoneità a ledere immediatamente, e di per sé sola, situazioni giuridiche soggettive dei privati.

L'approvazione di una variante generale ad un Piano urbanistico, inoltre, non comporterebbe, a fronte della presentazione di osservazioni da parte del privato, un obbligo di puntuale motivazione da parte dell'amministrazione¹²¹. Tali osservazioni rappresentano, infatti, un mero apporto collaborativo e dovrebbero essere esaminate e valutate soltanto in rapporto all'interesse generale alla base della variante. Conseguentemente, il loro rigetto potrebbe essere sinteticamente motivato tenendo conto della coerenza della scelta con

¹¹⁹ Si veda, Cons. St., Ad. Plen., 16 giugno 1978, n. 17, secondo cui «il principio talvolta affermato in giurisprudenza, circa la possibilità che in sede di adozione del Piano regolatore generale si rinvii al piano particolareggiato la concreta destinazione di determinate zone, non è trasferibile in sede di adozione di varianti al Piano regolatore generale. Mentre infatti il piano generale determina l'assetto complessivo del territorio comunale con riferimento ad esigenze potenziali della collettività sia pure collegate alle probabili previsioni di sviluppo di questa, la variante non può essere adottata che con riferimento a specifiche esigenze non tenute presenti in sede di adozione del piano generale o manifestatesi successivamente. Se dunque si ritiene di dover adottare una variante per destinare una determinata area a pubblici servizi, non può farsi generico riferimento a questi rinviando ai piani particolareggiati, come può avvenire in sede di piano regolatore generale, ma con precisa e puntuale motivazione deve indicarsi in relazione a quale specifica esigenza si ritenga necessario modificare la destinazione impressa all'area dal Piano regolatore generale». Nello stesso senso, Cons. Stato, Ad. Plen., 21 ottobre 1980, n. 37.

¹²⁰ In tal senso, Tar Veneto, Venezia, sez. II, 17 giugno 2011, n. 1061; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 4 maggio 2011, n. 1148; Cons. St., sez. IV, 6 marzo 2006, n. 1119; Cons. St., Ad. Plen., 22 dicembre 1999, n. 24.

¹²¹ In tal senso, Tar Liguria, Genova, sez. I, 8 giugno 2016, n. 578; Tar Valle d'Aosta, Aosta, 12 gennaio 2016, n. 1; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 12 settembre 2012, nn. 2140 e 2142.

gli obiettivi del Piano, salvo i casi in cui particolari situazioni abbiano creato aspettative o affidamenti qualificati in capo al privato.

Le varianti specifiche, invece, richiederebbero una puntuale motivazione e un altrettanto puntuale istruttoria¹²². Le varianti specifiche, infatti, interessano una porzione limitata del territorio e sono dirette a soggetti particolari, aventi un collegamento stabile con la stessa. Una specifica motivazione metterebbe in evidenza le ragioni del mutamento delle originarie valutazioni generali di Piano e degli obiettivi da perseguire, garantendo che la specifica previsione risulti coerente con le linee di sviluppo dello strumento urbanistico generale. Detta modalità, alla quale è strettamente funzionale una fase di compiuta partecipazione al procedimento dei proprietari dei fondi direttamente incisi dai vincoli espropriativi, dispensa l'amministrazione dal dover motivare nella fase attuativa e, in particolare, nella dichiarazione di pubblica utilità, le scelte discrezionali già effettuate¹²³. La specificità della variante ne determina anche l'idoneità a ledere interessi dei privati consolidatisi nel tempo.

Tuttavia, pare opportuno richiamare un diverso orientamento giurisprudenziale secondo il quale le varianti specifiche – e anche quelle generali – necessiterebbero di apposita motivazione solo se destinate a introdurre, per una specifica zona o per una specifica porzione di zona, un regime amministrativo più gravoso di quello precedentemente esistente, imponendo nuovi vincoli o incidendo sul legittimo affidamento dei privati¹²⁴.

3.3. Apposizione e reiterazione di vincoli preordinati all'esproprio: una motivazione rafforzata

L'esigenza di evidenziare l'attualità dell'interesse pubblico da soddisfare si pone anche in tema di localizzazione e apposizione di vincoli preordinati all'espropriazione¹²⁵.

¹²² In tal senso, Cons. St., sez. IV, 1° luglio 2014, n. 3294; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 17 giugno 2011, n. 1061; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 4 maggio 2011, n. 1148; Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2003, n. 4699.

¹²³ Si veda, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 9 gennaio 2017, n. 29.

¹²⁴ In tal senso, Tar Molise, Campobasso, sez. I, 7 luglio 2006, n. 589; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 4 marzo 2003, n. 852; Tar Umbria, Perugia, sez. I, 28 settembre 2001, n. 494.

¹²⁵ Nell'affrontare la complessa tematica della motivazione della reiterazione dei vincoli espropriativi, giova ricordare che essa trae origine dall'intervento legislativo tampone di cui all'articolo 2 della legge 19 novembre 1968, n. 1187, attraverso il quale il legislatore ha posto parziale rimedio alle conseguenze scaturenti dalla pronuncia di illegittimità costituzionale

È opportuno chiarire, in estrema sintesi, che l'atto di apposizione di un vincolo preordinato all'esproprio è un atto di programmazione urbanistica in senso stretto, con il quale l'amministrazione individua aree del territorio che saranno in futuro oggetto di procedimenti di esproprio per la realizzazione di opere di pubblica utilità. Si tratta, come in passato chiarito dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, di vincoli sostanzialmente espropriativi, in quanto, benché non privino il proprietario dell'area interessata del diritto formale di proprietà, ne determinano un sostanziale svuotamento¹²⁶. Per tale ragione, la legge vieta l'apposizione di vincoli preordinati all'esproprio *sine die*, ovvero impone un determinato termine di efficacia degli stessi, il quale deve essere esplicitato in provvedimento a pena di illegittimità. Alla scadenza del termine di efficacia del vincolo, che l'articolo 9 del d.P.R. n. 327 del 2001 (T.U. espropriazione) stabilisce in cinque anni, si è posto, in giurisprudenza, il problema delle condizioni e dei limiti alla sua reiterabilità¹²⁷.

La giurisprudenza ha chiarito che l'esercizio del potere di reiterazione del vincolo è ammesso solo a fronte di un'idonea istruttoria e di un'adeguata motivazione, da cui emerga chiaramente l'assenza di un contenuto vessatorio o, comunque, ingiusto degli atti¹²⁸.

La pubblica amministrazione, in particolare, deve seguire uno 'schema logico minimo' nel valutare e motivare la scelta di reiterare il vincolo preordinato all'esproprio, articolato nelle seguenti fasi: (i) ricognizione del perdurante bisogno di realizzare un certo assetto urbanistico di interesse della collettività e della portata, dimensione e priorità di tale interesse in relazione alla situazione attuale e alle risorse disponibili; (ii) accertamento

(Corte Cost., 29 maggio 1968, n. 55) dell'articolo 7, nn. 2, 3, 4 e dell'articolo 40 della legge n. 1150 del 1942, nella parte in cui non prevedevano la corresponsione di un indennizzo per l'imposizione di limitazioni di edificabilità operanti immediatamente e a tempo indefinito nei confronti di «beni determinati».

¹²⁶ Si veda, Corte Cost., 20 maggio 1999, n. 179. Per una classificazione dei vincoli urbanistici, si richiama la trattazione di URBANI, CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, cit., pp. 264 ss. Poi si veda anche il contributo di G. PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, in «Riv. giur. urb.», 2009, 4, pp. 579 ss.

¹²⁷ Sul tale problematica, si richiama, PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, cit., pp. 100 ss.; L. MARUOTTI, *Commento all'art. 9 del T.U. in materia espropriativa*, in *L'espropriazione per pubblica utilità*, a cura di F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS, L. MARUOTTI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 118 ss.

¹²⁸ In tal senso, *ex multis*, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 9 maggio 2017, n. 580; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 24 settembre 2014, n. 2347; Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5197; Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 7. In dottrina, si rinvia a quanto affermato da V. MAZZARELLI, *La motivazione delle varianti urbanistiche*, in «Giorn. dir. amm.», 2007, 11, pp. 1174 ss.

che la realizzazione di tale assetto possa implicare il coinvolgimento necessario ed attuale delle aree di proprietà privata già oggetto di vincolo; (iii) dimostrazione dell'impraticabilità o dell'eccessiva onerosità di eventuali soluzioni alternative, in base a criteri oggettivi di comparazione che tengano conto del necessario bilanciamento tra il costo dell'intervento pubblico e il sacrificio imposto al privato¹²⁹. Le tre fasi o condizioni che compongono il predetto 'schema logico minimo' potrebbero essere assimilate ai tre elementi caratterizzanti il giudizio di proporzionalità, ossia idoneità, necessità e adeguatezza (o proporzionalità in senso stretto).

In particolare, nel valutare l'adeguatezza della motivazione delle varianti urbanistiche generali reiterative di vincoli preordinati all'espropriazione, occorre operare una distinzione tra diversi casi.

Se la reiterazione del vincolo riguarda un'area ben individuata, si richiederebbe una specifica motivazione, intesa nei termini anzidetti¹³⁰.

Se la reiterazione riguarda una pluralità di aree o, comunque, una consistente parte del territorio comunale, qualora essa sia operata 'in blocco' sui vincoli decaduti già riguardanti una pluralità di aree, sarebbe sufficiente la perdurante constatata insufficienza delle aree destinate a *standard*. L'assenza di un intento vessatorio si evincerebbe dalla parità di trattamento che hanno tutti i destinatari dei precedenti vincoli decaduti¹³¹.

Se la reiterazione riguarda solo una parte delle aree già incise dai vincoli decaduti, si imporrebbe una adeguata motivazione da cui emergano le relative ragioni di interesse pubblico, trattandosi di atti che avvantaggiano chi non è più coinvolto nelle determinazioni di reperimento degli *standard*, a scapito di chi lo diventa, pur non essendo stato destinatario di un precedente vincolo preordinato all'esproprio¹³².

Se la reiterazione è stata disposta per la prima volta sull'area, potrebbe ritenersi giustificato il richiamo alle originarie valutazioni¹³³. Di contro, quando il rinnovato vincolo è a sua volta decaduto, la pubblica amministrazione dovrebbe procedere con una ponderata valutazione degli interessi coinvolti, evidenziando le ragioni – con riguardo al rispetto degli *standard*, alle esigenze di spesa, agli specifici accadimenti riguardanti le

¹²⁹ Si veda, Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3365.

¹³⁰ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2017, n. 1567; Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 7.

¹³¹ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2017, n. 1567; Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 7.

¹³² Si veda, Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 7.

¹³³ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1317; Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 7.

precedenti fasi procedurali – che diano conto dell’attuale sussistenza dell’interesse pubblico.

La motivazione del provvedimento che dispone la reiterazione del vincolo preordinato ad un esproprio, inoltre, può atteggiarsi in maniera diversa a seconda del tipo di opera pubblica da realizzare¹³⁴. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla realizzazione di un’opera pubblica di rilevanza strategica, rispetto alla quale non sono concretamente ipotizzabili diverse opzioni sull’*an* e sulla localizzazione dell’opera, tenuto conto dell’alto numero dei proprietari da espropriare e delle difficoltà tecnico-progettuali legate all’opera stessa.

La giurisprudenza tende comunque ad affermare che la reiterazione dei vincoli di espropriazione non potrebbe, in ogni caso, prescindere dalla presenza di una congrua e specifica motivazione sulla perdurante attualità della previsione, comparata con gli interessi privati¹³⁵.

L’articolo 39 d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, in ogni caso, positivizza quanto già statuito dalla Corte Costituzionale nel 1999, disponendo, oltre all’obbligo di specifica motivazione, l’obbligo di indennizzo «nel caso di reiterazione di un vincolo preordinato all’esproprio o sostanzialmente espropriativo», fissando altresì le modalità di calcolo¹³⁶. La somma da corrispondere deve essere commisurata all’entità del danno effettivamente prodotto, dunque all’entità della privazione subita, con riguardo alle condizioni del bene e alla sua utilità al momento della reiterazione del vincolo.

¹³⁴ Si veda, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 9 maggio 2017, n. 580.

¹³⁵ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 29 maggio 2015, n. 2688, secondo cui la motivazione, «quale eccezione alla regola generale che non impone un obbligo di motivazione per gli atti generali» deve rispettare una serie di parametri oggettivi «oltre alla persistenza dell’interesse pubblico ed alla sua attualità, vanno evidenziate le specifiche ragioni del ritardo che hanno determinato la decadenza dal vincolo; la ragionevole dimostrazione, sulla scorta della situazione dei luoghi, che la rinnovazione del vincolo sulla stessa area è necessaria per la realizzazione dell’opera o l’intervento pubblico; la mancanza di possibili soluzioni alternative o di perequazione fra i proprietari espropriabili e dunque l’ineluttabilità della scelta dell’area già vincolata; la serietà ed affidabilità della realizzazione nel quinquennio delle opere di cui trattasi, con la precisazione delle iniziative mediante le quali il procedimento ablativo verrà portato a compimento»; Cons. St., sez. I, 10 aprile 2014, n. 3586, secondo cui, anche l’attualità dell’intervento cui è preordinata la reiterazione, oltre che la effettiva disponibilità di mezzi finanziari per la realizzazione dell’opera costituiscono parametri cui vincolare la congruità della motivazione.

¹³⁶ Si veda, Corte Cost., 20 maggio 1999, n. 179.

4. La motivazione degli atti di regolazione delle autorità indipendenti quale fattore di legittimazione

Le funzioni attribuite alle autorità amministrative indipendenti non sono sussumibili all'interno di un'unica categoria¹³⁷. Accanto alle funzioni propriamente normative di regolazione (o di c.d. *law making*) le autorità indipendenti sono, altresì, titolari di poteri amministrativi in senso proprio, di funzioni para-giurisdizionali (o di c.d. *decision making*), oltre che di funzioni di c.d. *moral suasion*.

In questa sede, per la parte di interesse, occorre soffermarsi sulle funzioni normative di regolazione e indagare, in particolare, sull'obbligo motivazionale cui soggiacciono gli atti espressione di tale potestà¹³⁸.

L'attività di regolazione interviene a correggere i c.d. fallimenti del mercato: «il suo tratto caratteristico appare quello di conciliare principi e valori di sistema, in una prospettiva sempre più market oriented, con diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati, dei privati»¹³⁹. Nell'esercizio delle predette funzioni di regolazione, le autorità indipendenti adottano

¹³⁷ Si richiama l'approfondita trattazione di L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 148.

¹³⁸ In generale, per una ricostruzione sui poteri di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, *ex multis*, si rinvia agli esaustivi contributi di M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti* (dir. amm.), *ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. IV, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1995, pp. 1 ss.; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XXVI, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1995, pp. 1 ss.; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 87 ss. Poi si veda anche le successive trattazioni di S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Cedam, Padova, 2002; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, Cedam, Padova, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; S. MARZUCCHI, *Regolamenti delle autorità indipendenti, ad vocem*, in «Diz. dir. pubbl.», a cura di S. CASSESE, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5020 ss.; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. GITTI, Il Mulino Bologna, 2006; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Arbitri dei mercati*, a cura di M. D'ALBERTI, A. PAJNO, Il Mulino, Bologna, 2010; G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in «Giorn. dir. amm.», 2012, 3, pp. 229 ss.; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2012; L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, relazione al Convegno «Le autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati», 2013.

¹³⁹ Si esprime in questi termini, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 102.

misure generali rivolte agli operatori e agli utenti, intervenendo in settori economici sociali connotati da alto tecnicismo e privi di una puntuale disciplina legislativa¹⁴⁰. Le norme che disciplinano l'attività delle autorità indipendenti e attribuiscono alle stesse una serie di competenze, molto spesso, sono formulate secondo la tecnica della c.d. legislazione per obiettivi¹⁴¹. Generalmente, alle autorità si riconoscono determinate competenze nell'ottica del raggiungimento di obiettivi predeterminati dalla legge, in assenza di una compiuta disciplina dei poteri concretamente esercitabili e delle modalità di esercizio degli stessi¹⁴².

L'affidamento di poteri normativi a soggetti indipendenti dal potere politico, e sottratti al modello di responsabilità di cui all'articolo 95 della Costituzione, ha imposto la ricerca di c.d. 'filtri di legittimazione'.

Nei settori regolati dalle autorità amministrative indipendenti, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con

¹⁴⁰ Le autorità amministrative indipendenti non hanno solo poteri di regolamentazione produttivi di effetti all'esterno, ma anche aventi efficacia interna, per quanto concerne, in particolare, l'organizzazione, il personale, la contabilità, ecc. In taluni casi, inoltre, le autorità esercitano poteri normativi sotto la veste di poteri amministrativi. Sul punto, si rinvia all'approfondita analisi di CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., pp. 127 ss.

¹⁴¹ Si veda, Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, secondo cui, negli ambiti caratterizzati da particolare tecnicismo, quale è quello del dispacciamento dell'energia elettrica nell'ambito di reti non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale, le leggi di settore attribuiscono alle singole autorità amministrative indipendenti (nel caso di specie, l'Aeegsi), per assicurare il perseguimento degli obiettivi legislativamente fissati, non solo poteri amministrativi individuali, ma anche poteri normativi e di regolazione in senso ampio. Nel caso degli atti di regolazione, la legge normalmente non indica nel dettaglio il relativo contenuto. La peculiare declinazione del principio di legalità sostanziale si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle autorità indipendenti il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa di carattere rigido risulterebbe di ostacolo al perseguimento di tali scopi.

¹⁴² Si discute, infatti, circa l'ammissibilità di poteri normativi (ma anche provvedimenti) impliciti e, in particolare di regolamenti indipendenti o c.d. spontanei. Si tratta di discipline adottate in assenza di una norma attributiva di potere, talvolta ritenute legittime sul presupposto che le autorità indipendenti debbano, in ogni caso, essere dotate di tutti i poteri indispensabili ad assicurare la loro missione. I regolamenti autonomi sarebbero ammissibili, in virtù del ruolo spettante ad autorità che si 'autoprogrammano', sulla base di un inevitabile «rinvio in bianco all'esercizio del potere». In dottrina, si richiama, anzitutto, il contributo di F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in «Quad. cost.», 2006, 2, pp. 276 ss. Poi si veda anche, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in «Dir. amm.», 2007, 4, pp. 703 ss.; L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 137 ss.

obblighi e divieti fissati dal legislatore, è stata, anzitutto, riconosciuta, in giurisprudenza e in dottrina, una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale¹⁴³. Quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi c.d. in bianco, maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori¹⁴⁴. La funzione di regolazione, infatti, se da un lato comporta un allontanamento dal principio di tipicità, dall'altro, richiede che le modalità di formazione degli atti siano improntate a forme partecipative che consentano di far emergere tutti gli interessi coinvolti e una più consapevole rappresentazione degli elementi di fatto su cui devono basarsi le scelte¹⁴⁵. Si ha riguardo ad una partecipazione rafforzata (speciale), implicante la legittimazione – e la

¹⁴³ In tal senso, *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 1 marzo 2017, n. 494; Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2016, n. 2457; *Id.*, 24 maggio 2016, n. 2182; *Id.*, 20 marzo 2015, n. 1532, secondo cui «il carattere del tutto fondante che il rispetto della legalità in senso procedimentale riveste nell'ambito della legittimazione dell'esercizio delle attività di regolazione delle autorità indipendenti, non ammette lo svolgimento ex post di un giudizio controfattuale (o di prognosi postuma) circa gli esiti che la pur doverosa partecipazione avrebbe prodotto laddove fosse stata correttamente ammessa»; *Id.*, 1 ottobre 2014, n. 4874, secondo cui il parziale temperamento del principio di legalità in senso sostanziale, giustificato dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire nei settori ove operano le autorità indipendenti, «impone, altresì (quale sorta di contraltare sistematico), il rafforzamento delle garanzie di legalità in senso procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari». Nel caso di specie, l'Aeegsi, nell'adottare la delibera impugnata, non ha travalicato i confini (legislativamente fissati «per principi e per obiettivi») della propria attività di regolazione in tema di erogazione del pubblico servizio di dispacciamento dell'energia elettrica nell'ambito delle reti non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale, garantendo un'ampia e rafforzata partecipazione degli operatori del settore. Si veda anche, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 6 settembre 2016, n. 1629, con riferimento ai poteri di regolazione spettanti all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, afferma che «la dequotazione del principio di legalità sostanziale, giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire, impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale, il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di più incisive forme di partecipazione degli interessati».

¹⁴⁴ Si esprime in questi termini, M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nei procedimenti innanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in «www.giustizia-amministrativa.it», 2003.

¹⁴⁵ Su tale aspetto, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 101 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 189 ss. Poi si veda anche, E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2004, 3, pp. 679 ss.; NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., pp. 102 ss.

conseguente presa di posizione – di tutti i soggetti interessati (cittadini, consumatori, utenti, associazioni rappresentative degli operatori e dei consumatori)¹⁴⁶. Il rispetto degli obblighi di partecipazione, attraverso meccanismi di consultazione preventiva degli interessati, secondo il modello del *notice and comment*, assicura alle autorità amministrative indipendenti l'*accountability* tradizionalmente derivante al potere pubblico dai suoi collegamenti con il potere politico¹⁴⁷. Il *deficit* di legalità sostanziale viene, quindi, compensato dal rafforzamento della legalità procedurale. L'indipendenza e la neutralità che caratterizzano le autorità indipendenti trovano fondamento dal basso, dovendo essere assicurate, in modo decisamente più rafforzato, le garanzie del giusto procedimento, *ex ante*¹⁴⁸, nonché il controllo in sede giurisdizionale, *ex post*. La consultazione preventiva consente alle autorità indipendenti di avvalersi dell'*expertise* dei soggetti regolati, di raccogliere informazioni sul potenziale impatto della regolazione e anche di considerare approcci alternativi, evitando il fenomeno della cattura del soggetto regolatore da parte del soggetto regolato¹⁴⁹.

Occorre, a tal punto, soffermarsi sul ruolo svolto nel settore dalla legge

¹⁴⁶ La partecipazione nei procedimenti regolatori si distingue evidentemente dalla partecipazione nei procedimenti amministrativi individuali. Per una disamina della partecipazione al procedimento amministrativo, si rinvia alla trattazione organica di A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Parte Generale, vol. II, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1035 ss. Poi si richiama anche il recente contributo di A. ZITO, G. TINELLI, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 681 ss.

¹⁴⁷ In tal senso, S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, a cura di AA.VV., Giappichelli, Torino, 1999, pp. 42 ss. L'Autore rinviene proprio nelle garanzie procedurali una peculiare legittimazione della autorità indipendente fondata sulla c.d. «democrazia procedimentale». Altri Autori, invece, affermano che le autorità indipendenti ricevono una «legittimazione democratica a posteriori». In questi termini, M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, a cura di AA.VV., Giappichelli, Torino, 1999, pp. 19 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Ascesa e declino di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in «www.giustizia-amministrativa.it», 2006. Poi si veda, anche F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000.

¹⁴⁸ In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710; Tar Lombardia, Milano, sez. III, maggio 2010, n. 1455; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, con nota di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in «Giorn. dir. amm.», 2010, 9, pp. 950 ss.; Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2007, n. 7972; *Id.*, 11 aprile 2006, n. 2007, con nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti*, in «Giorn. dir. amm.», 2007, 4, pp. 377 ss.; Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2006, n. 3272.

¹⁴⁹ Si esprime in questi termini, NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., pp. 48 ss.

generale sul procedimento amministrativo.

L'applicabilità di tale disciplina anche ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti non appare del tutto pacifica. Le soluzioni previste dalla legge n. 241 del 1990, infatti, sono apparse, in taluni casi, non adeguate a consentire l'effettivo esplicarsi delle finalità tipiche della partecipazione nei procedimenti di regolazione. Ciò ha portato ad escluderne l'applicazione, diretta e integrale, suggerendo forme di garanzia del contraddittorio e della partecipazione rafforzate, più adatte alle peculiari caratteristiche della funzione di regolazione¹⁵⁰. La legge generale sul procedimento amministrativo rappresenta la fonte «di principi fondamentali la cui successiva normazione, di rango primario e secondario, deve uniformarsi»¹⁵¹. Conseguentemente, i principi generali contenuti nella medesima legge si pongono «non già nel senso di un'interpretazione meramente letterale [...] ma come ricerca del significato che meglio soddisfi le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore», ossia come canoni interpretativi della disciplina di settore.

La partecipazione rappresenta lo strumento con il quale vengono accertati i fatti, eseguite le istruttorie ed espletati gli accertamenti tecnici, ponendosi a garanzia non solo dei privati, ma della stessa autorità procedente, che può certamente compiere delle scelte regolatorie più consapevoli e soprattutto più condivise. La tecnica del *notice and comment*, attraverso la consultazione dei soggetti regolati, rafforza ulteriormente le garanzie partecipative, consentendo ai soggetti che saranno i futuri destinatari degli atti di regolazione di prendere parte alla formazione delle regole.

In quest'ottica, è evidente che l'apporto partecipativo dei soggetti regolati non può non confluire nel momento motivazionale ed influenzare

¹⁵⁰ In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710 e Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, secondo cui ai procedimenti regolatori condotti dalle autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dell'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività amministrativa volta all'emanazione di atti normativi e di atti amministrativi generali (*ex artt. 3 e 13, legge n. 241 del 1990*). Sul punto, si richiama l'approfondita trattazione di NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., pp. 107 ss. L'Autore afferma che, in tema di partecipazione dei privati, le soluzioni offerte dalla legge n. 241 del 1990 sono insoddisfacenti: «non riconoscono un diritto di partecipazione dei privati nei procedimenti diretti all'adozione di atti generali; negli altri casi, non garantiscono un effettivo contraddittorio tra i privati e l'autorità pubblica, limitandosi a prevedere un intervento mediante la presentazione di memorie e documenti, soprattutto in funzione di collaborazione e trasparenza». Nello stesso senso, G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. GRITTI, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 35 ss.

¹⁵¹ Si veda, Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1215.

la motivazione e il contenuto degli atti di regolazione. L'assenza di un obbligo di motivazione in ordine all'accoglimento o al discostamento dalle osservazioni presentate dagli operatori regolati equivarrebbe a svuotare di contenuto e a sterilizzare l'apporto partecipativo.

Se è vero che, la motivazione assume anche per gli atti di regolazione un ruolo chiave, ponendosi come un fattore di legittimazione degli stessi poteri di regolazione esercitati dalle autorità, e come strumento di garanzia della partecipazione, occorre evidenziare che l'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 esclude dall'obbligo di motivazione gli atti a contenuto generale, quali sono anche gli atti di regolazione¹⁵². Tuttavia, come già illustrato, l'archetipo procedimentale della legge n. 241 del 1990 e i principi in essa sanciti, tra cui la motivazione, hanno una portata limitata al piano dell'interpretazione e non trovano diretta applicazione per i procedimenti regolatori dinanzi alle autorità indipendenti, regolati da norme speciali di settore¹⁵³.

Accogliendo la nozione di motivazione quale istituto di garanzia formale e sostanziale della legittimità dell'azione amministrativa, si comprendono le ragioni della diversità di regime degli atti generali di regolazione emanati dalle autorità indipendenti da quelli richiamati nel secondo comma dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990.

Il fondamento sostanziale dell'obbligo di motivazione sarebbe ravvisabile, per la scienza giuridica e la giurisprudenza (diversamente dalla legge sul procedimento), nella posizione peculiare delle autorità di regolazione, dotate di estesi poteri normativi e, tuttavia, sottratte, per preservarne l'indipendenza, al circuito della responsabilità discendente dalla soggezione al governo sulla base dell'articolo 95 della Costituzione¹⁵⁴. Il rispetto del principio del contraddittorio e della motivazione costituiscono, in questa prospettiva, una proiezione della necessità di assicurare neutralità all'esercizio della funzione regolatoria. Le autorità indipendenti sono sempre tenute a motivare adeguatamente i propri atti di regolazione, indicando le finalità dell'intervento e dando conto delle ragioni giustificative dello stesso. L'obbligo motivazionale,

¹⁵² Per una disamina della motivazione degli atti a contenuto generale, si veda, *infra*, cap. III, par. 1., «Atti normativi e atti amministrativi generali: eccezioni reali e apparenti all'obbligo di motivazione».

¹⁵³ Si esprime in tal senso, CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., p. 447.

¹⁵⁴ Tale prospettiva, peraltro, risulta coerente con il principio, stabilito in sede europea dall'articolo 296 TFUE, che impone l'obbligo di motivazione per tutti gli atti giuridici comunitari, indipendentemente dal loro carattere generale o singolare. Sull'obbligo di motivazione degli atti previsto in sede europea, si richiama il contributo di MATTARELLA, *Motivazione* (dir. com.), *ad vocem*, cit., pp. 3748 ss.

in ogni caso, deve essere adempiuto «con riferimento ed aderenza specifica alla natura degli atti di competenza»¹⁵⁵. La motivazione della determinazione finale, oltre a richiamare i presupposti di fatto e di diritto ed essere dotata della c.d. giustificazione sostanziale, deve fare specifico riferimento alle osservazioni presentate dai soggetti che hanno partecipato al procedimento¹⁵⁶. Tuttavia, non si ritiene che l'autorità indipendente debba puntualmente replicare agli argomenti dedotti dagli operatori, essendo sufficiente che la stessa dia «conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, soprattutto in quei casi in cui vengono contestati i presupposti dell'azione regolatoria»¹⁵⁷. Eventuali differenze tra il progetto di provvedimento diffuso con il documento di consultazione iniziale e il provvedimento adottato all'esito del procedimento, non assumono rilevanza. Gli sviluppi successivi alla partecipazione, infatti, possono in concreto cambiare i connotati di partenza del documento, in relazione ad esigenze emerse in sede istruttoria, senza alcuna alterazione dei principi del contraddittorio, sempreché ovviamente si tratti di sviluppi comunque collegati alla originaria e preannunciata tipologia provvedimentale¹⁵⁸.

Solo garantendo l'obbligo di motivazione può essere realmente assicurata l'effettività della partecipazione e del contraddittorio nei procedimenti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti. L'obbligo motivazionale si pone, dunque, in relazione di complementarità funzionale con le garanzie partecipative, nella misura in cui rafforza le tutele procedurali concesse al singolo, contribuendo a legittimare ulteriormente la decisione finale del regolatore (e lo stesso regolatore), rispetto ai soggetti che da tale decisione saranno vincolati¹⁵⁹. La motivazione, da un lato, infatti,

¹⁵⁵ In tal senso, *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 29 dicembre 2014, n. 3215; Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710; Tar Lombardia, Milano, sez. III, aggio 2010, n. 1455; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1215.

¹⁵⁶ In tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 29 dicembre 2014, n. 3215; Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153, secondo cui gli atti regolatori dell'Aeegsi devono essere motivati e la motivazione «deve farsi carico anche della adeguatezza dell'istruttoria, sulla base del rispetto delle regole procedurali (consultazione, acquisizione dei fatti e degli interessi rilevanti, dandosi conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, soprattutto nei casi in cui dovessero essere contestati a monte i presupposti dell'azione regolatoria»; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1215.

¹⁵⁷ Si veda, Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1215; *Id.*, 27 dicembre 2006, n. 7972.

¹⁵⁸ In tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. III, maggio 2010, n. 1455; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1215.

¹⁵⁹ Su come la motivazione sia l'elemento del provvedimento che consente di passare dal piano meramente formale a quello sostanziale e concreto dell'agire amministrativo, si richiamano le considerazioni di VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 272 ss. Il ruolo legittimante della motivazione era stato sottolineato già da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione*

permette agli interessati di poter incidere concretamente sulle decisioni dell'autorità; dall'altro, consente un più intenso sindacato giurisdizionale, offrendo al giudice la possibilità di comprendere l'*iter* logico seguito dalla stessa autorità e le ragioni giustificative dell'atto di regolazione, oltre a valutare l'effettivo rilievo attribuito alle osservazioni dei privati intervenuti nel corso del procedimento¹⁶⁰. L'obbligo di esternare le ragioni della decisione finale, infatti, assolve pur sempre alla tradizionale funzione difensiva della motivazione, intesa come elemento del provvedimento necessario a permettere un effettivo sindacato giurisdizionale su provvedimenti a contenuto generale, che incidono su specifici interessi dei privati dotati di rilievo costituzionale e sono sottratti da qualsivoglia controllo politico. Il sindacato esercitato dal giudice amministrativo, per essere un sindacato c.d. effettivo, deve essere condotto non solo sulla razionalità intrinseca delle scelte regolatorie operate, ma anche e soprattutto sulla congruità della motivazione rispetto alle risultanze della fase istruttoria e partecipativa che accerta i presupposti del provvedimento e in relazione agli obiettivi perseguiti dall'intervento regolatorio¹⁶¹.

dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità, Giuffrè, Milano, 1987. L'Autore analizzava l'istituto riferendosi ai principi e ai concetti elaborati dalla nuova retorica di *Chaim Perelmam*, con particolare riguardo alla relazione fra argomentazione e uditorio.

¹⁶⁰ La tendenza ad un progressivo accentuarsi dell'obbligo di motivazione degli atti regolatori si manifesta anche nella disciplina statunitense dell'*Administrative Procedure Act*. Il *duty to give reasons*, inizialmente finalizzato a rendere effettivi gli apporti partecipativi dei cittadini, si è poi arricchito, attraverso la necessità per le agenzie di impegnarsi in una *reasoned decision-making*, ovvero in una più estesa giustificazione dei precetti formulati sotto il profilo del percorso logico seguito, dei fatti su cui si fondano, delle risposte alle osservazioni e dei motivi per cui sono state accolte o disattese. Questa motivazione analitica appare funzionale sia ad assicurare la trasparenza del loro procedimento decisionale sia a consentire un più intenso *judicial review*. Si esprime in tal senso anche, S. BATTINI, *L'obbligo di motivazione*, in *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. NAPOLITANO, Giuffrè, Milano, 2007, p. 151.

¹⁶¹ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165, secondo cui il sindacato giurisdizionale sugli atti espressione di potestà regolatorie delle autorità indipendenti non deve essere qualificato in termini di sindacato 'forte' o 'debole', ma deve, invece, essere inteso quale «sindacato effettivo». Tale sindacato tende ad un modello in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale deve coniugarsi con la specificità della controversia. Il sindacato effettivo esercitato dal giudice amministrativo, infatti, può e deve essere pieno e particolarmente penetrante, estendendosi fino al controllo dell'analisi – economica o di altro tipo – compiuta dall'Autorità. Nello stesso senso, Cass. civ., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013. Lo stesso principio è stato, altresì, affermato dalla giurisprudenza comunitaria, con particolare riguardo alle valutazioni economiche espresse dalla Commissione Europea quando opera come autorità a tutela della concorrenza. Ad avviso della Corte di Giustizia, il giudice deve verificare concretamente i fatti e i criteri adottati – non limitandosi, pertanto, ad un mero controllo formale – senza, tuttavia, sostituire le valutazioni compiute dalla Commissione. In tal senso,

La progressiva trasformazione delle attività amministrative in settori sensibili dalla modalità classica del c.d. *command and control* a quella del c.d. *notice and comment*, dunque, non fa venir meno le garanzie poste a garanzia del corretto esercizio della funzione (trasparenza, partecipazione, contraddittorio e motivazione), ma anzi le rafforza¹⁶².

Alla luce di quanto osservato emerge, quindi, che sul versante procedimentale, l'attività normativa delle autorità amministrative indipendenti appare impostata secondo un modello unitario basato su due elementi fondamentali: il procedimento partecipato e la motivazione. La motivazione del provvedimento è preordinata alla finalità inclusiva di permettere e garantire il contraddittorio individuale e l'effettiva partecipazione del singolo al processo decisionale preordinato alla definitiva approvazione degli atti regolatori delle autorità indipendenti.

4.1. *Lattuazione dell'obbligo motivazionale degli atti regolatori: l'analisi (e la verifica) di impatto della regolazione*

L'utilizzo di tecniche dirette a migliorare la qualità della regolazione, come l'analisi d'impatto della regolazione (Air), non solo favorisce l'affermarsi di un obbligo di motivazione degli atti regolatori generali, ma ne influenza, altresì, la funzione e ne delimita il contenuto¹⁶³.

Il nesso esistente fra l'obbligo di motivare gli atti regolatori generali e il miglioramento di qualità della regolazione trova fondamento in una molteplicità di considerazioni¹⁶⁴. L'Air è volta a misurare e a migliorare la qualità della regolazione sulla base dei criteri dell'analisi economica¹⁶⁵.

ex multis, C-501/11, 18 luglio 2013; C-285/11, 3 maggio 2012.

¹⁶² In questi termini, S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 59.

¹⁶³ L'articolo 12, legge 29 luglio 2003, n. 229, recante «Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione» ha esteso alle amministrazioni indipendenti l'obbligo di elaborare una preventiva analisi di impatto della regolamentazione per «l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e comunque di regolazione». La sottoposizione dei procedimenti generali delle autorità indipendenti all'Air era già stata sollecitata a livello internazionale dall'Ocse.

¹⁶⁴ Sul tema, si rinvia all'esauritiva trattazione di M. COCCONI, *La motivazione degli atti generali delle autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, in «Osservatorio sull'Air», 2011. Per un confronto tra l'Analisi di impatto della regolazione e la motivazione del provvedimento amministrativo, si veda anche il contributo di B.G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in «Osservatorio sull'Air», 2010.

¹⁶⁵ Si esprime in tal senso, G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto*

Il suo svolgimento comprende il riscontro di un fallimento del mercato, l'individuazione delle opzioni più adeguate di intervento e la loro valutazione economica, in termini di costi-benefici; tratto caratterizzante dell'analisi di impatto della regolamentazione è la consultazione dei destinatari degli atti regolatori generali, secondo il modello del *notice and comment*¹⁶⁶.

La consultazione dei soggetti interessati, oltre ad essere un fattore di legittimazione del soggetto regolatore, assume importanza, soprattutto, come elemento di supporto delle scelte regolatorie, essendo volta a selezionare l'opzione preferibile (la c.d. *better regulation*), ossia quella più efficace, proporzionata e condivisa, mediante l'esame delle ricadute normative in termini di *cost benefit analysis*. La sottoposizione dei procedimenti regolatori delle autorità indipendenti all'analisi di impatto, molto spesso, ha comportato l'integrazione di quest'ultima negli stessi procedimenti regolatori, con conseguente obbligo di motivazione ed esternazione dei suoi esiti¹⁶⁷. L'Air ha, quindi, rafforzato l'obbligo di motivazione nei procedimenti di *rulemaking* e ne ha arricchito il contenuto¹⁶⁸. L'esigenza di giustificare il ricorso alla regolazione, infatti, non si traduce in un obbligo

pubblico, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 272 ss.

¹⁶⁶ Con l'Air, dunque, si verifica *ex ante* l'opportunità di una regolamentazione sulla base del confronto tra i prevedibili effetti di diverse opzioni regolatorie, inclusa la c.d. opzione zero, ossia la situazione normativa esistente. In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. III, 24 settembre 2014, n. 9967; Tar Lazio, Roma, sez. I, 27 marzo 2014, n. 3398; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 3 luglio 2014, n. 1729; *Id.*, 19 settembre 2013, n. 2186. Il meccanismo del *notice and comment* si articola nelle seguenti fasi: (i) comunicazione di avvio del procedimento di regolazione; (ii) pubblicazione dello schema di regolazione; (iii) fissazione di un termine per la presentazione di commenti; (iv) adozione del provvedimento finale. Lo schema del *notice and comment* previsto dall'*Administrative Procedure Act* del 1946 viene, in ogni caso, rafforzato dagli *statutes* istitutivi delle singole agenzie di settore, che predispongono garanzie procedurali e di partecipazione maggiori e ancor più garantiste. Si richiama la trattazione di B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti: il judicial review sulle administrative agencies*, Cedam, Padova, 2005. Poi si veda anche, S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello neoclassico*, in *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, a cura di L. TORCHIA, Cedam, Padova, 1993, pp. 3 ss.; CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit., pp. 679 ss.

¹⁶⁷ La sottoposizione dei procedimenti regolatori all'Air e l'accentuarsi degli obblighi procedurali che ne discendono devono, in ogni caso, essere temperati con l'esigenza di preservare la funzionalità della regolazione e non produrre eccessivi rallentamenti o vincoli e costi superflui. In tal senso, NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., pp. 110 ss.; COCCONI, *La motivazione degli atti generali delle autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, cit.

¹⁶⁸ Si esprime in questi termini, N. RANGONE, *Autorità indipendenti e Air. La riforma delle Autorità indipendenti*, in *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, a cura di M. D'ALBERTI, A. PAJNO, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 132 ss.

di motivazione inteso come vincolo meramente formale, ma impone un'esternazione sostanziale, che deve dar conto in modo convincente delle ragioni sottese alla scelta regolatoria effettuata.

Altro strumento che costituisce indirettamente attuazione del dovere motivazionale è la c.d. verifica di impatto della regolazione (Vir), che, essendo finalizzata alla valutazione in concreto di una specifica scelta regolatoria, permette al regolatore di affinare progressivamente la qualità e l'attendibilità delle proprie analisi sulla base degli effettivi riscontri della prassi. La verifica dell'impatto regolatorio consiste nella valutazione del raggiungimento delle finalità di uno o più atti normativi, nonché nella stima degli effetti prodotti su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni, anche al fine di valutare possibili revisioni della regolazione in vigore. Così come per l'Air, lo svolgimento della Vir richiede il ricorso alla consultazione dei diversi portatori di interessi, in modo da raccogliere dati e opinioni da coloro sui quali la normativa in esame ha prodotto i principali effetti.

Mentre l'Air viene effettuata *ex ante*, nella fase di consultazione dei soggetti regolati e prima dell'adozione dell'atto, la Vir, invece, è uno strumento che interviene in una fase successiva all'adozione dell'atto di regolazione, essendo volta ad accertare *ex post* le ricadute dell'atto sul settore regolato. Pertanto, anche la Vir costituisce seppure indirettamente uno strumento di attuazione del generale obbligo di motivazione, in quanto consente all'autorità indipendente di trovare un riscontro concreto alle ragioni che hanno portato alle scelte regolatorie.

Come illustrato nel paragrafo precedente, l'obbligo motivazionale degli atti regolatori generali si configura principalmente, quale strumento per accrescere la trasparenza del percorso decisionale compiuto dall'autorità indipendente e quale fattore di legittimazione della scelta regolatoria adottata. La stessa motivazione degli atti regolatori concorre significativamente a soddisfare l'esigenza sottesa all'introduzione di tecniche di miglioramento della qualità della regolazione.

L'estensione alle autorità indipendenti che esercitano funzioni di controllo, di vigilanza o di regolazione, dell'obbligo di far ricorso all'Air e alla Vir ha avuto effetti differenti nei diversi settori. La disposizione che impone alle predette autorità di dotarsi dell'analisi d'impatto della regolazione (articolo 12, comma 1, della legge n. 229 del 2003), infatti, ne affida i metodi e le forme ai «modi previsti dai rispettivi ordinamenti». La sua stabilità, pertanto, è differenziata a seconda che l'obbligo di consultazione abbia fondamento legislativo o sia, invece, affidato in via

principale ai regolamenti delle autorità.

In materia di tutela del risparmio e mercati finanziari, è la stessa legge 28 dicembre 2005, n. 262, che, nel riconoscere poteri regolamentari alla Banca d'Italia, alla Consob e all'Isvap, e alla Covip, impone, all'articolo 23, un obbligo di motivazione per tutti gli atti di regolazione (salvo quelli di auto-organizzazione), comprendente sia le evidenze empiriche dell'analisi di impatto, sia gli esiti delle consultazioni effettuate¹⁶⁹. Il provvedimento regolatorio, in particolare, deve essere accompagnato da una relazione che ne illustri le conseguenze sulla regolamentazione, sulle attività delle imprese e degli operatori, nonché sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. La motivazione dei predetti atti deve tenere conto anche del principio di proporzionalità, inteso come «criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari»¹⁷⁰. Il legislatore, dunque, non solo prescrive un obbligo di motivazione, ma ne delinea puntualmente i contorni. Dal tenore letterale della norma in parola, si deve escludere la sufficienza di una motivazione-preambolo (o motivazione in senso ampio), basata su una serie di «considerando» preventivi riferiti ai presupposti del provvedere (tipica degli atti normativi comunitari), richiedendosi piuttosto che le scelte regolatorie delle autorità siano corredate da una puntuale relazione motivata specificamente orientata sulle risultanze del processo di consultazione dei soggetti interessati¹⁷¹. Alla potestà regolamentare delle singole autorità è rimesso il compito di disciplinare le modalità di applicazione dei principi elencati nel sopra citato articolo 23, legge n. 262 del 2005.

Analogamente, nel settore delle comunicazioni elettroniche, le garanzie essenziali sulla consultazione dei destinatari degli atti di regolazione e la

¹⁶⁹ Per un'approfondita analisi dell'articolo 23, comma 1, della legge n. 262 del 2005, si rinvia al contributo di D.U. GALETTA, *I procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali*, in *Le nuove regole del mercato finanziario*, a cura di F. GALGANO, F. A. ROVERSI MONACO, Cedam, Padova, 2009, pp. 451 ss. Poi si veda anche, B.G. MATTARELLA, *Commento agli artt. 23 e 24*, in *La tutela del risparmio. Commento alla l. 28 dicembre 2005, n. 262 e al d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, a cura di A. NIGRO, V. SANTORO, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 438 ss.

¹⁷⁰ Anche l'applicazione del principio di proporzionalità, se inteso nell'accezione per cui dovrebbe imporre all'assetto regolatorio il minor sacrificio possibile degli interessi di cui sono titolari i soggetti coinvolti, contribuisce a rafforzare l'obbligo di motivazione degli atti di regolazione.

¹⁷¹ La distinzione tra motivazione in senso ampio e motivazione in senso stretto è stata più volte sottolineata da M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 321 ss. e ripresa, di recente, anche da DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., pp. 275 ss.

previsione di uno specifico obbligo motivazionale sono contenute nel D.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, sulla spinta del legislatore comunitario. L'articolo 13, comma 9, del Codice delle comunicazioni elettroniche dispone che ogni atto di regolazione dell'Agcom «deve recare l'analisi di cui al comma 8 (ossia l'Air ed essere conseguentemente motivato»¹⁷².

Anche nel settore dei contratti pubblici, l'Anac ha dato attuazione alla previsione di cui all'articolo 213, comma 2, D.lgs. n. 50 del 2016, che prevede «[...] forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione [...]». L'Autorità anticorruzione, infatti, ha adottato un regolamento del 13 aprile 2015 con cui ha disposto, tra l'altro, che l'atto di regolazione deve essere corredato della relazione Air, nella quale vengono descritte le ragioni della scelta di intervento, gli esiti attesi dal provvedimento e le motivazioni per la scelta di determinate soluzioni, indicate nel documento di consultazione o emerse nella fase di consultazione.

Nel settore dell'energia, invece, in assenza di un'imposizione legislativa, l'Aeegsi ha provveduto autonomamente a definire le disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti regolatori¹⁷³. La disciplina dettata dall'Allegato A alla delibera 649/2014/A del 23 dicembre 2014 prevede che l'atto di regolazione deve essere motivato «tenendo conto anche delle eventuali osservazioni e proposte tempestivamente presentate nel corso della consultazione». Lo stesso nel settore dei trasporti, ove l'Autorità di regolazione dei trasporti, con regolamento del 16 gennaio 2014, ha disposto che l'atto di regolazione adottato a conclusione del procedimento reca una motivazione che tiene conto anche delle eventuali osservazioni presentate nel corso della consultazione.

Alla luce di quanto osservato emerge, dunque, che la procedura di analisi d'impatto risulta strettamente integrata nel procedimento regolatorio; le relazioni finali, infatti, risultano molto spesso inserite nel provvedimento conclusivo e costituiscono, pertanto, una parte essenziale della motivazione dello stesso. Se l'obbligo di ricorso all'Air comporta quello di motivare gli atti regolatori generali, a sua volta la presenza di una

¹⁷² L'Agcom ha comunque adottato successivo regolamento di attuazione del disposto legislativo, per definire la procedura di consultazione.

¹⁷³ La legge 14 novembre 1995, n. 481, affidava ad appositi regolamenti governativi la definizione delle procedure relative alle attività svolte dall'Autorità, ma, al contempo, riconoscendole autonomia organizzativa (articolo 2, comma 27), demandava implicitamente ad essa l'individuazione dei modi di esercizio dei propri poteri. Il regolamento governativo successivamente intervenuto (d.P.R. 9 maggio 2001, n. 244), peraltro, dettava una disciplina valida unicamente per i procedimenti individuali, mentre demandava esplicitamente all'Aeegsi la definizione delle procedure di emanazione degli atti generali.

motivazione che contenga non solo l'esito delle consultazioni, ma anche gli effetti attesi del provvedimento sui destinatari e le ragioni dell'opzione prescelta induce a ritenere, con un approccio di tipo sostanziale, effettivamente realizzata l'analisi di impatto.

5. *Le linee guida dell'Anac nel sistema delle fonti: natura giuridica e obbligo di motivazione*

Il D.lgs. n. 50 del 2016 (nuovo Codice dei contratti pubblici) assegna all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) un ruolo centrale, riconoscendole poteri di regolazione, di vigilanza, sanzionatori, quasi-giudiziari in materia di contratti pubblici¹⁷⁴.

L'originaria funzione di vigilanza e di controllo del settore dei contratti pubblici è risultata significativamente potenziata dal nuovo Codice dei contratti pubblici con la previsione di un'intesa attività di regolazione, al fine di prevenire l'illegalità e la corruzione¹⁷⁵.

¹⁷⁴ La nascita dell'Anac è da ascrivere al decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, n. 114. La novella nel sopprimere l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (Avcp), ne ha affidato le relative funzioni all'Anac. Per un'analisi approfondita dell'Anac, si rinvia ai contributi di E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in «Giorn. dir. amm.», 2015, 6, pp. 757 ss.; e di F. DI CRISTINA, *L'autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. CAFAGNO, F. MANGANARO, Firenze University Press, Firenze, 2016, pp. 547 ss. Sulle nuove attribuzioni dell'Anac, si rinvia alla trattazione di E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 4, p. 436 ss. Poi si veda anche, S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in «Riv. regol. merc.», 2016, 1, pp. 9 ss.; DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 540 ss.

¹⁷⁵ In particolare, il Codice attribuisce all'Anac poteri di regolazione nelle seguenti fattispecie: (a) disciplina del responsabile unico del procedimento (articolo 31, comma 5); (b) procedure per l'affidamento di contratti sotto soglia e indagini di mercato (articolo 36, comma 7); (c) modalità attuative del sistema di qualificazione (articolo 38, comma 6); (d) albo dei componenti delle commissioni giudicatrici (articolo 78, commi 1 e 1-bis); (e) mezzi di prova per la dimostrazione delle circostanze di esclusione (articolo 80, comma 13); (f) sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento, requisiti e capacità del concorrente (articolo 83, commi 2 e 10); (g) livelli *standard* di qualità dei controlli da parte delle Soa (articolo 84, commi 2 e 8); (h) requisiti aggiuntivi dell'impresa ausiliata sottoposta a concordato (articolo 110, comma 5); (i) limite dell'ottanta per cento per gli affidamenti dei concessionari (articolo 177, comma 3); (l) controllo sull'attività dell'operatore economico (articolo 181, comma 4); (m) requisiti per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione (articolo 197, comma 4).

Tra le nuove attribuzioni riconosciute in capo all'Anac appaiono particolarmente rilevanti quelle espressamente riconosciute dall'articolo 213, comma 2. L'articolo in parola elenca gli strumenti di regolazione di cui dispone l'Autorità anticorruzione, prevedendo che la stessa «attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti»¹⁷⁶. L'adozione di linee guida rientra, dunque, nell'attività di regolazione, configurandosi, più specificamente, quale strumento di cosiddetta 'regolazione flessibile'¹⁷⁷. Il nuovo Codice dei contratti pubblici, tuttavia, non precisa la natura giuridica e il grado di vincolatività delle predette linee guida.

A prescindere dalla natura giuridica che si intende riconoscere ai provvedimenti attuativi dell'Anac, sul piano pratico, è possibile distinguere: (i) linee guida dirette a dare integrazione e attuazione al Codice; (ii) linee guida di indirizzo, che indicano alle stazioni appaltanti gli obiettivi da perseguire. Il nuovo Codice, infatti, ha ridisegnato il sistema delle fonti, abbandonando la tradizionale dicotomia legge-regolamento e prevedendo una pluralità eterogenea di atti attuativi, denominati linee guida, che pongono differenti problemi di inquadramento nel sistema delle fonti¹⁷⁸.

¹⁷⁶ L'articolo 213, commi 2 e 3, del nuovo Codice dei contratti pubblici, prescrive che l'Anac adotta linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri strumenti definiti di 'regolazione flessibile', al fine di garantire la promozione dell'efficienza, lo sviluppo della qualità e il supporto all'attività delle stazioni appaltanti, anche facilitando lo scambio di informazioni e una maggiore omogeneità dei procedimenti amministrativi. Resta ferma, in ogni caso, la facoltà di porre in essere regolamenti di organizzazione interni.

¹⁷⁷ L'Anac ha emanato le seguenti linee guida: (i) linee guida n. 1, recanti «Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria»; (ii) linee guida n. 2, recanti «Offerta economicamente più vantaggiosa»; (iii) linee guida n. 3, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni»; (iv) linee guida n. 4, recanti «Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici»; (v) linee guida n. 5, recanti «Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici»; (vi) linee guida n. 6, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lett. c) del codice»; (vii) linee guida n. 7, recanti «Linee guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house»; (viii) linee guida n. 8, recanti «Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili».

¹⁷⁸ L'articolo 217, comma 1, lett. u), dispone l'abrogazione del regolamento di esecuzione, di cui al d.P.R. n. 207 del 2010, a partire dalla data di entrata in vigore dei

Il Consiglio di Stato, con il parere n. 1767 del 2 agosto 2016, ha classificato tre tipologie di atti attuativi del Codice dei contratti pubblici: (i) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'Anac, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; (ii) quelli adottati con delibera dell'Anac a carattere vincolante *erga omnes* (linee guida vincolanti)¹⁷⁹; (iii) quelli adottati con delibera dell'Anac a carattere non vincolante (linee guida non vincolanti)¹⁸⁰. Al modello dei regolamenti governativi e ministeriali sono stati, quindi, preferiti schemi regolativi più agili e flessibili, a detrimento delle garanzie procedurali e conoscitive, ma con il pragmatico vantaggio della rapidità dell'intervento¹⁸¹.

Le linee guida approvate con decreto ministeriale sono soggette alla disciplina propria dei regolamenti ministeriali e, pertanto, devono osservare le regole procedurali previste dall'articolo 17, comma 3, legge n. 400 del 1990.

L'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato¹⁸² qualifica le linee guida vincolanti come atti amministrativi di regolazione adottati dalle autorità indipendenti, ritenendo che esse «non hanno valenza normativa, ma sono atti amministrativi generale appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle autorità indipendenti, sia pure connotati in modo particolare»¹⁸³. La preferenza accordata a tale soluzione, secondo il Consiglio di Stato, può essere giustificata «solo a patto di inquadrarla nella soft law, riconoscendo

nuovi provvedimenti attuativi.

¹⁷⁹ La natura vincolante di tali linee guida «non lascia poteri valutativi nella fase di attuazione alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori».

¹⁸⁰ Le linee guida non vincolanti perseguono lo scopo «di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti», laddove le linee guida vincolanti forniscono la vera e propria disciplina attuativa del nuovo Codice dei contratti pubblici. Nonostante l'oggettiva diversità ontologica, la disciplina delle linee guida non vincolanti non appare così dissimile da quella delle linee guida vincolanti, a partire dal procedimento di adozione che prevede, in ogni caso, un articolato procedimento di approvazione con consultazione dei soggetti interessati.

¹⁸¹ Si esprime in questi termini anche, C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in «www.giustizia-amministrativa.it», 2016.

¹⁸² Si veda, Cons. St., parere 2 agosto 2016, n. 1767; *Id.*, 14 settembre 2016, n. 1920.

¹⁸³ Si veda, Cons. St., parere 2 agosto 2016, n. 1767. In dottrina, si richiama il contributo di L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 5, pp. 605 ss. Secondo l'Autrice, «in questa ricostruzione è la natura dell'autorità che, per così dire, "trasloca" sulla natura delle regole. La premessa maggiore è data dalla natura dell'autorità come autorità di regolazione e ad essa consegue che gli atti sono quindi qualificabili come atti di regolazione. Di solito accade, in effetti, il contrario: la premessa maggiore è data dall'attribuzione di poteri qualificanti formalmente come poteri di regolazione e da ciò discende la natura dell'autorità come autorità di regolazione».

alle linee guida natura amministrativa»¹⁸⁴. Occorre segnalare, tuttavia, che una parte della scienza giuridica ha mostrato alcune perplessità in ordine all'utilizzo del concetto di *soft law*, nonché all'ascrivibilità dei suddetti provvedimenti nel *genus* degli atti di regolazione¹⁸⁵.

Il fenomeno della *soft law* postula, secondo l'impostazione sopra richiamata, l'assenza di vincolatività (che, viceversa, caratterizza la c.d. *hard law*) della regola di cui si tratta, il cui rispetto viene sostanzialmente rimesso dall'adesione volontaria dei soggetti coinvolti nella sua sfera di operatività; le linee guida, al contrario, sono state pensate e previste (perlomeno in larga misura) come idonee a costituire diritti e obblighi in capo ai destinatari e, in particolare, volte a sostituire disposizioni di natura regolamentare¹⁸⁶. Il ricorso alla *soft law* da parte della autorità indipendenti consiste piuttosto in interventi di *moral suasion o dissuasion*¹⁸⁷. L'efficacia delle linee guida non vincolanti è affidata alla predetta *moral suasion* e al vincolo motivazionale che deriva dalla particolare autorità emanante. In altri termini, nonostante sui destinatari di tali linee guida non gravi un obbligo di conformarne la propria attività, in caso di discostamento sarà comunque necessaria una motivazione stringente, al fine di evitare un vizio di legittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere. Le linee guida rivestono, per un verso, quei caratteri di generalità e astrattezza che caratterizzano la produzione normativa regolamentare propriamente intesa.

In ogni caso, a prescindere dalla qualificazione, le linee guida sono accompagnate dalle garanzie procedimentali che caratterizzano ogni atto di regolazione. Si ha, in particolare riguardo alle garanzie partecipative e alla motivazione. Anzitutto, risulta necessaria una sistematica consultazione preventiva dei soggetti interessati. Tale consultazione, come ampiamente osservato nel paragrafo precedente, costituisce una forma necessaria,

¹⁸⁴ Si veda, Cons. St., parere 14 settembre 2016, n. 1920.

¹⁸⁵ In tal senso, F. MARONE, *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2017, 3, pp. 743 ss.; Negli stessi termini anche, DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, cit.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in «Dir. amm.», 2016, 3, pp. 273 ss.

¹⁸⁶ L'espressione *soft law* nasce per descrivere quel complesso di regole, spesso di natura consuetudinaria, sorte nell'ambito della *lex mercatoria* o del diritto internazionale, volte a regolare commerci, transazioni, scambi in modo rapido, flessibile e non vincolante. Si richiama la trattazione di E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Giuffrè, Milano, 2008. Le linee guida, inoltre, per espressa previsione normativa (articolo 213, comma 2, Codice dei contratti pubblici), sono sottoposte al sindacato giurisdizionale, mentre la *soft law* non lo è.

¹⁸⁷ In tal senso, S. MORETTINI, *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in «Osservatorio sull'Air», 2011.

strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e ha la funzione di fornire ulteriori elementi istruttori e motivazionali rilevanti per la definizione finale dell'intervento regolatorio. In secondo luogo, occorre dotarsi di strumenti quali analisi di impatto della regolazione (Air) e la verifica *ex post* dell'impatto della regolazione (Vir). L'Anac, dunque, nell'adozione delle linee guida deve evidenziare le ragioni che l'hanno guidata, soprattutto con riferimento alle osservazioni più significative formulate in sede di consultazione. Valgono, dunque, le stesse considerazioni formulate con riguardo alla motivazione degli atti di regolazione delle autorità indipendenti.

Di particolare interesse risulta essere anche la motivazione per discostarsi dalle linee guida non vincolanti.

La natura vincolante o non vincolante non dipende dalla forma dei provvedimenti e non può essere predeterminata in astratto, dovendo essere dedotta, in via interpretativa, dal tenore letterale degli articoli del Codice dei contratti pubblici e dalle singole linee guida adottate dall'Anac.

Per discostarsi dalle linee guida, anche se formalmente non vincolanti, le stazioni appaltanti devono adottare un atto che contenga una motivazione adeguata e puntuale, che indichi, anche a fini di trasparenza, le ragioni della diversa scelta amministrativa. L'amministrazione, quindi, può decidere di disattendere le linee guida, soltanto se la peculiarità della fattispecie concreta giustifichi una deviazione dall'indirizzo fornito dall'Anac. Se non ricorre una di queste ipotesi, l'inosservanza delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere.

Capitolo Quarto

La motivazione degli atti ampliativi e la tutela dei terzi

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'importanza della motivazione dell'autorizzazione e del diniego di autorizzazione – 2.1. La motivazione dell'autorizzazione integrata ambientale – 2.2. La motivazione delle autorizzazioni paesaggistiche – 2.3. La motivazione delle autorizzazioni concernenti il servizio farmaceutico – 3. Il ruolo della motivazione nei titoli abilitativi edilizi provvedimentali e non – 3.1. Il permesso di costruire e la motivazione tra discrezionalità e potere vincolato – 3.2. I titoli abilitativi de-provvedimentalizzati: una nuova dimensione per l'obbligo di motivazione – 3.2.1 Persistenza dell'obbligo di motivazione e segnalazione certificata di inizio attività – 3.2.2. La motivazione dell'inerzia: il silenzio significativo quale titolo abilitativo – 4. Lo strumento concessorio, le scelte amministrative e i conseguenti obblighi motivazionali – 5. La motivazione nell'affidamento in concessioni e nella gestione di beni pubblici

1. *Premessa*

Nella macro-categoria dei provvedimenti amministrativi ampliativi rientrano tutti quegli atti che accrescono la sfera giuridica personale o patrimoniale del privato, sia attribuendo loro diritti e facoltà, che rimuovendo ostacoli che si frappongono all'esercizio di questi.

Si tratta, dunque, di una categoria alquanto eterogenea che comprende, tradizionalmente, le autorizzazioni, le concessioni, le abilitazioni, le licenze e i nulla-osta.

Tali atti, tuttavia, non esauriscono il *genus* degli atti ampliativi, potendo essere ricompresi all'interno di questa macro-categoria anche una serie di atti ampliativi de-provvedimentalizzati, quali il silenzio assenso e la segnalazione certificata di inizio attività (Scia)¹. Anche in tali casi, si assiste ad un ampliamento della sfera giuridica del privato che segue, tuttavia, o ad un'inerzia significativa, dal valore legale di provvedimento, o al mancato esercizio dei poteri di controllo successivo. Si tratta, infatti,

¹ Si esprime in tal senso anche, F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in «Dir. amm.», 2015, 2-3, pp. 579 ss.

di strumenti predisposti dal legislatore talvolta per fini di semplificazione amministrativa, talaltra per esigenze di liberalizzazione amministrativa. Con riguardo a questi ultimi, perciò, il tema della motivazione si pone in modo ancora più complesso, trattandosi di titoli ampliativi che sostanzialmente discendono da un *non facere* della pubblica amministrazione.

In relazione alla eterogenea macro-categoria degli atti ampliativi, si pongono una serie di problematiche che ruotano, per la parte di interesse, attorno all'obbligo di motivazione, alla sua intensità e al suo perimetro.

In particolare, occorre interrogarsi sulla portata dell'obbligo di motivazione e sull'incidenza di questo sulle esigenze di tutela dei diversi soggetti coinvolti, a seconda del segno positivo o negativo del provvedimento ampliativo (destinatario o controinteressato). Di fronte ad un provvedimento ampliativo, infatti, il richiedente vanta chiaramente un interesse pretensivo, ma il terzo leso dal provvedimento ampliativo adottato dalla pubblica amministrazione vanta un interesse oppositivo, ossia un interesse ad eliminare quel provvedimento dal mondo giuridico. La motivazione rappresenta, dunque, il luogo di composizione del conflitto tra gli anzidetti interessi.

Per la macro-categoria dei provvedimenti ampliativi, inoltre, si instaura un peculiare rapporto tra l'interesse del privato e l'interesse pubblico. Le attività che il privato andrà ad esercitare e, quindi i suoi interessi, vanno necessariamente temperati con gli interessi pubblici, con cui occorre verificarne la compatibilità. Ponderazione tra interesse pubblico e interesse privato che poi si compendia nel provvedimento conclusivo, positivo o negativo ed emerge dalla motivazione dello stesso.

L'obbligo di motivare i provvedimenti ampliativi, soprattutto quelli di accoglimento, è posto a salvaguardia sia delle esigenze di tutela dei terzi che si ritengono lesi dallo stesso, sia dell'interesse pubblico perseguito dalla pubblica amministrazione.

Si osserva, inoltre, come non tutti i provvedimenti ampliativi sono provvedimenti espressione di un potere discrezionale: vi sono, infatti, numerose ipotesi normative di provvedimenti ampliativi vincolati, come ad esempio il permesso di costruire o l'autorizzazione al porto d'armi da fuoco.

La natura discrezionale o vincolata del provvedimento ampliativo ha importanti riflessi sul perimetro dell'obbligo motivazionale. Il provvedimento discrezionale richiede una motivazione più stringente e puntuale, palesandosi la necessità di rendere manifesto ed esplicito l'*iter* logico seguito nell'adottare la decisione. Diversamente, per il provvedimento vincolato si ritiene sufficiente la c.d. giustificazione (o

motivazione succinta), ossia l'esternazione delle circostanze fattuali dalle quali si desume la sussistenza dei presupposti richiesti dalla norma da applicare, sì da rendere possibile il sindacato di legittimità da parte del giudice². Dietro questa ricostruzione vi è, dunque, un'idea per così dire debole della motivazione degli atti vincolati, che trae origine proprio dalla distinzione tra giustificazione e motivazione in senso stretto³.

Nei paragrafi che seguono si analizzeranno i problemi sopra illustrati concernenti la motivazione con particolare riguardo alle autorizzazioni, ai titoli abilitativi in materia edilizia, ai provvedimenti ampliativi de-provvedimentalizzati, nonché alle concessioni di lavori, servizi e beni.

2. *L'importanza della motivazione dell'autorizzazione e del diniego di autorizzazione*

Tradizionalmente, per autorizzazione si intende l'atto della pubblica amministrazione volto a rimuovere gli impedimenti giuridici posti all'esercizio di diritti o di poteri di cui il privato è già titolare⁴. La rimozione del limite legale che ostacola o impedisce l'esplicazione di un'attività inerente ad un preesistente potere o diritto costituisce il tratto caratteristico dei provvedimenti autorizzatori e li differenzia da quelli concessori. L'autorizzazione, infatti, presenta carattere ampliativo, ma non

² Si veda, Cons. St., sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2977.

³ La distinzione tra motivazione (degli atti discrezionali) e giustificazione (degli atti vincolati), è stata originariamente proposta da C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933, p. 43. Secondo l'interpretazione che ne è stata offerta e che è diventata prevalente, tale distinzione rileva nel modo seguente: con il termine 'giustificazione' si intende la «dichiarazione di scienza che consegue ad un mero giudizio di esistenza»; col termine 'motivazione in senso stretto' ci si riferisce, invece, al prodotto di «giudizi ponderativi, di opportunità o di altro contenuto». Si è poi espresso negli stessi termini, M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 259. Secondo B.G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in «Giorn. dir. amm.», 2007, 6, p. 622, tale distinzione si basa su un dato incontrovertibile: con riferimento agli atti vincolati, ove è assente ogni profilo valutativo, non può aversi una motivazione in senso stretto, mentre potrebbe esservi spazio per una giustificazione.

⁴ Si esprime in tal senso, O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e delle concessioni*, Giappichelli, Torino, 1897; P. SALVATORE, *Autorizzazione, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. IV, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pp. 4 ss. Per una definizione di autorizzazione, si rinvia anche al contributo di B.G. MATTARELLA, *Atto amministrativo, ad vocem*, in «Diz. dir. amm.», a cura di M. CLARICH, G. FONDERICO, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 82 ss.

attributivo *ex novo* di una situazione giuridica soggettiva, postulando la necessaria preesistenza di un diritto soggettivo o di una potestà pubblica.

Anzitutto, è la legge che individua il regime amministrativo cui è sottoposta una determinata attività. La prima discrezionalità è, dunque, quella del legislatore, il quale effettua una valutazione a monte sull'*an* del regime autorizzatorio. L'amministrazione deve, a valle, valutare la compatibilità dello svolgimento dell'attività da autorizzare con gli interessi pubblici e privati giuridicamente protetti. In particolare, deve assicurarsi che tale attività non generi 'esternalità' negative, o che queste siano in ogni caso contenute entro i limiti stabiliti dall'ordinamento⁵. Nell'esercizio di tali apprezzamenti, la pubblica amministrazione può, a seconda dei casi, esercitare un potere espressione di discrezionalità tecnica o un potere di natura vincolata. Accanto alle c.d. autorizzazioni discrezionali, infatti, si collocano quelle vincolate⁶. L'emaneazione del provvedimento di autorizzazione instaura un rapporto, i cui titolari sono il soggetto richiedente e la pubblica amministrazione. Il primo ha la facoltà – e non il dovere – di esercitare l'attività autorizzata⁷. L'autorizzazione, in alcuni casi, può costituire anche fonte di obblighi in capo al privato. Si ha, più specificamente riguardo a quelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione appone delle condizioni all'atto di assenso, che il soggetto autorizzato deve adempiere durante l'esercizio dell'attività, pena la perdita della stessa autorizzazione (c.d. autorizzazioni condizionate). L'apposizione delle predette condizioni deve essere espressamente prevista nella norma attributiva del potere e l'amministrazione deve valutarne la compatibilità con l'interesse pubblico protetto, oltre alla loro sostenibilità economico-finanziaria.

Con riguardo all'obbligo di motivazione, si osserva che le autorizzazioni non rientrano negli atti esclusi da tale obbligo ai sensi dell'articolo 3, comma 2, della legge n. 241 del 1990. Pertanto, leggendo a contrario la norma citata si deve dedurre che le autorizzazioni sono soggette all'obbligo motivazionale *ex* articolo 3. L'obbligo di motivazione assume contorni ancora più rilevanti in relazione ai provvedimenti di diniego dell'autorizzazione.

In generale, l'obbligo di motivazione deve informare sia i provvedimenti

⁵ In tal senso, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 185.

⁶ Sulla distinzione tra autorizzazioni discrezionali e vincolate, si richiama il contributo di A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. II, UTET, Torino, 1987, pp. 59 ss.

⁷ Si esprime in questi termini, G. SGUEO, *Breve panoramica sulle autorizzazioni in diritto amministrativo*, in «Diritto.it», 2017.

positivi di rilascio dell'autorizzazione, sia i provvedimenti negativi di diniego della stessa. Nel primo caso, la motivazione si rende necessaria per la tutela dei terzi eventualmente lesi dalla rilasciata autorizzazione. La motivazione del diniego di autorizzazione, invece, è posta a garanzia del soggetto istante destinatario del provvedimento ampliativo. E, come si vedrà a breve, è aggravata da un obbligo di comunicazione preventiva delle ragioni ostantive.

Inoltre, la legge contempla alcune fattispecie procedurali nelle quali il rilascio dell'autorizzazione deve necessariamente essere preceduto dall'avvio di un *sub*-procedimento, volto all'ottenimento di uno o più pareri da parte di altre amministrazioni preposte alla tutela di interessi coinvolti e connessi all'attività che si intende autorizzare. Il tema della motivazione, in tali ipotesi, risulta di particolare interesse e complessità. Talvolta, il parere di un'altra amministrazione previsto dalla legge ha carattere vincolante. Sorgono, infatti, particolari ipotesi di condivisione o co-gestione del potere decisorio. È evidente, infatti, che se il parere espresso all'esito del *sub*-procedimento è vincolante per l'amministrazione procedente, il potere decisorio viene ad essere inevitabilmente co-gestito e co-esercitato da entrambe le amministrazioni coinvolte. Inoltre, il parere vincolante può determinare un c.d. arresto procedimentale, qualora, a fronte dello stesso, l'amministrazione procedente sospenda *sine die* la decisione. Nel caso appena descritto il parere vincolante negativo, insieme con l'arresto procedimentale, diventa atto immediatamente lesivo e, dunque, autonomamente impugnabile. Per tali ragioni, l'assolvimento dell'obbligo di motivazione non può essere limitato al provvedimento finale conclusivo positivo o negativo. Allorquando il parere *sub*-procedimentale è vincolante per l'amministrazione procedente, esso non può più considerarsi alla stregua di un atto endoprocedimentale non lesivo e non autonomamente impugnabile. Di conseguenza, in presenza delle suddette circostanze, anche il parere *sub*-procedimentale deve assolvere all'obbligo di congrua e sufficiente motivazione, essendo lo stesso vincolante e dando luogo alla ricordata forma di co-gestione del potere decisorio.

Un ruolo fondamentale, in relazione alla motivazione del provvedimento autorizzatorio conclusivo del procedimento, è rivestito dalla «Comunicazione dei motivi ostantivi all'accoglimento dell'istanza» o c.d. preavviso di rigetto *ex* articolo 10-*bis* della legge n. 241 del 1990⁸.

⁸ Quanto all'ambito di applicazione, l'articolo 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 richiede, anzitutto, che si tratti di «procedimenti ad istanza di parte». Sul preavviso di rigetto e sulle conseguenze di tipo motivazionale, si rinvia alla esaustiva trattazione di M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Art. 10-bis l. n. 214/1990*, in «Il libro dell'anno del diritto», 2012, Treccani,

Al privato destinatario del provvedimento devono essere comunicati tempestivamente – e, dunque, prima della formale adozione di un provvedimento negativo – i motivi ostativi all'accoglimento della domanda, e lo stesso, entro il termine di dieci giorni, ha diritto di presentare osservazioni eventualmente correlate da documenti. Il preavviso di rigetto si colloca tra la fase istruttoria e la fase decisoria ed è rivolto a garantire la partecipazione del soggetto istante al procedimento e al processo decisionale, il quale viene in tal modo edotto delle ragioni che impediscono l'accoglimento dell'istanza⁹.

La comunicazione dei motivi ostativi non costituisce (ancora) un atto lesivo, poiché atto meramente endoprocedimentale e preordinato a sollecitare la presentazione di osservazioni e documenti da parte dei privati, di cui occorrerà dare specificamente conto nella motivazione del provvedimento finale. Il riferimento, peraltro, che l'articolo 10-*bis* fa ai «motivi» ostativi induce a ritenere che, analogamente a quanto previsto in sede di motivazione, l'amministrazione debba rappresentare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che ostano, nell'ancora provvisoria rappresentazione dell'amministrazione, all'accoglimento della domanda¹⁰. L'istituto realizza, di fatto, un contraddittorio endoprocedimentale rafforzato, al fine di superare le asimmetrie nel rapporto tra pubblica amministrazione e privati, ponendosi in una logica di collaborazione e garanzia, in attuazione del principio del giusto procedimento¹¹.

Parte della giurisprudenza, tuttavia, ha talvolta sostenuto che il preavviso di rigetto non debba corrispondere in ogni suo dettagliato elemento a quanto contenuto nel provvedimento di diniego, dovendo

Roma, pp. 278 ss.

⁹ Si veda, Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1001; Tar Campania, Napoli, sez. IV; 7 gennaio 2020, n. 55; Cons. St., sez. III, 2 maggio 2016, n. 1656; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 16 dicembre 2015, n. 1199, secondo cui il preavviso di rigetto risponde all'esigenza di «assicurare, nell'ambito del procedimento, all'atto della conclusione dell'istruttoria e prima dell'adozione del provvedimento finale, un ulteriore momento di confronto tra ufficio procedente e parte istante, al fine di garantire a quest'ultima la possibilità di introdurre, nelle valutazioni finali dell'autorità, elementi idonei ad indurla a modificare le sue determinazioni».

¹⁰ Sul rapporto fra motivazione e preavviso di rigetto, si rinvia al contributo di O.M. CAPUTO, *Preavviso di diniego, osservazioni e difetto di specifica confutazione. Natura del vizio*, in «Urb. e app.», 2009, 3, pp. 357 ss. Poi si veda anche, G. FONDERICO, *La comunicazione dei motivi ostativi, la tutela processuale e la semplificazione*, in «Giorn. dir. amm.», 2009, 6, pp. 621 ss.

¹¹ In tal senso, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 14 gennaio 2016, n. 87; Cons. St., sez. III, 1° agosto 2014, n. 4127; Cons. St., sez. IV, 31 luglio 2014, n. 4043.

evidenziare piuttosto i punti salienti delle ragioni che, allo stato, inducono l'amministrazione a procedere in senso negativo¹². Il legislatore, infatti, ha avuto cura di prescrivere, per l'amministrazione, l'obbligo di dare ragione nella motivazione del provvedimento finale dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni del privato, configurando una motivazione evidentemente rafforzata¹³. Occorre, dunque, che il contenuto sostanziale del provvedimento conclusivo di diniego si iscriva nello schema delineato dalla comunicazione *ex* articolo 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, esclusa ogni possibilità di fondare il diniego su ragioni del tutto nuove¹⁴. L'integrazione del diniego con motivazioni diverse da quelle indicate in sede di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, infatti, sottrae al contraddittorio la sopravvenuta motivazione, impedendo all'interessato di far valere al riguardo le proprie ragioni, determinando l'illegittimità del provvedimento finale per violazione dell'articolo 10-*bis*.

2.1. *La motivazione dell'autorizzazione integrata ambientale*

Un tipico esempio di autorizzazione condizionata a contenuto prescrittivo è rappresentato dall'autorizzazione integrata ambientale (Aia), *ex* articoli 29-*bis* e ss. del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (T.U. ambiente)¹⁵. Con tale provvedimento, il Ministero dell'ambiente o la Regione, autorizzano l'esercizio di un impianto, o di parte di esso, a determinate condizioni, tali da garantire la conformità ai requisiti stabiliti a livello comunitario

¹² In tal senso, Cons. St., sez. III, 10 luglio 2015, n. 3489; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 7 maggio 2010, n. 3072.

¹³ Si veda, Tar Umbria, Perugia, sez. I, 12 giugno 2014, n. 322.

¹⁴ In tal senso, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. III, 12 ottobre 2016, n. 4680; Tar Campania, Salerno, sez. I, 6 luglio 2016, n. 1596; Tar Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 11 maggio 2016, n. 5573; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 12 gennaio 2016, n. 49.

¹⁵ L'articolo 5, lett. *o-bis*, D.lgs. n. 152 del 2006 fornisce la definizione di autorizzazione integrata ambientale, ossia «il provvedimento che autorizza l'esercizio di una installazione rientrante fra quelle di cui all'articolo 4, comma 4, lett. c), o di parte di essa a determinate condizioni che devono garantire che l'installazione sia conforme ai requisiti di cui al Titolo III-bis ai fini dell'individuazione delle soluzioni più idonee al perseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 4, comma 4, lett. c). Un'autorizzazione integrata ambientale può valere per una o più installazioni o parti di esse che siano localizzate sullo stesso sito e gestite dal medesimo gestore. [...]». Le categorie di attività soggette all'Aia sono puntualmente indicate dall'Allegato VIII alla parte seconda del D.lgs. n. 152 del 2006. Si tratta, in particolare, delle attività energetiche, di produzione e trasformazione dei metalli, dell'industria dei prodotti minerali, dell'industria chimica, di gestione dei rifiuti e di altre attività, come le cartiere, le concerie, i macelli e gli allevamenti intensivi.

per la prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (principi di *integrated pollution prevention and control*)¹⁶.

Il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale è spesso legato ad altre procedure autorizzatorie, quali la valutazione di impatto ambientale (Via)¹⁷, l'autorizzazione unica ambientale (Aua)¹⁸, le valutazioni ambientali strategiche (Vas), le valutazioni di incidenza ambientale (Vinca), le valutazioni integrate di impatto ambientale e sanitario. Si tratta, tuttavia, di procedimenti preordinati ad accertamenti autonomi e diversi che possono avere un'autonoma efficacia lesiva¹⁹.

Con particolare riguardo al perimetro dell'obbligo di motivazione del provvedimento di diniego dell'autorizzazione unica integrata, la giurisprudenza ha affermato la sufficienza e l'adeguatezza di una motivazione *per relationem*, che si riferisca ai pareri negativi espressi dalle amministrazioni e dagli uffici che si sono espressi nel corso del procedimento²⁰. Non risulterebbe affatto ragionevole richiedere un'autonoma valutazione dei

¹⁶ Si veda, Tar Marche, Ancona, sez. I, 6 maggio 2016, n. 290, secondo cui il rispetto dell'Aia appare espressione del principio di precauzione stabilito dalla normativa europea, per la tutela dell'ambiente e, quindi, anche della salute umana.

¹⁷ L'articolo 5, lett. o), D.lgs. n. 152 del 2006 fornisce la definizione del provvedimento di Via, ossia «il provvedimento motivato, obbligatorio e vincolante, che esprime la conclusione dell'autorità competente in merito agli impatti ambientali significativi e negativi del progetto, adottato sulla base dell'istruttoria svolta, degli esiti delle consultazioni pubbliche e delle eventuali consultazioni transfrontaliere». La valutazione di impatto ambientale, come più volte chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, non si limita ad una generica verifica di natura tecnica circa l'astratta compatibilità ambientale, ma implica una complessiva ed approfondita analisi di tutti gli elementi incidenti sull'ambiente del progetto unitariamente considerato, per valutare, in concreto, il sacrificio imposto all'ambiente rispetto all'utilità socio-economica perseguita. In giurisprudenza, in tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 16 settembre 2019, n. 11004; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 1° marzo 2018, n. 247; Cons. St., sez. V, 6 luglio 2016, n. 3000; *Id.*, 2 ottobre 2014, n. 4928; Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36; *Id.*, settembre 2013, n. 4611. In dottrina, si rinvia all'approfondito contributo di P. DELL'ANNO, *Valutazione di impatto ambientale*, in I "nuovi diritti" nello Stato sociale in trasformazione, a cura di R. FERRARA, P.M. VIPIANA, Cedam, Padova, 2002, pp. 208 ss.

¹⁸ L'Aua è disciplinata dal d.P.R. 13 marzo 2013, n. 59.

¹⁹ Si veda, Cons. St., sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5295. L'Aia, infatti, potrebbe essere negata anche in presenza di una Via positiva; una Via negativa, invece, preclude in ogni caso il rilascio dell'Aia.

²⁰ Si veda, Cons. St., sez. V, 6 luglio 2016, n. 3000, secondo cui «il diniego espresso per una non favorevole valutazione di impatto ambientale risulta adeguatamente motivato per relationem, con riferimento alla totalità dei pareri negativi espressi dalle amministrazioni ed uffici che si sono espressi nel corso del procedimento, non essendo richiesto direttamente dalla legge, né essendo altrimenti ragionevole pretendere un'autonoma valutazione di quei pareri da parte dell'amministrazione procedente».

pareri negativi espressi nel corso del procedimento. Tali pareri, infatti, non possono essere considerati «immotivate opposizioni di principio» al progetto esaminato, ma al contrario individuano puntualmente le ragioni, anche di ordine ambientale, ostative all'approvazione del progetto ed al rilascio della richiesta autorizzazione integrata ambientale. La scelta dell'amministrazione precedente di condividere i pareri sfavorevoli, tra l'altro, è sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo i casi di macroscopica arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità, illogicità e travisamento dei fatti, trattandosi di espressione di discrezionalità tecnica. Contrariamente, ove l'amministrazione precedente voglia rilasciare l'Aia, discostandosi da eventuali pareri negativi, si renderebbe assolutamente necessaria una motivazione diversa e ulteriore rispetto a quella *per relationem*.

2.2. La motivazione delle autorizzazioni paesaggistiche

L'autorizzazione paesaggistica è disciplinata dall'articolo 146 del D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio, sin d'ora, anche, Codice)²¹.

Nel caso di interventi in aree soggette a tutela paesaggistica²², sussiste l'obbligo di sottoporre all'autorità competente i progetti delle opere da eseguire, affinché ne sia accertata la compatibilità paesaggistica e sia rilasciata la relativa autorizzazione. Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la Regione – che nella generalità dei casi delega

²¹ L'articolo 146, comma 1, D.lgs. n. 42 del 2004 prevede che «I proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a termini dell'articolo 142, o in base alla legge, a termini degli articoli 136, 143, comma 1, lettera d), e 157, non possono distruggerli, né introdurvi modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione». Il successivo comma 4, prevede che «[...]». Fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi. L'autorizzazione è efficace per un periodo di cinque anni, scaduto il quale l'esecuzione dei progettati lavori deve essere sottoposta a nuova autorizzazione [...]». Per un'approfondita disamina dell'autorizzazione paesaggistica, si rinvia all'analisi di M.R. SPASIANO, *Commento all'art.146*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1118 ss.

²² L'articolo 142 del D.lgs. n. 42 del 2004, rubricato «Aree tutelate per legge», contiene un'elencazione delle aree di interesse paesaggistico (*i.e.* territori costieri; territori contermini ai laghi; fiumi, torrenti e corsi d'acqua; montagne; ghiacciai e circhi glaciali; parchi e riserve nazionali o regionali; foreste e boschi; aree assegnate alle università agrarie e zone gravate da usi civici; zone umide; vulcani; zone di interesse archeologico).

i Comuni – dopo avere acquisito il parere vincolante del Soprintendente²³. A seconda dell'intervento da realizzarsi, occorre distinguere tre diverse ipotesi: (i) l'autorizzazione paesaggistica ordinaria; (ii) l'autorizzazione paesaggistica semplificata; (iii) l'intervento libero, senza obbligo di autorizzazione paesaggistica.

L'iter per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ordinaria, ex articolo 146 del Codice, è chiaramente quello più lungo e complesso. L'amministrazione competente, a seguito della ricezione dell'istanza corredata dal progetto dell'opera da eseguire, svolge tutte le verifiche e gli accertamenti all'uopo necessari, acquisendo il parere della commissione locale per la qualità architettonica ed il paesaggio. Entro quaranta giorni, trasmette alla Soprintendenza la proposta di autorizzazione paesaggistica, corredata dagli elaborati tecnici, dandone contestualmente comunicazione al soggetto interessato. La Soprintendenza comunica il proprio parere vincolante entro il termine perentorio di quarantacinque giorni. In caso di parere negativo, la stessa comunica agli interessati il preavviso del provvedimento negativo, ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge n. 241 del 1990. L'amministrazione procedente provvede in conformità al parere, a seconda dei casi, rilasciando o negando l'autorizzazione paesaggistica. Decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione.

Il d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31 ha innovato profondamente la procedura per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica semplificata, oltre ad allargare il novero delle attività escluse dalla stessa (c.d. interventi liberi)²⁴. L'iter per il rilascio dell'autorizzazione semplificata è evidentemente

²³ Il parere della Soprintendenza in tema di autorizzazione paesaggistica è vincolante, pertanto, l'amministrazione competente deve provvedere in conformità allo stesso, con un atto dovuto. Ne deriva che, ove un parere negativo della Soprintendenza venga annullato in sede giurisdizionale, l'annullamento del diniego di autorizzazione paesaggistica corrispondente rappresenta una conseguenza del tutto necessaria. In tal senso, Cons. St., sez. VI, 1° settembre 2017, n. 4162.

La disciplina dettata dall'articolo 146 del D.lgs. n. 42 del 2004 prevede un intervento statale anticipato – in forma di parere – rispetto a quanto avveniva in precedenza. Non si prevede più, infatti, una forma di eventuale annullamento ministeriale dell'autorizzazione paesaggistica già rilasciata.

²⁴ D.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31, «Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti alla procedura autorizzatoria semplificata», che ha abrogato il d.P.R. 2 luglio 2010, n. 139. In particolare, negli Allegati A e B del d.P.R. n. 31 del 2017 sono stati rispettivamente individuati: (i) 31 interventi

più snello. L'amministrazione procedente, ricevuta l'istanza e verificato che l'intervento non rientri nelle fattispecie escluse dall'autorizzazione paesaggistica, o in quelle assoggettate al regime autorizzatorio ordinario, svolge le verifiche e gli accertamenti necessari, chiedendo all'interessato, ove occorra, ulteriori documenti e/o chiarimenti ritenuti indispensabili. In caso di esito positivo delle verifiche, l'amministrazione procedente trasmette alla Soprintendenza una motivata proposta di accoglimento, unitamente alla domanda ed alla documentazione in suo possesso. Se anche la valutazione della Soprintendenza è positiva, la stessa, entro il termine perentorio di venti giorni dal ricevimento della proposta, esprime il proprio parere vincolante all'amministrazione procedente²⁵, la quale adotta il provvedimento di rilascio dell'autorizzazione nei dieci giorni successivi. Se, invece, la valutazione della Soprintendenza è negativa – oltre a comunicarla all'autorità procedente – viene data comunicazione al richiedente dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, *ex* articolo 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, e vengono indicate eventuali modifiche necessarie per la valutazione positiva del progetto. Decorso il termine di quindici giorni, entro il quale l'istante può presentare le proprie osservazioni, la Soprintendenza adotta il provvedimento motivato di diniego, tenendo in considerazione le eventuali osservazioni fornite dall'istante ed evidenziando la incompatibilità del progetto. In caso di mancata espressione della Soprintendenza, si forma il silenzio assenso e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica²⁶. In caso di esito negativo della valutazione disposta dall'amministrazione procedente, ne viene data comunicazione al soggetto istante, unitamente ai motivi ostativi e ad eventuali modifiche ritenute necessarie. Se, esaminate le osservazioni e gli adeguamenti progettuali, persistono i motivi ostativi, l'amministrazione rigetta l'istanza, fornendo

esclusi dall'autorizzazione paesaggistica; (ii) 42 interventi soggetti ad autorizzazione paesaggistica semplificata, in quanto considerati di lieve entità. L'articolo 8 del suddetto d.P.R. del 2017 disciplina le modalità di compilazione dell'istanza per ottenere il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica semplificata, nonché la documentazione da allegare. Il successivo articolo 9 disciplina, invece, le modalità di presentazione della relativa istanza.

²⁵ Si veda, Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3656, secondo cui, «i termini assegnati alla Soprintendenza per l'esercizio dei propri poteri, pur se perentori, possono essere interrotti e fatti decorrere nuovamente per esigenze istruttorie».

²⁶ Si veda, Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 8 giugno 2017, n. 394, secondo cui «il parere della Soprintendenza [...] è soggetto alla normativa sul silenzio assenso anche nelle ipotesi di acquisizione di assensi, concerti o nulla osta da parte delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini».

specifica motivazione con riguardo alle eventuali osservazioni presentate dall'istante e all'incompatibilità del progetto.

La tutela del paesaggio è, tradizionalmente, una materia ove l'amministrazione agisce nell'esercizio di discrezionalità tecnica²⁷. Ciò ha sempre precluso al giudice amministrativo di esercitare un sindacato penetrante, che potesse entrare nel merito delle scelte effettuate dall'amministrazione e, quindi, delle motivazioni poste alla base delle stesse²⁸.

La giurisprudenza amministrativa, proprio in tema di autorizzazioni paesaggistiche, è andata via via affermando il principio secondo cui, l'amplessissima discrezionalità di cui godono le amministrazioni in materia deve necessariamente essere bilanciata dal rafforzamento dell'obbligo di una specifica e puntuale motivazione²⁹. La motivazione deve rispondere sia a criteri di ragionevolezza e proporzionalità, sia di corretta e completa rappresentazione dei fatti su cui si basa un eventuale provvedimento di diniego. In caso contrario, infatti, si assisterebbe ad una violazione del principio di trasparenza ed *accountability*. Le autorizzazioni paesaggistiche, dunque, devono essere congruamente motivate in modo che possa essere ricostruito l'*iter* logico-giuridico in base al quale le opere assentite sono state valutate rispettose dei valori paesaggistici, stante anche la rilevanza costituzionale di questi ultimi³⁰.

La motivazione dell'autorizzazione paesaggistica può ritenersi adeguata allorquando risponde ad un modello che contempla, in modo dettagliato, la descrizione: (i) dell'opera o dell'intervento che si intende realizzare, mediante l'indicazione delle dimensioni, delle forme, dei colori e dei materiali impiegati; (ii) del contesto paesaggistico in cui si colloca, anche mediante l'indicazione di eventuali altri immobili esistenti, della loro posizione e dimensioni; (iii) del rapporto tra opera/intervento e contesto paesaggistico, anche mediante l'indicazione dell'impatto visivo al fine di stabilire se esso si inserisca in maniera armonica nel paesaggio³¹. Solo una motivazione analitica, intesa nei termini anzidetti,

²⁷ Sull'attività tecnico-discrezionale dell'amministrazione e sulle valutazioni riservate alla pubblica amministrazione, si rinvia all'organica trattazione di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995. In giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. IV, 30 gennaio 2019.

²⁸ Il giudice amministrativo esercita un sindacato di legittimità limitato alle ipotesi di difetto di motivazione, illogicità manifesta ed errore di fatto. In tal senso, Tar Sicilia, Catania, sez. I, 9 aprile 2019, n. 754; Tar Umbria, Perugia, sez. I, 19 febbraio 2016, n. 120; Cons. St., sez. IV, 3 aprile 2014, n. 1590.

²⁹ Si veda, Tar Lombardia, Brescia, ord., sez. I, 4 aprile 2016, n. 270.

³⁰ Si veda, Tar Toscana, Firenze, sez. III, 29 luglio 2008, n. 1834.

³¹ In tal senso, *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 6 luglio 2017, n. 1101; Tar Campania,

consente una piena intelligenza delle ragioni sottese al rilascio o al diniego dell'autorizzazione paesaggistica³². La motivazione, infatti, altro non è che una ricostruzione dettagliata, mediante segni linguistici, di quanto accertato dall'amministrazione nella fase conoscitiva pre-decisionale³³. Non è, invece, idoneo a soddisfare l'obbligo motivazionale il riferimento al parere formale espresso dalla commissione edilizia comunale integrata, laddove tale parere contenga affermazioni meramente assertive, sfornite della necessaria e puntuale motivazione sulle compatibilità del previsto intervento con le esigenze di tutela e di conservazione dei valori paesistici e ambientali del contesto, che rappresentano la ragione costitutiva del vincolo³⁴.

L'obbligo di puntuale e dettagliata motivazione è previsto anche per il parere negativo vincolante di compatibilità paesaggistica della Soprintendenza, che deve, per l'appunto, esternare analiticamente le ragioni che determinano l'incompatibilità ambientale³⁵. Solo una motivazione analitica, infatti, consente di ricostruire l'*iter* logico-giuridico

Salerno, sez. II, 5 maggio 2016, n. 1104; Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2015, n. 4925; Cons. St., sez. VI, 23 dicembre 2013, n. 3614, con nota di E. BOSCOLO, *Motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e attuazione del giudicato*, in «Urb. app.», 2014, 9, pp. 929 ss.; Tar Liguria, Genova, sez. I, 21 novembre 2013, n. 1406; Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2013, n. 1707.

³² Si veda, Tar Piemonte, sez. I, 12 febbraio 2016, n. 190, secondo cui «È illegittimo il diniego espresso da un Comune in ordine ad una istanza tendente ad ottenere l'autorizzazione paesaggistica finalizzata al condono edilizio di un manufatto abusivo (nella specie consistente in un pergolato in ferro, aperto, realizzato in area collinare sottoposta a vincolo paesaggistico), che sia motivato come segue: “gli elementi costitutivi del manufatto oggetto di condono non si inseriscono in alcun modo con l'intorno ambientale, né sono state realizzate in sintonia e congruità con le tipologie degli edifici esistenti che hanno caratteristiche omogenee, ed in modo particolare la struttura non consente alcun recupero con eventuali elementi di mitigazione”; trattasi, infatti, di motivazione generica e stereotipata, riferibile ad una serie illimitata di istanze, che impedisce di comprendere il fondamento logico dell'atto negativo adottato dalla pubblica amministrazione».

³³ Si esprime in questi termini, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione (dir. amm.) ad vocem*, in «Diz. dir. pubbl.», diretto da S. CASSESE, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, 3741 ss.; Id., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987. Secondo GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo, ad vocem*, cit., p. 268, invece, la motivazione non rappresenta una mera esternazione (c.d. motivazione in senso formale), ma coincide con le ragioni stesse della decisione (c.d. motivazione sostanziale).

³⁴ In tal senso, Tar Campania, Salerno, sez. II, 1° giugno 2017, n. 997.

³⁵ In tal senso, Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 23 maggio 2016, n. 187; Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2015, n. 5844, secondo cui «il potere di valutazione tecnica esercitato dalla Soprintendenza, ex articolo 146 D.lgs. n. 42 del 2004, è sindacabile in sede giurisdizionale soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta, ovvero errore di fatto conclamato».

posto a fondamento del parere negativo del Soprintendente e di poter, eventualmente, superare eventuali criticità connesse alla realizzazione dell'opera, apportando tutte le necessarie modifiche, al fine di renderlo compatibile con le esigenze di tutela del paesaggio.

2.3. *La motivazione delle autorizzazioni concernenti il servizio farmaceutico*

L'articolo 1, comma 1, della legge 2 aprile 1968, n. 475 prevede che per l'apertura di una farmacia è necessaria «l'autorizzazione rilasciata dall'autorità sanitaria competente per territorio»³⁶. Il numero delle autorizzazioni è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti, tuttavia, nel caso in cui la popolazione ecceda del cinquanta per cento rispetto a tale parametro, è consentita l'apertura di un'ulteriore farmacia. La scelta con cui l'amministrazione individua la zona del territorio comunale in cui ubicare la farmacia ha – salvo il limite della distanza di cui all'articolo 1, comma 7, della legge n. 475 del 1968 – natura discrezionale. Conseguentemente, può essere oggetto di sindacato giurisdizionale solo per gravi ed evidenti errori di valutazione od illogicità manifeste. La discrezionalità dell'amministrazione, in tale settore, deve necessariamente essere misurata alla luce della posizione espressa dalla giurisprudenza comunitaria, nonché della *ratio* della riforma di cui al decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che, l'articolo 49 del TFUE, in tema di libertà di stabilimento, «deve essere interpretato nel senso che esso non osta, in linea di principio, a che uno Stato membro adotti un regime di autorizzazione preventiva per l'apertura di nuovi presidi sanitari come le farmacie, se un tale regime si rivela indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle prestazioni sanitarie e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza sanitaria adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate [...]»³⁷. Ne deriva che, una normativa nazionale

³⁶ Legge 2 aprile 1968, recante «Norme concernenti il servizio farmaceutico», come da ultimo modificata dal decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni nella legge 24 marzo 2012. Sul punto, si richiama l'opera di M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011.

³⁷ Si veda, Cgue, sez. IV, 13 febbraio 2014, causa C-367/12 (S. *Sokoll c. Seebacher*), secondo cui l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato

che subordini a dati criteri il rilascio delle autorizzazioni all'istituzione di nuove farmacie è, in linea di principio, idonea a realizzare l'obiettivo di garantire alla popolazione un approvvigionamento di medicinali sicuro e di qualità. La salute e la vita delle persone occupano una posizione preminente tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato. Spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute pubblica e il modo in cui tale livello debba essere raggiunto e, poiché quest'ultimo può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere un margine di discrezionalità.

L'articolo 11, comma 1, del decreto legge n. 1 del 2012 dispone che «Al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico, alla legge n. 475 del 1968 [...] sono apportate le seguenti modificazioni [...]». La novella è chiaramente orientata alla massima espansione degli esercizi farmaceutici. Un'interpretazione in linea con le previsioni comunitarie ammette la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione delle sedi farmaceutiche solo se, e nella misura in cui, essa sia funzionale a garantire un'assistenza sanitaria adeguata alle necessità della popolazione, secondo un approccio che tende a ridurre le barriere di accesso al mercato³⁸.

Occorre ora soffermarsi sul perimetro dell'obbligo di motivazione previsto per le autorizzazioni concernenti le sedi farmaceutiche.

Il provvedimento con cui viene autorizzata, ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 475 del 1968, l'apertura e l'esercizio di una nuova sede farmaceutica non necessita di alcuna motivazione³⁹. La disposizione citata, infatti, riconnette automaticamente il numero delle farmacie alla densità della popolazione residente, con la conseguenza che si imporrebbe una specifica motivazione solo allorquando ricorrano peculiari esigenze locali, che impongono l'istituzione di una sede al di sotto del rapporto sedi/

membro, la quale fissi come criterio essenziale per verificare la necessità di aprire una nuova farmacia una soglia tassativa di «persone destinate ad approvvigionarsi», se le autorità nazionali competenti non hanno la possibilità di derogare a tale soglia per tenere conto di peculiarità locali.; *Id.*, sez. IV, 5 dicembre 2013, cause riunite C-159/12 (*A. Venturini c. Asl Lodi e altri*), C-160/12 (*M.R. Gramigna c. Asl Lodi e altri*), C-161/12 (*A. Muzzio c. Asl Pavia e altri*).

³⁸ In tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 15 ottobre 2015, n. 2184.

³⁹ In tal senso, Tar Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 5 giugno 2008, n. 135; Cons. St., sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7429; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 19 dicembre 2003, n. 8972.

abitanti fissato *ex lege*⁴⁰.

La possibilità di aprire una ulteriore farmacia, prevista dal terzo comma dell'articolo 1 della legge n. 475 del 1968, nel caso in cui la popolazione ecceda del cinquanta per cento il numero stabilito dalla legge, rappresenta un'ipotesi di interesse in relazione alla previsione o meno di un obbligo di espressa motivazione. Parte della giurisprudenza ha affermato che il Comune non è tenuto a motivare una scelta in tal senso se rispetta i requisiti stabiliti dalla legge⁴¹. Tale interpretazione è legata alla *ratio* della previsione di cui all'articolo 11 del decreto legge n. 1 del 2012, che ha, per l'appunto, reso possibile l'istituzione di nuove farmacie, introducendo nuovi criteri di localizzazione degli esercizi sul territorio. La scelta dell'amministrazione comunale non richiederebbe, dunque, altra giustificazione o motivazione rispetto a quanto già espressamente previsto *ex lege*; occorrerebbe, al più, una motivazione esplicita qualora si volesse optare per la scelta contraria. Di contro, si potrebbe sostenere che, la locuzione «consenta» contenuta nel citato articolo 1, come modificato dall'articolo 11, decreto legge n. 1 del 2012, alluda ad una scelta facoltativa espressione di discrezionalità, che, come tale, necessiterebbe di una puntuale motivazione, volta ad esternare la valutazione comparativa effettuata dall'amministrazione. Come già illustrato nei paragrafi precedenti, anche il provvedimento positivo di rilascio dell'autorizzazione dovrebbe essere motivato, al fine di garantire la tutela a terzi che si considerino eventualmente lesi dal rilascio della stessa. Inoltre, l'articolo 1, legge n. 475 del 1968, prevede che, in caso di trasferimento di una farmacia in un altro locale, ma nell'ambito della medesima sede per la quale fu concessa l'autorizzazione, deve essere proposta apposita domanda all'autorità sanitaria competente per territorio.

Con particolare riguardo all'autorizzazione al trasferimento dell'esercizio di una farmacia in locali ubicati al di fuori dell'ambito territoriale previsto nell'atto istitutivo, la giurisprudenza ha affermato la necessità dell'espletamento di un'approfondita istruttoria e l'esternazione di un'ampia

⁴⁰ L'articolo 104, comma 1, del R.D. 27 luglio 1934, n. 1265 (T.U. delle leggi sanitarie) prescrive che «Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, quando particolari esigenze dell'assistenza farmaceutica in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità lo richiedono, possono stabilire, in deroga al criterio della popolazione di cui all'articolo 1 della legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, sentiti l'unità sanitaria locale e l'ordine provinciale dei farmacisti, competenti per territorio, un limite di distanza per il quale la farmacia di nuova istituzione disti almeno 3.000 metri dalle farmacie esistenti anche se ubicate in comuni diversi. Tale disposizione si applica ai comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti e con il limite di una farmacia per comune».

⁴¹ In tal senso, Cons. St., sez. III, 6 febbraio 2015, n. 603; *Id.*, 3 febbraio 2015, n. 528; Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 7 marzo 2014, n. 151.

e puntuale motivazione⁴². La motivazione, in particolare, deve dare conto dell'esistenza di preminenti ragioni di interesse pubblico, attinenti all'organizzazione territoriale dell'assistenza farmaceutica complessivamente considerata, tali da giustificare la nuova scelta localizzativa, alla luce dell'esigenza di assicurare una più efficace e capillare organizzazione del servizio farmaceutico. L'autorizzazione al trasferimento di una farmacia è espressione di un'attività discrezionale, che trova il proprio limite nelle scelte già compiute in sede di redazione della pianta organica. Essa, pertanto, non può essere priva di motivazione in ordine alla finalità di pubblico interesse – ossia di maggiore efficienza del servizio in funzione delle esigenze degli abitanti della zona – alla base del richiesto spostamento.

La scelta del legislatore di attribuire ai Comuni il compito di individuare le zone in cui collocare le farmacie risponde all'esigenza di assicurare un ordinato assetto del territorio, corrispondente agli effettivi bisogni della collettività (alla quale concorrono una pluralità di fattori diversi dal numero dei residenti, quali l'individuazione delle maggiori necessità di fruizione del servizio che si avvertono nelle diverse zone del territorio, le correlate valutazioni di situazioni ambientali, topografiche e di viabilità, le distanze tra le diverse farmacie).

Le scelte compiute in sede di revisione della pianta organica delle farmacie, in quanto atto programmatico a contenuto generale, e in particolare la determinazione di istituire nuove sedi *ex* articolo 104 R.D. n. 1265 del 1934, non necessitano di una analitica motivazione calibrata sulle singole situazioni locali, ad eccezione di alcuni casi particolari come la modifica delle zone non correlata all'istituzione di nuove sedi oppure l'istituzione di una sede aggiuntiva con il criterio demografico⁴³.

⁴² In tal senso, Cons. St., sez. III, 6 agosto 2018, n. 4832; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 28 agosto 2008, n. 1513; Cons. St., sez. IV, 27 febbraio 1996, n. 201.

⁴³ In tal senso, *ex multis*, Tar Campania, Salerno, sez. I, 27 gennaio 2020, n. 142; Cons. St., sez. III, 20 marzo 2017, n. 1250; Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5795, secondo cui «l'atto di revisione della pianta organica delle farmacie, in quanto atto programmatico a contenuto generale, non necessita in via generale di una analitica motivazione calibrata sulle singole situazioni locali, atteso che è sufficiente l'esternazione dei criteri ispiratori adottati dall'autorità emanante, i quali criteri vanno ricercati negli atti del procedimento complessivamente inteso in base ai quali è possibile verificare se detti criteri siano legittimi, congrui e ragionevoli e se il provvedimento sia coerente con essi»; Cons. St., sez. III, 29 gennaio 2014, n. 454; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 26 luglio 2011, n. 1518, secondo cui «il provvedimento di revisione della pianta organica delle farmacie di un Comune ha natura di atto programmatico, a contenuto generale, essendo finalizzato ad assicurare in modo idoneo, adeguato e funzionale agli interessi della collettività, la distribuzione sul territorio delle farmacie. Siccome connotato da ampia discrezionalità, tale provvedimento di revisione non abbisogna di specifica motivazione e può

La valutazione delle particolari condizioni topografiche e di viabilità che giustifica l'apertura della seconda farmacia non può che rientrare nel potere discrezionale dell'amministrazione, cui spetta apprezzare, in concreto, le esigenze di assistenza farmaceutica della popolazione in relazione allo stato dei luoghi⁴⁴. Sotto altro punto di vista, è stato osservato che, la motivazione di un provvedimento come quello in esame non va ricercata solo alla luce delle espressioni contenute nell'atto conclusivo, ma negli atti dell'istruttoria, che, nel caso della revisione della pianta organica delle farmacie, è condotta nell'ambito di un procedimento articolato e complesso aperto alla partecipazione degli enti locali e di quelli esponenziali delle categorie professionali interessate. Sono tali atti, quindi, a fornire con maggiore precisione la spiegazione della scelta effettuata dall'amministrazione⁴⁵.

L'autorità competente può legittimamente derogare al criterio generale demografico stabilito in tema di revisione delle piante organiche delle farmacie – *ex* articolo 1 della legge n. 475 del 1968 – solo motivando congruamente e adeguatamente, all'esito di una puntuale e approfondita istruttoria, circa l'esistenza dei presupposti rigorosamente richiesti dall'articolo 104, comma 3, T.U. 27 luglio 1934, n. 1265. Presupposti che consistono nell'esigenza di assicurare l'assistenza farmaceutica nelle località in cui è insediato un aggregato permanente di popolazione il quale, per le difficoltà connesse alla viabilità e alle distanze, non sia in grado di accedere comodamente ad altre farmacie esistenti sul territorio comunale⁴⁶.

Mentre le esigenze della popolazione residente costituiscono il criterio guida ai fini delle scelte discrezionali che l'amministrazione è chiamata a compiere in sede di formazione e di revisione della pianta organica, al contrario, le scelte puntuali attinenti all'istituzione e localizzazione di farmacie succursali rispondono alla diversa, e complementare, esigenza di assicurare una più efficace e capillare organizzazione del servizio farmaceutico delle località di cura e soggiorno, o, comunque, negli ambiti territoriali caratterizzati da un afflusso particolarmente elevato di utenza stagionale, tale da rendere inadeguato l'assetto organizzativo ordinario, basato sulla sola utenza stabile⁴⁷.

essere censurato, sotto il profilo contenutistico, soltanto per evidente e grave irragionevolezza»; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 21 gennaio 2011, n. 131.

⁴⁴ In tal senso, Cons. St., sez. III, 13 aprile 2011, n. 2296.

⁴⁵ In tal senso, Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 6 novembre 2013, n. 933; Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2009, n. 846.

⁴⁶ Si veda, Tar Campania, Salerno, sez. I, 21 ottobre 2003, n. 1292.

⁴⁷ Si veda, Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1653; Tar Umbria, Perugia, sez. I, 23 giugno 2011, n. 181.

3. *Il ruolo della motivazione nei titoli abilitativi edilizi provvedimentali e non*

L'esercizio di attività edilizia avviene, di regola, previa acquisizione di apposito titolo abilitativo, salve le ipotesi di attività edilizia libera. I recenti interventi legislativi in materia denotano la tendenza verso una maggiore liberalizzazione degli interventi edilizi. Come già ricordato, si tratta di una liberalizzazione temperata che non ha eliminato le regole pubblicistiche per l'esercizio dell'attività edilizia, ma soltanto le barriere procedurali. Il controllo sull'attività edilizia da preventivo è divenuto successivo, con riguardo ad alcune tipologie di attività.

Il D.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (decreto Scia 2), riorganizza il sistema dei titoli edilizi, articolandolo in cinque livelli: (i) interventi in attività edilizia libera, *ex* articolo 6 T.U. edilizia; (ii) interventi subordinati a comunicazione di inizio lavori asseverata (Cila), *ex* articolo 6-bis T.U. edilizia; (iii) interventi assoggettati a segnalazione certificata di inizio attività (Scia), *ex* articolo 22 T.U. edilizia; (iv) interventi assoggettati a permesso di costruire, *ex* articolo 10, T.U. edilizia; (v) interventi per i quali è comunque possibile presentare la Scia in alternativa al permesso di costruire, *ex* articolo 23 T.U. edilizia.

Gli articoli 1 e 2 del decreto Scia 2, al fine di garantire omogeneità di regime giuridico in tutto il territorio nazionale, sono accompagnati da un glossario unico, contenente l'elenco delle principali opere edilizie e attività commerciali, con l'individuazione della categoria di intervento a cui le stesse appartengono e del conseguente regime amministrativo giuridico applicabile. Il glossario unico è contenuto nella tabella A allegata al decreto Scia 2.

Accanto a titoli edilizi espressi, quale il permesso di costruire e le autorizzazioni, si collocano, altresì, titoli abilitativi de-provedimentalizzati, quali la Scia e il silenzio assenso. In talune ipotesi, infatti, il silenzio serbato dall'amministrazione equivale ad un atto di assenso, come tale legittimante l'esercizio di determinate attività.

3.1. Il permesso di costruire e la motivazione tra discrezionalità e potere vincolato

Il tema dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti in materia di edilizia si pone, anzitutto, con riguardo al più importante tra tali provvedimenti: il permesso di costruire.

Il permesso di costruire, disciplinato dagli articoli 10 e ss. del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (T.U. edilizia), è un provvedimento autorizzatorio preventivo, a carattere esplicito, rilasciato al proprietario dell'immobile, o a chi ne abbia titolo per richiederlo, dal dirigente o responsabile del competente ufficio comunale, nel rispetto delle leggi, dei regolamenti e degli strumenti urbanistici⁴⁸.

L'articolo 10 T.U. edilizia contiene un'elencazione degli interventi sottoposti al permesso di costruire, ossia quelli aventi maggiore impatto sul territorio, tali da determinare una trasformazione urbanistica ed edilizia. Quanto al procedimento per il rilascio del suddetto titolo edilizio, il successivo articolo 20, comma 3, stabilisce che, entro sessanta giorni dalla presentazione della domanda, il responsabile del procedimento cura l'istruttoria, acquisisce i prescritti pareri e gli atti di assenso eventualmente necessari, valuta la conformità del progetto alla normativa vigente e formula una proposta di provvedimento, accompagnata da una dettagliata relazione con la qualificazione tecnico-giuridica dell'intervento richiesto. Il provvedimento finale – di rilascio o di diniego – è adottato entro il termine di trenta giorni dalla proposta, ovvero dall'esito della conferenza di servizi, ove indetta. Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, laddove non venga opposto motivato diniego, sulla domanda si intende formato il silenzio assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli ambientali, di assetto idrogeologico, paesaggistici o culturali⁴⁹. Nel permesso di costruire sono specificamente indicati il termine di inizio – non superiore ad un anno – e il termine di ultimazione dei lavori – non superiore a tre anni. Decorso tali termini, il permesso decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che, anteriormente alla scadenza, venga richiesta una proroga, che può venire accordata con provvedimento adeguatamente motivato⁵⁰. Presupposto essenziale per il rilascio del permesso di costruire, *ex*

⁴⁸ Il permesso di costruire sostituisce la previgente concessione edilizia. La nuova denominazione si spiega con l'intento di ribadire che il titolo edilizio non è attributivo di nuovi diritti, ma attiene all'accertamento delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio dello *ius aedificandi*. Sul punto, si richiama l'organica trattazione di P. URBANI, S. CIVITARESE, *Diritto urbanistico: organizzazione e rapporti*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 329 ss.

⁴⁹ Si veda, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. VII, 28 ottobre 2019, n. 5107; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 23 ottobre 2019, n. 12194; Tar Campania, Napoli, sez. II, 25 febbraio 2019, n. 1066; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 6 aprile 2016, n. 566; Cons. St., sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3805; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 dicembre 2016, n. 1863; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 17 giugno 2015, n. 1095.

⁵⁰ La proroga può essere accordata: (i) per fatti estranei alla volontà del titolare del permesso; (ii) in considerazione della mole dell'opera da realizzare, delle sue particolari caratteristiche tecnico-costruttive o di difficoltà tecnico-esecutive emerse successivamente all'inizio dei

articolo 12, comma 2, T.U. edilizia, è la conformità fra il progetto presentato e le previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente⁵¹.

La scienza giuridica e la giurisprudenza amministrativa qualificano il permesso di costruire quale atto di natura vincolata, sull'assunto che, in presenza della conformità tra attività di trasformazione del territorio e prescrizioni urbanistico-edilizie, l'amministrazione sia vincolata a rilasciare il titolo edilizio *de quo*⁵².

Dalla natura vincolata del permesso di costruire derivano importanti conseguenze anche in punto di motivazione. Parte della giurisprudenza amministrativa esclude la rilevanza del difetto di motivazione per i provvedimenti vincolati, reputando che la necessità della motivazione presupponga il carattere discrezionale del potere esercitato. In particolare, nel caso di atto dovuto, la motivazione è ritenuta necessaria non quanto all'indicazione dell'*iter* logico giuridico seguito dall'amministrazione, ma quanto all'indicazione dei presupposti e delle giustificazioni del potere da esercitarsi, essendo, per l'appunto, sufficiente ricorrere alla norma che giustifica il potere stesso⁵³.

Come osservato in precedenza, l'articolo 20, comma 8, T.U. edilizia prevede espressamente che il diniego del permesso di costruire deve essere motivato. La giurisprudenza, tuttavia, è stata interrogata circa il perimetro di tale obbligo di motivazione. Secondo un primo orientamento, la definizione delle istanze di permesso di costruire, implicando un accertamento di carattere vincolato costituito dalla verifica della conformità della richiesta alla normativa urbanistico-edilizia, non necessiterebbe di altra motivazione oltre quella relativa alla rispondenza dell'istanza alle dette prescrizioni⁵⁴. Altra parte della giurisprudenza, invece, afferma che il

lavori; (iii) per le opere pubbliche il cui finanziamento sia previsto in più esercizi finanziari.

⁵¹ Si veda, Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 22 novembre 2019, n. 1010; Tar Campania, Salerno, sez. I, 25 febbraio 2019, n. 327; Cons. St., sez. IV, 10 gennaio 2018, n. 333; Tar Campania, Salerno, sez. I, 22 luglio 2015, n. 1611, secondo cui la richiesta di un'amministrazione di pretendere, ai fini del rilascio del permesso di costruire, la dimostrazione da parte del richiedente di essere in regola con i tributi comunali, è illegittima, poiché in tal modo l'esercizio del potere in oggetto sarebbe piegato, in deroga allo schema legislativo, al perseguimento di interessi eterogenei rispetto a quelli tipici.

⁵² In tal senso, Tar Campania, Napoli, sez. VII, 28 ottobre 2019, n. 5107; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 2 febbraio 2016, n. 159; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 12 febbraio 2014, n. 988.

⁵³ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4279; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 maggio 2014, n. 222.

⁵⁴ In tal senso, *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 settembre 2017, n. 1445; Tar Calabria,

provvedimento di diniego del permesso di costruire, pur essendo il risultato di un'attività vincolata, determinerebbe una contrazione dello *ius aedificandi* che, pertanto, farebbe sorgere la necessità di una completa e circostanziata motivazione⁵⁵. Tale motivazione dovrebbe esternare le reali ragioni ostative al rilascio del titolo abilitativo, da individuarsi in un contrasto del progetto presentato con precise norme urbanistico-edilizie, al fine di consentire all'interessato di tutelarsi in sede giurisdizionale, ovvero di superare, ove possibile, le ragioni ostative addotte dall'amministrazione mediante una modifica del progetto originariamente elaborato. Aderendo al predetto indirizzo, si configurerebbe il difetto di motivazione nelle fattispecie in cui l'unico dato esplicativo del diniego del permesso di costruire è il «contrasto con le norme vigenti del Piano regolatore generale»⁵⁶. In tale ipotesi, infatti, mancherebbero gli elementi necessari della motivazione, ex articolo 3, legge n. 241 del 1990, tali da consentire agli interessati di comprendere le ragioni del rigetto della domanda di titolo edificatorio. Parte della giurisprudenza, inoltre, afferma l'illegittimità del provvedimento di diniego del permesso di costruire anche nel caso in cui quest'ultimo non sia preceduto dalla comunicazione del preavviso di rigetto, ex articolo 10-*bis*, legge n. 241 del 1990, nei confronti del soggetto istante⁵⁷.

Reggio Calabria, 14 marzo 2017, n. 193; Cons. St., sez. IV, 1 aprile 2011, n. 2050; Cons. St., sez. V, 30 giugno 2005, n. 3539, secondo cui «l'istruttoria di una domanda di concessione edilizia deve ritenersi congruamente e correttamente condotta allorché sia volta alla verifica della conformità delle opere realizzande alle prescrizioni urbanistico-edilizie ed a quelle recate da norme speciali (ad es. in materia sanitaria, antisismica, paesaggistica, ecc.); una tale verifica, così come il provvedimento autorizzatorio nel quale la stessa sfocia, ha carattere vincolato, nel senso che non può eccedere un tale accertamento, sì che il provvedimento finale non necessita di altra motivazione, che non sia quella della rispondenza dell'opera alle dette prescrizioni e della stretta osservanza delle limitazioni dalle stesse poste in tema di volume, altezza, densità, distanze, ecc. degli edifici».

⁵⁵ In tal senso, Cons. St. sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1415; Tar Campania, Napoli, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4243; Tar Campania, Napoli, sez. II, 21 luglio 2017, n. 3889; Tar Campania, Salerno, sez. I, 10 luglio 2014, n. 1257; Tar Lazio, Roma, sez. II, 21 gennaio 2011, n. 685; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 12 marzo 2007, n. 1789.

⁵⁶ In tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 13 marzo 2013, n. 2642.

⁵⁷ In tal senso, Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 26 giugno 2014, n. 3592, secondo cui il provvedimento di diniego del permesso di costruire deve necessariamente essere preceduto dal preavviso di rigetto, ex articolo 10-*bis*, legge n. 241 del 1990. La violazione della predetta regola, «sotto il profilo dell'indicazione nella motivazione del provvedimento finale delle ragioni del mancato accoglimento delle osservazioni rese dalla parte interessata – che valorizza il momento del contraddittorio fra privato e p.a. ed incide anche sul contenuto dell'atto finale indicando un contenuto necessario della motivazione – non può essere sanata in via postuma in sede processuale con integrazione negli atti difensivi della motivazione di rigetto della domanda» .

Al procedimento di rilascio del permesso di costruire è stato esteso il regime del silenzio assenso, fatte salve le deroghe previste in ipotesi di vincoli ambientali, paesaggistici e culturali⁵⁸. Ne deriva che, una volta formatosi *per silentium* il permesso, l'amministrazione potrà intervenire solo in via di autotutela⁵⁹. In tal caso, occorrerà un provvedimento congruamente motivato, nel quale si pongano adeguatamente in luce le ragioni di interesse pubblico destinate ad imporsi sul correlativo sacrificio del privato, anche in considerazione dell'affidamento creatosi in capo a quest'ultimo⁶⁰. La formazione del silenzio assenso sulla domanda di permesso di costruire postula che l'istanza sia assistita da tutti i presupposti di accoglibilità, non determinandosi *ope legis* l'accoglimento dell'istanza ogni qualvolta manchino i presupposti di fatto e di diritto previsti dalla norma.

In particolare, un requisito essenziale, ai fini della formazione del silenzio assenso sull'istanza, è la dichiarazione del progettista abilitato che assevera la conformità del progetto alla disciplina urbanistica vigente. Tale dichiarazione rappresenterebbe la motivazione c.d. interna del provvedimento favorevole al privato. Contrariamente, non potrebbe formarsi il silenzio-assenso nell'ipotesi in cui il progettista si sia limitato ad affermare genericamente la compatibilità dell'intervento rispetto alla vigente normativa ed abbia ommesso qualsiasi attestazione sulla sua conformità urbanistica, stante, da un lato, l'insussistenza di una equivalenza tra i differenti concetti della conformità e della compatibilità (quest'ultima, infatti, postula un apprezzamento valutativo, sia pure alla stregua di regole tecniche) e, dall'altro, la necessità che le dichiarazioni siano rese in maniera chiara ed inequivoca dal progettista, soprattutto in considerazione delle relative responsabilità, anche sul piano penale⁶¹.

⁵⁸ L'articolo 20, comma 8, T.U. edilizia, come da ultimo modificato dall'articolo 2, comma 1, lett. b), D.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, prevede che «decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui agli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241». In giurisprudenza, si veda, Tar Campania, Napoli, sez. VII, 28 ottobre 2019, n. 5107; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 23 ottobre 2019, n. 12194; Tar Campania, Napoli, sez. II, 25 febbraio 2019, n. 1066; Cons. St., sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3805

⁵⁹ Si veda, Tar Campania, Salerno, sez. I, 6 febbraio 2017, n. 210; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 dicembre 2016, n. 1863; Cons. St., sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3805; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 17 giugno 2015, n. 1095.

⁶⁰ In tal senso, Tar Campania, Salerno, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 2619.

⁶¹ In tal senso, Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 3 aprile 2017, n. 1776.

L'articolo 15, comma 2, T.U. edilizia, come sopra esposto, prevede che, decorsi i termini di inizio e di ultimazione lavori, il permesso decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che, anteriormente alla scadenza, venga richiesta una proroga.

Un tema alquanto controverso concerne la necessità o meno di un provvedimento formale di decadenza. Secondo parte della giurisprudenza, la decadenza non sarebbe automatica e, pertanto, dovrebbe essere necessariamente dichiarata con apposito provvedimento che renda operanti gli effetti della decadenza⁶². L'orientamento prevalente ritiene, di contro, che la decadenza non dipenda da un atto amministrativo, ma dal semplice fatto dell'inutile decorso del tempo⁶³. La decadenza del permesso di costruire, pertanto, opererebbe di diritto e il provvedimento dell'amministrazione avrebbe carattere meramente dichiarativo⁶⁴. Una tesi intermedia, pur mostrandosi concorde nell'affermare che la decadenza del permesso di costruire costituisce un effetto che discende dall'inutile decorso del termine di inizio e/o completamento dei lavori autorizzati, richiede «l'adozione di un provvedimento formale da parte del competente organo comunale, ancorché meramente dichiarativo e con efficacia ex tunc, qualunque sia l'epoca in cui è stato adottato e quindi anche se intervenuto molto tempo dopo che i termini in questione erano inutilmente decorsi, e ancorché i suoi effetti retroagiscano al momento dell'evento estintivo»⁶⁵.

Con particolare riguardo alla motivazione della decadenza, si ritiene che l'amministrazione non è tenuta a fornire specifiche motivazioni sulla adozione dell'atto di decadenza del permesso di costruire, in quanto non si è in presenza di un provvedimento negativo o di autotutela e la dichiarazione di decadenza, per il suo carattere dovuto, è sufficientemente motivata con la sola evidenziazione dell'effettiva sussistenza dei presupposti di fatto⁶⁶. Né è richiesta alcuna ulteriore specificazione, stante la immediata e diretta prevalenza dell'interesse pubblico all'attuazione della regolamentazione sopravvenuta che è imposta dalla norma in questione⁶⁷.

L'articolo 14 T.U. edilizia prevede, inoltre, la possibilità di rilasciare,

⁶² In tal senso, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 249; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 3 settembre 2008, n. 10036.

⁶³ In tal senso, Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 5 settembre 2019, n. 450; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 5 settembre 2019, n. 10766; Cons. St., sez. IV, 27 agosto 2019, n. 5899; *Id.*, 15 aprile 2016, n. 1520; *Id.*, 11 aprile 2014, n. 1747; *Id.* 18 maggio 2012, n. 2915.

⁶⁴ Tar Veneto, Venezia, sez. II, 7 febbraio 2018, n. 131.

⁶⁵ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2015, n. 4823.

⁶⁶ Tar Veneto, Venezia, sez. II, 7 febbraio 2018, n. 131.

⁶⁷ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 15 aprile 2013, n. 2027.

previa deliberazione del consiglio comunale, un permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici generali per gli edifici e gli impianti pubblici o di interesse pubblico, pur nel rispetto della normativa di tutela dei beni culturali e del paesaggio e delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia⁶⁸.

Nell'elaborazione giurisprudenziale, il permesso edilizio in deroga è un provvedimento espressione di un potere connotato da ampia discrezionalità⁶⁹. Lo stesso, infatti, è espressione di poteri discrezionali che devono bilanciare l'interesse alla realizzazione dell'opera con molteplici altri interessi, quali quello urbanistico, edilizio, paesistico, ambientale⁷⁰. L'eventuale sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 14 per il rilascio di tale titolo edilizio in deroga, costituisce condizione minima necessaria, ma non certo sufficiente, al fine dell'assentibilità del richiesto intervento, permanendo in capo al Comune un'ampia discrezionalità circa l'*an* e il *quomodo* della prestazione dell'eventuale assenso⁷¹. Al proposito, la

⁶⁸ Il comma 1 *bis* dell'articolo 14 ammette la richiesta di permesso in deroga anche in particolari casi di ristrutturazione edilizia. Con particolare riguardo all'ambito oggettivo di applicazione del permesso in deroga, può ritenersi consolidato l'indirizzo giurisprudenziale che attribuisce rilevanza fondamentale al c.d. elemento funzionale, ossia al riconoscimento dell'interesse pubblico per gli edifici che, per caratteristiche intrinseche o per destinazione funzionale, risultano idonei a soddisfare interessi o bisogni di rilevanza pubblica, indipendentemente dalla qualità dei soggetti che li realizzano. In tal senso, Cons. St., sez. IV, 5 giugno 2015, n. 2761, secondo cui «non è necessario che l'interesse pubblico attenga al carattere pubblico dell'edificio o del suo utilizzo, ma è sufficiente che coincida con gli effetti benefici per la collettività che dalla deroga potenzialmente derivano, in una logica di ponderazione e contemperamento calibrata sulle specificità del caso, ed esulante da considerazioni meramente finanziarie». Dal permesso di costruire in deroga *ex* articolo 14 T.U. edilizia deve essere distinto il permesso di costruire in deroga *ex* articolo 5, comma 9, decreto legge n. 70 del 2011 (c.d. decreto sviluppo), che trova il suo fondamento nel perseguimento delle finalità di razionalizzazione e riqualificazione del tessuto urbano. Per una disamina approfondita dell'istituto, si rinvia al contributo di S. FREDIANI, *Aree industriali dismesse e "aperture laterali": la vicenda del permesso di costruire in deroga*, in «Dir. amm.», 2019, 2, pp. 309 ss.

⁶⁹ Sul tema, si rinvia all'analisi di M. CALABRÒ, *Commento all'articolo 14*, in *Testo unico dell'edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2015, p. 273. In giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4933.

⁷⁰ Si veda, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 8 marzo 2006, n. 2577; *Id.* 6 aprile 2005, n. 1870; Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2003, n. 4658.

⁷¹ Si veda, Tar Sicilia, Catania, sez. II, 15 dicembre 2015, n. 2890. In dottrina, si rinvia all'esauritiva trattazione di A. CASSATELLA, *Il permesso in deroga: caratteri e disciplina*, in *Codice di edilizia e urbanistica*, a cura di S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI, C. VITALE, UTET, Torino, 2013, p. 1223. L'Autore osserva come l'eccezionalità del permesso di costruire in deroga non possa essere incondizionata, «posto che la tutela del buon

giurisprudenza è stata chiara nel riconoscere che, nel caso del permesso di costruire in deroga, il procedimento preordinato a rilasciare il titolo abilitativo *de quo* si caratterizza – a differenza di quello concernente il permesso di costruire ordinario – per una valutazione non tanto della conformità dell'intervento richiesto alla normativa urbanistica ed edilizia, quanto piuttosto per una valutazione in merito alla compatibilità dell'intervento edilizio «con l'area circostante e gli interessi con riguardo ad essa emersi in sede di pianificazione»⁷².

Il permesso di costruire in deroga, pertanto, alla luce di quanto evidenziato, deve necessariamente essere corredato da un'adeguata, puntuale e congrua motivazione. Ciò si giustifica in ragione della particolarità del potere configurato dal citato articolo 14 T.U. edilizia, dal momento che il suo esercizio conduce all'adozione di un provvedimento di carattere 'eccezionale' e dal contenuto 'singolare'⁷³. L'amministrazione, all'atto del suo rilascio, sarà tenuta a motivare in ordine all'interesse pubblico specifico ritenuto prevalente nel caso di specie ed alle circostanze eccezionali che ne costituiscono il fondamento e giustificano al contempo il discostamento dalle prescrizioni contenute negli atti di programmazione generale⁷⁴.

Una caratteristica fondamentale del permesso di costruire è la sua irrevocabilità, *ex* articolo 11, comma 2, T.U.⁷⁵ Ciò, tuttavia, non esclude

andamento dell'azione amministrativa non può comunque essere raggiunta con il sacrificio di intuibili esigenze di imparzialità e parità di trattamento nei confronti della cittadinanza».

⁷² In tal senso, Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2003, n. 4568; Cons. St., sez. IV, 2 aprile 1996, n. 439.

⁷³ Si veda, Tar Piemonte, Torino, sez. II, 18 settembre 2018, n. 1028. Per un'indagine in merito all'istituto *de quo*, inteso quale fattispecie 'eccezionale' di permesso di costruire, si rinvia all'ampia ricostruzione di G. PAGLIARI, *Il permesso di costruire*, in *Trattato di diritto del territorio*, a cura di P. URBANI, F.G. SCOCA, P. STELLA RICHTER, Giappicheli, Torino, 2018, pp. 841 ss.

⁷⁴ Per un quadro in merito a codesta giurisprudenza, si rinvia a A. CHIERICHETTI, *Commento all'articolo 14*, in *Commentario breve alle leggi in materia urbanistica edilizia*, a cura di R. FERRARA, G.F. FERRARI, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 270 ss.

⁷⁵ Si veda, Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 marzo 2015, n. 1670, secondo cui «il permesso di costruire in sanatoria, tra l'altro, non è revocabile, stante l'inequivoco dato normativo di cui all'articolo 11, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2011, che sancisce espressamente l'irrevocabilità del permesso di costruire. Tale titolo abilitativo edilizio non è perciò suscettibile di revoca per sopravvenienza o per una successiva valutazione di opportunità dell'Amministrazione, ma esclusivamente di annullamento per motivi di legittimità»; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 marzo 2015, n. 1670; Cons. St., sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3414, secondo cui l'irrevocabilità del permesso di costruire preclude che la valutazione di merito sulla compatibilità estetico-ambientale dei lavori possa essere rinnovata dopo il rilascio del titolo abilitativo, onde poter fondare sull'esito negativo del

che, ricorrendo i presupposti di cui all'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, l'amministrazione possa intervenire annullando d'ufficio il permesso di costruire precedentemente concesso⁷⁶.

La posizione in merito alla prevedibilità o meno di un obbligo di motivazione del provvedimento di annullamento d'ufficio è alquanto oscillante. L'annullamento di un permesso di costruire, per una parte della giurisprudenza, non necessita di una espressa e specifica motivazione sul pubblico interesse, configurandosi quest'ultimo nell'interesse della collettività al rispetto della disciplina urbanistica⁷⁷. La preminenza dell'interesse generale sull'interesse del privato deve considerarsi *in re ipsa* nell'esigenza del ripristino della legalità violata. In questo filone giurisprudenziale, si inseriscono anche le pronunce che tendono ad escludere la necessità di operare una comparazione tra interesse pubblico e interesse privato – e, dunque, una motivazione – ogni qualvolta l'illegittimità del titolo edilizio sia dipesa da prospettazioni non veritiere del privato, volte ad indurre in errore l'amministrazione⁷⁸. L'orientamento più recente, di contro, ha sostenuto che l'annullamento del permesso di costruire richiede una motivazione particolarmente intensa in ordine all'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino dello *status quo ante*, ai sensi dell'articolo 21-*nonies*, che giustifichi il ricorso al potere di autotutela della pubblica amministrazione, non essendo sufficiente l'intento di operare un mero astratto ripristino della legalità violata⁷⁹. Il carattere tipicamente discrezionale dell'annullamento d'ufficio è il frutto di una scelta di opportunità che deve essere congruamente giustificata e impone un'adeguata valutazione comparativa degli interessi in gioco, della quale occorre dare adeguatamente conto nella motivazione del provvedimento di autotutela. Ciò è ancora più vero ogniqualvolta sia decorso un considerevole lasso di tempo dall'operatività del titolo edilizio poi caducato, suscitando nel destinatario un ragionevole affidamento sulla legittimità del titolo edilizio

riesame il ritiro del provvedimento.

⁷⁶ Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 marzo 2015, n. 1670.

⁷⁷ In tal senso, Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 18 aprile 2018, n. 346; Tar Lazio, Latina, sez. I, 24 febbraio 2017, n. 121; *Id.*, 23 febbraio 2017, n. 112; Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660; *Id.*, 28 giugno 2016, n. 2885; Tar Campania, Napoli, sez. II, 26 febbraio 2015, n. 1312.

⁷⁸ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660; Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5691.

⁷⁹ In tal senso, Tar Puglia, Lecce, sez. III, 30 settembre 2019, n. 1518; Tar Campania, Salerno, sez. II, 4 settembre 2019, n. 1509; Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 2017, n. 341; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 18 gennaio 2017, n. 77; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 4 gennaio 2017, n. 65; *Id.*, 3 gennaio 2017, n. 60; Cons. St., sez. VI, 29 febbraio 2016, n. 816; *Id.*, 29 gennaio 2016, n. 351.

stesso. Tale affidamento – con particolare riguardo ai titoli abilitativi edilizi – deve essere valutato anche in relazione allo stato effettivo dell'edificazione⁸⁰. La motivazione non può, dunque, risolversi in una formula di stile, ma deve esplicitare, con riferimento ai parametri normativi regolatori della fattispecie, agli strumenti urbanistici vigenti e agli elementi del caso concreto, l'*iter* logico-giuridico seguito dall'autorità procedente e la concreta ponderazione dell'interesse pubblico attuale e concreto e della situazione soggettiva del privato meritevole di tutela.

La questione circa il perimetro dell'obbligo di motivazione dell'annullamento d'ufficio – nella vigenza dell'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005 – di un permesso di costruire in sanatoria intervenuto a considerevole distanza di tempo dal suo rilascio, stante anche l'esistenza di contrapposti orientamenti, è stata rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁸¹. Si ha, più specificamente riguardo a quelle ipotesi in cui non può, *ratione temporis*, applicarsi la nuova formulazione dell'articolo 21-*nonies*, che ha introdotto il termine di diciotto mesi come limite temporale per l'esercizio del potere di autotutela.

L'Adunanza Plenaria si è pronunciata con sentenza n. 8 del 17 ottobre 2017, affermando anzitutto che, nella previgente formulazione dell'articolo 21-*nonies*, legge 7 agosto 1990, n. 241, l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro, anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole⁸². Stabilito il principio che l'annullamento

⁸⁰ Si veda, Tar Puglia, Lecce, sez. III, 18 gennaio 2017, n. 77.

⁸¹ Si veda, Cons. St., ord., sez. IV, 19 aprile 2017, n. 1830. In particolare, si chiede se l'annullamento di un titolo edilizio illegittimo, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal momento del rilascio, debba o meno essere motivato in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressari, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo, anche in considerazione della valenza della novella apportata all'articolo 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990. L'ordinanza è stata commentata da R. MUSONE, *L'interesse pubblico nell'annullamento d'ufficio del permesso di costruire* in «Urb. app.», 2017, 5, pp. 681 ss.; e da C. PAGLIAROLI, *La motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela di concessione edilizia in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria*, in «Riv. giur. ed.», 2017, 2, pp. 379 ss.

⁸² Per una approfondita disamina della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2017, si richiama il contributo di M. TRIMARCHI, *Il contrasto all'abusivismo*

ex officio del titolo edilizio deve essere motivato in relazione all'interesse pubblico concreto e agli interessi dei privati controinteressati, il Collegio svolge una serie di ulteriori considerazioni che, di fatto, tendono ad alleggerire i limiti a carico dell'amministrazione nell'attività di repressione di abusi edilizi commessi da privati in esecuzione di titoli illegittimi. L'Adunanza Plenaria, infatti, afferma che: (i) il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consuma il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine «ragionevole» per la sua adozione decorre soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro; (ii) l'obbligo motivazionale gravante sull'amministrazione risulta attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati; (iii) la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo allo stesso una posizione di legittimo affidamento, pertanto l'obbligo motivazionale gravante sull'amministrazione è adeguatamente assolto mediante il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte. L'attenuazione dell'obbligo motivazionale, che nei casi di maggiore gravità è assolto con il mero richiamo alle norme violate opera quale che sia l'origine dell'illegittimità dell'atto ed è ritenuta pienamente compatibile con la tutela del legittimo affidamento del destinatario dell'atto favorevole. Di contro, non è riconosciuto alcun affidamento meritevole di tutela se l'illegittimità deriva da una non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto. In tal caso, pertanto, la pubblica amministrazione ben potrà motivare l'atto di annullamento «sul mero dato dell'originaria, inveritiera prospettazione».

La decisione dell'Adunanza Plenaria, dunque, pone una soluzione di equilibrio. Da un lato, si afferma l'importante principio secondo cui, in materia edilizia, l'interesse pubblico che sta alla base dell'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi non può più essere considerato in *re ipsa*, ma deve necessariamente essere oggetto di ponderazione esplicita. Dall'altro, l'obbligo motivazionale può essere temperato da particolari circostanze del

edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione, in «Giorn. dir. amm.», 2018, 1, pp. 67 ss.; G. MANFREDI, *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico in re ipsa?*, in «Urb. e app.», 2018, 1, pp. 45 ss. Poi si veda anche, N. POSTERARO, *Annullamento d'ufficio e motivazione in re ipsa: osservazioni a primissima lettura dell'Adunanza plenaria n. 8 del 2017*, in «Riv. giur. ed.», 2017, 5, pp. 1103 ss. Sul punto, si veda anche, *infra*, cap. VI, par. 2., «Annullamento in autotutela: l'elasticità dei presupposti e le ricadute in punto di motivazione».

caso concreto che rendono sostanzialmente «autoevidente» la necessità di tutelare l'interesse al corretto sviluppo del territorio.

Ciò detto, è opportuno sottolineare che, a fronte di interventi realizzati in assenza di un titolo abilitativo, ovvero in difformità da essi – fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e, comunque, fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative – il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono richiedere il permesso in sanatoria se l'intervento risulta conforme alla disciplina urbanistico-edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda⁸³. L'ufficio competente si pronuncia con adeguata motivazione entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata⁸⁴. Il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso di costruire in sanatoria deve essere supportato da una congrua e sufficiente motivazione, consistente nella concreta individuazione di un contrasto tra il progetto presentato e le specifiche norme urbanistiche ed edilizie⁸⁵. Di diverso avviso pare essere una parte della giurisprudenza amministrativa, secondo la quale il diniego in sanatoria è un atto a contenuto vincolato, che è sufficientemente motivato con il compiuto riferimento alla mancanza del requisito della doppia conformità, mediante il riferimento alle norme urbanistiche ed edilizia di cui si assume il mancato rispetto⁸⁶.

Il problema relativo alla sussistenza o meno di un obbligo di puntuale motivazione sorge anche relativamente ai provvedimenti sanzionatori, ex articolo 31 T.U. edilizia, previsti in caso di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali⁸⁷.

Parte della giurisprudenza, facendo leva sulla natura vincolata degli stessi, ritiene che non necessitano di una particolare – e stringente – motivazione. L'esercizio del potere repressivo-sanzionatorio risulterebbe sufficientemente giustificato, quanto al presupposto, dalla mera oggettiva descrizione delle opere abusivamente realizzate e dall'assoggettabilità di

⁸³ Articolo 36 T.U. edilizia.

⁸⁴ Si veda, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 1° giugno 2017, n. 1231, secondo cui il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di accertamento in conformità urbanistica ha natura di atto tacito di reiezione dell'istanza.

⁸⁵ In tal senso, Tar Liguria, Genova, 6 giugno 2013, n. 866; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 24 aprile 2013, n. 618

⁸⁶ In tal senso, Tar Puglia, Lecce, sez. III, 14 marzo 2017, n. 434.

⁸⁷ Pere una disamina del disposto di cui all'articolo 31 del T.U. edilizia, si rinvia al contributo di F. VETRÒ, *Commento all'art. 31*, in *Testo Unico dell'Edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 751 ss.

queste ultime al regime del permesso di costruire, stante la previsione legislativa della conseguente misura sanzionatoria⁸⁸. Non occorrerebbe, dunque, una specifica motivazione sulle ragioni di pubblico interesse che ne giustificano l'adozione, poiché l'abusività dell'opera costituisce già, di per sé sola, presupposto per l'applicazione della prescritta sanzione demolitoria. La natura vincolata del provvedimento sanzionatorio di demolizione di un manufatto abusivo esclude la necessaria ponderazione di interessi diversi da quelli pubblici tutelati e non richiede motivazione ulteriore rispetto alla dichiarata abusività, non potendo, tra l'altro, ammettersi l'esistenza di un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che neanche il tempo non può legittimare⁸⁹.

Un diverso indirizzo, pur consapevole dell'orientamento prevalente contrario sopra richiamato, individua dei casi limite in cui può pervenirsi a considerazioni parzialmente difformi. Si tratta, più specificamente, di considerazioni che attribuiscono rilievo al lasso temporale intercorso dalla commissione dell'abuso, o della sua conoscenza da parte dell'amministrazione, sulla buona fede del soggetto destinatario del provvedimento sanzionatorio diverso dal responsabile dell'abuso⁹⁰. Diversamente, l'ordine di demolizione di manufatti realizzati sulla base di un permesso di costruire concesso e poi dichiarato decaduto, a seguito del mancato completamento dell'intervento nei termini di legge, non sorretto

⁸⁸ In tal senso, Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 19 maggio 2017, n. 803; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 10 gennaio 2017, n. 37; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 24 maggio 2016, n. 2654, secondo cui «l'ordine di demolizione di opere edilizie abusive non abbisogna di una particolare motivazione, atteso che il presupposto per la sua adozione è costituito dalla constatata esecuzione delle opere in totale difformità dal permesso di costruire o in assenza dello stesso, sicché tale provvedimento è atto dovuto ed è sufficientemente motivato con l'affermazione dell'accertata abusività delle opere»; Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2016, n. 1774; *Id.*, 11 dicembre 2013, n. 5943, *Id.*, 23 ottobre 2015, n. 4880; Cons. St., sez. V, 11 luglio 2014, n. 4892.

⁸⁹ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 6 settembre 2017, n. 4243; Tar Campania, Salerno, 23 marzo 2017, n. 607; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 25 settembre 2012, n. 3929, secondo cui anche la pretesa urbanizzazione dell'area è del tutto irrilevante e non rende legittimo l'abuso; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 23 giugno 2011, n. 3330, secondo cui, chiarita l'assoggettabilità dell'opera a permesso di costruire – non concesso – non occorre la specifica indicazione delle norme violate; Cons. St., sez. IV, 11 gennaio 2011, n. 79.

⁹⁰ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 14 agosto 2015, n. 3933; Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2512; *Id.*, 4 febbraio 2014, n. 1016; Cons. St., sez. V, 9 settembre 2013, n. 4470. Su questo orientamento giurisprudenziale, si rinvia alle osservazioni prospettate da A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, «Riv. reg. merc.», 2016, 2, pp. 11 ss.

da adeguata motivazione deve ritenersi illegittimo⁹¹.

A fronte del suddetto contrasto giurisprudenziale, la questione circa la necessità o meno di motivare congruamente la sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto al ripristino della legalità violata, in presenza di un'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo intervenuta a notevole distanza temporale dalla commissione dell'abuso (allorquando il titolare attuale non è responsabile dell'abuso e il trasferimento non denota intenti elusivi), è stata rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁹².

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata con sentenza n. 9 del 17 ottobre 2017, affermando, anzitutto, che il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo «non richiede specifica motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legalità violata), che impongono la rimozione dell'abuso». Si limita, dunque, l'obbligo di motivazione dell'amministrazione procedente all'indicazione dell'accertata abusività dell'opera. Nel caso di tardiva demolizione del provvedimento di demolizione di un manufatto edificato *sine titulo*, la mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un poterdovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico «non è idonea a far divenire legittimo ciò che è sin dall'origine illegittimo». L'ordine di demolizione presenta un «carattere rigidamente vincolato» e, pertanto, non richiede né una specifica e puntuale motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, né una ponderazione dell'interesse pubblico e dell'interesse privato. Non può, inoltre, ammettersi l'esistenza di alcun affidamento legittimo (tutelabile) alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il decorso del tempo non può in alcun modo legittimare. Secondo il Collegio, tale principio non ammette deroghe, neppure nell'ipotesi in cui l'ordinanza di demolizione intervenga a notevole distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino.

⁹¹ In tal senso, Tar Campania, Salerno, sez. I, 14 settembre 2015, n. 2006.

⁹² Si veda, Cons. St., sez. VI, ord., 24 marzo 2017, n. 1337. In particolare, si chiede «Se l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo (nella specie, trasferito mortis causa) debba essere congruamente motivato sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio».

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, dunque, facendo leva sulla natura vincolata dell'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo, non assistito da alcun titolo, «dequota» l'obbligo di motivazione, o meglio, ne ridimensiona la portata⁹³.

Il principio esposto dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2017 va rapportato e limitato necessariamente alla fattispecie concreta in cui esso è stato reso: ossia la demolizione di un'opera «giammai assistita da alcun titolo abilitativo». È evidente, infatti, che, in tal caso, non sussiste alcun legittimo affidamento del privato in relazione al quale ponderare l'interesse pubblico alla rimozione dell'opera.

Tuttavia, è legittimo domandarsi se tale principio di diritto possa essere ancora valido con riguardo a fattispecie ben più complesse e ben più frequenti nelle quali un titolo abilitativo sussisteva e si era formato legittimamente, secondo i diversi regimi amministrativi previsti dal d.P.R. n. 380 del 2001, e in assenza di prospettazioni non veritiere da parte del privato. In queste ipotesi, è opportuno interrogarsi sulla perdurante validità del suesteso principio della motivazione 'attenuata', soprattutto considerando che la demolizione, per consolidata giurisprudenza, costituisce una sanzione amministrativa reale, ma che indirettamente è carica di conseguenze afflittive sul piano patrimoniale nei confronti del soggetto che la legge inquadra come «responsabile dell'abuso». Una parte della scienza giuridica, infatti, sostiene che la demolizione sia un istituto unitario a doppia finalità: sia ripristinatoria che punitiva⁹⁴. Pertanto, per le ipotesi in cui *ab origine* un titolo abilitativo esisteva, ma è stato successivamente annullato, potrebbe sorgere il dubbio che una congrua motivazione debba essere esplicitata, tanto più se l'ordinanza di demolizione non sia stata preceduta dal necessario annullamento del titolo. A ciò si aggiunga che il sistema del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede, per alcuni casi specifici, sanzioni alternative a quella demolitoria, nei quali casi sarebbe quanto mai opportuna una puntuale motivazione in ordine alle ragioni che escludono o determinano l'applicazione delle sanzioni alternative.

Ciò chiarito, si osserva in ogni caso che, la contraddizione in punto di obbligo motivazionale tra le due pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 8 e 9 del 17 ottobre 2017 è solo apparente,

⁹³ In questo senso, *ex multis*, Cons. St., sez. II, 20 gennaio 2020, n. 466; Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 43; Cons. St., sez. III, 7 novembre 2019, n. 7616; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 24 ottobre 2019, n. 1635; Cons. St., sez. II, 19 giugno 2018, n. 4184.

⁹⁴ In tal senso, E. CASSETTA, *Sanzioni amministrative, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. XII, UTET, Torino, 1997, pp. 599 ss.

posto che si tratta di due fattispecie completamente differenti⁹⁵. Nel primo caso, viene in rilievo l'ipotesi in cui l'amministrazione, a distanza di tempo dal rilascio, disponga l'annullamento in autotutela del titolo edilizio illegittimamente adottato ovvero del provvedimento di sanatoria rilasciato in assenza dei necessari presupposti richiesti dalla legge. Il secondo caso, invece, come sopra esposto, concerne la diversa ipotesi in cui l'edificazione sia avvenuta nella totale assenza di un titolo legittimante e l'amministrazione provveda solo a distanza di un considerevole lasso temporale all'adozione dell'ingiunzione di demolizione.

3.2. I titoli abilitativi de-provvedimentalizzati: una nuova dimensione per l'obbligo di motivazione

I titoli abilitativi in materia edilizia non discendono soltanto da provvedimenti amministrativi, configurandosi anche titoli de-provvedimentalizzati. La tendenza, infatti, è quella di sostituire ai tradizionali modelli procedimentali, basati sull'emanazione di provvedimenti espressi, nuovi schemi ispirati alla liberalizzazione delle attività economiche private o alla semplificazione procedimentale⁹⁶.

La stessa legge n. 241 del 1990, fin dalla sua prima formulazione, aveva individuato uno strumento di liberalizzazione, ossia la denuncia di inizio attività, oggi segnalazione certificata di inizio attività (Scia) e uno strumento di semplificazione, ossia il silenzio assenso.

Il meccanismo della Scia si fonda sulla sostituzione del regime delle autorizzazioni amministrative, espresse o tacite, con apposite segnalazioni sostitutive da parte dei soggetti interessati. Viene, dunque, valorizzato il principio di auto-responsabilità, con la previsione di un controllo amministrativo successivo a fronte della immediata efficacia della segnalazione.

Il silenzio significativo – in particolare il silenzio assenso – invece, determina il formarsi di un provvedimento favorevole per effetto del silenzio serbato dall'amministrazione su un'istanza del privato e risponde,

⁹⁵ Per un commento sulle citate sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, si rinvia alla trattazione di TRIMARCHI, *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, cit., pp. 67 ss.

⁹⁶ Si richiama l'esauriva trattazione di G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in «Dir. amm.», 2014, 4, p. 79. L'Autore spiega l'insuccesso delle politiche di semplificazione richiamando la c.d. teoria dei giochi ed evidenziando l'importanza dell'instaurazione di un clima di effettiva fiducia tra tutti gli attori del gioco (segnalante, responsabile del procedimento, terzi e giudice amministrativo).

almeno in linea teorica, ad esigenze di semplificazione amministrativa.

Si tratta, dunque, di istituti che presentano molti elementi di differenziazione sul piano strutturale, ma sono entrambi il risultato di una tendenza legislativa alla de-provvedimentalizzazione dei titoli abilitativi, laddove ciò sia possibile e compatibile con il rispetto degli interessi pubblici alla cui cura la pubblica amministrazione è preposta.

La Scia è un meccanismo totalmente diverso dal silenzio assenso, rappresentando non già un modulo di semplificazione procedimentale, volto a consentire al privato il conseguimento *per silentium* di un titolo abilitativo di matrice provvedimentale, quanto di liberalizzazione amministrativa c.d. temperata, per l'esercizio di determinate attività private, quali ad esempio il commercio e l'edilizia. Attività private il cui esercizio è, quindi, sottratto ad un regime di preventivo assenso amministrativo, essendo consentito direttamente per effetto della segnalazione con cui il privato attesta la sussistenza dei presupposti prescritti dalla legge⁹⁷. Inoltre, non può ritenersi formato un silenzio assenso in quanto la Scia è un atto del privato non equiparabile ad un'istanza di parte volta all'avvio di un procedimento amministrativo.

Il problema della motivazione si pone, dunque, in termini diversi, relativamente ai suddetti titoli abilitativi de-provvedimentalizzati. Nei paragrafi che seguono ci si sofferma, in particolare, sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti successivi alla presentazione di una segnalazione certificata di inizio attività, nonché sul rapporto tra silenzio assenso e motivazione.

3.2.1. *Persistenza dell'obbligo di motivazione e segnalazione certificata di inizio attività*

La segnalazione certificata di inizio attività (Scia), prevista dall'articolo 19 della legge n. 241 del 1990, è stata oggetto di plurimi interventi di riforma che ne hanno a più riprese modificato denominazione e disciplina⁹⁸.

⁹⁷ In tal senso, Cons. St., comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, reso sullo schema di decreto legislativo in attuazione della delega contenuta nell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

⁹⁸ Per una disamina dell'istituto della Scia, *ex multis*, si rinvia al prezioso contributo di M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 215 ss. Poi si veda anche, W. GIULIETTI, N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 902 ss.; F. LIGUORI, *I modelli settoriali: Scia edilizia e procedure semplificate in*

L'istituto è stato introdotto allo scopo di operare la sostituzione generalizzata dei regimi autorizzatori aventi carattere vincolato attraverso un meccanismo alternativo di controllo pubblico all'avvio dell'attività economica privata. Il modello su cui si basa la Scia è caratterizzato: (i) dalla previsione di un onere di segnalazione preventiva all'avvio dell'iniziativa privata; (ii) dalla connessione tra tale segnalazione e lo svolgimento lecito dell'attività di cui costituisce condizione necessaria (si richiede, altresì, la conformità alle norme che ne disciplinano lo svolgimento); (iii) dal conferimento all'amministrazione di poteri inibitori ed eventualmente ripristinatori connessi alla presentazione della Scia.

La legge delega 7 agosto 2015, n. 124 ha fortemente inciso sulla disciplina del potere amministrativo di verifica successiva dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento di attività intrapresa in base a segnalazione certificata di inizio attività⁹⁹. Il legislatore delegato, in particolare, ha riformulato i commi 3 e 4 del citato articolo 19, legge n. 241 del 1990, che disciplinano i poteri inibitori, repressivi e conformativi attribuiti alla pubblica amministrazione. La scarsa chiarezza della normativa previgente rendeva certamente necessaria un'accurata revisione delle regole.

Ai sensi del novellato terzo comma dell'articolo 19, l'amministrazione ha un termine di trenta giorni, o di sessanta nel caso di Scia ordinaria, per l'esercizio di poteri conformativi-inibitori-repressivi. Con provvedimenti motivati, l'amministrazione può inibire la prosecuzione dell'attività segnalata e ordinare la rimozione degli eventuali effetti dannosi dalla stessa cagionati. Laddove l'attività intrapresa dal privato, benché priva dei requisiti necessari, sia suscettibile di regolarizzazione, l'amministrazione, sempre con atto motivato, invita il privato all'adeguamento, indicando

tema di rifiuti, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 937 ss.

⁹⁹ Sulle novità della legge n. 124 del 2015 in tema di Scia, *ex multis*, si richiamano gli approfonditi contributi di M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di scia, silenzio assenso e autotutela*, in «Federalismi.it», 2015; ID., *Postilla all'editoriale "Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di scia, silenzio assenso e autotutela"*, in «Federalismi.it», 2015; M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in «Federalismi.it», 2015. Poi si veda anche, B.G. MATTARELLA, *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in «Giorn. dir. amm.», 2015, 5, pp. 621 ss.; G. MELIS, *Una buona legge e molto da fare*, in «Giorn. dir. amm.», 2015, 5, pp. 581 ss. Per un'analisi della riforma Madia con riferimento ai regimi amministrativi delle attività private diversi dal provvedimento espresso, si richiama anche la trattazione di P.M. VIPIANA, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Cedam, Padova, 2017, pp. 409 ss.

le misure idonee e fissando un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione delle medesime. Decorso inutilmente tale termine, senza che il privato abbia provveduto all'adeguamento della propria attività, questa si intende vietata. L'atto motivato di divieto dovrà esternare le ragioni dell'impossibilità di conformazione; mentre l'atto motivato di regolarizzazione dovrà esplicitare la corrispondenza alla legge delle misure di conformazione individuate, fissando un termine congruo per la loro realizzazione. L'articolo 19, infatti, si limita a stabilire solo la durata minima di tale termine, ma non quella massima, proprio per consentire all'amministrazione di assegnare, di volta in volta, un termine adeguato alle misure di conformazione concretamente prescritte. Con il medesimo atto motivato di invito alla conformazione, e limitatamente alle ipotesi di «attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia ambiente, paesaggio, beni culturale, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale», l'amministrazione dispone la sospensione dell'attività intrapresa dal privato¹⁰⁰. Tale atto adeguatamente motivato interrompe il termine di trenta o sessanta giorni, *ex* articolo 19, comma 3, che inizia nuovamente a decorrere dalla data in cui il privato comunica l'adozione delle misure conformative e/o ripristinatorie.

Il novellato quarto comma dell'articolo 19 chiarisce il rapporto della Scia con l'annullamento d'ufficio, definendone le modalità attraverso cui l'amministrazione può incidere sull'attività del privato, dopo il decorso del termine di trenta/sessanta giorni dalla presentazione della segnalazione certificata di inizio attività. La disposizione in parola prevede che, decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti inibitori o ripristinatori, l'amministrazione può comunque adottare i provvedimenti di cui al precedente comma 3, ma solo «in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990» per l'azionabilità del potere di annullamento d'ufficio. Nel nuovo comma 4 scompare il precedente riferimento esplicito alla possibilità di intervenire, successivamente alla scadenza del termine di sessanta giorni, con l'esercizio del potere di revoca, previsto dall'articolo 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990.

L'amministrazione, quindi, decorsi i termini di legge, può incidere sull'attività intrapresa in base a Scia, se sussistono le ragioni di interesse pubblico, purché intervenga entro un termine ragionevole, comunque non superiore a 18 mesi e lo faccia tenendo conto degli interessi dei

¹⁰⁰ L'articolo 2, comma 2, lett. c), del D.lgs. n. 126 del 2016 (Scia 1) – recante «Attuazione della delega in materia di segnalazione certificata di inizio attività, a norma dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124» – ha circoscritto il potere di sospensione cautelare dell'attività intrapresa dal privato ai casi tassativamente indicati.

destinatari e controinteressati¹⁰¹.

Nei casi in cui l'amministrazione agisce in autotutela, si configura un obbligo rafforzato di motivazione con riguardo ai parametri stabiliti dal novellato articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990¹⁰². In particolare, nell'atto di annullamento degli effetti della Scia, l'amministrazione deve dare conto delle prevalenti ragioni di interesse pubblico concrete e attuali, diverse da quelle al mero ripristino della legalità violata, che depongono per la sua adozione, tenendo in considerazione gli interessi dei destinatari e degli eventuali controinteressati. La disposizione di cui all'articolo 21-*nonies*, tra l'altro, nel fissare un termine finale generale di diciotto mesi per l'adozione di atti di autotutela ha introdotto un nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, volto al più ampio perseguimento della trasparenza, nonché della certezza dei rapporti giuridici¹⁰³.

Il comma 6-*bis* dell'articolo 19, legge n. 241 del 1990 – come già esposto – dimezza a trenta giorni, per la sola Scia edilizia, il termine entro cui l'amministrazione può adottare provvedimenti motivati di divieto di prosecuzione delle attività o di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Le disposizioni contenute nel citato articolo 19 si applicano alla Scia edilizia, disciplinata dal Capo III del T.U. edilizia, con esclusione dei casi in cui, in base alla normativa statale o regionale, la stessa Scia edilizia sia alternativa o sostitutiva del permesso di costruire.

¹⁰¹ L'articolo 2, comma 4, del D.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (Scia 2) – recante «Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività, silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124» – prescrive che «[...] il termine di diciotto mesi di cui all'articolo 21-*nonies* decorre dalla data di scadenza del termine previsto per legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente. Resta fermo quanto stabilito dall'articolo 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990». Sul punto, si veda, Corte Cost., 9 marzo 2016, n. 49.

¹⁰² Si veda, *ex multis*, Tar Puglia, Bari, sez. III, 21 gennaio 2020, n. 58; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 27 giugno 2017, n. 280; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 30 novembre 2016, n. 3112, secondo cui è illegittimo l'esercizio del potere amministrativo di controllo e di inibizione-conformazione, decorsi sessanta giorni, o trenta in materia edilizia, dalla presentazione della Scia, allorché non si ravvisa alcun cenno alla sussistenza delle ragioni di interesse pubblico concreto ed attuale all'intervento in autotutela, prevalente sull'interesse del privato alla conservazione del titolo illegittimo e manca, altresì, la necessaria considerazione degli interessi dei destinatari e ponderazione tra interessi pubblici e privati; Tar Liguria, Genova, sez. I, 3 ottobre 2016, n. 970; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 20 maggio 2015, n. 739. In dottrina, si richiama il contributo di C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 1173 ss.

¹⁰³ In tal senso, Cons. St., sez. comm. spec., parere, 13 luglio 2016, n. 1640.

In tema di Scia, soprattutto in materia edilizia, spesso le leggi speciali prevedono ampie garanzie partecipative, che possono, in parte, essere assimilate a quelle offerte dal preavviso di rigetto, *ex* articolo 10-*bis* della legge n. 241 del 1990. Si pensi all'articolo 23 T.U. edilizia, che detta una disciplina speciale in ordine agli effetti che conseguono alla presentazione della Scia, prevedendo un vero e proprio procedimento *ad hoc* nel quale sono assicurate al segnalante determinate garanzie. Si ha, più specificamente, riguardo alla motivazione dell'ordine inibitorio e alla facoltà di ripresentare la segnalazione con le modifiche e le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistico-edilizia. Proprio la sussistenza di una speciale disciplina procedimentale, unitamente alla circostanza che la Scia non può letteralmente considerarsi un'istanza di parte, costituiscono le principali argomentazioni addotte dalla giurisprudenza amministrativa per escludere l'applicabilità del preavviso di rigetto alla Scia edilizia¹⁰⁴.

In definitiva, nei limiti sopra illustrati, il controllo preventivo mediante autorizzazione espressa o tacita (per silenzio assenso) viene trasformato in controllo successivo, che si estrinseca: (i) nel potere inibitorio c.d. ordinario (articolo 19, primo periodo, comma 3); (ii) nel potere conformativo (articolo 19, commi 3 e 4); (iii) nel potere sanzionatorio (articolo 21); (iv) nel potere inibitorio c.d. straordinario, soggetto alle condizioni di cui all'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 (articolo 19, comma 4).

La motivazione dei provvedimenti che costituiscono esercizio dei sopra descritti poteri assume un ruolo di primo piano, soprattutto se si considera la tecnica di tutela del terzo leso dall'attività oggetto di Scia, prevista dall'articolo 19, comma 6-*ter*, della legge n. 241 del 1990¹⁰⁵.

¹⁰⁴ In tal senso, Tar Veneto, Venezia, sez. III, 31 gennaio 2018, n. 95; Cons. St., sez. IV, 19 giugno 2014, n. 3112; Tar Liguria, Genova, sez. I, 22 febbraio 2010, n. 663; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 776. Di segno contrario, Tar Veneto, Venezia, sez. II, 19 giugno 2006, n. 1879.

¹⁰⁵ L'articolo 19, comma 6-*ter*, legge n. 241 del 1990 prescrive che «La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104». Sul problema della qualificazione della Scia e del potere dell'amministrazione e sui riflessi per la tutela del terzo, si rinvia ai contributi di A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in «Dir. pubbl.», 2014, pp. 15 ss.; P.M. VIPIANA, *I poteri amministrativi a seguito di SCIA al vaglio della Consulta*, in «Giur. it.», 2016, 1, pp. 2233 ss. Poi si veda anche, L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Cedam, Padova, 1996, pp. 216 ss.

Per quanto concerne la posizione del soggetto segnalante, è evidente che la motivazione dei provvedimenti repressivi sanzionatori è rilevante ai fini dell'esperibilità dell'azione di annullamento, così come nelle ipotesi in cui l'amministrazione adotti provvedimenti inibitori repressivi dopo la scadenza del termine di trenta o sessanta giorni alle condizioni dell'autotutela.

Una diversa considerazione, invece, merita il tema della motivazione in relazione alla sollecitazione del terzo leso dalla Scia e alla esperibilità del rimedio dell'azione avverso il silenzio inadempimento, ex articoli 31 e 117 del codice del processo amministrativo¹⁰⁶. Il terzo che si ritiene leso dalla Scia inoltrata da un altro soggetto può, in primo luogo, sollecitare l'esercizio dei poteri repressivi, inibitori, conformativi, purché la sollecitazione pervenga all'amministrazione prima della scadenza del termine di trenta/sessanta giorni, di cui all'articolo 19, comma 3, legge n. 241 del 1990. Decorso tale termine, la giurisprudenza ritiene che il privato possa sollecitare soltanto l'esercizio di poteri di c.d. pseudo-annullamento, ex articolo 19, comma 4, legge n. 241 del 1990, essendo ormai l'amministrazione decaduta dai poteri di cui al terzo comma del medesimo articolo¹⁰⁷. Di conseguenza, assume una notevole rilevanza l'intensità della motivazione posta dall'amministrazione alla base del diniego di esercizio dei poteri di cui all'articolo 19, commi 3 e 4, legge n. 241 del 1990.

A fronte della sollecitazione del terzo, l'amministrazione può rimanere inerte, nel qual caso si configura un silenzio inadempimento e non si pone alcun problema di motivazione. Il problema della motivazione si pone, invece, laddove l'amministrazione risponde alla sollecitazione del terzo in modo espresso, sia comunicando l'avvio di un procedimento volto a reprimere l'attività oggetto di segnalazione, sia confermando la volontà di non esercitare tali poteri. In questo secondo caso, la motivazione del diniego di esercizio dei poteri sollecitati dal privato gioca un ruolo fondamentale al fine di qualificare tale atto come un atto confermativo in proprio e, quindi, impugnabile, ovvero come atto meramente conformativo, come tale non impugnabile. Il *discrimen* tra i due tipi di atti

¹⁰⁶ La problematica della tutela del terzo in edilizia è stata, tra l'altro, affrontata da F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della Dia-Scia*, in «Dir. proc. amm.», 2015, 4, pp. 1223 ss.; G. GRECO, *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19, l. n. 241/90)*, in «Dir. proc. amm.», 2014, 2, pp. 645 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in «Dir. proc. amm.», 2014, 1, pp. 25 ss.; R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 2012, 1, pp. 193 ss.

¹⁰⁷ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610.

dipende proprio dal tipo di motivazione espressa dall'amministrazione. Se l'amministrazione motiva il diniego di esercizio dei poteri sollecitati, compiendo una valutazione della regolarità urbanistica, della conformità agli strumenti urbanistici, o comunque esprimendo valutazioni di merito, l'atto deve qualificarsi come atto di conferma impropria ed è, dunque, autonomamente lesivo ed immediatamente impugnabile. Al contrario, se la motivazione del diniego consiste, più semplicemente, nella conferma dell'inerzia serbata alla scadenza del termine di trenta giorni o di diciotto mesi, previsti dall'articolo 19, commi 3 e 4, legge n. 241 del 1990, l'atto dovrà considerarsi come meramente confermativo, in quanto non dotato di una motivazione in grado di esprimere una rinnovata valutazione degli interessi coinvolti da parte dell'amministrazione precedente. Pertanto, l'atto, in quanto meramente confermativo, non è impugnabile.

In conclusione, si osserva che, relativamente ai provvedimenti successivi alla comunicazione di una Scia, la motivazione assume un ruolo fondamentale in ordine al regime giuridico di tali provvedimenti, sia sul piano sostanziale che sul piano processuale.

3.2.2. *La motivazione dell'inerzia: il silenzio assenso quale titolo abilitativo*

Il silenzio assenso assume notevole rilevanza anche in ambito edilizio, configurandosi quale vero e proprio titolo abilitativo, ancorché de-provvedimentalizzato¹⁰⁸.

L'istituto in parola, disciplinato dall'articolo 20 della legge n. 241 del 1990, costituisce un tipico rimedio per prevenire il prodursi delle conseguenze negative collegate all'inerzia amministrativa e risponde ad una logica di semplificazione procedimentale, differenziandosi, quindi dalla Scia. Quando un'attività soggiace a silenzio assenso, invero, la stessa

¹⁰⁸ Per un'approfondita disamina dell'istituto del silenzio assenso, si rinvia all'organica trattazione di F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1971. Poi si veda anche, F. BRIGNOLA, *Silenzio della pubblica amministrazione, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XXVIII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1992, pp. 12 ss.; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. XIV, UTET, Torino, 1999, pp. 180 ss.; A. TRAVI, *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, a cura di V. PARISIO, Giuffrè Milano, 2002, pp. 82 ss.; G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. e il silenzio assenso*, in «Giorn. dir. amm.», 2005, 10, pp. 1027 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 268 ss. Da ultimo, si richiama anche il contributo di M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 966 ss.

non può dirsi liberalizzata, essendo solo regolamentato un meccanismo procedimentale più semplificato di formazione del provvedimento di esternazione dell'assenso dell'amministrazione. Quanto alla natura giuridica, si tratta di un comportamento legalmente tipizzato, equiparato, *quod effectum*, ad un provvedimento di accoglimento dell'istanza, con conseguente assoggettamento all'ordinario regime di impugnazione previsto per i provvedimenti amministrativi¹⁰⁹.

Lo stesso articolo 20, legge n. 241 del 1990 prevede che, salva l'applicazione della Scia, ex articolo 19, legge n. 241 del 1990, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, il silenzio serbato dall'amministrazione competente «equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide», se la stessa non comunica all'istante il provvedimento di diniego, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, o non proceda ai sensi del secondo comma dell'articolo 20¹¹⁰. Tali termini decorrono dalla data di ricevimento della domanda del privato. Il legislatore, tuttavia, esclude espressamente dal suo ambito applicativo una serie di ipotesi, elencate al successivo comma 4¹¹¹.

Tutte le garanzie procedimentali ordinarie previste dal Capo III della legge n. 241 del 1990, in tema di responsabile di procedimento, partecipazione degli interessati e accesso, vengono applicate all'istituto del silenzio assenso e ciò si ricava, implicitamente, dal richiamo compiuto dall'articolo 20, comma 5, all'articolo 10-*bis*, ossia alla disposizione che

¹⁰⁹ Si richiama, L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in «Dir. Amm.», 1, 2017, pp. 1 ss. Secondo l'Autrice, il vantaggio della qualificazione in termini procedurali dell'inerzia è quello «di considerarla non più come una disfunzione da correggere, ma come uno strumento di decisione con i connessi effetti giuridici e strumenti di tutela».

¹¹⁰ L'articolo 20, comma 2, legge n. 241 del 1990, dispone che «L'amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al comma 1, una conferenza di servizi ai sensi del Capo IV, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati». Il legislatore ha, dunque, generalizzato l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso a tutti i procedimenti di istanza di parte, pur prevedendo significative eccezioni per un considerevole numero di materia.

¹¹¹ Si ha, più specificamente, riguardo alle c.d. materie sensibili (quali il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela del rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e l'incolumità pubblica); ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali; ai casi in cui la legge qualifica il silenzio come provvedimento di rigetto dell'istanza (silenzio diniego); agli atti e procedimenti individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministeri competenti.

prescrive il preavviso di rigetto. Del resto, anche gli atti di assenso – di autorizzazione, ecc. – possono determinare un pregiudizio a terzi, per cui non vi è ragione per escluderli dal partecipare al procedimento, come del resto si deduce dall'articolo 20, comma 2, che richiama le situazioni giuridiche dei controinteressati. In particolare, ove l'amministrazione comunichi i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, il termine di formazione del silenzio assenso è interrotto e ricomincia a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni presentate dal privato, o, in mancanza, alla scadenza del termine dei dieci giorni¹¹².

Chiarita l'equiparazione del silenzio assenso al provvedimento amministrativo formale e l'applicazione allo stesso delle garanzie procedurali e del preavviso di rigetto, occorre evidenziare un paradosso: occorre chiedersi se, e come, è possibile conciliare l'obbligo di motivazione che l'articolo 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 prevede per «ogni provvedimento amministrativo» con un provvedimento tacito formato per silenzio assenso o comunque avente valore significativo¹¹³.

Si potrebbe validamente sostenere che, il silenzio assenso comporti una deroga all'obbligo di motivazione proprio per soddisfare le esigenze di semplificazione cui lo stesso istituto è preordinato¹¹⁴. La regola del silenzio assenso costituisce, invero, una disciplina procedimentale diretta a proteggere, in via diretta ed esclusiva, l'interesse alla certezza, alla celerità e anche al risultato utile per l'istante¹¹⁵. Ciò, in ogni caso, non esclude un grave *vulnus* dell'obbligo motivazionale, di cui all'articolo 3, legge n. 241 del 1990.

A ciò potrebbe obiettarsi, ragionevolmente, che l'esigenza di semplificazione, in nome della quale si fa venir meno l'obbligo di

¹¹² Si veda, Cons. St., sez. V, 21 novembre 2019, n. 7930; Tar Trentino Alto Adige, Bolzano, sez. I, 24 aprile 2017, n. 140; Cons. St., sez. III, 28 gennaio 2014, n. 418.

¹¹³ Il problema si pone chiaramente per le sole ipotesi di c.d. silenzio significativo (silenzio assenso e silenzio diniego), non configurandosi nel caso di silenzio inadempimento, ove la pubblica amministrazione sta contravvenendo all'obbligo di provvedere con un provvedimento espresso. Sul punto, si richiama la posizione espressa da TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, cit., la quale afferma che «si tratta di una decisione sui generis, presa in assenza di un procedimento, senza istruttoria, senza contraddittorio, senza partecipazione, senza motivazione». È questo, dunque, ad avviso dell'Autrice lo svantaggio del silenzio significativo.

¹¹⁴ La mancanza – legittima – della motivazione nel silenzio assenso è affermata da M.A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in «Nuove autonomie», 2008, 3-4, pp. 405 ss.

¹¹⁵ Si esprime in tal senso, W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI, Nel Diritto Editore, Roma, 2010, pp. 485 ss.

motivazione, non sia per nulla soddisfatta dal meccanismo del silenzio.

In questa sede è sufficiente osservare che, la natura bilaterale o multilaterale del rapporto amministrativo impone di chiarire verso quale parte dello stesso è rivolta la semplificazione. A ben vedere, infatti, il meccanismo del silenzio costituisce indiscutibilmente uno strumento di semplificazione per quanto concerne la pubblica amministrazione e la sua azione. Ciò, tuttavia, non può sempre dirsi per quanto riguarda le parti private del rapporto amministrativo¹¹⁶. Talvolta, in particolare quando si tratta di attività economiche di rilevante entità, l'inerzia della pubblica amministrazione, benché significativa, più che creare semplificazione, diviene causa di incertezze e situazioni non chiare, a fronte delle quali sarebbe stato più auspicabile un provvedimento espresso.

Per ciò, occorre chiedersi se effettivamente il sacrificio dell'obbligo di motivazione sia realmente giustificato da una concreta semplificazione amministrativa. L'implementazione delle ipotesi di inerzia tipizzata, se, da un lato, ha fatto venir meno la garanzia del provvedimento scritto per il soggetto istante, dall'altro, ha ridimensionato il sistema delle tutele del terzo. Quest'ultimo, infatti, in mancanza di una motivazione espressa, per contestare la non conformità dell'effetto prodotto dal silenzio assenso all'interesse pubblico, è costretto ad ipotizzare in giudizio una diversa configurazione dell'assetto di interessi che avrebbe potuto essere dedotto nel provvedimento espresso, con tutte le difficoltà connesse ad un giudizio di tipo prognostico. La mancanza di una motivazione espressa, infatti, ha determinato, al fine di tutelare le esigenze di certezza del destinatario beneficiante del silenzio assenso, l'ammissibilità di un'azione giudiziale volta all'accertamento della formazione dello stesso, *ex* articolo 31 del codice del processo amministrativo. Si tratta, come noto, della ormai pacificamente ammessa azione di accertamento atipica. Quanto, invece, alle esigenze di tutela del terzo leso dal silenzio assenso, l'assenza di una motivazione espressa rende impossibile, o estremamente difficile, impugnare in giudizio l'anzidetto silenzio significativo. Il terzo, infatti, oltre a poter utilizzare lo strumento dell'azione di accertamento negativo della formazione del silenzio assenso, è legittimato ad impugnare lo stesso ma, sostanzialmente, non conoscendo le motivazioni alla base dell'assenso tacito o, comunque, dovendo presumerle in chiave prognostica¹¹⁷.

¹¹⁶ Spetta, infatti, al privato compiere una serie di adempimenti e attività (anche molto onerose), generalmente di competenza dell'amministrazione.

¹¹⁷ Di conseguenza, sorge l'ulteriore problema – solo accennato, ma non affrontato nella presente trattazione – della possibilità per la pubblica amministrazione convenuta in giudizio di motivare *ex post* il silenzio significativo in sede processuale.

In ogni caso, decorso il termine per la formazione del silenzio assenso, l'amministrazione perde il potere di provvedere in maniera espressa. L'esaurimento del potere è compensato dalla possibilità di incidere sugli effetti del silenzio assenso agendo in autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990¹¹⁸. La revoca può essere legittimamente motivata anche con le stesse considerazioni di fatto e di diritto che, ove correttamente svolte a tempo debito, avrebbero condotto al diniego dell'atto che viene successivamente revocato¹¹⁹. In sede di annullamento d'ufficio di un silenzio assenso, invece, rimane integro in capo alla pubblica amministrazione il potere-dovere di compiere, per la prima volta, quelle valutazioni che essa a suo tempo avrebbe potuto e dovuto porre a fondamento dell'esercizio della funzione istituzionale di primo grado ad essa spettante¹²⁰.

4. *Lo strumento concessorio, le scelte amministrative e i conseguenti obblighi motivazionali*

Il processo di integrazione tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale, per quanto riguarda le concessioni, ha portato allo sviluppo di un duplice concetto di concessione.

Nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione Europea, che è rivolto principalmente alla tutela della concorrenza – nel mercato e per il mercato – le concessioni sono sempre state considerate alla stregua di veri e propri contratti pubblici¹²¹.

¹¹⁸ Si veda, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. II, 18 ottobre 2019, n. 4983; Tar Campania, Napoli, sez. II, 14 maggio 2019, n. 2550; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521; Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 22 maggio 2012, n. 4605; Tar Lazio, Roma, sez. II, 16 novembre 2011, n. 8951.

¹¹⁹ In tal senso, Cons. St., sez. III, 12 novembre 2014, n. 5582; *Id.*, 23 dicembre 2011, n. 6810.

¹²⁰ In tal senso, Tar Campania, Napoli, sez. II, 14 giugno 2018, n. 3980; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 15 luglio 2014, n. 351; Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1767.

¹²¹ Secondo il considerando n. 11 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, le concessioni di lavori e di servizi «sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Tali contratti hanno per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Nel nostro ordinamento, invece, si è in passato sviluppata una c.d. concezione dualistica delle concessioni¹²². Tradizionalmente, infatti, la concessione è definita come un provvedimento amministrativo con cui la pubblica amministrazione attribuisce in capo al privato situazioni giuridiche soggettive non preesistenti nella sua sfera giuridica personale o patrimoniale¹²³. Al provvedimento amministrativo attributivo accede una c.d. concessione-contratto, che stabilisce i reciproci diritti e obblighi dal punto di vista patrimoniale¹²⁴.

In ogni caso, l'influenza dell'ordinamento europeo su quello nazionale ha condotto ad inquadrare la concessione come un rapporto giuridico unitario, di natura contrattuale. In tal modo, la scelta del concessionario

Tale definizione richiama quanto già affermato dalla Commissione nella «Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario» del 12 aprile 2000. Sulla nozione comunitaria di concessione, *ex multis*, si rinvia agli approfonditi contributi di E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e Partenariati Pubblico-Privati*, a cura di G. BOTTINO, A. BOTTO, M. CAFAGNO, G. FIDONE, Giuffrè, Milano, 2013; di M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in «Urb. e app.», 2014, 7, pp. 741 ss.; e di A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, Astrid, Roma, 2015.

¹²² Per una ricostruzione della *querelle* sulla natura giuridica delle concessioni, *ex multis*, si rinvia ai contributi di AA.VV., *Le concessioni di lavori pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 2457 ss.; di G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Giappichelli, Torino, 2012; A. BOTTO, L. IANNOTTA, *La concessione dei lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e Partenariati Pubblico-Privati*, a cura di G. BOTTINO, A. BOTTO, M. CAFAGNO, G. FIDONE, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 53 ss.; e di M. CERUTI, *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in «Urb. e app.», 2016, 6, pp. 637 ss.

¹²³ In tal senso, C. VITTA, *Concessioni amministrative, ad vocem*, in «Nov. dig. it.», vol. III, UTET, Torino, 1959, pp. 919 ss.; P.A. SILVESTRI, *Concessione amministrativa, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 370 ss.; V. CAIANELLO, *Concessioni (dir. amm.), ad vocem*, in «Nov. dig. it.», Appendice, vol. II, UTET, Torino, 1981, pp. 234 ss. Si veda anche, F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, a cura di F.A. ROVERSI MONACO, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 1988; M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. VII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pp. 2 ss.; D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative, ad vocem*, in «Dig., disc. pubbl.», vol. III, UTET, Torino 1989, pp. 280 ss.; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. I, Giuffrè, Milano 2007, pp. 250 ss.

¹²⁴ La fattispecie concessoria risulta, quindi, dalla combinazione di due momenti: (i) l'uno autoritativo, identificabile nell'atto unilaterale mediante il quale l'amministrazione attribuisce il diritto; (ii) l'altro paritetico, rappresentato da una convenzione bilaterale, volto a disciplinare i rapporti patrimoniali tra le parti.

avviene tramite procedure ad evidenza pubblica. Ciò emerge anche dalle definizioni contenute all'articolo 3, lett. *uu)* e *vv)*, del D.lgs. n. 50 del 2016, di recepimento della direttiva 2014/23/UE, che qualificano le concessioni di lavori pubblici e di servizi, come contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto, mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi ad un operatore economico¹²⁵. Il contratto di concessione ha, quindi, per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi e il relativo corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario dei rischi legati alla gestione e allo sfruttamento economico dell'attività o dell'opera. La caratteristica principale che vale a distinguere la concessione di lavori o di servizi dal contratto di appalto pubblico risiede proprio nella c.d. traslazione del rischio in capo al concessionario, oltre che nelle modalità di remunerazione del privato¹²⁶. Da un lato, il concessionario è remunerato direttamente dall'utenza, ricavando i propri introiti dalla gestione dell'opera realizzata o dalla gestione del servizio o del bene pubblico¹²⁷. Al

¹²⁵ Si richiama quanto già affermato da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981.

¹²⁶ Nel considerando n. 18 della direttiva 2014/23/UE si riconosce che «la caratteristica principale di una concessione [...] implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore». La Cgue aveva già affermato che il rischio d'impresa idoneo a qualificare il rapporto concessorio si concreta nell'impossibilità per l'amministrazione concedente di assicurare, in tutto e per tutto, la remuneratività dell'investimento per il soggetto concessionario. Il rischio di gestione rilevante, ai fini della configurazione del rapporto come concessione, deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, che può tradursi segnatamente nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle a spese di gestione mediante le entrate o, ancora, nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio, con esclusione, quindi, dei rischi legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico ovvero dei rischi propri di qualsiasi contratto. Si veda, *Ex multis*, Cgue, sez. III 10 marzo 2011, causa C-274/09 (*Privater Rettungsdienst und Frankentransport Stadler c. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau e altri*); *Id.*, sez. II, 10 novembre 2011, causa C-348/10 (*Norma-A Sia, Dekom Sia c. Latgales plānošanas regions*); *Id.*, sez. III, 10 settembre 2009, causa C-206/08 (*WAZV Gotha c. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH e altri*).

¹²⁷ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571; *id.*, Cons. St., 21 maggio 2014, n. 2424.

contrario, mediante il contratto di appalto la pubblica amministrazione remunera direttamente l'appaltatore. Dall'altro lato, la suddetta differenza si riflette anche sulla distribuzione del c.d. rischio operativo¹²⁸. Mentre nel contratto di appalto, i rischi operativi collegati alla realizzazione dell'opera e al suo futuro utilizzo ricadono inevitabilmente in capo all'amministrazione aggiudicatrice; nelle concessioni, essendo il privato remunerato direttamente dall'utenza, i rischi collegati alla realizzazione dell'opera o alla gestione del servizio o del bene pubblico vengono traslati in capo al privato concessionario. Si tratta di rischi tra loro alquanto eterogenei; solitamente si suole distinguere tra: (i) rischio operativo in senso stretto, cioè il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico; (ii) rischio di costruzione, cioè il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli *standard* di progetto, all'aumento di costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera; (iii) rischio di disponibilità, cioè il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per *standard* di qualità previsti; (iv) rischio di domanda, cioè il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e, quindi, di flussi di cassa.

Le concessioni di lavori e di servizi si configurano, dunque, quali modalità di *outsourcing* del rischio realizzativo/gestionale e rispondono all'esigenza di individuare un soggetto idoneo a realizzare un'operazione di pubblico interesse, che si ripaghi del capitale investito mediante la gestione economica dell'operazione stessa¹²⁹.

¹²⁸ Si rinvia all'approfondito contributo di F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in «Dir. amm.», 2015, 4, pp. 743 ss.; ID., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in «Dir. amm.», 2011, 4, pp. 703 ss. Di veda anche, E. MAURO, *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, in «Riv. it. dir. pubbl.», 2011, 5, pp. 1183 ss. In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 4 dicembre 2017, n. 1408; Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2424; Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 236; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682; Cons. St., sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068.

¹²⁹ Si veda, Cons. St., Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13. Nei contratti di concessione, pubblico e privato hanno interessi contrapposti: mentre l'impresa privata ha come obiettivo quello di massimizzare il suo profitto, l'amministrazione deve difendere l'interesse pubblico realizzando buone opere, offrendo servizi adeguati e contenendo la spesa pubblica. Si esprime in tal senso, A. NICITA, V. SCOPPA (a cura di), *Economia dei contratti*, Carocci Editore, Roma, 2005. La pubblica amministrazione concedente, inoltre, è meno informata dei privati rispetto all'oggetto del contratto di concessione, configurandosi, in tal caso, una peculiare ipotesi di

Ciò chiarito, il primo momento in cui assume rilievo l'obbligo di motivazione è quello della scelta effettuata dall'amministrazione tra appalto e concessione. Si tratta, a ben vedere, di una scelta strettamente legata alla natura e alle caratteristiche dell'opera da realizzare o del servizio da gestire, ove vengono in rilievo valutazioni espressione di discrezionalità mista, sia pura che tecnica, le quali necessitano di adeguata motivazione.

Una distinzione rilevante ai fini della scelta è certamente quella tra opere c.d. fredde e opere c.d. calde¹³⁰.

Si parla di opere c.d. fredde in relazione ad opere o servizi caratterizzati dall'impossibilità o dalla maggiore difficoltà di conseguire ricavi attraverso gli utenti (*i.e.* modello ospedali, carceri). Si tratta, infatti, opere proprie di settori nei quali mancano apprezzabili flussi di cassa, che non generano ricavi tali da poter ripagare l'investimento. La minore capacità di generare introiti rende tali opere fredde poco appetibili per gli investitori e operatori economici privati. Ciò si traduce in una maggiore difficoltà nell'uso dello strumento concessorio, il quale si rivela meno adeguato e meno efficace rispetto all'appalto. Quanto appena rappresentato conduce ad un'ulteriore riflessione che interessa da vicino il tema della motivazione. A fronte di un'opera o di un servizio scarsamente redditizio per il privato, si deve ritenere che la scelta amministrativa di utilizzare comunque lo strumento della concessione debba essere soggetta ad un obbligo di motivazione rafforzato. Attesi gli aggravati economici che potrebbero derivare in capo alla pubblica amministrazione in termini di maggiori costi di compensazione, ovvero di minori introiti, è evidente che la scelta deve essere validamente motivata.

Si definiscono, invece, opere c.d. calde, le opere e i servizi che, per loro natura, generano ricavi di gestione (*i.e.* modello autostrade,

asimmetria informativa a danno della parte pubblica e a vantaggio del privato. Nei contratti di concessione il rapporto tra pubblico e privato può, dunque, essere assimilato a quello studiato dagli economisti nella c.d. teoria dell'agenzia. Tale teoria studia i rapporti intercorrenti tra un committente – *principle* – e un agente – *agent* – che viene remunerato dal primo per realizzare il proprio interesse. Il rischio connesso a tale rapporto è che l'agente, approfittando del proprio vantaggio informativo, possa assumere dei comportamenti opportunistici, volti a massimizzare la propria utilità a danno del committente. Sul tema, si rinvia anche alla trattazione di K. J. ARROW, *The economics of agency*, in *Principals and agents: the structure of business*, a cura di J. PRATT, R. ZECKHAUSER, Harvard Business School Publishing, Boston, 1985, pp. 37 ss.; nonché a quella di M. J. HORN, *The political economy of public administration: institutional choice in the public sector*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

¹³⁰ Sulla distinzione tra opere c.d. calde e fredde, si rinvia ai contributi di G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in «Riv. it. dir. pubbl.», 2015, 1, pp. 101 ss.; e di G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2015, 5, pp. 1095 ss.

reti del gas, parcheggi). È, dunque, evidente che, per le opere calde, la scelta tra appalto e concessione diviene meno rilevante. Sono utilizzabili entrambi gli strumenti contrattuali e la scelta dell'uno o dell'altro ricade nella discrezionalità della pubblica amministrazione. Questa, infatti, sceglie, secondo valutazioni di opportunità e convenienza, se assumere direttamente la gestione dell'opera o del servizio, ovvero se affidarli in concessione ad operatori economici privati.

Di conseguenza, in linea teorica, in caso di ricorso all'appalto, ci si potrebbe interrogare circa la necessità di una motivazione, nella determina a contrarre, della scelta dell'appalto anziché della concessione. Si tratta, tuttavia, di una scelta – tra l'appalto e la concessione a seconda dell'oggetto – che potrebbe in concreto essere motivata implicitamente. La motivazione del ricorso all'uno o all'altro strumento potrebbe ravvisarsi proprio nella scelta dell'uno anziché dell'altro.

La disciplina applicabile alle concessioni di lavori pubblici e di servizi si rinviene negli articoli 164 e ss. (Parte III) del D.lgs n. 50 del 2016¹³¹.

Per quanto riguarda la disciplina delle procedure di aggiudicazione e di affidamento delle concessioni, il secondo comma dell'articolo 164, del nuovo Codice dei contratti pubblici, opera un rinvio generale alla disciplina di cui alle Parti I e II del medesimo Codice, sia pure con l'introduzione di una clausola di compatibilità¹³². Ne deriva che, per quanto concerne la motivazione degli atti della procedura di evidenza pubblica, valgono le considerazioni già svolte relativamente agli appalti pubblici¹³³.

¹³¹ Il nuovo Codice dei contratti pubblici detta una disciplina unitaria, operando, per la prima volta, una sostanziale codificazione dell'istituto della concessione. Per un'approfondita disamina si rinvia alla trattazione di M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 4, pp. 476 ss.; C. CONTESSA, *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in «Urb. e app.», 2016, 8-9, pp. 933 ss. Si veda anche il contributo di G.F. CARTEI, *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in «Urb. e app.», 2016, 8-9, pp. 939 ss.

¹³² L'articolo 164, comma 2, prescrive che «Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione». Il successivo comma 3, invece, esclude dall'ambito applicativo della disciplina richiamata i servizi non economici di interesse generale.

¹³³ Si veda, *infra*, cap. III, par. 2, «I bandi di gara e gli atti di gara: se e quanto motivare». Si ha, in particolare riguardo alla motivazione della determina a contrarre, del bando di

Il ruolo del rischio operativo nelle concessioni, inoltre, spiega il peso ricoperto dall'equilibrio economico-finanziario della gestione, che deve presiedere e sovrintendere il rapporto concessorio per l'intera durata¹³⁴. I rischi di un contratto di concessione devono essere preliminarmente valutati dal concessionario nel piano economico-finanziario¹³⁵. Si tratta di un documento posto alla base di ogni contratto di concessione, che determina la convenienza a realizzare il progetto, ovvero i profitti attesi, considerando anche il rischio dell'operazione. Il piano economico-finanziario è di assoluto rilievo anche per valutare la successiva bancabilità dell'investimento, consistente nelle condizioni che gli istituti di credito richiedono per erogare il finanziamento. Sul punto, si potrebbe validamente argomentare che una motivazione circa la scelta del miglior concessionario effettuata dall'amministrazione – e, dunque, una motivazione del provvedimento di aggiudicazione – sia implicita nel piano economico-finanziario predisposto dallo stesso operatore economico privato prescelto. La motivazione, in particolare, risiederebbe nelle valutazioni espresse dal privato concessionario in merito all'oggetto, al rischio operativo, alle prospettive di ricavi e, più in generale, alla convenienza della concessione.

Strettamente legata all'equilibrio economico-finanziario è anche la durata delle concessioni, poiché da essa dipende l'ammontare complessivo dei ricavi attesi, oltre che una parte dei costi attesi, ovvero quelli della fase di gestione. Alla luce di quanto previsto dalla direttiva 23/2014/UE, e poi ribadito dall'articolo 168, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, la durata delle concessioni deve essere limitata e determinata nel bando di gara, tenendo conto dei lavori o servizi richiesti al concessionario. Tra i parametri che determinano la durata della concessione si collocano, altresì, il valore della concessione e la complessità organizzativa dell'oggetto della stessa. Una durata-tipo della concessione appare di ardua, se non impossibile, definizione proprio a causa della

gara, dei criteri di scelta del contraente, dei provvedimenti di aggiudicazione e di esclusione.

¹³⁴ L'articolo 3, lett. *fff*) definisce l'equilibrio economico e finanziario come «la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria» e precisa che per convenienza economica si intende «la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito»; laddove sostenibilità finanziaria, si intende, invece, «la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento». L'articolo 165, comma 1, prevede che il rischio operativo deve essere riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio economico-finanziario.

¹³⁵ Per un approfondimento si rinvia a FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, cit., pp. 101 ss.

variabilità degli elementi che determinano la sostenibilità economico-finanziaria dell'opera.

Il successivo comma 2, del citato articolo 168, prevede che la durata massima delle concessioni ultraquinquennali non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario «individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici, come risultante dal piano economico-finanziario». L'attuale Codice dei contratti pubblici, a differenza del previgente, non pone alcun limite massimo di durata della concessione. Ciò comporta che l'amministrazione concedente dovrà adeguatamente motivare la scelta della durata della concessione. Si deve trattare di una motivazione puntuale e articolata sugli specifici parametri di tenuta dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e delle relative componenti. Le concessioni di durata molto lunga, infatti, possono dar luogo alla preclusione dell'accesso al mercato, ostacolando, di fatto, la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento, con il rischio di creare extraprofiti al concessionario¹³⁶. Allo stesso tempo, però, vi è la consapevolezza che la maggiore durata di un contratto di concessione può essere giustificata in ragione della necessità del concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire l'oggetto del contratto, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito. Ed è proprio questo che deve emergere dalla motivazione della scelta di attribuire una data durata al contratto di concessione. Nel caso in cui la durata della concessione sia sottodimensionata rispetto al perseguimento dell'equilibrio del piano economico-finanziario, l'amministrazione può procedere ad una forma di compensazione. Tale compensazione, tuttavia, non deve eliminare il rischio operativo della concessione, facendone venir meno l'essenza. In tal caso, e in tutti gli altri casi in cui il piano non possa pervenire ad un equilibrio per insufficienza di ricavi, possono aggiungersi quote di finanziamento pubblico a quelle del privato.

La direttiva europea del 2014 e il D.lgs. n. 50 del 2016 di recepimento, inoltre, ammettono la possibilità di adattare la concessione a eventuali circostanze sopravvenute all'aggiudicazione, senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione¹³⁷.

L'articolo 175 del nuovo Codice dei contratti pubblici, in particolare,

¹³⁶ In tal senso, il considerando n. 52 della direttiva 23/2014/UE.

¹³⁷ Si veda, l'articolo 43 della direttiva 23/2014/UE, nonché l'articolo 175 del D.lgs. n. 50 del 2016, che riflette quali alla lettera il predetto articolo della direttiva.

elenca una serie di ipotesi in cui il contratto concessorio può essere modificato senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione, a condizione che il valore della concessione iniziale non aumenti complessivamente più del 50 % e che non si alteri la natura generale della concessione medesima. In ogni caso, il criterio di riferimento generale per ovviare alla necessità di una nuova procedura di aggiudicazione è quello della «modifica sostanziale», prevista dall'articolo 175, comma 7, D.lgs. n. 50 del 2016. L'amministrazione, nell'ipotesi sopra esposta, dovrà adeguatamente motivare la scelta di apportare le modifiche necessarie al contratto di concessione, evidenziando, in particolare, che non si tratta di modifica sostanziale.

Il successivo articolo 176, comma 1, D.lgs. n. 50 del 2016, infine, prevede che, fermo restando l'esercizio dei poteri di autotutela, il rapporto concessorio può cessare quando il concessionario non abbia i requisiti generali, *ex* articolo 80, D.lgs. n. 50 del 2016, quando siano state violate le previsioni comunitarie con riferimento al procedimento di gara per la scelta del concessionario, ovvero nel caso di modifica contrattuale richiedente una nuova procedura di aggiudicazione. Nelle suddette ipotesi non si applicano i termini previsti dall'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990.

Se la concessione viene risolta per inadempimento del concedente o revocata per motivi di pubblico interesse, spettano al concessionario il valore delle opere realizzate – o i costi effettivamente sostenuti – le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere derivanti dalla risoluzione del contratto, oltre che un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10% del valore delle opere o del servizio ancora da eseguire secondo il piano economico-finanziario. Nella fase esecutiva del rapporto, la risoluzione per inadempimento del concessionario, invece, segue il regime generale previsto dall'articolo 1453 codice civile. In tale ultima ipotesi, l'articolo 176, commi 8 e 9, D.lgs. n. 50 del 2016, prevede esplicitamente che i finanziatori possono indicare un operatore economico che subentra nel rapporto concessorio, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o quanto meno analoghe a quelle previste nel bando di gara.

Gli atti risolutivi a carattere pubblicistico sono certamente soggetti all'obbligo di motivazione. Quelli privatistici seguono le norme del codice civile, ma in ogni caso trovano un limite nel canone di buona fede, il quale impone un esercizio motivato secondo correttezza dei poteri privatistici discrezionali.

5. La motivazione nell'affidamento in concessione e nella gestione dei beni pubblici

L'utilità pubblica cui sono destinati i beni pubblici, demaniali e del patrimonio indisponibile, può essere perseguita mediante distinte modalità: (i) un uso esclusivo (o diretto) da parte della pubblica amministrazione; (ii) un uso generale da parte di qualsiasi soggetto pubblico o privato; (iii) un uso particolare da parte di soggetti pubblici o privati cui è riservato un certo utilizzo del bene¹³⁸. Trattasi, in tale ultimo caso, di una riserva di utilizzazione che può derivare direttamente dalla legge o da un provvedimento amministrativo, come la concessione, volta ad escludere che soggetti diversi dal concessionario possano utilizzare il bene¹³⁹.

La scelta del tipo di uso di un bene pubblico ricade nella discrezionalità riconosciuta in capo all'amministrazione e deve essere adeguatamente motivata. Non rileva, in senso ostativo all'esercizio del potere di scelta, la destinazione del bene demaniale e la circostanza che lo stesso sia stato precedentemente oggetto di concessione. Non vi è dubbio, invero, che alla scadenza della concessione la pubblica amministrazione possa motivatamente rinnovare la valutazione dell'interesse pubblico e ritenere preferibile destinare il bene al libero uso della collettività, anziché disporre il rinnovo della concessione¹⁴⁰.

La concessione demaniale, in ogni caso, è rilasciata in vista del miglior utilizzo del bene pubblico cui afferisce, pertanto richiede la verifica in ordine

¹³⁸ Per un'analisi approfondita dei beni pubblici, si rinvia all'organica trattazione di M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963. Poi si veda anche, S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Giuffrè, Milano, 1967; M. RENNA, *Beni pubblici, ad vocem*, in «Diz. dir. pubbl.», diretto da S. CASSESE, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 714 ss.

¹³⁹ Il provvedimento con il quale è trasferito al privato l'uso di un bene pubblico ha natura di concessione-contratto, consistente nella combinazione di un provvedimento amministrativo di carattere autorizzatorio e di una convenzione di diritto privato recante la disciplina concreta del rapporto. In tal senso, Cass. civ., SS. UU., 8 luglio 2005, n. 14329. In dottrina, si richiama il contributo di B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova, 2008.

¹⁴⁰ In tal senso, Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 5 luglio 2017, n. 235; Cons. St., sez. VI, 7 marzo 2016, n. 892. Si veda anche, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 19 maggio 2015, n. 1633, secondo cui «Il principio cardine in materia di concessioni demaniali è che la decisione spettante all'ente locale in ordine al rilascio di tali titoli ha natura ampiamente discrezionale, competendo, quindi solo al Comune stabilire se attribuire il bene in uso al privato richiedente, ovvero lasciarlo alla libera fruizione collettiva; e nell'esercizio di tale scelta, altrettanto pacifico è che la via preferibile è quest'ultima, atteso che il bene demaniale è pubblico e quindi tutti devono avere di regola il diritto di farne uso».

alle modalità di utilizzazione, da parte del concessionario, del bene medesimo, al fine di accertarne la coerenza rispetto a quanto stabilito nel titolo¹⁴¹.

Quanto all'individuazione del privato cui trasferire il diritto di utilizzo del bene, si ritiene ormai pacifico il ricorso alla gara. La sottoposizione ai principi di evidenza pubblica trova il suo fondamento nella circostanza che mediante la concessione di beni pubblici si fornisce un'occasione di guadagno ai soggetti operanti sul mercato. Un bene pubblico «contendibile» può essere dato in concessione a privati, a scopi imprenditoriali, solo all'esito di una procedura comparativa ad evidenza pubblica¹⁴².

I principi in materia di libera circolazione, *par condicio*, imparzialità e trasparenza, infatti, si applicano anche a materie diverse dai contratti pubblici, essendo sufficiente che venga in rilievo un'attività suscettibile di apprezzamento in termini economici¹⁴³. Nello stesso senso si è espressa anche la Corte Costituzionale, la quale ha affermato che i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime devono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale¹⁴⁴.

Il concessionario di un bene demaniale, dunque, non può vantare, se non diversamente disposto nell'atto concessorio, alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto. Conseguentemente, il relativo diniego, nei limiti della ragionevolezza e logicità dell'azione amministrativa, non necessita di ulteriore e speciale motivazione, essendo equiparabile al rigetto di un'ordinaria istanza di concessione, né implica alcun diritto di insistenza, allorché l'amministrazione intenda procedere ad un nuovo sistema di affidamento mediante gara pubblica o procedura comparativa¹⁴⁵.

L'obbligo motivazionale, invece, assumeva assoluta rilevanza, per

¹⁴¹ Si veda, Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4551; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 7 luglio 2015, n. 643, secondo cui «[...] laddove l'amministrazione consenta ad un privato di fruire di un bene pubblico per determinati usi, la circostanza che il provvedimento amministrativo non rechi specifica indicazione delle modalità di esercizio della facoltà in tal modo riconosciuta lascia libero l'ente di definire ex post i contorni, sempre che ciò non si traduca nella vanificazione del titolo del privato».

¹⁴² In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 394; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 marzo 2015, n. 125; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 2 ottobre 2013, n. 578; Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5, relativamente a un caso di concessione di suolo pubblico.

¹⁴³ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 394; *Id.*, 7 marzo 2016, n. 889; *Id.*, 6 novembre 2015, nn. 5050, 5053, 5056, 5057, 5060.

¹⁴⁴ Si veda, Corte Cost., 7 luglio 2017, n. 157.

¹⁴⁵ In tal senso, Cons. St., sez. V, 25 luglio 2014, n. 3960; *Id.*, 21 novembre 2011, n. 6132.

le concessioni demaniali marittime, nella vigenza del c.d. diritto di insistenza, *ex* articolo 37, comma 2, R.D. 30 marzo 1942, n. 327 (Codice della navigazione), successivamente abrogato dall'articolo 1, comma 18, del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni nella legge 26 febbraio 2010, n. 25, e della proroga *ex lege* alla data di scadenza, prevista dall'articolo 1, comma 18, del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni nella legge 26 febbraio 2010, n. 25, come da ultimo modificato¹⁴⁶.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata sulla compatibilità della disciplina nazionale riguardante le concessioni demaniali marittime rilasciate a coloro che esercitano attività c.d. turistico-ricreative¹⁴⁷. La Corte di Lussemburgo, in particolare, ha affermato che gli articoli 49 TFUE e 12 della direttiva 2006/123/CE (direttiva *Bolkenstein*) ostano a misure nazionali che prevedono proroghe automatiche delle concessioni marittime e lacunali, per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati, nonché a norme che prevedano diritti di insistenza o prelazioni per il concessionario uscente – salva l'eccezione del *project financing*¹⁴⁸. Le amministrazioni

¹⁴⁶ Il diritto di insistenza consiste in una preferenza accordata al precedente concessionario rispetto agli altri concorrenti nel momento in cui l'amministrazione, dopo la scadenza della concessione, doveva procedere a nuova assegnazione del bene. Sul punto, si rinvia alla trattazione di S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e "diritto di insistenza"*, in «Giorn. dir. amm.», 2003, 2, pp. 355 ss. L'Italia, per dare risposte alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nel 2008 sul c.d. diritto di insistenza, ha inserito nell'articolo 1 del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194, un comma 18, con cui la durata delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative è stata prorogata fino al 2015, e successivamente fino al 2020, al fine di consentire in tale lasso di tempo la predisposizione di una riforma alla normativa sul rilascio di concessioni di tale tipo.

¹⁴⁷ Si veda, Cgue, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 (*Promoimpresa Srl c. Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e altri*) e C-67/15 (*M. Melis c., Provincia di Olbia Tempio e altri*). Nello stesso senso, Cgue, sez. V, 17 dicembre 2015, cause riunite C-25/14 (*Union des syndicats de l'immobilier c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social e altri*) e C-26/14 (*Beaudout Père et Fils Sarl c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social e altri*); *Id.*, sez. X, 14 novembre 2013, causa C-221/12 (*Belgacom NV c. Interkommunale voor Teledistributie van Gewest Antwerpen e altri*); *Id.*, sez. II, 17 luglio 2008, causa C-347/06 (*ASM Brescia Spa c. Comune di Rodegno Saiano*). In dottrina, si richiama l'analisi di G. BELLITTI, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacunali e fluviali*, in «Giorn. dir. amm.», 2017, 1, pp. 60 ss.; e di E. BOSCOLO, *beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in «Urb. e app.», 2016, 11, pp. 1211 ss.

¹⁴⁸ La direttiva 2006/123/CE (direttiva *Bolkenstein* o direttiva servizi) si pone l'obiettivo «di eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla

concedenti, pur disponendo della tipica discrezionalità nella scelta della procedura di aggiudicazione, devono in ogni caso garantire che la selezione del miglior candidato avvenga in base a criteri obiettivi. Ciò al fine di garantire l'effettiva apertura alla concorrenza del settore delle concessioni di beni demaniali, garantire la competizione tra gli operatori economici e consentire l'esperibilità del controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione. I principi comunitari non possono essere elusi attraverso l'utilizzo di modelli che abbiano l'effetto di conservare, in capo all'*incumbent* – concessionario uscente – il diritto di prolungare quasi indefinitamente l'utilizzo del bene pubblico¹⁴⁹.

libera circolazione dei servizi tra Stati membri, nonché garantire ai destinatari e ai prestatori la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali del trattato» (considerando n. 5). L'articolo 49 della citata direttiva, in particolare, può trovare applicazione anche in merito alla gestione del demanio marittimo, ove si accentui la strumentalità dell'assegnazione in concessione di un bene pubblico quale mezzo per l'esercizio di servizi (pubblici) turistici.

¹⁴⁹ Si veda, Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2017, nn. 393, 394, 395, secondo cui «Alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica, poiché idonee a fornire una situazione di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato, devono applicarsi i principi in materia di appalti, quali quelli della loro necessaria attribuzione mediante procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie, nonché tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti».

Capitolo Quinto

La motivazione degli atti restrittivi e la tutela del destinatario

SOMMARIO: 1. Il procedimento espropriativo e il ruolo centrale della motivazione – 1.1. Le due macro-fattispecie di deviazione dal normale percorso espropriativo – 1.1.1. Le occupazioni legittime e l’obbligo di motivazione – 1.1.2. Le occupazioni illegittime e la motivazione dell’espropriazione semplificata – 2. La motivazione degli atti sanzionatori e il *due process* – 3. La centralità della motivazione negli atti atipici nel contenuto e negli effetti: le ordinanze contingibili e urgenti – 3.1. La motivazione delle ordinanze sindacali *ex* articolo 54 Testo Unico enti locali – 4. L’interdittiva antimafia tra motivazione e *fumus* – 5. I provvedimenti in materia di immigrazione e sicurezza: il rapporto con la legge generale sul procedimento e l’obbligo di motivazione – 5.1. I provvedimenti di allontanamento dal territorio dello Stato secondo l’assunto motivazionale – 5.1.1. La motivazione dei respingimenti – 5.1.2. La motivazione delle espulsioni amministrative (ministeriali e prefettizie) – 5.2. La motivazione del diniego del visto di ingresso per motivi di ordine pubblico e sicurezza

1. Il procedimento espropriativo e il ruolo centrale della motivazione

L’espropriazione per pubblica utilità costituisce uno degli istituti più controversi del nostro ordinamento. I problemi principali in materia nascono dalla poliedricità di fonti che disciplinano il diritto di proprietà e l’ambito, con i relativi limiti e condizioni, entro il quale esso può essere sacrificato, mediante l’acquisizione in mano pubblica per soddisfare esigenze generali¹.

¹ A livello nazionale, la proprietà viene consacrata dall’articolo 42 della Costituzione, il quale dispone che «La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d’interesse generale». Il diritto di proprietà, dunque, viene inserito nel titolo dedicato ai rapporti economici, quale espressione della capacità economica del cittadino. Anche l’articolo 834 del codice civile prescrive che «nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata e contro il pagamento di una giusta indennità».

A livello sovranazionale, invece, il diritto di proprietà presenta connotati parzialmente diversi. L’articolo 1 del Protocollo Addizionale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) annovera il diritto di proprietà tra i diritti fondamentali dell’uomo, disponendo che «Ogni persona fisica o

L'espropriazione, disciplinata dal d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (T.U. espropriazione), è il procedimento con cui l'autorità acquisisce beni di proprietà privata per motivi di pubblico interesse, previa corresponsione di un equo indennizzo, in attuazione della previsione di cui all'articolo 42, comma 3, della Costituzione².

La motivazione assume una funzione di assoluto rilievo nel procedimento di espropriazione, proprio in virtù della incidenza dell'espropriazione sulla proprietà. L'espropriazione, infatti, determina la perdita del diritto di proprietà o, in taluni casi, lo svuotamento sostanziale del valore della proprietà. L'interesse individuale sottostante al diritto di proprietà recede in favore dell'interesse pubblico al trasferimento coattivo del diritto reale sul bene per il perseguimento di un'utilità sociale. L'interesse pubblico che presiede il fenomeno espropriativo non opera, dunque, come mero limite esterno del diritto di proprietà, ma arriva a costituire parte rilevante del suo contenuto. Tuttavia, per comprendere la portata dell'obbligo di motivazione e, in particolare, quali elementi l'amministrazione espropriante è tenuta ad esternare, occorre ripercorrere brevemente le fasi in cui si articola la procedura di espropriazione per pubblica utilità – c.d. ordinaria, ex articolo 8 T.U. espropriazione.

È importante sottolineare, anzitutto, che la programmazione delle espropriazioni avviene all'interno degli strumenti urbanistici, attraverso gli atti di programmazione e pianificazione; le competenti autorità amministrative possono, sempre con adeguata motivazione, individuare nei processi di localizzazione delle aree e delle porzioni di territorio da

giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende». Le norme Cedu costituiscono oggi, ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, parametro interposto di costituzionalità. L'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza del 2000), inoltre, stabilisce che «Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale».

² D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, recante «Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità». Il T.U. espropriazione detta la disciplina della procedura espropriativa, anche a favore di privati, dei beni immobili o di diritti relativi ad immobili per l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

sottoporre a vincolo preordinato all'esproprio³.

Il bene da espropriare viene sottoposto ad un vincolo preordinato all'esproprio, ex articolo 9 T.U. espropriazione, di durata quinquennale. Il vincolo rappresenta, dunque, il primo collegamento tra la pianificazione urbanistica e l'espropriazione ed è diretto ad individuare in modo puntuale il luogo interessato dalla realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità⁴. Esso può discendere dall'approvazione del piano urbanistico generale, da una sua variante o, ancora, da un accordo di programma.

Alla luce di quanto osservato, discende che una prima motivazione è implicita negli atti di pianificazione urbanistica – *sub species* di localizzazione – che precedono l'avvio della procedura espropriativa. Sono tali atti, infatti, ad evidenziare le ragioni sottese alla scelta amministrativa di realizzare una determinata opera su una zona di proprietà di un privato e, quindi, a motivare l'avvio del procedimento di espropriazione.

Il vincolo, per essere sostanzialmente espropriativo, deve comportare l'azzeramento del contenuto economico del diritto di proprietà. Nel caso in cui, viceversa, la disciplina urbanistica ammetta la realizzazione di interventi edilizi da parte di privati, seppur conformati dal perseguimento del peculiare interesse pubblico che ha determinato il vincolo, essa non si risolve in una sostanziale espropriazione, ma solo in una limitazione dell'attività edilizia realizzabile sul territorio⁵.

³ Con la localizzazione, la pubblica amministrazione effettua una scelta di programmazione gestionale ove indica in modo specifico le aree nelle quali si costruiranno opere di interesse pubblico. Si tratta, dunque, di un'operazione con una futura portata ablatoria, sostanziandosi in un vincolo che incide negativamente sulla proprietà privata. La zonizzazione, invece, ha la mera funzione di dividere il territorio attribuendo ad ogni singola zona la sua specifica vocazione. Può, dunque, affermarsi che, mentre la localizzazione reca l'apposizione di vincoli sostanzialmente espropriativi, la zonizzazione si mostra tendenzialmente idonea all'individuazione di vincoli unicamente conformativi.

⁴ Si richiamano le osservazioni prospettate da G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 192 ss.

⁵ Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. II, 2 ottobre 2019, n. 6610, secondo cui «La distinzione tra vincoli conformativi e vincoli espropriativi va operata in relazione agli effetti dell'atto di pianificazione urbanistica con la conseguenza che nel caso in cui lo strumento urbanistico miri ad una zonizzazione dell'intero territorio comunale o di parte di esso, in maniera tale da incidere su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione dell'intera area in cui i beni ricadono e in ragione delle sue caratteristiche intrinseche, il vincolo avrà carattere conformativo, mentre sarà espropriativo ove imponga solo un vincolo particolare incidente su beni determinati, in funzione della localizzazione di un'opera pubblica»; Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 5 agosto 2015, n. 381; Cons. St., sez. IV, 4 giugno 2014, n. 2855, secondo cui «sono conformativi i vincoli inquadrabili nella zonizzazione dell'intero territorio comunale o di parte di esso,

Una volta decaduto il vincolo può essere motivatamente reiterato, rinnovando la procedura di approvazione degli strumenti urbanistici e tenendo conto dell'esigenza di soddisfacimento degli *standard*. La pubblica amministrazione può, quindi, reiterare il vincolo per ovviare alla perdita di efficacia in caso di ritardi nell'attuazione dei piani. Tuttavia, al fine di evitare un uso distortivo di tale strumento, che di fatto consentirebbe un'indebita compressione a tempo indeterminato del diritto di proprietà, l'articolo 39 T.U. espropriazione prevede che, in caso di reiterazione del vincolo con atto motivato, dopo la scadenza l'amministrazione sia tenuta a corrispondere un indennizzo al proprietario⁶.

In sede di reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio, la motivazione assume un rilievo primario⁷. L'autorità amministrativa è tenuta a compiere un'ideale istruttoria e a fornire una puntuale e stringente motivazione, al fine di escludere il contenuto vessatorio o, comunque, ingiusto della reiterazione dei vincoli ed evidenziare l'attualità dell'interesse pubblico da soddisfare⁸. L'amministrazione deve, altresì, esternare le ragioni in riferimento alla mancanza di aree più idonee da destinare ad uso pubblico, nonché alle esigenze della collettività sottese alla realizzazione dell'opera.

L'adeguatezza della motivazione deve essere valutata distintamente a seconda che la reiterazione interessi una pluralità di aree o soltanto una parte delle aree già incise dai vincoli decaduti. In particolare, quanto ai criteri di valutazione della congruità della motivazione, a fronte di una reiterazione «in blocco» dei vincoli insistenti su una pluralità di aree, mentre la sussistenza di un attuale e specifico interesse pubblico si evince dalla perdurante constatata insufficienza delle aree destinate a *standard*, l'assenza di un intento vessatorio può dedursi dalla parità di trattamento

si da incidere su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione dell'intera zona in cui i beni ricadono ed in ragione delle caratteristiche estrinseche o intrinseche o del rapporto per lo più spaziale con un'opera pubblica. Sono, invece, espropriativi i vincoli incidenti su beni determinati, in funzione non già di una generale destinazione di zona, ma della localizzazione di un'opera pubblica, la cui localizzazione non può coesistere con la proprietà privata [...]».

⁶ L'articolo 39 T.U. espropriazione ha positivamente l'obbligo per la pubblica amministrazione di corrispondere l'indennizzo, commisurato all'«entità del danno effettivamente prodotto», della cui prova è onerato il privato proprietario. Tale soluzione è in linea con quanto affermato dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 20 maggio 1999, n. 179.

⁷ Sul punto, si veda *infra*, cap. III, par. 3.3., «Apposizione e reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio: una motivazione rafforzata».

⁸ Si veda, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 16 ottobre 2018, n. 954; In tal senso si era già espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 24 maggio 2007, n. 7.

che hanno tutti i destinatari dei precedenti vincoli decaduti. Diversamente, la circostanza che la reiterazione riguardi solo una parte delle aree già incise da vincoli decaduti, avendo l'amministrazione individuato altre aree per soddisfare gli *standard*, integra, di per sé, un anomalo esercizio della funzione pubblica, in assenza di un'adeguata motivazione che dia conto delle relative ragioni di interesse pubblico⁹.

Nel caso in cui il vincolo sia decaduto una sola volta può configurarsi quale congrua e sufficiente motivazione della reiterazione il richiamo alle valutazioni originarie¹⁰. Ne deriva che, l'idoneità della motivazione del provvedimento reiterativo del vincolo preordinato all'esproprio è strettamente correlata allo specifico contenuto del provvedimento medesimo.

Nel corso dei cinque anni di durata del vincolo, inoltre, il consiglio comunale può motivatamente disporre o autorizzare che siano realizzate sul bene vincolato opere diverse da quelle originariamente previste nel piano urbanistico generale. La determinazione comunale si intende approvata se, entro il termine di novanta giorni, non interviene il dissenso della autorità competente ad approvare il relativo piano.

Entro il sopra richiamato termine di cinque anni, eventualmente prorogabile, deve intervenire la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, *ex* articolo 12 T.U. espropriazione¹¹. Tale dichiarazione è implicita nell'approvazione del progetto definitivo dell'opera pubblica o di qualunque altro strumento urbanistico o provvedimento ai quali la normativa riconosca tale effetto. È anch'essa sottoposta ad un termine di efficacia che, ove non espressamente indicato, è di cinque anni, salvo eventuali termini maggiori stabiliti *ex lege* per l'esecuzione dei piani territoriali o urbanistici.

Il termine previsto dall'atto e quello legale possono essere prorogati, ai sensi dell'articolo 13, comma 5, T.U. espropriazione, per un periodo di tempo non eccedente i due anni, per casi di forza maggiore o per altre giustificate ragioni, a condizione che siano congruamente e sufficientemente motivati¹². Peraltro, la forza maggiore può dirsi

⁹ Si veda, Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2017, n. 1567; *Id.*, 12 marzo 2015, n. 1317; *Id.*, 7 giugno 2012, n. 3365

¹⁰ Si veda, Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1317.

¹¹ Sulla dichiarazione di pubblica utilità, si richiama il contributo di G. MORBIDELLI, *Dichiarazione di pubblica utilità, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. V, UTET, Torino, 1990, pp. 62 ss.

¹² Si veda, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. V, 23 agosto 2019, n. 4407; Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1750; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 8 settembre 2014, n. 604; Tar Campania, Napoli, sez. V, 6 aprile 2009, n. 1733.

sussistente in presenza di circostanze indipendenti dalla volontà dell'espropriante e, comunque, da questi non prevedibili, secondo criteri di ordinaria diligenza; le «comprovate ragioni», invece, devono risultare da idonea motivazione giustificatrice della disposta proroga, ma non devono essere rappresentate necessariamente da ipotesi imprevedibili, ben potendo consistere in complessità e/o ritardi del procedimento espropriativo, dipendenti dalla pluralità degli espropriandi e dalla natura dell'opera¹³. In ogni caso, il prolungamento dell'efficacia della vigenza della dichiarazione di pubblica utilità presuppone necessariamente che il termine quinquennale non sia ancora scaduto¹⁴.

La dichiarazione di pubblica utilità, ancorché contenuta in un atto diverso e, quindi, implicita, costituisce un provvedimento idoneo a determinare immediatamente effetti lesivi nella sfera giuridica dei terzi, come tale autonomamente impugnabile¹⁵.

La motivazione della dichiarazione non solo è necessaria, ma deve essere adeguata e sufficiente, anche se espressa *per relationem*, al fine di consentire al privato di conoscere le ragioni sottese al procedimento espropriativo e al terzo eventualmente leso di poter impugnare consapevolmente il provvedimento¹⁶. È proprio la dichiarazione di pubblica utilità – o meglio l'atto che la contiene – a dover motivare circa l'interesse generale che rappresenta il pilastro portante del potere di espropriare. La dichiarazione di pubblica utilità è finalizzata ad esprimere i c.d. motivi di interesse generale che giustificano la sottrazione del bene al diritto reale del privato richiesti dall'articolo 42, comma 3 della Costituzione, dalle norme Cedu e dalla Carta di Nizza del 2000, la quale costituisce a tutti gli effetti diritto europeo.

L'importanza della motivazione del vincolo preordinato all'espropriazione e della dichiarazione di pubblica utilità derivano principalmente dal fatto che proprio in tali fasi l'amministrazione effettua una valutazione in ordine all'utilità dell'intervento e procede alla ponderazione e al confronto degli interessi coinvolti. Tant'è che se l'opera non viene realizzata e in presenza di precise condizioni normative, la

¹³ Si veda, Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1750.

¹⁴ Si veda, Tar Sicilia, Catania, sez. II, 23 aprile 2014, n. 1080.

¹⁵ Si veda, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 5 marzo 2011, n. 312.

¹⁶ Di segno parzialmente contrario, Cons. St., sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4824 e Cons. St., sez. IV, 9 dicembre 2011, n. 6468, secondo cui per la dichiarazione di pubblica utilità non è necessaria una particolare motivazione, essendo questa conseguenza *ex lege* dell'approvazione del progetto definitivo. La volontà di realizzare un'opera pubblica deve esplicitarsi in provvedimenti tipici, dichiarativi della pubblica utilità, come evincibili dall'articolo 12 T.U. espropriazione.

sopravvenuta inutilità della espropriazione legittima il privato espropriato a chiedere e ottenere la retrocessione del bene, con conseguente riacquisto della proprietà del medesimo.

Alla dichiarazione di pubblica utilità segue la determinazione provvisoria dell'indennità, che viene proposta dal soggetto espropriante ai proprietari. Si apre, dunque, una fase *sub-procedimentale*, in contraddittorio tra le parti, che può portare alla conclusione dell'accordo di cessione volontaria, *ex* articolo 45 T.U. espropriazione.

L'atto conclusivo della procedura è il decreto di esproprio, *ex* articolo 23 T.U. espropriazione, il cui effetto è il trasferimento del diritto dell'espropriando nella sfera giuridica dell'amministrazione espropriante. L'acquisto del bene da parte della pubblica amministrazione è sospensivamente condizionato alla notifica e all'esecuzione del sopra citato decreto. Anche il decreto di esproprio, in quanto provvedimento amministrativo, soggiace all'obbligo di motivazione, *ex* articolo 3 della legge n. 241 del 1990. Tuttavia, tale atto ben potrà essere motivato *per relationem* ai precedenti atti della procedura espropriativa.

Il T.U. espropriazione è ispirato ad una logica partecipativa. È agevole dedurre l'importanza che il legislatore ha voluto riconoscere all'apporto collaborativo e difensivo del privato, in quanto ciò si può evincere dalla lettura sistematica di molteplici disposizioni. Sebbene il privato abbia diritto di partecipare al procedimento di esproprio, di presentare osservazioni e contestazioni in ordine all'apposizione dei vincoli, di concorrere alla determinazione dell'indennità, ovvero di negoziare con l'amministrazione espropriante un vero e proprio accordo di cessione volontaria, *ex* articolo 11 della legge n. 241 del 1990 e articolo 45 T.U. espropriazione, l'autorità espropriante non ha un dovere di analitica disamina motivata di ciascun apporto inoltrato dagli interessati in ordine alla natura e alle caratteristiche delle opere da realizzare¹⁷. Di talché, laddove le osservazioni presentate dai privati siano acquisite al procedimento e tenute presenti dall'amministrazione ai fini del processo

¹⁷ In tal senso, Tar Trentino Alto Adige, Trento, 5 gennaio 2016, n. 3; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 16 marzo 2015, n. 419, nel caso di specie, il mancato accoglimento dell'osservazione presentata dal privato ricorrente è motivata non solo con riferimento al profilo formale dell'inerenza alla procedura di variante urbanistica, ma anche al carattere privato e all'incompatibilità planimetrica e altimetrica del tracciato alternativo proposto dallo stesso rispetto alla viabilità oggetto della procedura, «risultandone dimostrata la considerazione, ad opera del Comune, delle criticità esposte e fatte valere dal ricorrente sul piano sostanziale. Per tali aspetti, il provvedimento resiste alle critiche». Si veda anche, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 6 febbraio 2015, n. 258, Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5189; *Id.*, 31 maggio 2012, n. 3262

decisionale, non può riconoscersi alcun rilievo invalidante alla mancata confutazione analitica dei singoli punti oggetto di contraddittorio.

L'espropriazione per pubblica utilità può concludersi anche con la c.d. cessione volontaria. L'opinione oggi più condivisa è quella che qualifica la cessione volontaria come un accordo sostitutivo del provvedimento, *ex* articolo 11, legge n. 241 del 1990, proprio in ragione della sua funzione sostitutiva del decreto di esproprio¹⁸. Si tratta di uno strumento pubblicistico di esercizio in via consensuale del potere amministrativo. Il provvedimento ablatorio di esproprio viene così ad essere sostituito da un accordo consensuale tra le parti. Ciò determina la perdita della autoritatività dell'azione amministrativa che, nelle procedure di espropriazione, risulta particolarmente accentuata. La scienza giuridica, infatti, individua gli accordi amministrativi, tra cui anche quello di cessione volontaria, come c.d. provvedimenti concordati¹⁹.

In ogni caso, l'articolo 45 T.U. espropriazione sancisce un'equiparazione *quoad effectum* del decreto di esproprio alla cessione volontaria e determina, al secondo comma, il prezzo dell'accordo di cessione.

La sottrazione della determinazione del prezzo dell'accordo alla disponibilità delle parti, essendo fissata imperativamente dal citato articolo 45, in relazione alla natura del bene espropriato, comporta

¹⁸ In tal senso, Cons. St., sez. II, 28 gennaio 2020, n. 705; Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4179, secondo cui la cessione volontaria del bene, in quanto sostitutiva del decreto di esproprio, di cui produce i medesimi effetti, non perde la connotazione di atto autoritativo, implicando la confluenza in un unico testo di provvedimento e negozio. La riconducibilità della cessione volontaria nella disciplina dettata dall'articolo 11, legge n. 241 del 1990 consentono di affermare che le controversie relative all'esecuzione della cessione volontaria diverse da quelle in tema di indennità, devono essere conosciute dal giudice amministrativo. Di segno opposto, Cass. civ., SS.UU., 6 dicembre 2010, n. 24687, secondo cui la cessione volontaria degli immobili assoggettati ad espropriazione rappresenta un modo tipico di chiusura del procedimento di esproprio, secondo modalità ritenute necessarie dalla legge in forza di una relazione legale e predeterminata di alternatività della cessione volontaria rispetto al decreto ablatorio, e non già di mera sostituzione di questo che ne consenta l'inquadramento tra gli accordi sostitutivi di cui all'articolo 11, comma 1, legge n. 241 del 1990. Questi ultimi accordi, infatti, sono liberi nell'*an* e nel *quomodo*, a differenza degli accordi espropriativi che, invece, sono liberi soltanto nell'*an*.

¹⁹ In tal senso, F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, a cura di AA.VV., Giuffrè, Milano, 2002, pp. 21 ss. Si veda anche, F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Cedam, Padova, 1998; V. CARBONE, *Accordi sostitutivi e cessione volontaria del bene espropriando*, in «Giorn. dir. amm.», 1995, 1, pp. 64 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in «Pol. dir.», 1993, 2, pp. 238 ss.

che la determinazione del corrispettivo della cessione volontaria debba essere motivata unicamente con riguardo alla natura del bene oggetto dell'espropriazione (area edificabile; costruzione legittimamente edificata; area non edificabile; area non edificabile, coltivata direttamente dal proprietario). È solo da questa, infatti, che discende *ex lege* il relativo prezzo di cessione.

Nel caso in cui la pubblica amministrazione non realizza, in tutto o solo in parte, l'opera per la quale si era proceduto all'emanazione del provvedimento ablatorio, il privato può ottenere la restituzione del bene²⁰. La retrocessione può essere totale, *ex* articolo 46, T.U. espropriazione, o parziale, *ex* articolo 47, T.U. espropriazione²¹. In ogni caso, presupposto per l'esercizio del diritto potestativo alla retrocessione è che l'amministrazione abbia formalmente manifestato la volontà di non utilizzare l'immobile per gli scopi per i quali era stato espropriato o che tali impossibilità risulti dalle intervenute varianti di piano regolatore urbanistico, con conseguenti mutamenti delle destinazioni di zona²². Il corrispettivo della retrocessione si calcola applicando i criteri stabiliti per la determinazione dell'indennità di espropriazione e con particolare riguardo al momento della pronuncia di retrocessione.

1.1. *Le due macro-fattispecie di deviazione dal normale corso del procedimento espropriativo*

Quello descritto e analizzato nel precedente paragrafo rappresenta

²⁰ Si richiama il contributo di G. FERRARI, *La retrocessione*, in *Codice dell'espropriazione*, a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI, Nel Diritto Editore, Roma, 2016, pp. 980 ss.

²¹ Nell'ipotesi di retrocessione totale sussiste un vero e proprio diritto soggettivo del proprietario alla restituzione del bene espropriato, azionabile dinanzi al giudice ordinario. In tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 14 giugno 2019, n. 1352; Tar Campania, Napoli, sez. II, 9 luglio 2018, n. 4527; Cass. civ., SS.UU., ord., 18 gennaio 2017, n. 1092; Cons. St., sez. IV, 6 agosto 2013, n. 4131; Cass. civ., SS.UU., 11 novembre 2009, n. 23823. Nell'ipotesi di retrocessione parziale la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il proprietario è di interesse legittimo, rientrando la valutazione di inservibilità dei beni residui nella sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione. Il diritto alla retrocessione parziale, che radica la giurisdizione del giudice ordinario, nasce solo se l'amministrazione dichiara che i beni non servono alla realizzazione dell'opera pubblica (c.d. dichiarazione di inservibilità). In tal senso, Cons. St., sez. II, 9 dicembre 2019, n. 8387; Cons. St., sez. IV, 10 marzo 2014, n. 1110; *Id.*, 6 agosto 2013, n. 4131; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 4 giugno 2012, n. 1130.

²² Si veda, Cons. St., sez. IV, 8 novembre 2013, n. 5346, secondo cui l'applicabilità delle norme sulla retrocessione non trova ostacolo nella circostanza che i beni siano stati oggetto di cessione volontaria, anziché di decreto di esproprio; *Id.*, 15 dicembre 2011, n. 6619.

l'*iter* fisiologico del procedimento di espropriazione. Tuttavia, occorre considerare che non sempre l'espropriazione si svolge seguendo il suddetto *iter*. In alcuni casi, infatti, si possono verificare delle deviazioni o alterazioni del normale procedimento espropriativo, soprattutto laddove, prima ancora della dichiarazione di pubblica utilità o del decreto di esproprio, la pubblica amministrazione prenda possesso del bene da espropriare attraverso diverse forme di occupazioni.

In linea generale, è possibile distinguere due diverse macro-fattispecie di deviazione dal normale corso del procedimento di esproprio.

La prima macro-fattispecie è rappresentata, anzitutto, dall'adozione di un provvedimento di occupazione d'urgenza, espressamente consentita dalla legge in vista della futura espropriazione. Tuttavia, ove non segua il successivo procedimento espropriativo, l'occupazione inizialmente legittima diventa illegittima, determinando un'espropriazione di fatto del bene. Rientrano nella suddetta macro-categoria anche le ipotesi di occupazione strumentale all'espropriazione.

La seconda macro-fattispecie, invece, abbraccia tutte le diverse ipotesi ricondotte dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica ai fenomeni di occupazione acquisitiva e di occupazione usurpativa. Si tratta di ipotesi in cui il procedimento di esproprio o manca del tutto o ha subito delle importanti alterazioni patologiche.

Nei paragrafi che seguono, si analizza la rilevanza e il perimetro dell'obbligo di motivazione nelle macro-fattispecie sopra illustrate.

1.1.1. *Le occupazioni legittime e l'obbligo di motivazione*

Per quanto concerne le ipotesi contemplate dalla prima macro-fattispecie sopra descritta, un primo esempio è l'occupazione d'urgenza preordinata all'espropriazione, disciplinata dall'articolo 22-*bis*, T.U. espropriazione.

Nei casi in cui l'avvio dei lavori rivesta carattere di particolare urgenza, tale, quindi, da non consentire il perfezionamento dell'*iter* espropriativo ordinario, l'amministrazione può legittimamente «occupare d'urgenza» un immobile. La funzione dell'istituto *de quo* è quella di consentire il legittimo spossessamento dell'immobile a favore della pubblica amministrazione procedente, nelle more dell'adozione del decreto di esproprio.

Anteriormente all'entrata in vigore del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, il presupposto essenziale di tale forma di occupazione era la dichiarazione di indifferibilità ed urgenza. L'amministrazione espropriante, pertanto, doveva dimostrare e motivare specificamente l'assoluta urgenza e indifferibilità dell'occupazione per prendere possesso dell'immobile al

fine di realizzare l'opera.

Le previsioni contenute nel T.U. espropriazione, tuttavia, hanno modificato la portata del requisito dell'urgenza, assumendo una consistenza ben diversa rispetto a quella assoluta richiesta nel caso di occupazione per causa di forza maggiore. La giurisprudenza, pertanto, è giunta al punto di ritenere necessaria un'urgenza qualificata – che non consenta di attendere la fase della determinazione e dell'offerta dell'indennità provvisoria – per la cui dimostrazione è ritenuta idonea una motivazione notevolmente più debole²³. In presenza di tale presupposto, l'amministrazione può emanare un decreto motivato, con cui determina in via provvisoria l'indennità di espropriazione e dispone, contestualmente, l'occupazione anticipata dei beni immobili necessari.

In ogni caso, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 22-*bis* T.U. espropriazione, il decreto di occupazione d'urgenza concerne una fase puramente attuativa di quella riguardante la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori, con la conseguenza che è da ritenersi adeguata la motivazione *per relationem* alla dichiarazione di pubblica utilità²⁴. Tale dichiarazione, infatti, costituisce l'unico presupposto dell'ordinanza di occupazione e consente di rilevare l'urgenza della realizzazione delle opere previste²⁵. Deve, pertanto, ritenersi legittimo, e, quindi, adeguatamente e sufficientemente motivato, il decreto di occupazione che contiene l'esplicito richiamo alla delibera di giunta comunale di approvazione del progetto definitivo e di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera²⁶. È ancora, appare più che sufficiente a

²³ In tal senso, Tar Molise, Campobasso, sez. I, 25 maggio 2019, n. 193; Tar Puglia, Bari, sez. III, 9 maggio 2018, n. 676; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 17 marzo 2008, n. 317; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 30 gennaio 2008, n. 105.

²⁴ In tal senso, *ex multis*, Tar Molise, Campobasso, sez. I, 25 maggio 2019, n. 193; Cons. St., sez. IV, 17 luglio 2018, n. 4346, secondo cui «l'ordinanza di occupazione d'urgenza riguarda una fase puramente attuativa di quella riguardante la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori, con la conseguenza che è sufficiente la motivazione dell'ordinanza di occupazione che si limiti a richiamare espressamente tale dichiarazione, costituente l'unico presupposto della stessa, e che consenta di rilevare l'urgenza della realizzazione delle opere previste nella dichiarazione di pubblica utilità. Da ciò deriva che è nel sistema che le ragioni a fondamento del decreto di occupazione di urgenza vadano rinvenute negli atti presupposti, ossia nell'approvazione del progetto che legittimamente rinvia alla correlata relazione tecnica»; Tar Puglia, Bari, sez. III, 9 maggio 2018, n. 676.

²⁵ In tal senso, *ex multis*, Tar Molise, Campobasso, sez. I, 25 maggio 2019, n. 193; Cons. St., sez. IV, 17 luglio 2018, n. 4346; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 26 aprile 2017, n. 324; Tar Marche, Ancona, sez. I, 5 aprile 2017, n. 266; Tar Campania, Salerno, sez. I, 21 marzo 2017, nn. 505 e 506; Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5520.

²⁶ In tal senso, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 febbraio 2017, n. 249.

soddisfare i requisiti di motivazione del decreto di occupazione d'urgenza il semplice riferimento alla dichiarazione di pubblica utilità e alla necessità di eseguire lavori²⁷.

Anche con particolare riguardo alla proroga dell'occupazione d'urgenza, si ritiene che non sussiste un obbligo di particolare motivazione, essendo sufficiente la prospettazione della necessità di avere a disposizione un maggiore tempo per il perfezionamento della procedura espropriativa. Tale affermazione si pone, tra l'altro, in linea con il principio secondo cui il carattere discrezionale della fissazione del termine massimo di occupazione del bene da espropriare esonera la pubblica amministrazione procedente dall'obbligo di una specifica e puntuale motivazione circa la durata dell'occupazione d'urgenza²⁸.

Il ricorso alla procedura di cui all'articolo 22-*bis* T.U. espropriazione è sempre ammesso per gli interventi in materia di infrastrutture e insediamenti strategici, di cui alla legge n. 443 del 2001 e, comunque, quando il numero dei destinatari della procedura è superiore a cinquanta. In tali ipotesi, la previsione espressa da parte della legge attenua l'obbligo motivazionale circa le ragioni di urgenza qualificata che hanno indotto l'amministrazione a seguire la procedura di cui all'articolo 22-*bis*, e, quindi, ad occupare immediatamente il bene per realizzare l'opera pubblica, anziché quella ordinaria²⁹.

La legittima occupazione d'urgenza può successivamente diventare illegittima, nell'ipotesi in cui l'amministrazione non emani il decreto di esproprio nei termini e compia, comunque, una trasformazione della proprietà occupata, iniziando o addirittura ultimando l'opera pubblica³⁰.

Nella prima macro-fattispecie sopra descritta, vi rientra anche l'ipotesi della occupazione temporanea di aree non soggette ad esproprio, prevista dall'articolo 49 T.U. espropriazione, secondo cui la pubblica amministrazione può disporre l'occupazione temporanea di aree non soggette alla procedura espropriativa, per eseguire lavori riguardanti un diverso suolo da espropriare, dietro corresponsione di un'indennità, ai sensi del successivo articolo 50.

²⁷ In tal senso, Tar Molise, Campobasso, sez. I, 25 maggio 2019, n. 193; Cons. St., sez. IV, 17 luglio 2018, n. 4346; Tar Marche, Ancona, sez. I, 17 ottobre 2016, n. 564.

²⁸ In tal senso, Tar Campania, Salerno, sez. I, 21 marzo 2017, nn. 505 e 506; Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5520.

²⁹ Si veda, Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2007, n. 3608.

³⁰ Si pone, in giurisprudenza, la questione della tutela azionabile da privato proprietario dell'area occupata e trasformata o addirittura interessata dalla compiuta realizzazione dell'opera pubblica, in vista della quale l'occupazione era stata disposta.

L'occupazione temporanea di aree *ex* articolo 49 T.U. espropriazione non è finalizzata all'esproprio, bensì a soddisfare un'esigenza limitata nel tempo (*i.e.* approvvigionamento di materiali, impianto di cantieri, ovvero fruizione di altre utilità), funzionale alla corretta esecuzione di determinati lavori³¹. Il suo tratto qualificante è, dunque, la temporaneità³². Temporaneità che a sua volta è inscindibilmente connessa con i caratteri di strumentalità e accessorietà; i fondi occupati, infatti, devono essere strumentali all'esecuzione di lavori svolti su altro fondo, all'esito dei lavori devono essere restituiti ai legittimi proprietari, e non devono subire diminuzioni di valore o limitazioni proprietarie senza adeguato indennizzo. L'esatta individuazione della consistenza, estensione e qualità delle aree da occupare, e del sacrificio da imporre al proprietario, è di fatto posticipata al momento dell'effettiva immissione in possesso, in quanto mancano inizialmente dati attendibili per determinare l'indennità³³. Il secondo comma del citato articolo 49, inoltre, prescrive che l'amministrazione debba notificare al proprietario dell'area interessata dall'occupazione un avviso contenente l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora in cui è prevista l'esecuzione dell'ordinanza che dispone l'espropriazione.

Il dettato normativo non fa espressa menzione di una motivazione, tuttavia, ciò non vale ad escluderla. Il privato, infatti, deve poter conoscere le ragioni sottese all'occupazione temporanea disposta dall'amministrazione precedente. In tali casi l'obbligo motivazionale non è particolarmente forte, poiché si ritiene correttamente assolto con il semplice richiamo alla «necessità dell'occupazione per la corretta esecuzione dei lavori previsti»³⁴.

1.1.2. *Le occupazioni illegittime e la motivazione dell'espropriazione semplificata*

Nella seconda macro-fattispecie rientrano le ipotesi di occupazione acquisitiva (o appropriativa) e di occupazione usurpativa.

L'occupazione acquisitiva è un istituto di creazione giurisprudenziale in forza del quale l'amministrazione che occupa illegittimamente – per

³¹ Si veda, Cass. civ., SS.UU., 9 febbraio 2011, n. 3167. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione affermano, altresì, che la controversia promossa da un privato per la restituzione di un fondo occupato ai sensi dell'articolo 49 T.U. espropriazione, non avendo ad oggetto atti o provvedimenti amministrativi e rimanendo estranea alla materia espropriativa vera e propria, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

³² Si veda, Tar Lazio, Roma, sez. III, 7 giugno 2016, n. 6553; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 27 maggio 2015, n. 1266.

³³ Si veda, Tar Veneto, Venezia, sez. III, 13 ottobre 2011, n. 1554.

³⁴ In tal senso, Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 29 giugno 2009, n. 1342.

manca *ab origine* del titolo legittimate, ovvero per sopravvenuta inefficacia dello stesso, senza che sia stato adottato un valido decreto di esproprio – un suolo del privato per la realizzazione di un'opera pubblica, ne acquisisce a titolo originario la proprietà per effetto della sua trasformazione irreversibile³⁵. La giurisprudenza, in passato, ha elaborato il meccanismo pretorio della c.d. accessione invertita³⁶. L'articolo 938 codice civile prevede, quale modo di acquisto della proprietà, la c.d. accessione, la quale opera sulla base del principio per cui *superficies solo cedit*. Al contrario, mediante il meccanismo dell'accessione invertita la pubblica amministrazione proprietaria dell'opera costruita sul fondo diveniva proprietaria del fondo medesimo³⁷.

Numerosi sono stati i profili di criticità dell'istituto in parola, sui quali si è concentrato il dibattito pretorio e scientifico³⁸. Sono sorti molteplici dubbi sul richiamo della normativa civilistica per la sostanziale istituzione di un nuovo modo di acquisto della proprietà privata; sull'assenza delle garanzie procedurali assicurate dalla Costituzione, nonché dal T.U. espropriazione; sulla qualificazione come illecito aquiliano del fenomeno occupativo e, dunque, sulla tutela del proprietario illegittimamente espropriato.

Le preoccupazioni sull'ammissibilità dell'occupazione acquisitiva, che implica in definitiva la lesione del diritto di proprietà privata, si sono manifestate anche – e soprattutto – a livello sovranazionale, con riferimento alla compatibilità con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (Cedu)³⁹. La Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu) ha più volte censurato le forme di espropriazione indiretta elaborate nell'ordinamento italiano, configurandole come un illecito permanente perpetrato nei confronti di un diritto primario dell'uomo, senza che possa assumere alcuna rilevanza in contrario l'intervenuta realizzazione

³⁵ Si veda, Cass. civ., SS. UU., 26 febbraio 1983, n. 1464.

³⁶ Il conflitto tra l'interesse del privato al mantenimento del diritto di proprietà del suolo e quello dell'amministrazione alla conservazione dell'opera pubblica, accertata la trasformazione irreversibile del fondo privato, andava risolto in favore di quest'ultima, in quanto portatrice di un interesse prevalente alla stregua di una valutazione di ordine economico e sociale.

³⁷ Dalla condotta tenuta dalla pubblica amministrazione sorgeva il diritto al risarcimento del danno in capo al proprietario illecitamente spossessato.

³⁸ Si richiama, da ultimo, l'approfondito contributo di G. MARI, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, in «Riv. giur. edil.», 2016, 1, pp. 69 ss.

³⁹ L'articolo 1 del Primo Protocollo aggiuntivo alla Cedu enuncia il fondamentale principio del diritto al rispetto dei propri beni. Lo stesso principio è, inoltre, consacrato all'articolo 17 dello Statuto delle Nazioni Unite, nonché all'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

di un'opera pubblica sul terreno interessato⁴⁰. L'acquisizione del diritto di proprietà, infatti, non può mai conseguire ad un comportamento illecito.

A fronte delle pronunce della Corte Edu, si è affermato il principio generale per cui il privato che abbia subito una espropriazione illegittima, mediante una occupazione appropriativa, ha diritto al risarcimento dei danni da perdita del possesso del bene e alla restituzione dello stesso. La trasformazione irreversibile del bene avvenuta in presenza di una dichiarazione di pubblica utilità non è idonea a determinare la perdita del diritto di proprietà da parte del privato.

È, invece, riconducibile alla fattispecie della occupazione usurpativa, la privazione del possesso del suolo, in assenza dei necessari presupposti di legge, in particolare, in assenza di una valida e/o efficace dichiarazione di pubblica utilità o di indifferibilità e urgenza, pur in presenza di un radicale e irreversibile trasformazione del bene⁴¹. In tale ipotesi, mancando il necessario collegamento funzionale tra la dichiarazione di pubblica utilità e la realizzazione dell'opera pubblica, l'amministrazione pone in essere un'attività materiale integrante un illecito extracontrattuale permanente e, pertanto, si riteneva che non potesse prodursi l'effetto traslativo della proprietà, invece ammesso in caso di occupazione appropriativa⁴². Il proprietario dell'area occupata ben poteva ricorrere ai normali rimedi petitori e possessori a difesa della proprietà, oltre che al rimedio risarcitorio⁴³.

Il legislatore, recependo i principi della Cedu, che escludono la configurabilità di un'espropriazione indiretta in assenza di un idoneo titolo legale, ha introdotto l'articolo 43 T.U. espropriazione, poi dichiarato incostituzionale e riformulato con importanti novità nel vigente articolo 42-*bis* del medesimo T.U.⁴⁴ Secondo la disposizione dichiarata

⁴⁰ In tal senso, Corte Edu, *Belvedere Alberghiera srl c. Italia*, 30 ottobre 2003; *Id.*, *Carbonara e Ventura c. Italia*, 11 dicembre 2003.

⁴¹ Anche l'occupazione usurpativa è un istituto di creazione pretoria. Sul punto, si veda, Cass. civ., sez. I, 16 luglio 1997, n. 6515; *Id.*, 26 agosto 1997, n. 7998; Cass. civ., SS. UU., 4 marzo 1997, n. 1907.

⁴² Si veda, Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2017, n. 1425, in relazione all'ipotesi di occupazione di aree al di là dei confini segnati dal decreto di esproprio (c.d. sconfinamento); Cass. civ., SS. UU., ord., 7 dicembre 2016, n. 25044. Si veda anche, Cons. St., sez. IV, 2 settembre 2011, n. 4970.

⁴³ Quanto ai rimedi esperibili, si veda, Cass. civ., SS. UU., 23 agosto 2012, n. 14609. Quanto all'individuazione del titolare del diritto al risarcimento del danno, si veda, Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2012, n. 7904.

⁴⁴ L'articolo 42-*bis* T.U. espropriazione è stato introdotto dall'articolo 34, comma 1, decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni nella legge 15 luglio 2011, n. 111, a seguito della declaratoria di incostituzionalità per eccesso di delega del

costituzionalmente illegittima, l'amministrazione che utilizzava un'area in assenza di un titolo valido ed efficace, poteva acquisirla al suo patrimonio indisponibile, adottando un apposito provvedimento previa valutazione degli interessi in conflitto, risarcendo il danno arrecato al privato⁴⁵.

Con l'introduzione del citato articolo 42-*bis* il tema della motivazione è ritornato ad assumere una rilevanza primaria, soprattutto per le ragioni che si esporranno qui di seguito.

La novellata occupazione provvedimento o acquisitiva concerne e interessa tutte le ipotesi di occupazione illegittima del bene del privato, ricomprendendo nel suo ambito di applicazione le fattispecie in passato qualificate sotto il nome di occupazioni usurpative o acquisitive⁴⁶. Il tenore dell'articolo 42-*bis* del T.U. espropriazione è sensibilmente diverso nel suo contenuto precettivo rispetto al previgente articolo 43 del medesimo T.U., pur conservando la stessa rubrica («Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico»). Il provvedimento di acquisizione coattiva introdotto dall'intervenuta novella legislativa, infatti, si configura come un atto nuovo, omogeneo a quello di esproprio, previsto per il caso il cui la pubblica amministrazione già detenga il bene, lo utilizzi per ragioni di interesse pubblico o lo abbia trasformato in modo irreversibile senza espropriarlo, che opera *ex nunc* – e non *ex tunc* – ovvero solo al momento dell'emanazione dello stesso provvedimento di acquisizione. Tale provvedimento, quindi, non vale a sanare ed eliminare il precedente illecito, la cui cessazione può avvenire solo in conseguenza dell'avverarsi di particolari situazioni giuridiche, quali la restituzione del fondo, l'accordo transattivo o la rinuncia abdicativa del proprietario a certe condizioni.

La norma citata prevede che l'autorità che utilizzi il bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il bene espropriato e un risarcimento per i pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali sofferti durante l'occupazione illegittima. Il trasferimento

previgente articolo 43 (Corte Cost., 8 ottobre 2010, n. 293).

⁴⁵ In seno alla Cedu persistevano le medesime censure espresse rispetto all'occupazione acquisitiva.

⁴⁶ La questione sulla qualificazione giuridica dell'occupazione, acquisitiva o usurpativa, infatti, è divenuta irrilevante, dovendosi ritenere che in ogni caso di occupazione sussista un illecito permanente ex articolo 2043 cod. civ. In tal senso, Cons. St., Ad. Plen., 9 febbraio 2016, n. 2; Cass. civ., SS. UU., ord., 27 maggio 2015, n. 10879; *Id.*, 19 gennaio 2015, n. 735; Cons. St., sez. V, 2 novembre 2011, n. 5844.

della proprietà, dunque, non è più una conseguenza dell'occupazione di fatto illegittima unita alla trasformazione del bene immobile privato, ma, oltre a necessitare di una regolare attività provvedimentale, è sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute al privato.

L'articolo 42-*bis*, comma 2, T.U. espropriazione prevede che le nuove regole valgono non solo quando manchi del tutto l'atto espropriativo, ma anche in relazione alle ipotesi in cui sia stato annullato d'ufficio o per via giurisdizionale l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità del bene o il decreto di esproprio. In altri termini, l'acquisizione sanante di cui all'articolo 42-*bis* può essere adottata dall'amministrazione in tutte le ipotesi che in passato venivano definite come occupazioni usurpative o acquisitive. Allo stato, tale distinzione ha mantenuto una sua rilevanza solo esclusivamente ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

L'atto di acquisizione sanante deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, data la rilevante discrezionalità della determinazione che l'amministrazione deve assumere, fatti salvi i casi di urgenza, debitamente motivata e comprovata, che giustifichi l'omissione di tale adempimento⁴⁷. Il provvedimento di acquisizione sanante, in ogni caso, deve recare l'indicazione delle circostanze che hanno condotto all'indebita utilizzazione dell'area, la data dalla quale essa ha avuto inizio, nonché l'indicazione dell'ammontare di indennizzo, di cui è disposto il pagamento entro trenta giorni.

A tale contenuto si aggiunge, con la nuova previsione, «la motivazione in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'adozione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione»⁴⁸. Il legislatore, dunque, inserisce un obbligo speciale di motivazione rispetto a quello generale previsto dall'articolo 3 della legge generale sul procedimento amministrativo.

⁴⁷ In tal senso, Tar Sardegna, sez. II, 4 giugno 2012, n. 557; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 11 gennaio 2011, n. 9. Secondo Cons. St., sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1465, tale presidio partecipativo non è necessario allorché la possibilità di un provvedimento di acquisizione *ex* articolo 42-*bis* sia stata già prefigurata in sede giudiziale, essendo il privato reso edotto dell'eventuale avvio del relativo *iter* con conseguente possibilità di attivarsi facendo constare all'amministrazione gli elementi che condizionerebbero negativamente l'esercizio di tale facoltà, ovvero i parametri cui l'amministrazione dovrebbe conformarsi.

⁴⁸ Articolo 42-*bis*, comma 4, T.U. espropriazione. Già l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 29 aprile 2005, n. 2, si era espressa circa la necessità di una «motivazione particolarmente esaustiva della valutazione degli interessi in conflitto» in caso di occupazione acquisitiva.

Si tratta di una motivazione analitica, stringente e rafforzata, dalla quale devono emergere le eccezionali ragioni di interesse pubblico e l'assenza di «ragionevoli alternative» che giustifichino una procedura eccezionale e *sui generis*⁴⁹. Le ragioni di pubblico interesse, in particolare, devono essere bilanciate con gli interessi dei privati; spetta, dunque, all'amministrazione temperare e ponderare gli interessi potenzialmente contrapposti pubblici e privati che vengono in rilievo nel procedimento.

La previsione della suddetta motivazione speciale e rafforzata si giustifica proprio in ragione del fatto che, nonostante il trasferimento della proprietà non sia più conseguenza automatica dell'occupazione e della trasformazione del bene, si è pur sempre di fronte ad un'ipotesi di illecito perpetrato dall'amministrazione precedente.

Sulla tenuta del nuovo disposto normativo si è pronunciata anche la Corte Costituzionale, con la sentenza 30 aprile 2015, n. 71, dichiarando che la disposizione di cui all'articolo 42-*bis* T.U. espropriazione si differenzia dal previgente articolo 43 sotto molteplici aspetti, che la rendono compatibile con gli articoli 3, 24, 42, 97 Cost., nonché con l'articolo 117 della Costituzione, anche alla luce dell'articolo 6 Cedu e dell'articolo 1 Primo Protocollo Cedu.

Secondo la Corte Costituzionale, l'articolo 42-*bis* T.U. espropriazione ha certamente reintrodotta la possibilità per l'amministrazione che utilizza senza titolo un bene privato per scopi di interesse pubblico di evitarne la restituzione al proprietario e/o la riduzione in pristino stato attraverso un procedimento ablatorio prefigurato dallo stesso T.U. espropriazione. Il provvedimento di acquisizione sanante, tuttavia, non deve intendersi come esercizio di un mero potere rimediante rispetto ad un cattivo esercizio del potere ablatorio, bensì quale esito di un procedimento espropriativo semplificato – nelle forme, ma complesso negli esiti – espressione di una

⁴⁹ In tal senso, Cass. civ. SS. UU., 31 gennaio 2017, n. 2480, secondo cui «va censurata, in quanto recante una motivazione solo apparente, la pronuncia giudiziale che, nell'affermare la legittimità della condotta dell'amministrazione nell'applicazione dell'istituto di cui all'articolo 42-bis, d.P.R. n. 327 del 2001, ometta qualsiasi richiamo agli elementi del percorso motivazionale basato sulla emersione di ragioni attuali ed eccezionali che dimostrino in modo chiaro che l'apprensione coattiva si pone come *extrema ratio*, nonché qualsiasi accenno al motivo per cui non sono ritenute ragionevolmente praticabili soluzioni alternative, non potendo ciò consistere nella generica, eccessiva difficoltà ed onerosità dell'alternativa a disposizione dell'amministrazione per la tutela delle esigenze pubbliche»; Cass. civ. SS. UU., 25 marzo 2016, n. 6017 ha escluso che tra le «ragionevoli alternative» all'acquisizione coattiva del bene, cui fa riferimento l'articolo 42-*bis*, possa considerarsi anche il rinnovo dell'ordinaria procedura espropriativa, riferendosi la norma esclusivamente alla restituzione del bene al proprietario, ovvero alla sua acquisizione consensuale.

funzione amministrativa meritevole di tutela⁵⁰.

Tale natura semplificata della procedura ablatoria prevista dall'articolo 42-*bis* T.U. espropriazione giustifica la previsione di una motivazione rafforzata, analitica e stringente, recante le attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico sottese all'indebita utilizzazione dell'area. L'adozione dell'atto acquisitivo, infatti, è consentita esclusivamente allorché costituisca l'estrema *ratio* per la soddisfazione delle sopra richiamate ragioni di interesse pubblico e in assenza di ragionevoli alternative.

2. La motivazione degli atti sanzionatori e il due process

Il potere sanzionatorio, del quale troviamo una disciplina generale nella legge 24 novembre 1981, n. 689 e una più specifica in diversi settori della normativa amministrativa, è volto a punire un illecito amministrativo, ossia il comportamento antigiuridico di un soggetto dal quale, secondo l'ordinamento deriva non una responsabilità penale o civile, ma amministrativa⁵¹. La conseguenza di tale comportamento è un intervento che incide negativamente nella sfera giuridica dell'autore dell'illecito, con l'irrogazione di una sanzione da parte della pubblica amministrazione⁵².

⁵⁰ In tal senso, Tar Toscana, Firenze, sez. I, 25 ottobre 2019, n. 1436; Tar Campania, Napoli, sez. V, 19 luglio 2019, n. 3979; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 29 giugno 2015, n. 203.

⁵¹ In tal senso, A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Jovene, Napoli, 1925; E. CASETTA, *Sanzioni amministrative, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. XII, UTET, Torino, 1997, pp. 599 ss.

⁵² La correlazione con l'accertamento dell'illecito amministrativo caratterizza l'istituto di cui si tratta, definendo i caratteri della sanzione amministrativa e, conseguentemente, distinguendola dalle altre misure di coazione delle quali può disporre la pubblica amministrazione. Si esprime in questi termini, C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 346 ss. Pertanto, esulano dall'ambito delle sanzioni amministrative non solo, ovviamente, tutte le misure favorevoli per il destinatario, ma anche quelle che, pur essendo negative, hanno un carattere preventivo, in quanto dirette ad evitare, attraverso l'intervento dell'amministrazione, la realizzazione dell'illecito. Secondo M.A. SANDULLI, *Sanzione (Sanzioni amm.)*, *ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XXVIII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1992, pp. 2 ss., si ha una sanzione amministrativa in senso stretto «ogni volta che l'ordinamento, di fronte a un atto antigiuridico, considerata la turbativa che reca all'ordine pubblico generale, reputa per ciò stesso (imprescindibilmente) necessario commisurare una conseguenza dannosa (un male) a carico di chi ne è responsabile, prescindendo

A ben vedere, l'esigenza di assicurare garanzie di tipo procedimentale, tra cui l'obbligo di motivazione, si pone in termini rafforzati nei casi in cui la pubblica amministrazione esercita la predetta potestà sanzionatoria⁵³. Non può, infatti, negarsi l'operatività, anche in ambito di procedimenti sanzionatori, del generale obbligo motivazionale di cui all'articolo 3 della legge n. 241 del 1990, il cui fondamento costituzionale, anche in questa sfera, viene ricondotto a quanto disposto dall'articolo 97 della Costituzione, quale esplicazione del più generale canone di buon andamento e «giusto procedimento amministrativo»⁵⁴.

L'obbligo motivazionale, in particolare, potrà considerarsi assolto quando sia possibile evincere dal testo del provvedimento quale sia la violazione addebitata e quali siano i fatti posti a fondamento della pretesa sanzionatoria, così che il destinatario della stessa possa, eventualmente, opporsi in sede giurisdizionale alla decisione amministrativa. D'altro canto, la congruità e l'adeguatezza della motivazione del provvedimento sanzionatorio devono passare attraverso il rigore dell'accertamento del verificarsi del presupposto dell'illecito, che deve trovare piena e completa espressione nel testo del medesimo provvedimento⁵⁵. Parte della giurisprudenza, inoltre, ammette la possibilità che la motivazione sia resa *per relationem* mediante il richiamo di altri atti del procedimento amministrativo «purché tale richiamo consenta l'instaurazione del giudizio di merito»⁵⁶.

dall'eventuale secondaria soddisfazione che possa derivare al portatore dell'interesse leso».

⁵³ Si richiama la recente trattazione di S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

⁵⁴ Si rinvia all'organica trattazione di M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Jovene, Napoli, 1983, p. 195. L'Autrice afferma che, «utilizzando un tipo di approccio analogo a quello proposto per i principi enunciati dall'articolo 24, comma 2, si può, in altre parole affermare che dalla garanzia del buon andamento dell'amministrazione sancita nell'articolo 97, comma 1, della Costituzione è ricavabile in riferimento all'esercizio della potestà sanzionatoria, l'osservanza dell'obbligo di adeguata motivazione del provvedimento».

⁵⁵ Si rinvia all'approfondita trattazione di G. BERLIRI, *Sanzioni amministrative e principi costituzionali della potestà punitiva penale*, in *Le sanzioni amministrative*, a cura di AA.VV., Giuffrè, Milano, 1982, p. 302. L'Autore afferma che la motivazione «deve essere esauriente e rendere conto degli accertamenti fatti e delle prove raccolte dall'amministrazione in ordine alla colpevolezza dello stesso». In giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2014, n. 148, secondo cui l'accertamento dei presupposti di fatto che giustificano l'intervento afflittivo «deve essere condotto in modo estremamente rigoroso, nella consapevolezza delle gravi conseguenze connesse al mancato accertamento»; *Id.*, 17 giugno 2014, n. 3045.

⁵⁶ In tal senso, *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 27 gennaio 2012, n. 1230; Cass. civ., sez. trib., 8 settembre 2010, n. 19209; Cons. giust. amm. Sicilia, 18 novembre 2009, n. 1084.

La stessa legge n. 689 del 1981, che rappresenta l'esempio più importante di depenalizzazione e trasformazione di illeciti penali in illeciti amministrativi, all'articolo 18, sancisce espressamente l'obbligo di motivazione della sanzione prescelta o dell'eventuale ordinanza di archiviazione⁵⁷.

La disciplina del procedimento sanzionatorio e delle relative garanzie, tra le quali l'obbligo di motivazione, non si rinviene in un'unica fonte normativa, ma in una pluralità di fonti: si pensi a quelle che interessano le singole autorità indipendenti⁵⁸. Alle autorità indipendenti, infatti, è riconosciuto il potere di verificare la riconducibilità delle condotte poste in essere dagli operatori economici (regolati) nelle fattispecie astratte di illecito amministrativo delineate dalla legge, irrogando sanzioni dalla stessa previste⁵⁹.

I procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti, attesa la particolare pervasività delle sanzioni che possono essere irrogate in esito agli stessi, da un lato, richiedono forme di contraddittorio rinforzato, destinato a caratterizzarsi in termini di contraddittorio difensivo, piuttosto che collaborativo⁶⁰; dall'altro, richiedono che il provvedimento

⁵⁷ Sulla legge n. 689 del 1981 e sul relativo obbligo di motivazione, si rinvia alle opere di M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione. Studi preliminari*, Jovene, Napoli, 1981; ID., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, cit.; nonché di A. TRAVI, *Sanzione amministrativa e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983.

⁵⁸ Le leggi istitutive di ciascuna autorità indipendente demandano a successivi regolamenti di attuazione la concreta definizione delle regole del procedimento sanzionatorio.

⁵⁹ Sul punto, si richiama il contributo di M.S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, a cura di S. AMOROSINO, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 9 ss. Secondo l'Autore il potere di irrogare le sanzioni, concepito in termini strumentali alla regolazione, costituisce l'elemento di chiusura dell'intervento delle singole autorità indipendenti nel settore di competenza: un intervento che pertanto tende ad assumere quel carattere della compiutezza tipico degli ordinamenti giuridici sezionali. A sostegno della predetta tesi, si richiama anche, W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 21. L'Autore rileva che l'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle autorità indipendenti (in particolare Consob) costituisce una sorta di incidente all'interno di un'attività più complessa di vigilanza che si svolge senza soluzione di continuità. Poi si veda anche, S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1997, 2, pp. 353 ss., secondo il quale la sanzione è complementare agli altri strumenti di controllo e vigilanza sul settore di riferimento e concorre ad esercitare un'azione deterrente nei confronti dei comportamenti contrari ai principi della regolazione (*i.e.* sana e prudente gestione, trasparenza e di correttezza nei rapporti tra privati, concorrenza, ecc.).

⁶⁰ Come già ampiamente sottolineato nel presente lavoro di ricerca, le garanzie partecipative della trasparenza e del contraddittorio rivestono notevole importanza, soprattutto quale momento fondamentale di legittimazione delle autorità indipendenti.

sanzionatorio finale, che incide sulle situazioni giuridiche soggettive dei privati, deve essere sorretto da una congrua e adeguata motivazione⁶¹.

Con particolare riguardo all'obbligo motivazionale, che ben può essere assolto anche *per relationem* agli atti istruttori (in particolare alla proposta di provvedimento), è possibile affermare che lo stesso debba accompagnare e assistere sia l'irrogazione della sanzione sia l'archiviazione del procedimento medesimo⁶².

Infatti, l'archiviazione è assoggettata dal diritto vivente all'obbligo di motivazione tipico dei provvedimenti amministrativi. La giurisprudenza amministrativa ha, in più occasioni, chiarito che la fase preistruttoria e la fase istruttoria devono essere sufficientemente analitiche, al fine di esporre adeguatamente anche nel caso di non avvio dell'istruttoria e di archiviazione le ragioni per le quali si intende procedere o si intende arrestare il procedimento⁶³. Quanto all'obbligo di motivazione dell'archiviazione, la

La partecipazione è volta a garantire ai soggetti destinatari delle sanzioni di poter fornire, già in fase procedimentale, elementi tali da convincere l'autorità a non irrogare la sanzione o, comunque, a minimizzarne gli effetti afflittivi. Il contraddittorio dovrebbe, in ogni caso, essere garantito, anche ove non espressamente previsto dalle normative di settore, alla luce di quanto affermato dall'articolo 41, comma 2 della Carta di Nizza, secondo cui ogni persona ha «diritto di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio». In giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596. In dottrina, si richiama il contributo di M. CLARICH, L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in «Giur. comm.», 2013, 2, pp. 358 ss.

⁶¹ Si richiama, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 744. Si tratta di una pronuncia di annullamento, per difetto di istruttoria e motivazione, di un provvedimento sanzionatorio irrogato a Mastercard dall'Agcm. Il Collegio afferma che l'atto sanzionatorio fondato su motivazioni diverse da quelle originariamente contestate all'operatore economico deve ritenersi illegittimo. Nel caso di specie, l'Agcm aveva inizialmente contestato a Mastercard (con il provvedimento di avvio e con la successiva comunicazione delle risultanze istruttorie) che le commissioni interbancarie fossero molto elevate rispetto agli altri circuiti. Tuttavia, al termine del procedimento, l'*Antitrust* mutava avviso, sino ad affermare che non fosse il livello di commissioni da ritenersi restrittivo, bensì «la sua definizione in mancanza di motivazioni economiche che ne rendano necessaria l'applicazione». Ad avviso del Consiglio di Stato, l'Agcm, modificando di fatto l'intero impianto seguito nel corso della fase istruttoria, impedisce alle parti interessate di controdedurre adeguatamente sul punto. Questa circostanza risulta *ex se* idonea ad inficiare l'atto sanzionatorio finale, in quanto assunto in violazione delle prerogative partecipative e procedimentali che devono necessariamente assistere i procedimenti sanzionatori.

⁶² L'archiviazione consiste nell'accertamento dell'insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto posti a base della denuncia/segnalazione ed esplicita il rifiuto di esercitare il potere sanzionatorio. L'archiviazione può concludere sia la fase preistruttoria che la fase istruttoria.

⁶³ In tal senso, *ex multis*, Cons. St. sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751, che ha annullato un'archiviazione per «inadeguatezza della motivazione addotta dall'Agcm a sostegno

giurisprudenza, dunque, lo ha inteso come obbligo inderogabile.

Allo stesso tempo, il provvedimento che dispone la sanzione deve essere sorretto da una valida motivazione, la quale deve coprire sia l'*an* della responsabilità, sia il *quantum* della sanzione, in ossequio al principio di proporzionalità⁶⁴. La sanzione, da un lato, deve essere congrua e idonea al raggiungimento dello scopo, dall'altro, deve essere proporzionata, ossia idonea, necessaria e adeguata⁶⁵. Il luogo in cui avviene il bilanciamento tra l'interesse pubblico perseguito con l'applicazione della misura sanzionatoria e l'oppressione della sfera giuridica soggettiva e personale del destinatario della stessa è proprio la motivazione. La quantificazione della sanzione deve essere effettuata tenendo conto dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689 del 1981, ossia: gravità dell'infrazione, personalità dell'agente e condizioni economiche dell'impresa. La motivazione del provvedimento sanzionatorio sul punto può ritenersi adeguata ed esaustiva solo quando contiene l'esposizione dei criteri seguiti nella liquidazione della somma

dell'archiviazione disposta in seno al procedimento avviato su segnalazione avente ad oggetto pretesi accordi tra alcuni gestori di telefonia mobile volti a porre termine al servizio di invio gratuito di sms tramite internet [...]. L'autorità, nell'esplicitare le ragioni sottese alla determinazione di non avviare l'istruttoria, afferma che «la valorizzazione del traffico potrebbe aver trovato, a suo tempo, motivazione economica nel notevole incremento registrato dalla suddetta tipologia di servizio». Si tratta all'evidenza di apparato motivazionale da cui non è dato cogliere le ragioni che hanno indotto l'Autorità a non avviare gli accertamenti istruttori volti a verificare la fondatezza di quanto segnalato dall'associazione appellante»; Tar Lazio, Roma, sez. I, 14 aprile 2011, n. 3252. Si veda anche, Tar Lazio, Roma, sez. I, 24 agosto 2010, n. 31278, secondo cui «la fase preistruttoria [...] non deve essere sommaria, ma deve essere sufficientemente analitica al fine di esporre adeguatamente, nel caso di non avvio dell'istruttoria, le ragioni per le quali le preoccupazioni anticoncorrenziali possono essere escluse».

⁶⁴ Il paradigma normativo rilevante quanto alla determinazione delle misure afflittive irrogabili da ciascuna autorità, deve integrarsi con la previsione di cui all'articolo 11 della legge n. 689 del 1991, in materia di criteri di determinazione della generalità delle sanzioni amministrative pecuniarie, il quale prevede quattro parametri cui l'amministrazione deve attenersi per determinare il *quantum* della sanzione tra il minimo e il massimo edittale previsto dalla legge, ossia: (i) la gravità della violazione; (ii) l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione; (iii) la personalità dell'agente; (iv) le condizioni economiche di quest'ultimo. Si deve evitare che diritti fondamentali, anche economici, vengano sacrificati da aggressioni sproporzionate e in alcun modo giustificate. Sul principio di proporzionalità, si rinvia, da ultimo, all'approfondito contributo di D.U. GALLETTA, *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 149 ss. Poi si veda anche, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998.

⁶⁵ Si veda, Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2017, n. 2256

richiesta, non essendo sufficiente la mera indicazione dell'importo finale⁶⁶.

Ciò chiarito, occorre, inoltre, osservare che, in taluni casi, sono le leggi istitutive delle autorità indipendenti, i regolamenti adottati dalle autorità, ovvero leggi speciali a prevedere una disciplina di dettaglio in punto di motivazione.

È il caso della Banca d'Italia, per cui si prevede l'obbligo di motivazione dei propri provvedimenti sanzionatori all'articolo 24 della legge n. 262 del 2005. La motivazione deve descrivere il fatto e indicare la norma violata: non è necessario, invece, che la stessa sia dettagliata e analitica, ciò che conta è che esterni, anche succintamente o *de relato*, le ragioni sottese alla decisione, dalle quale è possibile dedurre che vi è stato un esame degli elementi istruttori addotti dall'interessato.

Tuttavia, occorre osservare che, molto spesso, le previsioni normative speciali delle singole autorità dispongono il rinvio alla normativa generale contenuta nella legge n. 689 del 1981 per le sanzioni amministrative pecuniarie, in quanto applicabile. Il richiamo alla riferita normativa generale e ai principi in essa contenuti consente (seppur non completamente) di riportare a unità i diversi procedimenti sanzionatori delle singole autorità indipendenti, attraverso l'applicazione di principi comuni, tra cui il dovere di motivazione.

Lo stesso può dirsi relativamente ai principi generali e garantisti contenuti nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (*ex* articolo 6) in materia di giusto procedimento sanzionatorio⁶⁷.

Il contenuto e la portata applicativa del principio del c.d. *due process* sono stati notevolmente ampliati a seguito della nota pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo *Grande Stevens*⁶⁸. La Corte Edu,

⁶⁶ In tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 7 febbraio 2012, n. 348; Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2011, n. 6822. La giurisprudenza amministrativa, con riguardo al criterio delle condizioni economiche dell'impresa, ha chiarito che l'autorità non può riferirsi esclusivamente al fatturato afferente all'oggetto di esame, dovendo, invece, valutare la dimensione complessiva e le potenzialità economiche dell'impresa stessa, nonché l'importanza societaria dell'eventuale gruppo di appartenenza. In tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 luglio 2013, n. 6596; *Id.* 8 gennaio 2013, n. 104; *Id.*, 9 marzo 2012, n. 2402; Cons. St., sez. VI, 21 settembre 2011, n. 5303.

⁶⁷ In tal senso, F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2013, 1, pp. 79 ss. Poi si veda anche, M. ALLENA, *Art. 6 Cedu: procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

⁶⁸ L'espressione «due process of law» è di derivazione statunitense. Il V emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, riferendosi al par. 39 della Magna Carta, dispone che «Nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in

infatti, fornendo un'interpretazione sostanzialistica dell'articolo 6 Cedu e della nozione di 'pena', ha riconosciuto che il diritto fondamentale della persona al cosiddetto *fair trial* o *due process of law*, il quale racchiude in sé una serie di garanzie, quali la terzietà e imparzialità del giudice, il contraddittorio, la parità delle armi e il diritto ad un processo e ad una decisione che siano resi pubblici e motivati, è estensibile a tutto ciò che in concreto è una pena, ivi comprese le sanzioni qualificate dagli ordinamenti interni nazionali come amministrative e non penali⁶⁹.

Pur trattandosi di principi che assumono una dimensione evidentemente processuale, la Corte ne ha fatto applicazione anche ai procedimenti amministrativi, in particolare quelli di carattere sanzionatorio⁷⁰. La Corte Edu, dunque «da una norma di diritto processuale civile e penale ha tratto una norma di diritto amministrativo sostanziale, ai rapporti tra cittadino e amministrazione e al procedimento amministrativo»⁷¹. La piena applicazione del *due process*, sancito dal citato articolo 6, in materia di giusto procedimento è discesa principalmente dalla qualificazione operata dalla Corte Edu delle sanzioni pecuniarie di elevata entità come sanzioni sostanzialmente penali⁷².

jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation»; anche il XIV emendamento riprende il principio del *due process of law* nell'ambito del riconoscimento della cittadinanza americana unitaria dopo la guerra civile. Per commenti alla sentenza, si rinvia, *ex multis*, ai contributi di M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in «Giorn. dir. amm.», 2014, 11, pp. 1053 ss.; G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? (Materia penale, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte Edu, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in «Riv. soc.», 2014, 5, pp. 953 ss.; E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte Edu sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in «Giur. cost.», 2014, 3, pp. 3007 ss.

⁶⁹ In questi termini, A. DI STASI, *Il diritto all'equo processo nella Cedu e nella Convenzione americana sui diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2012; D. LIAKOPOULOS, *Equo processo nella Convenzione dei diritti dell'uomo e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2007.

⁷⁰ Sul punto, si richiamano le trattazioni di M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2012; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁷¹ Si è espresso in tal senso, S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Parte generale, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 239.

⁷² Quest'opera di riquilificazione delle sanzioni è stata effettuata in una pluralità di casi, anche e soprattutto con riguardo alle sanzioni irrogate dalle autorità amministrative indipendenti. Nel caso *Menarini c. Italia* (Cedu 27 settembre 2011, c. 43509/08), la Corte Edu ha qualificato come penale una sanzione pecuniaria irrogata dall'Agcm. Lo stesso è accaduto nel caso *Grande Stevens c. Italia* (Cedu, sez. II, 4 marzo 2014, C. 18640/10),

3. La centralità della motivazione negli atti atipici nel contenuto e negli effetti: le ordinanze contingibili e urgenti

Le ordinanze contingibili ed urgenti rappresentano uno dei più significativi esempi di provvedimento amministrativo tipico nella forma, ma atipico nel contenuto e negli effetti. Le ordinanze in parola, pur rispettando il principio di legalità formale, rappresentano un'importante deroga al principio di legalità sostanziale, che impone, secondo la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale, la preesistenza di una fonte legale che disciplini non soltanto il potere, ma anche le modalità, i limiti e le condizioni di esercizio dello stesso, nonché i suoi effetti.

Si tratta, infatti, di atti a contenuto atipico che l'amministrazione è abilitata ad adottare, sulla base di specifiche previsioni legislative, per fronteggiare situazioni eccezionali, anche derogando alla disciplina normativa di rango primario, ma pur sempre nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento⁷³.

L'atipicità contenutistica che caratterizza i predetti atti è stata ritenuta necessaria proprio al fine di assicurare quella elasticità di manovra che si vuole riconoscere all'amministrazione per far fronte a situazioni eccezionali, non predeterminabili in via normativa⁷⁴. Si tratta, dunque, di

ove la Corte Edu ha qualificato come sostanzialmente penali le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria in materia di *market abuse*. In dottrina, si richiama l'esautistico contributo di M. D'ALBERTI, *L'Unione Europea e i diritti*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2016, 3, pp. 761 ss.

⁷³ Sul potere di ordinanza, si richiamano gli approfonditi contributi di G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza* (dir. cost. e amm.), *ad vocem*, in «Nov. dig. it.», vol. XII, UTET, Torino, 1965, pp. 92 ss.; F. BARTOLOMEI, *Ordinanza* (dir. amm.), *ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 970 ss.; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, *ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XXII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, pp. 2 ss. Poi si veda anche, R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in «Dir. pubbl.», 2007, 2, pp. 345 ss.; S. FRANCHIONI, *Potere di ordinanza, sicurezza urbana e Costituzione*, in *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti e limiti*, a cura di A. LORENZETTI, S. ROSSI, Jovene, Napoli, 2010, pp. 4 ss. Sono ordinanze contingibili ed urgenti, tra le altre: (i) quelle previste dall'articolo 50 del D.lgs. n. 267 del 2000 (T.U. enti locali); (ii) quelle previste dall'articolo 54 del D.lgs. n. 267 del 2000 (T.U. enti locali); (iii) quelle previste dall'articolo 2, R.D., n. 733 del 1931 (T.U. leggi pubblica sicurezza); (iv) quelle previste dall'articolo 5 della legge 225 del 1992 (recante «Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile»); (v) quelle previste dall'articolo 32 della legge n. 833 del 1978 e dall'articolo 117 del D.lgs. n. 112 del 1998.

⁷⁴ Si rinvia alla trattazione di R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*,

‘valvole di sicurezza’ del sistema che consentono, per l’appunto, per i casi di urgenza, di curare l’interesse pubblico con le misure che al momento appaiono più opportune secondo le circostanze.

Il potere *extra ordinem*, per le caratteristiche sopra descritte, incontra taluni limiti fondamentali e ineludibili. Anzitutto, si ha riguardo al rispetto degli anzidetti principi costituzionale e dei principi generali dell’ordinamento⁷⁵. Deve, inoltre, essere garantito il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, proprio in ragione del fatto che le ordinanze di necessità ed urgenza incidono su interessi dei singoli individui⁷⁶. Si deve, dunque, far fronte alle situazioni di pericolo utilizzando misure necessarie, adeguate e idonee a salvaguardare l’interesse pubblico con il minor sacrificio delle posizioni giuridiche soggettive del destinatario della decisione⁷⁷. E ancora, dovendo tutelare un interesse generale della collettività ed essere l’estrema *ratio*, devono essere altresì congruenti allo scopo da raggiungere.

Quanto ai limiti procedimentali, merita particolare attenzione quello del generale obbligo di motivazione, previsto dall’articolo 3 della legge generale sul procedimento amministrativo, che non si considera derogabile neppure relativamente a provvedimenti di urgenza.

L’eccezionalità del potere e l’atipicità contenutistica delle ordinanze contingibili ed urgenti impongono un rafforzamento dell’obbligo di motivazione. La motivazione rafforzata deve individuare le ragioni di contingibilità ed

Giappichelli, Torino, 2017, pp. 35 ss. Nell’impostazione degli Autori, le ordinanze sarebbero provvedimenti nominati per il solo fatto di essere astrattamente previsti dall’ordinamento, ma non tipizzati, in quanto i loro effetti non sarebbero disciplinati puntualmente *ex lege*.

⁷⁵ Tale limite implica che le ordinanze non possono: (i) vietare l’esercizio di libertà fondamentali garantite da norme costituzionali di immediata efficacia precettiva; (ii) intervenire in materie coperte da riserva di legge assoluta; (iii) porsi in contrasto con norme imperative primarie.

⁷⁶ Il principio di proporzionalità attiene alla scelta della soluzione adeguata a cura dell’interesse pubblico con il minor sacrificio degli altri interessi in gioco ed è riferibile al bilanciamento quantitativo dei interessi. Il principio di ragionevolezza, invece, esprime il criterio secondo cui la pubblica amministrazione è tenuta a bilanciare gli interessi compresenti nel procedimento in maniera plausibile e giustificata ed è riferibile al bilanciamento qualitativo dei interessi. Per una trattazione esaustiva dei predetti principi, si rinvia alla trattazione di P.M. VIPIANA, *L’attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2017, pp. 52 ss.

⁷⁷ In tal senso, Cons. St., sez. V, 26 maggio 2015, n. 2610; *Id.*, 14 aprile 2006, n. 2087; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 24 maggio 2011, n. 778, secondo cui appare del tutto illogico, irrazionale e sproporzionato, il provvedimento adottato dall’amministrazione comunale consistente nel vietare l’accesso ai cani nelle isole pedonali al solo fine di evitare che l’animale sporchi l’area pubblica.

urgenza che giustificano l'esercizio del potere ed indicare, contestualmente, le finalità del provvedimento e le ragioni per le quali risulta impossibile ricorrere a strumenti giuridici tipici individuati dal legislatore⁷⁸. Nella motivazione, inoltre, si deve dare atto del concreto rispetto dei principi sopra richiamati, dimostrando la congruità fra la decisione assunta in concreto e i canoni di esercizio del potere di ordinanza in relazione alle risultanze dell'istruttoria. Ciò anche al fine di consentire ai privati lesi dalle ordinanze in parola di sottoporre le stesse a controllo giurisdizionale. La motivazione diviene, quindi, da un lato, fattore di legittimazione della deroga al principio di legalità sostanziale e, dall'altro, strumento di responsabilizzazione della pubblica amministrazione e garanzia del controllo giurisdizionale sugli atti.

Un'ulteriore questione problematica – che di riflesso tocca anche il tema della motivazione – riguarda la ravvisabilità di un limite temporale al potere di ordinanza. Tradizionalmente, il potere di adozione di ordinanze di urgenza, per sua natura provvisorio, deve necessariamente avere un limite temporale⁷⁹. Secondo una diversa impostazione, invece, non può escludersi *a priori* la permanenza delle ordinanze contingibili ed urgenti⁸⁰. Pertanto, solo a seguito di una valutazione caso per caso, adeguatamente motivata, è possibile affermare se l'intervento deve assumere o meno carattere temporaneo. La provvisorietà non sarebbe, dunque, un tratto caratteristico delle ordinanze contingibili ed urgenti.

La giurisprudenza, inoltre, si è soffermata sul perimetro del pericolo del danno grave e sull'indifferibilità dell'intervento urgente. Da un lato, si è affermato che la finalità e il presupposto per l'emanazione di ordinanze di necessità ed urgenza «è di provvedere con urgenza ad un evento nuovo, imprevisto ed imprevedibile». In linea con tale ricostruzione, dunque, è stata esclusa la sussistenza dei presupposti per l'emissione di ordinanze contingibili ed urgenti in presenza del carattere risalente e permanente della situazione dannosa⁸¹. Dall'altro lato, invece, si è ritenuto che ciò che conta è «l'effettiva esistenza di una situazione di pericolo imminente al momento dell'adozione dell'ordinanza», essendo del tutto ininfluyente tanto la prevedibilità dell'evento dannoso, quanto il fatto che la situazione di emergenza sia insorta in epoca precedente⁸².

⁷⁸ La giurisprudenza, sul punto, appare costante. Si veda, *ex multis*, Tar Campania, Salerno, sez. II, 13 marzo 2019, n. 384; Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 17 dicembre 2018, n. 12276; Cons. St., sez. V, 2 marzo 2015, n. 988; *Id.*, 25 maggio 2012, n. 3077

⁷⁹ In tal senso, Cons. St., se. IV, 18 ottobre 2002, n. 5721.

⁸⁰ In tal senso, Cons. St., sez. V, 13 ottobre 2003, n. 6169.

⁸¹ In tal senso, Tar Veneto, sez. II, 19 gennaio 2007, n. 148.

⁸² In tal senso, Cons. St., sez. V, 19 settembre 2012, n. 4968, che, in relazione allo stato

3.1. *La motivazione delle ordinanze sindacali ex articolo 54 Testo Unico enti locali*

Un'analisi particolare merita il potere *extra ordinem* riconosciuto in capo al sindaco, ai sensi del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. T.U. enti locali)⁸³.

La scienza giuridica e la giurisprudenza hanno affrontato il problema dell'individuazione dei limiti al suddetto potere di ordinanza sindacale, necessariamente ricompresi tra i canoni della discrezionalità e della legalità.

L'articolo 50 del T.U. enti locali, nell'affermare che il sindaco è l'organo responsabile dell'amministrazione del Comune, gli riconosce la legittimazione ad emanare ordinanze contingibili ed urgenti nei particolari casi in cui, in sede locale, possano verificarsi pericoli imminenti ed attuali non altrimenti evitabili⁸⁴.

di emergenza nella città di Venezia, determinatosi per effetto del traffico acqueo lagunare, afferma che «la circostanza che non si tratti di una situazione nuova ed imprevedibile non è di per sé d'ostacolo al ricorso alla dichiarazione dello stato di emergenza, poiché ciò che si rileva non è la circostanza, estrinseca, che il pericolo sia correlato ad una situazione preesistente ovvero ad un evento nuovo ed imprevedibile, ma la sussistenza della necessità e dell'urgenza attuale di intervenire a difesa degli interessi da tutelare». Si veda anche, Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2001, n. 654.

⁸³ Per una disamina delle ordinanze sindacali, si rinvia al contributo di M. GNES, *L'annullamento prefettizio delle ordinanze del Sindaco quale Ufficiale di Governo*, in «Giorn. dir. amm.», 2009, 1, pp. 44 ss.; C. MEOLI, *Il potere di ordinanza del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, in «Giorn. dir. amm.», 2009, 6, pp. 682 ss. Poi si veda anche, L. VANDELLI, *I poteri del Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica nel nuovo articolo 54 del TUEL*, in *Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 giugno 2008*, a cura di AA.VV., Bononia University Press, Bologna, 2009, pp. 51 ss. Anche il Prefetto, ai sensi dell'articolo 2, R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (T.U. leggi pubblica sicurezza), nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica. Trattasi di una competenza generale volta a far fronte sia ad emergenze naturali che pubbliche a contenuto assolutamente libero, data l'assenza di una seppur minima indicazione contenutistica e/o teleologica.

⁸⁴ L'articolo 50, comma 5, T.U. enti locali dispone che «[...] in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Le medesime ordinanze sono adottate [...] in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti di urgenza [...] spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali»; il successivo comma 7-bis dispone che «Il sindaco, al fine di assicurare il soddisfacimento delle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti

Il successivo articolo 54, comma 4, T.U. enti locali attribuisce al sindaco, in qualità di Ufficiale del governo, il potere di adottare con atto motivato provvedimenti contingibili ed urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana⁸⁵. La medesima facoltà, inoltre, è concessa in casi nei casi di emergenza indicati al successivo comma 6⁸⁶.

In ogni caso, i presupposti per l'adozione dei suddetti provvedimenti possono essere individuati: (i) nell'urgenza, intesa come indifferibilità del provvedimento; (ii) nella contingibilità, intesa come straordinarietà e imprevedibilità dell'evento; (iii) nonché nella provvisorietà, intesa nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e ad efficacia temporalmente limitata⁸⁷.

nonché dell'ambiente e del patrimonio culturale in determinate aree delle città interessate da afflusso particolarmente rilevante di persone, anche in relazione allo svolgimento di specifici eventi, nel rispetto dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, può disporre, per un periodo comunque non superiore a trenta giorni, con ordinanza non contingibile e urgente, limitazioni in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche».

⁸⁵ La Corte Costituzionale, con sentenza 7 aprile 2011, n. 115, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 54, comma 4, T.U. enti locali, «nella parte in cui comprende la locuzione “anche” prima delle parole “contingibili e urgenti”», per contrasto con gli articoli 3, 23 e 97 della Costituzione. Il potere conferito al Sindaco viene, dunque, riportato nell'alveo originario, ovvero limitato alla emanazione di ordinanze contingibili ed urgenti a tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana. L'attuale formulazione dell'articolo 54, comma 4, T.U. enti locali dispone che «Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. I provvedimenti di cui al presente comma sono preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione». Il decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2008, adottato in base a quanto previsto nel decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni nella legge 24 luglio 2008, n. 125, definisce «l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana».

⁸⁶ L'articolo 54, comma 6, T.U. enti locali dispone che «In casi di emergenza, connessi con il traffico o con l'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero quando a causa di circostanze straordinarie si verificano particolari necessità dell'utenza o per motivi di sicurezza urbana, il sindaco può modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, adottando i provvedimenti di cui al comma 4».

⁸⁷ Si veda, *ex multis*, Tar Toscana, Firenze, sez. II, 25 giugno 2018, n. 919; Cons. St., sez. V, 4 febbraio 2015, n. 533; Tar Puglia, Bari, sez. II, 5 maggio 2012, n. 1099, secondo cui l'ordinanza contenente il divieto di distribuzione di buste di plastica non biodegradabili difetta del presupposto dell'urgenza di provvedere; Tar Basilicata, Potenza, Sez. I, 10

Il potere di ordinanza, *ex* articolo 54, comma 4, T.U. enti locali, è attribuito in vista del raggiungimento di interessi pubblici definiti ricorrendo a concetti giuridici indeterminati e variamente interpretabili, quali l'incolumità pubblica e la 'sicurezza urbana' ed è subordinato alla sussistenza di una situazione di 'grave pericolo'.

La norma in parola non dispone alcunché circa la disciplina del procedimento di adozione delle suddette ordinanze, con la conseguenza che dovrà farsi implicito rinvio alle disposizioni di cui alla legge n. 241 del 1990.

Il ruolo della motivazione delle ordinanze sindacali è sempre incisivo e centrale⁸⁸. La rilevanza dell'obbligo di motivazione, tra l'altro, viene enfatizzata anche dalla lettera dell'articolo 54, comma 4: i provvedimenti di ordinanza, infatti, ricadrebbero, in ogni caso, sotto la previsione dell'obbligo generale di motivazione, *ex* articolo 3, comma 1, legge n. 241 del 1990⁸⁹.

La motivazione, da un lato, è funzionale a giustificare l'emanazione dell'ordinanza, dall'altro, è strumentale ad una rappresentazione della razionalità intrinseca delle scelte effettuate dal sindaco. Alla base dell'emanazione dell'ordinanza *extra ordinem* vi deve essere un adeguato supporto motivazionale non solo di tipo estrinseco, vale a dire di esteriorizzazione della causa del grave pericolo e/o dell'eccezionalità dell'evento, ma anche di tipo intrinseco, ovvero corredato da un'adeguata istruttoria, sulla base dei dati tecnici in possesso dell'amministrazione, da condursi secondo un accertamento di fatti fondato su prove concrete e non su mere presunzioni⁹⁰.

gennaio 2012, n. 7; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 3 novembre 2011, n. 1049.

⁸⁸ Si esprime in questi termini, A. CASSATELLA, *L'obbligo di motivazione delle "nuove" ordinanze a tutela della sicurezza urbana previste dall'art. 54, comma 4, del Testo unico degli enti locali: osservazioni critiche*, in «Le Reg.», 2010, 1, pp. 157 ss. In giurisprudenza, si veda, da ultimo, Cons. St., sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2696, secondo cui «poiché il potere di ordinanza sindacale contingibile e urgente presuppone comunque situazioni di pericolo effettivo non tipizzate dalla legge, la relativa sussistenza deve esser suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione, ché solo in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia di provvedimenti»; Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 17 dicembre 2018, n. 12276; Tar Lazio, Latina, sez. I, 6 aprile 2018, n. 202.

⁸⁹ È lo stesso T.U. enti locali a definire le ordinanze come «provvedimenti», ovvero come atti a contenuto concreto preordinati alla tutela di un determinato interesse pubblico, originato da una specifica situazione di fatto, la cui individuazione costituisce lo stesso *prius* logico di esercizio della potestà sindacale.

⁹⁰ In tal senso, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. V, 9 ottobre 2017, n. 4699; Cons. St., sez. V, 22 marzo 2016, n. 1189, secondo cui «è illegittima l'ordinanza contingibile urgente, adottata *ex* articolo 54 del d.lgs. n. 267 del 2000, qualora risulti sfornita di elementi

Ai fini del legittimo esercizio del potere di ordinanza sarà, quindi, indispensabile esternare, in punto di fatto, la contingibilità e l'urgenza, *id est* la sussistenza di una situazione di effettivo pericolo di danno grave ed imminente per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, non fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva⁹¹.

La motivazione, dunque, è lo strumento più importante per effettuare una valutazione della ragionevolezza, proporzionalità e razionalità delle misure adottate dai sindaci. L'adempimento di tale obbligo, oltre ad essere imposto dall'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 – e ribadito dall'articolo 54, comma 4, T.U. enti locali – discenderebbe anche dal principio di buona fede oggettiva⁹². Ai destinatari dei singoli provvedimenti, oltre che alla collettività nel suo complesso, deve, infatti, essere consentito di comprendere l'effettiva ragione giuridica di determinate valutazioni.

4. L'interdittiva antimafia tra motivazione e fumus

L'obbligo di motivazione di cui all'articolo 3 legge n. 241 del 1990 assume notevole rilevanza anche per i provvedimenti inderdittivi antimafia, configurandosi quale obbligo speciale e rafforzato.

Le informative antimafia sono provvedimenti amministrativi interdittivi, disciplinati dal D.lgs. 6 settembre 2001, n. 159 (c.d. Codice antimafia), consistenti nell'attestazione da parte del Prefetto del coinvolgimento di determinate imprese in dinamiche legate alla criminalità organizzata, con effetto, per l'appunto, interdittivo della partecipazione a procedure di evidenza pubblica e comunque dell'instaurazione di rapporti economici con esse⁹³. Si tratta, dunque, di misure volte alla salvaguardia

istruttori e di motivazione in grado di rappresentare un'effettiva situazione di grave pericolo che minacci l'incolumità dei cittadini [...]». Si veda anche, Tar Umbria, Perugia, sez. I, 29 agosto 2013, n. 451; Tar Campania, Napoli, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 1220; Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2012, n. 3490; Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2012, n. 904.

⁹¹ In tal senso, *ex multis*, Cons. St. sez. V, 5 giugno 2017, n. 2676; Cons. giust. amm. Sicilia, 3 marzo 2017, n. 84; Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 15 aprile 2016, n. 960; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 15 febbraio 2016, n. 132

⁹² Si richiama l'organica trattazione di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁹³ Per una disamina delle informative antimafia, si si rinvia alla trattazione di V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 1403 ss. Poi si veda anche, M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in «Giustamm.it» 2016; F.G. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione*

dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione⁹⁴.

Il Codice antimafia, all'articolo 84, distingue le comunicazioni dalle informazioni antimafia⁹⁵. Le pubbliche amministrazioni devono richiedere la comunicazione prima di stipulare ogni contratto relativo a lavori, servizi e forniture, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati all'articolo 67 del Codice antimafia (licenze, concessioni, autorizzazioni, ecc.). La comunicazione può essere richiesta e rilasciata da enti, anche diversi dalla Prefettura – indicati all'articolo 97 – mediante consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia. Laddove non emerga alcuna causa ostativa, si procede al rilascio di una comunicazione antimafia liberatoria, in caso contrario è previsto, invece, l'intervento del Prefetto, che, ai sensi dell'articolo 89 del Codice antimafia, deve verificare «la corrispondenza dei motivi ostativi emersi dalla consultazione della banca dati alla situazione aggiornata del soggetto sottoposto agli accertamenti». Se il Prefetto accerta «la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa [...] adotta comunque un'informazione antimafia interdittiva e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti [...] senza emettere la comunicazione antimafia». Oltre che in tal caso, l'informazione antimafia va rilasciata su impulso delle amministrazioni che si trovano a stipulare un contratto di importo superiore ai valori stabiliti dall'articolo 91, a fronte della ritenuta insufficienza della comunicazione antimafia a garantire l'affidabilità dell'impresa, con conseguente necessità di dar luogo in ogni caso ad indagini prefettizie circa la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa.

La comunicazione antimafia emessa a seguito della mera consultazione della Banca dati nazionale ha carattere intrinsecamente vincolato. Di contro, la documentazione rilasciata a seguito delle verifiche prefettizie ha

antimafia in materia di appalti pubblici, in «Giustamm.it», 2013.

⁹⁴ In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza. Si veda, *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 22 novembre 2019, n. 2480; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 gennaio 2019, n. 40; Cons. St., sez. III, 14 settembre 2018, n. 5410; Tar Campania, Napoli, sez. I, 27 maggio 2016, n. 2756; Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

⁹⁵ Le prime consistono nell'«attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67»; le seconde possono assumere lo stesso contenuto delle prime, oppure – salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6 – attestare «la sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4». L'oggetto della comunicazione antimafia è più circoscritto rispetto a quello dell'interdittiva antimafia e ciò trova corrispondenza nel più snello sistema di acquisizione per la stessa delineato dalla legge.

carattere discrezionale. Gli indici predeterminati dalla legge, infatti, lasciano alle amministrazioni procedenti un ampio margine di apprezzamento nel valutare l'opportunità di emanare un'informativa negativa. Margine, tra l'altro, enfatizzato dalla considerazione della finalità cautelare dell'istituto, che risponde all'esigenza di minimizzare il rischio che le pubbliche amministrazioni intrattengano rapporti con la criminalità organizzata⁹⁶.

L'obbligo di motivazione dei predetti provvedimenti interdittivi assume caratteri differenti e per così dire speciali, rispetto a quello generale delineato dall'articolo 3 della legge n. 241 del 1990⁹⁷.

Si ritiene, infatti, che la motivazione dei provvedimenti interdittivi antimafia, da un lato, deve scendere nel concreto, ossia indicare specificamente gli elementi fattuali posti a base delle relative valutazioni; dall'altro deve indicare le ragioni in base alle quali i predetti elementi siano tali da indurre a concludere in ordine alla sussistenza dei relativi presupposti e, dunque, in ordine alla perdita di fiducia sull'affidabilità e sulla moralità dell'imprenditore.

L'obbligo motivazionale, tuttavia, assume un perimetro diverso

⁹⁶ Quanto alla natura del provvedimento, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 6 aprile 2018, n. 3, ha sottolineato come l'interdittiva antimafia determini una incapacità giuridica che è: (a) parziale, «in quanto limitata ai rapporti giuridici con la pubblica amministrazione, ed anche nei confronti di questa limitatamente a quelli di natura contrattuale, ovvero intercorrenti con esercizio di poteri provvedimentali, e comunque ai precisi casi espressamente previsti dalla legge»; (b) tendenzialmente temporanea, «potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente (il Prefetto)». Conseguisce la natura cautelare e preventiva del provvedimento.

⁹⁷ Con riguardo al tema della premissione del contraddittorio in materia di informazione antimafia – seppur non oggetto della presente trattazione – si segnala la recente ordinanza Tar Puglia, Bari, sez. III, 13 gennaio 2020, n. 28. Il Tar Puglia, con la predetta ordinanza, rimette alla Cgue la questione pregiudiziale se la normativa antimafia, nella parte in cui non prevede garanzie endoprocedimentali in favore del soggetto destinatario dell'informativa, sia compatibile con il principio del contraddittorio, come ricostruito dal diritto dell'Unione Europea. Il tema delle garanzie endoprocedimentali assume tanto più rilievo quanto più incisivi sono gli effetti del provvedimento sulla sfera giuridica del privato: se è vero che il procedimento per l'emissione dell'informativa antimafia richiede, nell'ottica del diritto della prevenzione, celerità, è altrettanto vero che tale esigenza non può compromettere le garanzie endoprocedimentali che, anzi, devono essere rafforzate laddove venga in rilievo un provvedimento amministrativo in grado di incidere in modo significativo sui diritti fondamentali della persona. Deriva che le garanzie procedurali non dovrebbero dipendere dalla veste formale del provvedimento, dalla sua natura cautelare o sanzionatoria, ma dall'incisività degli effetti che dal provvedimento derivano. Nell'ambito dell'informativa antimafia, in virtù dell'asserita natura cautelare del provvedimento, la giurisprudenza tende a negare al privato la possibilità di esporre il proprio punto di vista prima della conclusione del procedimento.

a secondo della opinabilità o meno dei fatti emersi nel corso del procedimento.

Qualora i fatti valutati risultino chiari ed evidenti, o quanto meno altamente plausibili, il provvedimento prefettizio si può anche limitare a rimarcare la loro sussistenza, assumendo, di fatto, un carattere quasi vincolato. In altri termini, se gli atti richiamati nel provvedimento prefettizio (emessi da organi giudiziari o amministrativi) già contengono specifiche valutazioni degli elementi emersi nel corso del procedimento, il provvedimento interdittivo antimafia può ritenersi sufficientemente e adeguatamente motivato *per relationem* agli stessi⁹⁸.

Ove invece i fatti risultino opinabili, il provvedimento interdittivo deve motivatamente specificare quali elementi ritenga rilevanti e come essi si leghino tra loro. Ciò significa che se eventuali atti richiamati contengono una sommatoria di elementi eterogenei non ancora unitariamente considerati (ad esempio, perché si sono susseguite relazioni delle Forze dell'ordine indicanti meri dati di fatto), spetta al provvedimento prefettizio valutare tali elementi eterogenei, non potendosi ammettere una motivazione *per relationem*.

Conseguentemente, se la motivazione del provvedimento interdittivo antimafia è poco curata e scarna, profili di eccesso di potere possono sussistere solo se, a loro volta, anche gli atti del procedimento non siano congruenti e siano carenti di effettivi contenuti, frettolosi o immotivati. Profili di inadeguatezza della valutazione vanno, dunque, esclusi se, mediante una motivazione *per relationem*, negli atti richiamati risultino le effettive ragioni sostanziali poste a base del provvedimento prefettizio.

In ogni caso, l'impianto motivazionale dell'informativa – *ex se* o *per relationem* agli atti istruttori – deve fondarsi su una rappresentazione complessiva, imputabile all'autorità prefettizia, degli elementi di permeabilità criminale che possano influire anche indirettamente sull'attività dell'impresa – o sulla licenza, autorizzazione, ecc. – la quale si viene a trovare in una condizione di potenziale asservimento (o condizionamento) rispetto alle iniziative della criminalità organizzata di stampo mafioso. Gli elementi raccolti, quindi, non vanno guardati in modo atomistico, ma unitario, sì che la valutazione deve essere effettuata, e corrispondentemente esternata in sede di motivazione, in relazione

⁹⁸ Come noto, infatti, l'articolo 3, comma 3, legge n. 241 del 1990, prevede che l'obbligo motivazionale può essere assolto anche *per relationem*, ossia tramite il rinvio ad atti ulteriori e diversi, adottati nell'ambito del procedimento specifico o anche di altri procedimenti. Questi atti, tuttavia, devono essere indicati espressamente nel provvedimento e resi disponibili insieme alla decisione al momento della relativa comunicazione.

al complessivo quadro indiziario risultante dalla ricostruzione logica e valutazione sintetica di tutti i dati emersi in sede istruttoria, ognuno dei quali acquista valenza nella sua connessione con gli altri⁹⁹.

Il quadro indiziario dell'infiltrazione mafiosa posto a base del provvedimento interdittivo antimafia deve dar conto in modo organico e coerente, ancorché sintetico, di quei fatti aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, dai quali, sulla base della regola causale del «più probabile che non», possa pervenirsi in via presuntiva alla conclusione ragionevole che tale rischio sussista, valutarne e contestualizzatene tutte le circostanze di tempo, di luogo e di persona¹⁰⁰.

La valutazione del rischio di inquinamento mafioso deve, dunque, avvenire in base al criterio del 'più probabile che non', ossia alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, quale è, anzitutto, anche quello mafioso¹⁰¹. I fatti che l'autorità prefettizia deve valorizzare, infatti, prescindono dall'atteggiamento antiggiuridico della volontà mostrato dai singoli e finanche da condotte penalmente rilevanti (non necessarie per la sua emissione), ma sono rilevanti nel loro valore oggettivo, storico, sintomatico, perché rivelatori del condizionamento

⁹⁹ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 22 giugno 2018, n. 349; *Id.*, 29 febbraio 2016, n. 868; *Id.*, 13 novembre 2015, n. 5197; *Id.*, 14 dicembre 2015, n. 5674; *Id.*, 7 ottobre 2015, n. 4657; *Id.*, 28 settembre 2015, n. 4527; *Id.*, 23 aprile 2015, n. 1576.

¹⁰⁰ È estranea al sistema delle interdittive antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno latamente sanzionatori, qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio. Una simile logica, infatti, vanificherebbe la finalità anticipatoria dell'interdittiva, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente rilevante. In tal senso, Cons. St., sez. III, 16 giugno 2016, n. 2683; *Id.*, 3 maggio 2016, n. 1743.

¹⁰¹ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., III, 11 giugno 2018, n. 3496, secondo cui «È estranea al sistema delle informazioni antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno latamente sanzionatori, qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio, poiché simile logica, propria del giudizio penale, vanificherebbe la finalità anticipatoria dell'informazione antimafia, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente rilevante». Nello stesso senso, Cons. St., III, 30 gennaio 2019, n. 758; Cons. St., sez. III, 7 luglio 2016, n. 3012; *Id.*, 22 giugno 2016, n. 2774; *Id.*, 3 maggio 2016, n. 1743; *Id.*, 7 ottobre 2015, n. 4657; Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15709. Gli elementi posti a base del provvedimento prefettizio possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione. Anche soggetti semplicemente conniventi con la mafia, per quanto non concorrenti, nemmeno esterni, con siffatta forma di criminalità, e persino imprenditori soggiogati dalla sua forza intimidatoria e vittime di estorsioni sono passibili di informativa antimafia.

che la mafia, in molteplici, cangianti e sempre nuovi modi, può esercitare sull'impresa anche al di là e persino contro la volontà del singolo.

Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa tipizzate dal legislatore comprendono una serie di elementi del più vario genere e, spesso, anche di segno opposto, ma non esauriscono le 'situazioni sintomatiche' del condizionamento mafioso¹⁰². Gli elementi di inquinamento mafioso, infatti, non costituiscono un *numerus clausus*, ben potendo assumere forme e caratteristiche alquanto diverse¹⁰³.

L'emissione del provvedimento interdittivo antimafia può ragionevolmente basarsi anche su un solo indizio di infiltrazione mafiosa, ma solo se ritenuto di tale precisione e gravità da rendere inattendibili gli eventuali altri elementi di giudizio ad esso contrari¹⁰⁴. Ciò, tuttavia, non vale per ogni indice sintomatico del condizionamento mafioso. Parte della giurisprudenza, infatti, afferma che il mero rapporto di parentela (o di affinità) con soggetti risultati appartenenti alla criminalità organizzata non è di per sé idoneo, in assenza di ulteriori elementi, a dare conto del tentativo d'infiltrazione mafiosa, in quanto non può in alcun modo instaurarsi un vero e proprio automatismo tra un legame familiare, sia pure tra stretti congiunti, ed il condizionamento dell'impresa¹⁰⁵. Se è vero, in base a regole di comune esperienza, che il vincolo di sangue può esporre il soggetto all'influsso dell'organizzazione, se non addirittura imporre (in determinati contesti) un coinvolgimento nella stessa, tuttavia l'attendibilità dell'interferenza dipende anche da una serie di circostanze ed ulteriori elementi indiziari, che qualifichino, su un piano di attualità ed

¹⁰² Si pensi: (i) alla condanna, anche non definitiva, per taluni delitti da considerare sicuri indicatori della presenza mafiosa (articolo 84, comma 4, lett. a), Codice antimafia); (ii) alla mancata denuncia di delitti di concussione e di estorsione, da parte dell'imprenditore; (iii) alle condanne per reati strumentali alle organizzazioni criminali (articolo 91, comma 6, Codice antimafia); (iv) alla sussistenza di vicende organizzative, gestionali o anche solo operative che, per le loro modalità, evidenzino l'intento elusivo della legislazione antimafia.

¹⁰³ L'autorità prefettizia, pertanto, deve valutare il rischio che l'attività di impresa possa essere oggetto di infiltrazione mafiosa, in modo concreto ed attuale, sulla base dei seguenti elementi: (a) provvedimenti 'sfavorevoli' del giudice penale; (b) sentenze di proscioglimento o di assoluzione; (c) proposta o provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso Codice antimafia; (d) rapporti di parentela; (e) contatti o rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; (f) vicende anomale nella formale struttura dell'impresa; (g) vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa; (h) condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi benefici; (i) inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità.

¹⁰⁴ In tal senso, Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

¹⁰⁵ In tal senso, *ex multis*, Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 26 aprile 2017, n. 1143; Cons. St., sez. III, 3 luglio 2015, n. 3310; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 25 luglio 2014, n. 2115.

effettività, una immanente situazione di condizionamento e di contiguità con interessi malavitosi; deve trattarsi di elementi significativi, che corroborino il pericolo di condizionamento ed in ordine ai quali va data adeguata motivazione nel provvedimento interdittivo.

In ogni caso, con particolare riguardo all'obbligo motivazionale, come già osservato, il Prefetto è tenuto ad indicare nel provvedimento interdittivo gli elementi di fatto ed esternare, anche mediante il rinvio *per relationem* alle relazioni eseguite dalle Forze dell'ordine, le ragioni che lo inducono a ritenere probabile che da uno o più elementi indiziari, per la loro attualità, univocità e gravità, sia ragionevole desumere il pericolo concreto di infiltrazione mafiosa nell'impresa¹⁰⁶. Se la valutazione unitaria non traspare dagli atti del procedimento, occorre che essa sia effettuata dal Prefetto, con una motivazione che può anche non essere analitica e diffusa, ma che richiede in ogni caso un calibrato giudizio sintetico su uno o anche più di detti elementi presuntivi, sopra indicati¹⁰⁷.

Parte della giurisprudenza, a titolo esemplificativo, ritiene illegittimo il provvedimento di revoca della licenza di taxi basata sull'informativa antimafia interdittiva che abbia segnalato pericolo di infiltrazioni mafiose a causa dei legami di parentela della titolare della licenza con esponenti malavitosi, allorché nella motivazione del provvedimento prefettizio non siano state specificate od allegare le modalità concrete a mezzo delle quali la pericolosa vicinanza parentale potrebbe orientare ovvero insinuarsi nella gestione della licenza taxi, in assenza di significativi riscontri circa anomalie nell'uso del titolo¹⁰⁸. Infatti, mentre in relazione alle imprese organizzate l'insinuazione mafiosa è, per così dire, conseguenza automatica connessa alla molteplicità di attività in cui può inserirsi una «pressione criminale» senza la necessità di allegare la prova circa il *quomodo* dell'insinuazione, nell'impresa individuale, quale quella concernente l'attività dei taxi, è necessario specificare le modalità con cui gli ambienti criminali possano insinuarsi, traendone vantaggio, nell'attività in questione.

Alla luce di quanto delineato può, dunque, concludersi che la previsione

¹⁰⁶ In tal senso, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 7 settembre 2015, n. 1371, secondo cui la motivazione dell'informazione interdittiva antimafia «deve, in ogni caso, delineare un sufficiente quadro che renda significativo, anche se su un piano solo indiziario, il pericolo sistematico di condizionamento dell'attività gestionale dell'impresa destinataria, venendo in rilievo nella fattispecie il delicato bilanciamento tra le esigenze di tutela preventiva dell'ordine pubblico e quelle di protezione della libertà di iniziativa economica tutelate dall'articolo 41 della Costituzione». Si veda anche, Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 9 aprile 2015, n. 5207.

¹⁰⁷ In tal senso, Tar Campania, Napoli, sez. I, 27 maggio 2016, n. 2756; Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

¹⁰⁸ In tal senso, Tar Calabria, Reggio Calabria, 28 ottobre 2016, n. 1065

di una motivazione rafforzata e speciale (*ex se* o *per relationem*) si rende necessaria proprio al fine di bilanciare l'ampio margine di accertamento e apprezzamento discrezionale riconosciuto in capo al Prefetto.

5. *I provvedimenti in materia di immigrazione e sicurezza: il rapporto con la legge generale sul procedimento e l'obbligo di motivazione*

Immigrazione e sicurezza rappresentano tematiche connotate da un alto tasso di complessità e frammentazione normativa, nonché da un'elevata interconnessione. Le recenti evoluzioni geo-politiche hanno dimostrato come le due tematiche siano fortemente complementari, tant'è che le ragioni di ordine pubblico e sicurezza costituiscono, in molti casi, la principale motivazione dei provvedimenti amministrativi in materia migratoria.

Prima di analizzare gli assunti motivazionali sottesi a questo tipo di provvedimenti, è necessario analizzarne, seppur brevemente, quadro normativo e forma, per rendere la materia circostanziale e ben identificata.

L'analisi del quadro normativo nel suo complesso consente di identificare alcune peculiarità che lo caratterizzano, tra le quali il rapporto con le regole generali sul procedimento amministrativo delineate dalla legge n. 241 del 1990. Il problema della applicabilità *tout court* delle norme generali sul procedimento amministrativo si pone, in particolar modo, relativamente ai provvedimenti amministrativi concernenti le espulsioni, il riconoscimento del visto di ingresso e del permesso di soggiorno per gli stranieri, il riconoscimento della protezione internazionale.

Il *corpus* normativo in materia di immigrazione ha conosciuto e continua tutt'oggi a conoscere un processo di inarrestabile rivisitazione legislativa, sulla spinta di situazioni eccezionali e, in particolare, del fenomeno dei flussi migratori che ha interessato le sponde del Mediterraneo. Come anticipato, la legislazione in materia di immigrazione è un tipico esempio di legislazione multilivello, che si sviluppa principalmente lungo un doppio binario¹⁰⁹: sovranazionale – internazionale ed europeo – e nazionale.

A livello sovranazionale, vengono anzitutto in rilievo numerose norme di diritto internazionale di carattere generale, nonché norme convenzionali, di origine pattizia¹¹⁰. L'approccio strategico dell'Unione

¹⁰⁹ Si esprime in tal senso, S. NICCOLAI, A. CIERVO, *Il fenomeno migratorio tra normativa comunitaria, disciplina nazionale ed emergenza umanitaria*, in «Quest. Giust.», 2014, 3, pp. 35 ss.

¹¹⁰ Tra i principi di carattere generale, costituenti *jus cogens*, si richiamano, oltre a quello di legalità, anche altri principi fondamentali, stante la loro compenetrazione con il concetto

Europea al tema, invece, si è sviluppato solo negli ultimi decenni¹¹¹. Le politiche di immigrazione europee trovano fondamento negli articoli 79 e 80 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dal Trattato di Lisbona del 2007¹¹². Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, inoltre, diviene giuridicamente vincolante nell'UE la Carta europea dei diritti fondamentali¹¹³.

Nel più ampio quadro della normativa ultrastatale in materia di immigrazione, si colloca la disciplina nazionale¹¹⁴. Il D.lgs. 25 luglio

di dignità umana, quali il diritto alla vita, a non essere sottoposti a tortura o a trattamenti disumani, a non essere ridotti in stato di schiavitù, quali il diritto alla vita, a non essere sottoposti a tortura o a trattamenti disumani, a non essere ridotti in stato di schiavitù. I principi inderogabili, talvolta, possono essere estrapolati anche da norme internazionali di rango pattizio. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla Convenzione di Ginevra relativa allo *status* di rifugiati del 28 luglio 1951, che, all'articolo 33 sancisce il principio di *non refoulement*. Tra altre le fonti internazionali di origine pattizia, si richiamano anche la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000 e tre protocolli addizionali, due dei quali dedicati rispettivamente al contrasto della tratta degli esseri umani e al contrasto del traffico dei migranti. Sul punto, si richiama l'organica trattazione di M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012. Poi si veda anche, G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in «Dir. pubbl.», 2016, 1, pp. 247 ss.; P. BECCHI, *il principio di dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2013, pp. 7 ss.;

¹¹¹ I Trattati di Roma del 1957, infatti, non fanno alcun riferimento alla politica migratoria. Essa è inizialmente attribuita dal Trattato di Maastricht del 1992 – nell'ambito del terzo pilastro – ma solamente nel 1997, con il Trattato di Amsterdam, vengono introdotte disposizioni relative alle problematiche della discriminazione, delle procedure di ingresso e di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi negli Stati membri e dell'integrazione dei migranti. Il Trattato di Lisbona, adottato nel 2007, ed entrato in vigore nel 2009, ha poi esplicitato per la prima volta la base giuridica in merito alla promozione dell'integrazione a livello dell'UE.

¹¹² Per una disamina delle disposizioni, si rinvia a A. DI PASCALE, *Art. 79*, in *Trattati dell'Unione Europea*, a cura di A. TIZZANO, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 834 ss.; ID., *Art. 80*, in *Trattati dell'Unione Europea*, a cura di A. TIZZANO, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 847 ss.

¹¹³ La Carta di Nizza del 2000 riafferma, nel pieno rispetto dei poteri e delle funzioni dell'Unione Europea e del principio della sussidiarietà, i diritti così come risultano, in particolare, dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni degli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), dalle Carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

¹¹⁴ Tale disciplina ha una storia relativamente recente. Fino alla fine degli anni ottanta dello scorso secolo, infatti, in Italia, la complessità del fenomeno migratorio è stata sostanzialmente sottovalutata, trattandosi di uno Stato di tendenziale emigrazione. Conseguentemente, il disposto di cui all'articolo 10, comma 2, della Costituzione – secondo cui «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali» – ha trovato piena attuazione solo a partire

1998, n. 286 e s.m.i. (T.U. immigrazione) costituisce la principale fonte in materia di immigrazione ed interviene in entrambi gli ambiti principali del diritto dell'immigrazione: (i) il diritto dell'immigrazione in senso stretto, concernente la gestione complessiva del fenomeno migratorio, ossia la definizione di regole di ingresso, di soggiorno, di controllo, di stabilizzazione dei migranti ed anche la repressione delle violazioni a tali regole; (ii) il diritto dell'integrazione, riguardante l'estensione, in misura più o meno ampia, ai migranti dei diritti – civili, sociali e politici – propri dei cittadini¹¹⁵. Accanto alla predetta normativa in materia migratoria, si colloca poi la disciplina concernente il diritto di asilo¹¹⁶.

dagli anni novanta del secolo scorso. La prima disciplina avente carattere organico, anche se dettata da ragioni principalmente emergenziali, è rappresentata dal decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito nella legge 28 febbraio 1990, n. 39, contenente norme in materia sia di immigrazione, che di rifugiati. Successivamente, viene approvata la legge 6 marzo 1998, n. 40, con l'obiettivo di programmare gli ingressi regolari, stabilire percorsi di integrazione degli stranieri regolarmente residenti sul territorio dello Stato e contrastare l'immigrazione irregolare. La suddetta legge conteneva, altresì, una delega al Governo per l'emanazione di un decreto legislativo avente ad oggetto il Testo Unico delle disposizioni concernenti gli stranieri, che riunisse le norme della medesima legge e le altre disposizioni precedenti. L'esercizio di siffatta delega ha portato all'approvazione del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. immigrazione).

¹¹⁵ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 del 1998, recante «Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero». Le norme contenute nel T.U. trovano applicazione nei confronti degli stranieri extracomunitari e degli apolidi, come precisato dal disposto di cui all'articolo 1. Il T.U. immigrazione è integrato da un apposito regolamento di attuazione, il d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, come modificato dal d.P.R. 18 ottobre 2004, n. 334. La disciplina in materia di immigrazione dettata dal T.U. è stata, tra l'altro, incisa dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, dal c.d. "pacchetto sicurezza 2008-2009", e dalla normativa di recepimento delle numerose direttive comunitarie. Si ha in particolare riguardo al D.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3 e 5, rispettivamente di attuazione della direttiva sui c.d. lungo-soggiornanti (2003/109/CE) e della direttiva sul ricongiungimento familiare (2003/86/CE); al D.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, di recepimento della direttiva sui cittadini UE e loro familiari (2004/83/CE); alla legge 2 agosto 2011, di attuazione della c.d. direttiva rimpatri (2008/115/CE); al D.lgs. 28 giugno 2012, n. 108, di recepimento della direttiva sui lavoratori altamente qualificati (2009/50/CE); al D.lgs. 16 luglio 2012, n. 109, di attuazione della direttiva sulle sanzioni ai datori di lavoro che impiegano stranieri irregolari (2009/52/CE); alla legge 6 agosto 2013, n. 97 (legge europea 2013); al D.lgs. 4 marzo 2014, n. 40, di recepimento della direttiva sul procedimento unico per il rilascio di un permesso di soggiorno e di lavoro e un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi (2011/98/UE). In dottrina, si richiama la recente trattazione di G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno, in Immigrazione, asilo e cittadinanza*, a cura di P. MOROZZO DELLA ROCCA, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2017, pp. 15 ss. Poi si veda anche, F. BARTOLINI, *Stranieri. Procedimenti per l'accoglimento e l'allontanamento*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 3 ss.

¹¹⁶ In Italia, il diritto di asilo è tra i diritti fondamentali dell'uomo ed è riconosciuto

Negli ultimi anni, per far fronte alle emergenze connesse al flusso straordinario di migranti nel territorio nazionale, il legislatore è intervenuto a più riprese sulla materia, per lo più tramite lo strumento della decretazione d'urgenza: si pensi al decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con modificazioni nella legge 13 aprile 2017, n. 46; al successivo decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni nella legge 1° dicembre 2018, n. 132; al decreto legge 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 2019, n. 77¹¹⁷.

Il legislatore conferma una certa tendenza – consolidata negli anni – ad uniformare le modalità di approccio nella trattazione di due distinte materie: immigrazione e sicurezza. Il tema della sicurezza pubblica viene, dunque, trattato nella sua accezione più ampia¹¹⁸. Dal carattere generale o onnicomprensivo della nozione di sicurezza, posta a base degli

dall'articolo 10, comma 3 della Costituzione, allo straniero al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, secondo le condizioni stabilite dalla legge. Per una disamina del diritto di asilo, si rinvia all'opera di M. BENVENUTI, *il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Giuffrè, Milano, 2007. Anche se i due termini sono spesso usati come sinonimi, l'istituto del diritto di asilo non coincide con quello del riconoscimento dello *status* di rifugiato, per il quale non è sufficiente che nel Paese di origine siano generalmente represses le libertà fondamentali, ma il singolo richiedente deve aver subito, o avere il fondato timore di poter subire, specifici atti di persecuzione. Il riconoscimento dello status di rifugiato è entrato nel nostro ordinamento con l'adesione alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, ratificata con la legge 24 luglio 1954, n. 722, e alla Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990, ratificata con la legge 23 dicembre 1992, n. 523. Successivamente, la normativa comunitaria ha introdotto l'istituto della protezione internazionale, che ricomprende due distinte categorie: i rifugiati e le persone ammissibili alla protezione sussidiaria. Tale normativa è stata poi recepita da successivi interventi legislativi (D.lgs. 251 del 2007, come modificato dal D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18; D.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 e relativo regolamento di cui al d.P.R. 12 gennaio 2015, n. 21; D.lgs. 13 febbraio 2014, n. 12; D.lgs. 18 agosto 2015, n. 142).

¹¹⁷ Decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con modificazioni nella legge 13 aprile 2017, n. 46, recante «Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale». Decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, recante «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata». Decreto legge 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 2019, n. 77, recante «Disposizioni urgenti in materia di ordine pubblico e sicurezza pubblica».

¹¹⁸ Per la distinzione espressa tra 'sicurezza pubblica' e 'ordine pubblico', si rinvia all'organica trattazione di V.E. ORLANDO, *Principi generali del diritto amministrativo*, Barbèra, Firenze, 1919, p. 273.

interventi legislativi sopra menzionati, discendono la disomogeneità e l'estemporaneità di numerose previsioni che privano i provvedimenti di quelle caratteristiche di sistematicità ed organicità che avrebbero, invece, dovuto caratterizzarli.

La disciplina in materia di immigrazione e sicurezza – spesso derivante da una legislazione di carattere emergenziale – presenta un contenuto alquanto peculiare rispetto alla disciplina generale del procedimento amministrativo dettata dalla legge n. 241 del 1990¹¹⁹.

Lo statuto dello straniero appare derogatorio rispetto all'ordinario quadro di regole e valori che disciplinano il rapporto tra la pubblica amministrazione e i cittadini¹²⁰. La specialità, tuttavia, come già precisato non può sottrarsi al rispetto dei diritti fondamentali che devono essere sempre riconosciuti allo straniero, sul piano del diritto internazionale, comunitario e nazionale.

Sul piano giuridico, la posizione dei cittadini extra-comunitari appare assimilabile a quella degli altri soggetti¹²¹. La legge n. 241 del 1990,

¹¹⁹ Sul punto, si richiama la trattazione di M. CONSITO, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in «Dir. Amm.», 2017, 2, pp. 412 ss. Si rinvia anche all'approfondito contributo di A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in «Dir. proc. amm.», 2017, 3, pp. 816 ss.

¹²⁰ Per un'approfondita analisi, si rinvia alla trattazione di M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016. Si richiama anche l'opera di M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 357, il quale sottolinea la forte specialità del diritto dell'immigrazione e dei connessi poteri riconosciuti alla pubblica amministrazione. Poi si veda anche, M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in «Federalismi.it», 2018; A. SIMONATI, *Politiche di genere e fenomeno migratorio: nuove sfide per il diritto amministrativo*, in «Dir. e soc.», 2014, 3, pp. 629 ss.; M. SAVINO, *La crisi dei confini*, in «Riv. trim. dir. pub.», 2016, 3, pp. 739 ss.

¹²¹ Occorre distinguere la posizione dello straniero che volontariamente sceglie di lasciare il proprio Paese per fare ingresso e soggiorno in Italia, da quello che, invece, è costretto da gravi contingenze del proprio Paese a lasciarlo e a rifugiarsi in Italia, differenziando la posizione del c.d. migrante volontario (o economico) da quella del c.d. migrante involontario. Tale distinzione non ha un carattere meramente descrittivo, incidendo sulla stessa posizione giuridica dello straniero e sulla tutela giurisdizionale a lui assicurata nel nostro ordinamento. Al migrante volontario si applica la disciplina del T.U. immigrazione, relativa all'ingresso e al soggiorno in Italia; al migrante involontario, invece, si applica la disciplina dettata dal D.lgs. n. 251 del 2007, relativamente ai rifugiati e alle persone altrimenti bisognose di protezione internazionale, dal D.lgs. n. 25 del 2008, quanto alle procedure relative al riconoscimento e alla revoca dello status di rifugiato e dal D.lgs. n. 142 del 2015, quanto alle misure di accoglienza destinate ai richiedenti asilo.

infatti, ha disciplinato l'esercizio della funzione amministrativa senza distinzioni di destinatario e il T.U. immigrazione, all'articolo 2, comma 5, ha riconosciuto parità di trattamento per gli stranieri nei rapporti con la pubblica amministrazione relativamente a tutela di diritti e interessi legittimi. La scienza giuridica si è per questo orientata a riconoscere la piena applicabilità delle norme sul procedimento amministrativo anche agli stranieri, salvo le eccezioni previste dalla legge medesima.

In ogni caso, l'emersione di una tradizione della sicurezza pubblica, dove l'essere straniero afferma una sospetta pericolosità, in uno con l'esigenza di commisurare istanze di ingresso e soggiorno fondate sul principio di ospitalità e di *non refoulement*, portano a una 'frammentazione' anche della disciplina del procedimento amministrativo, ove questo veda come destinatario del provvedimento uno straniero. In tal senso, possono essere intese le norme d'eccezione che la disciplina generale sul procedimento amministrativo prevede quando si versi in materia di immigrazione, di cittadinanza e di asilo, tra cui: (i) il superamento dei normali termini di conclusione del procedimento, *ex* articolo 2, comma 4; (ii) l'impossibilità di avvalersi di dichiarazioni sostitutive di certificazione, *ex* articolo 19, comma 1; (iii) la non applicabilità dell'istituto del silenzio assenso, *ex* articolo 20, comma 4.

Al contempo, è possibile notare un progressivo rafforzamento dei poteri officiosi dell'amministrazione procedente, in particolare, in sede istruttoria e di accertamento dei requisiti richiesti per l'ingresso e la permanenza nel territorio nazionale. La legge n. 241 del 1990 ha individuato talune forme di tutela per i privati coinvolti in un dato procedimento amministrativo, tra cui: la comunicazione di avvio del procedimento, l'accesso ai documenti amministrativi, il riconoscimento di possibilità partecipative per i privati e l'obbligo di motivazione. È interessante chiedersi se tali elementi trovino piena applicazione in tutti i casi e quale sia il loro grado di attuazione nei particolari procedimenti che interessano i soggetti stranieri che entrano in territorio italiano¹²².

¹²² Il primo aspetto degno di interesse nella fase di avvio del procedimento è certamente quello della comunicazione. Infatti, solo se il soggetto è pienamente informato dei procedimenti che lo interessano è in grado di prendervi parte e far valere le proprie ragioni. Nel caso dello straniero, si può ritenere che le garanzie procedurali siano rispettate quando non solo vi sia comunicazione, ma quest'ultima sia anche tradotta in una lingua comprensibile per il destinatario. A questo fine, l'articolo 13, comma 7, T.u. immigrazione, impone che qualsiasi atto riguardante l'ingresso, il soggiorno, o l'espulsione dello straniero, deve necessariamente essere comunicato all'interessato in una lingua a lui conosciuta, ovvero, se questo non è possibile, in una delle cosiddette lingue veicolari, ossia in lingua francese, inglese o spagnola. Ciò detto, una parte della giurisprudenza ritiene che la comunicazione

Per la parte di interesse, il punto più controverso è, senza dubbio, quello dell'esistenza e della portata dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi in materia di immigrazione e sicurezza. Si tratta, principalmente, del tema della motivazione dei provvedimenti di espulsione amministrativa dal territorio dello Stato e dei provvedimenti negativi, quali il diniego del visto di ingresso allo straniero, il diniego del permesso di soggiorno e il diniego del riconoscimento dello *status* di protezione internazionale.

L'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 sancisce un obbligo generalizzato di motivazione per – quasi – tutti gli atti amministrativi; l'articolo 41 della Carta di Nizza prevede «l'obbligo per le amministrazioni di motivare le proprie decisioni». Tali norme, tuttavia, non trovano sempre piena applicazione per i provvedimenti amministrativi sopra menzionati. In taluni casi, infatti, la motivazione è esclusa, per espressa previsione del legislatore o per applicazione giurisprudenziale; in altri, invece, la motivazione assume un rilievo ancora maggiore. Lo studio prosegue analizzando i suddetti provvedimenti amministrativi in materia di immigrazione e sicurezza, proprio al fine di verificare come si 'atteggia' l'obbligo motivazionale.

5.1. I provvedimenti amministrativi di allontanamento dal territorio dello Stato secondo l'assunto motivazionale

I provvedimenti amministrativi con cui lo Stato italiano dispone l'allontanamento dal suo territorio degli stranieri che non hanno – o non

possa essere omessa laddove sussistano ragioni di impedimento derivanti da esigenze di celerità del provvedimento. In tal senso, si veda, Cass. pen., sez. I, 6 dicembre 2005, n. 44403, secondo cui «non vi è dubbio che l'obbligo da parte dell'autorità procedente di comunicare l'avvio di una fase conoscitiva e d'indagine, previsto dall'articolo 7 della legge n. 241 del 1990 [...] ha carattere generale ed è quindi applicabile alla gran parte dei procedimenti amministrativi. Tuttavia, va rilevato che il rispetto del giusto procedimento amministrativo [...] non può considerarsi un principio assistito in assoluto da garanzie di difesa. Pertanto, in presenza di procedimenti particolari – come quelli diretti all'espulsione di cittadini extra-comunitari privi del permesso di soggiorno, che sono regolati da norme che assicurano comunque il rispetto del giusto procedimento e sono caratterizzati da esigenze di celerità della procedura – si deve escludere che sussista l'obbligo da parte dell'autorità amministrativa procedente di dare comunicazione all'interessato». Dello stesso segno, Cass. civ., sez. I, 30 ottobre 2018, n. 27682; Cass. civ., sez. VI, ord., 28 febbraio 2013, n. 5080, secondo cui «la necessità di dare comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento amministrativo, ai sensi degli articoli 7 e 8 della legge n. 241 del 1990, non si estende alla procedura di espulsione dello straniero».

hanno più – titolo per soggiornarvi si suddividono in due categorie: i respingimenti e le espulsioni¹²³.

La specifica attenzione rivolta alle istanze di sicurezza e di ordine pubblico si è tradotta, sul piano sostanziale, in un *favor* verso i provvedimenti di allontanamento¹²⁴. Tutti i provvedimenti amministrativi di allontanamento devono essere motivati, in punto di fatto e di diritto, e sono immediatamente esecutivi, anche se oggetto di impugnazione. L'obbligo di motivazione, in particolare, deriva dal combinato disposto degli articoli 13, comma 3, T.U. immigrazione, 3, comma 3, d.P.R. n. 394 del 1999 e 3 della legge generale sul procedimento amministrativo, applicabile trattandosi, per l'appunto, di atti amministrativi. Tuttavia, per comprendere l'effettiva declinazione dell'obbligo motivazionale di tali provvedimenti, pare opportuno richiamarne la relativa disciplina.

5.1.1. *La motivazione dei respingimenti*

I respingimenti, disciplinati dall'articolo 10 del T.U. immigrazione, sono disposti dall'autorità di pubblica sicurezza e possono essere di due tipi: (i) il respingimento immediato, disposto dalla polizia di frontiera e immediatamente eseguito; (ii) il respingimento differito, disposto dal questore.

Il respingimento alla frontiera – *ex* articolo 10, comma 1 – è quel provvedimento amministrativo con il quale la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera privi dei requisiti richiesti dal T.u. per l'ingresso nel territorio dello Stato¹²⁵. Conseguentemente,

¹²³ Soltanto le espulsioni, tuttavia, oltre ad esigere l'effettivo allontanamento dello straniero espulso dal territorio nazionale, producono effetti ulteriori nelle ipotesi – maggioritarie – in cui sono corredate da un divieto di reingresso per un determinato periodo successivo alla loro emanazione, *ex* articolo 13, comma 4, T.U. immigrazione. Tale divieto riguarda sia l'Italia che tutti gli altri Stati membri dell'area *Schengen* e dell'Unione Europea.

¹²⁴ Si esprime in tal senso anche, M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 41 ss.

¹²⁵ Ai sensi dell'articolo 4, commi 1, 3, 6, T.u. immigrazione e dell'articolo 5 del Regolamento UE 2016/399, i requisiti per l'ingresso nel territorio nazionale sono i seguenti: (i) il possesso di un passaporto valido o di un documento equipollente; (ii) il possesso di un visto d'ingresso, salvo i casi di esenzione espressamente previsti; (iii) il possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno; (iv) la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i titolari di permesso di soggiorno per motivi di lavoro, per il ritorno nel Paese di provenienza; (v) non essere segnalato nel Sistema informativo *Schengen*, ai fini della non ammissione; (vi) non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato, ovvero la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri; (vii) non essere condannato, anche con sentenza non definitiva, per i reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, codice di procedura penale, ovvero per i reati inerenti

dalla motivazione del provvedimento di respingimento alla frontiera dovrà emergere la mancanza da parte dello straniero di almeno uno dei requisiti per l'ingresso previsti dall'articolo 4, T.U. immigrazione e dagli articoli 6 e 14 del regolamento (UE) 2016/399 del 9 marzo 2016 – c.d. Codice frontiere *Schengen*¹²⁶. Tra i tanti requisiti di ingresso, infatti, ve ne sono alcuni apprezzabili discrezionalmente da parte della polizia di frontiera: si pensi alle formule aperte come l'articolo 4, comma 3, T.U. immigrazione, secondo cui «non è ammesso in Italia lo straniero che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato»¹²⁷. In tali casi, la motivazione dovrà certamente assumere un contenuto più dettagliato.

Il respingimento, invece, non è immediato, ma differito nel tempo – *ex* articolo 10, comma 2 – ed autorizzato dal Questore, quando lo straniero: (i) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, ed è fermato «all'ingresso o subito dopo»; (ii) pur essendo privo dei requisiti per l'ingresso, è stato temporaneamente ammesso nel territorio dello Stato «per necessità di pubblico soccorso»¹²⁸. Questa seconda fattispecie di respingimento è certamente quella che desta maggiori perplessità: da un lato, perché sottopone al medesimo trattamento persone che si trovano in situazioni molto differenti – infatti, è ben diversa la condotta di chi si sottrae volontariamente ai controlli di polizia da quella

agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, o per uno dei reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; (viii) non essere condannato, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale; (ix) non essere destinatario di un provvedimento di espulsione; (x) non essere destinatario di un divieto di rientro in quanto espulso, salvo avere ottenuto l'apposita autorizzazione dal Ministero dell'interno.

¹²⁶ Il Codice frontiere *Schengen*, tra l'altro, al medesimo articolo 14, par. 2, precisa in maniera espressa che il «respingimento può essere disposto solo con un provvedimento motivato, che ne indichi le ragioni precise [...]».

¹²⁷ A meno che lo straniero non si presenti al valico di frontiera armato, ovvero non siano già state effettuate circostanziate indagini, non si comprende su quali elementi la polizia di frontiera possa fondare una prognosi di pericolosità nei pochi minuti del controllo.

¹²⁸ I respingimenti differiti sono ampiamente utilizzati nei noti casi di sbarchi sulle coste italiane e sono divenuti la più rilevante modalità di allontanamento dall'Italia. Il respingimento differito deve essere eseguito mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, ma ove ciò non sia possibile, è previsto che lo straniero respinto possa essere trattenuto – al pari dello straniero espulso – presso i centri di identificazione ed espulsione, nonché in caso di indisponibilità di questi ultimi, gli può essere intimato di lasciare il territorio nazionale nel termine di cinque giorni, *ex* articolo 14, comma 5-*bis*, T.U. immigrazione.

di chi non viene respinto immediatamente per necessità di soccorso; dall'altro, per l'eccessiva genericità dei presupposti e, in particolare, in relazione alla locuzione «subito dopo», che dovrebbe tracciare la linea di confine tra respingimento ed espulsione. L'indeterminatezza dei presupposti legittimanti il respingimento dovrebbe comportare un notevole rafforzamento dell'obbligo motivazionale¹²⁹.

5.1.2. *La motivazione delle espulsioni amministrative (ministeriali e prefettizie)*

Il rilievo accordato alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica¹³⁰ ha trovato, nell'evoluzione del quadro normativo, differenti declinazioni giuridiche, ma, in ogni caso, è stato in grado di condizionare i criteri di accesso al territorio italiano¹³¹, nonché quelli di permanenza. In questa seconda prospettiva, lo strumento principale e certamente l'espulsione amministrativa.¹³²

¹²⁹ In attuazione del principio di *non-refoulement*, in ogni caso, non è possibile disporre il respingimento nei confronti dei richiedenti protezione internazionale o altra protezione per motivi umanitari (ex articolo 10, comma 4, T.U. immigrazione), né «verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione» (ex articolo 19, comma 1, T.U. immigrazione).

¹³⁰ Parte della scienza giuridica ritiene che l'ordine pubblico deve essere inteso, alla luce delle indicazioni costituzionali, nella sua accezione materiale, come una condizione di pubblica tranquillità, di «pacifica convivenza immune da violenza». In tal senso, G. CORSO, *Ordine pubblico, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1057 ss. Sulla rilevanza della nozione si veda anche, A. GROPPALI, *Sul concetto di ordine pubblico*, in *Scritti in onore di S. Romano*, a cura di AA.VV., vol. I, Cedam, Padova, 1940, pp. 71 ss.; P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Giuffrè, Milano, 1954, p.12; A. CERRI, *Ordine pubblico (dir. cost.)*, *ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XXXIV, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Roma, 1990, pp. 3 ss.

¹³¹ Parte della scienza giuridica ha evidenziato come nella legislazione italiana, l'ordine pubblico sia sempre stato annoverato tra gli interessi pubblici che legittimano specifici interventi dell'autorità amministrativa per limitare l'ingresso o il soggiorno degli stranieri. Si esprime in tal senso, M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Jovene, Napoli, 2016, p. 15 ss.

¹³² L'ordinamento italiano prevede un sistema articolato di fattispecie espulsive, che si differenziano in ordine all'autorità competente a disporle, nonché ai presupposti che ne legittimano l'adozione. Sotto il primo profilo, si distinguono le espulsioni amministrative, a loro volta suddivise in espulsioni ministeriali ed espulsioni prefettizie, da quelle giudiziali, che comprendono l'espulsione come misura di sicurezza e le espulsioni come misura sostitutiva e alternativa alla detenzione. Gli effetti delle espulsioni sono identici, sia che si tratti di provvedimenti amministrativi di espulsione, sia che si tratti di una delle espulsioni disposte dall'autorità giudiziaria: (i) l'obbligo di lasciare il territorio nazionale

Tutti i provvedimenti amministrativi di espulsione sono adottati con decreto motivato, ai sensi dell'articolo 13, comma 3, T.U. immigrazione. L'obbligo di motivazione delle espulsioni amministrative, quindi, è espressamente richiesto dal dettato normativo. La motivazione del provvedimento espulsivo, in particolare, mira a far conoscere al destinatario i motivi di fatto e di diritto che ne hanno determinato l'adozione, oltre a consentirgli di disporre degli elementi necessari per esercitare il diritto di difesa¹³³. Tra i presupposti dei provvedimenti amministrativi di espulsione vi sono, tra gli altri, anche l'annullamento, la revoca o il rifiuto del permesso di soggiorno: in tali ipotesi, la motivazione del decreto espulsivo deve indicare compiutamente gli estremi dell'atto presupposto, trattandosi, per l'appunto, di motivazione *per relationem*.

Il provvedimento amministrativo di espulsione disposto dal Ministro dell'Interno, ex articolo 13, comma 1, T.U. immigrazione, per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, è caratterizzato da un elevato tasso di discrezionalità, come si desume sia dall'obbligo per il Ministro di comunicarlo preventivamente al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro degli affari esteri, sia dalla genericità ed ampiezza delle condizioni legittimanti¹³⁴. Le formule «ordine pubblico» e «sicurezza dello Stato», richiamate dalla citata norma infatti, sono così 'elastiche' da poter ricomprendere un'ampia gamma di condotte¹³⁵.

– immediatamente o entro un determinato termine; (ii) la segnalazione, ai fini della non ammissione nell'area *Schengen*, del nominativo della persona espulsa nel Sistema d'informazione *Schengen*; (iii) il divieto di reingresso nel territorio dell'Italia e degli altri Stati dell'area *Schengen*, per un periodo di tempo determinato – indicato nel decreto di espulsione – decorrente dal momento dell'effettivo allontanamento dal territorio nazionale; (iv) l'eventuale procedimento penale pendente a carico dello straniero effettivamente espulso e non detenuto si conclude con una sentenza di improcedibilità per avvenuta espulsione, se l'esecuzione dell'espulsione sia avvenuta prima della pronuncia del decreto che dispone il giudizio, ma riprende a svolgersi in caso di reingresso irregolare dell'espulso.¹³³ Il decreto di espulsione deve indicare anche i termini e l'autorità cui è possibile ricorrere e produce i suoi effetti soltanto dopo che sia stato notificato o comunicato all'interessato dall'amministrazione, ex articolo 13, comma 7, T.U. immigrazione.

¹³⁴ Il legislatore si propone di intercettare, in una logica preventiva, non tanto condotte penalmente non rilevanti, bensì situazioni di pericolo, in cui vengono in rilievo comportamenti di stranieri che sono in grado di rappresentare un pericolo per i beni giuridici protetti dall'ordinamento tramite le clausole relative all'ordine pubblico e alla sicurezza dello Stato.

¹³⁵ Ai sensi dell'articolo 159, comma 2, D.lgs. n. 112 del 1998, l'ordine pubblico è inteso come il «complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché la sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni». Proprio in relazione all'interpretazione da

Non vi è dubbio, che l'assenza di precisi indici normativi attribuisce al Ministro dell'interno una notevole sfera di discrezionalità che investe sia la fase di individuazione delle fattispecie di pericolosità, sia le modalità di bilanciamento tra l'interesse alla sicurezza dello Stato e l'interesse dello straniero a risiedere nel territorio italiano. Il fatto che la legge dica espressamente che il Ministro «può» disporre l'espulsione mette in risalto come la decisione di adottare il decreto espulsivo sia qualificata direttamente dalla norma come discrezionale¹³⁶.

Come anticipato, il decreto ministeriale di espulsione deve essere motivato, ed è lo stesso articolo 13, comma 3, T.U. immigrazione a prevederlo espressamente. Tuttavia, trattandosi di atto altamente

dare alla suddetta formula legislativa, la Corte Costituzionale, con la sentenza del 25 luglio 2001, n. 290, ha stabilito che «l'articolo 159, comma 2, del D.lgs. n. 112 del 1998 precisa che le funzioni e i compiti amministrativi relativi all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni». Tale definizione nulla aggiunge alla tradizionale nozione di ordine pubblico e sicurezza pubblica tramandata dalla giurisprudenza di questa Corte, nella quale la riserva allo Stato riguarda le funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento. È, dunque, in questo senso che deve essere interpretata la locuzione «interessi pubblici primari» utilizzata nell'articolo 159, comma 2: non qualsiasi interesse pubblico alla cui cura siano preposte le pubbliche amministrazioni, ma soltanto quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile.

¹³⁶ Anche la giurisprudenza amministrativa ha, in più occasioni, precisato che «trattandosi di atto che è rimesso all'organo di vertice del Ministero dell'interno e che investe la responsabilità del Capo del Governo, nonché l'organo di vertice dell'amministrazione maggiormente interessata alla materia dei rapporti con i cittadini stranieri, non v'è dubbio che esso sia espressione di esercizio di alta discrezionalità amministrativa. Alla latitudine di siffatto apprezzamento discrezionale fa riscontro la limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità, sindacabilità che deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà». In tal senso, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88. Sul punto, si veda anche, Cass. Civ., Sez. Un., 27 luglio 2015, ord. n. 15693, la quale, confermando la sua consolidata giurisprudenza, rammenta che, in materia di espulsioni, «diverso è il caso in cui il provvedimento di espulsione sia stato adottato per motivi di prevenzione del terrorismo o, più in generale, a causa della pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato: in tal caso la posizione giuridica dell'interessato è di interesse legittimo e la giurisdizione nella relativa controversia spetta al giudice amministrativo, essendo rimessa all'amministrazione, non una mera discrezionalità tecnica e ricognitiva al cospetto di ipotesi già individuate e definite dal legislatore nel loro perimetro applicativo, ma una ponderazione valutativa degli interessi in gioco».

discrezionale, avente ad oggetto la tutela della sicurezza dello Stato, esigenze di segretezza delle fonti riservate, di difesa dello Stato e delle sue relazioni internazionali e altre esigenze di sicurezza, nella prassi, inducono il Ministro dell'interno ad emettere provvedimenti corredati da una motivazione scarna, non particolarmente circostanziata. In taluni casi, inoltre, la motivazione è espressa anche *per relationem* ad atti d'indagine, coperti da segreto, o a segnalazioni generiche, provenienti dai servizi di informazione per la sicurezza dello Stato o anche da servizi di sicurezza di altri Stati. Ciò pone il problema dell'idoneità e della sufficienza della motivazione di questo tipo di atti che comunque ledono la libertà personale e altri diritti fondamentali, e della conseguente effettività della tutela giurisdizionale¹³⁷.

Ciò detto, ben può accadere che venga avviato un procedimento di espulsione anche per motivi di prevenzione del terrorismo. In tale contesto, si colloca il c.d. pacchetto sicurezza, approvato con il decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni nella legge 31 luglio 2005, n. 155, con cui è stata varata una gamma molto varia ed articolata di misure, sia di repressione penale, sia di prevenzione amministrativa, con l'obiettivo di inibire e neutralizzare i processi di radicalizzazione politico-ideologica di alcuni settori delle comunità islamiche. Tra gli strumenti amministrativi predisposti dal suddetto intervento legislativo, vi è proprio l'espulsione degli stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo, per cui l'articolo 3 detta una disciplina abbastanza articolata – poi completata ed integrata da successive disposizioni.

Il provvedimento di espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo assume la forma del decreto e può essere disposto dal Ministro dell'Interno o, su sua delega, dal Prefetto¹³⁸.

I presupposti che vengono individuati dalla norma sopra citata sono di due tipi, e riguardano la particolare condizione del soggetto destinatario della misura amministrativa di prevenzione. In primo luogo, può trattarsi di soggetti appartenenti ad una delle categorie indicate dall'articolo 18

¹³⁷ Sul piano della tutela giurisdizionale, a differenza di quanto previsto per gli altri tipi di espulsione, le relative controversie non sono devolute al giudice ordinario, ma riservate al giudice amministrativo, prevedendosi espressamente la competenza funzionale del Tar Lazio, Roma, *ex* articolo 135, comma 1, lett. *i*), dell'allegato 1 del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti espulsivi per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato, secondo la giurisprudenza amministrativa di legittimità, è ridotto ad un vaglio estrinseco volto solo a verificare l'adeguatezza formale della motivazione, senza sovrapporsi o modificare la valutazione di merito espressa dall'autorità governativa.

¹³⁸ A differenza delle altre fattispecie espulsive, in cui la competenza è rigidamente predeterminata dalla legge, in questo caso si prevede la possibilità di una delega.

della legge n. 152 del 1975, ossia autori di gravi reati di cui non si ritiene opportuna la permanenza nel territorio italiano dopo la sentenza non ancora definitiva o l'esecuzione della pena¹³⁹. Il secondo presupposto – alternativo rispetto al precedente – ricorre quando «vi sono fondati motivi» che la permanenza dello straniero «nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali»¹⁴⁰.

La norma in parola non precisa espressamente se tale il decreto di espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo debba o meno essere motivato. Tuttavia, non può negarsi anche per tale peculiare forma di espulsione la piena operatività della previsione di cui all'articolo 3 della legge n. 241 del 1990. La genericità dei presupposti e la conseguente amplissima discrezionalità riconosciuta in capo all'amministrazione procedente, tale da consentire l'espulsione di stranieri sulla base di semplici sospetti o presunzioni, dovrebbero trovare un limite proprio nell'obbligo motivazionale.

Occorre, infine, analizzare i provvedimenti di espulsione disposti dal prefetto. La potestà espulsiva del prefetto deve essere sempre esercitata, nei casi tassativamente previsti dalla legge, caso per caso, cioè tenendo conto delle situazioni e delle esigenze specifiche di cui è portatore l'espellendo, ai sensi dell'articolo 13, comma 2, T.U. immigrazione¹⁴¹. La valutazione caso

¹³⁹ Occorre, peraltro, ricordare che l'articolo 18 della legge n. 152 del 1975 è stato abrogato dall'articolo 120 del D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione). Le fattispecie previste nella disposizione abrogata sono state pressoché integralmente riprodotte nelle lett. *d)*, *e)*, *f)*, *g)*, *h)*, *i)* dell'articolo 4, D.lgs. n. 159 del 2011.

¹⁴⁰ In questa seconda ipotesi, vengono in rilievo tre requisiti: (*i*) il presupposto materiale per l'applicazione della misura è l'agevolazione, che viene collegata alla permanenza nel territorio dello Stato e può essere attuata in qualsiasi modo; (*ii*) l'agevolazione deve riguardare organizzazioni o anche solo attività terroristiche, nazionali o internazionali; (*iii*) l'opera di agevolazione non si deve essere effettivamente svolta, ma è sufficiente che ricorrano fondati motivi che possa avere luogo, secondo un'impostazione prettamente preventiva.

¹⁴¹ Il Prefetto, inoltre, ai sensi dell'articolo 20, comma 1, D.lgs. n. 30 del 2007, può di disporre l'allontanamento dal territorio italiano, con conseguente rimpatrio, di un cittadino comunitario in presenza di «motivi di sicurezza dello Stato; motivi imperativi di pubblica sicurezza; altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza». Il successivo comma 4 precisa che i provvedimenti di allontanamento di cittadini comunitari sono adottati nel rispetto del principio di proporzionalità e «non possono essere motivati da ragioni di ordine economico, né da ragioni estranee ai comportamenti individuali dell'interessato che rappresentino una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza». Con particolare riguardo all'obbligo di motivazione, la stessa giurisprudenza amministrativa ha, in più occasioni, chiarito che il provvedimento prefettizio di allontanamento è legittimo solo «laddove, oltre a riflettere in modo coerente le risultanze dell'istruttoria, risulta corredato da una motivazione che, anche sulla base

per caso si attua sul piano istruttorio ed i risultati devono essere esternati nella motivazione del decreto espulsivo, così come espressamente disposto dal successivo comma 3 del medesimo articolo 13¹⁴².

Il Prefetto, anzitutto, dispone l'espulsione dello straniero che è entrato nel territorio nazionale sottraendosi ai controlli di frontiera, senza essere stato respinto (articolo 13, comma 2, lett. *a*). L'espulsione dello straniero, inoltre, è prevista nei casi in cui lo stesso si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione prevista di cui all'articolo 27, comma 1-*bis*, o senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto – salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore – ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato o rifiutato, ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo, ovvero se si è trattenuto sul territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, legge n. 68 del 2007 (articolo 13, comma 2, lett. *b*). L'espulsione, infine, è disposta quando lo straniero appartiene a taluna delle categorie indicate negli articoli 1, 4 e 6 del D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, recante Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (articolo 13, comma 2, lett. *c*). In quest'ultimo caso, dunque, mentre nei confronti di un cittadino si applicano le misure di prevenzione secondo la specifica procedura dinanzi al tribunale, con tutte le garanzie del contraddittorio, se ad appartenere ad una di queste categorie è uno straniero, in luogo delle misure di prevenzione il Prefetto dispone l'espulsione. L'espulsione è disposta direttamente dall'autorità amministrativa, *inaudita altera parte*, ed il controllo giurisdizionale è solo eventuale.

La motivazione del provvedimento di espulsione prefettizia, pur essendo sempre obbligatoria – come sopra chiarito – assume particolare rilevanza nei casi in cui residua un, seppur limitato, spazio di discrezionalità dell'autorità amministrativa nel disporre l'espulsione dello straniero: si ha, più specificamente riguardo ai casi di cui alla lett. *c*), del comma 2 e di cui al comma 2-*bis*, dell'articolo 13 T.U. Immigrazione¹⁴³. La motivazione, in

della correlazione con gli atti ad esso prodromici, esprime le ragioni di fatto e di diritto sottese alla determinazione adottata in relazione al giudizio pericolosità che risulta del tutto ragionevole e scevro da vizi logici».

¹⁴² Il decreto di espulsione prefettizia deve essere adottato 'caso per caso', alludendosi, quindi, alla necessità di valutare la situazione specifica del soggetto, al fine di verificare se sussistono posizioni giuridiche meritevoli di tutela, rispetto alle quali bilanciare l'esigenza di pubblico interesse imposta dalla norma. Il riferimento al 'caso per caso' è stato introdotto in forza della legge di recepimento della c.d. direttiva rimpatri (2008/115/CE), che all'articolo 28 prevede una graduazione delle misure di allontanamento.

¹⁴³ L'articolo 13, comma 2-*bis*, T.U. immigrazione dispone che «nell'adottare il provvedimento di espulsione ai sensi del comma 2, lettere *a*) e *b*), nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare

tali ipotesi, non può ridursi a mere formule di stile, ma deve essere tale da mettere l'interessato in condizione di verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge che legittimano l'espulsione, così da poter eventualmente proporre ricorso giurisdizionale.

5.2. La motivazione del diniego del visto di ingresso per motivi di ordine pubblico e sicurezza

Di particolare interesse ai fini dello studio dell'obbligo motivazionale, appare, altresì, la disciplina dei visti di ingresso sul territorio nazionale.

Il visto di ingresso, che può essere di breve o di lungo periodo, è un'autorizzazione amministrativa concessa allo straniero per entrare nel territorio italiano – e negli altri paesi dell'area *Schengen*. Ai sensi dell'articolo 4, comma 2, T.U. immigrazione, il visto di ingresso «è rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane nello Stato di origine o di stabile residenza dello straniero [...] unitamente a una comunicazione scritta in lingua a lui comprensibile [...] che illustri i diritti e i doveri dello straniero, relativi all'ingresso ed al soggiorno in Italia». Le autorità diplomatiche e consolari, dunque, devono accertare e valutare l'esistenza dei requisiti per il rilascio; in mancanza dei requisiti – o in caso di documentazione falsa o contraffatta o di false attestazioni – l'autorità diplomatica o consolare provvede a comunicare il diniego motivato allo straniero in lingua a lui comprensibile.

Il generale obbligo di motivazione, tuttavia, per espressa previsione di legge, non trova applicazione in presenza motivi di sicurezza o di ordine pubblico. L'articolo 4, comma 2, T.U. immigrazione, infatti, prevede che il visto di ingresso possa essere negato allo straniero per motivi di sicurezza ordine pubblico senza alcuna motivazione, salvo le domande di visto presentate ai sensi degli articoli 22, 24, 26, 27, 28, 29, 36 e 39 T.U., il cui diniego, invece, deve essere motivato. Se, da un lato, il diniego del visto di ingresso per “motivi di sicurezza e di ordine pubblico” non deve essere motivato; dall'altro, la motivazione è richiesta per i casi di lavoro autonomo, lavoro dipendente, lavoro stagionale e altri casi particolari d'ingresso per lavoro, oltre il ricongiungimento familiare, l'ingresso per cure mediche e l'accesso a corsi universitari.

Eppure, soprattutto dopo il forte richiamo della Corte costituzionale

ricongiunto ai sensi dell'articolo 29, si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale, nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese di origine».

circa la imprescindibile centralità della motivazione, quale baricentro del provvedimento amministrativo e ‘baluardo’ di legalità sostanziale, la stessa giurisprudenza amministrativa non ha mancato di censurare l’illegittimità dei dinieghi, ancorché non motivati, nei casi in cui l’amministrazione non abbia ragionevolmente dimostrato in giudizio la sussistenza di tali ragioni, riconducibili ai motivi di ordine pubblico, anzitutto, per quanto attiene al c.d. rischio migratorio¹⁴⁴. La sussistenza di ragioni attinenti all’ordine pubblico, invero, ancorché non debba essere motivata nel provvedimento negativo, può – e deve – essere sindacata dal giudice amministrativo, al fine di non frustrare le legittime aspettative del richiedente e di assicurarne, quindi, la pienezza della tutela giurisdizionale avverso atti eventualmente arbitrari adottati dall’amministrazione.

La deroga al generale obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, introdotta dall’articolo 4 T.U. immigrazione, dunque, deve essere intesa non già nel senso che la predetta norma abbia legittimato l’amministrazione ad agire arbitrariamente, ma nel senso che nei casi in cui il visto può essere legittimamente negato, il diniego non può essere motivato, fermo restando il potere del giudice di verificarne la legittimità¹⁴⁵. L’amministrazione procedente non può, pertanto, esimersi dal fornire al giudice eventualmente adito spiegazioni in merito alle ragioni che hanno condotto all’adozione del provvedimento di diniego del visto di ingresso per motivi di sicurezza o di ordine pubblico.

¹⁴⁴ Occorre al riguardo richiamare la fondamentale ordinanza della Corte costituzionale, 26 maggio 2015, n. 92, la quale ha ribadito come «il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l’essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (articolo 3 della legge n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell’articolo 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti». Si veda anche, Tar Lazio, Roma, 2 aprile 2009, n. 3565.

¹⁴⁵ In tal senso, si veda, Tar Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 15 marzo 2012, n. 2533; *Id.*, 5 giugno 2007, n. 5163.

Capitolo Sesto

La motivazione dei provvedimenti di secondo grado e la prova dell'attualità dell'interesse pubblico

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Annullamento in autotutela: l'elasticità dei presupposti e le ricadute in punto di motivazione – 3. Tipicità dei presupposti della revoca, legittimo affidamento e motivazione – 4. L'integrazione della motivazione del provvedimento di primo grado mediante la convalida (in secondo grado)

1. *Premessa*

L'autotutela amministrativa è tradizionalmente definita, dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza, come il potere dell'amministrazione di rimuovere unilateralmente ed autonomamente gli ostacoli che si frappongono alla realizzazione dell'interesse pubblico concreto per cui il potere è stato conferito dalla legge¹.

L'autotutela si articola, secondo l'impostazione scientifica maggiormente condivisa, in autotutela decisoria e autotutela esecutiva².

¹ Sul piano dogmatico, il maggiore contributo all'elaborazione concettuale dell'argomento si deve alla ricostruzione di F. BENVENUTI, *Autotutela, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 537 ss. L'Autore definisce l'autotutela come una delle tre manifestazioni del potere della pubblica amministrazione, accanto all'autonomia e all'autarchia, identificandola nella sua capacità «di farsi ragione da sé». Poi si richiama anche, G. GHETTI, *Autotutela della pubblica amministrazione, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. III, UTET, Torino 1987, pp. 80 ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. IV, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pp. 4 ss.; G. CORSO, *Autotutela (dir. amm.), ad vocem*, in «Diz. dir. pubbl.», diretto da S. CASSESE, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 609 ss. Da ultimo, si rinvia al contributo di A. PAJNO, *L'autotutela tra tradizione e innovazione*, in «Federalismi.it», 2017. In giurisprudenza, Cons. St., sez. VI, 14 gennaio 2009, n. 136, ha chiarito che è legittimo l'esercizio dell'autotutela quando questo si fonda su un errore iniziale, ovvero sul mutato apprezzamento di presupposti di fatto o, addirittura, sul mutato convincimento circa l'interesse pubblico sotteso al provvedimento *ab origine* adottato, in quanto alla base dell'autotutela amministrativa, quale che ne sia la forma giuridica (revoca, annullamento, ritiro, ecc.) c'è sempre un errore sugli originari presupposti di fatto o giuridici, ovvero un nuovo apprezzamento di elementi già sussistenti.

² Si rinvia alla trattazione di BENVENUTI, *Autotutela, ad vocem*, cit., pp. 537 ss. Secondo lo

Al concetto di autotutela decisoria appartiene la vera e propria funzione di riesame, consistente nella rivalutazione delle situazioni di fatto e di diritto poste alla base di un dato provvedimento amministrativo ad opera della stessa autorità che ha adottato l'atto originario o di autorità diversa. Si tratta di un'attività di natura discrezionale, in cui l'amministrazione è tenuta non soltanto ad evidenziare l'interesse pubblico che giustifica l'adozione del provvedimento di secondo grado, ma anche a compiere una ponderazione dello stesso con quelli dei privati destinatari e controinteressati secondo logiche di merito amministrativo.

Attraverso una disciplina frutto della positivizzazione di principi già elaborati dalla giurisprudenza nazionale ed europea e dell'accoglimento di istituti di derivazione comunitaria, si è inteso valorizzare, nell'esercizio del potere di riesame, la tutela del legittimo affidamento dei privati³.

schema elaborato dall'Autore, l'attività di autotutela si distingue in decisoria ed esecutiva. La prima, di carattere generale ed immanente, consiste nella facoltà di adottare una decisione con cui l'amministrazione, riesaminando il dispositivo iniziale, lo annulla o lo revoca; la seconda che riveste, invece, carattere di natura eccezionale, consta di una serie di attività materiali dirette all'esecuzione delle determinazioni adottate. Per una disamina dell'autotutela decisoria, si rinvia, da ultimo, al contributo di C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 1173 ss.; V. DOMENICHELLI, M. SINISI, *La revoca del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 1056 ss. Poi si veda anche, L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies*, in «Giustamm.it», 2016; M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2015. L'autotutela esecutiva si identifica con l'attività della pubblica amministrazione diretta all'esecuzione coattiva degli atti provvedimentali. Tale funzione è oggi espressamente prevista dagli articoli 21-ter e 21-quater della legge n. 241 del 1990, che disciplinano rispettivamente l'esecutorietà e l'esecutività del provvedimento. Sul punto, *ex multis*, si rinvia a R. LEONARDI, *L'esecutorietà degli atti costitutivi di obblighi*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 1023 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, *L'efficacia e l'esecutività del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 1033 ss.

³ Il principio di tutela del legittimo affidamento deriva dal diritto europeo, costituendone, tra l'altro, un principio generale (si veda, *ex multis*, Cgue 3 maggio 1978, causa C-112/77 (*Gesellschaft mbh c. Commissione*)). Il diritto di invocare la tutela del legittimo affidamento viene riconosciuto in capo a chiunque si trovi in una situazione nella quale risulti che l'amministrazione comunitaria, fornendogli assicurazioni precise, gli abbia suscitato aspettative fondate (si veda, *ex multis*, Cgue, sez. VI, 17 aprile 1997, causa C-90/95 (*H. de Compte c. Parlamento europeo*)). Tale situazione giuridica soggettiva, tuttavia, viene considerata meritevole di tutela solo in presenza di un comportamento conforme alla regola della buona fede (in senso oggettivo) ed alla legge. Sul punto, si richiama l'organica trattazione di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, il quale ha individuato il fondamento della tutela riconosciuta all'affidamento nel principio di buona fede, inteso quale obbligo di correttezza. Per un'approfondita disamina del principio del legittimo affidamento, da ultimo, si rinvia al contributo di E. ZAMPETTI, *Il*

L'autotutela viene, dunque, a collocarsi «nello snodo delicatissimo fra il potere amministrativo e il suo esercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato, dall'altra» e trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento⁴.

Il perimetro della motivazione, come si illustrerà nei paragrafi che seguono, assume dei contorni differenti a seconda del tipo di potere di autotutela esercitato e a seconda dei diversi settori dell'attività di cura concreta dell'interesse pubblico. L'obbligo di motivare l'esercizio del potere di autotutela, che assume un rilievo centrale, sebbene appaia uniforme, cela una molteplicità di sfumature che ne modificano natura e consistenza. Occorre, dunque, analizzare le singole figure in cui si modula il potere di autotutela, ossia l'annullamento d'ufficio, *ex* articolo 21-*nonies*, la revoca, *ex* articolo 21-*quinques* e la convalida, *ex* articolo 21-*nonies*, nonché *l'ubi consistam* dell'obbligo di motivazione nelle ipotesi speciali previste dalla legge o dalla giurisprudenza, tenendo conto delle importanti novità giurisprudenziali e normative intervenute negli ultimi anni⁵.

2. Annullamento in autotutela: l'elasticità dei presupposti e le ricadute in punto di motivazione

L'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 riconosce alla pubblica amministrazione il potere di annullare d'ufficio un provvedimento illegittimo in presenza delle seguenti condizioni: (i) la sussistenza di ragioni di interesse pubblico, diverse dal mero ripristino della legalità; (ii) il rispetto del «termine ragionevole», con le relative presunzioni di irragionevolezza (si veda il limite dei diciotto mesi per l'annullamento dei provvedimenti ampliativi introdotto dalla c.d. riforma Madia); (iii) la ponderazione e comparazione con gli interessi dei destinatari e degli

principio di tutela del legittimo affidamento, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 173 ss.

⁴ Si veda, Corte Cost., 9 marzo 2016, n. 49.

⁵ Sui presupposti dell'annullamento d'ufficio in generale, si veda, Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1915; sui presupposti della revoca in generale, si veda, Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5082. La disciplina degli istituti dell'annullamento d'ufficio, della revoca e della convalida è stata di recente novellata dal decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto Sblocca Italia), convertito con modificazioni nella legge 11 novembre 2014, n. 164 e dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, con cui il legislatore è intervenuto a rimodulare l'ampiezza dell'esercizio dei poteri di autotutela.

eventuali controinteressati del provvedimento⁶.

L'illegittimità del provvedimento, pur costituendo il necessario presupposto dell'annullamento d'ufficio, non può, di per sé sola, giustificare la decisione di rimuovere il provvedimento invalido, essendo altresì necessaria la sussistenza di un interesse pubblico, concreto e attuale, da curare con l'annullamento, di cui la pubblica amministrazione deve dare esplicitamente conto nella motivazione del provvedimento di riesame⁷. L'impossibilità di rimuovere in autotutela un provvedimento solo perché illegittimo trova la sua *ratio* in un'esigenza di certezza e stabilità, sia dei rapporti tra pubblica amministrazione e privato, sia degli effetti degli atti dell'amministrazione.

La necessità che, oltre all'illegittimità dell'atto, sussistano ragioni di interesse generale alla rimozione del provvedimento e dei suoi effetti, fa sì che la tenuta dell'atto di autotutela poggia interamente sulla forza della motivazione posta a sostegno della decisione. Dalla motivazione, infatti, deve emergere non soltanto il o i profili di illegittimità che invalidano l'atto, ma anche la concretezza e l'attualità dell'interesse pubblico alla sua

⁶ Il legislatore ha inteso recepire alcuni elementi della disciplina elaborata dalla giurisprudenza amministrativa, che aveva già subordinato l'esercizio del potere di annullamento, con effetti *ex tunc*, ad alcune regole, quali: «(a) l'obbligo della motivazione; (b) la presenza di concrete ragioni di pubblico interesse, non riconducibili al mero ripristino della legalità; (c) la valutazione dell'affidamento delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto di riesame, tenendo conto del tempo trascorso dalla sua adozione; (d) il rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale; (e) l'adeguata istruttoria». Come evidenziato da P.M. VIPIANA, *Invalidità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi*, Cedam, Padova, 2007, pp. 84 ss., il legislatore conferma senz'altro la natura squisitamente discrezionale del potere di annullamento d'ufficio. In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 2020, n. 418; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 16 gennaio 2020, n. 4; Cons. St., sez. IV, 23 agosto 2019, n. 5799; Tar Campania, Salerno, sez. II, 5 agosto 2019, n. 1459; Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 294; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 14 aprile 2016, n. 619; Cons. St., sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3182. Per una disamina dell'istituto, si rinvia all'approfondito contributo di DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., pp. 1173 ss. Poi si veda anche, F. COSTANTINO, *L'annullamento d'ufficio*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 869 ss.

⁷ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 284 ss., afferma che «a prescindere dalla sua esatta collocazione tra gli elementi dell'azione amministrativa (presupposto, fine, motivo), l'interesse pubblico concreto non può apparire infatti, se non a posteriori, immanente nella situazione reale considerata, rappresentando invece, nei fieri del procedimento amministrativo, il risultato di una sintesi tutt'altro che prevedibile ed apriori scontata». In giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. V, 20 settembre 2016, n. 3910.

eliminazione dal mondo giuridico⁸. Tale interesse deve risultare dalla sintesi tra l'interesse pubblico (interesse primario) e gli altri interessi (privati e/o pubblici) coinvolti nel procedimento (interessi secondari)⁹. L'obbligo motivazionale del provvedimento di ritiro deve ritenersi correttamente adempiuto solo ove dia conto degli esiti della suddetta comparazione al ripristino della legalità e alle esigenze connesse alla tutela dell'affidamento ingenerato nei privati¹⁰.

L'annullamento d'ufficio deve, dunque, basarsi su un duplice ordine di valutazioni: l'una relativa alla sussistenza del vizio di illegittimità; l'altra relativa all'opportunità dell'eliminazione, effettuando una comparazione fra l'interesse pubblico all'annullamento dell'atto, l'esigenza (anch'essa di pubblico interesse) a non turbare posizioni giuridiche consolidate e ormai definitive dei privati (destinatari e controinteressati) e gli altri eventuali interessi pubblici alla conservazione dello stesso¹¹.

La pubblica amministrazione, in altri termini, prima di rimuovere il provvedimento deve verificare se la conservazione dello stesso, benché illegittimo, non sia proprio la soluzione che meglio consente di soddisfare

⁸ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2018, n. 5277; Cons. St., sez. V, 20 settembre 2016, n. 3910; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 5 maggio 2016, n. 2300; Cons. St., sez. V, 21 aprile 2015, n. 2013; Cons. St., sez. III, 4 maggio 2012, n. 2567; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 25 gennaio 2012, n. 175; Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2011, n. 4770; Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2011, n. 350.

⁹ Non necessariamente coloro che hanno un interesse alla conservazione dell'atto originario sono i destinatari del medesimo, come pur non necessariamente coloro che hanno un interesse all'eliminazione dell'atto sono i controinteressati. Nonostante l'articolo 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990, sembri porre sul medesimo piano gli interessi dei soggetti privati coinvolti, è da ritenersi che l'amministrazione dovrà dare particolare attenzione agli interessi di coloro che hanno tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo e hanno fatto affidamento sulla sua stabilità. Infatti, i titolari di interessi opposti al provvedimento hanno, a loro disposizione, a tutela del proprio interesse, la sua diretta impugnazione, e se non utilizzano tale possibilità «non possono certo contare su un ipotetico futuro annullamento d'ufficio a tutela dell'interesse pubblico». In tal senso, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Cedam, Padova, 2016, p. 179.

¹⁰ In tal senso, Tar Liguria, Genova, sez. II, 5 giugno 2018, n. 508; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 12 gennaio 2018, n. 5; Cons. St., sez. III, 28 luglio 2017, n. 3780; Cons. St., sez. VI, 1° settembre 2016, n. 3787. Sui rapporti tra affidamento e annullamento, *ex multis*, si rinvia alla trattazione di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 462 ss. Poi si veda anche il contributo di F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in «Dir. amm.», 2005, 4, pp. 843 ss.

¹¹ La ponderazione comparativa dei interessi non è necessaria solo ove l'affidamento del privato sia colpevole, ossia qualora l'illegittimità dell'atto sia addebitabile non ad errori di valutazione dell'amministrazione, ma a comportamenti scorretti del privato. In tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 22 aprile 2016, n. 4713.

quell'interesse pubblico che essa è tenuta a perseguire. Nell'effettuare questa scelta l'amministrazione deve effettuare valutazioni di merito, secondo criteri di opportunità, adeguatezza e convenienza, secondo i principi di ragionevolezza e di proporzionalità

L'attività di autotutela deve sempre essere il risultato di un'attività istruttoria adeguata che dia conto nella motivazione, oltre dell'illegittimità originaria dell'atto, della valutazione dell'interesse pubblico e di quello dei privati che hanno riposto affidamento nella conservazione dell'atto¹². È per questo che essa è generalmente (salvo eccezioni che si analizzeranno a seguire) ritenuta espressione di un potere di natura discrezionale, di ponderazione e mediazione di più interessi ed esigenze tra loro in conflitto, al fine di giungere alla soluzione più opportuna e ragionevole per il caso concreto¹³. Si richiede, in particolare, la puntuale esternazione dei presupposti di fatto, che dia conto degli esiti dell'istruttoria condotta dall'amministrazione e delle ragioni giuridiche, riferite a tutte le condizioni di esercizio del potere, che giustificano l'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio¹⁴. La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'apprezzamento del presupposto relativo alla sussistenza dell'interesse pubblico non può risolversi nella tautologica ripetizione degli interessi sottesi alla disposizione normativa la cui violazione ha integrato l'illegittimità dell'atto oggetto del procedimento di autotutela¹⁵.

L'obbligo motivazionale, in ogni caso, presenta una diversa intensità,

¹² In tal senso, Cons. St., sez. IV, 28 giugno 2017, n. 3154; Tar Campania, Napoli, sez. II, 9 febbraio 2016, n. 698. In dottrina, si richiama la posizione espressa da F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Giappichelli, Torino, 2013. Secondo l'Autore, la tutela dell'affidamento costituisce corollario della certezza del diritto e sua applicazione concreta.

¹³ Si rinvia al pensiero di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993. L'Autore afferma che l'annullamento d'ufficio non è atto dovuto, ma discrezionale e che, conseguentemente, la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare la pubblica amministrazione deve essere qualificata come facoltà e non come obbligo. Anche la giurisprudenza ha da sempre qualificato il potere di autotutela come attività discrezionale, implicando il libero apprezzamento dell'attualità e della consistenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, che non si identifica con il mero ristabilimento dell'ordine giuridico violato. Si veda, *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 17 luglio 2019, n. 1279; Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 2019, n. 1374; Tar Campania, Salerno, sez. I, 6 aprile 2018, n. 527; Tar Lazio, Roma, sez. II, 4 maggio 2010, n. 9350; Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8529; *Id.*, 16 dicembre 2008, n. 6234. Lo stesso articolo 21-*nonies* sancisce che il provvedimento amministrativo illegittimo «[...] può essere annullato d'ufficio [...]», classificando chiaramente come discrezionale e facoltativa la potestà di autotutela.

¹⁴ Si rinvia al contributo di DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., p. 1191.

¹⁵ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341.

a seconda della materia interessata dal provvedimento di primo grado, della natura e della consistenza degli interessi coinvolti nel procedimento, nonché dei contenuti della funzione esercitata.

Parte della giurisprudenza, a titolo esemplificativo, ha affermato che, a fronte della consistenza dell'affidamento ingenerato nei destinatari di un titolo abilitativo circa il consolidamento della sua efficacia, l'atto di autotutela, deve contenere «una motivazione particolarmente convincente [...] circa l'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto, in relazione alla pregnanza e alla preminenza dell'interesse pubblico all'eliminazione d'ufficio del titolo edilizio illegittimo»¹⁶. La consistenza dell'obbligo motivazionale, in questo caso, deve intendersi aggravata dall'efficacia istantanea dell'atto permissivo, assumendo nel giudizio comparativo degli interessi confliggenti maggiore rilevanza quello dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore pregnanza quello del pubblico all'elisione di effetti già prodotti in via definitiva e suscettibili di aggravamento.

Sulla stessa scia, la giurisprudenza ha annullato, per difetto di motivazione, un provvedimento di annullamento di una segnalazione certificata di inizio attività per il quale: (i) mancava una puntuale confutazione delle osservazioni avanzate dall'interessato nel corso del procedimento; (ii) non risultavano adeguatamente esposte le ragioni di pubblico interesse, specifico e concreto a fondamento del provvedimento di riesame, essendo insufficiente il generico «interesse della collettività al rispetto della disciplina urbanistica, nonché al ripristino dello stato dei luoghi»; (iii) non risultava un'adeguata comparazione degli interessi coinvolti¹⁷.

Anche nelle procedure di evidenza pubblica è richiesta un'articolata esposizione delle ragioni che hanno indotto l'amministrazione, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate in capo ai partecipanti alla gara, a determinarsi per l'annullamento d'ufficio¹⁸. Il potere di autotutela, quanto agli atti di gara (a partire dal bando fino all'aggiudicazione definitiva), trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento cui deve essere improntata l'attività amministrativa, in attuazione dei quali la pubblica amministrazione deve adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, fermo l'obbligo di rendere effettive le garanzie

¹⁶ Si veda, Tar Puglia, Lecce, sez. III, 30 settembre 2019, n. 1518; Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341.

¹⁷ In tal senso, Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 17 maggio 2017, n. 795.

¹⁸ In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. II, 30 luglio 2015, n. 10486; Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8561; Cons. St., sez. V, 10 settembre 2009, n. 5427.

procedimentali e di fornire una puntuale motivazione¹⁹. La stazione appaltante, in particolare, è tenuta a fornire un'adeguata motivazione circa la natura e la gravità delle anomalie contenute nel bando e/o negli altri atti della procedura di gara, la sussistenza di un interesse pubblico alla sua eliminazione che, alla luce della comparazione degli interessi pubblici e privati in gioco, giustificano l'adozione del provvedimento di riesame. Parte della giurisprudenza, tuttavia, ritiene che per gli atti endoprocedimentali di una procedura di gara, il dovere motivazionale sia notevolmente attenuato, non essendo questi idonei a generare nei partecipanti una posizione consolidata di vantaggio²⁰.

La sussistenza di un interesse concreto e attuale, diverso da quello del mero ripristino alla legalità violata, che deve risultare dalla motivazione dell'atto di ritiro, si avverte, in particolare, laddove l'invalidità emerga a notevole distanza di tempo dall'emanazione dell'atto originario. Se il provvedimento viene riesaminato subito dopo la sua emanazione, infatti, non può evidentemente giocare nessun ruolo il decorso del tempo (poiché non ve ne è stato), apparendo logico attribuire rilievo al solo vizio inficiante l'atto. La stessa cosa non può dirsi, invece, ove sia trascorso del tempo dall'emanazione dell'atto, giacché in questo caso, i fatti accaduti in questo tempo consentono alla pubblica amministrazione di valutare diversamente il vizio che inficia il provvedimento di primo grado. L'obbligo motivazionale dovrà essere tanto più specifico, puntuale e inteso quanto più lungo è il lasso temporale decorso dall'emanazione dell'atto da annullare, a fronte del ragionevole affidamento ingenerato nel privato²¹. Il potere di ripensamento dell'amministrazione, infatti, incontra un limite nell'esigenza di salvaguardare le situazioni dei soggetti privati

¹⁹ In tal senso, *ex multis*, Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 21 febbraio 2017, n. 547; Tar Lazio, Roma, sez. II, 30 luglio 2015, n. 10486.

²⁰ In tal senso, Tar Campania, Napoli, sez. II, 27 ottobre 2016, n. 4982.

²¹ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 26 giugno 2018, n. 3927; Tar Campania, Salerno, sez. I, 6 aprile 2018, n. 527; Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2017, n. 3586; *Id.*, 27 gennaio 2017, n. 341; *Id.*, 8 aprile 2016, n. 1393; Tar Campania, sez. II, 12 gennaio 2016, n. 119; Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1605; *Id.*, 20 febbraio 2014, n. 781, secondo cui «dal punto di vista motivazionale, l'atto di annullamento d'ufficio deve esplicitare nella sua parte motivata la valutazione comparativa degli interessi confliggenti; si tratta di un impegno motivazionale tanto più intensamente preteso, quanto maggiore sia il lasso di tempo decorso dall'adozione dell'atto da annullare e robusto possa apparire l'affidamento ingenerato nel privato». Si veda anche, Cons. St., sez. VI, 2 settembre 2013, n. 4352, secondo cui «pur non sussistendo una decadenza dal potere di autoannullamento del titolo edilizio, la caducazione che intervenga a notevole distanza di tempo, dopo che le opere siano state completate, esige un'analitica e concludente motivazione».

che, confidando nella legittimità dell'atto rimosso, hanno acquisito il consolidamento di posizioni di vantaggio loro attribuite da questo²².

Appare, dunque, evidente che la quantificazione del tempo costituisce questione di primaria importanza al fine di comprendere l'intensità e l'ampiezza dell'obbligo di motivazione cui soggiace l'amministrazione procedente.

La formulazione originaria dell'articolo 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990 è sembrata affetta da profili di equivocità, in quanto, in modo assolutamente generico, si limitava a richiamare la nozione elastica del «termine ragionevole» entro il quale è consentito l'annullamento d'ufficio²³.

Il legislatore del 2015, consapevole di tale indeterminatezza, senza incidere sulla generale previsione per cui l'annullamento d'ufficio deve intervenire entro un termine ragionevole, ha introdotto uno sbarramento temporale, di diciotto mesi, quanto meno per i provvedimenti c.d. ampliativi (attributivi di vantaggi personali o patrimoniali), volto a circoscrivere il potere di intervento in autotutela della pubblica amministrazione sui provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione dei vantaggi economici, in ragione del necessario bilanciamento tra l'interesse all'annullamento²⁴.

²² Sulla correlazione tra decorso del tempo e consolidamento della situazione giuridica, si veda, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. III, 18 maggio 2016, n. 2554; Cons. St., sez. VI, 28 maggio 2015, n. 2673.

²³ Tale concetto si è rivelato subito «un parametro indeterminato ed elastico che si presta ad adattarsi alla varie circostanze concrete che [...] finisce per lasciare al sindacato del giudice amministrativo il compito di individuare la congruità del termine tra l'adozione del provvedimento di autotutela e l'atto originario, con il consueto controllo di ragionevolezza, secondo il parametro costituzionale (articolo 3 della Costituzione) in considerazione del grado di complessità degli interessi coinvolti e del loro relativo consolidamento». In tal senso, Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 19 marzo 2015, n. 206.

²⁴ Il riferimento è all'articolo 6 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante «Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», che ha sostituito alla previsione generica di un «termine ragionevole» entro il quale l'amministrazione può agire in autotutela, un termine certo di diciotto mesi. In dottrina, si richiamano gli approfonditi contributi di F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in «Federalismi.it», 2017; ID., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in «Federalismi.it», 2015; M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in «Giorn. dir. amm.», 2015, 5, pp. 621 ss. Sull'applicabilità *ratione temporis* del novellato articolo 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990, si veda, Cons. St., sez. V, 19 gennaio 2017, n. 250, secondo cui il termine di diciotto mesi non può applicarsi in via retroattiva, nel senso di computare anche il decorso anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 124 del 2015, atteso che tale esegesi, oltre a porsi in contrasto con il generale principio di irretroattività della legge (articolo 11 delle preleggi), finirebbe per limitare

La norma in parola riguarda solo i provvedimenti attributivi di vantaggi economici e autorizzativi, ossia quegli atti volti ad espandere la sfera giuridico-economica dei destinatari, per i quali si pone un problema particolarmente incisivo di tutela dell'affidamento. Per gli altri, invece, resta ferma la regola del termine ragionevole.

L'introduzione del termine di diciotto mesi ha determinato due importanti cambiamenti che si riflettono sull'obbligo di motivazione.

Decorsi i diciotto mesi, opera una vera e propria presunzione *ex lege* di irragionevolezza. Allo stesso tempo, la giurisprudenza ha chiarito che il termine di diciotto mesi, non avendo il legislatore eliminato il riferimento al termine ragionevole, è un termine massimo ma non necessariamente ragionevole²⁵. Quindi, oltre i diciotto mesi l'annullamento si presume adottato oltre il termine ragionevole, ma, al contrario, l'annullamento adottato nei diciotto mesi non si presume necessariamente ragionevole. Prima della scadenza del termine di diciotto mesi, dunque, non opera alcuna presunzione di ragionevolezza.

Sul piano della motivazione questo comporta due conseguenze. La prima è che, in caso di provvedimento adottato oltre il detto termine, la motivazione del provvedimento, per quanto forte essa sia, non può sanare il provvedimento e compensare la violazione del termine. La seconda è che, anche in caso di rispetto del termine, la pubblica amministrazione procedente è tenuta a motivare l'annullamento anche sotto il profilo della ragionevolezza del momento in cui è stato adottato, in rapporto al legittimo affidamento incolpevole del privato²⁶.

A ciò si aggiunga che il termine di diciotto mesi è previsto come termine di decadenza. Il che significa che, per la prima volta, il legislatore

in maniera eccessiva ed irragionevole l'esercizio del potere di autotutela amministrativa. La previsione del termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio, in ogni caso, ci allinea alle esperienze di altri Paesi, come la Francia, la Spagna e la Germania, dove da tempo è previsto un termine decadenziale per i provvedimenti di ritiro in via generale. Sul punto, si richiama la trattazione di G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Cedam, Padova, 2011. Poi si veda anche il contributo di A. CASSATELLA, *L'annullamento d'ufficio. Modelli di comparazione*, in «Dir. e form.», 2004, pp. 241 ss.

²⁵ In questi termini, Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 16 aprile 2018, n. 135, secondo cui «[...] la novella che introduce il termine massimo di 18 mesi salva, comunque, l'operatività del termine ragionevole, già previsto dall'originaria versione dell'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 [...]».

²⁶ Sul principio di ragionevolezza, si richiama l'organica trattazione di P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1993, pp. 13 ss.

ha introdotto un termine di decadenza che deroga dal principio di inesauribilità del potere amministrativo a tutela dell'interesse del privato. Solitamente, infatti, i termini di decadenza, ad esempio quello per l'impugnazione del provvedimento davanti al giudice amministrativo, sono rivolti unicamente a soddisfare interessi della pubblica amministrazione come quello alla certezza e stabilità degli effetti dei propri atti.

Sul piano dell'ambito di applicazione, la disposizione di cui all'articolo 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990, ne consente l'estensione anche alle autorizzazioni che si formano con silenzio assenso e, visto il rinvio dell'articolo 19 della medesima legge all'articolo 21-*nonies*, anche alla Scia²⁷.

Con la fissazione dell'anzidetto termine si è voluto raggiungere un punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti, ma entrambi meritevoli di tutela, attinenti alla certezza delle situazioni giuridiche costituite da provvedimenti ampliativi della sfera giuridica ed economica dei privati e quelle pubbliche di rispetto, e di conformazione anche successiva, del principio di legalità²⁸. Volendo utilizzare le parole del Consiglio di Stato, l'innovazione del termine di diciotto mesi rappresenta «nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione», nell'interesse del cittadino al consolidamento e alla stabilizzazione degli effetti prodotti da atti a lui favorevoli²⁹.

²⁷ In quest'ultimo caso, come precisato dall'articolo 2, comma 4, D.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (decreto Scia 2), il termine di diciotto mesi decorre dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinatorio di verifica da parte dell'amministrazione competente. Si veda, *infra* cap. IV, par. 3.2.1., «Persistenza dell'obbligo di motivazione e segnalazione certificata di inizio attività».

²⁸ In tal senso, Corte Cost., 9 marzo 2016, n. 49. In dottrina, si rinvia al prezioso contributo di M.A. SANDULLI, *Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 49/2016, in tema di norme della Regione Toscana in materia di Scia*, in «Riv. giur. ed.», 2016, 1, pp. 8 ss. Si richiama anche, M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge n. 124 del 7 agosto 2015 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in «Federalismi.it», 2015. Secondo l'Autrice, dalla legge n. 124 del 2015 emerge la logica di «offrire maggiori garanzie all'affidamento degli operatori economici nella stabilità dei titoli e dei benefici conseguiti o maturati».

²⁹ In tal senso, Cons. St., parere 15 marzo 2016, n. 839, sullo schema di decreto legislativo recante «Attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività» (c.d. decreto Scia 1), punto 8.1. In dottrina, M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in «Giustamm.it», 2016, afferma che la previsione del termine di diciotto mesi è «un tassello importante nella ricostruzione della relazione tra pubblica amministrazione e privato all'insegna non più del privilegio amministrativo, bensì della leale collaborazione e del riequilibrio tra le parti del rapporto. Il fattore temporale è nevralgico nella dialettica tra le ragioni di pubblico interesse sottostanti al potere di annullamento d'ufficio e le esigenze di certezza nei rapporti tra amministrazioni e privati».

Il novellato articolo 21-*nonies*, con riferimento al termine di diciotto mesi, che devono comunque essere rispettati, è formulato in modo tale da prevedere, per i provvedimenti espansivi, l'aggiunta del termine rigido a quello elastico. L'autotutela, pertanto, dovrà superare il duplice filtro del rispetto del termine di diciotto mesi e, in caso positivo, del parametro di ragionevolezza. I diciotto mesi, infatti, sono il limite massimo insuperabile, ma non può escludersi che, alla luce delle circostanze concrete della singola fattispecie, il termine ragionevole possa essere ritenuto più breve³⁰.

Il legislatore, in ogni caso, dopo aver sancito, all'articolo 21-*nonies*, comma 1, la regola generale del rispetto del termine massimo di diciotto mesi, si è preoccupato di codificare una deroga a tale canone di azione, consentendo espressamente, al successivo comma 2-*bis*, l'annullamento d'ufficio, anche dopo la scadenza dell'anzidetto termine, dei provvedimenti «conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato [...], fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali, nonché delle sanzioni previste dal capo IV del d.P.R. n. 445 del 2000»³¹.

Ciò chiarito, occorre, tuttavia, osservare che in talune ipotesi la ricorrenza dell'interesse pubblico all'annullamento si ritiene *in re ipsa* e, pertanto, non deve risultare da alcuna una motivazione specifica.

Si ha, più specificamente, riguardo alle ipotesi in cui il provvedimento amministrativo originario costituisca la risultante di un'attività vincolata dell'amministrazione, tanto nell'*an*, quanto nei modi di esercizio³². In

³⁰ In tal senso, DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., pp. 1173 ss.; M. LIPARI, *La Scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in «Federalismi.it», 2015. Di segno contrario, L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo articolo 21-*nonies**, in «Giustamm.it», 2016, il quale ha ritenuto che la previsione di un termine decadenziale abbia privato di qualsivoglia efficacia quella della ragionevolezza del termine.

³¹ Tra le eccezioni normative alla previsione del termine ragionevole, viene in rilievo anche quella disposta dall'articolo 138 del D.lgs. n. 267 del 2000, che autorizza il Governo ad annullare d'ufficio in qualunque tempo i provvedimenti illegittimi degli enti locali.

³² Cons. St., sez. V, 16 maggio 2016, n. 1968, secondo cui « [...] se è vero che, di regola, il potere di autotutela ha natura discrezionale, occorrendo, che accanto all'illegittimità del provvedimento di primo grado, sussista anche un interesse pubblico al ritiro da comparare con quello del privato al mantenimento dell'atto, fanno eccezione alla regola le ipotesi in cui, essendo l'interesse pubblico *in re ipsa*, l'amministrazione non è chiamata a compiere alcuna valutazione al fine di poter disporre l'annullamento d'ufficio, essendo sufficiente, al riguardo, il mero riscontro dell'illegittimità dell'atto da annullare. In tali casi, la natura vincolata del potere, esclude che vi siano spazi per poter apprezzare profili di imparzialità».

tali casi, l'individuazione del pubblico interesse e il modo di soddisfarlo sono predeterminati *ex lege*, con la conseguenza che l'amministrazione deve intendersi obbligata ad assicurare il rispetto della norma inosservata, configurandosi una peculiare ipotesi di c.d. autotutela doverosa³³.

Nelle suddette ipotesi, dunque, non vi sarebbe la necessità di esplicitare le ragioni di pubblico interesse sottese all'emanazione del provvedimento di riesame; di effettuare un'adeguata valutazione dell'interesse privato; di motivare la scelta assunte, non sussistendo alcun momento di discrezionalità da dover 'giustificare'; di tener conto del tempo trascorso dal momento dell'adozione del provvedimento originario.

Dalla doverosità del potere officioso discende una vera e propria dequotazione del dovere motivazionale, che viene, di fatto, assorbito dal dovere di provvedere in un determinato modo.

L'assenza di motivazione, tuttavia, impedisce agli interessati di conoscere sotto quali specifici profili, anche in relazione alla concreta situazione di fatto, l'annullamento d'ufficio sia opportuno. In questo modo, persistendo l'effetto di precarietà, i privati, sono disincentivati ad entrare in relazione con l'amministrazione, ingenerandosi una perdita per il benessere collettivo³⁴.

Le ipotesi tradizionali di annullamento 'doveroso' sono quelle: (i) dell'ottemperanza a una decisione del giudice ordinario passata in giudicato in cui un atto amministrativo è stato ritenuto illegittimo (*ex* articolo 4 LAC); (ii) della decisione negativa di un'autorità di controllo cui non compete direttamente il potere di annullamento; (iii) dell'annullamento di un atto consequenziale come necessaria conseguenza dell'annullamento, giurisdizionale o amministrativo, dell'atto presupposto³⁵.

Un principio di doverosità dell'annullamento d'ufficio si configura, secondo parte della giurisprudenza, anche con specifico riguardo agli atti amministrativi adottati in violazione del diritto comunitario³⁶.

³³ Si richiama l'esautista trattazione di S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015. Poi si vedano anche i contributi di E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in «Riv. giur. edil.», 2015, 4, pp. 730 ss.; e di P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge n. 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in «Riv. giur. edil.», 2014, 6, pp. 21 ss.

³⁴ Si esprime in questi termini, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 170.

³⁵ In tal senso, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989. Tale classificazione è stata ripresa, tra gli altri, di recente, anche da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il procedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017.

³⁶ La doverosità dell'annullamento d'ufficio in tale ipotesi costituisce corollario del principio di cui all'articolo 10 TFUE; che sancisce l'obbligo per gli Stati membri di

L'esistenza di un interesse pubblico *in re ipsa*, tale da giustificare l'esercizio di una autotutela doverosa – e, dunque, l'assenza di una specifica motivazione – è stata riconosciuta, da parte della giurisprudenza, anche a fronte di permessi di costruire illegittimi³⁷; nei casi in cui non sia trascorso un apprezzabile lasso temporale dall'adozione del provvedimento illegittimo³⁸; quando il provvedimento illegittimo comporti un indebito e continuativo esborso di denaro pubblico³⁹; quando ricorre un interesse di tutela all'ambiente⁴⁰.

I casi più frequenti di annullamento dovuto riguardano, in ogni caso, l'esercizio del potere di autotutela nei confronti delle concessioni edilizie (ora permessi di costruire) illegittime.

In queste ipotesi, la giurisprudenza amministrativa ritiene che l'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia rilasciata in violazione delle norme urbanistiche (in particolare se rilasciato in sanatoria) risulta *in re ipsa* correlato alla necessità di curare l'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino della legalità violata⁴¹. Il rilascio di un titolo illegittimo determina la sussistenza di una permanente situazione *contra ius*, in tal

adottare tutte le misure idonee ad assicurare l'eccezione degli obblighi derivanti sia da fonti comunitarie primarie che dagli atti secondari. Per una disamina della questione si veda, da ultimo, DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., pp. 1202 ss.

³⁷ Si rinvia a quanto affermato, sul punto, da M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in «Federalismi.it», 2015.

³⁸ In tal senso, *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 23 ottobre 2019, n. 2215; Cons. St., sez. V, 7 luglio 2015, n. 3340.

³⁹ In tal senso, Cgars, 31 luglio 2018, n. 464; Cons. St., sez. V, 16 maggio 2016, n. 1962; Tar Campania, Napoli, sez. V, 15 maggio 2013, n. 2535; Cons. St., sez. III, 4 giugno 2012, n. 3290. Di segno contrario, Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 7 febbraio 2017, n. 92, secondo cui «Ai sensi dell'articolo 21-nonies, legge 7 agosto 1990, n. 241, l'annullamento d'ufficio della concessione di finanziamenti pubblici deve essere motivato con puntuale riferimento non soltanto alla violazione di legge inficiante il provvedimento, ma anche a concreti motivi di interesse pubblico attuale che giustificano il ritiro, nonché agli interessi dei destinatari e degli eventuali controinteressati».

⁴⁰ In tal senso, Tar Campania, Salerno, sez. II, 10 ottobre 2018, n. 1417; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 25 maggio 2011, n. 955, secondo cui «quando ricorre un'esigenza di tutela dell'ambiente, l'interesse pubblico alla rimozione di un atto viziato è *in re ipsa*: e ciò in diretta applicazione del principio di origine comunitaria di massima precauzione». Sul principio di precauzione, da ultimo, si richiama l'approfondito contributo di B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 194 ss.

⁴¹ In tal senso, *ex multis*, Tar Campania, Salerno, sez. II, 10 ottobre 2018, n. 1417; Tar Lazio, Latina, sez. I, 24 febbraio 2017, n. 121; Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660; Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1915; Cons. St., sez. IV, 5 febbraio 2015, n. 562; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 29 maggio 2014, n. 386.

modo ingenerando in capo all'amministrazione il potere-dovere di annullare in ogni tempo il titolo illegittimamente rilasciato. L'amministrazione, dunque, non è gravata da un particolare obbligo di motivazione nel caso in cui l'illegittimità del titolo discenda da una falsa rappresentazione dei fatti e dello stato dei luoghi imputabile al beneficiario della concessione edilizia⁴². In base a tale prospettazione, uno specifico obbligo motivazionale può essere imposto solo ove l'esercizio del potere di autotutela discenda da errori di valutazioni imputabili alla stessa amministrazione⁴³.

Per vero, è emerso nella giurisprudenza più recente, un contrapposto indirizzo interpretativo che ritiene necessaria una valutazione dell'interesse pubblico in concreto, in rapporto agli interessi dei destinatari e dei controinteressati degli originari provvedimenti, non potendo la pubblica amministrazione fondare l'adozione dell'atto di ritiro sul mero intento di ripristinare la legalità violata⁴⁴. L'amministrazione, invero, è tenuta ad operare un motivato bilanciamento fra l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata e l'interesse dei destinatari del titolo al mantenimento dello *status quo ante*.

Stante il contrasto giurisprudenziale in atto, la questione è stata rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, alla quale è stato chiesto di chiarire, nella vigenza dell'articolo 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005: (*i*) se l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto a notevole distanza di tempo dal provvedimento originario, debba comunque essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione e ai contrapposti interessi dei privati destinatari e degli eventuali controinteressati; (*ii*) se, ai fini di tale comparazione, rilevi che il privato abbia indotto in errore l'amministrazione attraverso l'allegazione di circostanze non veritiere idonee a determinare l'adozione dell'originario titolo edilizio⁴⁵.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata con la sentenza n. 8 del 18 ottobre 2017. La decisione risulta di particolare interesse per la trattazione, poiché attiene al *quantum* di obbligo motivazionale che grava sulla pubblica amministrazione al fine di rappresentare correttamente

⁴² In tal senso, Cons. St., sez. IV, 27 agosto 2012, n. 4619.

⁴³ In tal senso, Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5691.

⁴⁴ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 241; *Id.*, 29 gennaio 2016, n. 351; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 23 gennaio 2017, n. 450; Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 341.

⁴⁵ La questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dalla sezione IV, con ordinanza n. 1830 del 19 aprile 2017.

la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per il legittimo esercizio del potere di autotutela.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato osserva, in via preliminare, che le generali categorie in tema di annullamento *ex officio* di atti amministrativi illegittimi trovano applicazione anche nel caso di ritiro di titoli edilizi in sanatoria illegittimamente rilasciati, «non potendosi postulare in via generale e indifferenziata un interesse pubblico in *re ipsa* alla rimozione di tali atti»⁴⁶. In via di principio, dunque, l'amministrazione è gravata dell'obbligo di motivare puntualmente in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, tenendo altresì conto dell'interesse del destinatario al mantenimento dei relativi effetti. L'incondizionata adesione alla formula dell'interesse pubblico in *re ipsa* può essere produttiva di effetti distorsivi, «consentendo all'amministrazione dapprima di restare inerte, anche per lungo tempo, e poi di adottare un provvedimento di ritiro privo di alcuna motivazione, in tal modo restando pienamente de-responsabilizzata». L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato prosegue affermando che il riconoscimento di un interesse pubblico al ripristino della legalità violata non è necessariamente l'unico interesse idoneo ad influenzare le scelte discrezionali dell'amministrazione a fronte di risalenti violazioni in materia urbanistica. Conseguentemente, l'amministrazione non può, in radice, essere esonerata da qualsivoglia motivata valutazione in ordine ad ulteriori interessi e circostanze ugualmente rilevanti⁴⁷.

Escludendo, dunque, la plausibile configurazione di un'autotutela doverosa, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sembra offrire concreta rilevanza agli elementi discrezionali espressamente richiesti dall'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990. Essa, infatti, afferma che, oltre alla mera illegittimità del provvedimento da annullare sia necessario che l'amministrazione: (i) rintracci in concreto uno specifico ed ulteriore interesse pubblico; (ii) tenga inoltre conto degli interessi dei privati coinvolti in concreto e li bilanci con quello pubblico⁴⁸.

⁴⁶ Il Collegio chiarisce, anzitutto, che ai fini della presente decisione non rilevano le modifiche apportate all'articolo 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990, dall'articolo 6 della legge n. 124 del 2015. Da questa norma (disponendo solo per il futuro) non possono essere tratti elementi o spunti interpretativi ai fini della soluzione di questioni ricadenti sotto la disciplina del previgente quadro normativo.

⁴⁷ Secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato «una cosa è, infatti, la tendenziale prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino dell'ordine giuridico rispetto agli altri interessi rilevanti; ben altra cosa è la radicale pretermissione, anche ai fini motivazionali, di tali ulteriori circostanze attraverso una loro innaturale espunzione dalla fattispecie [...]».

⁴⁸ Il primo principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

Il Collegio prosegue affermando che il mero decorso del tempo, di per sé solo (nel regime *ante* legge n. 124 del 2015), non consuma il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio, esso, infatti, ne condiziona in modo rilevante le modalità di esercizio, ma non lo inibisce; e che il termine ragionevole decorre, in ogni caso, solo dal momento della scoperta dell'illegittimità del provvedimento⁴⁹.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato passa poi ad analizzare lo specifico obbligo di motivazione gravante sull'amministrazione nel caso di annullamento in autotutela del titolo edilizio precedentemente adottato, specificando che tale dovere motivazionale possa essere attenuato «alla luce della pregnanza degli interessi pubblici sottesi alla disciplina in materia edilizia e alla prevalenza che deve essere riconosciuta ai valori che essa mira a tutelare»⁵⁰. Nelle fattispecie 'di maggior rilievo', infatti, il dovere motivazionale potrà essere soddisfatto attraverso il mero richiamo alle pertinenti circostanze fattuali e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano concretamente violate, che, di fatto, integrano le ragioni di interesse pubblico richieste per l'esercizio del potere di riesame.

Il Collegio sembra in parte rivedere le statuizioni precedenti (in parte contraddicendole), con il pericolo che così ragionando l'apprezzamento del presupposto relativo alla sussistenza dell'interesse pubblico possa

è il seguente: «Nella vigenza dell'articolo 21-nonies della legge 241 del 1990 – per come introdotto dalla legge 15 del 2005 – l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole».

⁴⁹ Il decorso di un considerevole lasso temporale dal rilascio del titolo edilizio non incide sul potere di annullare in autotutela il titolo medesimo, «ma onera l'amministrazione del compito di valutare motivatamente se l'annullamento risponda ancora ad un effettivo e prevalente interesse pubblico di carattere concreto e attuale». Il secondo principio di diritto (prima parte) affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è il seguente: «i) che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro [...]».

⁵⁰ Il secondo principio di diritto (seconda parte) affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è il seguente: «ii) che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del *ius poenitendi*)».

risolversi nella tautologica ed astratta ripetizione degli interessi sottesi alla normativa la cui violazione ha integrato l'illegittimità del provvedimento. Al contrario la verifica concreta è necessaria in quanto il provvedimento, pur illegittimo può aver conseguito un obiettivo e soprattutto la sua eliminazione può comportare inconvenienti maggiori, sempre sul piano dell'interesse pubblico alla sua conservazione. L'obbligo di motivazione vale anche per i casi di annullamento intervenuto a breve distanza di tempo, posto che serve in ogni caso una spiegazione volta a rappresentare quale sia l'interesse pubblico da tutelare con l'annullamento da disporre; non è detto che tale ultimo interesse ulteriore prevalga sull'affidamento incolpevole riposto dal privato, tenuto conto del fatto che è ben possibile che l'affidamento sia sorto e perciò tutelabile anche laddove sia trascorso un breve tempo dalla emanazione del provvedimento di primo grado.

L'Adunanza Plenaria precisa, infine, che l'obbligo motivazionale risulta agevolato anche nelle ipotesi in cui la non veritiera prospettazione dei fatti rilevanti da parte del soggetto interessato abbia sortito un rilievo determinante per l'adozione dell'atto illegittimo. In questi casi, la pubblica amministrazione ben potrà fondare l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sulla non veridicità delle circostanze prospettate dal privato, in capo al quale non è certamente configurabile una posizione di legittimo (incolpevole) affidamento⁵¹.

In conclusione, tirando le fila del discorso, si può osservare che il ruolo centrale della motivazione nell'orbita dell'annullamento d'ufficio deriva dal fatto che, sebbene la legge fissi una molteplicità di presupposti a pena di illegittimità, l'esistenza e la consistenza di tali presupposti viene rimessa sostanzialmente alla discrezionalità della pubblica amministrazione. È l'amministrazione procedente, infatti, che valuta se ci sono vizi invalidanti, se sussiste l'interesse pubblico, se c'è un legittimo affidamento incolpevole del privato, ovvero quali siano i rapporti di forza tra l'interesse pubblico e il legittimo affidamento. Tutto ciò si condensa nella motivazione, che quindi assume in pieno tutte le proprie molteplici funzioni evidenziate nel primo capitolo del presente lavoro di ricerca.

⁵¹ Il secondo principio di diritto (terza parte) affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è il seguente: «che la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte».

3. Tipicità dei presupposti della revoca, legittimo affidamento e motivazione

L'articolo 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990 detta la disciplina del potere di revoca riconosciuto in capo all'amministrazione, prevedendo un'ipotesi di caducazione del provvedimento di primo grado ad efficacia durevole⁵² che prescinde dall'esistenza di vizi di legittimità e che produce effetti *ex nunc*, salvaguardando quelli *medio tempore* prodotti dall'atto revocato⁵³. La *ratio* della revoca risiede nell'incompatibilità fra il perdurare degli effetti di un provvedimento adottato e determinati interessi ritenuti preminenti⁵⁴.

La norma sopra richiamata, in particolare, prevede che la revoca può essere disposta: (i) «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse», alla luce dei quali non appare più opportuna la perdurante efficacia del provvedimento; (ii) «nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento», tale da giustificare la complessiva revisione della precedente determinazione; (iii) nel caso di una «nuova valutazione dell'interesse pubblico originario», «salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici»⁵⁵.

Il legislatore ha accolto sia l'indirizzo interpretativo che ammetteva

⁵² Non sono suscettibili di revoca i provvedimenti ad efficacia istantanea, quelli interamente eseguiti, i provvedimenti vincolati, i provvedimenti che hanno consumato il potere e, più in generale, tutti i provvedimenti che hanno esaurito i loro effetti.

⁵³ Anche i negozi giuridici conclusi dalla pubblica amministrazione per la cura di pubblici interessi, secondo quanto disposto dall'articolo 1, legge n. 241 del 1990, non sono revocabili. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 20 giugno 2014, n. 14, ha chiarito che «Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvergono sopravvenute ragioni di inopportunità alla prosecuzione del rapporto negoziale non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo del recesso [...]». Diversamente, si sostiene la revocabilità degli accordi prevista dall'articolo 11, legge n. 241 del 1990, ai quali si riconosce prevalentemente natura pubblicistica. Il termine «recesso» viene, infatti, utilizzato in modo atecnico, trattandosi, in sostanza, della revoca di un provvedimento consensuale.

⁵⁴ La revoca produce la fine dell'efficacia (durevole) del provvedimento e lascia fermi gli effetti già da questo prodotti. Per una disamina dell'istituto, si rinvia al contributo di DOMENICHELLI, SINISI, *La revoca del provvedimento*, cit. pp. 1050 ss.

⁵⁵ Parte della scienza giuridica, infatti, ha messo in risalto l'incidenza della revoca sul rapporto, anziché sull'atto. In tal senso, M. IMMORDINO, *Articolo 21 quinquies: revoca del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONI, A. POLICE, A. ZITO, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 487 ss.

⁵⁶ L'attuale previsione normativa è frutto della riforma attuata dal decreto legge 12 settembre 2013, n. 133, convertito con modificazioni nella legge 11 novembre 2014, n. 164.

la c.d. revoca per pentimento, ossia per mutata valutazione soggettiva dell'interesse pubblico, oggi non più consentita in relazione a provvedimenti ampliativi, sia la c.d. revoca per sopravvenienza, che ha come presupposto il mutamento delle circostanze di fatto o di diritto che costituirono il presupposto della decisione amministrativa⁵⁶.

Dalla lettura della disposizione di cui all'articolo 21-*quinquies*, tuttavia, emerge che l'ipotesi di revoca per mutamento della situazione di fatto, essendo ancorata alle circostanze imprevedibili, appare fortemente limitata dai principi di buona fede e diligenza della pubblica amministrazione, oltre che dall'esigenza di tutelare l'affidamento del privato; del pari la revoca per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario è stata esclusa con riguardo a provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

L'articolo 21-*quinquies*, comma 1, seconda parte, inoltre, prevede un obbligo di indennizzo in capo all'amministrazione qualora il privato subisca un pregiudizio in conseguenza della revoca⁵⁷. In applicazione del principio di equilibrio economico si intende compensare la preminenza dell'interesse pubblico sull'eventuale affidamento legittimo riposto dal privato nella stabilità del provvedimento oggetto di successiva revoca⁵⁸.

Il legislatore, dunque, nel disciplinare l'istituto della revoca nell'ambito della legge generale sul procedimento amministrativo si è mostrato sensibile alla tematica della tutela dell'affidamento e all'elaborazione che ne è stata fatta in sede comunitaria⁵⁹.

⁵⁶ Per un'ampia disamina dell'istituto, si rinvia all'organica trattazione di A. LUPO, *Premesse per uno studio della revoca degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 2013.

⁵⁷ La giurisprudenza amministrativa considera l'indennizzo come un obbligo conseguente alla revoca e non come una condizione di legittimità della stessa. La revoca del provvedimento senza previsione di un indennizzo non è illegittima, poiché tale omissione non ha efficacia viziante o invalidante dell'atto di ritiro, ma legittima il privato ad azionare la pretesa patrimoniale dinanzi al giudice amministrativo, che potrà scrutinarne i presupposti. In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 28 febbraio 2019, n. 1398; Cons. St., sez. V, 8 marzo 2017, n. 1100; *Id.*, 5 maggio 2016, n. 1797; *Id.*, 11 aprile 2016, n. 1419; *Id.*, 26 giugno 2015, n. 3237; *Id.*, 23 febbraio 2015, n. 908.

⁵⁸ Quanto ai criteri di computo dell'indennizzo, il comma 1-*bis* dell'articolo 21-*quinquies*, legge n. 241 del 1990, lo circoscrive al solo danno emergente, specificando che debba essere quantificato tenendo conto dell'affidamento che il privato aveva riposto (o poteva ragionevolmente riporre) sull'atto revocato. La norma, inoltre, dispone che l'indennizzo venga quantificato tenendo conto sia della conoscenza (o conoscibilità) da parte del privato della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso del contraente (o di terzi) nell'erronea valutazione in cui è incorsa l'amministrazione.

⁵⁹ Per una disamina della nozione di revoca accolta dalla Corte di Giustizia dell'Unione

Quanto all'elemento temporale, a differenza di ciò che è previsto per l'annullamento d'ufficio, il dettato legislativo non dà indicazioni in ordine al momento entro il quale può essere adottato il provvedimento di revoca. Conseguentemente, il potere di revoca sarebbe praticabile in ogni tempo, salvo che le posizioni consolidate dei privati siano tali da rendere impossibile giustificare l'attualità dell'interesse pubblico comunque sotteso all'esercizio del potere di rimozione⁶⁰.

Nella scelta relativa all'adozione dell'atto di revoca la pubblica amministrazione gode della più ampia discrezionalità, pur essendo tenuta, in ogni caso, ad effettuare una rigorosa comparazione degli interessi pubblici e privati che vengono in gioco nel caso concreto, soppesando l'affidamento che il destinatario in buona fede ha riposto nella conservazione dell'atto e dei suoi effetti favorevoli⁶¹.

Ne deriva che l'obbligo di motivazione rappresenta, anche a fronte di un provvedimento di revoca, un elemento indefettibile e necessario⁶². Anzi, si ritiene che, nell'esercizio del potere di revoca, l'assolvimento dell'obbligo di motivazione rappresenta un fattore ancora più rilevante che nell'annullamento d'ufficio, proprio perché, nel caso della revoca, non vi è un provvedimento illegittimo. Ciò è di primaria importanza, in quanto si rimuove un provvedimento legittimo per ragioni di opportunità. È evidente, per ciò, che la motivazione della revoca ha un ruolo ancora più decisivo, andando a impattare su un provvedimento legittimo, benché ritenuto inopportuno per rivalutazione o per sopravvenienze⁶³.

Europea, si rinvia all'approfondito contributo di DOMENICHELLI, SINISI, *La revoca del provvedimento*, cit., pp. 1060 ss.

⁶⁰ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 6413.

⁶¹ Si veda, Cons. St., sez. III, 6 maggio 2014, n. 2311, secondo cui «il potere di revoca resta connotato da un'ampia (e forse eccessiva) discrezionalità».

⁶² Si veda, *ex multis*, Cons. giust. amm. Sicilia, 21 ottobre 2019, n. 917; Cons. St., sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1477, secondo cui «trattandosi di provvedimenti di secondo grado che incidono su situazioni giuridiche soggettive consolidate, è necessario che la pubblica amministrazione nella revoca faccia luogo ad un onere di puntuale motivazione che evidenzi sia le ragioni di pubblico interesse che i motivi per cui non potevano essere accolte le osservazioni proposte dal privato nel corso del procedimento».

⁶³ Si richiama, Cons. giust. amm. Sicilia, 21 ottobre 2019, n. 917, secondo cui, «un'esegesi e applicazione dall'articolo 21-*quinquies* della legge n. 214 del 1990, che siano coerenti con i principi generali dell'ordinamento della tutela della buona fede, della lealtà nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione e del buon andamento dell'azione amministrativa comporta che: a) la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario deve essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto che si intende revocare; b) non è sufficiente, per legittimare la revoca, un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell'emanazione dell'atto originario; c) le ragioni addotte a sostegno

L'assenza di una congrua e specifica motivazione, che deve essere tanto più approfondita quanto maggiore è il tempo decorso dall'adozione del provvedimento di primo grado, determina l'invalidità dell'atto di riesame⁶⁴.

Nella motivazione, in particolare, l'amministrazione deve esplicitare la propria valutazione e il proprio bilanciamento tra le esigenze di pubblico interesse prevalente, che legittimano l'adozione del provvedimento di riesame, e l'eventuale affidamento del destinatario, ossia le legittime aspettative suscitate dal provvedimento di primo grado⁶⁵. La motivazione, pertanto, deve essere «profonda e convincente» nell'esternare non solo i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole⁶⁶.

della revoca devono rivelare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell'atto originario; d) la motivazione della revoca deve essere profonda e convincente, nell'esplicitare, non solo i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole».

⁶⁴ Si veda, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 6 novembre 2013, n. 1231, che, con particolare riguardo al provvedimento con cui la concessionaria della gestione di un tratto autostradale revoca la *sub*-concessione per la gestione di un'area di servizio, rileva che «i sopravvenuti motivi e la nuova valutazione degli interessi pubblici che consentono di assumere il provvedimento di secondo grado, estintivo della situazione giuridica acquisita con la concessione, devono rispondere a precisi requisiti oggettivi, obiettivamente verificabili e non limitarsi a soggettive valutazioni della pubblica amministrazione: così come il mutamento della situazione di fatto deve riferirsi ad aspetti essenziali della vicenda e non riguardare questioni marginali ovvero residuali del fenomeno fattuale. Pertanto la p.a. non può limitarsi, per giustificare il provvedimento di secondo grado, a segnalare evenienze consequenziali favorevoli, tutte riconducibili al provvedimento di revoca: la persistente validità del rapporto negoziale impedisce sia la disponibilità del bene che di configurare legittime le aspettative di altri operatori sull'area in questione, cosicché tale prospettata esigenza non attiene né a sopravvenuti motivi di pubblico interesse, né ad un mutamento della situazione di fatto, né, infine, ad una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario».

⁶⁵ Si veda, *ex multis*, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 6 ottobre 2016, n. 1231; Tar Lazio, Roma, sez. III, 16 maggio 2016, n. 5733; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2016, n. 1496; Tar Lazio, Roma, sez. I, 18 settembre 2015, n. 11306, secondo cui «La revoca di un provvedimento amministrativo costituisce esercizio del potere di autotutela della pubblica amministrazione implicante la necessità di esplicitare le ragioni giustificanti la nuova determinazione; pertanto, essa non può assumere forma implicita, pena la violazione dell'articolo 3, legge n. 241 del 1990, che prescrive un obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti amministrativi».

⁶⁶ SI veda, Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 6 ottobre 2016, n. 1231, secondo cui «la legittimità del provvedimento di revoca di una procedura concorsuale, assunto in sede di autotutela, sussiste nella misura in cui emergano attuali regioni di interesse pubblico puntualmente esternate in motivazione. Una motivazione

Le ragioni di opportunità che giustificano la revoca possono riguardare, come già precisato, sia la sopravvenienza di motivi di interesse pubblico che renderebbe inopportuno il perdurare dell'efficacia del precedente provvedimento; sia il mutamento della situazione di fatto sottesa all'emanazione dell'atto che suggerisca di rivedere la precedente decisione, purché non prevedibile al momento dell'adozione dello stesso; sia la riconsiderazione delle circostanze di fatto e di diritto poste alla base dell'atto di primo grado. Si ammette, dunque, anche la c.d. revoca per pentimento, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. La revoca per *ius poenitendi*, configurandosi alla stregua di un vero e proprio diritto di ripensamento della pubblica amministrazione, richiede un obbligo di motivazione ancor più rafforzato⁶⁷.

Un peculiare obbligo di motivazione è previsto anche per la revoca nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici⁶⁸.

esplicativa delle mutate ragioni di interesse pubblico si impone ancor di più nel caso in cui si sia creata in capo ai partecipanti al concorso un'aspettativa qualificata, ma non può certamente difettare nel caso in cui non sussistano ancora posizioni di interesse consolidato».

⁶⁷ Si veda, Tar Campania, Salerno, sez. I, 4 febbraio 2016, n. 139, in tema di *project financing*, che afferma «il difetto di motivazione della deliberazione gravata che non ha minimamente tenuto conto dell'affidamento legittimamente ingeneratosi nella ricorrente, per effetto della dichiarazione di pubblico interesse del progetto, e non ha motivato circa le ragioni per le quali detto affidamento meritasse, ciò nonostante, di essere sacrificato, a causa della censurata decisione di esercitare lo *ius poenitendi* da parte dell'amministrazione». Si veda anche. Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4920, secondo cui «L'esercizio dello *ius poenitendi* da parte della pubblica amministrazione incontra un limite nell'esigenza di salvaguardare le situazioni dei soggetti privati che, confidando nella legittimità dell'atto rimosso, hanno acquisito il consolidamento delle posizioni di vantaggio loro attribuite; pertanto, il travolgimento di tali posizioni è legittimo solo se è giustificato dalla necessità di assicurare il soddisfacimento di un interesse di carattere generale, prevalente come tale sulle posizioni individuali, dandone idonea contezza nella motivazione del provvedimento di rimozione, affinché ne sia consentito il controllo di legittimità in sede giurisdizionale».

⁶⁸ Si veda, M. SINISI, *Il potere di revoca nell'ambito delle gare per l'affidamento di contratti pubblici alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in «Foro amm. Tar», 2011, 1, pp. 239 ss. Il potere di revoca degli atti di gara ha, peraltro, ottenuto l'avallo dei giudici europei. Si veda, Cgue, sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-440/13 (*Croce Amica One Italia srl c. Azienda Regionale Emergenza Urgenza*). In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 25 settembre 2019, n. 6432, secondo cui «anche in materia di procedure ad evidenza pubblica e contratti della pubblica amministrazione, l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione di non procedere affatto all'aggiudicazione della gara e di disporre la revoca deve trovare fondamento in specifiche ragioni di pubblico interesse che devono essere chiaramente indicate e non risultare manifestamente irragionevoli ed esige quindi una motivazione adeguata e convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione dei contrapposti interessi, a tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo

Come noto, dopo la stipula del contratto di appalto, la pubblica amministrazione non può utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca, dovendo, invece, ricorrere allo strumento del recesso, *ex* articolo 109, D.lgs. n. 50 del 2016; l'aggiudicazione definitiva, invece, ben può essere revocata dalla stazione appaltante, purché la revoca intervenga prima della stipulazione del contratto⁶⁹. L'amministrazione, tuttavia, nell'esercizio del potere di revoca dell'aggiudicazione, deve operare una ponderazione particolarmente rigorosa di tutti gli interessi coinvolti, stante la posizione particolarmente qualificata configurabile in capo all'impresa aggiudicataria.

Il ritiro di un'aggiudicazione legittima postula la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le prescrizioni della *lex specialis* e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi⁷⁰.

L'aggiudicazione della gara, in ogni caso, può essere validamente rimossa, con lo strumento della revoca, solo nell'ipotesi eccezionale in cui una rinnovata (e, comunque, tardiva) istruttoria riveli l'assoluta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta dalla stessa stazione appaltante a soddisfare i bisogni per i quali si era determinata a contrarre. Al contrario, non può in alcun modo giudicarsi idoneo a giustificare la revoca un ripensamento circa il grado di satisfattività della prestazione messa a gara.

Se si ammettesse, infatti, la revocabilità delle aggiudicazioni sulla sola base di un differente e sopravvenuto apprezzamento della misura dell'efficacia dell'obbligazione dedotta a base della procedura, si finirebbe

da vincerla»; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 13 luglio 2015, n. 1621.

⁶⁹ L'ampiezza del potere di revoca spettante alla stazione appaltante trova conferma nell'analisi della giurisprudenza, che ha ritenuto legittimo l'esercizio nelle seguenti fattispecie: (i) carenza di copertura finanziaria (si veda, *ex multis*, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 740; Cons. St., sez. V, 21 aprile 2015, n. 2013); (ii) ragioni di convenienza economica *latu sensu* intese (si veda, *ex multis*, Tar Sicilia, Catania, sez. II, 24 aprile 2015, n. 1168; Cons. St., sez. V, 2 maggio 2013, n. 2400); (iii) fatti e/o comportamenti concernenti l'aggiudicatario (si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2015, n. 844; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 2 luglio 2014, n.526; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 22 maggio 2014 n. 527).

⁷⁰ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026; Cons. St., sez. V, 19 maggio 2016, n. 2095; Tar Molise, Campobasso, sez. I, 12 febbraio 2016, n. 73; *Id.*, 17 ottobre 2014, n. 22019.

per consentire l'indebita alterazione delle regole di imparzialità e di trasparenza che devono presidiare la corretta amministrazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, con inaccettabile sacrificio dell'affidamento ingenerato nelle imprese concorrenti circa la serietà e la stabilità della gara, ma anche con un rischio concreto di inquinamento e di sviamento dell'operato delle stazioni appaltanti⁷¹.

I canoni di condotta appena descritti restano validi anche per le procedure di aggiudicazione soggette alla nuova disciplina di cui al D.lgs. n. 50 del 2016, nella misura in cui il paradigma legale di riferimento resta, anche per queste ultime, l'articolo 21-*quinquies*, legge n. 241 del 1990 e non anche la disciplina speciale dei contratti pubblici, che si occupa di regolare il recesso e la risoluzione del contratto e non anche la revoca dell'aggiudicazione degli appalti (ma solo delle concessioni, *ex* articolo 176, D.lgs. n. 50 del 2016).

In conclusione, l'analisi dell'*ubi consistam* dell'obbligo di motivazione in relazione ai provvedimenti di revoca consente di affermare, in primo luogo, che, trattandosi di scelte di merito amministrativo, la regola motivazionale supera i confini della regola di validità e diviene regola di buona amministrazione. Si coglie, per ciò, una duplice dimensione dell'obbligo di motivazione come regola che attiene alla legittimità dell'azione amministrativa, ma anche come regola che orienta il merito amministrativo indirizzando l'attività della pubblica amministrazione verso canoni di buona amministrazione ai sensi degli articoli 41 della Carta di Nizza, e 97 della Costituzione.

In secondo luogo, infine, la sopra esposta analisi conferma la lettura dell'obbligo di motivazione ampiamente illustrata nel primo capitolo del presente lavoro di ricerca. Si osserva, infatti, che, lette nel senso sopra indicato, le norme che disciplinano il potere di autotutela, sia esso di annullamento o di revoca, non sono soltanto norme sull'autotutela, ma sono norme che indirettamente danno attuazione concreta e specifica allo stesso articolo 3 della legge n. 241 del 1990. Attribuendo rilievo decisivo alla motivazione e specificandone i contenuti, le norme sull'autotutela, con il contributo interpretativo della giurisprudenza, possono considerarsi a tutti gli effetti norme specificative del più generale obbligo di motivazione di cui all'articolo 3 della legge n. 241 del 1990.

⁷¹ In tal senso, Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026.

4. *L'integrazione della motivazione del provvedimento di primo grado mediante la convalida (in secondo grado)*

L'attività di riesame svolta dalla pubblica amministrazione, essendo caratterizzata da discrezionalità e tendendo al perseguimento dell'interesse pubblico, ben può estrinsecarsi attraverso atti che mirano al mantenimento di un provvedimento altrimenti suscettibile di eliminazione. Per ragioni di economia dei mezzi dell'azione amministrativa e di conservazione dei relativi effetti giuridici, alla pubblica amministrazione è riconosciuta la facoltà di convalidare atti amministrativi affetti da vizi.

Il suddetto principio è stato codificato dall'articolo 21-*nonies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, che ammette la convalida del provvedimento annullabile «sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole»⁷². Le condizioni in presenza delle quali può essere convalidato un provvedimento annullabile sono, quindi, due: (i) la sussistenza di ragioni di tutela del pubblico interesse; (ii) l'esistenza di un termine ragionevole entro il quale effettuare la convalida. I vizi ritenuti suscettibili di convalida sono quelli di illegittimità, come difetto di forma, di procedura, nonché vizi di incompetenza relativa.

Il potere di convalida si sostanzia, dunque, in un provvedimento di secondo grado (nuovo ed autonomo) con cui la pubblica amministrazione riconosce che un vizio di legittimità formale inficia un provvedimento e lo rimuove⁷³. Sotto il profilo della misura degli effetti prodotti, si osserva che la convalida opera retroattivamente, nel senso che sana il vizio con efficacia *ex tunc*. La giurisprudenza amministrativa tende a subordinare la legittimità della convalida alla sussistenza dei requisiti prescritti dal codice civile per la convalida dei contratti, ossia la menzione dell'atto da convalidare e dello specifico vizio che lo inficia e la dichiarazione di volontà di convalidarlo.

Inoltre, come per ogni altro provvedimento di autotutela, si è ritenuta necessaria un'adeguata e congrua motivazione in ordine allo specifico interesse pubblico sotteso all'adozione della convalida medesima⁷⁴.

⁷² Per una disamina dell'istituto, si rinvia a DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., pp. 120 ss.; A.G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento (art. 21-nonies, comma 2, l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 531 ss.

⁷³ Sul tema, già GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit.

⁷⁴ In tal senso, Tar Lazio, Latina, sez. I, 30 maggio 2012, n. 415, secondo cui l'emanazione del provvedimento di convalida deve essere preceduta da un'adeguata istruttoria e deve essere accompagnata da una congrua motivazione in punto di interesse pubblico alla convalida medesima; Tar Campania, Salerno, sez. II, 13 luglio 2009, n. 3998.

Le ragioni di interesse pubblico idonee a giustificare il ricorso alla convalida vengono solitamente identificate nella stessa *ratio* sottesa all'istituto, ovvero nel rispetto del principio di conservazione degli atti e di economicità dei mezzi giuridici, a loro volta insiti nei concetti di trasparenza, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa⁷⁵. Pertanto, il provvedimento di convalida, oltre ad indicare il vizio e la volontà di rimuoverlo, deve esplicitare in maniera chiara e persuasiva le cennate ragioni di interesse pubblico per le quali l'amministrazione ritiene di dover tenere in vita un atto affetto da un vizio che lo rende illegittimo e annullabile.

L'atto di convalida, in particolare, deve contenere una motivazione espressa e persuasiva in merito alla sua natura e in punto di interesse pubblico, essendo insufficiente, nel caso di difetto di competenza, la semplice e formale appropriazione del provvedimento da parte dell'organo competente, in assenza dell'esternazione delle «ragioni di interesse pubblico» giustificatrici del potere di sostituzione e della presupposta indicazione della illegittimità per incompetenza in cui sarebbe incorso l'organo che ha adottato l'atto recepito in via «sanante»⁷⁶. Pur non essendo necessario che l'amministrazione ripercorra, con obbligo di dettagliata motivazione, tutti gli aspetti (e gli atti del procedimento) relativi al provvedimento convalidato, essendo sufficiente che emergano chiaramente dall'atto convalidante le ragioni di interesse pubblico e la volontà dell'organo di assumere tale atto⁷⁷.

La giurisprudenza, inoltre, ha affermato che il potere di convalida è suscettibile di esercizio anche nella pendenza di un giudizio per ovviare all'insufficiente motivazione, attraverso l'integrazione *in parte qua* del provvedimento *sub iudice*⁷⁸. Conseguentemente, ove il ricorrente ritenga di contestare la legittimità anche di tale integrazione della motivazione,

⁷⁵ Cons. St., sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5538.

⁷⁶ In tal senso, Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 2 febbraio 2016, n. 175; Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6199; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 11 luglio 2014, n. 599; Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2011, n. 2863. Di segno contrario, Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1775; Tar Campania, Salerno, sez. II, 14 dicembre 2011, secondo cui «nel convalidare gli effetti di un provvedimento amministrativo viziato dalla sola competenza è sufficiente l'intento dell'organo amministrativo competente di condividere il contenuto dell'atto e i presupposti sottostanti alla sua emanazione, senza reiterare il procedimento o rinnovare la motivazione».

⁷⁷ In tal senso, si veda, Cons. St., sez. IV, 18 maggio 2017, n. 2351; Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1775; Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2011, n. 2863.

⁷⁸ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 16 settembre 2019, n. 731; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 10 dicembre 2015, n. 3226; Cons. St., sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 8 giugno 2015, n. 542.

deve proporre ricorso per motivi aggiunti. L'ammissibilità della convalida di un atto nelle more del giudizio è da ritenersi ormai fuor di dubbio alla luce della disposizione di cui all'articolo 21-*nonies*, comma 2, legge n. 241 del 1990, che ha previsto la possibilità, in generale, di convalida dell'atto per ragioni di pubblico interesse ed entro un termine ragionevole, senza che prevedere come causa preclusiva la pendenza di un giudizio. Nel caso di convalida in giudizio di un provvedimento affetto da vizio di motivazione, si viene, dunque a configurare una peculiare ipotesi di integrazione postuma della motivazione.

In conclusione, dunque, quanto alla convalida, la motivazione assume un ruolo ambivalente.

Il provvedimento di convalida, quando va a sanare il vizio di motivazione di un precedente atto, è dotato di una motivazione che allo stesso tempo sorregge sé stesso e il provvedimento di primo grado emendato. L'amministrazione deve motivare sia sull'esistenza dei presupposti per la convalida sia sulla decisione originaria che si intende convalidare. Per ciò, nell'ipotesi in esame, la convalida è un provvedimento a motivazione doppia: motiva sé stessa e il provvedimento originario emendandolo dal vizio di motivazione.

Emerge, inoltre, un'ulteriore riflessione. Si ha, infatti, una deroga al principio generale per cui la motivazione deve sempre precedere il provvedimento e non seguirlo. Ed allora, ove si consente la convalida del provvedimento affetto da un vizio di motivazione, è legittimo chiedersi se ciò non finisca per costituire un'ulteriore ipotesi di depotenziamento dell'obbligo motivazionale.

L'obbligo di motivazione viene senza dubbio depotenziato se si consente la convalida di un atto non motivato o mal motivato, perché, implicitamente, si sta affermando che la pubblica amministrazione possa adottare, in primo grado, un atto non motivato o mal motivato per poi convalidarlo eventualmente in futuro. Per una sorta di «eterogenesi dei fini», la giurisprudenza che vuole garantire la motivazione del provvedimento, e per farlo consente la convalida dell'atto affetto da un vizio di motivazione, finisce involontariamente per ottenere l'effetto contrario, ossia un depotenziamento della motivazione.

Considerazioni conclusive

L'analisi svolta in questa ricerca ha consentito di evidenziare l'estrema variabilità del concreto atteggiarsi della motivazione delle decisioni pubbliche. Questa mutevolezza è l'inevitabile risultato dell'esigenza di calibrare caso per caso i diversi interessi che la motivazione soddisfa a seconda dell'ambito di esercizio del potere amministrativo e delle finalità perseguite dal singolo tipo di atto. Questa opera di adeguamento è a seconda dei casi opera diretta del legislatore o invece frutto di interpretazioni giurisprudenziali (e di elaborazione teoriche) di cui si è qui tentato di ricostruire la trama complessiva.

La portata e il contenuto dell'obbligo di motivazione, d'altra parte, derivano da un'evoluzione storica, normativa e giurisprudenziale graduale e certo non lineare, che, nel corso degli anni, ha conferito all'istituto maggiore o minore importanza. A periodi di ascesa, infatti, sono seguite fasi di declino della motivazione. Il processo di cosiddetta legalizzazione della pubblica amministrazione, spinto dal motore immobile della Costituzione del 1948, ha reso di centrale rilevanza l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, aprendo una breccia nei rapporti – prima ermetici – tra autorità e soggetti amministrati.

A livello sovranazionale, rilievo primario è poi da riconoscersi all'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che, nel sancire il diritto ad una buona amministrazione, afferma l'obbligo delle amministrazioni di motivare i propri atti. L'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative diviene, dunque, un presupposto imprescindibile per amministrare bene e non soltanto legittimamente, rappresentando uno dei principali corollari del diritto ad una buona amministrazione.

Come ampiamente noto, nell'ordinamento italiano è stato l'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 a positivizzare un generale obbligo di motivazione per (quasi) tutti i provvedimenti amministrativi, concretizzando il precetto costituzionale del buon andamento *ex* articolo 97 della Costituzione. L'adozione di questa previsione normativa ha costituito la base di partenza per una nuova stagione di affermazione dell'obbligo di motivazione e di vivace elaborazione giurisprudenziale e scientifica.

Alla predetta fase di ascesa è però seguita una fase di lento declino, o meglio di depotenziamento o dequotazione, della motivazione, dovuto, principalmente, ad evoluzioni normative e giurisprudenziali, molto spesso legate ad esigenze di liberalizzazione, semplificazione, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Ci si riferisce, anzitutto, agli interventi in sanatoria che l'amministrazione può compiere sulla motivazione dei provvedimenti. Tale logica si fonda su una nuova idea di interazione tra procedimento e processo, nel cui ambito è possibile rimeditare la natura dei poteri del giudice di accesso al fatto, oltre che le prerogative processuali delle parti in causa, con un'attenzione particolare alla caratteristica attuale degli istituti dell'autotutela conservativa della pubblica amministrazione.

La prospettiva espressa emerge anche con riferimento alla motivazione postuma e alla disciplina dei vizi non invalidanti di cui all'articolo 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, ancorati non tanto alla logica del giusto procedimento amministrativo, quanto alla logica del risultato. Dequoting il vizio di motivazione a vizio formale, in quanto attinente alla forma del provvedimento, si finisce per rendere non annullabile un provvedimento viziato sull'assunto che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La motivazione, come ogni garanzia procedimentale, rappresenta inevitabilmente un costo per l'amministrazione che, se così intesa, finisce non soltanto per rispondere a logiche contrarie a quelle di efficienza ed efficacia, ma anche per fuoriuscire dagli istituti espressione del diritto alla buona amministrazione intesa *ex parte principis*.

Allo stesso tempo, però, è emerso che l'attuale metamorfosi del diritto amministrativo, il nuovo modo di intendere il rapporto amministrazione-amministrati, e la sempre più rilevante tendenza alla 'fuga' dal provvedimento e dal procedimento amministrativo hanno determinato una rivalutazione del ruolo della motivazione.

A fronte di una tendenza alla de-provedimentalizzazione, espressione di esigenze di semplificazione amministrativa, e alla liberalizzazione dell'attività amministrativa, il tema delle garanzie procedurali assume nuova vitalità e, per ciò, anche quello della motivazione. Il cittadino, infatti, può sentire come giuste le decisioni dell'autorità pubblica, a prescindere da quale forma esse rivestano, soltanto se esse sono adeguatamente motivate. L'obbligo motivazionale degli atti amministrativi costituisce, in ogni caso, una tra le più importanti garanzie di legalità, di trasparenza e di giustizia nell'esercizio della funzione amministrativa e proprio per questo non è una garanzia rinunciabile in nome della semplificazione e della liberalizzazione.

La motivazione, in virtù della sua natura polifunzionale, non è più intesa soltanto quale regola di trasparenza, buona amministrazione e giusto procedimento, ma anche e soprattutto come regola di *accountability* della pubblica amministrazione verso gli amministrati e il pubblico in generale. L'obbligo di motivazione come strumento di rendiconto razionale delle

decisioni amministrative diviene espressione di un vincolo fra legislazione, amministrazione e giurisdizione e opera, quindi, come un criterio di collegamento fra differenti poteri dell'ordinamento giuridico considerato nel proprio complesso.

Richiamando una celebre osservazione di Norberto Bobbio, si può osservare che, se è vero che il potere invisibile è senza dubbio autoritario, l'idea di rendere la pubblica amministrazione *accountable* assume un ruolo primario nel disvelamento del potere amministrativo e, di conseguenza, nel rafforzamento della legittimazione democratica dello stesso.

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha elaborato un modello garantista di motivazione, basato sulla necessità di tutelare il destinatario dell'atto sfavorevole e sull'esigenza di assicurare un adeguato controllo degli atti delle istituzioni europee, che si iscrive nella generale esigenza di *accountability*. L'istituto della motivazione, infatti, è volto a garantire, già nell'ambito del procedimento, un autocontrollo della razionalità delle decisioni da parte degli stessi organismi europei e rappresenta il più significativo strumento di trasparenza dell'attività amministrativa e normativa delle istituzioni comunitarie.

Ciò chiarito, nel presente lavoro di ricerca si è evidenziato come dietro l'apparente generalità e uniformità dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, sancito dall'articolo 3 della legge generale sul procedimento amministrativo, lo stesso legislatore e la giurisprudenza abbiano via via introdotto una molteplicità di regole speciali eterogenee, in forza delle quali si delineano una pluralità di obblighi motivazionali. La presenza di motivazioni per così dire 'speciali' emerge sia in determinati settori dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, sia con riguardo a determinati tipi di atti, in relazione ai quali è la stessa legge o la giurisprudenza amministrativa ad aver formato discipline speciali.

Questo particolare modo di manifestarsi dell'obbligo motivazionale ha indotto ad uno studio analitico dello stesso per il tramite delle regole speciali in cui si estrinseca e ha imposto anche una riflessione sulla sua sostenibilità in termini di capacità amministrativa. Il lavoro, infatti, consta di una parte speciale in cui si analizzano i diversi obblighi di motivazione a partire dalle principali e più generali ambiti dell'organizzazione e dell'azione amministrativa per finire con l'approfondimento delle singole *species* provvedimentali.

Ciò ha consentito di fare luce anche su quei tipi di atti che sfuggono all'obbligo di motivazione per espressa previsione di legge o in forza dell'elaborazione pretoria.

Ad esempio, come noto, l'articolo 3, comma 2, della legge n. 241 del 1990, esclude dall'obbligo di motivazione «gli atti normativi e quelli a contenuto generale». La norma, però, è meno chiara di quanto appaia a prima vista. Nel lavoro si approfondiscono le ipotesi dubbie, tentando di tracciare il perimetro dell'area degli atti esclusi dal suddetto obbligo motivazionale. Tale area, infatti, si presenta a contorni mal definiti e di non univoca interpretazione proprio perché la norma individua le deroghe all'obbligo di motivazione facendo riferimento alla natura dell'atto (normativa o di atto a contenuto generale), anziché alla categoria di appartenenza e/o agli effetti dell'atto. La natura giuridica di un atto è, per antonomasia, un concetto elastico e dinamico. Sono davvero pochi i casi in cui non si dubita più della natura di un atto. Molto più numerosi, infatti, sono i casi in cui la natura dell'atto preso in considerazione di volta in volta è controversa e discussa. Il quadro degli atti esclusi dall'obbligo di motivazione, inoltre, si manifesta ancora più frastagliato se si considera che anche la giurisprudenza amministrativa ha contribuito, nel corso degli anni, a delineare categorie di atti sostanzialmente esclusi dal suddetto obbligo, oppure per i quali esso è attenuato al punto da rasentare i primi.

La motivazione si è rivelata essere istituto proteiforme sotto il profilo della natura, della forma e della disciplina. In alcuni casi la legge, la giurisprudenza, ovvero il particolare tipo di atto in concreto, richiedono una motivazione particolarmente rafforzata, rivolta a colmare un *gap* di legittimazione, ovvero in funzione di garanzia dei destinatari e dei terzi, nonché a tutela dell'interesse pubblico perseguito. In altre ipotesi si profila una motivazione attenuata, quasi svuotata del suo contenuto, ritenuta sufficiente seppur nella sua debolezza in nome di una più impellente necessità di efficienza amministrativa.

Queste considerazioni suscitano, dunque, un interrogativo di fondo: occorre declinare il generale obbligo di motivazione in una pluralità di motivazioni per così dire speciali? Posto che la motivazione viene 'dosata' in maniera diversa, rispettivamente, dal legislatore, dai giudici e in alcuni casi anche dalla pubblica amministrazione, è lecito chiedersi se non valga la pena assumere una maggiore flessibilità per far sì che la stessa motivazione rispecchi con maggiore coerenza le peculiarità delle più varie casistiche?

Appare chiaro che, finché esisteranno genealogie interpretative diverse di un medesimo obbligo motivazionale – che è quello sancito dall'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 – l'istituto susciterà ancora molte controversie applicative e interpretative che il giudice sarà chiamato di volta in volta a risolvere, contemperando i vari interessi pubblici e privati in gioco.

In definitiva, l'azione amministrativa, nel suo concreto svolgersi, deve superare il limitativo 'binario' della mera conformità alla legge, per offrire garanzie di certezza ai soggetti amministrati, in termini di processi decisionali pubblici e loro prevedibilità¹. La motivazione, o meglio le diverse motivazioni speciali, diventano anche prevedibilità delle scelte pubbliche: prevedibilità intesa come presidio ideale della sfera di libertà del cittadino contro i pericoli di esercizio arbitrario del potere, ad ogni livello di rapporto giuridico intersoggettivo, soprattutto per quelli tra privati e pubblica amministrazione².

D'altra parte, il tema della motivazione appare complicarsi ancora di più se si prende in esame l'amministrazione per algoritmi con i connessi problemi di ammissibilità delle decisioni automatizzate e di imputazione delle relative responsabilità. Come evidenziato nella trattazione, in questo caso la motivazione deve ritrovare un fondamento giuridico e normativo a sé stante, poiché l'obbligo che ne discende viene applicato a una pubblica amministrazione che funziona in maniera diversa rispetto a quella ordinaria. Come è stato evidenziato, affinché la motivazione algoritmica possa essere adeguata, essa non deve limitarsi a dedurre in maniera deterministica gli assiomi fissati dal programmatore in virtù di sistemi automatizzati, bensì deve anche esplicitare la strutturazione causale, ovvero la razionalità, che ha portato all'*iter* logico nel suo complesso. Questa appare essere la posizione espressa dalla giurisprudenza amministrativa, la quale precisa, al contempo, come l'automazione dell'attività non possa mai comportare la totale sostituzione dell'essere umano nelle scelte amministrative, anche nel rispetto del principio di responsabilità.

È logico che una simile interpretazione vada a configurare un diverso tipo di motivazione, la quale avrebbe bisogno di un riconoscimento normativo più adeguato, e soprattutto dedicato, al fine da non confluire in nuove, diverse e magari contraddittorie interpretazioni della scienza giuridica e della giurisprudenza amministrativa. In tal senso, valgono le considerazioni già esposte circa la necessità di adottare una prospettiva quanto più flessibile in seno all'obbligo motivazionale, per andare incontro non a una sola forma di motivazione, ma a più motivazioni. Negli anni a venire, infatti, l'azione amministrativa sarà sempre più influenzata dalle tecnologie, richiedendo l'attivazione di procedure valutative speciali da parte di organi e tecnici

¹ M. CORSALE, *Certezza del diritto* (profili teorici), in «Enc. giur.», vol. IV, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pp. 1 ss.

² P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in appendice alla terza edizione del volume di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968.

specializzati. Il rischio potrà essere, ancora una volta quello di potenziare o, all'opposto, di dequotare la disciplina motivazionale, con tutte le conseguenze del caso a carico sia della pubblica amministrazione, che della tutela dei privati.

In conclusione possiamo, quindi, affermare che la motivazione, se da un lato vincola l'amministrazione ad adattarsi all'uniformità dell'obbligo sancito dall'articolo 3 della legge n. 241 del 1990, dall'altro rimane un istituto flessibile, che può manifestarsi sotto varie forme. Di qui l'esigenza che la legge stessa e il consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali possano offrire criteri e parametri più certi, in grado di meglio orientare le condotte amministrative e di aumentare il grado di affidamento dei privati.

La motivazione rimane il centro dell'*agere* amministrativo. Fra sostanza e forma, fra diritto sostanziale e processuale, fra autonomia dell'amministrazione e intervento del giudice, essa resta il migliore strumento per garantire la ragionevolezza dell'uso del potere. Come da fermo e indimenticato insegnamento, la natura enunciativa del discorso motivazionale non può discostarsi da un'inscindibile funzione giustificativa che risponde ad una esigenza di spessore quanto mai sostanziale, siccome finalizzata alla legittimazione democratica dell'esercizio del potere e alla sindacabilità dello stesso.

La costante tecnicizzazione dell'attività amministrativa in un contesto di crescente complessità della vita economica e sociale induce a concludere che un'attività amministrativa senza adeguata motivazione sarebbe incapace di reggere la sfida della modernità.

Bibliografia

- AA.VV., *Le concessioni di lavori pubblici*, in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2008;
- ACHTENBERG N., *Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts*, Dunker & Humblot, Berlin, 1980;
- ALLENA M., *Art. 6 Cedu: procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012;
- ALLENA M., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in «Giorn. dir. amm.», 2014, 11, pp. 1053 ss.;
- AMENDOLA M., *Concorso a pubblico impiego, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961;
- AMOVILLI P., *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (articolo 10-bis l. 241/90) tra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio "ad armi pari"*, in «www.giustizia-amministrativa.it», 2009;
- APERIO BELLA F., *La motivazione del provvedimento*, in SANDULLI M.A. (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017;
- APERIO BELLA F., *Tra procedimento e processo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017;
- ARROW K.J., *The economics of agency*, in PRATT J., ZECKHAUSER R. (a cura di) *Principals and agents: the structure of business*, Harvard Business School Publishing, Boston, 1985, pp. 37 ss.;
- ASTONE F., *Patologie procedurali e provvedimentali*, in COGNETTI S., CONTIERI A., LICCIARDELLO S., MANGANARO F., PERONGINI S., SAITTA F. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 422 ss.;
- AZOULAI L., CLEMENT-WILZ L., *La Bonne administration*, in AUBY J.B., DUTHEIL DE LA ROCHERE J. (a cura di), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 671 ss.;
- AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere*, Cedam, Padova, 1989;
- BACCARINI S., *Motivazione ed effettività della tutela*, in «Federalismi.it», 2007;
- BACCARINI S., *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità delle normative*, in «Riv. giur. ed.», 2014, 3, pp. 99 ss.;
- BACHELET V., *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Giuffrè, Milano, 1962;
- BALDANZA A., *Diritto militare e principi costituzionali*, in POLI V., TENORE V. (a cura di), *L'ordinamento militare*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1 ss.;

- BALDUZZI R., *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, Giuffrè, Milano, 1998;
- BARILE P., *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. IV, Cedam, Padova, 1958;
- BAROCAS S., SELBST A.D., *Big Data's Disparate Impact*, in «California Law Review», 2016, pp. 671 ss.;
- BARTOLI A.M., PREDIERI A., *Piano regolatore, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 654 ss.;
- BARTOLINI F., *Stranieri. Procedimenti per l'accoglimento e l'allontanamento*, Giuffrè, Milano, 2015;
- BARTOLOMEI F., *Ordinanza (dir. amm.), ad vocem*, in «Enc. dir.», Giuffrè, Milano, vol. XXX, 1980;
- BASSI F., *Ordine (dir. amm.), ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980;
- BATTINI S., *Concorsi interni e cittadini esterni: la difficile coabitazione degli istituti di reclutamento e di carriera* in «Giorn. dir. amm.», 2004, 6, pp. 611 ss.;
- BATTINI S., *Cosa c'è di pubblico nella disciplina del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche?: un test di necessità*, in «Lav. nelle p.a.», 2007, 2, pp. 329 ss.;
- BATTINI S., *L'obbligo di motivazione*, in NAPOLITANO G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007;
- BATTINI S., *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2007, 3, pp. 627 ss.;
- BECCHI P., *Il principio di dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2013, pp. 7 ss.;
- BELLITTI G., *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacunali e fluviali*, in «Giorn. dir. amm.», 2017, 1, pp. 60 ss.;
- BELLOMIA S., PAGLIARI G., SANDULLI M.A. (a cura di), *Proprietà e pianificazione del territorio*, in GAMBARO A., MORELLI U. (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2012;
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in «Rass. dir. pubbl.», 1950, pp. 1 ss.;
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1952, 3, pp. 118 ss.;
- BENVENUTI F., *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in «Jus», 1957, pp. 149 ss.;
- BENVENUTI F., *Autotutela, ad vocem*, in «Enc. dir.», Giuffrè, Milano, vol. IV, 1959, pp. 537 ss.;
- BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002;
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1987;

- BENVENUTI M., *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Giuffrè, Milano, 2007;
- BERGONZINI G., *La motivazione degli atti amministrativi*, Gualandi, Vicenza, 1979;
- BERLIRI G., *Sanzioni amministrative e principi costituzionali della potestà punitiva penale*, in ID. (a cura di), *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1982;
- BETTI E., *Dovere giuridico, ad vocem*, in «Enc. dir.», Giuffrè, Milano, vol. XIV, 1965;
- BIFULCO R., *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti: commentario della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001;
- BINDI E., *L'incidenza delle pronunce della Corte Edu sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in «Giur. cost.», 2014, 3, pp. 3007 ss.;
- BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960;
- BONETTI, *La deroga all'obbligo di motivare gli atti a contenuto generale: vent'anni dopo*, in PIPERATA G., SANDULLI A. (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011;
- BOSCOLO E., *Motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e attuazione del giudicato*, in «Urb. app.», 2014, 8, pp. 929 ss.;
- BOSCOLO E., *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in «Urb. app.», 2016, 11, pp. 1211 ss.;
- BOTTO A., IANNOTTA L., *La concessione dei lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in CAFAGNO M., BOTTO A., FIDONE G., BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013;
- BRIGNOLA F., *Silenio della pubblica amministrazione, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XXVIII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1992, pp. 12 ss.;
- CAIANELLO V., *Concessioni (dir. amm.), ad vocem*, in «Nov. dig. it.», Appendice, vol. II, UTET, Torino, 1981, pp. 234 ss.;
- CALABRÒ M., *Commento all'articolo 14*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 273;
- CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in LOPEZ DE ONATE F., *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968;
- CAMERLENGO Q., *Commento all'art. 33 della Costituzione*, in BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008;
- CAMMELLI M., *La pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2004;
- CAMMEO F., *Gli atti amministrativi generali e l'obbligo di motivazione*, in «Giur. it.», 1908, 3, pp. 253 ss.;

- CANNADA BARTOLI E., *In tema di motivazione degli atti a contenuto generale*, in «Foro amm. Tar», 1995, 4, pp. 1088 ss.;
- CAPOZZI S., *Brevi considerazioni in ordine alla nullità del provvedimento*, in LIGUORI F. (a cura di), *Studi sul procedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Il Mulino, Bologna, 2007;
- CAPUTO O.M., *Preavviso di diniego, osservazioni e difetto di specifica confutazione. Natura del vizio*, in «Urb. e app.», 2009, 3, pp. 357 ss.;
- CARANTA R., *Art. 97*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI A. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, II ediz., UTET, Torino, 2006;
- CARBONE V., *Accordi sostitutivi e cessione volontaria del bene espropriando*, in «Giorn. dir. amm.», 1995, 1, pp. 64 ss.;
- CARDARELLI F., *La motivazione del provvedimento*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017;
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Roma, 2016;
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 1951;
- CARTEI G.F., *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in «Urb. app.», 2016, 8-9, pp. 939 ss.;
- CASSETTA E., *Pubblica amministrazione, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. XII, Utet, Torino, 1997;
- CASSETTA E., *Sanzioni amministrative, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. XII, Utet, Torino, 1997, pp. 559 ss.;
- CASINI L., *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Giuffrè, Milano, 2005;
- CASSATELLA A., *L'annullamento d'ufficio. Modelli di comparazione*, in «Dir. e form.», 2004, pp. 241 ss.;
- CASSATELLA A., *L'obbligo di motivazione delle "nuove" ordinanze a tutela della sicurezza urbana previste dall'art. 54, comma 4, del Testo unico degli enti locali: osservazioni critiche*, in «Le Reg.», 2010, 1, pp. 157 ss.;
- CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione discorsiva degli atti amministrativi*, in «Giorn. dir. amm.», 2011, 4, pp. 401 ss.;
- CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Cedam, Padova, 2013;
- CASSATELLA A., *Il permesso in deroga: caratteri e disciplina*, in BATTINI S., CASINI L., VESPERINI G., VITALE C. (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, UTET, Torino, 2013;
- CASSATELLA A., *La motivazione dei piani urbanistici: aspetti evolutivi*, in «Riv. giur. edil.», 2016, 3, pp. 298 ss.;

- CASSATELLA A., *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in «Dir. proc. amm.», 2017, 3, pp. 818 ss.;
- CASSESE S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Giuffrè, Milano, 1967;
- CASSESE S., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 1971;
- CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1973;
- CASSESE S., *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello neoclassico*, in TORCHIA L. (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Cedam, Padova, 1993, pp. 3 ss.;
- CASSESE S., *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in «Giorn. dir. amm.», 1996, 10, pp. 920 ss.;
- CASSESE S., *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in BATTINI S., CASSESE S. (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 77 ss.;
- CASSESE S., *Negoziante e trasparenza nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in ID. (a cura di), *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1999;
- CASSESE S., *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di PASQUINI G., SANDULLI A., Giuffrè, Milano, 2001, pp. 1 ss.;
- CASSESE S., *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, in «Giorn. dir. amm.», 2003, 2, pp. 355 ss.;
- CASSESE S., *Le basi costituzionali*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003;
- CASSESE S., *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in «Giorn. Dir. Amm.», 2004, 9, pp. 941 ss.;
- CASSESE S., *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006;
- CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione*, in «Europ. rev. publ. law», 2009, 3, pp. 1037 ss.;
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010;
- CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015;
- CASSESE S. (a cura di), *Research handbook on Global Administrative Law*, Elgar, Cheltenham, 2016;
- CASSESE S., *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in «www.diritto-amministrativo.org»;
- CASTORINA E., *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento*, in «Dir. proc. amm.», 1994, 1, pp. 70 ss.;
- CATELANI A., *Il pubblico impiego*, in SANTANIELLO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXI, Cedam, Padova, 2003;

- CAVALLARO M.C., SMORTO G., *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algorithm*, in «Federalismi.it», 2019;
- CAVALLO B., *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. X, Utet, Torino, 1995, pp. 434 ss.;
- CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990;
- CAVALLO PERIN R., *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in «Foro amm. Cons. St.», 1, 2002, pp. 1994 ss.;
- CERRI A., *Ordine pubblico (dir. cost.), ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XXXIV, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, pp. 3 ss.;
- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1997;
- CERULLI IRELLI V., *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in «Dir. pubbl.», 2007, 2, pp. 345 ss.;
- CERULLI IRELLI V., DE LUCIA L. (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2009;
- CERULLI IRELLI V., *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in D'ALBERTI M., PAJNO A. (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Il Mulino, Bologna, 2010;
- CERULLI IRELLI V., *Le modalità di esercizio del potere amministrativo*, in SPASIANO M.R. (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo a 150 anni di Unità d'Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 66 ss.;
- CERUTI M., *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in «Urb. app.», 2016, 6, pp. 637 ss.;
- CHIEPPA R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006;
- CHIERICHETTI A., *Commento all'articolo 14*, in FERRARA R., FERRARI G.F. (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia urbanistica ed edilizia*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 270 ss.;
- CHITI E., *La disciplina procedurale della regolazione*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2004, 3, pp. 679 ss.;
- CHITI E., *Il principio di buona amministrazione*, in CHITI E., FRANCHINI C., GNES M., SAVINO M., VERONELLI M. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, Giuffrè, Milano, 2005;
- CHITI E., *L'amministrazione militare*, Giuffrè, Milano, 2007;
- CHITI E., *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011;
- CHITI M.P., *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in VESPERINI G. (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Giuffrè, Milano, 2006;

- CIMINI S., *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, Torino, 2006;
- CLARICH M., *I procedimenti di regolazione*, in ID. (a cura di), *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1999;
- CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nei procedimenti innanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003;
- CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005;
- CLARICH M., *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, in «Giorn. dir. amm.», 2012, 5, p. 695;
- CLARICH M., ZANETTINI L., *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in «Giur. comm.», 2013, 2, pp. 358 ss.;
- COCCONI M., *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 2009, 3, pp. 707 ss.;
- COCCONI M., *La motivazione degli atti generali delle autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, in «Osservatorio sull'Air», 2011;
- COGLIANESE C., LEHR D., *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era, Faculty Scholarship*, in «Faculty Scholarship at Penn Law», 2017, pp. 1734 ss.;
- COHEN M., *When judges have reasons not to give reasons: a comparative law approach*, in «Washington and Lee Law Review», 2015, 72, pp. 483 ss.;
- CONSITO M., *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in «Dir. Amm.», 2017, 2, pp. 412 ss.;
- CONSITO M., *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016;
- CONTESSA C., *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 4, pp. 515 ss.;
- CONTESSA C., *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in «Urb. app.», 2016, 8, pp. 933 ss.;
- CONTI L., *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21-nonies*, in «Giur. it.», 2016;
- CORAGGIO G., *Autotutela, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. IV, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pp. 4 ss.;
- CORSALE M., *Certezza del diritto (profili teorici), ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. IV, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pp. 1 ss.;
- CORSO G., *Ordine pubblico, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1057 ss.;

- CORSO G., *Motivazione dell'atto amministrativo, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XXVII, Giuffrè, Milano, Agg., 2001, pp. 774 ss.;
- COSTANTINO F., *L'annullamento d'ufficio*, in ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016;
- CRAIG P., *The Common Law, Reasons and Administrative Justice*, in «Common Law Journal», 1994, p. 302;
- CRAIG P., *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 2012;
- CRISAFULLI V., *Atto normativo, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 238 ss.;
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Cedam, Padova, 1984;
- D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981;
- D'ALBERTI M., *Concessioni amministrative, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. VII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pp. 2 ss.;
- D'ALBERTI M., *Autorità indipendenti (dir. amm.), ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. IV, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1995;
- D'ALBERTI M., *L'Unione Europea e i diritti*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 2016, 3, pp. 761 ss.;
- D'ALESSIO G., *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in «Lav. nelle p.a.», 2012, 1, pp. 1 ss.;
- D'ALTERIO E., *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: «post fata resurgam»*, in «Giorn. dir. amm.», 2015, 6, pp. 757 ss.;
- D'ALTERIO E., *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 4, pp. 436 ss.;
- D'ANCONA S., *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015;
- D'ANGELOSANTE M., *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in CIVITARESE MATTEUCCI S., TORCHIA, L. (a cura di), *La tecnificazione*, Firenze University Press, Firenze, 2016;
- D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004;
- D'ORSOGNA M., LOMBARDI R., *Il silenzio assenso*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 966 ss.
- D'ORTA C., *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 96 ss.;

- DE BENEDETTO M., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in «Enc. giur., vol. XXIII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 2003, pp. 1 ss.;
- DE BENI R., MOÈ A., *Motivazione e apprendimento*, Il Mulino, Bologna, 2000;
- DE DONNO M., *Riflessioni sulla "motivazione in diritto" del provvedimento amministrativo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2013, 3, pp. 629 ss.;
- DE GIORGI CEZZI G., PORTALURI P. L., *L'efficacia e l'esecutività del provvedimento*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp 1033 ss.;
- DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in «Urb. app.», 2016, 5, pp. 540 ss.;
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995;
- DE PRETIS D., SIMONATI A. (a cura di), *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2017;
- DEL GATTO S., *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in «Giorn. dir. amm.», 2010, 9, pp. 950 ss.;
- DELL'ANNO P., *Valutazione di impatto ambientale*, in FERRARA R., VIPIANA P.M. (a cura di), *I "nuovi diritti" nello Stato sociale in trasformazione*, Cedam, Padova, 2002;
- DELLA CANANEA G., *Gli atti di alta amministrazione e l'obbligo di motivazione*, in «Giorn. dir. amm.», 1998, 1, pp. 43 ss.;
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000;
- DELLA CANANEA G., *L'ordinamento delle professioni*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, vol. II, Giuffrè, Milano, 2003;
- DELLA CANANEA G., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- DELLA CANANEA G., *Due process of law beyond the State: requirements of administrative procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2016;
- DELLA CANANEA G., *Benvenuti e l'Europa*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2017, 1, pp. 27 ss.;
- DELSIGNORE M., *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011;
- DEODATO C., *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016;
- DEODATO C., *L'annullamento d'ufficio*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 1173 ss.;
- DI CRISTINA F., *L'autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in CAFAGNO M., MANGANARO F. (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016;

- DI PASCALE A., *Art. 79*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 834 ss.;
- DI PASCALE, *Art. 80*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 847 ss.;
- DI STASI A., *Il diritto all'equo processo nella Cedu e nella Convenzione americana sui diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2012;
- DIPACE R., *L'attività di programmazione come presupposto delle decisioni amministrative*, in AA.VV., *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, Annuario AIPDA 2017, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017;
- DOMENICHELLI V., SINISI M., *La revoca del provvedimento*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 1056 ss.;
- ELLIOT M., *Has the common law duty to give reasons come of age yet?*, in «Public Law», 2011, pp. 56 ss.;
- FALCON G., DE PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Cedam, Padova, 2011;
- FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2016;
- FERRAGINA P., LUCCIO F., *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Il Mulino, Bologna, 2017;
- FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Cedam, Padova, 1996;
- FERRARA R., *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 2012, 1, pp. 193 ss.;
- FERRARI G., *Integrazione della motivazione del provvedimento amministrativo nel corso del giudizio*, in «Giur. mer.», 2012, 10, p. 2189;
- FERRARI G., *La retrocessione*, in GAROFOLI R., FERRARI G. (a cura di), *Codice dell'espropriazione*, Nel Diritto Editore, Roma, 2016;
- FERRARI G., *La tutela giurisdizionale*, in FERRARI G., GAROFOLI R. (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Nel Diritto Editore, Roma, 2017, pp. 1263 ss.;
- FERRARI G.F., *Il procedimento amministrativo nell'esperienza anglo-americana*, in «Dir. proc. amm.», 1993, pp. 421 ss.;
- FIDONE G., *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 2015, 1, pp. 101 ss.;
- FLICK G.M., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?(Materia penale, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte Edu, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in «Riv. soc.», 2014, 5, pp. 953 ss.;
- FOÀ S., *I regolamenti delle autorità indipendenti*, Cedam, Padova, 2002;
- FONDERICO G., *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. e il silenzio assenso*, in «Giorn. dir. amm.», 2005, 10, pp. 1027 ss.;

- FONDERICO G., *La comunicazione dei motivi ostativi, la tutela processuale e la semplificazione*, in «Giorn. dir. amm.», 2009, 6, pp. 621 ss.;
- FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Cedam, Padova, 1998, pp. 250 ss.;
- FRACCHIA F., *Concessione amministrativa, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 250 ss.;
- FRANCARIO F., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in «Federalismi.it», 2015;
- FRANCARIO F., *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in «Federalismi.it», 2017;
- FRANCHIONI S., *Potere di ordinanza, sicurezza urbana e costituzione*, in LORENZETTI A., ROSSI S. (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, Jovene, Napoli, 2009;
- FRAUDATARIO B.D., *Motivazione postuma: l'orientamento garantista del Consiglio di Stato*, in «Foro amm. Cons. St.», 2010, 10, pp. 159 ss.;
- FREDIANI S., *Aree industriali dismesse e "aperture laterali": la vicenda del permesso di costruire in deroga*, in «Dir. amm.», 2019, 2, pp. 309 ss.;
- GABARDA O., *Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs? Enjeux et perspectives d'évolutions autour du principe de la motivation facultative*, in «Revue Française de Droit Administratif», 2012, pp. 61 ss.;
- GALETTA D.U., *La legge tedesca sul procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002;
- GALETTA D.U., *Il diritto a una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2005, pp. 819 ss.;
- GALETTA D.U., *I procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali*, in GALGANO F., ROVERSI MONACO F. A. (a cura di), *Le nuove regole del mercato finanziario*, Cedam, Padova, 2009;
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017;
- GALLENCA G., *Pubblico impiego, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. II, Agg., Utet, Torino, 2008, pp. 695 ss.;
- GARDINI G., *Imparzialità amministrativa*, in «Diz. dir. pubbl.», CASSESE S. (diretto da), vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2939 ss.;
- GHETTI G., *Autotutela della pubblica amministrazione, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. III, Utet, Torino 1987, pp. 80 ss.;
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939;
- GIANNINI M.S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in «Studi Saresi», 1940, pp. 137 ss.;

- GIANNINI M.S., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in «Foro. it», 1953, 3, pp. 9 ss.;
- GIANNINI M.S., *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963;
- GIANNINI M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 257 ss.;
- GIANNINI M.S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986;
- GIANNINI M.S., *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in AMOROSINO S. (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1991;
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993;
- GIULIETTI W., *Commento all'art. 20*, in BARTOLINI A., FANTINI S., FERRARI G., *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Nel Diritto Editore, Roma, 2010;
- GIULIETTI W., PAOLANTONIO N., *La segnalazione certificata di inizio attività*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017;
- GIULIETTI W., TRIMARCHI M., *Nozione di amministrazione pubblica coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in CAVALLO PERIN R., POLICE A., SAITTA F. (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, vol. I, Firenze University Press, Firenze, 2016;
- GNES M., *L'annullamento prefettizio delle ordinanze del Sindaco quale Ufficiale di Governo*, in «Giorn. dir. amm.», 2009, 1, pp. 44 ss.;
- GOISIS F., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in «Dir. amm.», 2011, 4, pp. 703 ss.;
- GOISIS F., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in «Riv. it dir. pubb.», 2013, 1, pp. 79 ss.;
- GOISIS F., *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in «Dir. amm.», 2015, 4, pp. 743 ss.;
- GONNELLA P., *Le nuove norme sulla sicurezza urbana: decoro versus dignità*, in «Costituzionalismo.it.» 2017, 1, pp. 59 ss.;
- GRECO G., *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19, l. n. 241/90)*, in «Dir. proc. amm.», 2014, 2, pp. 645 ss.;
- GRECO G., *La direttiva in materia di concessioni*, in «Riv. it dir. pubb. com.», 2015, 5, pp. 1095 ss.;
- GROPALI A., *Sul concetto di ordine pubblico*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di S. Romano*, vol. I, Cedam, Padova, 1940;

- HENNEKE H.G., §39 *VwVfG*, in KNACK H. J. (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Verlag, Köln, 2000;
- HORN M. J., *The political economy of public administration: institutional choice in the public sector*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995;
- IACCARINO C.M., *Motivazione degli atti amministrativi, ad vocem*, in «Nov. dig. it.», vol. X, Utet, Torino, 1968, pp. 958 ss.;
- IACCARINO C.M., *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933;
- IMMORDINO M., *Articolo 21 quinquies: revoca del provvedimento*, in PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Giappichelli, Torino, 2006;
- INTERLANDI M., *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Giappichelli, Torino, 2018;
- ISAAC G., *La procédure administratif non contentieuse*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968;
- KORMANN K., *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Verlag von Julius Springer, Berlino, 1910;
- LEONARDI R., *L'esecutorietà degli atti costitutivi di obblighi*, in SANDULLI M.A. (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017;
- LIKOPOULOS D., *Equo processo nella Convenzione dei diritti dell'uomo e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2007;
- LICCIARDELLO S., *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 1997, 2, pp. 353 ss.;
- LIGUORI F., *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della D.I.A.-S.C.I.A.*, in «Dir. proc. amm.», 2015, 4, pp. 1223 ss.;
- LIGUORI F., *I modelli settoriali: Scia edilizia e procedure semplificate in tema di rifiuti*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017. pp. 937 ss.;
- LINDBLOM C.E., *The policy making process*, Prentice Hall, New Jersey, 1968;
- LIPARI M., *La Scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in «Federalismi.it», 2015;
- LIPARI M., *La tutela giurisdizionale e precontenziosa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in «Federalismi.it», 2016;
- LOPILATO V., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020;
- LUPO A., *Premesse per uno studio della revoca degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 2013;

- LUPU N., *La questione della "motivazione" delle leggi alla luce del nuovo Titolo V Cost.*, in «Iter legisl.», 6, 2002, p. 33;
- MACCHIA M., *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in «Giorn. dir. amm.», 2015, 5, pp. 621 ss.;
- MACCHIA M., *I contratti di concessione*, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 4, pp. 476 ss.;
- MACCHIA M., *The rule of law and transparency in the global space*, in CASSESE S. (a cura di), *Research handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, pp. 269 ss.;
- MAFFEO A., *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in «Federalismi.it», 2018;
- MANFREDI G., *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico in re ipsa?*, in «Urb. app.», 2018, 1, pp. 45 ss.;
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2013;
- MANNUCCI G., *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in «Dir. pubbl.», 2012, 3, pp. 837 ss.;
- MARCHETTI B., *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti: il judicial review sulle administrative agencies*, Cedam, Padova, 2005;
- MARCHETTI B., *Il principio di motivazione*, in RENNA M., SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 521 ss.;
- MARCHETTI B., *Il principio di precauzione*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 194 ss.;
- MARI G., *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, in «Riv. giur. edil.», 2016, 1, pp. 69 ss.;
- MARINELLI M., *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "riforma Madia" – Il procedimento disciplinare*, in «Giur. it.», 2018, 4, pp. 985 ss.;
- MARONE F., *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2017, 3, pp. 743 ss.;
- MARRA A., *L'amministrazione imparziale*, Giappichelli, Torino, 2018;
- MARUOTTI L., *Commento all'art. 9 del T.U. in materia espropriativa*, in CARINGELLA F., DE MARZO G., DE NICTOLIS R., MARUOTTI L. (a cura di), *L'espropriazione per pubblica utilità*, Giuffrè, Milano, 2002;
- MARZONA N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in CASSESE S., FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Giuffrè, Milano, 1996;
- MARZUCCHI S., *Regolamenti delle autorità indipendenti, ad vocem*, in CASSESE S. (a cura di), «Diz. dir. pubbl.», vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5020 ss.;

- MASHAW J. L., *Reasoned Administration: The European Union, the United States and the Project of Democratic Governance*, in «The George Washington Law Review», 2007, pp. 101 ss.;
- MASHAW J. L., *The rise of reason giving* in ROSE-ACKERMAN S., LINDSETH P.L., EMERSON B., *Comparative Administrative Law*, Elgar, Massachusetts, 2017;
- MASHAW J. L., *The Role of Reason in Administrative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018;
- MASUCCI A., *Atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli, 1993;
- MATTARELLA B.G., *L'attività*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003;
- MATTARELLA B.G., *Motivazione* (dir. com.), *ad vocem*, in CASSESE S. (diretto da), «Diz. dir. pubbl.», vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3748 ss.;
- MATTARELLA B.G., *Il declino della motivazione*, in «Giorn. dir. amm.», 2007, 6, pp. 620 ss.;
- MATTARELLA B.G., *Commento agli artt. 23 e 24*, in NIGRO A., SANTORO V. (a cura di), *La tutela del risparmio. Commento alla l. 28 dicembre 2005, n. 262 e al d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, Giappichelli, Torino, 2007;
- MATTARELLA B.G., *Atto amministrativo, ad vocem*, in CLARICH M., FONDERICO G. (a cura di), «Diz. dir. pubbl.», Giuffrè, Milano, 2007;
- MATTARELLA B.G., *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in «Osservatorio sull'Air», 2010;
- MATTARELLA B.G., *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in «Giorn. dir. amm.», 2015, 5, pp. 621 ss.;
- MAURO E., *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, in «Riv. it dir. pubbl.», 2011, 5, pp. 1183 ss.;
- MAZZAMUTO M., *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in «Giustamm.it» 2016;
- MAZZARELLI V., *Motivazione dell'atto amministrativo, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XX, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1999, pp. 5 ss.;
- MAZZARELLI V., *La motivazione delle varianti urbanistiche*, in «Giorn. dir. amm.», 2007, 11, pp. 1174 ss.;
- MAZZAROLLI L., *I piani regolatori urbanistici nella teoria generale della pianificazione*, Cedam, Padova, 1966;
- MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1996;
- MELIS G., *Una buona legge e molto da fare*, in «Giorn. dir. amm.», 2015, 5, pp. 581 ss.;
- MEOLI C., *Il potere di ordinanza del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, in «Giorn. dir. amm.», 2009, 6, pp. 682 ss.;
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970;

- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000;
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001;
- MERUSI F., *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa. Atti del 48° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 17 ss.
- MERUSI F., *I sentieri interrotti della legalità*, in «Quad. cost.», 2006, 2, pp. 276 ss.;
- MERUSI F., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in GITTI G. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006;
- MERUSI F., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Giappichelli, Torino, 2013;
- MERUSI F., *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in «Dir. amm.», 2015, 2-3, pp. 579 ss.;
- MIELE G., *Il requisito della motivazione negli atti amministrativi*, in «Giur. compl. cass. civ.», 1945, pp. 415 ss.;
- MILLET L., *The right to good administration in European law*, in «Public law», 2002, pp. 309 ss.;
- MINELLI C., *“Rationabilis” e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Giappichelli, Torino, 2015;
- MIRATE S., *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012;
- MONTEDORO G., *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in «Giustamm.it», 2005;
- MONTEDURO M., *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande “inammissibili” o “manifestamente infondate”*, in «Dir. amm.», 2010, 1, p. 103;
- MONTEFUSCO R., *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in «Foro amm. Tar», 2002, 9, pp. 2861 ss.;
- MORBIDELLI G., *Dichiarazione di pubblica utilità, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. V, Utet, Torino, 1990, pp. 62 ss.;
- MORBIDELLI G., *Pianificazione territoriale ed urbanistica, ad vocem*, in «Enc. giur. dir.», vol. XXIII, Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, pp. 3 ss.;
- MORBIDELLI G., *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Cedam, Padova, 1998;
- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Monduzzi Editore, Milano, 2005, pp. 531 ss.;

- MORBIDELLI G., *Il silenzio assenso*, in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006;
- MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in «Dir. amm.», 2007, 4, pp. 703 ss.;
- MORBIDELLI G., *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in «Dir. amm.», 2016, 3, pp. 273 ss.;
- MORETTINI S., *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in «Osservatorio sull'Air», 2011;
- MORI P., *Art. 296 TFUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014;
- MORRONE A., *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte Costituzionale*, in «Federalismi.it», 2015;
- MOSCATI E., *La causa del contratto*, in LIPARI N., RESCIGNO P. (diretto da), *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, tomo II, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009;
- MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Giuffrè, Milano, 2008;
- MUSONE R., *L'interesse pubblicoc nell'annullamento d'ufficio del permesso di costruire* in «Urb. app.», 2017, 5, pp. 681 ss.;
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005;
- NAPOLITANO G., *Pubblica amministrazione, ad vocem*, in CASSESE S. (diretto da), «Diz. dir. pubbl.», Giuffrè, Milano, vol. III, 2006, pp. 2631 ss.;
- NAPOLITANO G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007;
- NAPOLITANO G., *Il controllo sulla pubblica amministrazione*, in NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- NAPOLITANO G., *Pubblica amministrazione in Italia*, in *XXI secolo. Norme e idee*, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 2009, pp. 411 ss.;
- NAPOLITANO G., *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in «Giorn. dir. amm.», 2012, 3, pp. 229 ss.;
- NAPOLITANO G., *Diritto amministrativo e processo economico*, in «Dir. amm.», 2014, 4, pp. 79 ss.;
- NAPOLITANO G., *Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*, in LIGUORI F., ACOCELLA C. (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Il Mulino, Bologna, 2015;
- NAPOLITANO G., *Il codice francese e le nuove frontiere della disciplina del procedimento in Europa*, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 1, pp. 5 ss.;
- NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017;
- NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009;

- NAPOLITANO G., ZOPPINI A., *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in GITTI G. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006;
- NICCOLAI S., CIERVO A., *Il fenomeno migratorio tra normativa comunitaria, disciplina nazionale ed emergenza umanitaria*, in «Quest. Giust.», 2014, 3, pp. 35 ss.;
- NICITA A., SCOPPA V. (a cura di), *Economia dei contratti*, Carocci Editore, Roma, 2005;
- NICODEMO S., *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Cedam, Padova, 2002;
- NOCCELLI M., *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in «Federalismi.it», 2018;
- O'NEIL C., *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disegualianza e minacciano la democrazia*, Giuffrè, Milano, 2017;
- OCCHIENA M., *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in «Foro amm. Tar», 2003, 2, pp. 522 ss.;
- OCCHIENA M., *Partecipazione al procedimento amministrativo, ad vocem*, CASSESE S. (a cura di), in «Diz. dir. pubbl.», Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4128 ss.;
- ORLANDO V.E., *Principi generali del diritto amministrativo*, Barbèra, Firenze, 1919;
- ORSI BATTAGLINI A., *Autorizzazione amministrativa, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. II, Utet, Torino, 1987, pp. 59 ss.;
- OTRANTO P., *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in «Federalismi.it», 2018;
- PACINI M., *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2012;
- PACINI M., *Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2014, 6;
- PAGLIARI G., *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, in «Riv. giur. dir.», 2009, 4, pp. 579 ss.;
- PAGLIARI G., *Corso di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2015;
- PAGLIARI G., *Il permesso di costruire*, in URBANI P., SCOCA F.G., STELLA RICHTER P. (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Giappicheli, Torino, 2018, pp. 841 ss.
- PAGLIAROLI C., *La motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela di concessione edilizia in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria*, in «Riv. giur. ed.», 2017, 2, pp. 379 ss.;
- PAJNO A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in PELLEGRINO G., STERPA A. (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Carocci Editore, Roma, 2014, pp. 39 ss.;
- PAJNO A., *L'autotutela tra tradizione e innovazione*, in «Federalismi.it», 2017;
- PAJNO A., TORCHIA L. (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, Astrid, Roma, 2015;

- PALIERO C. E., TRAVI A., *Sanzioni amministrative, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 346 ss.;
- PAOLANTONIO N., *Il provvedimento in forma semplificata*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 301 ss.;
- PASQUALE F., *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Harvard, 2015;
- PERLINGIERI P., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006;
- PERONGINI S., *I profili strutturali o statici del provvedimento amministrativo*, in COGNETTI S., CONTIERI A., LICCIARDELLO S., MANGANARO F., PERONGINI S., SAITTA F. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 368 ss.;
- PERONGINI S., *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016;
- PICOZZA E., *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in CAFAGNO M., BOTTO A., FIDONE G., BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013;
- PIETROBON A., *Art. 296 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2014;
- PIETROSANTI A.G., *La convalida del provvedimento (art. 21-nonies, comma 2, l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 531 ss.;
- PINELLI C., *La pubblica amministrazione (Art.97 – 98)*, in BRANCA G. (fondato da), PIZZORUSSO A. (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994, pp. 31 ss.;
- POLICE A., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, Giappichelli, Torino, 2004;
- POLITI F., *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XXVI, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1995, pp.1 ss.;
- PORTALURI P.L., *Note sull'autotutela dopo la legge n. 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in «Riv. giur. edil.», 2014, 6, pp. 21 ss.;
- PORTALURI P.L., *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in «Riv. giur. ed.», 2015, 10, pp. 149 ss.;
- POSTERARO N., *Annullamento d'ufficio e motivazione in re ipsa: osservazioni a primissima lettura dell'Adunanza plenaria n. 8 del 2017*, in «Riv. giur. ed.», 2017, 5, pp. 1103 ss.;
- POSTERARO N., *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018;
- RABIN R.L., *Job Security and Due Process: Monitoring Law Through a Reason Requirement*, in «University of Chicago Law Journal», 1976, 44, pp. 60 ss.;

- RAGGI L., *Motivi e motivazione degli atti amministrativi*, in «Giur. it.», 1941, 3, pp. 163 ss.;
- RAMAJOLI M., *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, «Dir. proc. amm.», 2010, 2, p. 468;
- RAMAJOLI M., *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in BRUTI LIBERATI E., DONATI F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010;
- RAMAJOLI M., *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in «Giustamm.it», 2016;
- RAMAJOLI M., *Il declino della decisione motivata*, in «Dir. proc. amm.», 2017, 9, pp. 894 ss.;
- RAMAJOLI M., TONOLETTI B., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in «Dir. amm.», 2013, 1-2, pp. 53 ss.;
- RAMAJOLI M., VILLATA R., *Art. 10-bis l. n. 214/1990*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2012;
- RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e delle concessioni*, Giappichelli, Torino, 1897;
- RANGONE N., *Autorità indipendenti e Air. La riforma delle Autorità indipendenti*, in D'ALBERTI M., PAJNO A. (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010;
- RENNI M., *Beni pubblici, ad vocem*, in CASSESE S. (diretto da), «Diz. dir. pubbl.», vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 714 ss.;
- REPETTO G., *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in «Dir. pubbl.», 2016, 1, pp. 247 ss.;
- RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza (dir. cost. e amm.) , ad vocem*, in «Nov. dig. it.», vol. XII, Utet, Torino, 1965, pp. 92 ss.;
- RESCIGNO P., *Obbligazioni, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 159 ss.;
- RESCIGNO P., *Contratto, ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. IX, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pp. 6 ss.;
- RESTA R., *L'onere di buona amministrazione*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Cedam, Padova, 1940;
- RICCHI M., *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in «Urb. app.», 2014, 7, pp. 741 ss.;
- RIVALTA M., *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato interesse*, Giuffrè, Milano, 1960;
- RIZZO G., *La concessione di servizi*, Giappichelli, Torino, 2012;

- ROBERTSHAW P., *Providing reasons for administrative decisions*, in «Anglo American Law review», 1998, pp. 29 ss.;
- ROEHRSEN G., *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, in «Riv. dir. pubbl.», 1941, 1, pp. 110 ss.;
- ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016;
- ROMANO F., *Obbligo, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 500 ss.;
- ROMANO M.C., *Atti amministrativi generali, ad vocem*, in CASSESE S. (diretto da), «Diz. dir. pubbl.», vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 491 ss.;
- ROMANO M.C., *L'esclusione della motivazione per gli atti normativi e per gli atti a contenuto generale*, in ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017;
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947;
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987;
- ROMANO TASSONE A., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 1993;
- ROMANO TASSONE A., *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di P. Virga*, Giuffrè, Milano, 1994;
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione nel diritto amministrativo, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. XIII, Utet, Torino, 1997, pp. 683 ss.;
- ROMANO TASSONE A., *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in MOLASCHI V., VIDETA C., (a cura di), *Scritti in onore di E. Casetta*, vol. II, Jovene, Napoli, 2001;
- ROMANO TASSONE A., *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta II*, Jovene, Napoli, 2001;
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione (dir. amm.), ad vocem*, in CASSESE S. (diretto da), «Diz. dir. pubbl.», vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3741 ss.;
- ROMANO TASSONE A., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Analisi economica e diritto amministrativo*, Annuario AIPDA 2006, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 233 ss.;
- RUOTOLO M., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012;
- SALVATORE P., *Autorizzazione, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. IV, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pp. 4 ss.;
- SALVIA F., *Manuale di diritto urbanistico*, Cedam, Padova, 2008;
- SALVIA F., TERESI F., *Diritto urbanistico*, Cedam, Padova, 2002;
- SANDULLI A., *Il procedimento*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, vol. II, Giuffrè, Milano, 2000;

- SANDULLI A., *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in CASSESE S. (a cura di), *Il diritto pubblico nella seconda metà del xx secolo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1373 ss.;
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940;
- SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in «Foro it.», 1954, pp. 217 ss.;
- SANDULLI A.M., *Appunti per uno studio sui piani regolatori*, in «Riv. giur. edil.», 1958, 2, pp. 131 ss.;
- SANDULLI A M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989;
- SANDULLI A.M., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998;
- SANDULLI A.M., *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in «Giustamm.it», 2005;
- SANDULLI M.A., *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione. Studi preliminari*, Jovene, Napoli, 1981;
- SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedurali*, Jovene, Napoli, 1983;
- SANDULLI M.A., *Sanzione (Sanzioni amministrative)*, *ad vocem*, in «Enc. giur.», vol. XXVIII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1992;
- SANDULLI M.A., *Partecipazione e autonomie locali*, in «Dir. amm.», 2002, 4, pp. 555 ss.
- SANDULLI M.A., *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in «Rass. dir. parl.», 2003, 1, pp. 124 ss.;
- SANDULLI M.A., *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in «Nuove autonomie», 2008, 3-4;
- SANDULLI M.A., *La scia e le nuove regole sulle tariffe incentivanti per gli impianti di energia rinnovabile: due esempi di 'non sincerità' legislativa. Spunti per un forum*, in «Federalismi.it», 2011;
- SANDULLI M.A., *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in «Nuov. aut.», 2012, 3, pp. 435 ss.;
- SANDULLI M.A., *Le novità in tema di silenzio*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2013;
- SANDULLI M.A. , *Il tempo del processo come bene della vita*, in «Federalismi.it», 2014.
- SANDULLI M.A., *Introduzione*, in *L'incertezza delle regole*, Annuario AIPDA 2014, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015;
- SANDULLI M.A., *Postilla all'editoriale "Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di Scia, silenzio assenso e autotutela"*, in «Federalismi.it», 2015;

- SANDULLI M.A., *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, 2015;
- SANDULLI M.A., *Autotutela*, in Id., *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2015;
- SANDULLI M.A., *Gli effetti diretti della legge n. 124 del 7 agosto 2015 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in «*Federalismi.it*», 2015;
- SANDULLI M.A., *Introduzione*, in *Le fonti nel diritto amministrativo*, Annuario AIPDA 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016;
- SANDULLI M.A., (a cura di), *Brevi riflessioni su alcune nuove regole della semplificazione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2016;
- SANDULLI M.A., *Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 49/2016, in tema di norme della Regione Toscana in materia di Scia*, in «*Riv. giur. edil.*», 2016, 1, pp. 8 ss.;
- SANDULLI M.A., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in «*Federalismi.it*», 2016;
- SANDULLI M.A., *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017;
- SANDULLI M.A., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in «*Il Processo*», 2018, 3, pp. 45 ss.;
- SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008;
- SANTANIELLO G., *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Giuffrè, Milano, 1963;
- SANTINI M., *Le osservazioni dei privati al progetto di piano regolatore generale (o sue varianti): non più come mero apporto collaborativo ma con funzione anche garantistica*, in «*Riv. giur. urb.*», 1996, pp. 353 ss.;
- SARTOR G., *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2016;
- SATTA F., *Imparzialità della pubblica amministrazione, ad vocem*, in «*Enc. giur.*», vol. XV, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1989, pp. 1 ss.;
- SATTA F., *Ordine e ordinanza amministrativa, ad vocem*, in «*Enc. giur.*», vol. XXII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1990;
- SAVINO M., *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012;
- SAVINO M., *La crisi dei confini*, in «*Riv. trim. dir. pub.*», 2016, 3, pp. 739 ss.;
- SAVIO G., *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in MOROZZO DELLA ROCCA P. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2017;
- SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1999;

- SCHINAIA M.E., *La buona amministrazione*, in RUOTOLO M. (a cura di), *La Costituzione ha sessant'anni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 97 ss.;
- SCHWARTZ P., *Data Processing and Government Administration: The Failure of the American Legal Response to the Computer*, in «Hastings Law Journal», 1992, pp. 1321 ss.;
- SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1971;
- SCOCA F.G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in ROVERSI MONACO F.A. (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 1988;
- SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in AA.VV. (a cura di), *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2002;
- SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, in «Enc. dir.», Agg., vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 79 ss.
- SCOCA F.G., *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in PARISIO V. (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004;
- SCOCA F.G., *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in «Giur. cost.», 2011, 3, pp. 2279 ss.;
- SCOCA F.G., *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in «Giustamm.it», 2013;
- SCOCA F.G., *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017;
- SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017;
- SCOTTI E., *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016;
- SCREPANTI S., *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti*, in «Giorn. dir. amm.», 2007, 4, pp. 377 ss.;
- SCWHARZE J., *Judicial review of administrative procedures*, in «Law and contemporary problems», 2004, 4;
- SEPE O., *Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 1992, 2, pp. 342 ss.;
- SEVERINI G., *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016;
- SGUEO G., *Breve panoramica sulle autorizzazioni in diritto amministrativo*, in «Diritto.it», 2017;
- SHAPIRO M., *The giving reasons requirement*, in «University of Chicago Legal Forum», 1992, pp. 179 ss.;
- SILVESTRI P.A., *Concessione amministrativa, ad vocem*, in «Enc. dir.», vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 370 ss.;

- SIMON H.A., *The new science of management decision*, Prentice Hall, New Jersey, 1977;
- SIMON H.A., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1985;
- SIMON H.A., *Il comportamento razionale*, Il Mulino, Bologna, 2001;
- SIMONATI A., *Politiche di genere e fenomeno migratorio: nuove sfide per il diritto amministrativo*, in «Dir. e soc.», 2014, 3, pp. 629 ss.;
- SIMONCINI A., *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in «BioLaw Journal», 2019, 1, pp. 63 ss.;
- SINISI M., *Il potere di revoca nell'ambito delle gare per l'affidamento di contratti pubblici alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in «Foro amm. Tar», 2011, 1, pp. 239 ss.;
- SOLÉ J.P., *EU Law, Global Law and the Right to Good Administration*, in CHITI E., MATTARELLA B.G. (a cura di), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Springer, Berlin, 2011;
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2014;
- SORACE D., MARZUOLI C., *Concessioni amministrative, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. III, Utet, Torino 1989, pp. 280 ss.;
- SORDI P., *La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, in «Argomenti dir. lav.», 2009, 1, pp. 84 ss.;
- SPANTIGATI F., *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 1969;
- SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2004;
- SPASIANO M.R., *Commento all'art.146*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1118 ss.;
- SPASIANO M.R., *Il principio di buon andamento*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 47 ss.;
- STANCANELLI P., *Art. 296 TFUE*, in CURTI GIALDINO C., *Codice dell'Unione europea operativo*, Jovene, Napoli, 2012;
- STELLA RICHTER P., *Natura ed efficacia dei piani regolatori comunali*, in «Giur. civ.», 1964, 1, pp. 1071 ss.;
- STELLA RICHTER P., *Profili funzionali dell'urbanistica*, Giuffrè, Milano, 1984;
- STELLA RICHTER P., *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2016;
- TARULLO S., *L'articolo 10-bis della legge n. 241 del 1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in «Giustamm.it», 2005;
- TAYLOR D.W., *Decision making and problem solving*, in *Handbook of organization*, J.G. March ed., Chicago, 1965;
- TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Jovene, Napoli, 1925;

- TIGANO F., *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in SANDULLI M.A (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 655 ss.;
- TILLY C., *Why? What Happens When People Give Reasons and Why*, Princeton University Press, Princeton, 2006;
- TITOMANLIO R., *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2012;
- TONOLETTI B., *Silenzio della pubblica amministrazione, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. XIV, UTET, Torino, 1999, pp. 180 ss.;
- TONOLETTI B., *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova, 2008;
- TORCHIA L. (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- TORCHIA L., *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Il Mulino, Bologna, 2012;
- TORCHIA L., *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, Relazione al Convegno *Le autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, 2013;
- TORCHIA L., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento e processo*, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 5, pp. 605 ss.;
- TORCHIA L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in «Dir. amm.», 2017, 1, pp. 1 ss.;
- TRAVI A., *Sanzione amministrativa e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983;
- TRAVI A., *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in PARISIO V. (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 2002;
- TRAVI A., *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in «Dir. pubbl.», 2014, pp. 15 ss.;
- TRAVI A., *Per un nuovo dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2015, pp. 691 ss.;
- TRAVI A., *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, «Rivista della regolazione dei mercati», 2016, 2, pp. 11 ss.;
- TRIMARCHI BANFI F., *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in «Pol. dir.», 1993, 2, pp. 238 ss.;
- TRIMARCHI BANFI F., *Illegittimità ed annullabilità del provvedimento amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 2003, pp. 409 ss.;
- TRIMARCHI BANFI F., *Art. 1, comma 1-bis della legge n. 241 del 1990*, in «Foro amm. Cons. St.», 2005, 3, pp. 947 ss.;
- TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in «Dir. amm.», 2005, 4, pp. 843 ss.;

- TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in CHITI M.P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007;
- TRIMARCHI BANFI F., *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in «Dir. proc. amm.», 2014, 1, pp. 25 ss.;
- TRIMARCHI M., *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in «Giorn. dir. amm.», 2018, 1, pp. 67 ss.;
- TROISE MANGONI W., *Il potere sanzionatorio della Consob*, Giuffrè, Milano, 2012;
- TROPEA A., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in «Dir. proc. amm.», 2017, pp. 1235 ss.;
- TUBERTINI C., *Atti politici e di alta amministrazione, ad vocem*, in CASSESE S. (diretto da), «Diz. dir. pubbl.», vol. I, Giuffrè, Milano, 2006;
- URBANI P., CIVITARESE MATTEUCCI S. (a cura di), *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Giappichelli, Torino, 2017;
- VAIANO D., *Fasi delle procedure di affidamento*, in GAROFOLI R., FERRARI G., *Codice degli appalti pubblici annotati con dottrina, giurisprudenza e formule*, Carocci Editore, Roma, 2013;
- VAIANO D., *Il preavviso di rigetto*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 640 ss.;
- VALAGUZZA S., *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in «Riv. regol. merc.», 2016, 1, pp. 9 ss.;
- VANDELLI L., *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1973, 4, pp. 1595 ss.;
- VANDELLI L., *Le ordinanze del Sindaco in materia di sicurezza urbana*, Carocci Editore, Roma, 2008;
- VANDELLI S., *I poteri del Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica nel nuovo articolo 54 del TUEL*, in AA.VV. (a cura di), *Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 giugno 2008*, Bononia University Press, Bologna, 2009, pp. 51 ss.;
- VECCHIO G., *Gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali presso le amministrazioni statali, fra diritto pubblico e diritto privato*, in «Foro amm. Tar», 2006, 4, pp. 1568 ss.;
- VERNILE S., *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2002;
- VETRÒ F., *Commento all'art. 31*, in SANDULLI M. A (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 711 ss.;
- VILLATA R., RAMAJOLI M. (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017;
- VINTI S., *Natura e presupposti della variante di piano regolatore*, in «Riv. giur. edil.», 1989, 1, pp. 350 ss.;

- VIPIANA P.M., *L'autolimito della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990;
- VIPIANA P.M., *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1993;
- VIPIANA P.M., *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Cedam, Padova, 1997;
- VIPIANA P.M., *Invaldità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi*, Cedam, Padova, 2007;
- VIPIANA P.M., *La semplificazione amministrativa: inquadramento, classificazioni, evoluzione normativa e profili problematici*, in LUTHER J., VIPIANA P.M. (a cura di), *Contributi in tema di semplificazione normativa e amministrativa*, in «POLIS Working Papers», 2013, 208, pp. 19 ss.;
- VIPIANA P.M., *I poteri amministrativi a seguito di SCIA al vaglio della Consulta*, in «Giur. it.», 2016, 1, pp. 2233 ss.;
- VIPIANA P.M., *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Cedam, Padova, 2017;
- VIRGA P., *La potestà di polizia*, Giuffrè, Milano, 1954;
- VITTA C., *Concessioni amministrative, ad vocem*, in «Nov. dig. it.», vol. III, Utet, Torino, 1959, pp. 919 ss.;
- VOLPE C., *Le stazioni appaltanti hanno il potere di non aggiudicare*, in «Dir. proc. amm.», 2007, 9, pp. 52 ss.;
- WADE H. R. W., *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004;
- WAKEFIELD J., *The right to good administration*, Kluwer Law International, Alphen an den Rijn, 2007;
- ZAMPETTI E., *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 173 ss.;
- ZAMPETTI E., *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in «Riv. giur. edil.», 2015, 4, pp. 730 ss.;
- ZITO A., TINELLI G., *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 681 ss..

L'indagine si propone di analizzare quale sia la portata e come si specializza l'obbligo di motivazione nelle diverse categorie di atti e provvedimenti, nonché nelle diverse forme di decisione amministrativa de-provedimentalizzata, partendo dalla legge generale per arrivare alla legislazione speciale e alla elaborazione giurisprudenziale. L'autrice evidenzia in maniera puntuale e approfondita come dietro l'apparente generalità e uniformità dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, sancito dall'articolo 3 della legge generale sul procedimento amministrativo, lo stesso legislatore e la giurisprudenza hanno creato una molteplicità di regole speciali eterogenee, in forza delle quali si delineano una pluralità di obblighi motivazionali.

Maria Stella Bonomi è assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, dove è titolare di contratti di didattica integrativa in Diritto Amministrativo. È docente a contratto di Diritto Costituzionale presso la Link Campus University. È autrice di numerosi articoli e contributi in volume. Ha scritto in materia di procedimento amministrativo, immigrazione e sicurezza, autorità amministrative indipendenti, servizi pubblici locali, servizio postale e dirigenza sanitaria.