

La motivazione del provvedimento amministrativo: evoluzione storica dell'istituto, sua disciplina positiva e possibilità di integrazione postuma

A cura di IVANA ROSSI

SOMMARIO:

1) GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL' ATTO AMMINISTRATIVO. 2) LA MOTIVAZIONE: FONTI, CARATTERISTICHE E FUNZIONI. 3) LA MOTIVAZIONE E L' APPLICABILITA' DELL' ARTICOLO 21 OCTIES, COMMA 2 DELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. 4) AMMISSIBILITA' DELLA MOTIVAZIONE POSTUMA E SUOI LIMITI.

1. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL' ATTO AMMINISTRATIVO

Se in ambito civilistico si può far riferimento ad una tipizzazione esaustiva degli elementi costitutivi del contratto, in quanto questi ultimi sono indicati nell' articolo 1325 cc, non ugualmente è possibile per ciò che riguarda gli elementi costitutivi dell' atto amministrativo.

Se per Sandulli¹ gli elementi costitutivi del provvedimento sono il SOGGETTO, l' OGGETTO, la FORMA, il CONTENUTO e la FINALITA', per Giannini² elementi costitutivi risultano essere soltanto la VOLONTA', l' OGGETTO e l' ESTERNAZIONE; per Cassese³, invece, essi sono costituiti dai PRESUPPOSTI, dai MOTIVI, dalla VOLONTA', dall' OGGETTO e dall' ESTERNAZIONE; infine, Casetta⁴ reputa quali elementi essenziali del provvedimento amministrativo il SOGGETTO, l' OGGETTO, il CONTENUTO, il DISPOSITIVO, la FINALITA' e la FORMA.

¹ A. SANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 1989.

² M.S. GIANNINI, Diritto amministrativo, Milano, 1988; Id, voce "Motivazione" dell'atto amministrativo, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1977, XXVII.

³ S. CASSESE, Il Diritto amministrativo. Storia e prospettive, Milano, 2010.

⁴ E. CASETTA, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2014.

Autori più recenti⁵ ravvisano nel provvedimento amministrativo –da un punto di vista squisitamente morfologico - gli elementi essenziali (SOGGETTO, VOLONTA', FORMA e OGGETTO), la motivazione e gli elementi accidentali (ONERE, CONDIZIONE, TERMINE e RISERVA).

Per altra parte della dottrina⁶, invece, la motivazione refluiscie tra gli elementi formali del provvedimento che sono rappresentati da: PREAMBOLO, MOTIVAZIONE, RIFERIMENTI NORMATIVI, DISPOSITIVO, PARERI, DATA e FIRMA.

Dalla sintesi dottrinale⁷ fin qui svolta circa gli elementi essenziali dell'atto amministrativo, si evince che la motivazione non rientri tra gli elementi essenziali di quest'ultimo , con la conseguenza che la sua mancanza non integra una causa di nullità dell'atto stesso: infatti ex art. 21 septies “è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”.

Nonostante ciò, la motivazione si palesa come un elemento molto importante in vista della perfezione dell'atto amministrativo tanto che nel nostro Ordinamento ne è prevista l'obbligatorietà.

2. LA MOTIVAZIONE : FONTI, CARATTERISTICHE E FUNZIONI

In primis l'articolo 3 della Legge n. 241/90, rubricato proprio “MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO”, sancisce che ogni provvedimento amministrativo debba essere motivato, compresi gli atti riguardanti l'organizzazione amministrativa, i concorsi pubblici e il personale⁸.

All'obbligo di motivazione sono sottratti solo due tipologie di atti : gli atti normativi e gli atti a contenuto generale.

⁵ Cfr. T. AUTIERI, La motivazione del provvedimento amministrativo: raccolta di dottrina, giurisprudenza e legislazione, Padova, 2002, XVI, pag. 283 e ss.

⁶ Cfr. P. MINETTI, La motivazione dell'atto amministrativo, Halley ed., Macerata, 2003, pag. 120.

⁷ Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI , Il provvedimento amministrativo, Torino, 2006.

⁸⁸ Cfr. F. CASTILLO, La generalizzazione dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, in Consiglio di Stato, 1992, vol. II, pag. 1537; G. MIELE, L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, in Foro Amministrativo Italiano, 1942.

A livello costituzionale l'obbligo di motivazione è sancito dall'articolo non solo ex art. 113, ma anche dall'art 97 Cost. che prescrive come l'attività amministrativa debba essere informata e finalizzata all'imparzialità e al buon andamento. La motivazione, dunque, si pone come un'estrinsecazione propria del principio di buon andamento e dei suoi corollari, quali il principio di trasparenza, efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

A livello internazionale, infine, la fonte dell'obbligatorietà della motivazione si rinviene ex art. 41 CEDU: più precisamente, alla lettera c) del secondo comma è previsto espressamente "l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni".

Per quanto riguarda poi la struttura della motivazione, negli anni '30 parte della dottrina⁹ aveva isolato due specifiche componenti:

- 1) l'esposizione dei fatti cui l'atto si riporta e l'enunciazione della causa giuridica dell'istituto del quale si fa applicazione;
- 2) la mera esposizione delle valutazioni soggettive.

Attualmente, invece, la dottrina prevalente¹⁰ distingue tra:

- 1) motivazione in senso stretto, ossia l'indicazione dei motivi e delle ragioni,
- 2) giustificazione, ossia l'indicazione dei presupposti dell'azione amministrativa.

Vi è poi chi¹¹ distingue tra "motivazione formale" (detta anche motivazione discorsiva) e "motivazione sostanziale": la prima si sostanzia nel discorso giustificativo della decisione, la seconda, invece, nel complesso dei fattori determinanti la decisione stessa.

Per la giurisprudenza¹², infine, la motivazione deve rendere chiaro ed intellegibile l'iter logico-giuridico seguito dalla PA nell'assumere una decisione discrezionale, mentre la

⁹ Cfr. A. AMORTH, *Il diritto amministrativo*, Milano, 1950; C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione* (con speciale riguardo agli atti amministrativi), Roma, 1933, pag. 49; R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941; G. ROEHRSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1941, pag. 110 e ss; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1959.

¹⁰ Cfr. G. CORSO, voce "Motivazione" atto amministrativo, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2001, pag. 777 e ss.

¹¹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; Id, voce "Motivazione" nel diritto amministrativo, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, pag. 683).

¹² Cons. Stato, sez. VI, n. 174/1992, in *foro Italiano*, 1993, III, pag. 176 e ss;

“giustificazione” del potere consiste nell’indicazione delle norme che sovrintendono ad esso, nonché dei suoi presupposti.

I destinatari della motivazione sono non solo i soggetti incisi dal provvedimento cui la motivazione si riferisce, ma anche i cittadini intesi nella loro generalità e, infine, il giudice amministrativo.

Collegate indissolubilmente ai destinatari della motivazione sono le sue tre funzioni: agevolare l’interpretazione dell’atto, permetterne il sindacato ispettivo e giurisdizionale e, infine, favorire la trasparenza dell’azione amministrativa¹³.

Per quanto attiene alla prima funzione, il soggetto investito dall’atto amministrativo deve essere posto, attraverso la motivazione, nella condizione di capire ciò che ha indotto la PA ad emanare l’atto, le ragioni che vi sono sottese e i possibili rimedi esperibili.

In tal senso va, dunque, letto il dispositivo ex art. 3,4 della Legge n. 241/90 che impone che in ogni atto vi siano “indicati il termine e l’autorità cui è possibile ricorrere”.

Questa funzione è detta endoprocedimentale poiché si estrinseca all’interno del procedimento amministrativo nell’ambito del quale il cittadino è coinvolto.

La terza funzione, invece, ha una peculiarità che si riverbera al di fuori e al di là del procedimento amministrativo e che consiste nel permettere a tutti i consociati (non solo al singolo coinvolto nel procedimento) di controllare e vagliare l’attività della PA.

Infatti la ratio della Legge n. 241/90 nell’ottica del suo Padre tutelare, Mario Nigro, era proprio quella di fare della PA e del suo operato una cd. “casa di vetro”, la cui attività fosse appunto trasparente e pienamente controllabile da tutti i consociati.

In tale solco si inseriscono i principi generali di economicità, trasparenza, imparzialità ed efficacia (codificati ex art. 1 della Legge sul procedimento amministrativo) che reggono e ispirano l’attività amministrativa e che non sono altro che il precipitato – a livello ordinario – dei principi ex art. 97 Cost.

¹³ Corte Costituzionale, n. 310/2010 : “L’obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi (...) è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza, dell’azione amministrativa. Esso è radicato negli artt. 97 e 113 Cost., in quanto da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento e di imparzialità dell’amministrazione e, dall’altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale”.

A tal fine è opportuno evidenziare il ruolo di cd. “cerniera” che la motivazione svolge tra la fase istruttoria del procedimento amministrativo e la decisione contenuta nel provvedimento finale: infatti la novella del 2005 (Legge n. 15/2005) ha inserito un ulteriore periodo nell’art. 6, 1 lett. b) che specifica come l’organo competente per l’adozione del provvedimento finale (laddove sia diverso dal responsabile del procedimento) non può discostarsi dalle risultanze istruttorie, se non indicando nella motivazione del provvedimento finale le ragioni di tale discrasia.

La seconda funzione, invece, è detta endoprocessuale proprio perché si esplica all’interno del giudizio attraverso due declinazioni: infatti da un lato, la motivazione permette di esercitare il diritto di difesa sancito ex art. 111 Cost, dal momento che il soggetto inciso dal provvedimento può impugnare quest’ultimo e rispondere a contrario – accampando le proprie ragioni – alle determinazioni della PA in modo da scalzarle; dall’altro, inoltre, attraverso l’obbligo di motivazione si impone all’atto amministrativo un requisito strettamente connesso alla discrezionalità di cui gode la PA e sul quale il giudice esercita una funzione di controllo tramite il sindacato di legittimità affinché la discrezionalità di cui gode la PA non sconfini in arbitrio o in pura soggettività amministrativa.

In primis dunque si pone il problema di verificare e determinare di quali caratteri debba fregiarsi la motivazione per assolvere all’obbligo discendente dall’art. 3 della Legge n. 241/90 e dagli artt. 97 Cost. e 41 CEDU.

Attualmente sia la giurisprudenza che la dottrina¹⁴ sono concordi nel ritenere che l’obbligo di quo sia correttamente soddisfatto quando dalla motivazione si possa enucleare l’iter logico-giuridico seguito dalla PA decidente nel relativo procedimento amministrativo.

Non integra il difetto di motivazione del provvedimento il caso in cui manchi quest’ultima, ma le ragioni legittimanti l’operato della PA possono essere chiaramente desunte da altri atti del procedimento stesso, in quanto questi ultimi assolvono comunque e al di là del nomen iuris alle funzioni della motivazione¹⁵.

¹⁴ Cfr. V. MAZZARELLI, voce “Motivazione” dell’atto amministrativo, in Enciclopedia giuridica Treccani, XX, Roma, 1990.

¹⁵ Cfr. G. BERGONZINI, Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo (a dieci anni dalla legge n. 241/90), in Diritto amministrativo, 2000, 2; G. MONTEDORO, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, in www.giustamm.it

Naturalmente nell'eventualità che la motivazione manchi del tutto, si devono ravvisare – visto ormai l'obbligo normativo positivizzato – gli estremi del vizio della violazione di legge che legittima, di conseguenza, l'annullamento dell'atto.

E' opportuno sottolineare come precedentemente alla legge n. 241/90 si riteneva che la mancanza di motivazione inficiasse l'atto per eccesso di potere, non per violazione di legge.

Ancora oggi, infine, si ritengono figure sintomatiche di eccesso di potere la motivazione non del tutto pertinente, la motivazione insufficiente, illogica o irragionevole.

Pienamente ammissibile, invece, risulta essere la cd. Motivazione per relationem¹⁶ che trova la sua fonte normativa ex art. 3, 3 della Legge n. 241/90 (“se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa”).

Ovviamente la PA deve educare il cittadino inciso dal provvedimento dell'atto cui essa stessa si richiama e renderlo disponibile. Tali atti de relato possono anche essere rappresentati da pareri, valutazioni tecniche, ecc che la PA ha acquisito durante la fase istruttoria del procedimento¹⁷

3. LA MOTIVAZIONE E L'APPLICABILITA' DELL'ART. 21 OCTIES, COMMA 2

Altro importante problema attiene alla possibilità di applicare l'art. 21 octies¹⁸ della Legge n. 241/90 ai casi di motivazione viziata.

Tale articolo è stato inserito nel corpus originario della Legge sul procedimento amministrativo dal Legislatore del 2005 tramite la Legge n. 15 e la sua ratio consiste nel rispondere alla finalità – da tempo avvertita sia in dottrina che in giurisprudenza – di creare nel diritto amministrativo

¹⁶ Cons. Stato, sez. V, n. 6013/2014: “Rileva al riguardo la sezione che nell'impugnata sentenza è diffusamente fatto riferimento alla circostanza che il provvedimento di revoca era motivato per relationem al verbale dell'11712/1985 della Commissione di Vigilanza ed, in particolare all'osservazione ivi contenuta che la presenza di una struttura fissa al centro del locale e la disposizione delle poltroncine riducevano sensibilmente lo spazio per l'uso contemporaneo del locale anche come discoteca (...). Tanto deve ritenersi sufficiente a giustificare l'adottato provvedimento di revoca, sicchè non era indispensabile la puntuale contestazione delle censure al riguardo contenute nel giudizio introduttivo del giudizio”.

¹⁷ TAR BASILICATA, n. 6/2013 : “E' infatti principio giurisprudenziale consolidato e condiviso da questo Collegio che la motivazione dell'atto può anche essere data per relationem, nel senso che la motivazione può essere espressa anche con riferimento ad atti del procedimento amministrativo, come ad esempio pareri o valutazioni tecniche . Orbene dalla lettura del provvedimento impugnato emerge che il Comune ha fatto riferimento ad un parere del geometra ove si evincono chiaramente le ragioni logiche e giuridiche poste a sostegno dell'atto di diniego”.

¹⁸ Cfr. M. D'ORSOGNA, Articolo 21 octies, 1 , in AA.VV. (a cura di PAOLANTONIO, POLICE, ZITO), La pubblica amministrazione e la sua azione, Torino, 2006, pag. 605 e ss; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, Articolo 21 octies, 2, in AA.VV. (a cura di PAOLANTONIO, POLICE, ZITO), cit., pag. 630 e ss.

una sanatoria per i vizi di natura formale, ossia per quelli che possono essere ricondotti nell'alveo delle mere IRREGOLARITA', in quanto non inficiano la portata sostanziale ed il contenuto oggettivo del provvedimento.

Più precisamente, anche nel caso in cui tali vizi formali non avessero affatto inficiato l'atto, quest'ultimo non avrebbe – data la sua natura vincolata – potuto differire da quello concretamente adottato dalla PA, né diversa avrebbe potuto esserne la portata.

In pratica, attraverso la novella del 2005 si è creata una magna divisio tra vizi formali, sui quali opera la sanatoria ex art. 21 octies, e vizi sostanziali, caratterizzati da un'intrinseca e precipua gravità che fa sì che essi non siano affatto sanabili tramite il ricorso all'art. 21 octies¹⁹.

In tal modo per i vizi relativi alla motivazione e anche per la fattispecie consistente nel difetto di motivazione si è stati testimoni di una sorta di loro degradazione che attraverso la legge n. 15/2005 ha fatto sì che venissero considerati vizi formali e non sostanziali²⁰.

Questo importante processo deve essere inquadrato all'interno del parallelo cambio di paradigma che, ultimamente, ha investito il processo amministrativo.

Infatti quest'ultimo inizialmente era concepito come un processo avente ad oggetto unicamente l'atto amministrativo (e quindi si qualificava come un processo incentrato quasi totalmente sull'azione impugnatoria finalizzata all'annullamento dell'atto), mentre oggi è invece riconosciuto come un processo che indaga il rapporto e la situazione di fatto che si celano dietro l'atto stesso.

Si pensi, ad esempio, ad una fattispecie di grande attualità come quella relativa alle prove scritte del concorso per l'abilitazione forense²¹, la cui relativa graduatoria di ammissione agli orali

¹⁹ TAR CALABRIA Reggio Calabria, n. 1319/2010 : “Nel regime processuale attuale, segnato dalla potenziale irrilevanza delle invalidità procedimentali che sono sanabili nei limiti ed alle condizioni di cui all'art. 21-octies, l. 7 agosto 1990 n. 241, (...) non può ritenersi che l'amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte motivata del provvedimento impugnato, benchè sinteticamente esposte, come si confà ad un giudizio di esclusione disposto in sede di gara per l'affidamento di un servizio”.

²⁰ Cfr. A. POLICE, L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra cd. vizi formali e vizi sostanziali, in *Diritto amministrativo*, 2003, 4, pag. 735 e ss; E. SCHMIDT ABMANN, L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino, in *Diritto amministrativo*, 2011, 2, pag. 474; F.G.SCOCA, I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi, in AA.VV. (a cura di V. PARISIO), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, pag. 56 e ss.

²¹ Sul punto tradizionalmente la giurisprudenza amministrativa si è sempre confermata granitica sulla sufficienza del solo voto numerico. Ex multis : Cons. Stato, sez. IV, n.2601/2002, Cons. Stato, sez. IV, n. 2331/2004; Cons. Stato, sez. IV, n. 21907/2008, Cons. Stato, sez. IV, n. 5832/2009, CGARS n. 316/2012. Recentemente, anche per via della novella che ha investito la disciplina relativa all'accesso alla professione forense, si sono, invece, registrate pronunce

viene spesso impugnata dinanzi al giudice amministrativo per mancanza di motivazione (non bastando a ciò, secondo i ricorrenti, il solo voto numerico).

Prescindendo dal fatto che, invece, la giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato sostiene che il solo voto numerico espliciti una sufficiente motivazione relativamente al non superamento delle prove scritte, l'annullamento degli atti carenti di motivazione (ma provvisti del solo voto numerico) si tradurrebbe per i ricorrenti in una sorta di cd. vittoria di Pirro, poiché, data l'inesauribilità del potere amministrativo, nulla vieterebbe alla PA di emettere nuovamente lo stesso atto corredato di approfondita motivazione (oltre al voto numerico). In pratica, l'articolo 21 octies evidenzia come nel caso di specie da un punto di vista squisitamente sostanziale i ricorrenti non otterrebbero comunque il bene della vita cui aspirano (l'ammissione agli orali), in quanto ad un atto non motivato ne seguirebbe uno di uguale contenuto, ma opportunamente motivato²².

Questo esempio evidenzia nettamente la ratio sottesa all'art. 21 octies che si traduce nell'inutilità sostanziale di annullare atti viziati soltanto relativamente alla forma (come appunto si attesta il vizio inerente all'esternazione dei motivi).

4. AMMISSIBILITÀ DELLA MOTIVAZIONE POSTUMA E SUOI LIMITI

Concludiamo con l'analisi della problematica avente ad oggetto l'ammissibilità ed i limiti della cd. Motivazione postuma.

Preliminarmente è opportuno ribadire che l'istituto della motivazione postuma²³ consiste nel fatto che la PA colma ex post, ossia in giudizio, completandolo di motivazione, un atto che ab origine si presentava privo di quest'ultima o la prevedeva in maniera non del tutto sufficiente²⁴.

giurisprudenziali di primo grado che si sono poste in contrasto con tale orientamento tradizionale : TAR MOLISE, n. 5/2012; TAR ROMA, sez. II quater, n. 9415/2015: “ (...)il solo voto numerico impedisce comunque al candidato di avere effettiva contezza degli asseriti errori in cui è incorso; conoscenza che potrebbe impedire di reiterarli in un successivo esame cui il candidato volesse partecipare”

²²

²³ Cfr. G. VIRGA, Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, V, pag. 507 e ss.

²⁴ Cfr. D. NAZZARO, Illegittimità non invalidante dell'atto amministrativo e motivazione postuma: la positiva metamorfosi del GA, in www.giustizia-amministrativa.it.

In un primo momento sia la giurisprudenza²⁵ che la dottrina propendevano per l'inammissibilità della motivazione postuma dal momento che essa violerebbe l'obbligo imposto dalle fonti normative sopracitate e il principio di trasparenza dell'azione amministrativa.

Più precisamente l'avversione dell'istituto de quo era motivata soprattutto in base all'argomento secondo il quale essa violerebbe il diritto di difesa del privato inciso dal provvedimento : infatti la PA si troverebbe a beneficiare di un ingiustificato privilegio che altererebbe la cd. parità delle armi che, invece, deve caratterizzare qualsiasi processo.

Infatti la motivazione postuma nel caso in cui sia soddisfacente vanifica il ricorso giurisdizionale promosso dal ricorrente, privandolo del risultato processuale auspicato, ossia l'annullamento dell'atto.

Inoltre proprio perché la motivazione assolve alla funzione di rendere intellegibile l'operato della PA, essa, secondo i fautori che sostengono l'inammissibilità della motivazione postuma, deve costituire un "prius" e non un "post" dell'atto cui si riferisce, anche e soprattutto per il fatto che il processo dovrebbe rimanere un'indagine avente ad oggetto la realtà fattuale "fotografata" dall'atto al momento della sua impugnazione da parte del ricorrente (fatte salve, ovviamente le cause di cessata materia del contendere, di perenzione e di carenza di interesse).

In pratica l'inammissibilità della motivazione postuma riposerebbe anche sul divieto di ampliare il thema decidendum originario e di rispettare il principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (ex art 112 cpc).

Ma proprio la sopracitata rivoluzione copernicana, che ha visto il processo amministrativo concentrarsi sempre di più sul rapporto sotteso all'atto e non solo su quest'ultimo, osta ad una perdurante inammissibilità della motivazione postuma²⁶.

²⁵ TAR CAMPANIA Napoli, n. 4751/2009 : "E' inammissibile l'integrazione postuma in giudizio della motivazione di un atto amministrativo realizzata attraverso gli atti difensivi predisposti dai legali della PA, fatti salvi naturalmente gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, con la conseguenza , che, in sede di giudizio, l'atto va esaminato alla stregua delle sole ragioni poste a suo sostegno ed in esso esplicitate originariamente"; TAR CAMPANIA Napoli, n. 16814/2010: "L'integrazione della motivazione in giudizio è inammissibile, tanto più se non è adottata con un provvedimento, ma in una memoria difensiva".

²⁶ Fra le prime pronunce favorevoli alla motivazione postuma si enumera Cons. Stato , sez. IV, n. 3376/2012 : "Evidenza in proposito il Collegio che il principio postulante la inammissibilità della integrazione postuma ha sofferto di qualche temperamento nella giurisprudenza più recente di questo Consiglio di Stato, anche in relazione al sopravvenuto disposto del comma 2, dell'art. 21 octies della legge n. 15/2005 (ex multis : "Sebbene il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, meriti di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa, non può ritenersi che l'amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato ...).

Inoltre il divieto di motivazione postuma sembra sempre più atteggiarsi come un “topos” non più in linea con l’emersione del cd “nuovo cittadino” di Feliciano Benvenuti²⁷ che, invece, deve distinguersi per la sua diligenza e buona fede. Il nuovo cittadino non deve avere un comportamento meramente ostile all’amministrazione e non può ignorare quanto si può chiaramente (usando, appunto, l’ordinaria diligenza) intuire dall’atto amministrativo, anche se quest’ultimo risulti necessariamente stringato.

Il principio di effettività che permea di sé tutto il Codice del processo amministrativo (ex art. 1 cpa) viene inverato quando il soggetto privato comprende perché non gli venga concessa la possibilità di fare qualcosa cui anela, o il motivo per cui gli venga imposto un “facere” o un “pati”, cosa che spesso emerge proprio dalle relazioni illustrative che la PA deposita in giudizio.

Il GA da semplice esaminatore dell’atto è diventato colui che valuta il sottostante rapporto di diritto che si cela dietro la relazione concreta tra la PA e il soggetto privato²⁸.

Inoltre a favore dell’ammissibilità della motivazione postuma (che alcune opinioni circoscrivono soltanto all’ipotesi che essa provenga dalla medesima amministrazione che ha emanato l’atto e non, invece, dall’Avvocatura di Stato) milita anche la tesi fondata sull’inesauribilità del potere amministrativo che garantisce alla PA gli atti di autotutela²⁹.

Inoltre l’argomento basato sul diritto di difesa è stato utilizzato anche per motivare la liceità della motivazione postuma, dal momento che anche la PA in giudizio ha il diritto di difendersi esplicando tutti i mezzi ritenuti utili a ciò. Anzi, secondo alcune pronunce³⁰, vi sarebbe di più: esisterebbe in capo alla PA un obbligo di motivare in corso di giudizio il provvedimento

Il Collegio condivide tale evoluzione, che tende ad attenuare le conseguenze del richiamato principio del divieto di integrazione postuma, dequotando il relativo vizio tutte le volte in cui la omissione di motivazione successivamente esternata non abbia leso il diritto di difesa dell’interessato, e comunque in fase infraprocedimentale fossero state percepibili le ragioni sottese all’emissione del provvedimento gravato”:

²⁷ Cfr. F. BENVENUTI, Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva, Venezia, 1994.

²⁸ Corte Costituzionale n. 204/2004; Corte Costituzionale n. 191/2006.

²⁹ CGARS n. 149/1993.

³⁰ Cons. Stato, sez. VI, n. 1241/2010 :” (...) non può ritenersi che l’Amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato ed esse siano state rese evidenti mediante chiarimenti resi nel corso del giudizio (nella specie l’integrazione postuma della motivazione si era risolta nell’indicazione di una fonte normativa prima non esplicitata, fonte che ben avrebbe dovuto e potuto essere conosciuta da un operatore professionale quale la società ricorrente); TAR PUGLIA Bari, sez. I, n. 38591/2010 : “Nel giudizio in materia di accesso agli atti amministrativi, l’integrazione della motivazione del diniego da parte dell’amministrazione deve ritenersi senz’altro consentita, poiché l’azione è rivolta ad accertare l’esistenza del diritto di accesso alla luce dei parametri normativi, indipendentemente dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte dall’amministrazione per giustificare il diniego”.

impugnato dal soggetto privato perché, in caso contrario, essendo ormai acclarato e pacifico che l'attività provvedimentale della PA può essere oggetto di responsabilità e fonte di risarcimento ex art. 2043 cc, se la PA rimanesse inerte anche in giudizio essa provocherebbe un ingente danno erariale.

Per tal via si potrebbe configurare in capo alla PA che in giudizio non ricorra alla motivazione postuma una responsabilità analoga a quella ex art. 1227 cc : ossia la PA che anche in giudizio non produca la motivazione potrebbe con tale comportamento colposo aggravare il danno erariale che, invece, si potrebbe facilmente scongiurare ricorrendo alla motivazione postuma che in tal modo si estrinsecerebbe secondo due direttrici: da un lato diritto di difesa della PA e, dall'altro, manifestazione e prova della sua diligenza processuale e procedimentale.

A confermare il superamento dell'originaria inammissibilità della motivazione postuma, è arrivata proprio recentemente una sentenza del Consiglio di Stato³¹ che, pur ribadendo in generale il divieto di motivazione postuma (**“in quanto la motivazione rappresenta il presidio essenziale del diritto di difesa”**), la ammette e riconosce in tre specifici casi: quando il ricorso all'istituto de quo non lede il diritto di difesa della controparte; nei casi di atti vincolati (risulta qui chiaro il riferimento all'articolo 21 octies, comma 2 della Legge n. 241/90); e infine, nei casi in cui le ragioni sottese all'emissione dell'atto gravato siano desumibili dagli atti inerenti la fase infraprocedimentale nei cui confronti, quindi, la motivazione postuma si atteggia a semplice specificazione o chiarimento.

³¹ Cons. Stato, sez. IV, n. 1018/2014 : “Alla luce dell'attuale assetto normativo, devono essere attenuate le conseguenze del principio di divieto di integrazione postuma, dequotando il relativo vizio tutte le volte in cui l'omissione di motivazione successivamente esternata non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato, nei casi di atti vincolati e nei casi in cui , in fase infraprocedimentale, risultino percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato”.

