



16 SETTEMBRE 2026

Sul valore procedurale della
motivazione del provvedimento
amministrativo

di Andrea Carbone

Professore associato di Diritto amministrativo
Sapienza - Università di Roma

Sul valore procedurale della motivazione del provvedimento amministrativo^{*}

di **Andrea Carbone**

Professore associato di Diritto amministrativo
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: La motivazione del provvedimento amministrativo, non coincidendo con l'oggetto della relativa decisione, cioè la scelta se produrre o meno un determinato effetto, non può logicamente attenersi alla sostanza dell'atto. Essa è invece un elemento formale dell'atto, rappresentando il *discorso giustificativo* in ordine alla decisione stessa. Tuttavia, poiché il potere amministrativo si esprime attraverso un procedimento, la motivazione viene ad assumere un particolare valore procedurale, comportante una sua specifica declinazione fra gli elementi formali.

Title: On the Procedural Significance of the Statement of Reasons for Administrative Acts

Abstract [En]: The statement of reasons for an administrative act does not coincide with the subject matter of the decision itself. Therefore, it cannot logically pertain to the substantive content of the act. Rather, it constitutes a formal element of the act, embodying the justificatory reasoning underlying the decision. However, since administrative power is exercised through a procedure, the statement of reasons acquires a distinctive procedural significance, which entails its specific articulation within the formal elements of the act.

Parole chiave: diritto amministrativo, procedimento amministrativo, funzione amministrativa, motivazione, vizi formali

Keywords: administrative law, administrative procedure, administrative function, statement of reasons, formal defects

Sommario: 1. Profili introduttivi. 2. La concezione della motivazione del provvedimento amministrativo.

2.1. (*segue*) Motivazione del provvedimento e art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990. 3. La motivazione dell'atto amministrativo quale elemento procedurale. Profili ricostruttivi. 3.1. (*segue*) La correlazione della motivazione con la decisione. Non attinenza al dato sostanziale. 3.2. (*segue*) La correlazione della motivazione con il percorso decisionale compiuto. Il suo valore procedurale. 4. Il rilievo della motivazione all'interno della struttura procedurale dell'azione amministrativa. 4.1. (*segue*) Conseguenze sull'invalidazione dell'atto. 4.2. (*segue*) Paragone con il processo giurisdizionale. 5. Profili conclusivi.

1. Profili introduttivi

La discussione, mai sopita, intorno al ruolo e al valore della motivazione del provvedimento amministrativo, impone una considerazione complessiva della relativa problematica, al fine di prospettare una ricostruzione che, tenendo in conto le differenti posizioni sul punto, possa pervenire ad una congruente ricostruzione del suo ruolo nella dinamica dell'esercizio del potere amministrativo. Si anticipa, in proposito, che la nostra ricostruzione sarà volta ad affermare una visione della motivazione quale elemento *formale* del provvedimento, valorizzando, in seno ad essa, il suo specifico valore *procedurale*, derivante dal modello procedimentale proprio della struttura della funzione amministrativa.

Più nello specifico, si vuole qui sostenere che:

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

- a) La motivazione, non coincidendo con l'oggetto della decisione amministrativa, cioè la scelta se produrre o non produrre un determinato effetto (/produrre un effetto invece di un altro) relativa ad uno/più potere/i amministrativo/i, *non attiene, non può logicamente appartenere, alla sostanza dell'atto*. La motivazione è invece un elemento formale dell'atto, rappresentando il *discorso giustificativo* in ordine alla decisione. Prova ne è che il contenuto della decisione potrebbe essere corretto, ancorché scorretti siano i motivi posti a giustificazione della stessa (si deve produrre l'effetto x, ma in ragione di a, non di b).
- b) Il provvedimento amministrativo contiene una decisione, adottata a seguito di un procedimento dove si verifica l'effettiva sussistenza dei presupposti del potere e si valutano le scelte da compiersi, in contraddittorio tra le parti; la decisione è corredata dall'espressione dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto ad essa sottesi, per come derivanti dalle risultanze dell'iter procedimentale indicato. La motivazione, quale elemento formale dell'atto, si declina quindi in uno specifico carattere *procedurale*, derivante dalla struttura normativa della funzione amministrativa, come appena rappresentata.
- c) Il carattere procedurale della motivazione assume, corrispondentemente, un particolare valore, coincidente appunto con la struttura procedimentale della funzione amministrativa, che può portare ad una sua specifica declinazione nell'ambito degli elementi formali dell'atto (e, corrispondentemente, ad una sua specifica declinazione in ordine alla violazione della relativa prescrizione). Tale specificità non deriva da un suo presunto valore sostanziale, atteso che, come detto, carattere sostanziale la motivazione, considerata in quanto tale, non può assumere sotto un profilo *logico*. Inoltre, la relativa specificità non è *assoluta* – tale da sottrarla completamente al regime degli elementi formali/procedurali – ma limitata all'effettivo valore procedurale che la motivazione assume all'interno della funzione.
- d) Le considerazioni effettuate sono suffragate dalla medesima considerazione che, della motivazione, si ha riscontro rispetto ad un altro atto che attiene, quantomeno in via generale, ad un analogo modello strutturale procedurale di esercizio della funzione. Il riferimento è alla motivazione della sentenza nel processo giurisdizionale, rispetto alla quale è possibile riscontrare un inquadramento equivalente, nei caratteri e nelle conseguenze, in ordine alla motivazione della decisione.

Tali profili saranno dunque oggetto di dimostrazione nel corso della presente trattazione.

2. La concezione della motivazione del provvedimento amministrativo

La problematica inerente alla motivazione del provvedimento ha conosciuto una particolare evoluzione, conseguente a quella che si è avuta della considerazione dell'atto amministrativo e delle modalità di esercizio del potere¹.

In proposito, va tenuto presente come la concezione più tradizionale sulla motivazione fosse nel senso, variamente declinato, di una considerazione di tale elemento all'interno di una visione volontaristico-negoziale dell'attività amministrativa. In questa prospettiva, la motivazione era intesa in senso formale, come esternazione, non sempre considerata necessaria, dei motivi, rispetto alla volontà della P.A. che si veniva a concretare nell'assetto posto in essere con la produzione dell'effetto².

¹ Sul punto, cfr., per una complessiva ricostruzione e per i relativi riferimenti, oltre in generale alle opere citate nelle note successive, in particolare A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, CEDAM, 2013, p. 97 ss.; F. CARDARELLI, *Motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 373 ss.; A. CIOFFI, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 199 ss.; L. CIMELLARO, *La motivazione del provvedimento amministrativo. Una rassegna della dottrina e della giurisprudenza di ieri e di oggi*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 441 ss.

² L'ottica volontaristica, di stampo soggettivo-negoziale, è propria degli orientamenti più risalenti che, distinguendo, nell'ottica propria della pandettistica, tra volontà e dichiarazione, consideravano la motivazione come recessiva rispetto all'espressione sostanziale della volontà dell'Amministrazione (sia pure oggettivamente constatabile), con il risultato di doversi considerare in generale non obbligatoria: si vedano, in vario modo, in particolare O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, II, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992, p. 182 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1960 (rist. 1914, a cura di G. MIELE), p. 575 ss.; ID., *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1901, pp. 40-41; ID., *L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi ed in particolare dei decreti su ricorso gerarchico*, in *Giur. it.*, 1907, III, c. 105 ss.; ID., *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, *ivi*, 1907, III, c. 253 ss.; ID., *I vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, *ivi*, 1913, III, c. 113 ss.; ID., *La motivazione del licenziamento dei segretari comunali per fine periodo di prova*, *ivi*, 1921, III, c. 21 ss.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1911, p. 123 ss. Sulla concezione volontaristica e il rapporto con i motivi dell'azione si vedano, in generale, anche S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, Roma, Athenaeum, 1915, spec. p. 61 ss.; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Athenaeum, 1916, p. 160 ss.

La concezione della motivazione in chiave volontaristica assume una maggiore razionalizzazione, nel periodo successivo, in particolare ad opera di C.M. JACCARINO, *Studi sulla motivazione con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, Foro it., 1933, p. 35 ss.; ID., *Motivazione degli atti amministrativi*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, UTET, 1968, p. 958 ss., il quale distinse (secondo una classificazione recepita dalla dottrina successiva: cfr. ad es. G. ROEHRSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1941, pp. 120-121; P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica" della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933, ora in *Studi sull'atto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1973, p. 58 ss.) due diversi elementi, l'esposizione dei fatti alla base dell'agire (c.d. giustificazione), propria tanto degli atti discrezionali che di quelli vincolati, e l'enunciazione delle considerazioni soggettive (motivazione), propria degli atti discrezionali, per pervenire, attraverso tale razionalizzazione del momento volitivo, ad un'estensione dell'ambito applicativo della motivazione in relazione a particolari categorie di atti. In tale prospettiva, si mantiene ad ogni modo la considerazione della motivazione in senso formale, quale esternazione dei motivi: cfr. C.M. JACCARINO, *Studi*, cit., p. 49 ss.; in senso analogo, sotto tale profilo, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1947, p. 215 ss.

La medesima prospettiva volontaristica, per come sin qui rappresentata, ha peraltro trovato da altri una declinazione in un senso maggiormente garantistico, idoneo, come tale, a consentire una maggiore valorizzazione dell'obbligo di motivazione: cfr. G. ROEHRSEN, *Note sulla motivazione*, cit., p. 110 ss., spec. p. 119 ss., che considerava la motivazione dell'atto, con riferimento ai provvedimenti discrezionali, quale parte integrante della manifestazione di volontà di porlo in essere; cfr. anche G. MIELE, *L'obbligo della motivazione negli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1941, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 329 ss.; ID., *Il requisito della motivazione negli atti amministrativi*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 457 ss., che desume l'obbligo di motivazione dal carattere esecutivo degli atti amministrativi, per i casi in cui questo sussista. Nella stessa ottica garantistica, ma in una chiave strutturale differente, si è posto poi C.

La successiva evoluzione in ordine alla ricostruzione dell'attività amministrativa, riferita ad un modello funzionalistico-teleologico di stampo pan-pubblicistico, portò ad una considerazione della motivazione maggiormente improntata su tale canone funzionale. In questo senso, la depurazione dagli elementi più prettamente volontaristici dell'agire amministrativo condusse a dare maggior rilievo alla considerazione dei presupposti e motivi dell'azione, per come oggettivamente intesi e riscontrabili nella ponderazione degli interessi in gioco, rispetto ai quali la motivazione rappresentava la loro esternazione³. Si è potuto così affermare che i motivi, oggettivamente intesi, e riscontrabili quale fondamento dell'atto adottato, avrebbero assunto il valore di motivazione 'sostanziale', direttamente conoscibile dal giudice, e, come tale, idonea a dequotarne la relativa esplicitazione, cioè la motivazione in senso formale⁴.

Tale impostazione presupponeva, dunque, un'equivalenza motivi-motivazione che aveva, come conseguenza, quella di rendere irrilevante l'esternazione dei motivi, rispetto alla presenza di cause di giustificazione comunque esistenti, ancorché non esplicitate.

Rispetto a tale scenario, la ricomposizione del carattere discorsivo della motivazione con il dato sostanziale in essa rappresentato è avvenuta, in primo luogo, nell'ambito della considerazione processualistica, e quindi strutturale, della funzione amministrativa. All'interno di tale visione procedurale,

MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1943, ora in *Scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1972, p. 1067 ss., il quale aveva concepito la motivazione come attività di parte pre-ordinata ad un successivo ricorso giurisdizionale, quale esercizio dell'azione in senso sostanziale, e per tale via aveva potuto affermare un principio generale di motivazione in ordine ai provvedimenti che fossero sindacabili, di carattere discrezionale.

³ Cfr., in particolare, M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 320 ss. e 337 ss.; R. JUSO, *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 10 ss. Per una ricostruzione di tale prospettiva, V. MAZZARELLI, *Motivazione. II) Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, Ist. Enc. It., 1990, p. 1 ss.

⁴ In questo senso, M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, p. 265 ss.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, III, 1, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 116 ss. e 125 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 569 ss., il quale, svalutando completamente la motivazione come espressione linguistica, ha dato riguardo soltanto alle ragioni oggettive che sostenessero la decisione: si interpreta, infatti, in questa direzione l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa, maggiormente propensa a valutare la correttezza delle ragioni per l'adozione dell'atto anche a prescindere dalla formale esternazione dei motivi, e si arriva a considerare una 'dequotazione' della motivazione, che apre la strada alla motivazione postuma. Tale impostazione risente, evidentemente, dell'adesione dell'illustre A. alla tesi di Piras sull'oggetto del processo amministrativo, nella versione rivisitata di cui alla voce M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 255 ss. (cfr. anche M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, ora in *Scritti*, V, Milano, Giuffrè, 2004 p. 283 ss.), su cui sia consentito rimandare a quanto da noi considerato in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020, rist. 2025, pp. 143 ss.

Il dualismo motivazione-motivi in senso sostanzialistico viene invece risolto in senso opposto da chi, come M. RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato interesse*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 147 ss., ha ritenuto che la motivazione inerisca alla sostanza dell'atto, e pur nonostante non corrisponda ai motivi, ma alla loro espressione, con la conseguenza che, qualora manchi, l'atto sarebbe invalido anche se i motivi fossero legittimi. Sul punto, cfr. quanto si dirà subito di seguito, nel testo.

infatti, il ruolo strumentale dell'atto rispetto al procedimento comporta che la motivazione si presenti quale elemento che fornisce il collegamento tra i risultati del procedimento e il contenuto della decisione⁵. La compiuta affermazione del canone discorsivo si è avuta, poi, con quell'autorevole dottrina che ha rappresentato la motivazione come discorso giustificativo della decisione adottata⁶. In questo senso, la motivazione rappresenta, appunto, il discorso giustificativo, redatto dal titolare del potere autoritativo, a corredo di una decisione da esso adottata, ai fini della sua 'giustificabilità', quale rivolta a differenti tipologie di destinatari in ragione del loro ruolo rispetto alla decisione stessa⁷. L'istituto in questione ricade così, nello specifico, nell'ambito di ciò che viene definito contesto di giustificazione della decisione, quale contrapposto al contesto di scoperta⁸.

⁵ La considerazione in questo senso della motivazione è, in particolare, diretta conseguenza dell'impostazione ricostruttiva della funzione in termini oggettivo-strutturali, il cui filone dottrinale fa riferimento, come noto, a F. Benvenuti, e, sulla Sua linea, a G. Berti e a G. Pastori (cfr. *infra*, n. 25). Il profilo in questione, afferente alla motivazione, il cui ruolo è presente già in F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 1953, p. 113 ss., e che si ritrova, più o meno esplicitamente, nell'ambito della generale considerazione dell'attività amministrativa all'interno della prospettiva descritta, viene affrontato soprattutto da G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, Neri Pozza, 1964, p. 57 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 486 ss.; ID., *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, Maggioli, 1987, pp. 811 e 820. La prospettiva rappresentata si è poi diffusa nel generale pensiero della dottrina amministrativistica, anche al di fuori del filone propriamente oggettivistico, nei termini e nei modi in cui si è assistito, più in generale, all'influenza dell'impostazione ricostruttiva in questione nell'ambito degli studi pubblicistici: cfr. ad es. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1429 ss.; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, cit., ora in *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, 2002, p. 242 ss., p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss.; D. SORACE, *Promemoria per una nuova 'voce' "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 756 ss.

⁶ È l'impostazione fatta propria da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 28 ss., ma *passim*.

⁷ Come noto, nell'impostazione di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi*, cit., l'illustre A. ha ritenuto che non vi possa essere una vera e propria antitesi tra motivazione formale e motivazione sostanziale, altrimenti cancellandosi l'autonomia concettuale della motivazione stessa, la quale finirebbe per coincidere con la legittimità dell'atto: nel collegare le esigenze del profilo formale della motivazione ad un'ottica sostanzialistica, si definisce allora (p. 50) la motivazione come discorso giustificativo redatto dal titolare del potere autoritativo a corredo di una decisione da esso adottata, ai fini appunto della 'giustificabilità' della decisione stessa, per come rivolta a differenti tipologie di destinatari in ragione del loro ruolo rispetto alla/e valutazione/i positivamente rilevante/i su di essa (in questo senso, si parla di polifunzionalità della motivazione), in relazione all'affermazione di una responsabilità (anche solo politica) a carico dell'agente o al sindacato predisposto dall'ordinamento positivo sulla validità degli atti amministrativi. In questo modo, facendo riferimento al contesto di giustificazione della decisione (cfr. subito di seguito, alla nota successiva), è possibile considerare direttamente il dato sostanziale relativo alla motivazione sotto un profilo oggettivo, mantenendone intatto il suo rilievo formale quale discorso giustificativo. Sotto questo profilo, il recupero del dato formale, tenendo fermo quello sostanziale su canoni di tipo oggettivo, avviene in un'ottica eminentemente processualistica: centrale, infatti, è la decisione e la sua giustificazione.

⁸ Il riferimento è alle alternative tra l'impostazione che riferisce il discorso motivazionale alla giustificazione della decisione in sé considerata, a cui aderisce appunto A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 39 ss., e quella che lo collega invece al processo logico decisionale, nonché a possibili soluzioni intermedie.

La distinzione in questione può ricondursi essenzialmente a quella tra due orientamenti. Il primo di essi muove dal presupposto di una eterogeneità strutturale irriducibile tra il procedimento con cui il giudice perviene alla formulazione

La tesi per cui la motivazione rappresenterebbe un elemento formale, corrispondente ad un discorso giustificativo della decisione, che per tale tramite si ricongiungerebbe al dato sostanziale, è quella che si considera attualmente recepita dal diritto positivo. L'art. 3, l. n. 241/1990, infatti, nel sancire il generale obbligo di motivare il provvedimento, ha specificato come, nella sua considerazione normativa, la motivazione debba indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione, nel collegamento procedurale con le risultanze dell'istruttoria;

della decisione e il discorso con cui egli giustifica la sua decisione nella motivazione della sentenza (il riferimento è alla nota distinzione, di matrice epistemologica, tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione), diversa essendo la formulazione della decisione come risultato di un procedimento euristico rispetto allo svolgimento di argomenti, una volta assunta la decisione come *demonstrandum*, diretti a far apparire quest'ultima giustificata: in questo senso R.A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, London, Stanford University press, 1961, p. 14 ss.; N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 2001 (op. orig. 1978), p. 30 ss.; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, CEDAM, 1975, pp. 118 ss., 207 ss. e 265 ss.; A. ROMANO TASSONE, *op. loc. ult. cit.* Il secondo orientamento muove invece dal presupposto per cui non dovrebbe esservi differenza tra il ragionamento decisorio con cui il giudice formula la decisione e il ragionamento giustificativo con cui egli tende a dimostrare che la decisione è valida e ben dimostrata, con la conseguenza che non sarebbe ammissibile che il giudice decidesse per ragioni differenti da quelle poi esposte in motivazione: cfr. in particolare F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 57 ss.; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 54 ss.

Ora, in ordine a tale contrapposizione, va invece considerato come il riferimento del discorso motivazionale al contesto di giustificazione non dovrebbe comunque essere inteso quale completa oblitterazione della funzione che la motivazione ricopre nella saldatura tra detto contesto e quello di decisione. Secondo quanto affermato dalla stessa dottrina che si è posta nel senso di tenere distinta la logica della decisione da quella della giustificazione, infatti, la distinzione in questione comporterebbe soltanto l'irriducibilità dell'una logica all'altra; ciò, però, non starebbe anche a significare la mancanza di rilievo del fatto che, se anche la motivazione tende a fornire la giustificazione di ciò che rappresenta il risultato del processo decisorio, cioè la decisione, questa si ricollega comunque all'esito di un determinato processo decisionale: cfr. in questo senso lo stesso M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enc. dir., Agg., III*, Milano, Giuffrè, 1999, spec. pp. 779-780, secondo cui il processo decisionale, pur non potendo interamente essere conoscibile ed essere trasposto nella motivazione della sentenza, intrecciandosi *in mente iudicis* elementi logici e psicologici di varia natura, dovrebbe seguire per quanto possibile schemi razionali, per cui ha senso parlare di struttura e validità logica del ragionamento che porta alla decisione finale, e, conseguentemente, dell'indicazione nella motivazione delle scelte e dei criteri impiegati per la formulazione della decisione, purché non si ritenga che questa corrispondenza tra procedimento decisorio e argomentazione giustificativa sia totale; cfr. anche E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir., XXVII*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 216 ss., che rifiuta la rigida contrapposizione tra contesto di decisione e contesto di motivazione, affermando che la motivazione dei provvedimenti del giudice è razionale in quanto si adegua alla sequenza argomentativa che le norme tracciano come schema del discorso giustificativo, in cui rileva l'obbligo di porre alla base dell'argomentazione le prove assunte nel processo e di tener fermo come sbocco il fatto contestato.

Nella prospettiva descritta, l'approccio ricostruttivo adottato nei confronti della motivazione non espungerebbe quindi completamente da essa il collegamento funzionale con l'iter decisorio. Quale espressione del modello decisionale, che viene giuridicamente in rilievo attraverso la considerazione normativa della funzione, la motivazione viene dunque ad esprimere il collegamento tra l'accertamento come attività e l'accertamento come contenuto della decisione, e, per tale via, a dare riscontro dell'esplicazione del contraddittorio tra le parti, secondo quanto si spiegherà nel proseguo. In questo modo, non viene svalutato il ruolo che la stessa motivazione riveste sotto il profilo procedurale, quale idonea a connotare una modalità di esercizio del potere di carattere processuale, particolarmente rilevante in un modello in cui l'organo decidente non è pienamente separato dalle parti: se non si tenesse in conto tale carattere, non sarebbe infatti possibile concepire il vizio in ordine al discorso giustificativo come violazione procedurale concernente il contraddittorio (in senso contrario ad una siffatta ricostruzione, coerentemente con la propria impostazione, cfr. invece A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, App., Torino, UTET, 1997, p. 686). Sul punto, cfr. quanto si dirà *infra*, parr. 3 e 4.

rappresentandola, in questo modo, come elemento formale dell'atto che deve sussistere in quanto tale, a prescindere dall'esistenza in concreto di cause giustificative di fatto e di diritto⁹.

2.1. (segue) Motivazione del provvedimento e art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990

Il riferimento alla motivazione quale discorso giustificativo della decisione è apparso, però, maggiormente problematico una volta avvenuto l'inserimento, all'interno della normativa generale attinente alla funzione amministrativa, dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, che consente il non annullamento dell'atto per vizi formali o procedurali se la decisione non poteva essere diversa¹⁰.

⁹ È considerazione comune che l'obbligo di motivazione del provvedimento, prescritto in via generale (salve eccezioni) da parte dell'art. 3, l. n. 241/1990, non consenta, in sé, di obliterare il valore della motivazione come discorso giustificativo, che dunque è un elemento che deve essere integrato a quello della valenza sostanziale della motivazione stessa: cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, cit., p. 684; in ID., *Motivazione (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, cit., p. 3742 ss. (il quale, tuttavia, ha ritenuto, *op. ult. cit.*, p. 3743, che a seguito dell'introduzione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, la logica sostanzialistica si sarebbe riaffermata); F. CARDARELLI, *Motivazione del provvedimento*, cit., p. 392 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 272 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 202 ss.; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 775.

Del pari, è un profilo comunemente valorizzato in dottrina il riferimento, contenuto nel medesimo art. 3, l. n. 241/1990, alle risultanze dell'istruttoria procedimentale: cfr. ad es. A. ANDREANI, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 16 ss. In questo senso, il legame con le risultanze dell'istruttoria rappresenta l'esplicazione in termini procedurali dell'istituto, nell'ambito della generale processualizzazione dell'attività amministrativa, avvenuta con la legge generale del procedimento: sulle relative influenze dottrinali si è detto subito sopra, in nota, e si vedano anche le considerazioni di 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*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 465 ss.; per una ricostruzione generale in questi termini della motivazione, nell'ambito del filone oggettivistico, cfr. poi ora M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, CEDAM, 2012, p. 155 ss.

¹⁰ In proposito, va infatti evidenziato come nonostante qualche pronuncia di segno opposto (si veda in particolare la sent. Cons. giust. amm. Reg. sic., n. 149 del 20 aprile 1993, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 507 ss.), l'indirizzo dominante, sino alla l. n. 15/2005, che ha introdotto l'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990, fosse stato nel senso di negare l'integrazione della motivazione, anche in ragione del fatto che, con l'entrata in vigore della l. n. 241/1990, è sembrato che fosse stata recepita, all'art. 3, come detto, una nozione formale della motivazione. Più in generale, comunque, la dottrina precedente alla l. n. 15/2005 che ha affrontato *ex professo* la questione si è posta per lo più in senso contrario alla possibilità di integrazione (in disparte le differenti declinazioni in cui si pone la relativa problematica, come si vedrà): cfr., tra gli altri, F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 555 ss.; G. MEZZAPESA, *Il divieto di integrazione in corso di giudizio della motivazione: un principio ancora saldo nel nostro ordinamento giuridico*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 382 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 428 ss.; G. MICARI, *L'integrazione della motivazione nel corso del giudizio tra novità legislative e tendenza alla procedimentalizzazione del giudizio amministrativo*, in *Giur. mer.*, 2005, p. 1097 ss.; D.U. GALETTA, *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da c.d. vizi formali*, in *Foro amm.-TAR*, 2002, p. 512 ss.; 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, p. 522 ss.; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 784. In senso favorevole, vi erano comunque V. CERULLI IRELLI, *Considerazioni in tema di sanatoria dei vizi formali*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 122 ss.; ID., *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 208 ss.; G. VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 516 ss.; S. GIACCHETTI, *Fontanazzzi giuridici: l'integrazione in corso di giudizio del provvedimento impugnato*, *ivi*, 1995, p. 18 ss. (estensore della sent. n. 149/1993, cit.); nei termini della sua impostazione, G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 531 ss.; nel senso che, in mancanza di una norma espressa di dequotazione dei vizi formali, la soluzione positiva

La considerazione della motivazione si è infatti trovata a dover fronteggiare due differenti scenari, idonei a raccordarsi tra loro in ragione delle conseguenze dettate dalla normativa positiva. Da un lato, la considerazione della motivazione sotto il profilo del suo rilievo sostanziale, lo si è ricordato, è ciò che ha consentito, tradizionalmente, di pervenire ad una dequotazione della motivazione, e alla sua corrispondenza con la sussistenza di ragioni idonee a sorreggere l'adozione dell'atto: l'equivalenza motivazione-motivi comporta, infatti, il riferimento alla loro sussistenza sul piano sostanziale, a prescindere dalla loro enucleazione formale nella motivazione. Dall'altro, il riconoscimento del rilievo formale della motivazione condurrebbe comunque ad una dequotazione, derivante dal disposto dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, che impone di considerare l'influenza del vizio rispetto alla decisione: per tale via, riaffiorerebbe, quindi, la logica sostanzialistica, con raccordo allo scenario precedente¹¹.

avrebbe potuto raggiungersi solo svalutando il ruolo del provvedimento, A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 577 ss.

In tale scenario, l'introduzione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990 sarebbe stato, allora, ciò che avrebbe consentito di superare la logica formalistica di cui all'art. 3, l. n. 241/1990, senza però toccare il relativo presupposto. In effetti, sotto il profilo in questione, l'art. 21 *octies*, co. 2, ha fornito nuove basi, sul piano del diritto sostanziale, per avvalorare l'ipotesi dell'«integrazione» della motivazione, e, per tale via, condurre, attraverso la funzionalizzazione in tal senso del giudizio di annullamento, alle logiche della «spettanza»: cfr. *ex multis* R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 1155-1156; G. CHINÉ, *L'articolo 21 octies, comma 2, l. n. 241/1990 nel diritto vivente*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2008; D. DE CAROLIS, *L'art. 21 octies comma 2, della l. 241/1990: la clamorosa rivoluzione silenziosa ... ma non troppo*, in *Corr. merito*, 2006, p. 423 ss.; A. POLICE, *Riflessioni processuali sulla disciplina generale dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, p. 469 ss.

Una buona parte della nostra dottrina si è comunque assestata in senso contrario alla c.d. motivazione postuma pur dopo l'introduzione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990: cfr., tra gli altri, D.U. GALETTA, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, *Quad. Foro amm.-TAR*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 100 ss.; N. PAOLANTONIO, *L'integrazione postuma della motivazione ed il problema dei cc.dd. vizi formali*, in *Giustamm.it*, 2007; N. LONGOBARDI, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, p. 1023 ss.; M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo*, cit., p. 465 ss.; ID., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 894 ss.; F. CARDARELLI, *Motivazione del provvedimento*, cit., p. 426 ss.; A. PUBUSA, *Forma e sostanza nel procedimento. Considerazioni sull'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 528 ss.; B.D. FRAUDATARIO, *Motivazione postuma: l'orientamento garantista del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.-CdS*, 2010, p. 151 ss.; P. PROVENZANO, *Art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e integrazione postuma della motivazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 1118 ss.; ID., *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 152 ss. Ammette la possibilità in termini restrittivi V. PARISIO, *Motivazione postuma, qualità dell'azione amministrativa e vizi formali*, in *Foro amm.-TAR*, 2006, p. 3087 ss.; di cui cfr. anche, con riferimento al d.d.l. A.S. n. 1281/2002, ID., *Vizi formali e integrazione della motivazione in corso di giudizio: alcune considerazioni*, in ID. (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 161 ss.

Nella prospettiva descritta, vi è stata, dunque, una correlazione fra l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, e la logica del giudizio di spettanza. Sul punto, va però evidenziato che, secondo quanto si spiegherà diffusamente *infra* (ma vedi pure *Potere e situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, II-2, *Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, II-2, Torino, Giappichelli, 2023, rist. 2025, p. 379 ss.), l'art. 21 *octies*, co. 2, non può valere a fondare un giudizio avente ad oggetto la situazione sostanziale del privato. La norma in questione può, al limite, influire indirettamente sul punto, attraverso il rilievo attribuito alle situazioni giuridiche prettamente procedurali, la cui consistenza detta disposizione risulta idonea a conformare, nei termini che saranno di seguito specificati.

¹¹ In effetti, nel momento in cui l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, l. n. 241/1990, ha previsto la non annullabilità dell'atto per vizi formali e procedurali, non pare che ci si possa sottrarre dalla seguente alternativa: da un lato, la considerazione sostanziale della motivazione ne fa venir meno il riferimento al suo *proprium* di discorso giustificativo, così accedendo direttamente alla sussistenza/insussistenza degli elementi della fattispecie sostanziale che nella

In tale prospettiva, la considerazione del rilievo sostanziale della motivazione, tale da sottrarre quest'ultima alla seconda ipotesi rappresentata, senza ricadere, tuttavia, nelle medesime conseguenze attraverso l'accesso all'ipotesi inversa, è stata allora ricercata facendo riferimento ad aspetti differenti, che possono essere sintetizzati, essenzialmente, nei seguenti termini.

Sotto un primo profilo, si è posta in rilievo la particolare *significatività*, secondo varie declinazioni, dell'elemento motivazionale, tale da evitarne la riconducibilità all'ambito di applicazione dell'art. 21 *octies*, co. 2.

In particolare, in questo senso, si afferma che la motivazione rappresenterebbe una garanzia sostanziale in relazione all'azione amministrativa, come tale, non sopprimibile attraverso la sua integrazione nel corso del giudizio¹².

motivazione troverebbero rappresentazione; dall'altro, la sua considerazione formale fa comunque accedere alle logiche dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, con quanto da ciò consegue nei termini della non annullabilità dell'atto. La conseguenza sarebbe dunque, quale sia il punto di partenza, il mancato annullamento dell'atto.

In tale prospettiva, ci pare incorrano nel circolo descritto quelle posizioni che, da un lato, valorizzano il ruolo della motivazione sotto un profilo sostanziale, per come legata agli elementi sostanziali della fattispecie, e, dall'altro, proprio sulla base di tale considerazione, si oppongono alla dequotazione del relativo vizio, determinata dall'art. 21 *octies*, co. 2: in questo senso, si veda ad es., M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento*, cit., p. 466 ss.; ID., *Il declino della decisione motivata*, cit., p. 894 ss.; N. PAOLANTONIO, *L'integrazione postuma della motivazione*, cit. Ed infatti, risulta agevole evidenziare, rispetto a tale rappresentazione, come sia proprio la diretta considerazione degli elementi sostanziali della situazione giuridica ciò che svaluta il riferimento alla motivazione in sé considerata, come autonomo dato formale, il quale, quindi, sotto tale profilo, verrebbe a subire la dequotazione, di cui si ha adesso riscontro all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990 (per le medesime obiezioni, con riferimento a quanto affermato da M. Ramajoli, si vedano G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, pp. 863-864; F. CARDARELLI, *Motivazione del provvedimento*, cit., p. 395).

Nello scenario descritto, non è allora mancato chi, come A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, cit., p. 275 ss., avvedendosi dell'*impasse*, ha tentato di risolverlo smarcandosi dal dualismo tra regole formali e di procedura, da un lato, e regole sostanziali attinenti alla sussistenza della situazione di potere, dall'altro; si richiama, in proposito, in modo da evitare la riferibilità alla non annullabilità, una terza categoria di norme a cui fare riferimento, quelle modali, quali norme aventi ad oggetto le modalità di selezione dell'alternativa decisionale maggiormente idonea a garantire in concreto il soddisfacimento dell'interesse pubblico (*op. ult. cit.*, pp. 278-279, ove si esemplifica tale categoria nei criteri di interpretazione delle norme attributive del potere e in quelli orientativi della valutazione tecnica o della ponderazione di interessi; oltre che, appunto, nelle previsioni di cui all'art. 3, l. n. 241/1990, quale norma modale di assunzione di responsabilità, secondo la tesi dell'A., di cui *infra*, nel testo e alla n. 48). Tale ricostruzione, tuttavia, si presta all'obiezione per cui, se le norme modali fanno riferimento a criteri di ordine sostanziale nella considerazione del criterio di preferenza, allora esse hanno consistenza sostanzialistica, e non si vede come includervi la motivazione, se non sfociando nell'incongruenza denunciata al capoverso precedente. L'equivoco, a nostro avviso, è determinato dalla circostanza che si assume un modello decisorio di stampo determinativo, in ragione della presenza di discrezionalità nell'esercizio del potere, e non, come da parte nostra, sull'accertamento (cfr. *infra*, par. 3); ma tale modello non può comunque valere a superare la seguente alternativa: o le norme attengono alla considerazione sostanziale del profilo proprio della discrezionalità (come per le altre norme modali oggetto di esemplificazione), e allora esse non concernono la motivazione ma l'elemento stesso della scelta discrezionale (sia questo considerato come elemento del fatto costitutivo della situazione giuridica, o come momento della sua attuazione, a seconda dell'impostazione ricostruttiva prescelta); oppure le norme attengono a modalità di esplicazione del procedimento, in cui quel momento di scelta trova attuazione (e nella sua correlazione con l'atto, come appunto la motivazione in senso discorsivo), e allora sono norme (formali/ procedurali).

¹² Nel senso descritto, si vedano, ad es., D.U. GALETTA, *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento*, cit., p. 512 ss.; ID., *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento*, cit., p. 100 ss.; N. LONGOBARDI, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, cit., p. 1033 ss.; nonché A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, cit., p. 275 ss., richiamato alla nota precedente, nell'ascrizione della motivazione a norme di carattere modale sull'assunzione di responsabilità. In

In talune impostazioni, tale significatività si è espressa attraverso la riconduzione della motivazione, in vario modo, ad elemento essenziale dell'atto, tale per cui la sua assenza, pure in vario modo considerata, verrebbe ad essere ascritta alla mancanza di un elemento essenziale del provvedimento, come tale idonea ad integrare un'ipotesi di nullità, ai sensi dell'art. 21 *septies*, l. n. 241/1990. In questo senso, si escluderebbe strutturalmente, in ragione della forma di invalidità che viene in questione, la riferibilità alla non annullabilità dell'atto; e non dovrebbe peraltro necessariamente rinunciarsi al riferimento al carattere formale dell'elemento della motivazione, atteso che quest'ultimo potrebbe essere direttamente riferito ad una forma essenziale¹³.

giurisprudenza, è possibile riscontrare uno specifico indirizzo che, ponendosi nel senso descritto nel testo, ritiene che il vizio di motivazione non possa essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento un presidio di legalità sostanziale insostituibile: cfr., in questo senso, Cons. St., sez. II, n. 8193 del 6 settembre 2023; sez. VI, n. 3194 del 18 luglio 2016; sez. III, n. 2247 del 30 aprile 2014; sez. III, n. 1629 del 7 aprile 2014. In termini meno restrittivi si è posta, però, altra parte della giurisprudenza, che considera ammissibile allegare elementi ulteriori, non presenti nella motivazione, sulla base, appunto, dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990: si vedano, ad es., Cons. St., sez. II, n. 3853 del 15 giugno 2020; sez. IV, n. 1959 del 28 marzo 2018; n. 1018 del 4 marzo 2014. La questione si inserisce, più in generale, nella problematica concernente la possibilità di ulteriori allegazioni attraverso gli scritti difensivi, nonché in quella della convalida dell'atto in corso di giudizio: cfr. in proposito quanto si dirà *infra*, par. 3.1, nel testo e alla n. 45.

¹³ Nel senso descritto nel testo, cfr., tra gli altri, A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, cit., pp. 284 ss. e 295, che qualifica l'assenza di motivazione come mancanza di un elemento essenziale attinente alla forma o al contenuto dell'atto, in ragione della mancanza di assunzione di responsabilità che da tale evenienza deriva (in corrispondenza con la tesi dell'A., su cui *infra*, nel testo e alla n. 48); M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., p. 365, quale mancanza di un elemento essenziale concernente la forma dell'atto. In senso analogo, poi, si ritiene che la nullità sarebbe riscontrabile, da parte di G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila*, cit., pp. 885 ss. e 904 ss., per l'ipotesi in cui il vizio della motivazione impedisca la conoscibilità delle ragioni della decisione, quale mancanza di un elemento essenziale riferito all'oggetto o alla causa del provvedimento; da L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 1197 ss., quantomeno per la parte di motivazione necessaria all'identificazione del potere esercitato, quale vizio della causa; come possibilità anche D.U. GALETTA, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento*, loc. cit. La tesi per cui l'assenza, o anche solo del vizio, di motivazione, comporterebbe la nullità per mancanza di un elemento essenziale dell'atto, non ha trovato, ad ogni modo, generale riscontro, come noto: si vedano, in giurisprudenza, *ex multis* Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 94; TAR Piemonte, sez. I, 9 novembre 2005, n. 3501; sulla non riconducibilità della motivazione ad un elemento essenziale, tra gli altri, F. CARDARELLI, *Motivazione del provvedimento*, loc. cit., p. 423 ss.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 60 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento*, cit., pp. 209-210.

Ora, rispetto alla rappresentazione appena effettuata, va evidenziato come, in effetti, la considerazione sostanzialistica venga assunta, per tale via, solo quale asserita conseguenza della particolare *significatività* dell'elemento motivazionale (il riferimento, talvolta espresso, è all'accezione di forma sostanziale, mutuata dal diritto francese e presente in ambito europeo). In tal modo, però, non risulta comunque possibile superare la consistenza formale/procedurale dell'elemento in questione, che è il profilo (l'unico profilo normativamente rilevante) su cui si fonda l'applicabilità o meno dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990; il punto è, semmai, un altro, se, cioè, a tale asserita significatività possa corrispondere anche una differente disciplina dell'elemento procedurale in questione, sulla base di una specifica disposizione di diritto positivo.

In effetti, l'applicabilità dell'art. 21 *octies*, co. 2, potrebbe essere esclusa soltanto attraverso la riconduzione della motivazione ad elemento essenziale dell'atto, e dal conseguente richiamo alla disciplina della nullità, che, come si è spiegato, spezza, per definizione, il riferimento alla non annullabilità. La possibilità di un particolare rilievo della motivazione, e il suo carattere (e i relativi termini e limiti) di elemento essenziale, dovrebbe, però, essere mutuato dal valore rivestito dalla motivazione stessa nell'impianto strutturale di riferimento proprio della funzione, per come rapportabile al diritto positivo, incluso lo stesso dettato normativo dell'art. 21 *octies*, co. 2. Ciò, come visto, è effettivamente ravvisabile in talune delle elaborazioni descritte, in ragione della particolare considerazione che viene conferita alla motivazione, per come inserita in una specifica (ancorché non sempre esplicita) rappresentazione della funzione amministrativa. Tuttavia, si deve in proposito tenere

Per una differente prospettiva, che può presentare una certa continuità con la precedente, si è fatto invece riferimento alla motivazione come *parte della decisione*, nel senso che l'oggetto della decisione viene ad essere costituito anche dalla motivazione. In questo modo, si ammetterebbe la natura sostanziale dell'elemento in questione, da cui si verrebbe ad assumere, come conseguenza, in ragione del suo ruolo, la mancanza di dequotazione¹⁴.

Inoltre, sotto un ulteriore e differente profilo, si è distinto tra elementi vincolati ed elementi discrezionali della fattispecie, affermandosi che, in ordine ai secondi, la motivazione rappresenterebbe la manifestazione dello svolgimento della *scelta discrezionale*. Essa, come tale, non potrebbe essere quindi ascritta al semplice carattere formale del discorso giustificativo¹⁵.

Il tentativo di sottrazione, in tutto o in parte, della motivazione ai vizi formali, si è peraltro spesso accompagnato alla ricerca di un contrasto, sotto tale specifico profilo, dell'art. 21 *octies*, co. 2, con il diritto costituzionale ed europeo, in via generale fondandosi appunto sul valore sostanziale della motivazione¹⁶. Questo, va però avvertito, non può ritenersi aver trovato effettivo riscontro nelle corrispondenti sedi giudiziali. In particolare, per quanto concerne l'eventuale problematica di ordine costituzionale, la Corte costituzionale, usufruendo di una serie di pronunce di inammissibilità della questione, ha di fatto lasciato al giudice l'interpretazione della possibile violazione¹⁷. Rispetto al diritto UE, poi, non si è dato riscontro

presente che, per tale via, potrebbe non pervenirsi, in ogni caso, alla sottrazione dell'ipotesi in esame al non annullamento; e che comunque, da parte nostra, è necessario, per stabilire le conseguenze della violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990 (inclusa la eventuale nullità dell'atto), e la consistenza delle situazioni a tale norma correlate, rapportarsi alla ricostruzione in questa sede proposta in ordine alla struttura della funzione; ciò è appunto quanto da parte nostra si verrà ad effettuare: sul punto, cfr. quanto si dirà *infra*.

¹⁴ La considerazione che la motivazione partecipi dell'oggetto della decisione si ritrova, in vario modo e più o meno esplicitamente declinata, in quegli autori che in tal senso si riferiscono al contenuto dell'atto, anche in relazione alla sua considerazione quale elemento essenziale ad esso attinente. In proposito, si può vedere, ad es., M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 85 ss., 114 ss., 122 ss. e 134 ss., ove, da una correlazione tra motivazione e dispositivo, pare arriversi ad una commistione dei due elementi, che porta ad individuare come contenuto dell'accertamento provvedimentale i fatti e la loro qualificazione giuridica, e non la situazione di potere in sé considerata. Sul punto, si veda quanto si dirà *infra*, par. 3.1.

¹⁵ Cfr., in questo senso, ad es. G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 97, per cui la motivazione assumerebbe, essa stessa, la connotazione di elemento di natura sostanziale nel solo caso in cui essa esprima una scelta discrezionale, mentre sarebbe relegata, al contrario, ad elemento di natura formale in ordine all'attività vincolata. In tale ipotesi, in realtà, il riferimento è direttamente all'elemento sostanziale espresso dalla motivazione, la quale può quindi continuare ad essere intesa nei termini formali di discorso giustificativo; la motivazione, sotto questo profilo, assumerebbe allora valore costitutivo dell'elemento sostanziale in questione, e per tale via se ne negherebbe la possibilità di una sua successiva integrazione. Sul punto, si veda quanto si dirà *infra*, par. 3.1.

¹⁶ La questione del possibile contrasto dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, con il diritto costituzionale ed europeo, sia in ordine al profilo generale della dequotazione dei vizi formali e procedurali, sia in ordine al profilo specifico del vizio di motivazione, quest'ultimo ripreso di seguito, è stata da noi ampiamente affrontata ne *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 232 ss.; *Potere e situazioni soggettive*, II-2, cit., pp. 376 ss. e 408 ss., nel testo e in nota; ivi più approfonditi riferimenti.

¹⁷ In proposito, può infatti ricordarsi come Corte cost., ord. n. 92 del 26 maggio 2015, non si sia pronunciata nel merito sul dubbio di costituzionalità relativo all'art. 21 *octies*, co. 2, per come applicabile in ogni caso alla motivazione, ritenendo inammissibile la relativa questione. Ciò sulla base (oltre che dell'inapplicabilità della norma al caso di specie) della possibilità di fare comunque riferimento, qualora si dubitasse della costituzionalità dell'applicazione della

di una violazione da parte della disposizione in questione¹⁸; non si è neppure rinvenuta, con riferimento agli atti dell'UE, una compiuta chiusura all'applicazione del medesimo principio¹⁹; sono note, anzi, negli altri paesi europei, le importanti aperture in senso corrispondente²⁰. Con riferimento, infine, al diritto CEDU, la stessa considerazione, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 della Convenzione sul giusto processo/procedimento, di una compensazione *ex post* attraverso un processo di *full jurisdiction* nel

disposizione al difetto di motivazione, a quell'indirizzo giurisprudenziale (riportato *supra*, n. 12) che attribuisce uno specifico ruolo, per evitare la non annullabilità, alla motivazione stessa: in altri termini, anche ad ammettere un dubbio di costituzionalità sulla questione, sussisterebbe comunque un'interpretazione alternativa a cui il giudice potrebbe, se lo ritiene, fare riferimento; e la Corte, si afferma, secondo la Sua nota impostazione, non potrebbe essere chiamata (non a risolvere un dubbio di legittimità costituzionale, ma) a conferire un improprio avallo ad una determinata interpretazione della norma censurata, operazione tanto più inammissibile in presenza di indirizzi giurisprudenziali non del tutto stabilizzati (in maniera analoga, Corte cost., ord. n. 58 del 17 marzo 2017).

In tale scenario – in disparte la limitata portata attribuita ad una pronuncia di inammissibilità della q.l.c., che si esplica appunto nel solo senso rappresentato, senza venire a pregiudicare in sé la questione – va peraltro rilevato come il problema non si ponga comunque qualora, con riferimento alla problematica in esame, si ritenga di dover accedere ad un'interpretazione ulteriore, che moduli i termini dell'applicabilità della non annullabilità alla motivazione, in ragione del rilievo di quest'ultima nel suo rapporto con la struttura normativa della funzione e della conseguente relazione con il processo giurisdizionale, secondo quella che è appunto, come si vedrà, l'impostazione qui accolta (cfr. subito *infra*, ai par. successivi). Detta interpretazione può, infatti, essere reputata in ogni caso idonea ad esonerare dal dubbio di incostituzionalità, per come in quella sede prospettato.

¹⁸ La questione del contrasto del diritto UE con l'art. 21 *octies*, co. 2, per come correlato con l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3, l. n. 241/1990, è stata infatti sollevata davanti al giudice europeo, il quale, tuttavia, si è dichiarato incompetente a risolverla in astratto: Corte giust. UE, 21 novembre 2011, in causa C-482/10, *Cicala*; 7 novembre 2013, in causa C-313/12, *Romeo*.

¹⁹ Con riguardo agli atti degli organi comunitari, il giudice europeo conferisce una particolare valorizzazione del ruolo comunicativo della motivazione (sia consentito rimandare, in proposito, a quanto considerato ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 93 ss., ed ivi i relativi riferimenti; si veda pure G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 295 ss.); ma, anche in tale ipotesi, la possibilità di allegare elementi ulteriori trova un certo riscontro, sia pure entro specifici limiti, e sempre accompagnata dalla necessità di consentire contro-allegazioni avversarie: cfr. ad es. Trib. funz. pubbl. UE, 21 marzo 2014, in causa T-347/12, *Mocová*, par. 44; Trib. UE, 20 marzo 1991, in causa T-1/90, *Pérez-Múñiguez Casariego*, par. 85 ss.; 25 febbraio 1992, in causa T-11/91, *Bernhard Scholoh*, par. 85-86.

²⁰ Nell'ambito dei paesi dell'UE può aversi riscontro del non annullamento dell'atto in ragione di un vizio di motivazione, se il contenuto della decisione non poteva essere diverso. In particolare, nell'ordinamento tedesco, si deve in generale considerare l'applicabilità del § 46 *VwVfG*, *Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*, secondo cui “l'annullamento di un atto amministrativo, che non sia nullo ai sensi del § 44, non può essere preteso per il solo fatto che esso sia venuto in essere in violazione di disposizioni sul procedimento, sulla forma o sulla competenza territoriale, ove risulti in maniera palese che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione” (il tenore della norma è quello che risulta in seguito alla modifica apportata dalla legge di accelerazione dei procedimenti di autorizzazione *Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz – GenBeschlG* del 12 settembre 1996, che ha così sostituito il precedente inciso per cui non sarebbe stato annullabile l'atto per vizi procedurali “solamente qualora non sarebbe stato possibile adottare in concreto nessun'altra decisione”: in tal modo, la non annullabilità risulterebbe estesa anche a provvedimenti amministrativi di natura discrezionale; sul punto, sia consentito rimandare all'analisi compiuta ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 174 ss., ed ivi i relativi riferimenti). L'effettiva portata di tale norma, in relazione alla motivazione, va peraltro valutata in relazione al suo rapporto con il § 45 *VwVfG*, che contempla la sanatoria dell'atto sotto il profilo, tra l'altro, appunto della motivazione (Abs. 1, n. 2), anche in corso di giudizio (Abs. 2) (su tale disposizione, si veda quanto detto ne *Il contraddittorio*, cit., p. 177 ss.); mentre, sotto un ulteriore aspetto, deve comunque considerarsi il rapporto della motivazione con il regime delle allegazioni processuali, il quale, in relazione ai presupposti non contenuti nella motivazione stessa, non comporta particolari problematiche per gli elementi vincolati della fattispecie, e risulta possibile, ai sensi e nei termini di cui al § 114 *VwGO*, anche per la spendita della discrezionalità in via processuale (su tale profilo, si rimanda a *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II-1, *La situazione a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, rist. 2025, p. 89 ss., n. 98).

rapporto tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, sembra dare avallo alla logica dell'art. 21 *octies*, co. 2²¹.

3. La motivazione dell'atto amministrativo quale elemento procedurale. Profili ricostruttivi

Come si è avuto modo di evidenziare ai paragrafi precedenti, la questione, del rilievo formale o sostanziale della motivazione, è stata strettamente collegata alla problematica inerente all'annullamento dell'atto che in sé contenga una decisione corretta nel suo contenuto, ma supportata da motivi erronei.

Sotto questo profilo, va però avvertito, a noi pare che il rapporto tra la motivazione dell'atto e il non annullamento per vizi formali non influenti sul contenuto della decisione non venga valutato, solitamente, nei suoi termini corretti. Non ci pare, cioè, che si affronti la questione centrale a tale problematica,

²¹ Nessun dubbio può infatti riscontrarsi sulla rispondenza della norma in esame al diritto europeo-convenzionale, nonostante i generali rilievi sollevati in questo senso da una parte della dottrina italiana: in relazione all'art. 6 CEDU, infatti, l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, nient'altro rappresenta se non l'esplicazione del meccanismo di compensazione *ex post* tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, per come previsto dalla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Secondo la giurisprudenza della Corte europea, infatti, ai fini del rispetto dell'art. 6 CEDU, è possibile tenere in considerazione di una compensazione *ex post*, nella successiva fase giurisdizionale, delle mancanze presenti nella fase amministrativa; in particolare, nell'evenienza descritta, la decisione adottata in sede amministrativa deve poter essere soggetta al sindacato di un organo conforme ai requisiti di cui all'art. 6 CEDU, purché detto organo possa effettivamente ed efficacemente influire sulla decisione già adottata, esercitando un sindacato di *full jurisdiction* (intesa quale piena possibilità di espressione di un sindacato confutatorio della scelta discrezionale dell'Amministrazione). In questo senso, quindi, non soltanto la regola del raggiungimento dello scopo in relazione al contenuto dell'atto può essere ammessa, ma essa potrebbe applicarsi nelle sue forme più estensive con riferimento alla motivazione dell'atto, giacché, in ogni caso in cui il giudice ritenga che il contenuto del provvedimento non poteva essere diverso, il sindacato di *full jurisdiction* – da intendersi sempre collegato al concreto atteggiarsi dell'oggetto del giudizio – deve ritenersi necessariamente integrato, perché il giudice ha dovuto escludere – quantomeno con riferimento ad uno specifico profilo sollevato, e comunque con riguardo al riferito atteggiarsi dell'oggetto del giudizio – la possibilità di un'alternativa rilevante in cui l'esercizio del potere potesse concretarsi.

In tale prospettiva, non si pone allora un problema di allegazioni ulteriori nel corso del giudizio, purché alle parti siano concesse adeguate possibilità di difesa. Può richiamarsi, in proposito, CtEDU, *Van de Hurk v Netherlands*, 19 aprile 1994, par. 57, secondo cui “the complaint does not take into account the fact that, although in the proceedings before the Industrial Appeals Tribunal the Minister (...) did indeed base his case on new arguments which differed from those on which he had founded his original refusal of the applicant's request, the applicant was allowed to submit, inter alia, a report by his accountant as well as counter-arguments. Therefore, not only did the applicant have a genuine opportunity to respond (see the Ruiz-Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, p. 25, para. 63) but he actually did so. No breach of the principle of “equality of arms” is therefore established”. Né paiano potersi opporre, in senso contrario, i casi in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata in merito alla motivazione delle decisioni: in particolare, nel noto caso *Lombardi Vallauri v Italy*, 20 ottobre 2009, par. 46 ss., la censura della Corte in merito alla mancata conoscenza da parte del ricorrente dei motivi su cui si è fondata la sua estromissione dall'impiego universitario, quale idonea, di per sé, ad escludere ogni possibilità di esercizio di un dibattito in contraddittorio, faceva riferimento sia al procedimento, sia al successivo sindacato giurisdizionale, atteso che le ragioni sono rimaste ignote e non oggetto di analisi da parte del giudice, che si è dichiarato incompetente sul punto giacché venivano in considerazione atti della Santa Sede; anche in CtEDU, *Hentrich v France*, 22 settembre 1994, par. 56, la mancata esplicazione specifica dei motivi rilevava ai fini del contraddittorio processuale; ancora, in CtEDU, *Saygılı and Seyman v Turkey*, 27 giugno 2006, parr. 24-25, non era ammesso accesso al sindacato giurisdizionale. Si noti, inoltre, come nella *Guide on Article 6. Right to a Fair Trial (Civil Clim)*, 2022, documento ufficiale riassuntivo disponibile sul sito della Corte, si affermi (pp. 91-92) che si ha una violazione del principio dell'*equality of arms* laddove “in administrative proceedings the reasons given by the administrative authority were too summary and general to enable the appellant to mount a reasoned challenge to their assessment, and the tribunals of fact declined to allow the applicant to submit arguments in support of his case” (corsivo aggiunto).

concernente la correlazione dell'annullamento dell'atto con l'*oggetto del giudizio*, se sul mero annullamento o sulla situazione di pretesa sostanziale del ricorrente (con la conseguente possibilità o meno di riedizione del potere)²². Rispetto ad essa andrebbero, invece, considerati, e tenuti in sé *distinti*, i profili inerenti, da un lato, al *ruolo della motivazione con riferimento al provvedimento*, e, dall'altro, alla *possibilità di produrre allegazioni ulteriori in ordine alla difesa in giudizio*, secondo quanto si spiegherà.

Per procedere ad una siffatta analisi, è necessario prendere le mosse dal profilo logicamente antecedente, quello, cioè, della considerazione che la motivazione assume sotto il profilo logico-giuridico. L'analisi svolta non si presenta peraltro, per tale via, in maniera del tutto asettica, atteso che il profilo in questione va tenuto comunque in considerazione nell'ambito della struttura normativa della funzione amministrativa; nell'ambito, cioè, della declinazione che lo stesso assume in ragione del fatto che l'esercizio del potere avviene attraverso la particolare modalità procedimentale di cui alle prescrizioni della l. n. 241/1990. In relazione a ciò, potrà poi valutarsi il relativo trattamento processuale, tenendo presente, sotto tale profilo, come detto, l'oggetto del giudizio a cui si fa riferimento.

Rispetto a quanto rappresentato, può ritenersi dunque che la considerazione della motivazione si pone nei termini che seguono²³.

Nel considerare la fattispecie normativa concernente la vicenda costitutiva dell'effetto giuridico attinente al potere, si possono distinguere diverse tipologie di norme sulla produzione degli atti precettivi, in relazione all'individuazione di un triplice ordine di prescrizioni: a) la prescrizione concernente l'attribuzione del potere, intesa come quella limitata all'individuazione del soggetto competente ad adottare l'atto; b) quelle aventi ad oggetto i requisiti sostanziali che debbono essere concretamente rispettati perché l'atto possa essere legittimamente adottato; c) quelle relative alle modalità di esercizio del potere, relative, cioè, ai requisiti di procedura e di forma dell'atto.

Le norme relative alle prescrizioni *sub a)* e *b)* individuano la fattispecie della situazione giuridica di potere. Più nello specifico, le norme sostanziali sulla produzione sono da identificarsi come quelle la cui integrazione, sotto il profilo fattuale, esprime la potenzialità di un atto precettivo, per come collegata alla modalità deontica individuabile in via normativa. Integrate tali norme, al soggetto è riconosciuta la facoltà o l'obbligo di porre in essere l'atto, a seconda dei casi, che dunque si collega alla permissione, nei termini

²² L'approccio metodologico indicato, va segnalato, può ad ogni modo ritrovarsi, con riferimento ad una comparazione tra paesi europei, in F. APERIO BELLA, *Il tempo nel processo sull'atto ai tempi del processo sul rapporto. Questioni e tendenze del processo amministrativo tra Italia, Francia e Germania*, I, *Decorrenza del termine di impugnazione e ruolo della motivazione dell'atto amministrativo*, Napoli, Ed. Scientifica, 2023, spec. p. 224 ss. L'A. ritiene, in particolare, che la possibilità, e i modi, di addurre elementi ulteriori nel corso del giudizio, rispetto a quanto espresso nella motivazione dell'atto, dipendano, appunto, dal ruolo rivestito da quest'ultima in relazione al modello processuale di riferimento.

²³ Sul punto, per approfondimenti in ordine ai profili rappresentati di seguito, si veda *Potere*, I, cit., p. 61 ss.; ivi i relativi riferimenti.

di facoltà o doverosità, di adottare un atto valido. In questo modo, si identifica la *situazione giuridica di potere* sotto il profilo normativo.

Le regole formali sulla produzione individuano, invece, non la fattispecie della situazione di potere, ma quella del suo *esercizio*, di produzione, cioè, dell'effetto precettivo. Esse fanno riferimento, in via generale, agli elementi *sub c)*, oltre che al medesimo elemento *sub a)* per come riguardato nell'ottica dell'individuazione del soggetto a cui sono demandati gli specifici adempimenti procedurali nell'esercizio del potere.

Le norme formali sulla produzione riguardano dunque le prescrizioni relative al come il potere debba essere esercitato. Non pongono in discussione che, in capo al soggetto, sia integrata una situazione di facoltà/obbligo di esercizio del potere (che sussistano, cioè, i presupposti sostanziali per la valida produzione dell'effetto corrispondente), ma prescrivono le modalità attraverso le quali il relativo atto deve essere posto in essere. Violate tali norme, l'atto sarà invalido per un vizio formale, senza che sia in discussione, in sé, la situazione sostanziale, corrispondente all'integrazione dei presupposti di fatto e di diritto per cui il soggetto possa/debba adottare validamente l'atto in questione.

La motivazione dell'atto, intesa come discorso giustificativo di una decisione, attiene dunque, nell'ambito della fattispecie dell'effetto precettivo, non all'esistenza della situazione sostanziale (che in sé prescinde dall'atto del suo esercizio, per definizione), ma all'atto di esercizio di tale situazione, e si correla, come tale, ad una norma formale sulla produzione.

Ora, tanto precisato in via generale, va evidenziato lo specifico ruolo delle norme formali sulla produzione riferite all'esercizio del potere amministrativo.

La situazione di potere amministrativo deve considerarsi quale situazione giuridica soggettiva rivolta a porre in essere un determinato effetto precettivo, di carattere autoritativo, avente la modalità della doverosità, sussistente qualora sussistano in fatto gli elementi normativamente ascritti alla relativa fattispecie²⁴. Tale situazione si correla a prescrizioni formali sulla produzione che ne regolamentano

²⁴ La situazione giuridica di potere si pone quindi, in questo senso, quale obbligo di produrre/non produrre un determinato effetto. Tale configurazione, che qui si è rappresentata e a cui da parte nostra si aderisce, è direttamente collegata, quale situazione con cui si pone in rapporto, alla configurazione dell'interesse legittimo come *pretesa all'utilità finale*; e a sua volta presuppone che la fattispecie delle due situazioni (del corrispondente rapporto pretesa-obbligo) ricomprenda la regola discrezionale, quale definita dall'Amministrazione (si veda in questo senso, ad es., G. GRECO, *Dal dilemma diritto-soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 483 ss.; ID., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, *ivi*, p. 585 ss.; ID., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggetti della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, Ed. Scientifica, 2017, p. 27 ss.). Nella ricostruzione da noi portata avanti, tale ascrizione risulta possibile in quanto, in ragione della struttura normativa di processo di accertamento propria della funzione amministrativa (di cui subito si seguito, nel testo), la regola di preferenza discrezionale, pur non ancora definita sul piano sostanziale, si deve reputare già effettuale su quello procedurale (nel quale agiscono, in termini e con procedure differenti, Amministrazione e giudice), così determinandosi una scissione della relativa operatività su due piani di rilevanza, procedurale e prettamente sostanziale; a fronte di ciò, il giudice, che deve pronunciarsi sulla situazione del privato (la pretesa all'utilità finale, di cui deve valutare la sussistenza/insussistenza), non si troverà quindi di fronte

l'esercizio, le quali individuano un particolare assetto strutturale della funzione posta in essere dalla pubblica Amministrazione. La l. n. 241/1990 impronta, in particolare, la struttura normativa della funzione ad un modello di carattere *processuale*, come tale idoneo a connotare in modo corrispondente l'esercizio del potere.

Secondo l'insegnamento della dottrina processualista, infatti, è processo il procedimento che si caratterizza nell'esprimersi nel contraddittorio tra le parti, senza possibilità per l'organo decisore di obliterare la loro attività, pur potendosene discostare²⁵. Riconosciuto, in proposito, che tale formula, in

ad una situazione non ancora attuale per mancanza di determinazione della regola discrezionale, ma una situazione già effettuale, della cui fondatezza egli può tuttavia conoscere nei soli limiti della discrezionalità esaurita (con un limite, quindi, che assumerebbe anch'esso carattere procedurale, pur avendo rilievo sostanziale quale derivante dall'attribuzione della discrezionalità alla P.A.). In proposito, si rimanda ampiamente a *Potere*, I-II, cit., *passim*, nonché al saggio *Potere e situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in A. CARBONE (a cura di), *Potere e diritto amministrativo*, Pisa, 2026, p. 15 ss. (e in *Pers. amm.*, 2025, 2).

Sul punto, si veda quanto si dirà *infra*.

²⁵ La considerazione di un generale canone processuale dell'attività amministrativa parte dal superamento della considerazione teleologica del processo, secondo la posizione tradizionale, la quale richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale: cfr., in merito ad essa, in particolare F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, CEDAM, 1936, p. 44; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, CEDAM, 1939, p. 4. La dottrina amministrativistica che ha sviluppato il concetto di funzione sotto un profilo strutturale, quale processo formativo dell'effetto, ha infatti avuto buon conto di considerare che il concetto di processo dovesse necessariamente rifarsi alla connotazione strutturale propria della stessa esplicazione della funzione: si è così distinto, da parte di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, Vita e Pensiero, 2006, pp. 1131-1132, il procedimento dal processo in relazione alla circostanza che nel processo partecipano soggetti che perseguono interessi diversi da quello del soggetto a cui compete l'emanazione dell'atto, i quali possono in tal modo concorrere alla trasformazione del potere (cfr. anche ID., *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 739). Per questa via, è risultato possibile giungere alla considerazione per cui il contraddittorio è ciò che caratterizzerebbe la sostanza processuale dell'attività, ciò che, quindi, definisce il processo come tale, a prescindere da qualsiasi connotazione di ordine teleologico; il processo è, cioè, un procedimento che si svolge attraverso la rappresentazione delle posizioni delle parti nella cui sfera giuridica la decisione dispiegherà i suoi effetti. In particolare, l'affermazione dell'impostazione generale appena descritta si deve ai contributi di E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, CEDAM, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, UTET, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 819 ss., il quale, ponendosi, sotto tale profilo, su analoga linea, in via generale, di quella tracciata da F. Benvenuti, ha specificato come la partecipazione debba atteggiarsi, perché possa parlarsi di processo: nel senso cioè che mentre il procedimento si identifica con una serie concatenata di atti, il processo è qualche cosa di più e di diverso, essendo necessaria la partecipazione di coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale produrrà i suoi effetti in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività (E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; ID., *Processo*, cit., p. 1072; ID., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.). È su tali basi che la dottrina amministrativistica successiva, che si è inserita nel solco del concetto di funzione considerato da F. Benvenuti, ha potuto porre in diretta correlazione quest'ultima con la valorizzazione della sostanza processuale dell'attività amministrativa: in questo senso G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975, p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss.; *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, CEDAM, 1968; nonché G. PASTORI, *Introduzione generale*, cit., p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 483 ss. Il passo successivo sarà quello di rapportare la sostanza processuale dell'attività non alla funzione intesa come farsi del potere, ma quale farsi della decisione (in questo senso la funzione secondo la rappresentazione di F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo*, cit., p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa*, cit., p. 264 ss.).

sé generale, può articolarsi in differenti declinazioni²⁶, la struttura normativa del procedimento amministrativo può allora reputarsi fondata su un canone processuale²⁷: essa, infatti, prevede che l'esplicazione della funzione avvenga in contraddittorio, sia pure, quest'ultimo, di carattere più marcatamente verticale (quale contraddittorio tra parti e organo decidente), che non orizzontale (quale contraddittorio tra le parti), in ragione dell'eventuale, e comunque non completa, separazione tra organo

²⁶ Ed infatti, ponendosi nella prospettiva descritta alla nota precedente, si assiste sicuramente ad una “capacità espansiva del contraddittorio”, idonea a portare le logiche processuali al di là dell'ambito proprio del processo giurisdizionale (in questo senso L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del), I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, Ist. Enc. It., 1997, pp. 11-12, il quale, richiamando le considerazioni di Fazzalari, aggiunge che se l'essenzialità del contraddittorio si manifesta in una correlazione indissolubile con la funzione giurisdizionale, esso si appalesa anche “come veicolo indispensabile di diffusione del paradigma processuale anche al di fuori dell'orbita del fenomeno giurisdizionale in senso tecnico”, come avvenuto in relazione alla disciplina della l. n. 241/1990 per il procedimento amministrativo; cfr. anche lo stesso E. FAZZALARI, *Diffusione del processo*, cit., p. 861 ss.). D'altro canto, è pur vero che, lo stesso riferimento al contraddittorio, per le diverse modalità in cui può trovare applicazione, in relazione al tipo di processo, porta ad una genericità dei contenuti del processo stesso, senza possibilità di pervenire per tale via ad un'ipotesi ricostruttiva definita. In questi termini, il paradigma comune deve allora essere mantenuto, ma ciò non va a negare la possibilità di sue diverse declinazioni; anzi, è proprio in questi termini che è possibile pervenire alle considerazioni da noi effettuate, per cui la consistenza della funzione si ricollega alla struttura del modello procedurale in cui essa trova esplicazione. Cfr. *infra*, nel testo e in nota.

²⁷ Dopo l'introduzione della l. n. 241/1990, si è in via generale ammessa, perlomeno da una parte della dottrina, una generale processualizzazione, o quantomeno una processualizzazione in senso lato, dell'azione della P.A.: cfr. in particolare, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, ESI, 1996, p. 248 ss.; L. MIGLIORINI, *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Napoli, ESI, 1993, p. 89; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, *passim*; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al “preavviso di rigetto”*, *ivi*, 2005, p. 1003 ss.

L'impostazione propriamente processuale della funzione amministrativa, ad ogni modo, si ritrova attualmente, nello specifico, nel filone dottrinale oggettivistico, che, ponendosi nel solco dell'insegnamento di F. Benvenuti, G. Berti e G. Pastori (cfr. subito sopra, in nota), ha da ultimo cercato di portare ad una più compiuta ricostruzione strutturale la considerazione della forma processuale del procedimento e, per tale via, la stessa ascrizione del procedimento amministrativo al genere procedurale a cui appartiene il processo giurisdizionale: in questo senso, cfr. in particolare L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., spec. p. 61 ss.; M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande “inammissibili” o “manifestamente infondate”*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103 ss. (che amplia una riflessione già effettuata, in forma più ridotta, in ID., *La “manifesta infondatezza” della domanda nel procedimento e nel processo*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, CEDAM, 2007, p. 309 ss.); M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, CEDAM, 2008, p. 93 ss.; ID., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; ID., *Il rito sostanziale amministrativo*, cit.

precedente-parte e organo decisore²⁸; secondo un'espressione del contraddittorio da noi definita, in altra sede, *collaborativo-garantistica*²⁹.

Sotto, poi, il profilo oggettivo, il procedimento amministrativo rispecchia, analogamente al processo giurisdizionale, una struttura procedurale improntata ad un'ottica processuale, per come fondata sull'*accertamento*³⁰. Viene infatti prevista la proposizione di una domanda da parte del privato istante o la sua auto-proposizione dalla P.A., con l'avvio del procedimento; e viene corrispondentemente regolamentata un'attività di verifica della sussistenza degli elementi fattuali e della integrazione della relativa fattispecie normativa, ai fini della definizione della decisione concernente l'esercizio o il non

²⁸ In particolare, la previsione, ai sensi degli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, della comunicazione dell'avvio del procedimento, della partecipazione delle parti, delle modalità partecipative attraverso l'accesso e il deposito di memorie scritte e documenti che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento, nonché del preavviso di rigetto, comporta che l'autorità decidente debba necessariamente aprirsi al confronto delle parti e considerare l'attività dell'altra parte intervenuta. In questo modo, si sancisce la presenza di una procedura in contraddittorio, e si consente, secondo l'insegnamento processualciviltistico, di cui subito sopra, in nota, di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo. Vi è un'assenza di una piena pariteticità tra le parti, dovuta alla circostanza che, ai sensi degli artt. 4 e 5, l. n. 241/1990, l'organo precedente potrebbe non essere separato da quello decidente, e comunque tale separazione sarebbe non completa, in quanto comunque interna. Ciò non toglie, tuttavia, come detto nel testo, che i soggetti privati assumano un ruolo, all'interno del procedimento, che si caratterizza per la rappresentazione della propria posizione in termini di contraddittorio con l'autorità decidente, giacché quest'ultima, se può disattendere, non può anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola affatto in considerazione ovvero non dandone conto (si veda, in particolare, l'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990, sull'obbligo di valutazione delle memorie e dei documenti, per come correlato con il precedente art. 3, sulla motivazione dell'atto). Il contraddittorio, in questo senso, è limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che riguarda la sua esplicazione tra le parti), ma non lo è sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e l'autorità decidente: cfr., su tale distinzione M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, cit., p. 69 ss.).

Non si può quindi negare la presenza di un contraddittorio in senso tecnico sulla base della circostanza che l'autorità decidente sia al tempo stesso appunto soggetto che decide e contraddittore, sia, cioè, parte in senso sostanziale, la quale, ancorché imparziale, cura direttamente interessi pubblici coincidenti o in conflitto con quelli dei privati attraverso lo svolgimento dell'azione amministrativa, mentre perché vi sia pariteticità effettiva l'autorità decidente dovrebbe necessariamente essere terza e indipendente rispetto alle parti: così, invece, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1991, p. 239 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, Giuffrè, 2000 pp. 939-940; ID., *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 4512-4513; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 121 ss.

²⁹ Cfr. *Il contraddittorio procedimentale*, cit., *passim*, *Potere*, II-2, cit., p. 288 ss.; ivi anche il rapporto con l'art. 6 CEDU.

In particolare, una volta considerato che il contraddittorio può esplicarsi in varie modalità, trovando riscontro fintanto che l'apporto partecipativo non possa essere obliterato dall'autorità procedente, si sono in proposito individuati due modelli, quello *prettamente garantistico*, corrispondente, essenzialmente, alle garanzie del processo giurisdizionale (più nello specifico, a quelle riscontrabili nell'art. 6 CEDU, in sè considerato); e quello *collaborativo-garantistico*, ove l'autorità decidente non è pienamente separata dal soggetto procedente, in quanto la separazione è solo eventuale, e non è comunque perfetta sotto il profilo strutturale, ma la partecipazione delle parti non può comunque essere obliterata (è quest'ultimo, come detto nel testo, il modello corrispondente al modulo generale dell'azione amministrativa).

³⁰ La considerazione del modello procedimentale amministrativo quale procedura fondata sull'accertamento è stata da noi ampiamente svolta in *Potere*, I, cit., p. 410 ss. Si vedano poi anche, nelle differenti declinazioni, B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, CEDAM, 2001, spec. p. 75 ss.; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, cit., p. 92 ss. In via generale, non serve poi ricordare come la valorizzazione del carattere conoscitivo del procedimento, quale volto ad accertare i presupposti per l'esercizio del potere, abbia preso le mosse dalla ricostruzione di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, pp. 201 ss. e 237 ss.

esercizio del potere nel caso concreto; di tali risultanze procedurali (le “*risultanza dell’istruttoria*”), è prescritto debba darsene conto nell’apposita motivazione dell’atto, nel momento, quindi, di manifestazione della decisione assunta³¹.

In tale prospettiva, la circostanza che la motivazione si colleghi ad un modello procedurale avente ad oggetto una verifica di rispondenza fattuale e giuridica di una concreta fattispecie ad una norma astratta, e si connoti nel senso di dare conto di tale verifica in rapporto alla decisione, identifica dunque la motivazione stessa come uno degli elementi che caratterizzano il modello in questione come modello processuale di accertamento³².

L’affermazione appena effettuata necessita, peraltro, di una precisazione in ordine al rapporto della motivazione della decisione con il contesto di scoperta e con quello di giustificazione, per come considerati nell’ambito della teorica generale in ordine alla motivazione, secondo quanto già precedentemente accennato³³. L’impostazione rappresentata muove, infatti, dal presupposto per cui il discorso motivazionale fornisce la giustificazione di ciò che rappresenta il risultato del processo decisionale, senza tuttavia espungere completamente da sé il collegamento funzionale con l’*iter* decisionale. Il riferimento del discorso motivazionale al contesto di giustificazione può, cioè, trovare accoglimento a patto che si affermi, al contempo, che l’approccio ricostruttivo adottato non espunga completamente dalla motivazione il collegamento funzionale con il contesto decisionale; ché, altrimenti, la motivazione non potrebbe inserirsi nella considerazione normativa che assume la funzione³⁴. La correttezza di questa ricostruzione si evince, del resto, dallo stesso dettato normativo dell’art. 3, l. n. 241/1990, che collega l’indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto che hanno determinato la decisione alle risultanze dell’istruttoria procedimentale³⁵.

Nella maniera descritta, quindi, la motivazione, da un lato, si collega con la decisione, e quindi con ciò che ne costituisce l’oggetto (la/e situazione/i giuridica/he di potere, nella sua/loro portata relazionale con la/e situazione/i giuridica/he di pretesa ad essa/e correlata/e). Dall’altro, essa deve considerarsi rappresentativa anche del percorso decisionale compiuto: quest’ultimo costituisce infatti espressione della

³¹ In questo modo, viene normativamente prevista una procedura all’interno della quale assume rilievo l’accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti; come detto nel testo, ciò che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori, regolamentata dagli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività viene, poi, inquadrata all’interno di un modello processuale corrispondente, che consente di rapportarla alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda, come detto nel testo); rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verifica della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l’atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, rapporta la decisione stessa alle risultanze dell’attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra all’art. 3, l. n. 241/1990.

³² Sul punto, ampiamente, *Potere*, I, cit., p. 450 ss.; II-2, cit., p. 392 ss.

³³ Sul punto, cfr. *supra*, par. 2, nel testo e alla n. 8.

³⁴ Si veda ancora *supra*, ivi, in nota.

³⁵ Cfr. *supra*, par. 2, nel testo e alla n. 9.

struttura normativa della funzione, della rilevanza normativa, cioè, conferita allo stesso processo decisionale, che viene in rilievo, in particolare, all'art. 3, l. n. 241/1990, il quale riferisce il risultato dell'attività decisoria, appunto la decisione, ad un contesto di giustificazione in ordine ai presupposti fattuali e alle ragioni giuridiche che lo sorreggono, collegando tali elementi alle risultanze dell'istruttoria, e dando riscontro, per tale via, dell'esplicazione del contraddittorio tra le parti. Vi è, in questo modo, un collegamento tra accertamento come attività e accertamento come contenuto della decisione, che consente di fare riferimento al modello di produzione che viene in considerazione quale modello procedurale di accertamento.

La conclusione che si raggiunge è dunque nel senso che la motivazione del provvedimento amministrativo costituisce un *elemento attinente al contenuto formale dell'atto, che si esprime funzionalmente in chiave procedurale*, per come idoneo a dare rappresentazione della considerazione degli elementi che concernono la situazione giuridica oggetto del provvedimento, che concernono, cioè, l'accertamento come contenuto della decisione.

3.1. (segue) La correlazione della motivazione con la decisione. Non attinenza al dato sostanziale

Nella prospettiva descritta, la motivazione, dunque, da un lato va collegata al contenuto della decisione, dall'altro deve considerarsi rappresentativa del percorso decisionale compiuto.

Ora, in ordine al primo dei due profili in questione, quello per cui la motivazione risulta espressione delle ragioni che giustificano la decisione, va evidenziato come ciò che viene in rilievo è l'oggetto di quest'ultima. Detto oggetto è rappresentato dalla sussistenza/insussistenza della/e situazione/i giuridica/he di potere (l'oggetto dell'accertamento, quale contenuto dell'atto), e conseguentemente dalla doverosità della produzione del relativo effetto (in caso di riscontro positivo) o di non produzione dell'effetto (nel caso negativo)³⁶. Rispetto ad esso, le statuizioni sugli elementi sostanziali rappresentano

³⁶ Per la considerazione in questo senso della situazione di potere, cfr. *supra*, al par. precedente, nel testo e alla n. 24. L'oggetto della decisione ricade infatti sulla situazione di potere in sé considerata; i fatti, in sé, sono unicamente strumentali alla verifica della sussistenza o meno della situazione giuridica, e quindi – intesa questa, come spiegato, quale modalità deontica di un atto precettivo – della doverosa adozione dell'atto. In questo senso, essi non svolgono alcun ruolo in ordine all'individuazione della situazione giuridica di potere, se questa è, come di solito accade per tali situazioni, autodeterminata (se, cioè, l'individuazione della situazione è data dal solo riferimento ai soggetti e al contenuto del diritto, giacché, per quanti possano essere i fatti storici generatori, la situazione non potrebbe comunque che essere una). Solo nel caso di una situazione eterodeterminata (in cui la stessa situazione può sussistere più volte tra le stesse parti, per cui il riferimento al singolo fatto costitutivo è necessario al fine dell'individuazione della situazione giuridica soggettiva), invero piuttosto raro per le situazioni di potere (ma si pensi, ad es., ad una stessa sanzione che può essere comminata più volte; o di un'onorificenza che può essere conferita più volte), i fatti svolgono una funzione strumentale all'identificazione della situazione stessa; tuttavia, anche in questo caso, il loro ruolo è, appunto, solo indiretto e strumentale, per come unicamente finalizzato all'individuazione della situazione.

Su tali profili, cfr., in via generale, A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, II, Torino, UTET, 1980, pp. 128 ss. e 177 ss.; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, UTET, 1991, p. 70; ID., *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, CEDAM, 1985,

questioni preliminari di merito, la cui risoluzione riveste efficacia interna procedurale³⁷; come tali, gli stessi non costituiscono oggetto dell'accertamento, e, quindi, della decisione³⁸. Ciò vale, si aggiunge, sia per quanto concerne gli elementi vincolati, sia in relazione agli elementi discrezionali della fattispecie della situazione giuridica di potere: questi ultimi, infatti, fanno riferimento ad una regola di preferenza, la cui definizione è demandata all'Amministrazione, ma che, sotto il profilo procedurale, deve ritenersi in sé già ricompresa, nelle differenti alternative possibili, nella fattispecie della situazione giuridica di potere³⁹.

Nella considerazione, ad ogni modo, per cui la motivazione, quale discorso giustificativo della decisione, fornisce la rappresentazione della sussistenza o insussistenza degli elementi della situazione giuridica di potere, il cui accertamento è oggetto della decisione stessa, l'impugnazione dell'atto, in ragione dell'insussistenza di un elemento assunto come sussistente dall'atto stesso, o della sussistenza di un elemento assunto come insussistente, fa riferimento ad un elemento sostanziale, quale riferibile alla situazione di potere.

Il punto è che, però, della loro *rappresentazione* si tratta, non direttamente della loro sussistenza. La considerazione, in questo senso, di un (presunto) rilievo sostanziale della motivazione (degli elementi sostanziali rappresentati nella motivazione) non vale, quindi, a superare l'assunto per cui, proprio in quanto è agli elementi sostanziali della situazione giuridica che si sta facendo riferimento, la sussistenza di quest'ultima, in un giudizio che ne abbia ad oggetto il relativo accertamento, possa essere riscontrato anche in relazione ad ulteriori elementi, se sussistenti.

Il profilo è rilevante in ordine alla possibilità di allegazioni di elementi ulteriori effettuate in giudizio. Nella prospettiva in esame, infatti, che il riferimento, nell'ambito del processo amministrativo, debba essere o meno limitato ai soli elementi sostanziali rappresentati dall'atto non dipende dal ruolo della motivazione in sé considerato, ma dalla sua relazione con la cognizione del giudice, per come rapportata, quest'ultima, all'oggetto dell'accertamento giudiziale, in ragione di quello che è il regime del processo⁴⁰.

p. 467 ss.; L.P. COMOGLIO, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, UTET, 1987, pp. 277-278; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2014, p. 184.

³⁷ La risoluzione di una questione preliminare riveste, cioè, effetti interni rispetto alla definizione dell'oggetto dell'accertamento: in questo senso, per i relativi riferimenti, sia consentito rinviare a *Potere*, II-1, cit., p. 145 ss.

³⁸ L'oggetto dell'accertamento, in ordine al provvedimento amministrativo, è/sono la/e situazione/i giuridica/he di potere, rispetto alla/e quale/i la/e situazione/i di pretesa del/i privato/i si pone/pongono in correlazione (subito sopra, in nota). L'oggetto della decisione, quindi, è l'accertamento come contenuto dell'atto; il dispositivo del provvedimento è conseguentemente rappresentato dalla decisione nella sua portata precettiva, in ordine alla produzione dei corrispondenti effetti. La motivazione, in tale prospettiva, è estranea al contenuto dispositivo dell'atto: cfr., per le sentenze, A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, CEDAM, 1973, p. 138 ss.; ID., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 137. In questo senso, la considerazione dei fatti, contenuta nella motivazione, può rivestire un rilievo soltanto indiretto, in ordine alla definizione delle condizioni di superabilità dell'accertamento (secondo la nota *Begründungstheorie*, la tesi del motivo portante della decisione, generalmente accolta); sul punto, si veda quanto si specificherà *infra*, in nota.

³⁹ Il punto è stato precipuamente spiegato *supra*, n. 24.

⁴⁰ Si consideri, sul punto, come A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 393 ss., dopo aver configurato, secondo quanto sopra ricordato, la motivazione come discorso giustificativo

Se la cognizione del giudice è limitata ai vizi desumibili dall'atto, come avviene nell'ipotesi in cui ad essi si correli l'oggetto del giudizio, allora l'erronea rappresentazione di un elemento della fattispecie della situazione di potere si risolve, in generale, nella manifestazione di un vizio di per sé rilevante sulla soluzione sostanziale determinata in ordine all'oggetto della decisione, salva l'ipotesi in cui, nella motivazione stessa, non sia espresso altro motivo, idoneo a sorreggere comunque, sotto il profilo sostanziale, la decisione in questione.

Se, invece, il limite indicato non sussiste, allora la scorretta considerazione di un elemento della situazione giuridica di potere può non risultare influente sulla correttezza sostanziale della decisione, in ordine alla sussistenza della situazione in questione, in ragione delle allegazioni fornite dalle parti sul punto (laddove, cioè, sussista un elemento alternativo in ordine alla sussistenza/insussistenza della situazione giuridica di potere, la quale era stata fondata sull'erronea indicazione di altro elemento invece rivelatosi insussistente/sussistente).

La descrizione del ruolo della motivazione rispetto all'accertamento giudiziale dipende dunque da ciò che si assume essere l'oggetto del giudizio. In particolare, si presenta il seguente scenario.

Nell'ipotesi in cui l'oggetto del giudizio rimane l'annullamento dell'atto, cioè le *questioni giuridiche* corrispondenti ai relativi *motivi di ricorso*, gli elementi ulteriori non verrebbero in questione, e l'atto sarà annullato qualora uno dei motivi sia fondato. Non potrebbe, però, in proposito ritenersi che l'atto sia annullato per un vizio propriamente sostanziale, anche quando detto vizio riguardi un corrispondente elemento, in quanto, in sé, non si ricade nell'oggetto dell'accertamento la correttezza sostanziale della decisione, che in sé potrebbe essere comunque mantenuta. Il vizio, ancorché presentato in ordine ad un elemento sostanziale, si presenta quindi comunque come formale, relativo alla motivazione, nei termini che si vedranno nel proseguo. Di conseguenza, l'accertamento sostanziale, inerente alla statuizione sul potere, è rimesso nuovamente all'Amministrazione, con la sola correzione derivante dai motivi riscontrati come fondati.

redatto dal titolare del potere autoritativo a corredo di una decisione da esso adottata, ai fini appunto della 'giustificabilità' della decisione stessa, abbia poi ritenuto (richiamando in proposito anche le considerazioni di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 496 ss.) che la possibilità o meno della c.d. integrazione della motivazione in giudizio fosse da collegare all'oggetto del processo e alle modalità di sindacato del giudice; aggiungendosi, come, in tali ipotesi, si parlerebbe di motivazione successiva in senso assai improprio, dovendosi fare invece riferimento ad una normale difesa processuale, contenuta nelle memorie difensive dell'Amministrazione. In questo senso, in relazione a quello che era, al tempo, il sindacato del giudice amministrativo e l'oggetto del relativo giudizio, l'illustre A. aveva comunque riconosciuto la possibilità di addurre *ex novo* nel processo elementi desumibili di verifica obiettiva, atti a dimostrare la bontà della soluzione adottata. Nella medesima prospettiva, a fronte dell'evoluzione del modello processuale amministrativo, Egli ha considerato ammissibile, nell'ottica del giudizio di 'spettanza', l'introduzione degli elementi a questa afferenti, per come rapportati alla Sua ricostruzione, e al relativo ruolo processuale dell'Amministrazione (con particolare valorizzazione, a tal fine, del ricorso incidentale): cfr. sul punto A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273 ss.; ID., *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 581 ss.

Nel caso in cui, invece, l'oggetto del giudizio possa estendersi compiutamente alla situazione giuridica di *pretesa sostanziale* del privato, allora ciò che viene in rilievo è la sussistenza o l'insussistenza di quest'ultima. Sarà dunque possibile allegare in giudizio, quale espressione del proprio diritto di difesa processuale, tutti gli elementi idonei a dimostrare la sua sussistenza/insussistenza⁴¹; inclusi quelli di carattere discrezionale, per come provenienti dalla P.A., ove si ritenga che questi ultimi siano ricompresi nella fattispecie della situazione di pretesa sostanziale del privato (si tratti, cioè, in ogni caso, di una pretesa *all'utilità finale*)⁴². In proposito, si è da parte nostra più volte avuto modo di sostenere che, se la prima rappresentazione è ciò che ancora si riscontra in un giudizio limitato al mero annullamento dell'atto⁴³, la seconda soluzione sarebbe perseguibile nel momento in cui si ritiene che il giudizio davanti al giudice amministrativo possa avere ad oggetto, attraverso l'esperimento della condanna ad un *facere*, la situazione giuridica di *pretesa sostanziale* del privato che si rapporta con quella di potere (la 'spettanza' del provvedimento favorevole)⁴⁴. In questa seconda ipotesi, la possibilità di addurre elementi ulteriori (anche di carattere discrezionale), rispetto a quelli rappresentati nell'atto, rappresenta non un'integrazione della motivazione, ma l'esercizio del potere di allegazione delle parti, quale espressione del proprio diritto di difesa processuale⁴⁵; mentre

⁴¹ L'allegazione è infatti un potere processuale consistente nella narrazione della sussistenza o dell'insussistenza di determinati fatti prospettati a fondamento di una domanda o di un'eccezione, quali elementi genetici dell'effetto giuridico invocato. Essa può riguardare anche elementi ulteriori rispetto alla realtà ricompresa nell'atto impugnato, appunto in quanto l'oggetto del giudizio, alla dimostrazione della cui sussistenza l'allegazione è deputata, sarebbe la pretesa sostanziale del privato interamente considerata. Il contenuto delle allegazioni delle parti dipende, infatti, da tale situazione, nel senso che esse sono rivolte a dimostrare la sussistenza/insussistenza (la fondatezza/infondatezza della domanda); cosicché, coincidendo esso con la pretesa sostanziale, le allegazioni devono poter riguardare, come detto, tutti gli elementi della fattispecie della situazione giuridica in questione (le allegazioni non estendono, cioè, l'oggetto dell'*accertamento* giudiziale, corrispondente a detta situazione, ma concernono la *cognizione* del giudice in ordine ad essa); in mancanza, qualora, cioè, ciò non fosse ammesso, vi sarebbe violazione del relativo diritto di difesa (in questo senso, S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 850 ss.). Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., p. 338 ss.; II-1, cit., p. 185 ss.; ivi i relativi riferimenti.

⁴² Si veda *supra*, n. 24.

⁴³ Cfr. in questo senso Cons. St., ad. plen., n. 2 del 15 gennaio 2013. Sul punto, si veda ampiamente *Potere*, I, cit., p. 305 ss.

⁴⁴ Si veda quanto da noi considerato, in particolare, in *Potere*, I, cit., p. 334 ss.; II-1, cit., p. 83 ss.; *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, Jovene, 2018, p. 61 ss. (anche in *Dir. proc. amm.*, 2018).

⁴⁵ Ciò che viene, in questo senso, tradizionalmente indicato con la terminologia attizia di integrazione della motivazione in corso di giudizio non può, cioè, essere ricondotto ad un'integrazione dell'elemento motivazionale dell'atto nel senso proprio del termine (si veda subito di seguito, alla nota successiva). Esso va invece riferito all'esplicazione degli ordinari poteri processuali della parte, la cui declinazione, a sua volta, va correlata alla situazione posta ad oggetto del processo amministrativo, come spiegato subito sopra, in nota.

In particolare, secondo quanto detto, la rappresentazione di elementi ulteriori corrisponderebbe, a seconda dei casi, essenzialmente, ad una (mera) contestazione o ad un'eccezione. In questo senso, l'esercizio di una propria situazione processuale, attraverso cui si operi una rappresentazione dei fatti e/o della relativa realtà giuridica di riferimento, o ancora si richieda al giudice l'applicazione o la produzione di un effetto giuridico a dette attività correlata, non comporta l'esercizio del differente potere sostanziale a cui i corrispondenti elementi possono essere riferiti, o da cui un effetto corrispondente può scaturire. L'alterità tra potere processuale e potere sostanziale può essere chiaramente evidenziata con particolare riferimento all'eccezione: il potere sostanziale, infatti, non è tecnicamente deducibile in via di eccezione nel processo; l'eccezione condiziona il potere decisorio nel merito del giudice all'accertamento e alla qualificazione di fatti produttivi di effetti impeditivi, estintivi o modificativi della situazione giuridica controversa; mentre, in presenza di una figura di potere

non viene in questione alcun intervento sulla motivazione dell'atto⁴⁶. L'equivoco, allora, dell'impostazione che non si condivide, attiene alla circostanza che, una volta chiarito che nessuna integrazione postuma

di carattere sostanziale, che consente al suo titolare di conseguire una modificazione giuridica, oggetto di eccezione non sarebbe il potere sostanziale, ma, semmai, l'atto del suo avvenuto esercizio. Tra i due poteri, sostanziale e processuale, non vi è corrispondenza: uno è rivolto a produrre l'effetto nella realtà sostanziale; l'altro a produrre un effetto processuale, mentre l'eventuale effetto che si produce nella realtà sostanziale scaturisce dalla sentenza del giudice. Si è, quindi, al cospetto di due differenti poteri, i quali, come tali, sono soggetti ad un differente regime, che si correla al (diverso) ruolo da essi svolto nella realtà di riferimento. In proposito, si rinvia ancora a *Potere*, I, cit., p. 338 ss.; II-1, cit., p. 202 ss.; ivi i relativi riferimenti. Si veda anche A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 334 ss.

⁴⁶ Il tradizionale riferimento all'integrazione della motivazione, infatti, sottende quantomeno due fenomeni differenti tra loro: l'integrazione della motivazione attraverso l'esercizio, in generale, del potere sostanziale durante il giudizio; e quella proveniente dagli scritti difensivi della P.A., che, però, come spiegato (cfr. la nota precedente), non corrisponde ad una vera integrazione, ma solo all'esercizio del potere processuale di allegazione. Tuttavia, solitamente non risulta chiara la distinzione fra l'uno e l'altro fenomeno.

Con riferimento, ad ogni modo, ad un'integrazione della motivazione in senso proprio, questa dovrebbe avvenire attraverso l'esercizio di un potere, necessariamente, rispetto all'atto già emanato, di secondo grado. In particolare, viene in questione il potere di *convalida*, considerato dall'art. 21 *nonies*, co. 2, l. n. 241/1990, il cui effetto è quello di rendere operativa una parte ulteriore di fattispecie dell'effetto, che consente di considerare valida la situazione effettuale precedentemente prodotta in maniera invalida, cosicché l'efficacia dell'atto rimarrebbe in piedi, ma non sarebbe più soggetta alle conseguenze dell'invalidità. Rispetto al suo utilizzo ai fini descritti, è noto come la giurisprudenza si sia posta tradizionalmente in termini restrittivi, non ammettendo, nello specifico, una generale possibilità di convalidare il provvedimento impugnato; si è però pervenuti, in tempi più recenti, a posizioni di maggiore apertura, consentendo la convalida nei limiti di operatività che vengono riconosciuti al relativo istituto (cfr., da ultimo, Cons. St., sez. VI, n. 3385 del 27 aprile 2021, con le ricordate note di A. TRAVI, in *Foro it.*, 2021, III, c. 388 ss.; N. BERTI, *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 190 ss.; F. APERIO BELLA, *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio (nota a Cons. St., sez. VI, n. 3385/2021)*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; Cons. St., sez. III, n. 4119 del 18 giugno 2019; sez. VI, n. 5984 del 19 ottobre 2018; sez. III, n. 357 del 19 gennaio 2018; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 5278 del 28 agosto 2018). La possibilità di convalida dell'atto, tuttavia, anche quando viene riconosciuta, viene assoggettata, in generale, a particolari limiti, che assumono particolare rilevanza nell'ipotesi in cui si faccia riferimento alla convalida di un atto nelle more della sua impugnazione: così, si afferma la non convalidabilità dell'atto rispetto al quale non sussista più la situazione di potere originaria, per essere spirato il relativo termine perentorio; l'impossibilità di addurre, attraverso di essa, elementi di fatto o di diritto ulteriori; l'esclusione della sua retroattività, in quanto reputata contrastante con l'interesse all'annullamento, concretizzato dall'impugnazione (su quest'ultimo punto, cfr. G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 25 ss.; ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova, CEDAM, 2016, p. 197; G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 225 ss. e 241 ss.; ID., *La convalida in corso di giudizio: spunti ricostruttivi alla luce del mutato regime di invalidità dell'atto*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 178 ss.).

Ora, nel senso descritto, il superamento dell'indirizzo più restrittivo si è venuto a collocare in una più generale considerazione del giudizio sulla 'spettanza' dell'utilità finale. Più nello specifico, esso si è venuto ad inserire in quella che, da parte nostra, viene definita nei termini di 'funzionalizzazione' del giudizio di annullamento alle esigenze proprie dell'interesse sostanziale; per cui, senza mutare i termini propri dell'oggetto del giudizio impugnatorio, se ne è cercato, appunto, di 'funzionalizzare' gli istituti, così da sopperire artificiosamente alle relative mancanze. In questo senso, la convalida rappresenterebbe un istituto di diritto sostanziale funzionalizzato alle esigenze processuali, per cui, tramite l'unione di motivi aggiunti e provvedimenti successivi, è possibile pervenire ad una maggiore estensione di un oggetto del giudizio ancora concepito in termini impugnatori. Da parte nostra, si è stigmatizzata questa tendenza in più occasioni, e si è costantemente sostenuto come la tutela dell'interesse sostanziale del privato non possa che essere raggiunto nei modi, e nei termini, in cui esso corrisponda all'accertamento della situazione dello stesso privato che si rapporta con una situazione di potere amministrativo, per come posta ad oggetto del giudizio.

L'insufficienza dell'approccio criticato risulta, in effetti, evidente proprio con riferimento all'istituto della convalida. Rimanendosi, infatti, ancorati ad una commistione tra logica attizia ed esigenze di funzionalizzazione alla tutela dell'interesse sostanziale, non si riesce a garantire, di fatto, né l'una né le altre. Sotto il profilo dell'istituto in sé considerato, infatti, non paiono condivisibili i limiti che, nell'evidente preoccupazione di contemperamento tra opposte esigenze, vengono posti al potere di convalida durante il giudizio: in particolare, a) non può ritenersi che non sia convalidabile il provvedimento rispetto al quale non sussista più la situazione di potere originario, confondendosi così il potere originario da quello di secondo grado, che invece sono differenti e autonomi, quali produttivi di effetti diversi

viene in senso tecnico in questione, essa verrebbe a presupporre ciò che vuole dimostrare, che, cioè, non sia possibile l'allegazione di elementi ulteriori in giudizio.

Nella prospettiva appena descritta, l'accertamento dell'insussistenza della pretesa, della 'spettanza', cioè, dell'utilità finale, sotto il profilo che viene in questione, comporta, a sua volta, la mancanza di annullamento dell'atto, corrispondendo, detto annullamento, alla reazione alla lesione subita da parte di una determinata situazione giuridica, rivelatasi, però, nel caso concreto insussistente⁴⁷.

(da ultimo, in questo senso, Corte cost., n. 88 del 26 giugno 2025); b) non può reputarsi che, per mezzo della convalida, non sia ammissibile addurre elementi di fatto o di diritto ulteriori: non soltanto, sotto il profilo sostanziale, tale limite non trova alcun riscontro nella struttura normativa dell'istituto; ma esso, soprattutto, frustrerebbe le stesse esigenze che un giudizio sulla 'spettanza' dovrebbe garantire, atteso che, se non fosse possibile addurre elementi ulteriori, ma soltanto 'migliorare' il discorso argomentativo, non si andrebbe oltre, a ben vedere, un giudizio ove il riferimento della cognizione giudiziale continua a porsi su un piano attizio; c) riconosciuto che l'effetto della convalida è quello sopra rappresentato, non può escludersene la retroattività sulla base di ragioni di opportunità, considerato che non di effettiva retroattività si tratta, ma di sottrazione alla possibilità di eliminazione di un effetto già operativo (si è infatti soliti affermare la convalida avrebbe un effetto solo 'apparentemente retroattivo', nel senso che essa non attribuisce all'atto originario effetti *ex tunc*; giacché l'atto ha già prodotto gli effetti suoi propri, ma rende detti effetti non più soggetti, come detto, alle conseguenze dell'invalidità: così, in particolare, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, s.d. ma 1948, p. 356; in maniera sostanzialmente analoga, G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., p. 50; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 189-190). L'unico profilo che in sé rileva, dunque, ai fini dell'esercizio del potere di convalida, è che *la decisione originaria, di produrre/non produrre l'effetto, sia sostanzialmente corretta*; dovendo, eventuali limitazioni, ricavarli sul piano del diritto positivo (così, ad es., possibili limiti in ordine al contraddittorio violato, in ragione dell'obliterazione, in questo senso, della funzione, come si spiegherà ne proseguo; ovvero all'atto sprovvisto di motivazione, se questo si ritiene nullo, sulla base delle medesime ragioni).

Il vero è che, rispetto ad un giudizio volto alla tutela della situazione di pretesa sostanziale del privato – preso sul serio, e quindi *posta ad oggetto del relativo giudizio*, non come funzionalizzazione di un giudizio impugnatorio – il potere di convalida non dovrebbe proprio venire in conto, giacché le difese delle parti devono avvenire attraverso i loro poteri processuali, non utilizzando strumentalmente un potere sostanziale. In questo senso, tutt'al contrario, si dovrebbe ritenere che *proprio per tale ragione* la convalida non dovrebbe poter assumere rilievo nell'ipotesi descritta; non, cioè, per ipotetiche limitazioni interne al potere in questione in sé considerato (che non avrebbero fondamento, come spiegato), ma per la prevalenza del contesto procedurale giurisdizionale su quello relativo all'esercizio della funzione di secondo grado. Nel momento in cui, in altri termini, la realtà procedurale di riferimento è quella giudiziale, la P.A. si deve considerare esercitare un potere processuale ogniqualevolta l'assetto perseguito risulti strumentale al suo ruolo di parte nel giudizio (nei termini che qui interessano, qualora stia difendendo la decisione adottata), con necessità di integrare la relativa fattispecie di esercizio del potere processuale di allegazione, e con la possibilità per la parte privata di difendersi corrispondentemente (senza, in particolare, necessità di impugnazione di un atto).

Su tali questioni, si rimanda, ampiamente, a *Potere*, II- 1, cit., p. 202 ss.; II-2, cit., p. 460 ss.; *Considerazioni generali sui poteri amministrativi di secondo grado*, in *Federalismi*, 2025, 19, p. 1 ss., spec. p. 31 ss. e 37 ss. Non viene invece in conto, ai fini del presente saggio, la questione concernente direttamente il rapporto tra la non annullabilità di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990 e il potere di convalida, per la cui analisi si rimanda ad ogni modo ad *op. ult. cit.*, pp. 31-32, n. 65.

⁴⁷ Più nello specifico, nell'ipotesi in questione, raccordandoci con quanto detto *supra*, nn. 36 ss., può evidenziarsi come l'impugnazione si rivolga alla considerazione di un elemento sostanziale della situazione giuridica di potere, il quale si pone quale questione preliminare di merito (la cui definizione è quindi, in sé, estranea all'effetto di accertamento dell'atto) rispetto a detta situazione, oggetto della decisione. Nell'ambito di un giudizio il cui oggetto sia la situazione di pretesa che con il potere si rapporta, la fondatezza della questione può non incidere sulla sussistenza della situazione stessa, che quindi potrebbe essere dichiarata dal giudice comunque insussistente. Non sussistendo la situazione di pretesa, lo si già detto in via generale, non vi è una lesione del relativo interesse che possa comportare la reazione, da parte dell'ordinamento, consistente nell'annullamento dell'atto in via giudiziale (e nella corrispondente condanna ad un *facere* positivo o negativo).

In questo senso, si aggiunge per inciso che, rispetto all'interesse sostanziale del privato, la soluzione data, in ordine alla insussistenza di un elemento sostanziale della propria situazione, potrebbe rivestire rilievo soltanto in relazione ai termini di superamento, a seguito di una sopravvenienza rilevante, dell'effetto dichiarativo sulla correlata situazione di potere, in considerazione del vincolo proprio del motivo portante della decisione amministrativa (qualora si ritenga, come a

Nell'ipotesi in cui, infatti, viene in questione la situazione giuridica di pretesa sostanziale del privato, la sua sussistenza (la sussistenza di una pretesa fondata rispetto all'obbligo dell'Amministrazione di produrre/non produrre l'effetto), e la tutela che da ciò consegue, prescinde dalla violazione di una norma formale sulla produzione in ordine all'adozione dell'atto, collegandosi direttamente alla situazione di potere di cui l'atto rappresenta l'esercizio. Ne consegue che, se la situazione di pretesa sostanziale del privato non si presenta sussistente/fondata, manca anche la reazione alla lesione rappresentata dall'annullamento dell'atto, senza che venga in conto una qualsiasi valutazione in ordine alle conseguenze che scaturiscano dalla violazione di regole formali o procedurali.

L'atto non sarà quindi annullabile sotto il profilo – si badi bene – della lesione di una pretesa *sostanziale* del privato perché, appunto, sostanzialmente corretta è la relativa decisione; non perché, invece, così prescritto dall'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, che concerne, al contrario, la questione concernente la validità dell'atto sotto il suo profilo *formale* (su cui subito di seguito).

3.2. (segue) La correlazione della motivazione con il percorso decisionale compiuto. Il suo valore procedurale

La motivazione, dunque, non viene in questione, se non indirettamente, per quanto concerne il sindacato in ordine alla correttezza sostanziale della decisione, di cui costituisce giustificazione. Se l'oggetto del giudizio è la pretesa sostanziale del privato, e la decisione adottata dall'Amministrazione in ordine ad essa, e al potere che vi si rapporta, è sostanzialmente corretta, il relativo atto non potrà essere annullato sulla base di motivi sostanziali. In ordine ad un siffatto oggetto del giudizio, le parti, nell'esercizio del loro diritto di difesa, possono allegare gli elementi, anche ulteriori rispetto a quelli espliciti nella motivazione, idonei a sostenerne la sussistenza/insussistenza. L'allegazione è espressione di un potere processuale, e non attiene ad una presunta integrazione della motivazione in giudizio.

nostro avviso si deve ritenere, che l'atto amministrativo produca un effetto dichiarativo sull'accertamento della situazione di potere: cfr., in proposito, quanto da noi sostenuto in *Potere*, I, cit., p. 476 ss., a cui si rinvia sul punto). Ma, in tale prospettiva, la tutela giuridica dell'interesse sostanziale non può comportare, per definizione, il venir meno della generale operatività dell'atto in ordine ai suoi effetti, essendo questi conformi alla determinazione della relativa situazione; essa può soltanto consentire, in corrispondenza con la declinazione dell'interesse stesso, di incidere sull'efficacia propria degli accertamenti preliminari in ordine alla superabilità dell'effetto dichiarativo (che in sé rimane fermo), cioè sul tenore del vincolo relativo alla superabilità dell'effetto dichiarativo stesso, in ragione del motivo portante della decisione. In tale scenario, l'operatività dell'(eventuale) effetto costitutivo del provvedimento non è dunque toccata; mentre l'effetto dichiarativo prodotto dall'atto è comunque sostituito, nella sua operatività, secondo quanto avviene in via generale, da quello proprio della sentenza (il giudicato) di rigetto, che, nell'ipotesi in esame, opererebbe quindi anche nel senso appena descritto.

Nell'evenienza che si sta rappresentando, l'annullamento dell'atto, e quindi il venir meno della sua efficacia, dovrebbe allora essere determinato non dal rilievo sostanziale proprio dell'elemento in questione, ma, se possibile, dalla considerazione di tale elemento in relazione al suo rilievo procedurale, quale riferito alla motivazione, in sé considerata nei termini spiegati. L'annullamento dell'atto, in questo senso, può cioè costituire la reazione alla lesione di una situazione giuridica (non sostanziale, ma) prettamente procedurale, correlata alla motivazione, qualora, e nei limiti in cui, essa sia configurata in questi termini dall'ordinamento positivo. Sul punto, si veda subito *infra*, al par. successivo.

La correttezza della rappresentazione da noi effettuata non è posta in discussione neppure da quella tesi secondo cui l'enucleazione della motivazione rappresenterebbe il momento di assunzione di responsabilità da parte dell'Amministrazione, e, in quanto tale, non potrebbe mai essere postuma⁴⁸. Tale considerazione, infatti, in sé risulta condivisibile: l'Amministrazione è responsabile di una decisione sostanzialmente erronea o anche solo erroneamente motivata. Ciò, però, non impedisce l'allegazione di elementi ulteriori in corso di giudizio, proprio perché non si sta, in tal modo, integrando la motivazione, e non si può, per questa via, sopperire alla responsabilità derivante da una decisione erroneamente motivata: altro è la responsabilità della P.A. da comportamento procedurale scorretto, altro la sussistenza o meno della situazione giuridica di potere ai fini della corretta produzione dell'effetto⁴⁹.

La motivazione viene tuttavia in rilievo, come si è visto, anche per come collegata all'accertamento, in quanto, cioè, idonea a rappresentare il *collegamento* tra accertamento come attività e accertamento come contenuto della decisione. In tale prospettiva, essa va riferita appunto al piano dell'accertamento, al piano, cioè, procedurale astratto: è quindi su questo piano, e su quello delle relative situazioni giuridiche (prettamente) procedurali, che il suo ruolo deve, a questo punto del lavoro, essere oggetto di considerazione.

In questo senso, la scorretta rappresentazione di un elemento della situazione giuridica di potere viene in generale a rilevare *per come in sé considerata, nella sua consistenza, cioè, formale*, a prescindere dalla considerazione in ordine alla sussistenza/insussistenza della situazione giuridica oggetto della decisione⁵⁰.

⁴⁸ È questa la tesi sostenuta da A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, cit., spec. p. 264 ss., a detta del quale la motivazione del provvedimento rappresenterebbe l'assunzione *ex ante* ed in concreto delle responsabilità derivanti dalla decisione (motivazione 'discorsiva') sulla base dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che l'hanno determinata (motivazione materiale). Più nello specifico, la motivazione discorsiva preciserebbe in che misura la motivazione materiale individuata sulla base delle risultanze dell'istruttoria abbia determinato l'alternativa decisionale idonea a realizzare determinati risultati, nel senso, cioè, di indicare ciò che per l'autorità decidente è significativo in rapporto a possibili significati attribuibili alle risultanze istruttorie. In tale prospettiva, (p. 323 ss.) un'integrazione della motivazione non sarebbe ammissibile, perché equivarrebbe ad un'assunzione postuma della responsabilità della relativa decisione (ma si vedano, in proposito, le precisazioni di cui alla nota successiva).

⁴⁹ Dello stesso avviso anche M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Ed. Scientifica, 2018, p. 241.

Lo stesso A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, cit., pp. 333-334, del resto, ritiene che, nei casi di attività vincolata, la violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990, possa essere assorbita da un diretto apprezzamento dei presupposti della decisione da parte del giudice. Nel momento in cui, allora, aderendosi alla nostra ricostruzione, si risolve la discrezionalità, sotto il profilo procedurale, in un limite normativo alla cognizione del giudice (cfr. *supra*, n. 24), le conclusioni, sotto il profilo in esame, possono venire a coincidere.

⁵⁰ In proposito, si deve infatti ricordare come la motivazione non riguardi l'elemento sostanziale in sé considerato, ma solo la sua rappresentazione ai fini del discorso giustificativo della decisione. Nel momento in cui l'oggetto del giudizio è la situazione giuridica che si rapporta con il potere sostanziale, si avrà allora che l'erroneità della motivazione, nella rappresentazione di un elemento sostanziale, concerne direttamente la scorrettezza della decisione sotto il profilo sostanziale, qualora sia scorrettamente accertata la sussistenza/insussistenza della situazione giuridica in questione; qualora, invece, la situazione giuridica sia stata oggetto di corretto accertamento (la decisione amministrativa di produrre/non produrre l'effetto sia corretta), l'erroneità della rappresentazione di un suo elemento può rilevare sotto il profilo del vizio di motivazione (laddove, si intende, quest'ultima non si presenti in altra parte sufficiente a sorreggere la

Rispetto a questo scenario, la scorrettezza della motivazione può allora, in ipotesi, comportare *ex se* l'annullamento dell'atto. E la non annullabilità di quest'ultimo, per il caso in cui la decisione non poteva essere diversa, è una conseguenza ulteriore, che deriva dalla regola di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990; la quale, come tale, risulta così idonea ad incidere sulla rilevanza, e sulla consistenza, della corrispondente situazione giuridica, prettamente procedurale, del privato.

Il profilo, che assume dunque rilevanza, è quello rivolto a spiegare come la caratterizzazione procedurale della motivazione, per come riferita al collegamento fra attività e decisione, venga a declinare la corrispondente consistenza formale di tale elemento dell'atto. E in che modo, rispetto a tale prospettiva, si ponga il rilievo della situazione procedurale volta alla correttezza della motivazione, e la conseguente applicazione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990.

4. Il rilievo della motivazione all'interno della struttura procedurale dell'azione amministrativa

Si è spiegato come la motivazione rappresenti un elemento formale dell'atto, che si esprime funzionalmente in chiave procedurale. La rilevanza, e l'effettiva consistenza, di tale elemento, e delle situazioni giuridiche procedurali ad esso correlate, dipendono, a loro volta, dal modello di produzione a cui si fa riferimento. Questo, in relazione alla funzione amministrativa, si è detto essere costituito da un modello processuale di accertamento.

Più in particolare, si è visto come tale modello vada fondato, in via generale, su un contraddittorio di stampo che può definirsi collaborativo-garantistico⁵¹. In disparte la specifica declinazione delle singole garanzie procedurali attinenti a tale modello, va detto come, rispetto ad esse, si possa porre una distinzione di carattere generale, in due tipologie di elementi.

Da un lato vi sono, infatti, gli elementi che attengono a profili relativi alla *non obliterabilità dei caratteri essenziali della funzione*, tali per cui, cioè, se si incorre in una loro violazione, viene a mancare l'esercizio del potere come espressione della relativa funzione procedurale. Dall'altro, vi sono gli elementi formali e procedurali a cui è invece *estraneo tale carattere*, cosicché, alla loro violazione, consegue una funzione scorrettamente esercitata, ma in concreto identificabile in quanto tale.

Secondo i canoni processuali precedentemente rappresentati, gli elementi relativi alla non obliterabilità devono considerarsi i seguenti. *Sotto il profilo soggettivo*, vi è l'esplicazione nei propri confronti del *contraddittorio procedimentale*, per come potenzialmente influente sul contenuto della decisione, nei termini propri di un modello processuale collaborativo-garantistico⁵². *Sotto il profilo oggettivo*, rileva invece la

decisione stessa). Sul punto, cfr. ancora A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 399 ss.

⁵¹ Cfr. *supra*, par. 3.

⁵² L'articolazione delle singole garanzie inerenti al contraddittorio risulta infatti differente in relazione al modello preso in considerazione, se prettamente garantistico o, come quello appunto proprio dell'azione generale amministrativa,

sussistenza della motivazione della decisione, la cui presenza consente il collegamento tra l'attività di accertamento, compiuta nel procedimento, e la decisione sulla situazione, che dell'accertamento è ad oggetto⁵³. Gli altri vizi procedurali, invece, non parteciperebbero del medesimo ruolo rispetto alla funzione.

La motivazione viene in rilievo nell'ambito di tutte le categorie indicate.

In primo luogo, in via diretta, la sua assoluta mancanza rappresenta un'obliterazione della funzione sotto il profilo oggettivo, per le ragioni appena riferite. L'assenza di motivazione – a differenza della mera scorrettezza della stessa – si avrebbe, nello specifico, nel caso in cui l'enunciato corrispondente alla motivazione non sia presente, oppure si risolva in una formula di stile, non indicante alcun presupposto di fatto e alcuna ragione di diritto che possa astrattamente porsi, rispetto ad una correlata attività verificativa, a fondamento della decisione⁵⁴, senza che le ragioni della decisione stessa siano state rappresentate, in quanto tali, in altri atti del procedimento. In questi termini, mancherebbe il collegamento tra l'accertamento come attività di verifica e l'accertamento come contenuto della decisione, con conseguente obliterazione del carattere strutturale della funzione quale improntata ad un modello procedurale di accertamento. La sussistenza della motivazione corrisponderebbe dunque, in questi termini, ad un elemento essenziale dell'atto, di carattere formale, in ragione appunto del ruolo che la motivazione svolge nell'esplicitazione della funzione; l'elemento in questione assume, cioè, carattere essenziale, nei limiti della sua idoneità ad esprimere il collegamento rappresentato, tra accertamento come verifica e accertamento come contenuto dell'atto.

In secondo luogo, quanto alla violazione del contraddittorio, e alla conseguente obliterazione della funzione sotto il profilo oggettivo, la motivazione può svolgere un ruolo indiretto, e determinato dalla particolare esplicazione del contraddittorio nell'ambito del procedimento amministrativo. Il contraddittorio procedimentale, come si è spiegato, si declina infatti in una chiave di non completa separazione tra parte procedente e organo decidente, tale per cui la relazione fra quest'ultimo e le altre parti viene ad assumere specifica delicatezza, nell'espressione del contraddittorio sul piano verticale (parti- organo decidente). Rispetto ad essa, un particolare rilievo risiede nella circostanza che l'organo decidente

collobarativo-garantistico (sulla distinzione, cfr. *supra*, par. 3, n. 29). In particolare, in quest'ultimo, rilievo pregnante è conferito, lo si è detto, all'esplicazione del contraddittorio verticale (ad es., per il procedimento amministrativo, obbligo di motivazione in ordine agli apporti partecipativi, preavviso di rigetto dell'istanza, ecc.). Lo stesso può dirsi per la loro consistenza interna, dipendendo, la relativa declinazione, dal rilievo teleologico che la partecipazione è strutturalmente idonea a rivestire nel modello in questione, come si vedrà. Sul punto, cfr. quanto si dirà di seguito, nel testo, in questo e al par. successivo, e alla n. 57. Cfr. poi *Potere*, II-2, cit., pp. 283 ss. e 348 ss.

⁵³ Si veda in proposito quanto detto *supra*, par. 3.

⁵⁴ Per tali categorie, si veda M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza civile*, Padova, CEDAM, 1975, p. 784 ss. All'evenienza descritta nel testo dovrebbe ricondursi anche la disomogeneità e mancanza di collegamento tra motivazione e dispositivo (si badi, sotto un profilo unicamente esterno, non sotto quello della contraddittorietà, incongruenza o incoerenza interna dei relativi elementi), salvo non ricadersi in una mera erroneità materiale nell'indicazione contenuta nel dispositivo stesso.

debba necessariamente esprimere una valutazione sugli apporti delle altre parti, ove pertinenti all'oggetto del procedimento, ai sensi dell'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990; valutazione che, salvo forme specifiche e maggiormente complesse di articolazione del contraddittorio (ad es., la sequenza procedimentale del preavviso di rigetto, di cui all'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990), avviene, essenzialmente, nell'ambito della motivazione dell'atto.

La motivazione assume dunque uno specifico rilievo in un processo ove non vi è piena separazione tra autorità decidente e parte amministrativa del procedimento, in quanto idonea ad esprimere la considerazione degli apporti partecipativi delle altre parti, e quindi il rispetto, in tale evenienza, del principio del contraddittorio. Ne consegue che la mancata motivazione in ordine ai profili sollevati dalle parti, risolvendosi in un'obliterazione della loro partecipazione, determina, del pari, un'obliterazione della funzione sotto il profilo soggettivo.

In tutte le altre ipotesi, in cui la motivazione sussiste, ma le argomentazioni in essa contenute si rivelino scorrette, sia in ordine alla considerazione dell'*iter* decisorio che assuma la descrizione della verifica effettuata, sia in ordine alla considerazione degli elementi della situazione giuridica di potere sostanziale, senza che, nell'uno o nell'altro caso, ciò si colleghi ad una violazione del contraddittorio, si è comunque, in sé, al cospetto di un vizio meramente procedurale (in disparte, cioè, la sua incidenza sulla decisione di porre in essere/non porre in essere l'effetto, dove, com'è ovvio, sarebbe direttamente la scorrettezza sostanziale di questa a venire in questione), come tale non idoneo ad obliterare la funzione, ma solo ad integrare un suo scorretto esercizio sotto il profilo procedurale.

4.1. (segue) Conseguenze sull'invalidazione dell'atto

La distinzione nelle due tipologie di vizi, obliterativi/non obliterativi, essendo espressione di una differente considerazione dei relativi elementi sotto un profilo strutturale, è rappresentativa, al contempo, di due differenti tipologie di situazioni procedurali, di consistenza diversa, perché, appunto, nella prima ipotesi, a differenza della seconda, non vi sarebbe semplicemente una funzione scorrettamente esercitata sotto il profilo formale/procedurale, ma si assisterebbe alla piena obliterazione dei caratteri essenziali della funzione.

In questi termini, ne consegue solo per la prima tipologia di elementi, e non anche per la seconda, deve essere assicurata in ogni caso un'autonoma tutela di invalidazione dell'atto⁵⁵.

La differenza delle due tipologie di vizi si esprimerebbe dunque in ciò. Nell'ipotesi di vizio meramente procedurale, non obliterativo della funzione, non vi sarebbe autonoma tutela di invalidazione a fronte

⁵⁵ Per le considerazioni che seguono, cfr. ampiamente *Potere*, II-2, cit., pp. 372 ss. e 436 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 237 e 246 ss.

della violazione procedurale, e il giudizio verterebbe sulla *pretesa sostanziale* del privato: questa, come da chi scrive in più occasione rappresentato, e come anche in questa sede ripetuto, può essere posta ad oggetto del processo attraverso la condanna ad un *facere*; l'annullamento dell'atto, a sua volta, sarebbe determinato dalla violazione di carattere sostanziale. Nell'ipotesi, invece, di vizio procedurale obliterativo della funzione, la violazione comporterebbe un'autonoma invalidazione, e il giudizio verterebbe sulla *pretesa procedurale* del privato: l'annullamento dell'atto (o la sua nullità, come si vedrà) sarebbe cioè determinato da una violazione procedurale; con eventuale rimessione, per la definizione della decisione, all'ordine procedimentale amministrativo, se il vizio è fatto valere, o comunque se così è richiesto dalla parte interessata.

L'ottica descritta si ritrova nella stessa lettura che, a nostro avviso, va data all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990. Tale norma, infatti, limitando l'annullabilità dell'atto per vizi formali o procedurali per l'ipotesi in cui il contenuto della decisione sia corretto (e quindi non vi sia lesione della corrispondente situazione di pretesa sostanziale), stabilisce anche i termini di rilevanza, e di consistenza, delle situazioni giuridiche procedurali che fanno riferimento alla funzione amministrativa.

La tutela di invalidazione, in particolare, deve reputarsi esprimersi nelle seguenti modalità.

Per i *vizi inerenti al contraddittorio*, essa risulterebbe definita dal secondo periodo dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990. Questo, si deve ritenere, prendendo in considerazione l'omessa comunicazione di avvio, è esemplificativo, in via generale, della violazione del contraddittorio (inclusa l'ipotesi in cui questa si ricolleggi ad un vizio della motivazione, nei termini sopra descritti)⁵⁶, integrata quando il relativo vizio risulti potenzialmente influente sul contenuto della decisione⁵⁷.

In particolare, il periodo in questione, nell'interpretazione da noi sostenuta, non consente alla *potenziale influenza* sulla decisione di sfociare nell'*effettiva verifica* di un contenuto differente della decisione stessa. La

⁵⁶ Si vuole dire, in altri termini, che il riferimento alla comunicazione di avvio del procedimento deve essere inteso quale esemplificativo di tutte le violazioni del contraddittorio procedimentale, in ragione della *ratio* conferita alla disposizione in esame in ordine al suo rapporto con l'esplicazione del contraddittorio e con la sua violazione. Il primo periodo dell'art. 21 *octies*, co. 2, conseguentemente, riguarderà in via residuale le altre violazioni formali/procedurali (salvo che altra disposizione deroghi in tal senso).

⁵⁷ Si è sopra avvertito, in nota, come la consistenza interna delle garanzie inerenti al contraddittorio dipende, nella relativa declinazione, dal rilievo teleologico che la partecipazione è strutturalmente idonea a rivestire nel modello procedurale preso in considerazione, se prettamente garantistico o, come quello appunto proprio dell'azione generale amministrativa, collaborativo-garantistico (sulla distinzione, cfr. *supra*, par. 3, n. 29). Essa assume, infatti, una declinazione correlata ad una partecipazione in sé considerata, per il modello di tipo prettamente garantistico; ovvero una declinazione corrispondente ad una partecipazione considerata in ragione del suo apporto specifico, per come potenzialmente rilevante sulla decisione, per il modello improntato al canone collaborativo-garantistico. In questo senso, anche la violazione del contraddittorio si ha, nel primo caso, quando, in ragione del vizio procedurale, la partecipazione non sia stata espletata (cosicché non vi sarebbe violazione qualora, pur in presenza del vizio, la partecipazione sia comunque avvenuta); nel secondo caso, invece, quando, in ragione del vizio procedurale, non sia stata espletata una partecipazione *potenzialmente influente*, nel caso di specie, sul contenuto della decisione (cosicché, secondo quanto si rappresenta nel testo, per escludere la violazione del contraddittorio, è sufficiente che la violazione non potesse essere potenzialmente influente). Cfr. *Potere*, II-2, cit., p. 372 ss.

potenziale influenza, in questo senso, va verificata in concreto, ma è determinata dalla semplice rilevanza di profili ed elementi (attinenti ad aspetti vincolati o discrezionali della decisione) che il privato avrebbe allegato in sede procedimentale e che l'Amministrazione non ha comunque vagliato al fine dell'adozione della decisione; non potrebbero essere addotti invece, da parte della P.A., ai fini della dimostrazione della correttezza della decisione, motivi ulteriori rispetto a quelli fatti propri dalla motivazione dell'atto, e l'oggetto del giudizio non potrebbe essere esteso, in questo senso, alla situazione sostanziale. L'accoglimento della doglianza comporterebbe, di conseguenza, l'annullamento dell'atto per la sussistenza di un vizio procedimentale potenzialmente influente sulla decisione, con rinvio all'ordine procedurale amministrativo per l'adozione di una nuova determinazione. In questo modo, si assicura un'autonoma tutela di annullamento per le situazioni procedurali inerenti al contraddittorio, giacché, seppure si deve valutare la potenziale influenza della violazione procedurale sul contenuto della decisione, questa non sfocia in un accertamento dell'*effettiva* influenza su di esso, che sposterebbe, evidentemente, la lesione, e la relativa tutela, direttamente sulla situazione di pretesa sostanziale⁵⁸.

In questo senso, dunque, il secondo periodo dell'art. 21 *octies*, co. 2, differisce dal primo periodo della medesima disposizione, riferibile invece, in via residuale, agli *altri vizi formali o procedurali*, inclusa una motivazione scorretta, che non sia espressione di una violazione del contraddittorio, secondo quanto sopra rappresentato. Tale periodo segue, al contrario, la logica opposta, consentendo, appunto, l'estendibilità dell'oggetto del giudizio alla pretesa sostanziale e la conseguente allegazione di tutti gli elementi rilevanti in giudizio, anche ulteriori rispetto a quelli espressi nella motivazione dell'atto. La violazione procedurale semplice è quindi recuperata nel processo, ove si rivaluta la situazione sostanziale

⁵⁸ Le considerazioni sin qui effettuate sono riferite, come spiegato alla nota precedente, al modello procedurale generale dell'azione amministrativa. Qualora venga in rilievo, invece, un modello processuale prettamente garantistico, come potrebbe accadere per taluni specifici procedimenti amministrativi regolamentati in senso corrispondente, ferme restando le diversità di tipologie di situazioni procedurali, lo scenario si pone in maniera differente sotto il profilo della diversa consistenza delle situazioni in questione: in tal caso, infatti, il riscontro della violazione, lo si è detto alla nota precedente, è determinato dalla mancata possibilità di fruizione, in ragione del vizio occorso, della garanzia procedurale, in sé considerata, a prescindere dalla sua influenza sull'esito della decisione; il vizio comporta comunque l'annullamento del provvedimento impugnato, salvo, appunto, che della garanzia si sia comunque fruito (il modello è, in altri termini, quello espresso dall'art. 156, co. 3, c.p.c.). Lo stesso accade, va aggiunto, con riferimento ad una decisione assunta nell'ambito di un modello procedurale collaborativo-garantistico, in relazione a quelle violazioni che sono state sottratte all'applicazione della non annullabilità ai sensi dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, o attraverso una deroga espressa, oppure attraverso una particolare previsione di nullità dell'atto, che elimina strutturalmente la riferibilità alla non annullabilità: in tali ipotesi, infatti, deve ritenersi essersi al cospetto di specifica scelta normativa in senso garantistico, in ordine alla garanzia in questione. In particolare, la prima delle due evenienze prospettate è ciò che si riscontra con la modifica dell'art. 21 *octies*, co. 2, intervenuta ad opera della l. n. 120 dell'11 settembre 2020: questa ha infatti introdotto una *terza parte* al co. 2 appena richiamato, attraverso la quale si è escluso, per le violazioni inerenti all'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, concernenti la particolare modalità procedurale del preavviso di rigetto, l'applicabilità della seconda parte del medesimo comma, e quindi la regola della non annullabilità dell'atto nella sua declinazione riferita alla violazione delle norme inerenti al contraddittorio procedimentale; in questo modo, il vizio procedurale (l'omissione del preavviso di rigetto o altra violazione del relativo *iter* esplicativo) è stato considerato in sé sufficiente ad integrare la violazione del contraddittorio (a prescindere dalla potenziale influenza sulla decisione, che non va quindi vagliata).

in questione. Si esclude così, corrispondentemente, in questa ipotesi, l'annullabilità dell'atto che non dipenda da una lesione della situazione sostanziale (e quindi da una decisione *sostanzialmente* scorretta, perché dispone di produrre/non produrre l'effetto invece di non produrlo/produrlo). La rilevanza della lesione di tali situazioni procedurali può allora ricevere riscontro, in via generale, solo nella tutela per equivalente, e quindi nella possibilità di integrazione, in una siffatta evenienza, di una pretesa *risarcitoria*. Per tale via – non accogliendosi, dunque, l'interpretazione che comunemente viene attribuita alla distinzione delle prime due parti del co. 2 dell'art. 21 *octies*, ma aderendosi a quella appena esposta⁵⁹ – si fornisce una lettura di tale norma più consona alla visione sistematica e strutturale che alla stessa deve essere riconosciuta, quella, cioè, di distinguere i vizi meramente procedurali da quelli inerenti il rispetto del contraddittorio, quale esprime i caratteri essenziali della funzione sotto il profilo soggettivo.

Il profilo dell'obliterazione della funzione sotto il profilo oggettivo, invece, verrebbe in questione, come detto, al cospetto di un *provvedimento non motivato*, rispetto al quale mancherebbe il collegamento tra l'accertamento come attività di verifica e l'accertamento come contenuto della decisione, con

⁵⁹ L'interpretazione che comunemente viene attribuita alla distinzione, in merito all'ambito della relativa applicazione, dei due periodi del co. 2 dell'art. 21 *octies*, è, infatti, quella che riferisce la violazione della comunicazione di avvio del procedimento, anche ai provvedimenti discrezionali, mentre, per tutte le altre ipotesi di vizi formali e procedurali, il riferimento sarebbe all'attività in astratto vincolata. Ora, in disparte la difficoltà di effettuare una differenziazione comunemente condivisa in proposito, il carattere di vincolatezza dell'atto andrebbe comunque valutato in concreto nella nostra impostazione (di cui cfr. *supra*, n. 24). Non vengono neppure in rilievo, a nostro avviso, le specificazioni, essenzialmente descrittive, effettuate dalla norma, quale l'aggettivo *palese*, di cui in generale non si è tenuto particolare conto. In generale, è infatti comune la considerazione per cui la giurisprudenza tende a non tenere effettivamente in conto detto aggettivo ai fini di differenziare le due fattispecie, addividendo piuttosto ad un generale "compattamento" tra le due ipotesi: cfr. in particolare L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 116 ss., ed ivi i relativi riferimenti.

L'interpretazione da accogliersi sarebbe invece quella esposta nel testo, con la seconda parte riferita a tutti i vizi del contraddittorio, e comportante un'autonoma invalidità procedurale, in ragione della necessità di fermarsi alla potenziale influenza del vizio, senza vagliare l'effettiva correttezza del contenuto della decisione, come invece la prima parte della norma consente per gli altri vizi procedurali.

È vero che, in tal modo, si predilige un'interpretazione sistematica rispetto a quella che potrebbe ritenersi la lettera della norma e la volontà del legislatore, ma, a ben vedere, quello appena descritto è un carattere costante nel riferimento all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, essendo considerazione comune che la disposizione in questione non può comunque funzionare come il legislatore l'ha consegnata (cfr. ad es. D. CORLETTI, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, spec. pp. 45 e 53). Solo in questo modo, del resto, può giustificarsi quella giurisprudenza che, anteriormente all'introduzione della terza parte dell'art. 21 *octies*, co. 2, aveva applicato anche alla comunicazione dei motivi ostativi di cui all'art. 10 *bis* la disciplina del non annullamento proprio della comunicazione di avvio del procedimento (pur da ciò facendo derivare conseguenze di maggior sfavore per il ricorrente, coerentemente con la tesi comunemente accolta sulla norma in esame, a differenza di quanto, invece, consegue alla nostra impostazione): cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, n. 4986 del 19 agosto 2009; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 883 del 7 febbraio 2014; TAR Lazio, sez. I *ter*, n. 2553 del 10 aprile 2006. Solo in questo modo, ancora, e soprattutto, può giustificarsi la stessa introduzione della terza parte dell'art. 21 *octies*, co. 2, da parte della l. n. 120/2020, la quale esclude l'applicabilità della seconda parte della medesima disposizione al provvedimento adottato in violazione dell'art. 10 *bis* (cfr. subito *supra*, alla nota precedente): una siffatta esclusione non avrebbe infatti senso, in quanto priva di qualsiasi portata precettiva, se davvero la seconda parte del co. 2 dell'art. 21 *octies* dispiegasse la propria efficacia solo nei confronti della mancata comunicazione di avvio, e non anche rispetto ad altre violazioni (quali quelle appunto, riferibili al contraddittorio procedimentale).

Sul punto, cfr. *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 237 ss., spec. p. 246 ss.; *Potere*, II-2, cit., p. 385 ss.

conseguente obliterazione del carattere strutturale della funzione quale improntata ad un modello procedurale di accertamento. In ragione del ruolo che la motivazione svolge nell'esplicitazione della funzione, si è detto allora considerarsi mancante, in tale ipotesi, un elemento essenziale, di carattere formale, dell'atto.

A fronte della mancanza di un elemento essenziale dell'atto, il provvedimento adottato sarebbe quindi nullo, a norma dell'art. 21 *septies*, l. n. 241/1990⁶⁰. La nullità, a sua volta, varrebbe in ogni caso, giacché il riferimento dell'art. 21 *octies*, co. 2, è rivolto unicamente all'atto annullabile. Anche tale evenienza, in ragione del rilievo sulla funzione, consentirebbe poi di ottenere il rinvio all'ordine procedurale amministrativo, senza, cioè, che la fattispecie sostanziale (obbligo di produrre/non produrre l'effetto) sia definita in sede giudiziale.

A quest'ultimo proposito, può ritenersi infatti che la distinzione delle prime due parti del co. 2 dell'art. 21 *octies*, per come da noi valorizzata nei termini spiegati, proponga una differenziazione che, oltre a trovare applicazione con riferimento alla specifica ipotesi considerata – concernente la declinazione, in rapporto con il relativo trattamento dell'invalidità degli atti, della rilevanza, e della consistenza, delle differenti tipologie di situazioni giuridiche contemplate dalla norma, nell'ambito procedurale di riferimento – risulta idonea ad assumere anche un ruolo di maggiore pregnanza all'interno della nostra ricostruzione. La distinzione presente nella disposizione in esame può, cioè, ritenersi espressione di un principio più generale, di *non obliterazione dei caratteri essenziali della funzione*, che si esplicherebbe nel senso di *evitare tale obliterazione, attraverso la necessaria possibilità di rimessione all'ordine procedurale amministrativo*, per l'ipotesi in cui manchi la riconoscibilità della funzione quale modello processuale di accertamento.

In questo più ampio senso, il principio in questione, sulla *rimessione* al procedimento amministrativo, si deve reputare trovare applicazione non solo per l'obliterazione del rilievo strutturale della funzione sotto il profilo soggettivo, coincidente, come detto, con la violazione della situazione concernente l'esplicazione, nei propri confronti, del contraddittorio procedimentale; ma, appunto, anche sotto quello oggettivo, rappresentato dall'assenza completa di motivazione del provvedimento, per cui, in ragione dei caratteri che a quest'ultima si sono riconosciuti, non risulterebbe garantito, nella manifestazione della decisione, il collegamento tra accertamento come verifica e accertamento come contenuto dell'atto. Ciò, va aggiunto, a prescindere dalla considerazione che riceve, nelle relative ipotesi, il trattamento dell'invalidità del provvedimento (annullamento o nullità). In ogni caso, vi potrà essere, così, la tutela conseguente all'invalidazione dell'atto; e potrà esservi comunque rimessione all'ordine procedurale

⁶⁰ In generale, si è visto come in dottrina si registri la posizione che vede nell'assenza della motivazione un vizio di nullità del provvedimento per mancanza, sotto vario profilo, di un elemento essenziale dell'atto: si vedano, in questo senso, con differenti declinazioni e ambiti di estensione, gli Aa. cit. alla n. 13. Tuttavia, si è pure ivi ricordato come la tesi per cui l'assenza, o anche solo del vizio, di motivazione, comporterebbe la nullità per mancanza di un elemento essenziale dell'atto, non abbia invero trovato generale riscontro, in dottrina e giurisprudenza.

amministrativo, in ragione della sua precedente obliterazione. L'autonoma tutela di invalidazione, con eventuale rinvio all'Amministrazione, è ciò che quindi consegue all'obliterazione dei caratteri essenziali della funzione amministrativa⁶¹.

In definitiva, può dunque concludersi nel senso che, nella nostra ricostruzione, non viene negata la rilevanza delle esigenze collegate alla correttezza procedimentale, in via generale e con particolare riferimento al profilo della motivazione amministrativa. Nella prospettiva rappresentata, infatti, le relative situazioni ricevono rilievo *in diretta correlazione con l'espressione del valore sotteso al modello strutturale della funzione*, giacché il profilo in questione, per rimanere intatto, implica *un limite alla possibilità di sopperire, in via giudiziale, all'obliterazione del modello procedurale di accertamento proprio della funzione amministrativa*.

Sotto un profilo più generale, ed esterno alla funzione, va poi anche aggiunto, il rilievo delle situazioni procedurali è assunto in ogni caso dal sistema, in ragione della circostanza per cui la violazione di una delle situazioni in questione comporta comunque conseguenze, come detto, in ordine alla responsabilità del relativo comportamento lesivo. La lesione di una situazione giuridica procedimentale, ancorché non inerente all'obliterazione dei caratteri essenziali della funzione (e, quindi, non idonea a comportare l'annullamento con rinvio all'ordine amministrativo), deve cioè comunque essere considerata *risarcibile*, in sé considerata (si pensi, in questo senso, ad una motivazione, presente ma scorretta in ordine ai presupposti enucleati, rispetto alla quale la decisione adottata si riveli tuttavia sostanzialmente corretta; ovvero al caso del danno da c.d. mero ritardo; ecc.)⁶².

⁶¹ Si può quindi affermare, in questi termini, che, nella ricostruzione da noi proposta, non vi sia il problema per cui il modello di integrazione tra procedimento e processo, per come da noi riferito al modello procedurale collaborativo-garantistico proprio della struttura generale dell'azione amministrativa, si trasformi, in ragione della previsione di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, in un modello compiutamente *sostitutivo* (si riprende, sotto tale profilo, la tradizionale caratterizzazione di M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1427 ss., che considera i diversi modelli in cui si può declinare il rapporto tra realtà processuale e realtà procedimentale: cfr. *Potere*, II-2, cit., p. 293 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 149 ss.; ivi la correlazione con l'art. 6 CEDU). Quest'ultima tipologia di modello, quello sostitutivo, è stata indicata, in termini critici, con la denominazione di *processualprocedimento*, quale idoneo ad obliterare completamente la realtà procedimentale: in questo senso si è posto E. MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, ora in *Procedimenti e processualprocedimento*, Padova, CEDAM, 2009, p. 23 ss., secondo cui l'art. 21 *octies*, co. 2, avrebbe improntato il rapporto tra procedimento e processo sul paradigma di un'integrazione che va ben oltre la *complementarità* (il richiamo è sempre alle forme di relazione previste da Nigro), per sfociare in una *sostituzione* del secondo sul primo; il processo, nell'ipotesi in questione, avrebbe, cioè, un effetto sostitutivo rispetto al procedimento, che potrebbe sopperire anche alla mancata partecipazione delle parti in quella sede, laddove appunto risultino integrati i requisiti di cui all'art. 21 *octies*, co. 2. Nella ricostruzione da parte nostra prospettata, tuttavia, il modello procedurale non si pone nei termini appena descritti: da un lato, infatti, vi è sì la possibilità per la P.A. di allegazione di elementi, discrezionali o vincolati, nel processo, attraverso l'esercizio del potere processuale, che deriva dal ruolo procedurale assunto dall'Amministrazione stessa nell'ambito del processo giurisdizionale, che abbia ad oggetto la situazione giuridica di pretesa sostanziale del privato; dall'altro, però, sussiste il limite, che permette al procedimento di mantenere rilevante la propria sostanza processuale, rappresentato dalla possibilità di evitare che, per la via indicata, si sopperisca ad una violazione della pretesa di una parte al contraddittorio, perpetuata dall'autorità procedente, nonché alla completa assenza di un discorso giustificativo della decisione, per come collegato al relativo *iter* di accertamento.

⁶² Sul punto, si rinvia ancora a *Potere*, II-2, cit., p. 454 ss.; ivi i relativi approfondimenti e riferimenti.

4.2. (segue) Paragone con il processo giurisdizionale

In ciò, dunque, si esplica il valore procedurale della funzione amministrativa, e il conseguente valore procedurale della motivazione dell'atto, senza necessità di fare riferimento ad un suo presunto carattere 'sostanziale'. Quest'ultimo riferimento tradisce invero, come dimostrato, solo l'esigenza di riconoscere una particolare pregnanza a quest'elemento; non può invece essere inteso in senso proprio, atteso che la manifestazione delle ragioni su cui si fonda la decisione rappresenta, per sua natura, l'espressione di una norma formale sulla produzione, potendo la situazione giuridica di potere (l'obbligo di porre in essere un effetto giuridico) normativamente e fattualmente sussistere anche se le ragioni date a giustificazione dell'atto non sono corrette. Il particolare rilievo della motivazione del provvedimento deve allora essere sì riconosciuto, ma ricercandolo nel carattere proprio di siffatto elemento, nel suo valore, appunto, procedurale.

Una riprova, del resto, della correttezza di tale ricostruzione, proviene dal paragone con la procedura per eccellenza, cioè quella propria del processo giurisdizionale. Ebbene, in ordine ad esso, si può rilevare come anche il rapporto tra giudizio di appello e giudizio di primo grado non comporti, in ogni caso in cui la sentenza sia viziata per motivi processuali, un annullamento con rinvio (art. 105 c.p.a.). Questo viene invece in particolare stabilito, per quanto qui interessa⁶³, nell'ipotesi in cui è mancato il contraddittorio o è stato violato il diritto di difesa⁶⁴; ovvero per la nullità radicale della sentenza, che viene fatta coincidere, essenzialmente, con il difetto assoluto di motivazione⁶⁵. Negli altri casi, si avrà, invece,

⁶³ Non è escluso, infatti, che il diritto positivo possa prevedere, all'interno di un'ottica di generale sostituzione del grado successivo a quello precedente, anche specifici motivi di rinvio, ulteriori rispetto a quelli propri dell'essenzialità della funzione/del grado ad essa relativo a cui si vuole conferire autonoma rilevanza.

In proposito, una particolare menzione merita il problema dell'incompetenza. In tale ipotesi, infatti, non si è al cospetto di un vizio che, in sé considerato, manifesta i caratteri essenziali della funzione, atteso che di mera distinzione interna tra organi si tratta; un annullamento con rinvio, di conseguenza, dovrebbe necessariamente essere previsto da una norma espressa. Con riferimento al procedimento amministrativo, venuti meno, con il Codice del processo amministrativo, l'art. 45, co. 1, T.U. C.d.S., e l'art. 26, co. 2, l. TAR, che tale rinvio prevedevano, non è presente nessuna disposizione, di carattere sostanziale o processuale, che stabilisca in tal senso. Nel processo giurisdizionale, poi, la questione è risolta in maniera differente dal diritto positivo a seconda del processo a cui si fa riferimento: nel processo civile, l'art. 353 c.p.c., anche prima della sua abrogazione da parte del d.lgs. n. 149 del 1° ottobre 2022, aveva visto eliminato qualsiasi riferimento alla competenza; nel processo amministrativo, invece, l'art. 105, co. 5, c.p.a. prevede un caso espresso di annullamento con rinvio nel caso di riforma della sentenza o dell'ordinanza che ha pronunciato sulla competenza.

⁶⁴ Cioè, essenzialmente, nelle ipotesi da noi ricondotte, in via generale, con riferimento al procedimento amministrativo, alla violazione del contraddittorio. Per i vari casi, si veda, tra le altre, Cons. St., ad. plen., n. 15 del 28 settembre 2018; pacifico è, peraltro, che nella violazione del diritto di difesa sia ricompresa l'ipotesi in cui la questione posta alla base della decisione è stata rilevata d'ufficio dal giudice senza sottoporla al contraddittorio delle parti: cfr. *ex multis* Cons. St., ad. plen., n. 14 del 5 settembre 2018.

⁶⁵ Cfr. ancora, in particolare, Cons. St., ad. plen., n. 15/2018, cit., che esclude invece la rilevanza, in questo senso, del semplice difetto o scorrettezza della motivazione. Sul punto, si vedano, da ultimo, S. GARDINI, *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali nel processo amministrativo*, Napoli, Ed. Scientifica, 2025, p. 168 ss.; G. STRAZZA, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza amministrativa*, Napoli, Ed. Scientifica, 2025, p. 246 ss.

Non si condivide, in proposito, Cons. St., ad. plen., n. 16 del 20 novembre 2024, che, prendendo espressamente le distanze dalla corrispondente ricostruzione processualcivile, ha incluso nelle ipotesi di nullità della sentenza l'ipotesi di esclusione della legittimazione o dell'interesse a ricorrere (intesi nel senso tradizionale del processo

la rinnovazione della decisione; allo stesso modo in cui si ritiene debba poter avvenire nel rapporto fra procedimento e processo amministrativo, laddove si ponga ad oggetto di questo, come già ricordato, la pretesa sostanziale del ricorrente (ammettendosi, se del caso, l'esaurimento dell'eventuale discrezionalità residua con mezzi processuali).

5. Profili conclusivi

La ricostruzione da parte nostra effettuata si è posta quindi, all'interno del dibattito in ordine alla natura e ai caratteri della motivazione del provvedimento amministrativo, nel senso di conferire a quest'ultima il valore di elemento *formale* del provvedimento; valorizzando, in seno ad essa, il suo specifico valore *procedurale*, derivante dal modello procedimentale proprio della struttura della funzione amministrativa, quale modello processuale di accertamento.

In particolare, la trattazione svolta ha consentito di pervenire alle seguenti conclusioni.

- a) La motivazione è elemento *formale* dell'atto, coincidente con il discorso giustificativo della decisione, in correlazione con l'iter procedurale svolto. Nessun presunto valore 'sostanziale' può invece riconoscerlisi, atteso che la motivazione non attiene all'oggetto della decisione (la produzione/non produzione dell'effetto). L'eventuale riferimento, nel medesimo senso, ai presupposti sostanziali della fattispecie della situazione di potere – che nella motivazione sono oggetto di *rappresentazione* ai fini della giustificazione della decisione, all'esito dell'*iter* procedurale svolto – è, in realtà, proprio ciò che elide completamente il rilievo della motivazione in quanto tale, consentendo di fare riferimento ad eventuali presupposti alternativi di integrazione della relativa fattispecie.
- b) La motivazione, quale elemento formale, assume un particolare valore *procedurale* all'interno della struttura normativa della funzione amministrativa. Il modello strutturale della funzione amministrativa è, in via generale, per come trova riscontro nella l. n. 241/1990, quello di una

impugnatorio) che sia frutto di un palese errore, per effetto del quale è mancato l'esame della totalità dei motivi di ricorso; né la successiva Cons. St., ad. plen., n. 10 del 15 luglio 2025, che ha esteso il medesimo principio anche al caso in cui il giudice di primo grado abbia palesemente errato nel dichiarare l'improcedibilità del ricorso di primo grado per sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere. Non vi è, infatti, un base normativa idonea a giustificare tale estensione. In questo senso, non può condividersi neppure quanto sul punto affermato da Cons. St., ad. plen., n. 2 del 22 giugno 2026, la quale ha ritenuto, sì in via generale, che l'omissione di pronuncia non possa dare adito a rimessione; ma ha pure reputato, le ipotesi prese in considerazioni dalle precedenti pronunce, quali eccezioni determinate dalla gravità della violazione, che sfocerebbe in un'assenza di motivazione effettiva. Ad ogni modo, quanto appena rappresentato non è rilevante rispetto alle nostre considerazioni, atteso che ciò che qui interessa è piuttosto che i profili attinenti ai caratteri essenziali della funzione, come da noi intesi, determinino comunque il rinvio; non invece che vi possano essere, all'interno di un'ottica di generale sostituzione del grado successivo a quello precedente, specifici motivi ulteriori di rinvio (i quali, però, dovrebbero essere espressamente previsti dal diritto positivo, e non essere ricercati, tra l'altro, attraverso un'estensione eccessiva, e foriera di incertezze, dell'assenza di motivazione).

procedura/processo improntato sull'accertamento, in contraddittorio tra le parti, della sussistenza della situazione di potere, al fine di decidere se produrre o meno un determinato effetto (/un effetto invece di un altro).

L'esercizio del potere amministrativo deve avvenire, in via generale, all'interno di tale modello strutturale. L'obliterazione dei caratteri essenziali della funzione amministrativa si verifica quando il modello non è più riconoscibile come tale, per cui la decisione non potrebbe dirsi adottata all'interno della corrispondente struttura procedurale.

- c) Sotto il profilo oggettivo, l'obliterazione della funzione si verifica quando non è possibile ricollegare l'attività di verifica che si svolge nel procedimento con la decisione presa all'esito del procedimento stesso. In tale ipotesi, la decisione non potrebbe essere considerata espressione della funzione. Ciò avviene quando è assente la motivazione dell'atto, la quale ha il compito procedurale di collegare la decisione ai presupposti di fatto e alle ragioni di diritto in relazione alle *risultanze* dell'istruttoria. In particolare, la mancanza della motivazione, nei termini indicati, si riscontra qualora l'enunciato corrispondente alla motivazione non sia presente (mancanza formale della motivazione), oppure si risolva in una formula di stile, non indicante alcun presupposto di fatto e alcuna ragione di diritto che possa astrattamente porsi, rispetto ad una correlata attività verificativa, a fondamento della decisione (mancanza materiale della motivazione), senza che le ragioni della decisione stessa siano state rappresentate, in quanto tali, in altri atti del procedimento.
 - i) La sussistenza della motivazione, intesa nel suo collegamento con l'espressione della funzione, è *elemento essenziale*, di natura formale, dell'atto, in quanto idoneo a dare riscontro dell'espressione della funzione sotto un profilo oggettivo. La sua mancanza comporta, dunque, che il relativo provvedimento sia comunque nullo (art. 21 *septies*, l. n. 241/1990), e che la decisione possa così tornare all'Amministrazione, in ragione, appunto, dell'avvenuta obliterazione della funzione.
- d) Sotto il profilo soggettivo, l'obliterazione della funzione si verifica quando è integrata una violazione del contraddittorio procedimentale. Tale violazione può, fra l'altro, interessare la motivazione dell'atto. Poiché, infatti, il contraddittorio nel procedimento si svolge in particolare su un piano verticale (organo decidente-parti), in ragione dell'eventuale e imperfetta distinzione tra organo procedente e organo decidente, la motivazione del provvedimento deve contenere la valutazione degli apporti degli altri partecipanti, ove pertinenti all'oggetto del procedimento, pena, appunto, l'obliterazione della partecipazione procedurale (art. 10, lett. b), l. n. 241/1990).
 - i) Se detta valutazione non è riscontrabile, e quindi il contraddittorio è violato, deve considerarsi applicabile la seconda parte dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, la quale, a

sua volta, va riferita a tutte le violazioni del contraddittorio (non soltanto l'omessa comunicazione di avvio del procedimento, che ne rappresenta una specie), ed interpretata nel senso che la valutazione, ai fini della non annullabilità dell'atto, per cui il contenuto della decisione non può essere diverso, non può fare riferimento ad elementi ulteriori rispetto a quelli contenuti nella motivazione del provvedimento. Poiché, infatti, il contraddittorio procedimentale non c'è stato, ed è stata quindi obliterata la funzione sotto il profilo soggettivo, la parte che fa valere il relativo vizio, in ordine ad una violazione del contraddittorio nei propri confronti, può impedire che gli apporti delle parti siano vagliati nell'ambito del livello procedurale successivo, nell'ambito, cioè, del processo giurisdizionale, saltando il contraddittorio nel procedimento amministrativo. L'atto va dunque annullato, con rinvio all'Amministrazione, perché rieserciti la relativa funzione nei termini strutturali che le sono propri.

- e) Al di fuori di tali ipotesi, il vizio inerente alla motivazione (la scorrettezza del motivo giustificativo apposto dall'Amministrazione in ordine alla decisione) non assume un valore procedurale specifico, e si rientra nel regime ordinario degli elementi formali/procedurali dell'atto. Si applica dunque l'art. 21 *octies*, co. 2, prima parte, l. n. 241/1990, il quale va interpretato nel senso che nulla si oppone al fatto che la correttezza del contenuto della decisione, a fini del non annullamento dell'atto, sia vagliata anche alla luce di elementi ulteriori apportati dalle parti nel processo. Non essendo stata obliterata la funzione amministrativa, la considerazione della pretesa sostanziale del privato in ordine all'esercizio del potere (produzione/non produzione dell'effetto) può essere infatti esaminata nell'ordine procedurale successivo, dinnanzi cioè, al giudice amministrativo.
 - i) In tale ipotesi, l'oggetto del processo amministrativo, esperita la relativa domanda (di condanna ad un *favere*), viene ad essere la pretesa sostanziale del privato. Rispetto ad essa, per definizione, qualsiasi violazione procedurale è irrilevante. Le parti possono addurre ulteriori elementi in giudizio non perché si integra la motivazione dell'atto (che concernerebbe l'esercizio del potere sostanziale), ma in forza del diritto di difesa processuale, per cui le allegazioni vanno correlate all'oggetto del giudizio.
 - ii) La violazione procedurale, in questo senso considerata, pur non comportando un'autonoma tutela di invalidazione, risulta comunque idonea ad integrare una lesione in sé *risarcibile*.
- f) La medesima rappresentazione si può riscontrare anche con riferimento alla motivazione della sentenza, nel rapporto fra i vari di giudizio. Così, a fronte di un vizio procedurale, il giudice di appello non rinvia in ogni caso al giudice di primo grado per una nuova decisione, ma decide in

generale nel merito del rapporto sostanziale oggetto del giudizio. Sono fatti però salvi i casi di violazione del contraddittorio, derivante da una sua completa mancanza o da una violazione del diritto di difesa, e di inesistenza della sentenza, ricollegata, in particolare, alla mancanza della relativa motivazione.