

Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione

Proloquio per l'inaugurazione dell'anno accademico della Scuola Forense- Bari 19 marzo 2005

di Giancarlo Montedoro (Consigliere di Stato)

La motivazione un oggetto misterioso con plurime finalità.

Non v'è dubbio che la motivazione sia – come è stato detto - l'oggetto misterioso della riforma della legge sul procedimento amministrativo.¹

Eppure la definizione del concetto di motivazione del provvedimento amministrativo svolge un ruolo essenziale anche ai fini della definizione dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.

I fronti caldi del tema sono da sempre, come è noto, la questione dell'ammissibilità di una motivazione postuma del provvedimento impugnato e la questione della c.d. inesauribilità del potere amministrativo per la possibilità, riconosciuta alla p.a., di nuovamente motivare infinite volte il diniego rispetto ad un'istanza del privato, nonostante il già intervenuto annullamento di un precedente provvedimento negativo per difetto di motivazione.

In fondo al tema v'è l'aspirazione all'effettività della giustizia amministrativa, sulla quale aleggia un interrogativo serio se si tratti di principio (capace di effettivamente orientare l'operare dei giudici) o di mito (che può sviare la funzione giurisdizionale dal suo ruolo, facendola sconfinare in campi che non le sono propri perché affidati al merito amministrativo)²; in fondo v'è, ancora e sempre, l'aspirazione destinata a non essere mai del tutto soddisfatta in un sistema costituzionale connotato dal principio di divisione dei poteri, ad un giudizio sul rapporto, nelle liti fra privati e p.a..

Giudizio sul rapporto che è tipico dello schema diritto-obbligo, mentre non appare conforme allo schema potestà- soggezione, all'esistenza del potere discrezionale della p.a., all'*agere* dell'amministrazione come autorità, cui conviene il paradigma del giudizio sull'atto.³

Si tratta di una questione che, se ci si volesse esprimere in termini filosofici, potrebbe definirsi la questione dell'*inafferrabilità* del potere amministrativo.

La questione arrovella dal momento della nascita dello Stato di diritto la dottrina pubblicistica, e, per essere colta nel suo reale spessore, va tralasciata dall'angolo visuale della giurisprudenza,

¹ L. TARANTINO *Wittgenstein, Mortati e l'integrazione della motivazione in giudizio* in Urb. appalti, 2002, 935 e ss.

² G. ROMEO *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?* in Dir. proc. amm. 2004.

³ L'insegnamento di Santi Romano sul punto è semplice e non dovrebbe mai essere dimenticato ove c'è obbligo non c'è potere e viceversa.

come l'angolo capace di cogliere meglio la vita reale, i rapporti effettivi esistenti fra i poteri e fra il potere pubblico e la società civile

Tuttavia, prima di calarsi nell'analisi della tradizione giurisprudenziale, è bene cercare qualche orientamento di carattere generale, definendo le coordinate generali che delimitano il tema.

Lo Stato di diritto è *rule of law*, ma anche *rule of reason*.

E la questione della motivazione del provvedimento amministrativo è posta all'incrocio delicato fra il mondo delle regole normative ed il mondo delle regole giurisprudenziali, fra il vizio di violazione di legge ed il vizio di eccesso di potere, fra l'attività discrezionale dell'amministrazione ed il controllo di legittimità su di essa esercitato dai giudici amministrativi ed ordinari.

Verrebbe di dire che la motivazione (come la ragionevolezza) è al centro del diritto amministrativo, specie ora che la Corte Cost., con la sentenza n. 204 del 2004, ha messo al centro del fondamento del sistema duale (o plurale) di giustizia, l'*agere* dell'amministrazione come autorità, vero e proprio zoccolo duro, costituzionalmente tutelato, della giurisdizione amministrativa.

L'*agere* dell'amministrazione come autorità è il potere, ma il potere lo si vuole assoggettato alla legge, e dal suo assoggettamento alla legge deriva (art. 3 della legge n. 241 del 1990), in primo luogo, il suo essere *incatenato* all'obbligo di motivazione, obbligo strumentale, non finale, *via* attraverso cui il potere si fa legittimo, disvela le sue ragioni, ostende in pubblico la giustificazione del suo operare, concilia quando può, sceglie quando deve.

La motivazione, vista dal lato di chi è titolare delle funzioni pubbliche è una via.

L'unica via percorribile per l'adozione di un atto legittimo.

Ma, vista dal lato del destinatario dell'atto, la motivazione è una garanzia, la principale garanzia che la legge appresta a sua tutela.

Mezzo per il perseguimento legittimo dell'interesse pubblico, garanzia per la tutela della propria posizione: fra questi due opposti obiettivi, fra queste missioni antitetiche, la motivazione dell'atto amministrativo vive il suo tormento, e, con essa, vive il suo tormento il giudice amministrativo.

Le tendenze dottrinali ⁴

Gli studi dottrinali sulla motivazione sottolineano che essa è un tratto discorsivo dell'atto volto ad enunciare, evidenziandoli, *i motivi* che determinano l'agente.⁵

⁴ L'impostazione di questo paragrafo è profondamente debitrice dello scritto di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, a due battute del quale devo l'evidenziazione della centralità del rapporto dialettico persona/ufficio nella ricostruzione dell'istituto.

⁵ C.M. IACCARINO *Studi sulla motivazione, con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma 1933 e IACCARINO, *Motivazione degli atti amministrativi* in NN.D.I. X, 1964, 959. Ripreso da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità* Milano 1987, pag. 7 e ss. A. GUANTARIO *De quotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in Nuova Rass. 2002, ed. in ed. di stampa anastatica pag. 43 e ss.

La motivazione riguarda i motivi dell'atto amministrativo, intesi come fonti psicologiche subiettive della volontà provvedimentale.

Cammeo, in uno studio del 1908, accenna all'atto come *frutto dell'intuito dei buoni funzionari*.⁶

Il provvedimento, in quest'ottica, è – essenzialmente – negozio giuridico di diritto pubblico (uno dei tre atti del diritto pubblico, insieme alla legge ed alla sentenza, il più vicino all'empiria sociale, al brulichio degli interessi privati) e, dietro il provvedimento, il funzionario, esternatore dei motivi, motivatore, assolve ad una funzione fondamentale.

A partire da questa concezione soggettiva della motivazione si sviluppano i concetti di presupposti (o motivi esterni) e motivi (motivi in senso stretto o interni perché afferenti al processo volitivo dell'atto) e di giustificazione (come indicazione dei presupposti dell'atto) e motivazione (come indicazione dei motivi soggettivi del provvedimento).

Si crea poi quel nesso stretto tra motivazione e discrezionalità, consentendo al potere giudiziario di entrare nell'*hortus conclusus* dell'attività discrezionale della p.a., evitando alla discrezionalità di essere una pura e semplice manifestazione della soggettività amministrativa intesa come autorità, poiché la soggettività amministrativa ha una sua sfera psicologico-subbiettiva, che si esprime nella motivazione, che diviene il canale d'accesso alla discrezionalità.

L'obbligo di motivare - espresso dalla legge o ritenuto manifestazione di un principio generale ovvero ancorato o ricavato dalla natura del provvedimento - impone all'atto un requisito, e consente così al giudice un sindacato di legittimità sul provvedimento.

La motivazione è sufficiente in questa logica quando consente di ricavare l'iter logico giuridico seguito dall'amministrazione decidente.

La motivazione non necessaria o non pertinente è indizio di un vizio formale, di uno sviamento, di un eccesso di potere del provvedimento così emanato.

Se la motivazione, poi, è elemento o requisito fondamentale del provvedimento la sua mancanza non può essere surrogata successivamente all'adozione dell'atto, poiché essa deve precederlo o essere formata contestualmente all'atto, comunque prima della proposizione del ricorso giurisdizionale.

Questo è il quadro della dottrina tradizionale con riguardo alla motivazione dell'atto amministrativo, accolto in gran parte ancora dalla giurisprudenza prevalente.

Si tratta di una linea di pensiero formalistico-subbiettivista.

Accanto a questa ricostruzione teorica, ne va ricordata un'altra, che, con lo sviluppo dello Stato legislativo schmittiano (ove governano le leggi e non uomini, autorità o magistrature), connotato

⁶ CAMMEO *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione* in Giur. It., 1908, III, 253.

dalla spersonalizzazione dell'amministrazione, attribuisce alla motivazione un carattere sostanziale ed oggettivo.

La motivazione dell'atto è così riportata non alla sua enunciazione ma alla sua giustificazione, alla validità intrinseca delle soluzioni adottate dall'autorità decidente.

Si inizia a ritenere che il vizio di motivazione non sia un vizio formale che non impedisce il riesercizio del potere ma un vizio sostanziale, che non può essere superato correggendo, da parte dell'autorità amministrativa, il provvedimento carente⁷.

In questo senso si manifesta – è stato notato - una spiccata tendenza al realismo giuridico, proprio anche della grande lezione romaniana, una volontà di attingere per via della motivazione alla sostanza del rapporto giuridico, o, quantomeno, con la progressiva crisi dell'impostazione di studi incentrata sulla teoria del negozio giuridico, un superamento della concezione psicologista dei motivi.

I motivi divengono i concreti interessi pubblici verso cui si indirizza la volontà provvedimentale, distinti dalla causa come interesse pubblico canonizzato in astratto quale giustificazione dell'attribuzione del potere amministrativo.

Nel passaggio dall'atto all'attività, dal provvedimento al procedimento, dalla struttura alla sostanza tutto il diritto amministrativo *si arricchisce* (per effetto della spersonalizzazione che consente di conferire centralità alla funzione, come nell'architettura moderna il funzionalismo consente di soddisfare esigenze abitative prima non attingibili) e *si impoverisce* nello stesso tempo (perdendo il riferimento al soggetto, al funzionario decidente, annacquando nella pluralità degli uffici e degli atti procedurali il processo formativo della volontà impersonale dell'amministrazione).

Questo processo di arricchimento/impoverimento simultaneo e speculare sembra costante di tanti processi sociali della modernità, che è quindi in continuo *recupero su se stessa*.

Il pendolo in questo caso, come in altri, è fra i due termini dell'ennesima coppia oppositiva, fra amministrazione soggettivizzata nel funzionario ed amministrazione oggettiva, fra amministrazione autorità ed amministrazione funzione, fra soggetto ed oggetto, fra motivi e causa concreta, fra provvedimento e procedimento.

Certo l'insistenza sulla funzione porta alla c.d. *dequotazione*⁸ della motivazione, alla sua perdita di peso quale mero atto di esternazione della volontà, quale discorso argomentativo-giustificativo.

⁷ M. NIGRO *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione* in Foro it. 1958, III, 41 -43.

⁸ L'espressione è di M.S. GIANNINI cui si deve la voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in Enc. dir. XXVII, cfr. pag. 268.

In questo quadro l'esternazione motivante è irrilevante se l'atto è giustificato, la motivazione non richiesta non è viziante se l'atto è valido in modo intrinseco, la motivazione successiva è senz'altro ammissibile, purché collegabile alla giustificazione obiettiva della decisione pubblica.

Insoddisfazione suscitata dalle tesi formalistico-soggettivistiche alla luce del principio di effettività della giustizia e del principio di uguaglianza

Non v'è dubbio che l'impostazione tradizionale abbia una maggiore coerenza interna, che conduce dai postulati teorici alle conseguenze pratico – applicative con una serie ordinata di passaggi.⁹

Tuttavia la tendenza del diritto amministrativo contemporaneo, pressato dall'emergere di nuovi bisogni e di nuove istanze di tutela, la tendenza all'effettività della giustizia amministrativa, la critica ricorrente al carattere meramente cassatorio del giudizio amministrativo di impugnazione, la denunciata insoddisfazione riguardante l'azione di annullamento¹⁰, la mancanza, nel nostro ordinamento di un'azione di adempimento, la tendenza ad evitare che il processo amministrativo funzioni come meccanismo formalistico di caccia all'errore dell'amministrazione, anche a fronte di atti o provvedimenti che sono stati il frutto di un grande dispendio di mezzi e di attività, e che sono volti a tutelare beni essenziali per la tutela della persona umana e della comunità sono tutti fattori che hanno spinto e spingono per il ridimensionamento della portata delle forme nella teoria del potere amministrativo.

L'art. 3 della Carta Costituzionale costituisce il parametro di riferimento delle letture volte a privilegiare la sostanza sulla forma, l'aspirazione all'eguaglianza sostanziale sulla mera previsione delle garanzie procedurali, un parametro forte, vista la centralità di questa disposizione fondamentale nella Carta, ma non sufficiente ad assicurare uno statuto epistemologico non contraddittorio alla teoria sostanzialista, che come si può agevolmente constatare, se adottata in modo conseguente, conduce non alla mera dequotazione della motivazione come enunciato discorsivo ma alla sua irrilevanza.

Tendenza riduzionistica delle tesi sostanzialistiche

La tendenza delle tesi sostanzialistiche è chiaramente volta a stabilire un'equivalenza fra motivazione ed obiettiva giustificabilità dei provvedimenti.

In questo senso la motivazione appare costruita in funzione del controllo, amministrativo e giudiziario, specie del controllo in prospettiva del sindacato sull'eccesso di potere esercitato dal

⁹ Così A. ROMANO TASSONE, op. ult, cit. pag. 21.

¹⁰ Cfr. sul punto MONTEDORO-GENTILI *Azione di annullamento* di prossima uscita in Trattato di diritto processuale amministrativo a cura di F. CARINGELLA e R. GAROFOLI.

giudice amministrativo, così determinandosi una perdita di alcune delle valenze dell'istituto della motivazione, istituto giuridico polifunzionale.

E' stato infatti notato¹¹ che la motivazione assolve a plurime funzioni, non tutte colte nella prospettiva sostanzialistica che svaluta la natura e la struttura discorsiva della motivazione per evidenziarne un pretesa funzione obiettiva, tutta improntata e costruita, in realtà, al fine di rispondere ad esigenze di controllo.

Fra queste funzioni della motivazione oltre quella di controllo amministrativo e giurisdizionale, v'è la funzione interpretativa dell'atto nonché la funzione di garanzia per il privato, ed, in ultimo, la funzione extra-processuale ed extraprocedimentale della motivazione, che mira a rendere possibile la trasparenza dell'attività amministrativa rispetto alla comunità dei cittadini e dall'opinione pubblica.

Le tesi che svalutano la motivazione come discorso argomentativo come tecnica di persuasione, come enunciato linguistico finiscono per perdere per strada le valenze plurime che l'istituto giuridico della motivazione ha attitudine ad assolvere *in consonanza con le plurime funzioni del linguaggio*.

Sostanzialismo e dequotazione della motivazione appaiono quindi un sostanziale impoverimento del linguaggio, un ennesimo esempio di *afasia della modernità*, alla quale si vorrebbe porre rimedio invocando criteri funzionalistici, utilitaristici ed efficientistici.

E' stato in proposito chiarito che l'ottica delle tesi sostanzialistiche finisce per essere "parziale ed indebitamente riduttiva" come risulta dalle stesse ammissioni dei più autorevoli esponenti della dottrina sostanzialistica, che "postisi il problema delle esigenze di informazione del potenziale ricorrente, riconoscono che esso pesa negativamente, irrisolto ed irresolubile, sulla pur auspicata dequotazione dell'enunciato motivante".¹²

Possibili esiti del dibattito alla luce della riforma del procedimento amministrativo

Va rilevato che il panorama legislativo europeo in tema di motivazione dell'atto amministrativo, nel corso degli ultimi trenta anni è radicalmente cambiato.

Un obbligo generale di motivazione degli atti amministrativi è stato introdotto nei principali paesi europei, nel 1976 nella Repubblica federale tedesca nell'ambito della legge sul procedimento amministrativo (legge 25 maggio 1976), nel 1979 in Francia con la legge 11 luglio 1979 (confermata dalla legge 17 gennaio 1986); nel 1990 in Italia, con la legge 7 agosto 1990 n. 241 sul

¹¹ A. ROMANO TASSONE, op. ult. cit. pag. 24 e ss.

¹² A.ROMANO TASSONE, op. ult. cit. pag. 25 e ss. i dubbi critici prima riportati sono di M.S. GIANNINI *Motivazione dell'atto amministrativo*, in Enc. dir. , XXVII, 268.

procedimento amministrativo ed il diritto di accesso; in Spagna con la nuova legge sul procedimento amministrativo del 1992 (legge 26 novembre 1992).

Se i provvedimenti amministrativi, salve le eccezioni previste dalla legge, devono essere motivati la motivazione diviene un elemento formale dell'atto amministrativo.

La possibilità di motivi validi ma non esternati viene meno, con l'unico correttivo della motivazione *per relationem* : *quod non est in actis non est de hoc mundo*.

L'omessa esternazione delle ragioni della decisione (ove non siano ricavabili dagli atti del procedimento) vizia il provvedimento, anche se le presumibili ragioni dell'amministrazione siano plausibili.

E' la mancanza di ogni profilo di esternazione che rende l'atto invalido.

La prospettiva gianniniana di una dequotazione della motivazione sarebbe stata smentita.¹³ La motivazione va data, esternandola, perché ciò è obbligatorio.

E' stato anche rilevato, con acutezza, che tanto non comporta alcun ritorno a concezioni subbiettivistiche-psicologistiche della motivazione, in quanto la legge chiarisce che il contenuto della motivazione è dato dai "presupposti di fatto e dalle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

Si è ben lontani dall'*iter voluntatis* di cui parlava la dottrina tradizionale di stampo soggettivista.¹⁴

L'individuazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche della decisione non ha nulla a che fare con i motivi del decidente, l'individuo investito di funzioni amministrative, non decide come tale, come soggetto privato, capace di determinarsi, autoprogettandosi mediante l'autonomia privata, ma agisce perché *riveste un ruolo*.

Nessun rilievo nell'adozione dell'atto amministrativo hanno o devono avere le inclinazioni naturali del decidente, il suo intuito, inteso alla Cammeo, risiede nella capacità di interpretare il ruolo che gli è stato affidato, l'interpretazione di un dover essere che è imposto dalle norme che definiscono il ruolo dell'autorità decidente.

La volontà da esternare è in questo senso già obiettivata. La motivazione poi segue il sillogismo pratico, di stampo aristotelico (per il quale le ragioni giuridiche sono la premessa maggiore, i presupposti di fatto la premessa minore, la decisione è la conclusione del ragionamento sillogistico). Anche se siamo avvertiti della frequente impossibilità di derivare gli effetti secondo rigida consequenzialità logica: all'amministrazione infatti è spesso affidato il compito di "*riempire*" il carattere indeterminato delle norme di azione mediante l'esercizio del potere discrezionale di individuazione del concreto interesse pubblico, da affermarsi in ogni concreta vicenda umana.

¹³ Così G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in Enc. dir. aggiornamento Milano, 2001, 774 e ss.

¹⁴ Così G. CORSO op. ult. cit. pag. 775, discutendo di IACCARINO, op. ult. cit. 959.

V'è quindi una parte dell'enunciato motivatorio che si preoccupa di definire i fatti rilevanti, un'altra parte che individua le norme applicabili e le interpreta, al fine di chiarire la portata dei poteri amministrativi astrattamente esercitabili e delle procedure da seguire.

Possono esservi incertezza sia nell'accertamento dei fatti che nella individuazione delle norme applicabili.

In ogni caso il compito dell'amministrazione non si ferma a questi passaggi (pure ardui), poiché tutte le volte che vi è da esercitare un potere amministrativo discrezionale, l'amministrazione deve ponderare gli interessi privati e pubblici in giuoco, rilevanti nel procedimento, al fine di individuare il concreto interesse pubblico da perseguire.¹⁵

Tale ponderazione di interessi è lo spazio proprio della p.a., che la distingue dal giudice, da qualsiasi altro esecutore della legge (spazio che tende a ridursi nelle attività vincolate o in quelle nelle quali al verificarsi di un determinato fatto la premessa normativa collega necessariamente una certa conclusione, senza qualificazioni modali, condizioni, eccezioni o spazi di indeterminatezza normativa).

Quanto alle ragioni per le quali sarebbe imposto l'obbligo di motivazione, la dottrina è divisa fra coloro i quali individuano la funzione della motivazione nell'esigenza di un controllo democratico dell'opinione pubblica sull'operato della p.a.¹⁶ e coloro i quali insistono la motivazione è essenzialmente una garanzia preordinata alla tutela dei privati destinatari degli atti amministrativi, ossia dei soggetti nei confronti dei quali i provvedimenti amministrativi possono produrre effetti pregiudizievoli.¹⁷

La motivazione, in quest'ultima ottica, *garantistica*, è in funzione della lesività del provvedimento, rivelando la valenza di strumento che protegge chi dall'attività amministrativa può subire un pregiudizio, un sacrificio o una limitazione.

La motivazione agisce sul piano del diritto sostanziale riequilibrando la posizione di potere/soggezione esistente fra p.a. e privati agenti nella società civile, e sul piano del diritto processuale, consentendo il successivo controllo giudiziario degli atti e dei provvedimenti amministrativi.

La motivazione è in funzione del consenso degli amministrati, non sul sacrificio, sulla limitazione, sul pregiudizio, ma *sulla sua rispondenza alla legge*.

¹⁵ Ed è qui che può innestarsi la perdurante sussistenza del difetto di motivazione come figura sintomatica dell'eccesso di potere, dovendosi distinguere fra un difetto radicale di motivazione, riconducibile ormai ad un vizio di violazione di legge, che si ha le quante volte l'amministrazione adotti un atto che non esterna alcuna ragione, giuridica e fattuale, a sostegno della scelta operata, ed il difetto di motivazione consistente nell'inadeguatezza intrinseca della motivazione da riportare invece, come è nell'insegnamento classico, all'eccesso di potere.

¹⁶ Così A. ROMANO TASSONE, op. ult. cit. 1987, 52 e ss. al quale si obietta che l'atto è motivabile per *relationem* con riferimento ad atti non oggetto di pubblica ostensione, e che l'atto amministrativo non è generalmente accessibile dal pubblico, ma solo dagli interessati.

¹⁷ G. CORSO, op. ult. cit. pag. 786 e ss.

La motivazione vale anche e soprattutto nella fisiologia dei casi in cui l'interessato, pregiudicato da un provvedimento, si convinca della sostanziale legittimità dell'azione dell'amministrazione rinunciando alla tutela giudiziaria.

La funzione della motivazione è duplice di persuasione e di controllo, costituendo la tipica forma di legittimazione del potere che si svolge al di fuori del circuito democratico, in modo imparziale, al di fuori dell'ambito del consenso che procede dal Corpo elettorale al Parlamento ed al Governo; ciò in quanto le funzioni di Governo si limitano all'indirizzo politico dell'amministrazione, senza potere investire le funzioni gestionali che sono, pertanto, (art. 97 Cost.) affidate alle regole del contraddittorio, della motivazione, del controllo di ragionevolezza incentrato sulla motivazione (tipico controllo di stampo giurisdizionale amministrativo e non costituzionale).

Emerge così una grande antitesi quella fra *esercizio del potere mediante motivazione e sovranità*: non a caso gli atti normativi non richiedono motivazione, e gli atti generali sono ad essi parificati, per funzione, e, non a caso a fronte di forme di sovranità in fieri come quelle che connotano l'azione degli organi della Comunità europea, la motivazione è richiesta anche nell'adozione degli atti normativi ed il potere normativo è amministrativizzato poiché costante deve essere la possibilità di controllare la rispondenza dei poteri normativi esercitati dalla Comunità ai poteri ad essa conferiti dai Trattati, controllo inconcepibile di fronte a poteri sovrani pienamente costituzionalizzati come quelli dei Parlamenti dei singoli Stati membri, controllati per la ragionevolezza sostanziale delle soluzioni accolte.¹⁸

La sovranità ammette il controllo di ragionevolezza sostanziale del giudice delle leggi; il potere amministrativo, laicizzato, separato (relativamente) dalla politica, detronizzato dallo Stato di diritto, tecnicizzato e procedimentalizzato, può vivere solo motivando le sue scelte, facendo i conti con il dovere di enunciare in un continuo discorso rivolto agli amministrati le ragioni del suo procedere e del suo provvedere.

La dequotazione della motivazione in una recente ricostruzione teorica

La dottrina più recente è tornata sull'argomento, sottolineando che esso deve essere letto nel quadro della tendenza sempre più spiccata a condurre il processo amministrativo dal modello cassatorio al modello di giudizio di accertamento del rapporto, ripercorrendo le stesse formulazioni teoriche sull'eccesso di potere che andrebbero rese compatibili con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 della Cost.¹⁹

¹⁸ La motivazione degli atti normativi comunitari è senz'altro prevalentemente in funzione del controllo della pubblica opinione.

¹⁹ A. GUANTARIO, op.ult. cit. , pag. 73 e ss.

In questa chiave occorrerebbe prendere consapevolezza della “inutilità del vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione” quale vizio avente natura formale (così qualificato dalla dottrina e dalla giurisprudenza) rispetto al quale sarebbe sempre ammissibile un’attività di rinnovazione, volta ad emendare l’atto annullato, munendolo dopo il giudizio di un’enunciazione motivante²⁰.

Il giudizio amministrativo rischierebbe sempre di funzionare a vuoto, senza offrire tutela effettiva, sia nei casi di interesse legittimo pretensivo, che nei casi di interesse oppositivo, poiché la demolizione dell’atto sarebbe, anche in quest’ultimo caso del tutto provvisoria, a fronte dell’interesse dell’amministrazione a reiterare l’atto munendolo di motivazione.

L’aspirazione all’effettività della giustizia amministrativa non può che essere accolta come criterio interpretativo e ricostruttivo, teso ad evitare inutili formalismi (ad es. annullamenti per vizio logico dell’esternazione motivante, esistente ma illogica, a fronte di atti istruttori che concludono la ragionevolezza della decisione) ma non può disgiungersi dal rispetto della norma di legge, che, all’art. 3 della legge n. 241/1990, ribadisce l’importanza del requisito formale della motivazione dell’atto amministrativo.

Ne deriva, quale limite all’interprete, l’impossibilità di ricorrere arbitrariamente alla motivazione implicita per salvare determinazioni amministrative prive di qualsiasi enunciazione di sostegno, così come ne deriva l’impossibilità di valorizzare la giustificazione del provvedimento in assenza di ogni attività esternativa dell’organo decidente, di consentire che l’esternazione sia superata come esigenza, in favore della rilevanza dei meri motivi adeguati, ricavabili da qualsiasi atto del procedimento.

Insuperabili appaiono le considerazioni di chi ha notato, per esigenza garantistica, che “qualunque modificazione unilaterale del rapporto tra autorità e libertà deve essere fissata formalmente in un atto, che esprima nei termini di una puntuale proposizione giuridica la soluzione di un conflitto attuale o potenziale di interessi.”²¹

Da ciò deriva che “ammettendo la possibilità della motivazione successiva, si ridurrebbe di molto la portata della garanzia offerta al cittadino, poiché la proposizione giuridica relativa al caso concreto raggiungerebbe la sua completa espressione formale in un momento posteriore e successivo a quello in cui, con la statuizione autoritativa, e normalmente esecutoria, si determina la lesione dell’interesse individuale.”²²

²⁰ Cfr. A. GUANTARIO, op. ult. cit. pag. 69 e ss.

²¹ Così F. LEDDA *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 216 e ss.

²² Ancora F. LEDDA, op. ult. cit. , pag. 217 -218.

In tal modo può concordarsi con la dottrina che considera sempre esistente un obbligo formale di esternazione dei motivi del provvedimento, con riferimento alla realtà effettivamente emersa e valutata nel procedimento.²³

La motivazione *rimane un requisito formale, un discorso enunciativo-argomentativo, ma essa non va letta in chiave psicologica, ma obiettiva, va ricavata dal procedimento se necessario, va temperata con una considerazione sostanziale della legittimità delle ragioni e delle giustificazioni dell'amministrazione desumibili dal complesso degli atti del procedimento*, che assumono un valore orientativo nella ricostruzione dell'obiettiva *voluntas* provvedimentoale.

Ed allora, in questa chiave, che sposa la prospettiva formalistica, con una concezione obiettiva della motivazione, piena adesione deve darsi a quelle istanze proprie della teoria della dequotazione della motivazione che, senza fare scomparire dall'orizzonte la necessità formale della motivazione, invitano l'interprete ad adottare per quanto possibile, soluzioni che non facciano funzionare a vuoto il delicato meccanismo della giustizia amministrativa.

In questa logica se non potrà darsi ingresso alla *motivazione successiva o integrazione postuma della motivazione*, andrà tuttavia distinto da tale fenomeno quello della mera esternazione di motivi già dedotti (riportabile ai c.d. *chiarimenti* resi dall'amministrazione) poiché in tal caso non si fa riferimento a elementi motivatori sopravvenuti ma a ragioni tenute presenti, ricavabili dagli atti, anche se non convenientemente esplicitate.

Diversa dall'integrazione motivazionale postuma è anche la *sanatoria dell'atto*, mediante rinnovazione del procedimento in corso di causa, che è intervento di un nuovo atto, dotato di efficacia *ex nunc*, adottato a seguito di una nuova istruttoria e di una nuova valutazione, che se possibili dopo la sentenza, sono possibili anche, per economia dei mezzi, nel corso del giudizio.

Va da sé che il difetto di motivazione, come vizio formale rimane insanabile con effetti *ex tunc*, perché l'intervento dell'enunciazione motivante non può sanare retroattivamente la determinazione amministrativa, mentre un atto che abbia solo lo scopo di "*stampellare*", dal punto di vista motivatorio, un atto precedente, è privo di un suo autonomo contenuto dispositivo.

In sostanza è ammissibile la giustificazione successiva, effettuata con riferimento agli atti del procedimento, a chiarimento di motivi in sostanza già dedotti in precedenza o agevolmente ricavabili dal complesso delle attività procedurali svolte.

Ed è ammissibile, come da principi generali in materia di autotutela amministrativa, una sanatoria per rinnovazione, rimanendo preclusa solo l'integrazione postuma della motivazione intesa in senso stretto.

²³ Così L. TORCHIA, *Procedimento e processo dopo la legge n. 241/1990: tendenze e problemi*, in La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge n. 241 del 1990, Atti del convegno di Siena, 30 ottobre 1992, Mondo economico allegato al numero del 27 febbraio 1993, pag. 39.

Con questi correttivi, miranti a valorizzare la portata obiettiva della motivazione, il suo valore nel complesso delle attività procedimentali, possono essere accolte parte delle istanze della dottrina relativa alla c.d. dequotazione dell'amministrazione, che, pur smentita su un piano formale dalla legge n. 241/1990, che ha fatto assurgere la motivazione a requisito formale del provvedimento, riportando la sua mancanza assoluta a vizio di violazione di legge, non ha del tutto escluso la possibilità di valutare il vizio di difetto di motivazione in chiave sostanzialistica, al fine di evitare che il sistema di giustizia funzioni a vuoto e che la garanzia offerta al privato sia più apparente che reale.

Va peraltro sottolineato che la caducazione dell'atto, il suo annullamento produce sempre un apprezzabile vantaggio, aprendo una nuova fase di esercizio del potere amministrativo, nella quale l'amministrazione, se imparziale, potrà recuperare ad es. gli argomenti del privato non adeguatamente valutati e ponderati pervenendo a soluzioni diverse da quelle adottate nell'atto annullato.

L'annullamento conferisce sempre una nuova *chance* al privato, *chance* esistente anche quando vi sia una situazione sostanziale che depone in senso sfavorevole al privato, potendo il decorso del tempo, o altro fattore causale, determinare un mutamento del quadro giuridico-fattuale nel quale la controversia si va ad inscrivere .

La rinnovazione del procedimento poi deve essere effettiva, non meramente formale , non può risolversi in una formale e sbrigativa enunciazione delle ragioni rimaste inesprese (ad es. senza rinnovazione della votazione di un organo collegiale che abbia deciso senza motivare), ma deve consistere in un nuovo giudizio motivatorio (in una nuova motivazione), poiché dal vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione , stante la natura sintomatica del difetto di motivazione l'atto è affetto non solo sul piano grafico o linguistico o della sua pura vestizione, ma con effetti che si riverberano sempre, normalmente, sulla legittimità dell'attività di giudizio e scelta svolta dall'amministrazione, che si presume viziata perché le ragioni non sono enucleabili da una motivazione *secundum legem*.

Tale vizio dell'atto, costringendo la p.a. a rinnovare la propria attività di giudizio e scelta motivatoria, con seria ed imparziale presa in considerazione degli interessi originariamente non valutati, fornisce al privato la *chance* della diversa rinnovata valutazione degli interessi coinvolti in una vicenda amministrativa.

La giurisprudenza amministrativa

Nell'esame della giurisprudenza amministrativa si evidenziano spontanei equilibri raggiunti, sul piano pratico, tenendo conto delle diverse istanze esplorate dalla dottrina.

In giurisprudenza si è ritenuto – sottolineando il nesso esistente fra discrezionalità e motivazione - che l'ampia discrezionalità riconosciuta ad una p.a. in una determinata materia non sottrae i relativi provvedimenti al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, volto a controllare, proprio attraverso l'esame della motivazione, l'esercizio del potere sotto il profilo della logicità, della razionalità e della congruità, per evitare che esso possa scadere nel mero arbitrio (alla stregua del principio non sono state ritenute fondate le generiche doglianze della p.a. appellante secondo cui i primi giudici avrebbero esorbitato dal loro potere giurisdizionale, compiendo un'inammissibile controllo di merito sulle scelte operate dall'amministrazione stessa). (C. Stato, sez. IV, 29-04-2002, n. 2281).²⁴

La funzione garantistica della motivazione è stata poi di recente affermata quando si è ritenuto che dai principi desumibili dagli art. 3 e 7 l. 7 agosto 1990 n. 241, incentrati sui fondamentali canoni della trasparenza e della partecipazione, discende che spetta all'amministrazione curare la comunicazione dell'atto amministrativo conclusivo del procedimento, corredato dalla sua motivazione, a tutti i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, nonché ai soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi destinatari (C. Stato, sez. V, 30-04-2002, n. 2290).²⁵

Detta funzione garantistica della motivazione è stata esaminata per la sua stretta strumentalità rispetto al sindacato giurisdizionale dalla già citata C. Stato, sez. IV, 29-04-2002, n. 2281 secondo cui la motivazione del provvedimento amministrativo ha lo scopo di consentire al cittadino la ricostruzione dell'iter logico-giuridico attraverso cui l'amministrazione si è determinata ad adottare un determinato provvedimento, controllando, quindi, il corretto esercizio del potere ad essa conferito dalla legge e facendo valere eventualmente nelle opportune sedi, giustiziali o giurisdizionali, le proprie ragioni.²⁶

L'adesione ad una concezione formale, ma non formalistica della motivazione, improntata ad un'equilibrata valorizzazione delle risultanze del procedimento risulta da C. Stato, sez. IV, 27-12-2001, n. 6417 secondo cui il difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ricorre nell'ipotesi in cui non è dato comprendere in base a quali dati specifici sia stata operata la scelta amministrativa, impedendo la verifica del percorso logico giuridico seguito dall'amministrazione nell'applicare i principi generali al caso concreto, ma la funzione della motivazione è da ritenersi comunque soddisfatta anche nel caso in cui, sebbene nel provvedimento amministrativo non

²⁴ Giust. amm., 2002, 556; Urbanistica e appalti, 2002, 935 ;Dir. e giustizia, 2002, fasc. 22, 44, n. CICATIELLO

²⁵ Foro amm.-Cons. Stato, 2002, 943 (m).

²⁶ Giust. amm., 2002, 556; Urbanistica e appalti, 2002, 935 ;Dir. e giustizia, 2002, fasc. 22, 44, n. CICATIELLO.

risultino chiaramente e compiutamente esplicitate le ragioni sottese alla scelta, queste possono tuttavia essere colte dalla lettura degli atti del procedimento richiamati nel provvedimento stesso.²⁷

Analoga scelta è stata compiuta dalla più volte citata C. Stato, sez. IV, 29-04-2002, n. 2281²⁸ che in omaggio ad una visione non meramente formale dell'obbligo di motivazione e coerentemente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 cost., ha ritenuto debba valutarsi legittimo un provvedimento nel quale le ragioni sottese alle scelte della p.a., anche se non formalmente e compiutamente esplicitate nel provvedimento stesso, possono essere agevolmente colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento.

Un nesso fra motivazione e divieto di aggravamento del procedimento è stato colto da C. Stato, sez. VI, 15-05-2002, n. 2642 per cui la motivazione del provvedimento non deve tradursi in una puntuale confutazione delle ragioni espresse in ogni atto interno del procedimento che abbia prospettato una diversa soluzione, né deve espressamente menzionare un parere facoltativo e non vincolante quando comunque risulti che l'autorità decidente ne ha tenuto conto, ma, ai sensi dell'art. 3 l. 7 agosto 1990 n. 241, deve consistere nell'esposizione dei fatti rilevanti e delle ragioni di diritto della determinazione della p.a. con argomenti non illogici, non contraddittori, ma coerenti e logicamente autosufficienti.²⁹

Nella stessa scia il C. Stato, sez. IV, 18-10-2002, n. 5730 ha alleggerito l'obbligo motivatorio per i provvedimenti vincolati osservando che la motivazione dell'atto amministrativo assolve la funzione di rendere palesi le ragioni che hanno indotto l'amministrazione ad adottarlo al fine di consentire il successivo ed eventuale sindacato di legittimità; peraltro, quando l'attività amministrativa è vincolata, tale funzione deve considerarsi assolta se il provvedimento indichi con precisione i presupposti di fatto e di diritto la cui presenza o la cui mancanza ne hanno reso necessaria l'adozione, senza che occorran ulteriori e più ampie argomentazioni rivolte, in particolare, a confutare analiticamente le deduzioni svolte dalle parti interessate³⁰.

L'esito negativo possibile nelle vicende di rinnovato esercizio del potere, per cui l'atto può risultare nuovamente sfavorevole al privato, è colto da C. Stato, sez. IV, 26-09-2001, n. 5064 che ha statuito che l'annullamento per difetto di motivazione non impedisce l'amministrazione di procedere al rinnovato esercizio del potere discrezionale, purché il provvedimento, quale ne sia il contenuto ed il dispositivo, sia congruamente motivato e rispettoso di tutti gli altri limiti di legge³¹.

Il nesso fra motivazione ed incedere della tecnica è paradigmaticamente scolpito da C. Stato, sez. VI, 03-05-2002, n. 2349 secondo cui l'obbligo di motivazione riguarda ormai tutte le tipologie

²⁷ Foro amm., 2001, 3149.

²⁸ Giust. amm., 2002, 556; Urbanistica e appalti, 2002, 935; Dir. e giustizia, 2002, fasc. 22, 44, n. CICATIELLO.

²⁹ Foro amm.-Cons. Stato, 2002, 1312 (m).

³⁰ Cons. Stato, 2002, I, 2275.

³¹ Foro amm., 2001, 2344 (m).

provvedimentali, ad esclusione di quelle espressamente eccettuate, quale che sia il tasso di tecnicismo destinato a connotare le valutazioni operate dall'amministrazione in vista dell'adozione dell'atto: può anzi sostenersi che la natura tecnica delle valutazioni rimesse all'amministrazione impone in capo alla stessa un più intenso dovere motivazionale, sì da consentire al giudice stesso un più pregnante sindacato sulla legittimità delle scelte compiute³².

L'obbligo di motivazione è poi colto come carattere dell'*agere* pubblicistico delle p.a. quando C. Stato, sez. V, 04-04-2002, n. 1879 osserva che l'obbligo di motivazione si riferisce essenzialmente all'attività provvedimento dell'amministrazione e non riguarda il rifiuto di adempiere ad obbligazioni civilistiche, ancorché affidate alla giurisdizione esclusiva amministrativa ai sensi dell'art. 33 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, in relazione al loro collegamento con l'espletamento del servizio pubblico sanitario.³³

La necessità che l'obbligo, più o meno stringente della motivazione sia proporzionato ai concreti connotati della fattispecie da regolare è espressa sempre dalla citata da C. Stato, sez. IV, 29-04-2002, n. 2281 per cui l'onere della motivazione, per la stessa funzione che è chiamato a svolgere il provvedimento amministrativo (di ordinatore degli interessi pubblici e di temperamento tra questi e quelli privati), non può rispondere ad uno standard fisso ed immutabile, ma varia necessariamente in ragione degli effetti, ampliativi o restrittivi, che il provvedimento è destinato a produrre nella sfera giuridica dei destinatari e della più o meno elevata interferenza degli interessi privati con quello pubblico perseguito.

La relazione esistente fra motivazione ed atti del procedimento si disvela poi nell'istituto della motivazione *per relationem* a proposito del quale C. Stato, sez. VI, 06-05-2002, n. 2400 ha ritenuto che la motivazione di cui all'art. 3 l. 7 agosto 1990 n. 241, può ben essere effettuata *per relationem*, purché l'amministrazione renda disponibile il documento al quale l'atto motivato *per relationem* fa riferimento, ma deve anche sottolinearsi che dalla motivazione di un atto *per relationem* si deve distinguere l'evenienza della mera comunicazione della parte «dispositiva» della determinazione amministrativa conclusiva del procedimento; in tal caso, infatti, si ha l'effettuazione di un mero atto di avviso o partecipazione al privato che può ben attivarsi al fine di conoscere nella sua integrità l'atto finale, a mezzo degli strumenti giuridici garantiti ampiamente dall'ordinamento, quali il diritto d'accesso ed, eventualmente, anche a mezzo dei poteri di acquisizione istruttoria propri del giudice in sede giurisdizionale.³⁴

³² Foro amm.-Cons. Stato, 2002, 1281 (m).

³³ Foro amm.-Cons. Stato, 2002, 919 (m) ; da ciò potendosi derivare la conseguenza che non debbano essere motivati gli atti della p.a. quale privato datore di lavoro nel rapporto di pubblico impiego privatizzato.

³⁴ Foro amm.-Cons. Stato, 2002, 1288 (m).

C. Stato, sez. V, 01-10-2001, n. 5187 ha ritenuto che l'atto amministrativo, oggetto di impugnazione, non può essere integrato con motivazione postuma nel corso del giudizio, con la conseguenza che va esaminato alla stregua delle sole ragioni poste a suo sostegno e in esso esplicitate³⁵ ed eguale principio è stato espresso dalla nota C. Stato, sez. IV, 29-04-2002, n. 2281 secondo cui non è consentita nel corso del giudizio, da parte del difensore della p.a., l'integrazione della motivazione del provvedimento impugnato.

C. Stato, sez. VI, 06-05-2002, n. 2400 ha tuttavia precisato che l'integrazione postuma della motivazione si ha quando il provvedimento amministrativo viene prima adottato e poi motivato, non quando il provvedimento adottato con una determinata motivazione viene comunicato al destinatario in forma sintetica e poi conosciuto all'atto della produzione in giudizio.

Controverso è poi il tema della sufficienza dei punteggi numerici nelle valutazioni concorsuali su cui C. Stato, sez. IV, 29-10-2001, n. 5635 ha ritenuto, in conformità alla giurisprudenza maggioritaria, che l'onere di motivazione circa la valutazione delle prove scritte di un concorso pubblico o di una procedura selettiva per il conseguimento dell'idoneità per l'iscrizione negli albi e collegi professionali è di regola sufficientemente adempiuto con la sola attribuzione del punteggio numerico, essendo questa una espressione sintetica, ma eloquente, della valutazione compiuta dalla commissione (fattispecie relativa all'esame per l'idoneità all'esercizio della professione di avvocato).³⁶

CdS VI 25 febbraio 2003 n. 1054 ha poi giudicato su una fattispecie che aveva condotto il Tar del Lazio ad impegnative affermazioni sulla possibilità di una motivazione successiva³⁷.

Confermando tale pronuncia il Consiglio di Stato, senza affermare alcun principio vincolante in tema di motivazione postuma, ha rilevato che l'intervento successivo dell'autorità garante per la concorrenza ed il mercato era giustificato dalla dinamica dei rapporti economici sottostanti (relativi ad una campagna pubblicitaria di cui si assumeva l'ingannevolezza in corso di svolgimento con necessità di continuativi interventi del garante).

In detta pronuncia si legge che "il nostro ordinamento non conosce un principio generale che imponga alla pubblica amministrazione un onere di *clare loqui* spinto fino al punto di esplicitare, in modo esaustivo e con effetto preclusivo, tutti i motivi che possano supportare una determinata

³⁵ Foro amm., 2001, 2786 (m).

³⁶ Giur. it., 2002, 393.

³⁷ T.a.r. Lazio, sez. I, 16-01-2002, n. 398 che ha statuito: "La circostanza che l'amministrazione possa integrare la motivazione di un proprio atto contro il quale pende un ricorso giurisdizionale non pregiudica il diritto di difesa del privato che può impugnare con atto di motivi aggiunti l'atto sopravvenuto in pendenza di un giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 21 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, come modificato dall'art. 1 l. 21 luglio 2000 n. 205, e tanto più che all'amministrazione, se può essere chiamata a rispondere della illegittimità dei propri atti in sede risarcitoria, non può essere negato il potere-dovere di intervenire in via di autotutela." Vedila in Trib. amm. reg., 2002, I, 1;Giornale dir. amm., 2002, 641, n. CERULLI IRELLI;Foro amm.-Tar, 2002, 115;Foro amm.-Tar, 2002, 511 (m), n. GALETTA; Urbanistica e appalti, 2002, 936, n. TARANTINO;Nuovo dir., 2002, I, 613, n. MAZZIA;Quaderni regionali, 2002, 350 Guida al dir., 2002, fasc. 7, 70, n. CORRADO.

conclusione, dovendosi al contrario ammettere che la pubblica amministrazione possa mettere in evidenza, ad esempio in sede di provvedimento di diniego, motivi autosufficienti considerati più significativi. L'assunto è corroborato dalla considerazione che il sistema processuale, ai sensi dell'art. 26 l. 1034/71, è basato sul principio della salvezza del potere amministrativo di riesercitare dopo il giudicato amministrativo e nel rispetto dei vincoli da esso promananti; e che solo con riferimento alla fattispecie del riesercizio della potestà pubblica in un turno di tempo successivo al giudicato di annullamento, la giurisprudenza, facendo leva sulla discontinuità delle regole dell'agire amministrativo segnata dalla statuizione giudiziale cassatoria, ha concluso nel senso dell'emersione di un onere di integrale motivazione, incompatibile con una riserva di ulteriore esplicitazione di motivi di diniego (Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, id., 1999, III, 166).

Questa possibilità di ulteriori pronunciamenti da parte dell'autorità, propria del nostro sistema amministrativo e consona all'attuale modello di controllo giurisdizionale, a maggior ragione deve essere riconosciuta quando, come nella specie, l'appunto di fondo dal garante mosso alla campagna pubblicitaria rimanga sostanzialmente inalterato da un provvedimento all'altro, e alla base dei reiterati interventi dell'autorità vi sia, a ben vedere, il non soddisfacente superamento da parte dell'operatore dei profili di ingannevolezza addebitatigli sin dall'inizio.”

Il Consiglio non si avventura sulla strada, scivolosa, della motivazione postuma, ma considera l'immanenza del potere amministrativo come circostanza che può sempre legittimare successivi interventi dell'amministrazione nel corso del procedimento.

Va ricordata in ultimo la celeberrima C. Stato, sez. V, 06-02-1999, n. 134, Pres. Paleologo, Est. de Francisco, citata anche dalla precedente sentenza; in questa decisione il Consiglio di Stato, intervenendo sul tema del difetto di motivazione e del giudicato, ha ritenuto che una volta passata in giudicato la sentenza di annullamento di un diniego di concessione edilizia, non è ammesso il ricorso per l'esecuzione del giudicato se l'amministrazione abbia rinnovato il diniego sulla base di diversa motivazione; tuttavia è *onere dell'amministrazione, dopo il giudicato, esaminare la pratica nella sua interezza, con la conseguenza che, una volta rinnovato il diniego, non può più assumere ulteriori provvedimenti sfavorevoli per profili non ancora esaminati.*

Con questa pronuncia il Supremo Consesso ha posto un limite alla ritenuta inesauribilità del potere amministrativo che non può tradursi in un potere di centellinare provvedimenti negativi.³⁸

³⁸ Foro it., 1999, III, 166; Cons. Stato, 1999, I, 211; Giur. it., 1999, 1315; Foro amm., 1999, 349; Urbanistica e appalti, 1999, 1229, n. RUSSO; Giur. it., 1999, 2414, n. CANNADA-BARTOLI; nel Repertorio Foro It.: 1999, Giustizia amministrativa [3340], n. 1120. Nello stesso senso Tar Puglia Sez. Lecce 7 febbraio 2002 n.842, in Urb. appalti, 2002, 955 e ss. con nota di G. DE GIORGI CEZZI *Sull'inesauribilità del potere amministrativo.*

Il problema della denuncia di inizio attività: assenza di motivazione , atto amministrativo implicito, controlli sulla legittimità della situazione di fatto.

La ritenuta centralità dell'azione amministrativa non esclude affatto che debba segnalarsi come, in materia di provvedimenti favorevoli ai privati e di attività economiche, si stia arrivando alla generalizzazione dell'istituto della denuncia di inizio attività per le attività autorizzatorie vincolate , salvo specifiche eccezioni , ed altresì alla generalizzazione dell'istituto del silenzio-assenso.³⁹

Dalla generalizzazione di istituti come la denuncia di inizio attività ed il silenzio assenso deriva la *dequotazione della motivazione per effetto della deregulation*.

La liberalizzazione delle attività economiche comporta una riduzione delle garanzie.

La denuncia di inizio attività comporta la rilevanza di un atto dei privati a fini amministrativi, atto che, privo di motivazione, non assolve ad alcuna funzione garantistica nei confronti dei privati controinteressati.

La disciplina era già nella legge n. 241/1990, come disciplina della denuncia di inizio attività di cui all'art. 19 (mentre il silenzio assenso, di cui all'art. 20, era disciplinato analiticamente nel d.p.r. 26 aprile 1992 n. 300).

Si è ritenuto che la denuncia di inizio di attività che, ai sensi dell'art. 19 l. 7 agosto 1990 n. 241 (nel testo sostituito dall'art. 2, 10° comma, l. 24 dicembre 1993 n. 537), assume il valore di autorizzazione amministrativa è e rimane un atto del privato; tale denuncia – si è osservato - non è, pertanto, autonomamente impugnabile con ricorso al giudice amministrativo, innanzi al quale possono essere invece impugnati gli eventuali atti amministrativi presupposti, dal cui annullamento può conseguire l'accertamento dell'illegittimità dell'attività posta in essere dall'autore della denuncia e la sua cessazione.⁴⁰

L'attività del privato infatti è libera, scaduto il termine per l'esercizio del controllo, (sessanta giorni dalla presentazione della domanda), mentre ovviamente l'assenza di motivazione non riveste più alcuna importanza.

L'equilibrio dei valori costituzionali può essere turbato da un eccessivo diffondersi di questo strumento di liberalizzazione delle attività private , con la conseguente necessità di prevedere eccezioni che possano ripristinare una certa considerazione dell'interesse pubblico e di ipotizzare un'utilizzazione del rimedio del rito avverso il silenzio che dia corpo alle esigenze di tutela dei controinteressati.⁴¹

³⁹ Una norma in proposito è contenuta nel d.d.l sulla competitività di prossima adozione da parte dell'esecutivo, attualmente in discussione con le parti sociali.

⁴⁰ T.a.r. Abruzzo, 14-02-1995, n. 30 in Trib. amm. reg., 1995, I, 1803 e Ragiusan, 1995, fasc. 134, 51.

⁴¹ Tar Liguria n. 113 del 2003 ha ritenuto che:

Appare convincente la ricostruzione dell'istituto che, di recente, ha operato il Tar Campania, con la sentenza 6 dicembre 2001 n. 5272, Pres. Coraggio, Est. Pagano, ritenendo che:

“1. A seguito della denuncia di inizio attività prevista dalla L. 662/96 si determinano, essenzialmente, due effetti: l'uno per il privato (variamente etichettato: fatto legittimante *ex lege* all'esercizio dell'attività in questione; esercizio di autoamministrazione *et similia*), l'altro, per la P.A., la quale, nei termini perentori previsti dalla legge, deve effettuare una verifica circa la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti dalla legge per la D.I.A.

“1. La denuncia di inizio di attività si sostanzia in un atto soggettivamente ed oggettivamente privato, che non legittima, di per sé, l'intrapresa delle preannunciate attività, nè sostituisce giuridicamente alcun titolo edilizio, non potendo quindi costituire oggetto di specifica e diretta impugnativa in sede giurisdizionale amministrativa.

2. Al silenzio tenuto dall'amministrazione in relazione ad una denuncia di inizio di attività non può essere attribuito il valore né di un tacito atto di assenso all'esercizio delle attività denunciate dal privato, né di un implicito provvedimento positivo di controllo a rilevanza esterna, ma piuttosto di un mero comportamento rapportabile, sul piano degli effetti legali tipici, ad un'attività di verifica conclusasi positivamente senza intervenire sul processo di produzione della posizione soggettiva del denunciante, e quindi inidonea di per sé a sostanziare un'autonoma determinazione di natura provvedimentale direttamente impugnabile in sede giurisdizionale con un'azione di annullamento.

3. Il comportamento silente della P.A. in relazione ad una denuncia di inizio di attività non è giuridicamente qualificabile come "inadempimento" e, come tale, non è impugnabile da parte di un terzo secondo il rito speciale di cui all'art. 21 bis della L. n. 1034 del 1971.

4. Il terzo che ritenga di essere leso da una denuncia di inizio di attività è legittimato ad agire avverso il silenzio tenuto dall'amministrazione, sulla scorta di un giudizio di cognizione tendente all'accertamento della insussistenza dei requisiti e dei presupposti fissati dalla legge per la libera intrapresa della attività edilizia, e quindi della illegittimità del silenzio medesimo. A tal fine, nei confronti dell'amministrazione che abbia omissso di esercitare il suo potere inibitorio entro il termine decadenziale fissato dalla legge, il terzo può esercitare un'azione di accertamento circa la legittimità di tale comportamento (con ogni conseguenza sulle opere già eseguite, in caso di accoglimento del ricorso), a cui è intimamente connessa un'azione risarcitoria, ove ne ricorrano i presupposti, ed è strumentalmente collegata un'ulteriore azione cautelare per assicurare interinalmente, in presenza di un pregiudizio grave ed irreparabile, gli effetti della decisione sul ricorso.

5. Il termine entro cui il terzo che assuma di essere stato leso da una denuncia di inizio di attività deve proporre il giudizio di accertamento va individuato in quello decadenziale di sessanta giorni dalla conoscenza della illegittimità del comportamento silente tenuto dall'amministrazione; conoscenza questa che verosimilmente interverrà, salvo prova contraria, con l'intrapresa dei lavori.

6. Dall'art. 2, comma 60, punto 8 e punto 15 della L. 662/96, emerge che, nell'ipotesi di immobili vincolati, al fine di soddisfare la condizione richiesta per procedere a denuncia di inizio attività, è sufficiente (e necessario) che l'interessato presenti, unitamente alla denuncia, il dovuto nulla osta della competente autorità.

All'opposto Tar Lombardia Sez. Brescia n. 397 del 2001 ha ritenuto che:

“Nel quadro normativo di cui alla denuncia di nuova attività edilizia, assume autonomo rilievo provvedimentale, ai fini dell'eventuale preclusione dell'altrimenti normale operatività della D.I.A., non già il parere positivo ancorché formalmente espresso e comunicato dal Responsabile dell'Ufficio in ordine alla realizzabilità delle opere ivi indicate, ma esclusivamente l'eventuale formale dissenso espresso da quest'ultimo nel termine di 20 giorni a tal fine prescritto dall'art. 4 del D.L. 5.10.1993, n. 398, convertito nella L. 4.12.1993, n. 493.

Il ricorso con il quale si contesti il silenzio serbato da un Comune su una denuncia d'inizio d'attività edilizia ex D.L. 5.10.1993, n. 398, convertito nella L. 4.12.1993, n. 493, costituisce una vera e propria azione di adempimento nei riguardi dell'Amministrazione che non abbia previamente adottato nel termine stabilito dalla legge la statuizione di segno negativo se del caso applicabile in base alle prescrizioni del vigente strumento urbanistico.

L'eventuale dissenso espresso dal Comune a seguito di denuncia di inizio dell'attività edilizia nel termine prescritto dall'art. 4 del D.L. 5.10.1993, n. 398, convertito nella L. 4.12.1993, n. 493, costituisce attività amministrativa rigorosamente vincolata, in cui resta assente ogni diversa e lata valutazione discrezionale nel significato proprio di una scelta tra concorrenti interessi pubblici o privati per il perseguimento di quello pubblico reputato poizore.

E' illegittimo il silenzio serbato da un Comune su di una denuncia di inizio dell'attività edilizia riguardante un manufatto destinato a ricovero di legna nel caso in cui tale manufatto risulti dotato di sufficiente stabilità per poter essere rettamente annoverato anche in rapporto alle sue rilevanti dimensioni fra le costruzioni urbanisticamente rilevanti ai sensi di cui all'art. 1 della L. 28.1.1977, n. 10 e, comunque, la sua destinazione a ricovero di legna risulti estranea alla produzione del fondo, ove sia assente ogni vincolo di necessaria funzionalizzazione.”

2. Nel caso di denuncia di inizio attività, il potere di cui dispone la P.A., a differenza di quanto avviene nel regime a previo atto amministrativo, non è finalizzato all'emanazione dell'atto amministrativo di consenso all'esercizio dell'attività, ma alla verifica (ascrivibile, secondo una tesi, al potere di vigilanza nei confronti del corretto esercizio di attività già autorizzata; secondo altra, sicuramente da ritenersi estranea all'attività di controllo), priva di alcuna discrezionalità, della corrispondenza di quanto dichiarato dall'interessato rispetto ai canoni normativi stabiliti per l'attività in questione.

3. La regola della previa necessaria impugnazione dell'atto amministrativo, preclusiva per il privato della richiesta della autotutela, implica l'esistenza di un provvedimento della P.A., che nella denuncia di attività non sussiste; onde deve riconoscersi la pretesa del privato pregiudicato dalle opere illegittimamente realizzate mediante D.I.A. di ottenere una risposta dalla P.A. in ordine alla mancata attivazione dei suoi poteri repressivi ex art. 21, 2° comma, L. 241/90.

4. Nel caso in cui non sussistano le condizioni che legittimavano l'inizio di una attività "libera" sulla base della D.I.A. e si tratti di attività per la quale sia richiesto il preventivo rilascio di una concessione od autorizzazione edilizia, l'amministrazione ha l'obbligo di rispondere sulla istanza del terzo legittimato (nella specie, il Codacons) in ordine alla mancata attivazione dei suoi poteri repressivi ex art. 21, 2° comma, L. 241/90, anche con specifico riferimento a quelli propri della legislazione edilizia".

Siamo di fronte ad una vera e propria ritirata dell'atto amministrativo, del provvedimento, della funzione garantistica dello stesso, che costringe a funambolismi interpretativi nella ricerca di strumenti di tutela dei controinteressati.

La duttilità del processo amministrativo ha consentito di individuarli, ma va rilevato che il rito del silenzio, applicato alla d.i.a. subisce una certa torsione, non risultando tanto chiaro se sia semplicemente da accertare l'inosservanza dell'obbligo di provvedere sull'istanza del controinteressato, ovvero se sia da concludere il giudizio con un accertamento sulla fondatezza nel merito della pretesa (relativa ad attività vincolate della p.a.).

Quale che sia la conclusione, certo la d.i.a. (così come l'istituto del silenzio assenso che è atto tacito quindi per sua natura non motivato) segna in modo massivo la scomparsa della motivazione dall'orizzonte dell'attività amministrativa condizionante il diritto dell'economia, per addivenire ad un modulo organizzativo dei controlli imperniato sulle attività successive all'inizio dell'impresa.

La recente legge sul procedimento amministrativo

La motivazione del provvedimento amministrativo tuttavia è stata oggetto di un recente interessamento da parte del legislatore, con la legge 11 febbraio 2005 n. 15, recante modifiche ed

integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241, sicché è opportuno verificare la portata ed il senso delle innovazioni normative introdotte poiché esse hanno un segno del tutto differente rispetto a quello ricavabile dai recenti provvedimenti di liberalizzazione.

In primo luogo va rilevato che la legge n. 15 del 2005 ha aggiunto un nuovo periodo, all'art. 6, comma 1, lett. *b*) della legge n. 241 del 1990, con il quale si specifica che l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento, se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

La norma esprime un canone di coerenza tendenziale fra istruttoria e provvedimento finale. Si tratta di un principio di buona andamento e di coerenza dell'azione amministrativa già implicito nel sistema.

E' tuttavia da segnalare, che non è del tutto indolore avere previsto tale disposizione .

Infatti come sempre avviene nel diritto amministrativo, disciplina dell'attività amministrativa, ossia di un'attività umana per sua natura flessibile ed elastica, prevedere in via normativa la recezione di principi determina un effetto di irrigidimento della disciplina che può condurre ad esiti non previsti.

Restando alla norma in esame, ossia all'art. 6 comma 1 lett. *b*) ultimo periodo della legge 7 agosto 1990 n. 241, va rilevato che il primo effetto della disposizione è ampliare l'area del vizio di difetto di motivazione sanzionabile in via diretta per violazione di legge: la norma consente, ovviamente, di ritenere che un provvedimento finale che non abbia dato conto in modo specifico delle ragioni per cui disattende le risultanze dell'istruttoria sia illegittimo per violazione di un preciso disposto legislativo.

Ma tale norma, essendo dettata per il solo caso in cui l'organo competente ad adottare il provvedimento finale sia diverso dal responsabile del procedimento, pone il problema del trattamento giuridico di una decisione del responsabile del procedimento, che sia anche competente ad adottare il provvedimento finale e che si discosti dalle risultanze dell'istruttoria senza motivare adeguatamente : in questo caso il provvedimento sarà egualmente viziato, ma, evidentemente, essendo viziato non per violazione di legge, ma per eccesso di potere, sarà trattabile secondo i principi della teoria della dequotazione della motivazione e quindi sarà censurabile solo ove la scelta del decidente non appaia ragionevole o giustificabile.

In altri termini è stato introdotto un onere di motivazione formale che vale solo per il caso in cui l'atto finale debba essere adottato da un organo che non ha proceduto all'istruttoria, solo in questo caso dovendosi l'organo fare carico, formalmente prima che sostanzialmente, dell'onere di motivare una scelta che possa apparire non coerente rispetto alle acquisizioni istruttorie avutesi per opera del responsabile del procedimento.

Attraverso questo esempio si inizia a delineare uno spazio nuovo per la teoria della dequotazione della motivazione lo spazio, residuale, in cui il difetto di motivazione opera come figura sintomatica dell'eccesso di potere, mentre in diverso caso, tutte le volte che si possa riportare il difetto di motivazione all'area dei vizi di violazione di legge, è evidente che il difetto formale di un elemento dell'atto porterà ad una patologia del tutto differente.

A questo proposito va segnalato anche che la stessa legge, con improvviso ed ulteriore (anche se solo apparente) irrigidimento formalistico, rispetto alla tradizionale previsione delle forme di patologia dell'atto amministrativo, all'art. 14 , introducendo il nuovo articolo 21 *septies* della legge 7 agosto 1990 n. 241, prevede una disposizione che potrebbe astrattamente pensarsi possa incidere sull'argomento della motivazione, modificando il suo regime di trattamento giuridico quale forma di patologia dell'atto.

L'art. 21 *septies* prevede che sia nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, sicché occorre chiedersi se la motivazione di cui all'art. 3 della stessa legge, non sia un elemento essenziale del provvedimento la cui mancanza determina nullità.

Ebbene , tenendo conto dell'insegnamento classico della dottrina più attenta ai profili classificatori della struttura dell'atto⁴², deve escludersi che la motivazione sia un elemento essenziale dell'atto, necessario per la sua ricognizione sul piano dell'esistenza giuridica, essa è un requisito di validità dell'atto, che ne condiziona la legittimità, configurata dall'ordinamento, in via generale, quale regime di annullabilità.

Ma anche potendo ipotizzare, in una prima lettura, che si voglia non condizionata dalle acquisizioni della dottrina tradizionale, che la mancanza della motivazione possa in alcuni casi rilevare come mancanza di un elemento essenziale, cioè, a ben vedere, avverrà nei soli casi in cui il difetto di motivazione si traduca in un'impossibilità di riconoscere del tutto la volontà espressa nel provvedimento, rendendola del tutto perplessa e non individuabile, non nei casi in cui la volontà vi sia ma non sia stata motivata la ragione della scelta amministrativa.

Il tema può essere solo accennato poiché la nullità/inesistenza dell'atto introdotta dalla legge meriterà un'opera di scavo giurisprudenziale, che dovrà essere volto al reperimento di agili

⁴² VIRGA *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 1992, pag. 42 e ss. identifica i seguenti elementi essenziali dell'atto : l'agente, la volontà, l'oggetto , la forma. Dubbioso sul riferimento agli elementi essenziali dell'atto è A. ROMANO TASSONE *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/1990* in www.giust.amm., che nota che l'individuazione di tali elementi non è affatto scontata, a meno che non si voglia rifarsi alla nota costruzione negoziale del provvedimento amministrativo, che ha dimostrato da tempo la sua labilità e che proprio la novella contribuisce – ad avviso dell'autore – a seppellire definitivamente. Perplessità sulla disposizione ha espresso anche F. SATTA *La riforma della legge n. 241/1990: dubbi e perplessità*, in www.giust.amm. , secondo cui l'ipotesi è stata tratta da manuali. Aggiungerei malamente tratta. Verrà il dubbio sul confine fra nullità ed inesistenza dell'atto o del provvedimento, se la nullità per difetto di elementi essenziali sia da limitare ai casi in cui il provvedimento non sia identificabile *in rerum natura* o se riguardi casi ulteriori, come ad es. proprio il difetto di motivazione, conclusione che, tendenzialmente chi scrive sarebbe portato ad escludere, perché ne verrebbe pressoché cancellata la giurisdizione amministrativa.

strumenti di demarcazione fra le fattispecie , che consentano di avere certezze sul regime di impugnabilità dell'atto.

Sempre la legge n. 15 del 2005 introduce un'altra novità; l'istituto della motivazione anticipata, o della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

Si prevede che, nei procedimenti ad istanza di parte, il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima dell'adozione del provvedimento finale negativo, comunichi tempestivamente , agli istanti, i motivi che ostano all'accoglimento della domanda.

Tale comunicazione non è ancora atto lesivo, perché è preordinata alla presentazione di osservazioni e documenti da parte dei privati, di cui occorrerà dare conto nella motivazione del provvedimento finale.

L'amministrazione quindi è astretta da una parte dagli istituti della d.i.a. e del silenzio assenso, dall'altra dagli oneri motivatori più intensi derivanti dall'istituto della motivazione anticipata.

Si tratta, in quest'ultimo caso, di una duplicazione di oneri motivatori che, se rafforza le garanzie per gli istanti, non potrà non incidere sulla speditezza, sulla economicità, sull'efficienza e l'efficacia dei procedimenti.

La mancanza di specifica motivazione in ordine alle osservazioni ed ai documenti presentati dagli istanti si tradurrà in vizio di violazione di legge.

La pregnanza della motivazione richiesta deriverà dal "peso" degli elementi forniti dal privato, ma una motivazione dovrà esservi , diretta in modo specifico alla valutazione di questi elementi, che , forniti in limine , saranno spesso volti ad appesantire gli oneri decisori dell'amministrazione, onde rendere difficile l'adozione di un provvedimento sfavorevole.

Unica esclusione prevista: i procedimenti concorsuali ed i procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale.

Un'ultima disposizione d'interesse è quella sull'annullabilità che prevede che gli atti non possano essere annullati per violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, quando per la natura vincolata del provvedimento sia *palese* che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Il provvedimento non può essere annullato per difetto di comunicazione di avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Il punto che interessa il nostro discorso sulla motivazione è il seguente , se la motivazione è requisito formale del provvedimento *ex art. 3* della legge n. 241/1990, e tale è, allora è evidente che il legislatore stesso ha tenuto conto della necessità di non irrigidire tale requisito dando luogo ad

annullamenti formalistici, ed ha previsto che l'annullamento non si pronunci, le quante volte il provvedimento abbia natura vincolata.

In sostanza la c.d. dequotazione della motivazione di fronte alle esigenze della giustificazione dell'attività amministrativa, trova un suo riconoscimento legislativo, ma solo per gli atti vincolati, non per le attività discrezionali (per le quali si consente tuttavia di prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento); per le attività vincolate è possibile la motivazione postuma purché si provi che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Si è criticata aspramente, da un illustre autore, la disposizione, invero non perspicua, con queste parole che meritano di essere ricordate, anche se, invero, esse sono dirette soprattutto a criticare l'irrilevanza dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento ossia il disinvolto superamento delle garanzie del contraddittorio da parte del legislatore :

“Il disordine è profondo. Gli atti vincolati non possono essere annullati quando sia palese che il loro contenuto non poteva essere altro che quello avuto; per gli atti discrezionali non ha rilevanza la mancata comunicazione di avvio del procedimento – cioè niente di meno che la mancata instaurazione del contraddittorio – se l'amministrazione dimostra in giudizio che il loro contenuto non poteva essere diverso da quello in concreto avuto. Che cosa significa qualora sia palese? Palese a chi? Gli atti vincolati difficilmente ricadono nella giurisdizione amministrativa; chi altro li annulla? La stessa amministrazione? E se si dimostrasse in giudizio che altro provvedimento non si sarebbe potuto assumere, è forse questo motivo sufficiente per consentire all'amministrazione di ignorare una delle disposizioni più importanti di tutto il diritto pubblico, quella che garantisce il diritto di difesa in sede di formazione delle decisioni discrezionali, prima dell'adozione del provvedimento?”

Ci permettiamo di aggiungere una chiosa a parole così chiare : in tema di motivazione postuma l'allarme può essere minore, il legislatore l'ha consentita solo per gli atti vincolati, non per gli atti discrezionali, sicché la norma non appare così squilibrata e lesiva del diritto di difesa, come l'altra dettata nel campo, assai più delicato, delle valutazioni discrezionali.

Conclusioni

La motivazione, ricacciata dalla liberalizzazione nell'angolo, rimane il centro dell'*agere* dell'amministrazione come autorità (Corte Cost. n. 204/2004), quasi uno zoccolo duro che non si presta ad essere dissolto.

Fra sostanza e forma, fra diritto sostanziale e processo, fra autonomia dell'amministrazione ed intervento del giudice, essa resta il miglior modo per garantire la *ragionevolezza* dell'uso del potere.⁴³

La vicenda della d.i.a. conduce a credere che il legislatore non creda più nella motivazione come strumento di garanzia della società civile, dei privati, privilegiando moduli di rapporto amministrazione/privati improntati al principio di autoresponsabilità ed ai controlli successivi.

L'irrigidimento degli obblighi motivatori nel vizio di violazione di legge, la loro sempre più dettagliata specificazione da parte della norma si accompagna per altro verso ad un certo emergere della logica della dequotazione.

Esenzione dalla motivazione per ragioni di liberalizzazione, suo irrigidimento in un requisito di forma, dequotazione della motivazione per esigenze di sanatoria della giustificazione dell'atto sono tendenze tutte presenti nella legislazione che non sembra sapere scegliere con chiarezza fra opposte e contraddittorie spinte.

Se alla d.i.a. si aggiunge l'esenzione della motivazione prevista per gli atti generali si segnala una riduzione dell'ambito applicativo del principio che è destinata a connotare il futuro del diritto amministrativo, cambiando volto al sistema dei controlli.

Se poi a tale fenomenologia si accostino le recenti innovazioni contenute nella legge sul procedimento si avrà l'impressione netta che la motivazione, quale costruita da due secoli di lavoro della giuspubblicistica e della giurisprudenza, ormai è confinata all'ambito delle attività discrezionali non investite dalla liberalizzazione e quindi, potremmo dire delle attività discrezionali "in senso forte".

Il principio di motivazione, quindi, assume un senso pregnante a fronte dell'attività amministrativa discrezionale in senso forte, mentre non appare del tutto conciliabile con la speditezza del procedimento il richiedere la motivazione formale per gli atti vincolati o per le attività che si vogliono investire con il vento delle liberalizzazioni.

E' posta così all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza l'eventualità di un ritorno al passato, che individuava l'obbligo di motivazione come obbligo nascente dalla natura dell'atto, non generalizzabile, non predicabile per ogni campo dell'attività amministrativa, a pena di sacrificare il principio di economia dei mezzi che era caro a Mario Nigro, ed è necessario all'impostazione di un corretto rapporto fra sfera pubblica e sfera privata.

Se, a fronte del dilagare delle d.i.a., basterà il rito del silenzio a proteggerci dal volto "demoniaco" del potere⁴⁴ o assisteremo a defatiganti fughe dell'amministrazione dall'assolvimento dei suoi obblighi di controllo è presto per dirlo.

⁴³ Sul principio di ragionevolezza cfr. VIPIANA P. M., *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, pag. XII-156.

Speriamo, a fronte di queste liberalizzazioni, di non dover rimpiangere i tempi in cui per assicurare la legittimità dell'atto amministrativo si contava sull'intuito, soggettivo, del buon funzionario, sulla sua sagacia motivatoria, sulla sua capacità di dare un equilibrato assetto agli interessi in giuoco nella vicenda amministrativa.

Dopo il passaggio dal negozio amministrativo al procedimento il diritto amministrativo si privatizza e questo può determinare un ulteriore cambiamento epocale della sua breve e già tormentata storia, con il ridimensionamento della motivazione che cede di fronte alle esigenze dell'impresa, e rischia di permanere solo nel rapporto della p.a. con altri mondi vitali della società civile, diversi dall'impresa, e solo negli spazi di discrezionalità "forte".

La tecnicizzazione dell'attività amministrativa e la grande complessità di alcuni settori della vita economica (concorrenza, banche e assicurazioni) ci inducono – tuttavia e conclusivamente - ad affermare che *un'attività amministrativa senza motivazione – anche solo considerando le esigenze delle imprese - sia incapace di reggere la sfida della modernità, che non può che essere basata su un adeguato confronto ed equilibrio fra potere pubblico e poteri privati.*

⁴⁴ Il riferimento è al noto saggio di G. RITTER *Il volto demoniaco del potere* Bologna 1948, vera e propria storia dei rapporti fra il potere e la morale da Machiavelli ai tempi moderni fino al processo di Norimberga. Le meditazioni del Ritter sono, come è noto, condizionate dal nazismo; il demoniaco per Ritter appartiene al potere, ad ogni tipo di potere, perché il potere è per definizione ambiguo, incerto, avvolto da una luce crepuscolare, in cui è difficile scindere il bene dal male, la dedizione dall'egoismo, la creazione dalla distruzione. Senza il potere tuttavia non è possibile alcuna costruzione politico-giuridica di un ordine di convivenza. Si tratta di riflessioni tardo-hobbesiane e pessimistiche sulla natura umana, a cui si può contrapporre una diversa linea di pensiero che da Locke arriva a Croce ed all'ironia liberale di Richard Rorty. Tuttavia esse non sono datate, perché i drammi del secolo breve ci hanno resi avvertiti della banalità del male.