



**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA
IN DISCIPLINE GIURIDICHE**

CURRICULUM DIRITTO AMMINISTRATIVO

XXX CICLO

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

Candidata: Dott.ssa Maria Stella Bonomi

Tutor: Prof. Giulio Napolitano

Coordinatore: Prof. Giuseppe Grisi

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

CAPITOLO I

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

1. L'ascesa della motivazione: uno sguardo comparato.....	1
2. La crisi della motivazione	16
3. Dovere o obbligo di motivazione?.....	20
4. La metamorfosi del diritto amministrativo e il rinnovato ruolo della motivazione....	23
5. La motivazione, i motivi e la causa del provvedimento.....	30
6. Motivazione e motivazioni: l'apparente uniformità dell'obbligo di motivazione e le regole speciali	34

CAPITOLO II

LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI CONCERNENTI L' ORGANIZZAZIONE
AMMINISTRATIVA, I PUBBLICI CONCORSI E IL PERSONALE:
UN DIFFICILE EQUILIBRIO TRA EFFICIENZA E GARANZIE

1. Gli atti di micro-organizzazione e macro-organizzazione tra obbligo di motivazione e aporie normative.....	37
2. Pubblici concorsi: quali atti vanno motivati e come motivarli.....	45
2.1. Il perimetro oggettivo dell'obbligo di motivazione e la nozione di «pubblici concorsi».....	45
2.2. Come e quanto motivare gli atti dei pubblici concorsi: le oscillazioni tra la motivazione numerica implicita e il giudizio (negativo) espresso.....	49
3. I riflessi della privatizzazione del pubblico impiego sull'obbligo motivazionale degli atti di micro-organizzazione.....	65

3.1. La sospensione cautelare: natura dell'atto e conseguenze in punto di motivazione.....	70
3.2. L'ordine di trasferimento del militare: il dovere per il dovere o il dovere per una ragione?.....	76

CAPITOLO III

LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI GENERALI COME STRUMENTO DI LEGITTIMAZIONE

1. Atti normativi e atti amministrativi generali: eccezioni reali e apparenti all'obbligo di motivazione.....	82
2. I bandi e gli atti della procedura di gara: se e quanto motivare.....	88
2.1. Quanto la natura del bando di gara può influire sull'obbligo di motivazione.....	88
2.2. La motivazione esterna e interna del bando di gara.....	91
2.3. La motivazione degli atti di gara successivi al bando: esclusioni, ammissioni, offerte anomale e aggiudicazione.....	100
3. Atti generali a contenuto precettivo: le scelte di pianificazione e programmazione urbanistica non sono sempre immotivate.....	115
3.1. I caratteri del Piano regolatore generale e le ricadute sull' <i>an</i> e sul <i>quantum</i> dell'obbligo di motivazione.....	119
3.2. Le c.d. varianti al Piano regolatore generale e l'obbligo motivazionale nella giurisprudenza amministrativa.....	128
3.3. Apposizione e reiterazione di vincoli preordinati all'esproprio: una motivazione rafforzata.....	131
4. La motivazione degli atti di regolazione delle autorità indipendenti quale fattore di legittimazione.....	135
4.1. L'attuazione dell'obbligo motivazionale degli atti regolatori: l'analisi di impatto della regolazione e la verifica di impatto della regolazione.....	145
5. Le linee guida dell'Anac nel sistema delle fonti: natura giuridica e obbligo di motivazione.....	152

CAPITOLO IV

LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI AMPLIATIVI E LA TUTELA DEI TERZI

1. Premessa.....	158
2. L'importanza della motivazione dell'autorizzazione e del diniego di autorizzazione.....	161
2.1. La motivazione dell'autorizzazione integrata ambientale.....	166
2.2. La motivazione delle autorizzazioni paesaggistiche.....	168
2.3. La motivazione delle autorizzazioni concernenti il servizio farmaceutico.....	174
3. Il ruolo della motivazione nei titoli abilitativi edilizi provvedimentali e non.....	180
3.1. Il permesso di costruire e la motivazione tra discrezionalità e «potere» vincolato.....	181
3.2. I titoli abilitativi de-provvedimentalizzati: una nuova dimensione per l'obbligo di motivazione.....	196
3.2.1. Persistenza dell'obbligo di motivazione e Segnalazione certificata di inizio attività.....	198
3.2.2. La motivazione dell'inerzia: il silenzio significativo quale titolo abilitativo.....	206
4. Lo strumento concessorio, le scelte amministrative e i conseguenti obblighi motivazionali.....	211
5. La motivazione nell'affidamento in concessione e nella gestione dei beni pubblici.....	222

CAPITOLO V

LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI RESTRITTIVI E LA TUTELA DEL

DESTINATARIO

1. Il procedimento espropriativo e il ruolo centrale della motivazione.....	227
1.1. Le due macro-fattispecie di deviazione dal normale corso del procedimento espropriativo.....	237
1.1.1. Le occupazioni legittime e l'obbligo di motivazione.....	238

1.1.2. Le occupazioni illegittime e la motivazione della c.d. espropriazione semplificata <i>ex art. 42-bis</i> Testo Unico espropriazione.....	242
2. La motivazione degli atti sanzionatori e il c.d. <i>due process</i>	249
3. La centralità della motivazione negli atti atipici nel contenuto e negli effetti: le ordinanze contingibili e urgenti.....	258
3.1. La motivazione delle ordinanze sindacali <i>ex art. 54</i> Testo Unico enti locali.....	261
4. L' interdittiva antimafia tra motivazione e <i>fumus</i>	265

CAPITOLO VI

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

1. Premessa.....	273
2. Annullamento in autotutela: l'elasticità dei presupposti e le ricadute in punto di motivazione.....	276
3. Tipicità dei presupposti della revoca, legittimo affidamento e motivazione.....	294
4. L'integrazione della motivazione del provvedimento di primo grado mediante la convalida (in secondo grado).....	303
 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	 307
 BIBLIOGRAFIA.....	 312

CAPITOLO I

LE SORTI DELL'OBBLIGO MOTIVAZIONALE:

ASCESA, CRISI E RIVALUTAZIONE CONTEMPORANEA

SOMMARIO: 1. L'ascesa della motivazione: uno sguardo comparato. – 2. La crisi della motivazione. – 3. Dovere o obbligo di motivazione? – 4. La metamorfosi del diritto amministrativo e il rinnovato ruolo della motivazione. – 5. La motivazione, i motivi e la causa del provvedimento. – 6. Motivazione e motivazioni: l'apparente uniformità dell'obbligo di motivazione e le regole speciali.

1. L'ascesa della motivazione: uno sguardo comparato

Il ruolo dell'obbligo/dovere di motivazione, con riferimento all'attività della pubblica amministrazione, ha subito e subisce ancora oggi una lunga e tormentata evoluzione.

Si tratta, infatti, di un concetto indissolubilmente legato al modo di intendere il rapporto tra amministrazione e soggetti amministrati¹.

In un contesto in cui l'amministrato è suddito, anziché cittadino, è evidente che non vi è spazio alcuno per discorrere di motivazione dell'attività amministrativa. L'amministrazione è libera da vincoli, così come lo è il potere esecutivo di cui essa è espressione.

¹ Sul punto, J. L. MASHAW, *Reasoned Administration: The European Union, the United States and the Project of Democratic Governance*, in *The George Washington Law Review*, 2007, 101, il quale afferma «*administration without reason cannot meet the challenge of defending its democratic legitimacy*». Si veda anche, ID., *The rise of reason giving*, in S. ROSE-ACKERMAN – P. L. LINDSETH – B. EMERSON, in *Comparative Administrative Law*, Elgar, 2017, 268 ss. L'Autore scrive a proposito di «*rise of adequate reason giving as the modern touchstone of an administrative action's legality [...]*».

Tuttavia, il «processo di legalizzazione della pubblica amministrazione»², durato quasi due secoli, ha scardinato l'assetto sopra descritto.

D'altronde, tradizionalmente, la scienza giuridica ha sempre fatto notare che la nascita e l'istituzione di un apparato burocratico non implica affatto la nascita di un «diritto amministrativo»³.

Si può affermare che il diritto amministrativo non nasce con il sorgere delle prime forme di apparati burocratici (si pensi alle tesi storicistiche che fanno risalire la nascita del diritto amministrativo alle Costituzioni di Melfi di Federico II per il solo fatto che, per la prima volta, si creava un apparato burocratico di funzionari della corona), bensì con l'avvio del processo di sottoposizione dell'attività di amministrazione ad un complesso di regole giuridiche volte a disciplinare i poteri esercitabili, le modalità di esercizio, i loro effetti (le c.d. norme di azione) e i rapporti con i soggetti privati interessati dagli stessi.

È in tale processo che si inserisce il tema dell'obbligo di motivazione degli atti attraverso i quali si estrinseca la volontà della pubblica amministrazione, in qualsiasi forma essi siano adottati.

L'avvento della Costituzione del 1948 ha ulteriormente accelerato questo processo, sottoponendo la legge stessa ad una legge di rango superiore, quella costituzionale. La Carta costituzionale ha fatto propri una molteplicità di principi che regolano direttamente la pubblica amministrazione⁴.

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

² Si esprime in tal senso, S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Europ. rev. publ. law*, 3, 2009, 1037 ss.

³ Sul punto, *ex multis*, S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010; L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2013; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996.

⁴ S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, op. cit.

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

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

In secondo luogo, la «legalizzazione» dell'azione amministrativa, sebbene sia una conquista da tenere ben salda, non è più sufficiente. Non è più accettabile l'idea che l'amministrazione agisce bene quando agisce legittimamente. Si è fatta strada, dunque, l'idea che agire bene e agire legittimamente non siano concetti che si esauriscono reciprocamente.

In altri termini, in virtù dell'attenzione al principio di buona amministrazione, si è osservato che la pubblica amministrazione non soltanto deve agire legittimamente, ma lo deve fare anche seguendo logiche di buon andamento e di buona amministrazione⁵.

L'art. 97 della Costituzione, infatti, consacra i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

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

L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza del 2000) sancisce espressamente il c.d. diritto ad una buona amministrazione⁶. Secondo la norma, il diritto di ogni individuo a

⁵ Si veda, J. P. SOLÉ, *EU Law, Global Law and the Right to Good Administration*, in E. CHITI – B. G. MATTARELLA (a cura di), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Berlin, 2011, 133 ss.; J. WAKEFIELD, *The right to good administration*, Alphen aan den Rijn, 2007; L. MILLETT, *The right to good administration in European law*, in *Public law*, 2002, 309 ss.

⁶ Sul diritto ad una buona amministrazione, *ex multis*, L. AZOULAI – L. CLEMENT-WILZ, *La Bonne administration*, in J. B. AUBY – J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (a cura di), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, 2014, 671 ss.; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, 45 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. P. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 49 ss.; R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in R. BIFULCO – M. CARTABIA – A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti: commentario della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 284 ss.

che le proprie questioni siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole si articola in tre corollari: (i) il diritto al contraddittorio già in fase procedimentale, prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento (c.d. *right to be heard*); (ii) il diritto di accesso ai documenti amministrativi, nel rispetto dei principi di riservatezza e segretezza (c.d. *right of access to documents*) ; (iii) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni (c.d. *duty to give reasons*)⁷.

Ciò detto, sorgono spontanee due riflessioni.

In primo luogo, si può notare come l'obbligo di motivazione abbia assunto un rango prima costituzionale⁸ e poi anche europeo. Motivare le decisioni amministrative diviene un presupposto imprescindibile per amministrare bene e non soltanto legittimamente.

In secondo luogo, si osserva che la Carta di Nizza costituisce diritto dell'Unione Europea, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di primazia rispetto alle disposizioni nazionali interne contrastanti e di sindacato diffuso tramite il meccanismo della disapplicazione.

La scienza giuridica, inoltre, ha evidenziato come il principio di buona amministrazione abbia subito una «*importante evoluzione funzionale*». Si scrive di «*evoluzione funzionale*» in quanto il concetto di buona amministrazione può essere interpretato in due diversi significati⁹.

⁷ In ambito comunitario l'obbligo di motivazione è inteso in senso alquanto stringente. Si veda, J. SCWHARZE, *Judicial review of administrative procedure*, in *Law and contemporary problems*, 2004, 91 ss. L'Autore osserva «*As for the duty to give reasons, the Courts are fairly strict. They regularly annul decisions whenever this duty is breached, without any further discussion of whether the infringement is essential*».

Già Feliciano Benvenuti, nel commentare l'art. 5 del Trattato di Parigi, nella parte in cui stabiliva che ciascuna istituzione della Ceca «*rende pubblici i motivi della sua azione*», sottolineava sia le sue potenzialità, sia il rilievo che la Corte di giustizia dell'Unione Europea le aveva attribuito a partire dalla nota sentenza del 21 marzo 1957, causa 2/56. Sul punto, si veda, G. DELLA CANANEA, *Benvenuti e l'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2017, 27 ss.

⁸ *Ex multis*, sottolinea la rilevanza costituzionale della motivazione dei provvedimenti amministrativi B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in M. RENNA – F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 521 ss.

⁹ S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, op. cit.

In principio, la buona amministrazione è stata intesa nel senso di amministrazione più efficace ed efficiente: la c.d. buona amministrazione *ex parte principis*.

Tuttavia, l'idea oggi più condivisa è che il principio di buona amministrazione debba essere inteso *ex parte civis*, come principio rivolto alla tutela dei diritti dei cittadini amministrati.

La differenza è notevole.

Nel primo caso, la buona amministrazione è posta per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, al punto che, secondo questa prospettiva, l'obbligo di motivazione non potrebbe essere considerato affatto un istituto di buona amministrazione, semmai il contrario.

Nel secondo significato, invece, il principio di buona amministrazione diventa il fondamento di una serie di istituti, tra cui anche l'obbligo di motivare le decisioni amministrative, volte a difendere l'amministrato dal cattivo esercizio del potere pubblico.

Inoltre, con l'art. 41 della Carta di Nizza, il principio di buona amministrazione diventa un vero e proprio diritto¹⁰.

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

A livello nazionale e di fonti normative primarie, la legge 7 agosto 1990, n. 241 ha positivizzato i principi e le regole dell'azione amministrativa consolidatisi per elaborazione della giurisprudenza e della scienza giuridica¹¹. La legge, infatti, ha consacrato in una norma l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi¹².

¹⁰ Sul punto, *ex multis*, S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, op. cit.; E. CHITI – C. FRANCHINI – M. GNES – M. SAVINO – M. VERONELLI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, Milano, 2005, 39.

¹¹ L'obbligo motivazionale dei provvedimenti amministrativi, infatti, non nasce con la legge n. 241 del 1990, ma era già stato previsto dalla giurisprudenza e dalla scienza

In principio, nessuna norma disponeva che i provvedimenti amministrativi dovessero essere motivati.

Fù la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese che richiese per la prima volta la motivazione a pena di annullabilità per sviamento di potere; le fecero seguito i tribunali amministrativi dei paesi germanici, i quali si spinsero ad affermare che il difetto di motivazione o la parvenza di motivazione costituissero violazione di legge; seguirono poi i giudici amministrativi degli altri paesi, man mano che venivano istituiti, e, verso la fine del XXI secolo, anche i giudici dei paesi di diritto anglosassone si sono tendenzialmente attestati sulle posizioni dei giudici degli altri paesi.

L'importanza dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 risiede nella considerazione che esso costituisce attuazione del dettato costituzionale. La legge ordinaria concretizza il precetto costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

giuridica con riferimento ad alcune specifiche categorie di atti, espressione principalmente di poteri discrezionali.

Per una disamina dell'obbligo di motivazione *ante* legge n. 241 del 1990, si veda, F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi generali e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. it.*, 3, 1908, 253 ss.; C. M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933; ID., *Motivazione degli atti amministrativi* (voce), in *Nov. Dig. it.*, vol. X, Torino, 1968, 958 ss.; M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 257 ss.; G. BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979; V. MAZZARELLI, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990, 5 ss.; A. R. TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987.

¹² Sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi *post* legge n. 241 del 1990, si veda, A. R. TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, 1994; ID., *Motivazione nel diritto amministrativo* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 683 ss.; R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, Agg., 2001, 774 ss.; B. G. MATTARELLA, *Motivazione* (dir. com.) (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano, 2006, 3748 ss.; A. R. TASSONE, *Motivazione* (dir. amm.) (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano, 2006, 3741 ss.

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

Da un lato, la motivazione viene richiesta per riequilibrare il rapporto tra pubblica amministrazione e privato, caratterizzato dal potere della prima di disporre della sfera giuridica del secondo: sicché necessitano di motivazione tutti gli atti della pubblica amministrazione suscettibili di ledere un diritto o un interesse di altri soggetti¹³. O, più specificamente, serve al destinatario dell'atto o a colui che dall'atto può ricevere un danno per conoscerne il contenuto e la portata e controllare la plausibilità degli accertamenti e delle ragioni addotte dall'autorità.

Dall'altro lato, si enfatizza la strumentalità della motivazione al successivo controllo giudiziario.

Le due funzioni della motivazione, quella, preliminare, di persuasione e quella, consequenziale, dell'agevolazione del sindacato giurisdizionale sono spesso intrecciate.

Altra parte della scienza giuridica, invece, ha individuato tre ruoli o funzioni della motivazione: come strumento d'interpretazione dell'atto amministrativo, come strumento per il controllo amministrativo e come garanzia del privato in ordine all'operato dell'amministrazione¹⁴.

Sul piano della tutela secondaria del diritto riconosciuto all'amministrato, la conseguenza più immediata dell'introduzione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 è la parziale, ma fondamentale, trasmigrazione della regola motivazionale dal terreno degli indici sintomatici di un vizio della funzione amministrativa (eccesso di potere) a quello della violazione di legge *tout court*¹⁵.

¹³ G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), op. cit.

¹⁴ M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), op. cit., 257.

¹⁵ B. G. MATTARELLA, *Motivazione* (dir. com.), op. cit.; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), op. cit.

La sostanziale irrinunciabilità delle garanzie della motivazione è imposta poi anche dal TFUE e, segnatamente, dall'art. 296, nella parte in cui dispone che «*gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o parere previsti dai trattati*»¹⁶.

Da una prospettiva comparata, invece, la scelta del legislatore italiano di prevedere un generale obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti amministrativi, a conferma della tendenza ascensionale della motivazione, non sembra ritrovarsi negli stessi termini nelle leggi che disciplinano il procedimento amministrativo in Germania, Francia e Spagna, nella *case law* dell'ordinamento anglosassone e nell'*Administrative Procedure Act* statunitense¹⁷. La legge italiana, per vero, prevede delle eccezioni, che tuttavia sono individuate facendo riferimento a tipologie di atti.

In Germania, la legge sul procedimento amministrativo del 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*) prevede, al § 39, comma 1, un generale obbligo di motivazione per tutti gli atti amministrativi

¹⁶ Si veda, P. MORI, *Art. 296 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 2310 ss.; A. PIETROBON, *Art. 296 TFUE*, in F. POCAR – M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014, 1427 ss.; P. STANCANELLI, *Art. 296 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, 2113 ss.

La stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha elaborato un modello per così dire garantistico di motivazione, allo scopo di tutelare il destinatario dell'atto sfavorevole, nonché di garantire un adeguato controllo degli atti delle istituzioni europee. Si veda, *ex multis*, Cgue, Grande sez., 16 giugno 2015, causa C-62/14 (*P. Gauweiler c. Deutscher Bundestag*); *Id.*, Grande sez., 19 novembre 2013, causa C-63/12 (*Commissione c. Consiglio e Parlamento europeo*); *Id.*, sez. III, 15 novembre 2012, causa C-417/11 (*Consiglio c. Bamba*); *Id.*, 2 ottobre 2003, causa C-199/99 (*Corus UK Ltd c. Commissione*). Sul punto, A. Maffeo, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Federalismi.it*, 3, 2018.

¹⁷ Per un'analisi comparata dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, si veda, A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 163 ss.; B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, op. cit.; S. BATTINI, *L'obbligo di motivazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 134 ss.

potenzialmente lesivi dei diritti individuali¹⁸. La motivazione, in generale, deve indicare le ragioni essenziali della decisione, sia in fatto che in diritto; gli atti discrezionali devono contenere anche l'indicazione dei «*points of view which the authority considered while exercising its power of discretion*»¹⁹.

Il successivo comma 2 del § 39, contiene un'elencazione tassativa delle eccezioni al dovere motivazionale, rinviando implicitamente alla natura dell'atto²⁰. Infatti, non sussiste un obbligo di motivazione: dei provvedimenti favorevoli, purché non vi siano soggetti terzi lesi da tale atto (in questo caso, il provvedimento favorevole deve essere motivato, al fine di tutelare anche la posizione del terzo); degli atti indirizzati a chi già conosca le ragioni della decisione o sia in grado di ricostruirle in via autonoma attraverso documenti in proprio possesso o altri atti idonei; degli atti amministrativi generali soggetti a pubblicazione; degli atti che interessano un grande numero di destinatari; degli atti emanati al termine di procedimenti automatizzati. La motivazione, inoltre, non è richiesta «*when it derives from a legal provision*».

¹⁸ Parte della scienza giuridica tedesca afferma che l'obbligo di motivazione esprime il superamento delle tradizionali ricostruzioni autoritarie dell'agire pubblico, fondate sulla prevalenza della «*volontà superiore*» della pubblica amministrazione, a favore di una concezione in cui l'atto rappresenta il rigoroso esito di un procedimento disciplinato dalla legge ed è contraddistinto, sul piano del contenuto, da una «*autoritarietà argomentata*». In tal senso, si veda, N. ACHTENBERG, *Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts*, Berlin, 1980, 175; H. G. HENNEKE, §39 *VwVfG*, in H. J. KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Köln, 2000, 694 ss.

¹⁹ La natura vincolata o discrezionale dell'atto amministrativo non viene, dunque, in rilievo per stabilire l'ambito di applicazione del § 39. Entrambi gli atti soggiacciono all'obbligo di motivazione, ma per quelli espressione di discrezionalità ne è previsto un obbligo rafforzato.

²⁰ Tutte le eccezioni sarebbero giustificate da esigenze di efficienza dell'azione amministrativa, prevalenti su quelle di garanzia.

In Francia, il dovere di motivazione degli atti amministrativi si è affermato con notevole difficoltà ed è stato per la prima volta disciplinato dal legislatore nel 1979²¹.

L'attuale *Code des relations entre le public et l'administration* del 2016 dedica interamente il Titolo I del Libro II («*Les actes unilatéraux pris par l'administration*») a «*La motivation et la signature des actes administratifs*»²². L'art. L211-2, oltre a prevedere un generalizzato obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi (individuali) sfavorevoli, contiene un'elencazione *ratione materiae*. In particolare, devono essere motivati: gli atti che limitano l'esercizio di libertà o che costituiscono «*mesure de police*»; gli atti sanzionatori; le autorizzazioni condizionate; gli atti di revoca di atti ampliativi («*créatrice de droits*»); gli atti che si oppongono a «*une prescription, une forclusion ou une déchéance*»; gli atti di diniego di un vantaggio «*dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir*»; gli atti di diniego di un'autorizzazione, salvo i casi in cui la comunicazione dei motivi possa arrecare un danno ai segreti o agli interessi tutelati dall'art. L311-5, comma 2; le decisioni che respingono un ricorso amministrativo, la cui presentazione è obbligatoria per poter successivamente presentare un ricorso giurisdizionale.

²¹ Si ha, in particolare, riguardo alla legge n. 79-587 dell' 11 luglio 1979 «*relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administrations et le public*», che introduce il dovere di motivare in forma scritta una serie di atti potenzialmente lesivi per i destinatari (autorizzazioni condizionate; atti di ritiro o abrogazione di decisioni che creano diritti in favore dei destinatari; atti con cui vengono disposte decadenze o eccepite prescrizioni e preclusioni; atti di diniego di provvedimenti favorevoli; atti emanati in deroga alla disciplina legale tipica); e al successivo decreto 28 novembre 1983, che impone di motivare il provvedimento solo dopo che l'interessato è messo nella condizione di presentare proprie osservazioni scritte.

²² Sul nuovo *Code des relations entre le public et l'administration*, si veda, G. NAPOLITANO, *Il codice francese e le nuove frontiere della disciplina del procedimento in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2016, 5 ss.

Conseguentemente, gli atti amministrativi generali e quelli individuali favorevoli per il destinatario sembrerebbero non soggetti all'obbligo di motivazione²³.

Il dovere di motivare la decisione amministrativa, invece, sussiste in ogni caso ove l'amministrazione, nel caso concreto, abbia inteso derogare ad una regola generale fissata dalla legge o da un regolamento (art. L211-3)²⁴.

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

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

Il Codice francese, inoltre, contiene un'interessante disposizione concernente la «*communication des motifs*» delle «*décisions implicites*».

²³ Si veda, O. GABARDA, *Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs? Enjeux et perspectives d'évolutions autour du principe de la motivation facultative*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2012, 61 ss.

²⁴ Il Codice, inoltre, agli artt. L211-7 e L211-8 detta delle regole specifiche con riguardo alla motivazione di alcuni atti adottati da «*les organismes de sécurité sociale et Pôle emploi*» e da «*les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole de salariés ou de non salariés*».

Il Consiglio di Stato, inoltre, ove necessario, può indicare «*les catégories de décisions qui doivent être motivées*», in applicazione delle disposizioni del Codice (art. L211-4).

L'art. 232-4, infatti, dispone che la decisione implicita (che interviene in una fattispecie ove la corrispondente decisione esplicita avrebbe dovuto essere motivata) non può ritenersi illegittima ove non sia stato assolto il dovere motivazione. Anche in tal caso, tuttavia, il soggetto interessato può richiedere l'esplicitazione dei motivi sottesi alla decisione implicita.

In Spagna, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi è stabilito dall'art. 35 della «*Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Asministraciones Públicas*» (legge n. 39 del 2015). L'articolo 35 contiene un'elencazione dei tipi di atti soggetti al suddetto obbligo e precisa che la motivazione consiste in una «*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derechos*». Parimenti agli altri ordinamenti europei, la motivazione consiste nell'esternazione delle ragioni di fatto e di diritto, tuttavia nel modello spagnolo viene espressamente disposto che è sufficiente un sintetico riferimento a questi ultimi.

In particolare, ai sensi dell'art. 35, sono assoggettati all'obbligo motivazionale: gli atti che incidono negativamente su diritti soggettivi o interessi legittimi; gli atti che concludono «*procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos*», ricorsi amministrativi e procedimenti arbitrari, nonché quelli che ne dichiarano l'inammissibilità; gli atti che si discostano da precedenti casi simili o che non si adeguano al parere di organi consultivi; gli accordi di sospensione del provvedimento, qualunque sia il motivo che la giustifica, così come l'adozione di misure provvisorie di cui all'art. 56; gli accordi che attuano procedure d'urgenza, di proroga dei termini e di «*realización de actuaciones complementarias*»²⁵; gli atti che rigettano eventuali prove proposte dai soggetti interessati; gli atti che dichiarano la conclusione del procedimento per cause sopravvenute, tali da determinare l'impossibilità alla sua prosecuzione, nonché quelli che

²⁵ L'art. 87 della legge n. 39 del 2015 dispone che «*Antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento. No tendrán la consideración de actuaciones complementarias los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento. [...]*».

«*acuerden el desistimiento por la Administración*» dei procedimenti avviati d'ufficio; le proposte di risoluzioni nei procedimenti sanzionatori, nonché gli atti che concludono gli stessi procedimenti sanzionatori o che si riferiscono alla responsabilità patrimoniale; gli atti di natura discrezionale. Inoltre, il medesimo art. 35 dispone che l'obbligo di motivazione dei provvedimenti che concludono i procedimenti di selezione o di «*concurrentia competitiva*» deve essere conforme alle regole stabilite nel bando e, in ogni caso, «*quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte*».

Negli ordinamenti di *common law*, quali Regno Unito e Stati Uniti, invece, il c.d. *duty to give reasons* si atteggia in modo alquanto differente.

Nel Regno Unito si è a lungo discusso circa la possibilità di far ricadere sull'amministrazione un vero e proprio *duty to give reasons*. L'obbligo di motivazione non è previsto né a livello legislativo, né può dirsi esistente quale principio generale. La sua importanza, tuttavia, è riconosciuta sia da parte della scienza giuridica che della giurisprudenza²⁶.

Le Corti, in particolare, hanno contribuito a definire i caratteri dell'istituto della motivazione, ove ritenuto effettivamente applicabile²⁷. Segnatamente, hanno chiarito che il *giving reasons requirement* deve essere assolto mediante l'esternazione delle ragioni poste alla base della decisione;

²⁶ Si veda, *ex multis*, M. ELLIOT, *Has the common law duty to give reasons come of age yet?*, in *Public Law*, 2011, 56 ss. L'Autore sottolinea come la carenza di una disciplina dell'istituto rappresenta un netto indice dell'asserita arretratezza del diritto amministrativo inglese nel contesto europeo. Si veda anche, H. R. W. WADE, *Administrative Law*, Oxford, 2004, 516, che intende il dovere di motivazione come un corollario del più ampio dovere di *good administration*; P. ROBERTSHAW, *Providing reasons for administrative decisions*, in *Anglo American Law review*, 1998, 29 ss.

²⁷ Nel caso *Save Britain's Heritage v. Number 1 Poultry Ltd.*, 1991, Lord Bridge già affermava la necessità di recepire l'obbligo di motivazione tra i principi di *common law*. La mancata recezione dell'istituto da parte dell'ordinamento britannico dipendeva principalmente dall'onerosità che l'obbligo di motivazione avrebbe potuto comportare in capo all'amministrazione. Anche nel caso *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Doody*, 1994, Lord Mustill faceva trasparire un margine di apertura verso l'istituto, affermando l'inesistenza di una disciplina dell'obbligo di motivazione solo «*at the present*» e dimostrando, dunque, fiducia verso una futura legislazione al riguardo.

che la sua ampiezza varia a seconda del potere concretamente esercitato ed è massima nel caso di decisioni espressione di *discretion* amministrativa²⁸. In alcuni casi, inoltre, i giudici hanno affermato che l'amministrazione debba motivare le proprie decisioni anche in mancanza di una espressa previsione di legge, sulla base di ragioni equitative connesse al principio di *fairness*²⁹.

Sempre in giurisprudenza, inoltre, si è osservato come le ragioni alla base della decisione possano essere rese anche in forma concisa, purché siano adeguatamente e correttamente formulate e rispondenti a tutti i punti sollevati dal soggetto interessato³⁰. Nell'applicazione dell'obbligo di motivazione, infatti, il bilanciamento degli interessi pubblici e privati in gioco non deve mai imporre oneri «*unreasonable*» alle amministrazioni.

Parte della giurisprudenza, dunque, considera il *duty to give reasons* come un corollario del principio di trasparenza, ma non anche quale istituto di applicazione per una *good administration*.

Parte della scienza giuridica, di contro, valorizzando gli esiti della giurisprudenza più garantista, ha individuato una pluralità di argomentazioni a sostegno della progressiva estensione dell'obbligo motivazionale, anche alla luce delle esperienze di altri paesi europei³¹.

²⁸ La stessa giurisprudenza, infatti, ha, in più occasioni, precisato che è lo stesso principio di *good administration* ad escludere una motivazione particolarmente analitica. Si vedano i casi *R. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex p. Holding and Barnes plc. and others*, 2001; *South Buckinghamshire District Council v. Porter (No 2)*, 2004.

²⁹ Nel noto caso *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Mohammed Fayed*, 1996, i giudici valorizzano il diritto al contraddittorio, ritenendolo prevalente su quello volto ad ottenere una decisione motivata. Il diritto al contraddittorio, infatti, non può essere sacrificato; il dovere di motivazione, invece, ben può esser ridimensionato nel caso in cui il destinatario dell'atto sia messo nella condizione di presentare le proprie osservazioni. Sul punto, si veda, S. BATTINI, *L'obbligo di motivazione*, op. cit., 141.

³⁰ Si veda il caso *Uprichard v. Scottish Ministers*, 2013.

³¹ Si veda, P. CRAIG, *Administrative Law*, London, 2012; ID., *The Common Law, Reasons and Administrative Justice*, in *Common Law Journal*, 1994, 283 ss.; M. ELLIOT, *Has the common law duty to give reasons come of age yet?*, op. cit.; P. ROBERTSHAW, *Providing reasons for administrative decisions*, op. cit.

La motivazione, in particolare rileva quale istituto volto a garantire la trasparenza dell'azione amministrativa³², quale mezzo di creazione di consenso attorno all'operato de pubblici poteri³³, oltre che quale garanzia per il cittadino, rendendo possibile un sindacato effettivo del giudice.

Gli ordinamenti di *civil law* e quello di *common law* anglosassone, a proposito dell'obbligo di motivazione, si sono sviluppati su binari paralleli, ma molto differenti.

Nei sistemi di *civil law*, infatti, il giudice non è produttore di regole, ma consumatore delle stesse. La regola giuridica è posta dalla legge. L'obbligo di motivazione e le relative eccezioni sono previste dalla legge, che il giudice è chiamato ad interpretare e applicare.

Al contrario, nei sistemi di *common law*, il giudice analizza il caso concreto e produce la regola giuridica applicabile, c.d. *case law*. Ciò si riflette anche sull'obbligo di motivazione e, soprattutto, sull'incertezza della sua ampiezza e applicazione, anche se consente una maggiore attenzione alla fattispecie concreta.

Il c.d. *duty to give reasons* ha assunto, invece, un ruolo primario nell'ordinamento di *common law* statunitense³⁴.

³² Secondo P. CRAIG, *Administrative Law*, op. cit., 283, alla base del dovere motivazionale vi è una giustificazione «*non instrumental*», ossia un'esigenza generale di trasparenza dell'azione amministrativa, «*giving reasons is a device for enhancing democratic influences on administration by making government more transparent [...]*».

³³ J. L. MASHAW, *Reasoned Administration: The European Union, the United States and the Project of Democratic Governance*, op. cit., 101.

³⁴ Si veda, *ex multis*, J. L. MASHAW, *The rise of reason giving in American administrative law*, op. cit.; ID., *Reasoned Administration: The European Union, the United States and the Project of Democratic Governance*, op. cit., 105. L'Autore afferma che «*the fundamental right to know the reasons behind an administrative decision has important implications for the ongoing project of democratic governance in unavoidably administrative states. More precisely, reasoned administration is not only fundamental to our understanding of ourselves as independent moral agents, but to the future of the democratic project itself. Reason giving thus affirms the centrality of the individual in the democratic republic. It treats persons as rational moral agents who are entitled to evaluate and participate in a dialogue about official policies on the basis of reasoned discussion. It affirms the individual as subject rather than object of law*». Si veda anche, M. SHAPIRO, *The giving reasons requirement*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1992, 179 ss.

L'obbligo di motivazione, diffuso fin dall'inizio del secolo scorso, affonda le sue radici nell'*Administrative Procedure Act* del 1946 e, segnatamente, nei § 553, 554, 555, 557. I paragrafi menzionati disciplinano rispettivamente il dovere di fornire una succinta rappresentazione della base giuridica e degli scopi degli atti di *informal rulemaking* (§ 553), il dovere di sintetica motivazione degli atti di diniego emanati al termine del procedimento di *informal adjudication* (§555), il dovere di motivazione degli atti emanati al termine del procedimento di *formal adjudication* (§ 554 e § 557), salvo il caso in cui si tratti della conferma di un precedente diniego o in cui le ragioni siano *self-explanatory*.

La maggior parte dei procedimenti amministrativi viene gestito mediante procedimento di *informal adjudication*, sicché, in via di prassi, la regola base nel modello statunitense sembra essere quella di cui al § 555, mentre i § 553 e 557 finiscono per applicarsi a casi del tutto eccezionali.

Anche nell'ordinamento statunitense, tuttavia, è l'applicazione giurisprudenziale della norma a declinare concretamente il dovere motivazionale e a delimitarne il perimetro³⁵.

Si è affermato che, ai sensi del § 555 «*the agency must explain why it decided to act as it did. The agency's statement must be one of reasoning; it must not be just a conclusion; it must articulate a satisfactory explanation for its action*»³⁶.

La Corte Suprema, inoltre, ha in più occasioni qualificato il *giving reasons requirement* come uno dei requisiti del *due process of law*³⁷, in stretta connessione con il *right to be heard*. L'obbligo di motivazione nel

Sul *duty to give reasons* nel diritto amministrativo statunitense, si veda anche, B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, Padova, 2005, 67 ss.

³⁵ Sul punto, si veda, M. COHEN, *When judges have reasons not to give reasons: a comparative law approach*, in *Washington and Lee Law Review*, 2015, 482 ss.

³⁶ Si veda il caso *Butte County, California v. Hogen*, U.S. Court of Appeals, D.C., 2010. Per una disamina sul rapporto tra *due process of law* e *giving reasons requirement*, si veda, G. DELLA CANANEA, *Due process of law beyond the State: requirements of administrative procedure*, Oxford, 2016, 61 ss.

³⁷ Si veda il caso *Mathews v. Eldrige*, United States Supreme Court, 1976.

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

Nel contesto globale, in ogni caso, la regola motivazionale si è affermata sempre di più come regola imprescindibile polifunzionale a tutela della trasparenza e della *accountability* delle decisioni amministrative³⁸.

2. *La crisi della motivazione*

Nel paragrafo precedente si è visto come l'esigenza che le decisioni amministrative siano motivate abbia via via assunto la «veste» di vera e propria regola giuridica di rango sempre crescente, fino a divenire principio fondamentale dell'azione amministrativa e corollario del diritto ad una buona amministrazione.

Questo processo di ascesa della motivazione, nell'ultimo ventennio, si è arrestato. Anzi, la scienza giuridica ha avvertito una sempre maggiore regressione del rilievo riconosciuto all'obbligo di motivare le decisioni amministrative, per cui si è scritto di una fase di declino della motivazione³⁹. Questo fenomeno sta investendo ogni tipo di decisione individuale proveniente dai pubblici poteri e, quindi, riguarda sia i provvedimenti amministrativi sia i provvedimenti giurisdizionali.

Per quanto riguarda specificamente l'obbligo generalizzato di motivazione dei provvedimenti amministrativi, esso è sottoposto a un sottile e continuo processo di svuotamento che presenta talune caratteristiche.

³⁸ S. CASSESE (a cura di), *Research handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, 2016, 269 ss.

³⁹ In tal senso, si veda da ultimo, M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2017, 894 ss.

È un processo generale, in quanto riguarda sia gli atti amministrativi vincolati, sia gli atti amministrativi discrezionali – e, in quest’ultimo caso, risulta maggiormente criticabile.

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

Parte della scienza giuridica ha evidenziato il fenomeno di declino della motivazione per effetto della giurisprudenza amministrativa. Si è scritto, infatti, che *«la motivazione è in declino. Dal livello dell’esternazione e della validità, è declassata a quello della comunicazione e del termine di impugnazione. Se la norma sulla motivazione è violata, non c’è illegittimità, ma solo incertezza del termine di impugnazione»*⁴⁰.

Il caso giurisprudenziale da cui muove la riflessione riguardava un provvedimento di esclusione da una gara impugnato dal privato oltre il termine di decadenza ordinario dalla sua comunicazione⁴¹. Il Consiglio di Stato, nella pronuncia richiamata in nota, afferma il principio per cui il termine per impugnare decorre non dalla conoscenza del dispositivo del provvedimento, ma dalla conoscenza degli elementi essenziali della sua motivazione. Pertanto, il ricorso non è tardivo.

La sentenza è apparentemente favorevole al ricorrente, in quanto gli riconosce certamente più tempo per impugnare, ma, in realtà, implica un *prius* logico che la scienza giuridica non ha condiviso. Il principio giurisprudenziale sopra richiamato, infatti, implica che se il provvedimento comunicato al privato è privo di motivazione, anziché essere annullabile per violazione di legge, esso deve considerarsi impugnabile dal momento in cui

⁴⁰ B. G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2007, 620 ss.

⁴¹ Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2007, n. 522.

si viene a conoscenza degli elementi essenziali della motivazione. Questa parte della scienza giuridica evidenzia che, in tal modo, si finisce per depotenziare la portata dell'obbligo di motivazione, trasformando lo stesso da regola di validità del provvedimento a regola influente sul termine di impugnazione.

Altro aspetto che ha portato a discorrere di declino della motivazione è la tendenza a ritenere valida anche una motivazione *per relationem*, a condizione che l'atto richiamato e contenente le ragioni della decisione sia messo a disposizione del destinatario del provvedimento.

Infine, il processo di progressiva erosione della regola motivazionale è il risultato dell'approccio sempre più «sostanzialistico» alle decisioni amministrative. Il riferimento è al principio elaborato dalla giurisprudenza, e cristallizzato oggi nell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, del c.d. raggiungimento dello scopo⁴².

Dequotando il vizio di motivazione a vizio formale, in quanto attinente alla forma del provvedimento, quale strumento di esternazione della volontà della pubblica amministrazione, si finisce per rendere non annullabile un provvedimento viziato sull'assunto che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁴³. E' evidente che la logica del vizio formale o procedimentale non invalidante, a prescindere dal fatto che la si intenda come non annullabilità o non illegittimità a monte, depotenzia notevolmente la portata dell'obbligo di motivazione e sacrifica la certezza dei rapporti.

Il processo altalenante di ascesa e poi di declino della motivazione appare difficilmente spiegabile.

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

⁴² Si veda, B. G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, op. cit.

⁴³ Sul fenomeno della c.d. dequotazione della motivazione del provvedimento amministrativo, si veda, M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), op. cit.

motivazione, come ogni garanzia procedimentale, rappresenta inevitabilmente un costo per l'amministrazione. È chiaro che, nella logica del procedimento, la motivazione è un adempimento che aggrava il compito dell'amministrazione. Tuttavia, quand'anche la motivazione rappresenti un costo, occorre considerare quali e quanti sono i benefici derivanti dall'esistenza di una garanzia motivazionale sulle decisioni dell'autorità.

In questo rapporto costi-benefici, sia la giurisprudenza che il legislatore hanno mostrato di dare maggiore peso a costi. Ciò spiegherebbe la tendenza a svilire la portata dell'obbligo di motivazione, a volte sentito come un adempimento procedurale poco utile e molto gravoso⁴⁴.

Secondo altra parte della scienza giuridica, inoltre, nonostante spesso si tenda a parlare ancora oggi di dequotazione della motivazione, in realtà attualmente si è in presenza di un fenomeno diverso e cioè di un depotenziamento della motivazione⁴⁵. Il depotenziamento della motivazione implica una regressione nel campo delle garanzie «*come se il tempo fosse tornato agli inizi del secolo scorso, in cui Cammeo riteneva che l'obbligo di motivazione importerebbe difficoltà, impacci, lentezze insormontabili, le quali sarebbero ben più disastrose per il pubblico, per l'inconveniente di qualche provvedimento non motivato*»⁴⁶. Secondo questa parte della scienza giuridica, sono individuabili varie manifestazioni concrete del fenomeno, che danno vita rispettivamente alla motivazione assente, alla motivazione implicita, alla motivazione sintetica e alla motivazione successiva.

3. *Dovere o obbligo di motivazione?*

Ciò detto, la formulazione letterale dell'art. 3, legge n. 241 del 1990, suscita un primo interrogativo, di teoria generale, che però potrebbe celare

⁴⁴ B. G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, op. cit., 622.

⁴⁵ M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, op. cit., 894.

⁴⁶ ID., *Ibidem*, op. cit., 894.

dietro di sé due visioni del diritto amministrativo e del rapporto amministrativo distinte e distanti.

Spesso, infatti, la scienza giuridica utilizza alternativamente i termini «obbligo» e «dovere» di motivazione. Eppure, nel porre le basi metodologiche del presente lavoro di ricerca, è indispensabile chiarire se l'art. 3 sancisca un obbligo o piuttosto un dovere di motivazione.

Si tratta, come scritto sopra, di sfumature che però celano impostazioni completamente differenti.

Una parte della scienza giuridica ha inteso ed intende ancora oggi la regola motivazione come un dovere di motivazione, escludendo che si possa correttamente utilizzare anche il concetto di obbligo⁴⁷. Si fa leva sulla concezione tradizionale di teoria generale del diritto, secondo cui al dovere corrisponde normalmente una situazione giuridica di potere⁴⁸. E' stato scritto, infatti, che «*il potere fonda l'azione; il dovere predispone le modalità di svolgimento di essa azione, quindi in concreto conformandola*».⁴⁹

Il potere di esigere una decisione motivata, secondo questa impostazione, si estrinseca finanche nella possibilità per il privato di ricorrere al controllo giurisdizionale sull'adempimento del dovere motivazionale da parte della pubblica amministrazione.

Fondamentalmente, però, la preferenza accordata da questa impostazione al concetto di dovere motivazionale su quello di obbligo motivazionale nasce dalla considerazione che l'espressione «obbligo» riporta alla mente le categorie civilistiche del rapporto obbligatorio, il quale

⁴⁷ Si veda, S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 173, secondo il quale il potere giuridico «[...] non sarebbe correlativo ad obblighi».

⁴⁸ Si veda, *ex multis*, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960; E. BETTI, *Dovere giuridico* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 53 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 159 ss.

⁴⁹ F. ROMANO, *Obbligo* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 500 ss.

si articola principalmente tra situazioni di credito/debito e diritto soggettivo/obbligo⁵⁰.

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

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

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

La scienza giuridica contemporanea ha più volte affrontato il tema della natura dei c.d. interessi strumentali o endoprocedimentali. L'opinione più condivisibile è che si tratti di un insieme di facoltà più che di poteri veri e propri. Allo stesso tempo, però, sebbene non si ritenga di condividere i tentativi di leggere il diritto amministrativo con le lenti del civilista, l'espressione «obbligo» di motivazione appare più corretta rispetto a quella di «dovere» di motivazione, se si intende l'obbligo di motivazione come obbligo *ex lege* a cui non corrisponde un diritto di credito *tout court*, ma un insieme di facoltà del privato volte ad influire sul corretto esercizio del

⁵⁰ ID., *Ibidem*, op. cit.

potere pubblicistico e, quindi, sull'adempimento dell'obbligo *ex lege* di motivare le decisioni amministrative.

Nel presente lavoro di ricerca, si ritiene più corretto discorrere di obbligo e obblighi di motivazione, non tanto perché si aderisce alla tesi pancivilistica sopra esposta, quanto piuttosto per coerenza con il dettato costituzionale.

Si deve precisare, infatti, che, come efficacemente fa notare la scienza giuridica sul tema, l'avvento della Costituzione del 1948 ha determinato una trasformazione dei principi amministrativi consacrati dalla stessa da meri doveri dell'amministrazione nei confronti della collettività generale, azionabili solo dal Parlamento che la rappresenta, in veri e propri obblighi, che si inseriscono in un rapporto amministrativo bilaterale. I due poli del rapporto amministrativo non sono l'amministrazione, da un lato, e la collettività, dall'altro, ma l'amministrazione e il singolo soggetto amministrato⁵¹.

A ciò va aggiunta un'ulteriore riflessione. Parte della scienza giuridica ha osservato che, muovendo il ragionamento dalla distinzione tra diritti politici e diritti amministrativi, i primi sono diritti ai quali corrisponde, in capo alle autorità pubbliche, un obbligo di astenersi da condotte violative o impeditive del loro esercizio; i secondi, cioè i diritti amministrativi, sono situazioni giuridiche attive alle quali corrisponde, in capo alla pubblica amministrazione, un vero e proprio obbligo di prestazione o attività. È questo il caso del diritto a una decisione motivata, direttamente discendente dal principio-diritto ad una buona amministrazione, a cui corrisponde, per la pubblica amministrazione, l'obbligo di motivare le proprie decisioni⁵².

Discorrere di «obbligo» di motivazione, anziché di «dovere» motivazionale, vuol dire, pertanto, riconoscere la rilevanza dell'individuo

⁵¹ S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, op. cit..

⁵² F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, op. cit.

cittadino amministrato nei confronti dell'amministrazione e l'azionabilità delle situazioni giuridiche di cui egli è titolare dinanzi ad un giudice o ad altro organo di controllo.

Ciò pare più in linea con l'assetto contemporaneo dei rapporti tra amministrazione e cittadino.

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

L'art. 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 ha sancito l'obbligo di motivazione quale obbligo generalizzato relativamente a (quasi) tutti i provvedimenti amministrativi⁵³.

Eppure, dietro l'apparente generalità e uniformità di questo obbligo, si celano sue distinte declinazioni, che emergono talora da precise scelte legislative o più spesso da elaborate interpretazioni giurisprudenziali⁵⁴.

⁵³ Successivamente, la legge n. 190 del 2012 ha configurato un'ipotesi, eccezionale, di motivazione abbreviata e semplificata, ammessa al ricorrere di specifici presupposti. In base alla nuova disposizione di cui all'art. 2, comma 1, legge n. 241 del 1990⁵³, le amministrazioni pubbliche, qualora ravvisino la «*manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda*», concludono il procedimento con un provvedimento «*redatto in forma semplificata*», «*la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo*». Sul punto, si veda, M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, op. cit., 895, secondo la quale «*Il modello d'ispirazione del provvedimento con motivazione in forma abbreviata è d'origine processuale, ossia la sentenza in forma semplificata. Come si avrà modo di verificare successivamente, alla sentenza con motivazione in forma semplificata si ricorre vuoi per accelerare i tempi della decisione, vuoi perché le ragioni della decisione sono manifeste. Invece al provvedimento in forma semplificata si ricorre unicamente nel caso in cui le ragioni della decisione siano manifeste e quindi solo nel caso di semplicità della decisione. Infatti, il legislatore ha introdotto la motivazione in forma semplificata del provvedimento per chiarire che il dovere di provvedere con un provvedimento espresso sussiste in capo alla pubblica amministrazione anche nell'ipotesi in cui la domanda di parte sia manifestamente da non accogliere*».

⁵⁴ Sul punto, si veda, A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, op. cit., 8. L'Autore solleva il dubbio che «*l'unitarietà del fenomeno possa essere il frutto di una mera astrazione, sino al punto di dover reimpostare il problema*

Uno dei principali problemi ermeneutici che ha posto l'imposizione di un obbligo/dovere di motivazione attiene proprio alla difficoltà di circoscrivere e delimitare il concetto stesso di motivazione⁵⁵.

Per vero, la difficoltà nasce dal fatto che, a fronte di un obbligo di motivazione previsto a pena di illegittimità del provvedimento, la valutazione circa l'esistenza e la sufficienza, l'adeguatezza e la congruità della motivazione è comunque rimessa all'amministrazione stessa.

Avviene, cioè, un fenomeno analogo a quello verificatosi riguardo al presupposto del termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio in autotutela. La legge richiede il rispetto del termine ragionevole, ma a stabilire quando il termine sia ragionevole è la stessa amministrazione che procede all'annullamento. Tant'è che la legge di riforma 7 agosto 2015, n. 124 ha inteso porre rimedio a tale aporia introducendo, almeno per l'annullamento di provvedimenti ampliativi, un termine massimo di diciotto mesi oltre il quale opera una presunzione *ex lege* di irragionevolezza⁵⁶.

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

È in tale contesto che si innestano le diverse e più varie declinazioni dell'obbligo di motivazione frutto, talvolta, di scelte del legislatore e, talaltra, di elaborazioni giurisprudenziali. La presenza di motivazione per così dire «speciali» emerge sia con riferimento alla disciplina di determinati

focalizzando l'analisi più sui differenti tipi di "motivazioni" previsti dalle singole leggi che su un'ideale figura unitaria». Si veda anche, L. VANDELLI, Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, in Riv. trim. dir. proc. civ., 4, 1973, 1595 ss.

⁵⁵ Si veda, A. R. TASSONE, *Motivazione* (dir. amm.), op. cit.. Secondo l'Autore, una volta affermata la pressoché totale generalità dell'obbligo di motivazione, «il problema di maggior momento diventa quello relativo alle modalità di esternazione della stessa: non più, dunque, se, ma come motivare».

⁵⁶ Sul punto, si veda, *ex multis*, M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge n. 124 del 7 agosto 2015 sulle attività economiche: le novità in tema di scia, silenzio assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015.

settori dell'attività amministrativa, che con riguardo alle caratteristiche della motivazione richiesta dalla legge per alcune tipologie di atti.

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

Il diritto amministrativo italiano sta entrando sempre di più in una nuova era, trainato dal mutamento della coscienza sociale e del modo di intendere i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione.

In questo rapporto, l'obbligo di motivazione assume un ruolo chiave⁵⁷. Il cittadino può sentire come amministrativamente giuste le decisioni dell'autorità pubblica soltanto se esse sono adeguatamente motivate⁵⁸.

Allo stesso tempo, l'evoluzione del diritto amministrativo sta portando ad una sempre maggiore marginalizzazione del provvedimento amministrativo, tant'è che la scienza giuridica ha più volte evidenziato una vera e propria «eclissi» del provvedimento amministrativo in senso classico o anche una «fuga» dagli strumenti pubblicistici basati su unilateralità e autoritatività. Si pensi a tutti gli strumenti alternativi al provvedimento,

⁵⁷ La Corte Costituzionale ha, in più occasioni, affermato che la motivazione del provvedimento amministrativo costituisce «*il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza del legittimo esercizio del potere amministrativo [...] e per questo un presidio di legalità sostanziale insostituibile*». Si veda, Corte Cost., ord., 26 maggio 2015, n. 92, che richiama Cons. St., sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4770; Cons. St., sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247; Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629; Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1808. Nello stesso senso si era già espressa Corte Cost. 10 novembre 2010, n. 310; *Id.*, 6 dicembre 2004, 379; *Id.*, 22 novembre 2000, n. 256.

⁵⁸ Si veda, Corte Cost. 10 novembre 2010, n. 310, con nota di A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione discorsiva degli atti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2011, 401 ss. La sentenza della Corte Costituzionale muove da una precisa ricostruzione teorica della motivazione, enfatizzando la sua funzione «garantistica» a tutela del destinatario di un atto lesivo. L'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi, infatti, «è diretto ad assicurare la conoscibilità e la trasparenza dell'azione amministrativa e costituisce corollario di principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, consentendo al destinatario del provvedimento di far valere la relativa tutela giurisdizionale».

come gli accordi sostitutivi, le segnalazioni certificate di inizio attività, i silenzi significativi, finanche alla sempre più invocata capacità generale di diritto privato della pubblica amministrazione.

Se, in passato, la scienza giuridica ha avviato un processo che ha portato a considerare il provvedimento come il «sole» attorno al quale ruotavano tutti gli istituti del diritto amministrativo, oggi si assiste sempre più ad una «rivoluzione copernicana». Il provvedimento sta progressivamente perdendo la sua centralità a favore di altri istituti ispirati a logiche di semplificazione o liberalizzazione⁵⁹.

Tuttavia, come già accennato, questo fenomeno sistemico non ha marginalizzato anche l'obbligo di motivazione. Si tratta, infatti, di un obbligo duttile che può adattarsi e sopravvivere ai cambiamenti del diritto amministrativo e che è sentito sempre più come imprescindibile dal cittadino amministrato.

La metamorfosi del diritto amministrativo ha conferito al tema della motivazione nuova vitalità.

Abbandonata la concezione del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino fondamentalmente basata sulla rassegnazione del cittadino di fronte all'azione amministrativa, anche se lesiva dei suoi interessi in modo illegittimo⁶⁰, occorre interrogarsi circa le modalità attraverso cui conciliare le nuove forme dell'azione amministrativa, rivolte

⁵⁹ Sul punto, si veda, *ex multis*, M. A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, 2016; G. NAPOLITANO, *Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*, in F. LIGUORI – C. ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Bologna, 2015; M. P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in G. VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, 2006, 17 ss..

⁶⁰ Secondo il pensiero di Pasquale Stanislao Mancini, se l'amministrazione, nella (e per la) cura dell'interesse pubblico, incide, ledendoli, su interessi del cittadino, «*ch'ei si rassegni*». Questo convincimento, espresso nelle aule parlamentari durante la discussione sul disegno di legge per l'abolizione del contenzioso amministrativo del 1865, era ancora solidamente radicato nella cultura giuridica al momento dell'entrata in vigore della legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato.

sempre più a strumenti alternativi al provvedimento, con l'imprescindibile obbligo di motivazione.

La scienza giuridica ha evidenziato, infatti, che la metamorfosi dell'*agere* amministrativo non può andare a detrimento delle garanzie poste a tutela degli interessi privati dei cittadini. È, ad esempio, il tema che si è posto nell'analizzare i rapporti tra le sempre più numerose ipotesi di silenzi significativi e la necessità di garantire comunque il rispetto dell'obbligo di motivazione.

È evidente, infatti, che le esigenze di semplificazione amministrativa non possono esaurirsi nella semplificazione unilaterale a favore della sola amministrazione. La semplificazione deve interessare l'intero rapporto amministrativo tra pubblica amministrazione e cittadino. Tuttavia, se la semplificazione viene raggiunta a scapito delle garanzie poste a tutela del privato è una semplificazione solo unilaterale del rapporto, che, al contrario, genera nella sfera del privato delle situazioni di incertezza e dei vuoti di tutela che egli è costretto a colmare ricorrendo al controllo esterno dell'autorità giurisdizionale.

Il silenzio significativo, infatti, come si approfondirà meglio nei successivi capitoli, rappresenta un non fatto, un'inerzia dal valore legale tipico che, però, è sostanzialmente immotivata, ovvero può essere ritenuta motivata implicitamente per *facta concludentia* o per via presuntiva⁶¹.

Il ruolo della motivazione, quale espressione del generale *duty to give reasons*, direttamente riconducibile al principio di c.d. buona amministrazione, ha assunto nuovi contorni anche alla luce di due tendenze del diritto amministrativo contemporaneo.

Anzitutto, la tendenza alla salvaguardia della legittimità sostanziale del provvedimento nel suo contenuto anche a scapito di quella formale. Il legislatore, infatti, a partire dall'introduzione dell'art. 21-*octies*, comma 2,

⁶¹ Sul punto, si veda, *ex multis*, M. A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, op. cit.; E. SCOTTI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 566 ss.

legge n. 241 del 1990, ha iniziato a considerare il diritto amministrativo come fattore di rilievo economico, secondo logiche proprie dell'analisi economica del diritto⁶². In questa prospettiva, l'intento del legislatore contemporaneo è quello di evitare, con sempre maggiore attenzione, i c.d. annullamenti inutili, fondati su vizi solo formali o procedurali, ma senza che questi influiscano sull'effettivo contenuto del provvedimento. In altri termini, l'annullamento inutile di un provvedimento, che potrà essere riadottato dall'amministrazione con gli stessi contenuti, sebbene emendato dai vizi formali o procedurali, rappresenta un fatto antieconomico sia per la pubblica amministrazione che per il privato.

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

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

Il dibattito sulla motivazione e sul *duty to give reasons* è stato nutrito, alimentato e portato anche a posizioni estreme.

Da un lato, la prima delle sopra indicate tendenze ha portato una parte della scienza giuridica a discutere di c.d. dequotazione della motivazione e della relativa assenza⁶³. Secondo quest'opinione, è evidente, infatti, che, in un'ottica di c.d. raggiungimento dello scopo, se il contenuto del provvedimento non è diverso da quello che si sarebbe in concreto dovuto adottare, anche se la motivazione manca o è insufficiente, ciò non può condurre all'annullamento dello stesso. In tal modo si dequota il vizio

⁶² Per una rivisitazione della polifunzionalità della motivazione, nella chiave di lettura offerta dall'analisi economica del diritto pubblico, si veda, G. NAPOLITANO, *Il controllo sulla pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO – M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 249 ss.

⁶³ Sulla dequotazione della motivazione, si veda, M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), op. cit.

di motivazione a vizio formale o procedimentale e, sostanzialmente, si consente indirettamente all'amministrazione di derogare all'obbligo di motivazionale, purché il contenuto del provvedimento sia quello inevitabile e corretto⁶⁴.

È chiaro che si tratta di una posizione difficilmente condivisibile, in quanto mancante di un valido fondamento normativo e in quanto finisce per trasfondere nel processo ciò che è proprio del procedimento.

Dall'altro lato, la seconda delle sopra riportate tendenze ha condotto la scienza giuridica su posizioni diametralmente opposte, ossia ad una ipertrofia e iper-valorizzazione della motivazione. Si è scritto, infatti, che la motivazione deve considerarsi come uno degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo⁶⁵. Se così è, l'art. 21-*septies*, legge n. 241 del 1990, laddove contempla la nullità del provvedimento amministrativo per mancanza degli elementi essenziali dello stesso, dovrebbe condurre a considerare nullo il provvedimento carente di motivazione⁶⁶.

⁶⁴ Con specifico riferimento al rapporto fra art. 21-*octies*, comma 2, legge n. 241 del 1990 e difetto di motivazione, si veda, *ex multis*, B. G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, op. cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 310 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità ed annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 409 ss.; A. R. TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, 102 ss.

⁶⁵ Parte della scienza giuridica individua nella motivazione un requisito essenziale dell'atto. In tal senso, si veda, M. RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato interesse*, Milano, 1960, 176 ss. L'Autore afferma che la motivazione è l'unico mezzo funzionale a dare rilevanza ai motivi posti alla base della decisione. Per un'apertura in tal senso, si veda anche, G. ROEHRSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1941, 128; C. M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, op. cit., 199. Più di recente, con una serie di cautele, si veda, F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 283 ss.

⁶⁶ Sul punto, si veda, *ex multis*, S. CAPOZZI, *Brevi considerazioni in ordine alla nullità del provvedimento*, in F. LIGUORI (a cura di), *Studi sul procedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007, 137 ss.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Milano, 2004, 88 ss.

Anche questa tesi sembra poco condivisibile, peccando forse di un'eccessiva valorizzazione della violazione dell'obbligo motivazionale⁶⁷.

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

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

In particolare, volendo in questa sede articolare una riflessione in chiave sistematica, occorre chiedersi se, alla luce delle teorie emerse in seno alla scienza giuridica moderna e contemporanea, sia possibile rinvenire una distinzione tra motivazione in senso stretto, motivi e causa del provvedimento⁶⁸.

L'interrogativo non è astratto, ma sorge da alcuni spunti normativi.

Infatti, l'art. 3 della legge n. 241 del 1990 utilizza espressamente il termine «motivazione».

Allo stesso tempo, però, l'art. 10-*bis* della medesima legge, nel definire i contenuti del c.d. preavviso di rigetto, non utilizza il termine «motivazione», ma fa riferimento ai «*motivi ostativi all'accoglimento della*

⁶⁷ Sul punto, si veda, A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, op. cit. L'Autore afferma che la scienza giuridica e la giurisprudenza «*escludono, tradizionalmente, la motivazione dal novero degli elementi essenziali, rifacendosi alle consolidate impostazioni del paradigma volontaristico ed all'assunto, mai realmente superato, per cui la motivazione discorsiva non rappresenta altro che l'esternazione della motivazione materiale del provvedimento*». Si veda anche, S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2002. Secondo l'Autore, la motivazione è un elemento costitutivo del provvedimento, ma non essenziale, poiché il vizio relativo, anche nella forma della carenza, non ne determina la nullità.

⁶⁸ Sul punto, si veda, L. RAGGI, *Motivi e motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 3, 1941, 163 ss.

domanda)⁶⁹. Inoltre, un autorevole studioso annovera i «motivi» (e non la «motivazione») tra gli elementi essenziali dell'atto amministrativo.⁷⁰

Infine, una parte della scienza giuridica, nell'individuare gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo richiesti a pena di nullità dall'art. 21-*septies*, legge n. 241 del 1990, menziona anche la causa del provvedimento, sulla scorta di quelli che sono gli elementi essenziali del contratto ai sensi dell'art. 1325 cod. civ.⁷¹.

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

Per quanto concerne i rapporti tra motivazione e causa del provvedimento è sufficiente osservare che, sebbene una parte della scienza giuridica abbia voluto fare riferimento all'elemento causale del provvedimento in modo parallelo alla causa del contratto⁷², la causa non sembra essere un concetto riferibile al provvedimento amministrativo. Intesa nel senso civilistico del termine, infatti, la causa sarebbe la funzione economico individuale del provvedimento, la ragion pratica dello stesso che sintetizza in sé gli scopi cui esso è diretto.

Tuttavia, sembra difficile discorrere di causa del provvedimento già solo per il fatto che la teoria civilistica della causa in concreto si fonda imprescindibilmente sulla libertà negoziale delle parti. L'autonomia privata

⁶⁹ Per una disamina sull'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, si veda, da ultimo, D. VAIANO, *Il preavviso di rigetto*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 640 ss.

⁷⁰ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, op. cit.

⁷¹ Sul punto, si veda, F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, 93 ss. L'Autore distingue i «presupposti essenziali» dell'atto amministrativo (la provenienza da un soggetto amministrativo; il suo essere applicazione di un potere; l'esistenza di una fattispecie reale) dagli «elementi essenziali», ossia la competenza, la causa e la funzione. In generale, per una disamina sull'argomento, si veda, R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 221 ss.

⁷² Sulla causa del contratto, si veda, P. RESCIGNO, *Contratto* (voce), in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1988, 6 ss.; E. MOSCATI, *La causa del contratto*, in N. LIPARI – P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, tomo II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 269 ss.

è ciò che consente alle parti di piegare e modellare il contratto affinché questo realizzi uno o più scopi precisi e soddisfi gli interessi delle stesse. Al contrario, il provvedimento amministrativo non è un atto libero nei fini, né, talvolta, nei contenuti. Si può osservare che il provvedimento amministrativo è sempre un atto etero-integrato nei fini e, in alcuni casi, etero-integrato anche nei contenuti. È la legge, infatti, che, nell'attribuire il potere e nel disciplinare le modalità di esercizio e gli effetti dello stesso, si assume il compito di predeterminare i fini dell'azione amministrativa. Questi rappresentano le più varie declinazioni del fine principale unico e predeterminato per eccellenza: la cura concreta dell'interesse pubblico cui è preposta la singola amministrazione. Un provvedimento adottato per fini diversi da quelli per i quali è attribuito il potere configura un'ipotesi tipica di sviamento di potere, che è causa di annullabilità per eccesso di potere.

Ciò è sufficiente ad osservare che il concetto di causa non è per sua natura forgiato con riferimento all'azione amministrativa e, per ciò, non può essere piegato ad essa fino a considerarlo elemento essenziale del provvedimento. Altrimenti, volendo utilizzare il concetto di causa anche con riguardo al provvedimento amministrativo, dovrebbe ritenersi che questo sia sempre e comunque un atto a causa fissa, invariabile, tipica ed astratta.

Permane, tuttavia, il dubbio circa la distinzione tra motivazione e motivi che appare dalla lettura sinottica degli artt. 3 e 10-*bis* della legge n. 241 del 1990.

È legittimo domandarsi per quale ragione il legislatore, nel disciplinare il c.d. preavviso di rigetto, non abbia utilizzato il termine «motivazione», ma abbia fatto riferimento ai «motivi ostativi all'accoglimento della domanda», che, in sostanza, rappresentano la futura motivazione del diniego.

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

Volendo, invece, ricostruire in chiave sistematica il differente riferimento normativo ai motivi, nell'art. 10-*bis*, e alla motivazione, nell'art. 3, può osservarsi che una differenza è rinvenibile nella non necessaria coincidenza tra i motivi che l'amministrazione si prefigura ai fini della decisione finale e la motivazione che effettivamente è portata a sostegno della stessa.

In altri termini, i motivi di cui all'art. 10-*bis* rappresentano il complesso delle ragioni di fatto e diritto che, secondo l'amministrazione, emergono dall'istruttoria procedimentale e che, presumibilmente, determineranno il segno del provvedimento conclusivo. La motivazione, invece, è l'insieme di quei motivi, individuati all'esito dell'istruttoria, che entrano a far parte del provvedimento espressamente o implicitamente *de relato*⁷³.

Tuttavia, non sempre vi è coincidenza assoluta e perfetta tra i motivi individuati dall'amministrazione all'esito dell'istruttoria e quelli che poi effettivamente vanno a formare la motivazione del provvedimento finale. È ben possibile, infatti, che l'amministrazione traduca nella motivazione del provvedimento finale solo alcuni dei motivi individuati precedentemente, anche a seguito delle osservazioni endoprocedimentali formulate dal privato interessato.

In questa prospettiva, la scelta legislativa di utilizzare il termine «motivi» nell'art. 10-*bis*, legge n. 241 del 1990, anziché «motivazione», ritrova una sua logica. L'art. 10-*bis* non avrebbe potuto utilizzare il termine «motivazione» perché in quella fase procedimentale non vi è ancora un

⁷³ Gli studi scientifici sulla motivazione sottolineano che essa è un tratto discorsivo dell'atto volto ad enunciare, evidenziandoli, i «motivi» che determinano l'agente. La motivazione riguarda, dunque i motivi dell'atto amministrativo, intesi come fonti psicologiche subietive della volontà provvedimentoale. Sul punto, si veda, C. M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, op. cit.; ID., *Motivazione* (voce). Tale interpretazione è stata poi ripresa da A. R. TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit. Anche M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 260, afferma che la motivazione «è la parte dell'esternazione del provvedimento in cui si enunciano i motivi».

provvedimento e, dunque, non vi è ancora una motivazione. Si utilizza correttamente il concetto di «motivo» proprio perché, al momento del preavviso di rigetto, la volontà dell'amministrazione non si è ancora formata, né si è espressa. Ed allora è corretto discorrere di «motivi», atteso che il concetto stesso di «motivo» implica una ragione che non è stata esplicitata ed è interna alla sfera psicologica del soggetto agente. Nel caso dell'amministrazione, la sfera psicologica in cui avviene e si realizza il processo di formazione della volontà è il procedimento con tutti i suoi atti endoprocedimentali.

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

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

Nei paragrafi precedenti si è dato atto dei processi evolutivi dell'obbligo di motivazione. Si è evidenziato il passaggio da una fase di ascesa ad una di declino della motivazione.

Allo stesso tempo, però, è emerso che l'attuale metamorfosi del diritto amministrativo, ancora *in fieri*, e la sempre più rilevante tendenza alla fuga dal provvedimento amministrativo hanno determinato una nuova rivalutazione del ruolo della motivazione.

È chiaro, infatti, che, a fronte di una tendenza alla de-provvedimentalizzazione dell'attività amministrativa, il tema delle garanzie procedurali assume nuova vitalità e, per ciò, anche quello della motivazione.

Inoltre, la costante de-provvedimentalizzazione amministrativa in atto, conduce ad un'ulteriore riflessione. La motivazione diviene garanzia

propria non più soltanto del provvedimento, ma delle decisioni amministrative in generale, a prescindere da quale forma esse rivestano.

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

A fronte del rinnovato ruolo della motivazione, lo studio di tale istituto non può più fondarsi sul solo dato normativo generale, pure fondamentale, ma insufficiente a cogliere appieno tutte le sfumature dell'obbligo motivazionale. L'uniformità e generalità dell'obbligo di motivazione è, infatti, soltanto apparente. Al suo interno si celano molteplici declinazioni, sia legislative che giurisprudenziali, sia evidenti che nascoste. In taluni casi la motivazione è rafforzata, in altri è debole; si assiste ad un fenomeno in cui l'intensità dell'obbligo motivazionale si lega alle diverse esigenze dell'azione amministrativa.

Questo particolare modo di manifestarsi dell'obbligo di motivazione induce ad uno studio analitico dello stesso per il tramite delle regole speciali in cui esso si estrinseca ed impone anche una riflessione sulla sua sostenibilità in termini di capacità amministrativa.

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

Per queste ed altre ragioni, il lavoro di ricerca si propone di analizzare quale sia la portata e come si specializza l'obbligo di motivazione nelle diverse categorie di atti e provvedimenti, nonché nelle diverse forme di decisione amministrativa de-provvedimentalizzata, partendo dalla legge generale per arrivare alla legislazione speciale e alla elaborazione giurisprudenziale⁷⁴.

⁷⁴ Si precisa che, la questione della integrazione postuma della motivazione in corso di giudizio, il rapporto tra motivazione e art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e la motivazione delle decisioni adottate in sede di conferenza di servizi non saranno oggetto di trattazione del presente lavoro di ricerca.

CAPITOLO II

LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI CONCERNENTI L'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA, I PUBBLICI CONCORSI E IL PERSONALE: UN DIFFICILE EQUILIBRIO TRA EFFICIENZA E GARANZIE

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

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

Prima dell'entrata in vigore della legge generale sul procedimento amministrativo, gli atti mediante i quali l'amministrazione disponeva del proprio assetto organizzativo, in quanto atti ampiamente discrezionali, non richiedevano alcuna esplicazione dei parametri e delle ragioni delle scelte compiute⁷⁵.

L'art. 3, comma 1, legge n. 241 del 1990, invece, ha espressamente ricompreso i provvedimenti concernenti l'organizzazione amministrativa tra quelli soggetti all'obbligo di motivazione.

Il riferimento agli atti di organizzazione amministrativa, naturalmente, trova un limite nella riserva di legge di cui all'art. 97 della

⁷⁵ In tal senso, si veda, Cons. St., sez. V, 18 giugno 1984, n. 469.

Costituzione, che copre l'organizzazione dei pubblici uffici⁷⁶. Si tratta, tuttavia, di una riserva di legge relativa, pertanto, ciascuna amministrazione può provvedere autonomamente alla propria organizzazione interna nell'esercizio di poteri attribuiti dalla legge e dovrà farlo mediante provvedimenti motivati, al fine di garantire il principio di trasparenza e di effettività della tutela giurisdizionale⁷⁷.

La pubblica amministrazione, infatti, in base all'art. 2 del D.lgs. n. 165 del 2001⁷⁸ è dotata di un generale potere di auto-organizzazione, che si estrinseca nell'esercizio autoritativo del potere di razionalizzazione delle risorse⁷⁹. Tale potere è strettamente connesso non solo all'organizzazione generale degli uffici amministrativi, ma anche alla gestione del personale.

La contrattualizzazione e privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, salvo eccezioni espressamente previste dal T.U. pubblico impiego, ha fatto emergere, implicitamente, la distinzione tra atti di macro-organizzazione e atti di micro-organizzazione⁸⁰. Questi ultimi hanno ad

⁷⁶ L'art. 97, comma 2, Cost. stabilisce che «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

⁷⁷ Nella prassi, la creazione, modificazione e/o estinzione di uffici e organi delle pubbliche amministrazioni avviene mediante provvedimenti generali o regolamentari.

⁷⁸ D.lgs. n. 165 del 2001, recante «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche» (sin d'ora, anche T.U. pubblico impiego). L'art. 2, comma 1, primo periodo, prescrive che «Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive».

⁷⁹ Si veda, Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3760, secondo cui l'amministrazione, nell'esercizio del potere di organizzazione dei propri uffici e servizi, può utilizzare le risorse umane secondo le modalità ritenute più idonee a soddisfare le proprie esigenze, assegnandole – con provvedimenti che, per loro natura, non abbisognano di particolare motivazione, se non quella ricavabile dalle linee generali di organizzazione – all'uno piuttosto che all'altro servizio.

⁸⁰ Sul punto, si veda, G. D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *Lav. nelle p.a.*, 1, 2012, 1 ss.; S. BATTINI, *Cosa c'è di pubblico nella disciplina del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche?: "un test di necessità"*, in *Lav. nelle p.a.*, 2, 2007, 329 ss.

oggetto la gestione del rapporto di lavoro nell'ambito del quale la pubblica amministrazione assume le vesti di datore di lavoro al pari di quello privato. Di conseguenza, il dipendente pubblico, a fronte di atti di micro-organizzazione, è titolare di diritti soggettivi⁸¹.

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

La distinzione tra atti di macro-organizzazione e micro-organizzazione, inoltre, incide sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, essendo stata assunta dalla giurisprudenza amministrativa quale criterio di riparto della stessa⁸².

Questa precisazione si rende necessaria proprio al fine di circoscrivere il perimetro dell'obbligo di motivazione, il quale concerne, dal punto di vista dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, solamente gli atti di macro-organizzazione. Diversamente da questi, gli atti di gestione del singolo rapporto di lavoro, essendo soggetti alle norme del codice civile, non ricadono nell'ambito applicativo della citata norma⁸³.

Si deve, dunque, escludere l'applicabilità agli atti di micro-organizzazione delle norme dettate dalla legge generale sul procedimento amministrativo e, per la parte di interesse, quelle concernenti l'obbligo di motivazione⁸⁴.

⁸¹ Si veda, Tar Lazio, Roma, sez. III, 1° aprile 2010, n. 5411.

⁸² Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 31 agosto 2016, n. 3740; Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2015, n. 5710; Cons. St., sez. V, 15 luglio 2014, n. 3692; *Id.* 28 novembre 2013, n. 5684; Cons. St., sez. IV, 21 ottobre 2013, n. 5104; Cass. civ., SS. UU., 3 novembre 2011, n. 22733; *Id.*, 16 febbraio 2009, n. 3677.

⁸³ Sul punto, si veda, G. VECCHIO, *Gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali presso le amministrazioni statali, fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm. Tar*, 4, 2006, 1568 ss.

⁸⁴ Si veda, Cons. St., sez. IV, 5 febbraio 2001, n. 471, secondo cui «la regola della motivazione enunciata nell'art. 3 della legge 241 del 1990 non è immediatamente

La Corte di Cassazione, infatti, ha confermato la non applicabilità delle disposizioni sulla motivazione degli atti amministrativi agli atti di conferimento e di revoca di incarichi dirigenziali che, pur esprimendo il potere di c.d. supremazia gerarchica, difettano dell'efficacia autoritativa propria del provvedimento amministrativo⁸⁵.

Le norme del codice civile che regolano gli atti di gestione del rapporto di lavoro, tra cui i principi di buona fede e correttezza *ex artt.* 1175 e 1375 cod. civ., si traducono in obblighi diversi da quello di motivazione⁸⁶, quali, ad esempio, l'esistenza di una giusta causa.

La privatizzazione del pubblico impiego, senza dubbio, ha comportato una situazione nella quale coesistono provvedimenti amministrativi strutturali a carattere generale e a contenuto provvedimentale assieme ad atti di diritto privato non autoritativi di gestione del rapporto⁸⁷.

Questa distinzione è parte di una moderna visione delle modalità e degli strumenti di esercizio della funzione amministrativa, oggi affidata sia a strumenti di diritto pubblico sia a strumenti di diritto privato.

Inoltre, la scienza giuridica ha evidenziato, proprio in riferimento alla diversità ontologica della motivazione degli atti di macro-organizzazione rispetto agli atti di micro-organizzazione, la distinzione tra

applicabile agli atti di diritto privato che riguardano la gestione ordinaria del rapporto di lavoro e la micro-organizzazione delle strutture dell'Amministrazione».

⁸⁵ In tal senso, Cass. civ., 16 maggio 2003, n. 7704. Sul punto, si veda, R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 279 ss.

⁸⁶ In tal senso, Cass. civ., SS.UU., 6 marzo 2009, n. 5457. Di segno parzialmente contrario, Cass. civ., SS.UU., 26 novembre 2008, n. 28274; *Id.*, 14 aprile 2008, n. 9814, le quali desumono dai principi elaborati dalla giurisprudenza sui limiti interni ai poteri discrezionali del datore di lavoro l'obbligo per la pubblica amministrazione, anche mediante ricorso alle clausole generali di correttezza e buona fede, di procedere, nel conferimento degli incarichi dirigenziali, all'adozione di adeguate forme di partecipazione e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte adottate.

⁸⁷ Sul punto, si veda, P. SORDI, *La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, in *Argomenti dir. lav.*, 2009, 84 ss.

discrezionalità pubblica e autonomia di scelta privata⁸⁸. Quest'ultima è propria degli atti di micro-organizzazione e si caratterizza per l'inesistenza di un obbligo di motivazione.

L'autonomia di scelta nell'esercizio di poteri privatistici di gestione del rapporto di lavoro trova il principale limite nel divieto di abuso del diritto, direttamente discendente dagli obblighi di buona fede e correttezza, nonché dai doveri di solidarietà sociale ed economica di cui all'art. 2 della Costituzione. La giurisprudenza, infatti, ha ormai da tempo affermato che i poteri decisionali privati – gestione del rapporto di lavoro, recesso contrattuale, clausola risolutiva espressa e così via – debbono essere esercitati nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza⁸⁹.

Per quanto riguarda, invece, gli atti di macro-organizzazione, essi rientrano pacificamente nella categoria dei provvedimenti amministrativi e possono essere definiti come quegli atti con i quali la pubblica amministrazione definisce le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, a monte del rapporto di impiego, attraverso l'esercizio di poteri pubblicistici⁹⁰.

⁸⁸ In tal senso, si veda, C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI – L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2004; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 451.

⁸⁹ L'art. 19 del D.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dal D.lgs. n. 150 del 2009, richiede specifici obblighi motivazionali (congruo preavviso e segnalazione dei posti disponibili per un nuovo incarico), laddove la pubblica amministrazione intenda riorganizzarsi o, allo scadere dell'incarico e senza valutazioni negative, non voglia confermare l'incarico precedente. In tal caso, tuttavia, l'obbligo di motivazione non discende dal disposto di cui all'art. 3 della legge n. 241 del 1990, ma dalla stessa legislazione speciale. La motivazione dovrà, dunque, orientarsi verso l'applicazione delle regole civilistiche di buona fede e correttezza, le quali consentono l'ingresso del principio di ragionevolezza e di imparzialità, intesi non quali principi generali, ma quali principi impliciti nella stessa *ratio* della disciplina. Sul punto, si veda, F. TRIMARCHI BANFI, *Art. 1, comma 1-bis della legge n. 241 del 1990*, in *Foro amm. Cons. St.*, 3, 2005, 947 ss.

⁹⁰ Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3728, secondo cui l'art. 3 della legge n. 241 del 1990 impone l'obbligo di motivazione anche per i provvedimenti concernenti l'organizzazione amministrativa, aventi ad oggetto, ad esempio, il riassetto

Da ciò, si ricavano i caratteri principali degli atti di macro-organizzazione.

In primo luogo, sotto il profilo soggettivo, si tratta di atti riferibili ad una pubblica amministrazione. Tale precisazione risulta fondamentale alla luce della odierna concezione della nozione di pubblica amministrazione in senso teleologico⁹¹. Corre, invero, l'obbligo di sottolineare che, secondo la più recente ricostruzione giurisprudenziale e scientifica, la qualifica di pubblica amministrazione si individua in relazione a due parametri: (i) la normativa di riferimento, che, a seconda delle finalità, descrive una nozione di pubblica amministrazione più o meno allargata; (ii) la funzione concretamente e sostanzialmente svolta dall'ente, a prescindere dalla sua natura formalmente pubblica o privata.

Le scelte di macro-organizzazione possono essere adottate anche attraverso atti regolamentari. L'art. 17, comma 4-*bis*, della legge n. 400 del 1988, richiamato dall'art. 6 del D.lgs. n. 165 del 2001, attribuisce ai Ministeri il potere di determinare, con regolamenti di delegificazione, l'organizzazione e la disciplina dei propri uffici. L'organizzazione degli uffici degli enti locali è regolata da atti di diritto pubblico, come gli statuti e i regolamenti, espressamente previsti dal D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. enti locali).

utilizzativo dei posti letto nelle strutture ospedaliere; Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3065; *Id.*, 27 ottobre 2005, n. 6046.

⁹¹ Sulle nozioni di pubblica amministrazione, si veda, *ex multis*, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 68 ss.; W. GIULIETTI – M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione pubblica coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in R. CAVALLO PERIN – A. POLICE – F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, vol. I, Firenze, 2016, 189 ss.; S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 3 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2014, 23 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblica amministrazione in Italia*, in *XXI secolo. Norme e idee*, Roma, 2009, 411 ss.; L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 23 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblica amministrazione* (voce), in *Diz. dir. pubbl.*, S. CASSESE (diretto da), Milano, vol. III, 2006, 2631 ss.; M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, 12 ss.; E. CASETTA, *Pubblica amministrazione* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 271 ss.; S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 1996, 920 ss.

Si è scritto in precedenza che, l'art. 3, comma 1, della legge generale sul procedimento amministrativo prevede espressamente l'obbligo di motivazione anche per gli atti organizzativi della pubblica amministrazione.

Tuttavia, la giurisprudenza ha evidenziato una più o meno apparente contraddizione tra il disposto di cui all'art. 3, comma 1, sopra citato e quanto previsto dal successivo comma 2 del medesimo articolo. Quest'ultimo, infatti, esclude dall'obbligo di motivazione i provvedimenti a contenuto generale. Pertanto, si è osservato che gli atti di macro-organizzazione, secondo il primo comma dell'art. 3 sarebbero soggetti all'obbligo di motivazione, ma, se qualificati come atti a contenuto generale, sarebbero, al contrario, esclusi da tale obbligo.

Sul punto, non si rinviene, allo stato, una posizione consolidata. Parte della giurisprudenza, valorizzando la natura generale ed astratta degli atti di macro-organizzazione, è giunta a ridimensionare la portata precettiva dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990. In particolare, questa parte della giurisprudenza ha inteso sottrarre gli atti di macro-organizzazione di carattere generale all'art. 3, comma 1, ritenendo operante per gli stessi la previsione di cui all'art. 3, comma 2, in quanto atti generali emanati nell'esercizio di un potere caratterizzato da ampia discrezionalità, finalizzato al raggiungimento degli obiettivi programmatici e delle finalità proprie della pubblica amministrazione⁹².

Gli atti di macro-organizzazione, talvolta, possono essere qualificati come veri e propri atti di alta amministrazione, ossia atti connotati da una forte discrezionalità, quasi parificabile a quella degli atti politici, ma non altrettanto liberi nei fini⁹³. Tale qualificazione, tuttavia, non vale ad escludere in radice la previsione di un obbligo di motivazione. Gli atti di

⁹² In tal senso, Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 19 aprile 2010, n. 5494; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 3 giugno 2003, n. 2426.

⁹³ Per una disamina degli atti di alta amministrazione, si veda, *ex multis*, C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, vol. I, 2006, 516 ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti di alta amministrazione e l'obbligo di motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 1998, 43 ss.

alta amministrazione, infatti, in quanto atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, soggiacciono all'obbligo di motivazione previsto dalla legge n. 241 del 1990⁹⁴.

Altra parte della giurisprudenza, invece, si è mostrata più cauta, affermando la perdurante valenza dell'obbligo di adeguata motivazione anche per gli atti di macro-organizzazione a contenuto generale, pur non configurandoli espressamente alla stregua di atti di alta amministrazione. L'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nell'adozione degli atti di macro-organizzazione non inciderebbe sull'*an* dell'obbligo di motivazione, bensì sul *quantum* di motivazione esigibile. La natura dell'atto di macro-organizzazione non potrebbe, di per sé, determinare l'esclusione dall'obbligo di motivazione; essa, però, consentirebbe una modulazione e una commisurazione della motivazione, senza inutili appesantimenti, ma sempre rispettando i canoni della logicità e congruità⁹⁵.

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

⁹⁴ La giurisprudenza ha ribadito che la natura di atto di alta amministrazione, a forte valenza fiduciaria e a contenuto quasi politico, non comporta l'esclusione dell'obbligo di motivazione «*essendo chiuso nel sistema, dopo l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990 ogni spazio per la categoria dei provvedimenti amministrativi a c.d. motivo libero. Anche allorché, quindi, si debbano adottare atti di nomina di tipo fiduciario, l'amministrazione deve indicare le qualità professionali sulla base delle quali ha ritenuto il soggetto più adatto rispetto agli obiettivi programmatici, dimostrando di aver compiuto un'attenta e seria valutazione del possesso dei requisiti prescritti in capo al soggetto prescelto, sì che risulti la ragionevolezza della scelta*». In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 settembre 2014, n. 9505; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 8 novembre 2013, n. 695; Tar Lazio, Roma, sez. I, 21 marzo 2012, n. 2697; Cons. St., sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6388.

⁹⁵ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 27 agosto 2014, n. 4366; *Id.*, 14 maggio 2013, n. 2607.

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

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

In via preliminare, giova operare una distinzione tra due diverse questioni interpretative.

Da un lato, quella riguardante la delimitazione dell'ambito cui va ritenuta estesa la previsione di un obbligo di motivazione per i provvedimenti concernenti lo svolgimento dei pubblici concorsi.

Dall'altro, quella concernente l'effettiva consistenza del predetto obbligo motivazionale e, in particolare, la possibilità di ritenerlo adeguatamente assolto con la sola forma numerica.

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

Quanto al primo profilo, la scienza giuridica e la giurisprudenza tendono a fornire un'interpretazione estensiva della disposizione di cui all'art. 3, comma 1. La locuzione «*procedure concorsuali*», infatti, andrebbe riferita tanto ai concorsi indetti per l'assunzione presso la pubblica amministrazione⁹⁶, quanto alle procedure volte all'affidamento di contratti pubblici⁹⁷.

⁹⁶ L'art. 97, comma 4, della Costituzione prescrive che «*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*». La *ratio* della disposizione affonda le sue radici nell'art. 6, quarto periodo, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo cui «*Tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi occhi, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti*». Sul punto, si veda, M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego* (voce) in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 631 ss.; R. IANNOTTA, *Concorso a pubblico impiego* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 329 ss.; C. PINELLI,

Al fine di un corretto inquadramento della previsione in esame, occorre, altresì, tenere conto delle già richiamate innovazioni derivanti dalla privatizzazione del pubblico impiego. Prima fra tutte, la trasformazione della natura dell'attività con cui il datore di lavoro gestisce il rapporto medesimo da attività autoritativa e provvedimentale ad attività privatistica⁹⁸.

Delle predette considerazioni occorre fare applicazione nel perimetrare l'effettiva portata del riferimento contenuto nell'art. 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 ai provvedimenti concernenti lo svolgimento dei pubblici concorsi⁹⁹.

Secondo una prima ricostruzione, l'obbligo di motivazione riguarderebbe gli atti adottati nella gestione dei concorsi, la cui contestazione rientra ancora nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo¹⁰⁰. Il riferimento allo svolgimento del concorso, piuttosto che al solo esito dello stesso, quindi, permetterebbe di assoggettare all'obbligo motivazionale tutti gli atti del procedimento concorsuale.

La pubblica amministrazione, Art. 97, in A. PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Roma, 1994; G. GALLENCA, *Pubblico impiego* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Agg., Torino, 2008, 695 ss.

⁹⁷ Sul punto, si veda, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, 1453.

⁹⁸ Sul punto, merita segnalare la previsione di cui all'art. 63, comma 1, del D.lgs. n. 165 del 2001, che devolve alla cognizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, proprio sull'assunto della natura non autoritativa dell'attività di gestione di tali rapporti.

⁹⁹ Attraverso il meccanismo concorsuale si individuano i candidati più capaci e si persegue l'imparzialità e l'efficacia amministrativa. Tale affermazione si pone in linea con quanto statuito dalla Corte Costituzionale nelle sentenze 16 maggio 2002, n. 194 e 26 gennaio 2004, n. 34. Sul punto, si veda, R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in *Foro amm. Cons. St.*, 1, 2002, 1994 ss.; S. BATTINI, *Concorsi interni e cittadini esterni: la difficile coabitazione degli istituti di reclutamento e di carriera* in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2004, 611 ss.; G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, vol. II, Milano, 2003, 1139 ss.

¹⁰⁰ L'art. 63, comma 4, D.lgs. n. 165 del 2001, prescrive che «*Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni [...]».*

La portata onnicomprensiva del sopra citato art. 3 comporterebbe, dunque, che tutti i provvedimenti autonomamente attinenti al concorso (dallo stadio iniziale alla fase conclusiva) dovrebbero essere motivati, ad eccezione di quelli aventi carattere meramente preparatorio o consequenziale rispetto ai precedenti.

Anche a seguito della privatizzazione del pubblico impiego, le procedure concorsuali finalizzate alla costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di una pubblica amministrazione rimangono atti pubblicistici e, in quanto tali, rientrano nell'ambito applicativo del sopra citato art. 3. Prima della costituzione del rapporto di lavoro privatizzato, infatti, la pubblica amministrazione agisce esercitando un potere di carattere autoritativo – *iure imperii* – volto alla comparazione e selezione dei candidati.

Un approccio letterale al primo comma dell'art. 3, nella parte in cui esige la motivazione con riferimento allo svolgimento dei pubblici concorsi, potrebbe, invece, conferire fondamento all'assunto per cui la motivazione sia richiesta per i soli provvedimenti applicativi, derivanti e conseguenti dal bando di indizione del concorso, «*inteso come atto di autovincolo e norma parametro*», inderogabile anche per la stessa pubblica amministrazione¹⁰¹.

Se non si dubita affatto circa l'obbligo di motivazione dei provvedimenti successivi all'atto di indizione della procedura concorsuale, qualche perplessità potrebbe, invece, sollevarsi in ordine all'obbligo di motivazione dell'atto recante il bando di concorso. Quest'ultimo, infatti, in quanto atto generale, rivolto ad un numero incerto di destinatari, dovrebbe essere sottratto all'obbligo di motivazione, rientrando nelle eccezioni previste dall'art. 3, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

A *fortiori*, la predetta conclusione varrebbe anche per la determinazione dell'amministrazione di indire il concorso, laddove distinta dal bando. Anche tale manifestazione di volontà provvedimentoale, infatti,

¹⁰¹ F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, op. cit., 455.

oltre che avere una platea di destinatari finali indeterminata – i possibili candidati – nella parte in cui si rivolge ad altri organi o uffici della medesima amministrazione «è atto interno e, come tale, non deve essere accompagnato da alcuna motivazione, non essendo ex se impugnabile»¹⁰².

Tale ricostruzione non è, tuttavia, esente da critiche.

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

Ulteriore questione riguarda l'estensione dell'obbligo di motivazione con particolare riguardo agli atti adottati nell'ambito di procedure concorsuali interne¹⁰³, essendo discussa la natura giuridica delle medesime.

In particolare, il problema interpretativo si pone relativamente alla disposizione di cui all'art. 63, comma 4, D.lgs. n. 165 del 2001, che riconosce la giurisdizione amministrativa con esclusivo riferimento alle controversie riguardanti «*le procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*». Ci si è chiesti se nella locuzione «assunzione» possano farsi rientrare anche i concorsi interni, oltre alle procedure finalizzate a consentire per la prima volta l'ingresso del vincitore nei ruoli dell'amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa sottolinea, anzitutto, come, nell'ambito dei concorsi interni, si debba distinguere tra: (i) progressioni verticali, volte al passaggio dei dipendenti ad una fascia o area superiore; (ii) progressioni orizzontali, volte al passaggio di livello dei dipendenti nell'ambito della medesima area o categoria.

¹⁰² In tal senso, Tar Puglia, Bari, sez. II, 7 ottobre 2013, n. 1359; Cons. St., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7243; *Id.*, 11 maggio 2009, n. 2876.

¹⁰³ Si tratta di concorsi indetti dalla pubblica amministrazione per soggetti che sono già dipendenti pubblici e finalizzati alla loro progressione orizzontale e verticale.

A ben vedere, solo le prime potrebbero essere ricondotte nel novero delle procedure concorsuali, con conseguente applicazione dell'obbligo motivazionale, *ex art. 3, comma 1, legge n 241 del 1990*¹⁰⁴. Le seconde, invece, rientrerebbero nell'ambito della gestione del rapporto di lavoro e andrebbero, dunque, qualificate alla stregua di atti negoziali di natura privatistica, come tali esclusi dall'obbligo di motivazione¹⁰⁵.

A sostegno della predetta ricostruzione, si precisa, tra l'altro, che la giurisdizione del giudice ordinario è limitata alle controversie inerenti concorsi interni implicanti il passaggio da una qualifica all'altra nell'ambito della stessa area, residuando nelle altre ipotesi la giurisdizione del giudice amministrativo¹⁰⁶.

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

Per i provvedimenti concernenti lo svolgimento dei pubblici concorsi si è posto il problema della effettiva consistenza dell'obbligo di motivazione richiesto espressamente dall'art. 3, comma 1, legge n. 241 del 1990.

In particolare, il dibattito scientifico e giurisprudenziale si è sviluppato intorno alla possibilità di ritenere l'obbligo motivazionale assolto mediante l'indicazione del solo punteggio numerico, così escludendo la necessità di un giudizio ulteriore.

¹⁰⁴ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 20 agosto 2015, n. 3959; Cons. St., sez. III, 10 luglio 2014, n. 3537; Cons. St., sez. V, 27 maggio 2014, n. 2721; Cons. St., sez. III, 13 maggio 2014, n. 2458; Cons. St., sez. V, 6 luglio 2010, n. 4313.

¹⁰⁵ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2006, n. 5938; *Id.*, 30 marzo 2005, n. 1355.

¹⁰⁶ In tal senso, *ex multis*, Cass. civ., SS.UU., 13 luglio 2007, n. 15662; *Id.*, 19 febbraio 2007, n. 3717. Si veda anche, Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3799; Cons. St., sez. III, 22 aprile 2013, n. 2237; Cons. St., sez. V, 9 aprile 2013, n. 1944.

Tale questione interessa sia i concorsi pubblici volti all'assunzione del personale, sia i concorsi pubblici di abilitazione, che mirano ad accertare i requisiti attitudinali e tecnici necessari allo svolgimento di determinate professioni intellettuali¹⁰⁷.

Il quadro normativo di riferimento non fornisce, in merito, alcuna indicazione chiara e risolutiva¹⁰⁸. Il legislatore, infatti, in alcuni casi impone *sic et simpliciter* l'obbligo di motivare i punteggi attribuiti¹⁰⁹; in altri casi opera una distinzione tra atti sfavorevoli e favorevoli, richiedendo la motivazione in forma discorsiva solo qualora il giudizio sia di non idoneità¹¹⁰; e in altri ancora si limita a richiedere il voto numerico¹¹¹.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, la giurisprudenza era orientata nel senso di negare l'esigenza di una motivazione ulteriore rispetto all'attribuzione di un punteggio numerico per le prove di esame, poiché «*il giudizio della Commissione si esterna ex se nella graduazione del punteggio assegnato*»¹¹².

¹⁰⁷ L'art. 33, comma 5, della Costituzione prescrive «[...] un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale». Sul punto, si veda, Q. CAMERLENGO, *Commento all'art. 33 della Costituzione*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 322 ss.; G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, op. cit.

¹⁰⁸ Sul punto, si veda, S. BACCARINI, *Motivazione ed effettività della tutela*, in *Foro amm. Tar*, 10, 2007, 3311 ss.

¹⁰⁹ D.p.R. 9 maggio 1994, n. 487, «Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi».

¹¹⁰ D.lgs. n. 166 del 2006, recante «Norme in materia di concorso notarile, pratica e tirocinio professionale, nonché in materia di coadiutori notarili in attuazione dell'articolo 7, comma 1, della legge 28 novembre 2005, n. 246».

¹¹¹ D.lgs. n. 160 del 2006, recante «Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150».

¹¹² In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 26 luglio 1985, n. 267; Cons. St., sez. IV, 12 luglio 1989, n. 461; *Id.* 27 dicembre 1989, n. 999. Di segno contrario, Cons. St., sez. V, 20 giugno 1987, n. 400, secondo cui la pubblica amministrazione «*deve esplicitare, nel verbale delle operazioni concorsuali, le ragioni per le quali è stato attribuito un diverso punteggio ai candidati*».

Successivamente all'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, si sono affermati diversi orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo indirizzo, l'obbligo motivazionale dei giudizi inerenti le prove scritte e orali di un concorso sarebbe correttamente adempiuto con la semplice attribuzione di un punteggio numerico. Tale punteggio si configurerebbe quale «*formula sintetica, ma non per questo non eloquente, di esternazione della valutazione tecnica compiuta dalla commissione esaminatrice*»¹¹³. L'obbligo di motivazione sarebbe previsto esclusivamente in relazione all'attività provvedimentale, nella quale non rientrano i giudizi e le valutazioni.

A sostegno del predetto orientamento, si richiama, tra l'altro, anche la natura tecnica della discrezionalità esercitata dall'amministrazione nell'ambito delle procedure concorsuali. L'amministrazione esprime una valutazione alla stregua di criteri tecnici opinabili e a risultato non oggettivamente verificabile; «*si versa pertanto nell'ambito della cosiddetta discrezionalità tecnica, dovendosi attribuire un giudizio, frutto di valutazioni discendenti da criteri predefiniti*», e non vi sarebbe alcun obbligo di motivazione¹¹⁴. Qualora le amministrazioni non si siano vincolate, in sede di elaborazione dei criteri di giudizio, a dare conto in maniera puntuale di alcuni elementi di valutazione numerica, il punteggio

¹¹³ In tal senso, *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2110; Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 253; Cons. St., sez. III, 9 giugno 2014, n. 2699; *Id.*, 10 aprile 2014, n. 1733; Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1235; Cons. St., sez. IV, 5 settembre 2013, n. 4457; *Id.*, 11 maggio 2013, n. 4130; Cons. St., sez. V, 5 luglio 2012, n. 3943; Cons. St., sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3003; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 27 giugno 2011, n. 1089; Tar Puglia, Bari, sez. II, 4 giugno 2010, n. 2243; Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2008, n. 924; Tar Lazio, Roma, sez. I, 20 febbraio 2008, n. 1521.

¹¹⁴ Si veda, Cons. St., sez. IV, 7 maggio 2007, n. 1971, secondo cui «*nell'esercizio della discrezionalità tecnica l'amministrazione non sceglie tra più interessi quello prevalente, ma formula un giudizio di valore in applicazione di nozioni di carattere tecnico. In tali ipotesi, pertanto, non grava sulla pubblica amministrazione un vero e proprio obbligo di motivazione, occorrendo al più dimostrare la correttezza del procedimento seguito e il rispetto delle regole preventivamente stabilite dalla lex specialis*»; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 26 settembre 2006, n. 8318.

attribuito alle prove non avrebbe bisogno di essere accompagnato da un'esplicita motivazione¹¹⁵.

Ciò equivale a dire che, fuori dalle ipotesi di una commissione di concorso che autovincoli la propria discrezionalità, predeterminando *expressis verbis* ulteriori elementi di verbalizzazione e conoscenza del proprio interno processo decisionale-valutativo, l'attribuzione di un punteggio numerico è, di per sé sola, sufficiente a rappresentare, seppur in forma sintetica, la valutazione compiuta dalla commissione di concorso¹¹⁶.

I punteggi numerici «*rappresentano di per sé l'implicita motivazione senza necessità [...] di alcuna ulteriore specificazione*»¹¹⁷. Il voto numerico attribuito dalle commissioni alle prove – scritte o orali – di un concorso pubblico o di un esame di abilitazione dovrebbe considerarsi pienamente legittimo, in quanto espressione e sintesi del giudizio tecnico-discrezionale della medesima commissione, non necessitando di ulteriori chiarimenti o specificazioni¹¹⁸.

La c.d. motivazione numerica risponderebbe a quelle esigenze di speditezza ed economicità nello svolgimento dell'attività amministrativa, richiamate dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990 e riassunte nel principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione¹¹⁹.

¹¹⁵ Si veda, Cons. St., sez. IV, 27 settembre 2016, n. 3946, secondo cui «*dopo l'entrata in vigore dell'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241 i provvedimenti della commissione esaminatrice degli aspiranti avvocati, che rilevano l'inidoneità delle prove scritte e non li ammettono all'esame orale, vanno di per sé considerati adeguatamente motivati anche quando si fondano su voti numerici, attribuiti in base ai criteri da essa predeterminati, senza necessità di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, valendo comunque il voto a garantire la trasparenza della valutazione [...] la circostanza per la quale sugli elaborati non sia stato apposto alcun segno grafico di correzione non costituisce elemento significativo da cui desumere la carenza di motivazione giacché la necessaria correlazione con i predeterminati criteri di valutazione è comunque garantita dalla graduazione ed omogeneità delle valutazioni effettuate mediante l'espressione della cifra del voto*».

¹¹⁶ Si veda, Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 14 gennaio 2015, n. 25.

¹¹⁷ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2544; *Id.*, 9 settembre 2009, n. 5410; *Id.*, 3 marzo 2009, n. 1223.

¹¹⁸ Si veda, Cons. St., sez. V, 30 novembre 2015, n. 5407.

¹¹⁹ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2010, n. 835; *Id.*, 3 dicembre 2010, n. 8504; *Id.*, 22 aprile 2009, n. 2242; *Id.*, 19 settembre 2008, n. 4512. Per

Merita, inoltre, sottolineare che «*le valutazioni espresse da una Commissione di concorso nelle prove scritte e orali dei candidati costituiscono espressione di un'ampia discrezionalità tecnica e, come tali, sfuggono al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano inficiate, ictu oculi, da eccesso di potere, sub specie delle figure sintomatiche dell'arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità e travisamento dei fatti*»¹²⁰. Anche tale assunto si pone a sostegno della tesi che accoglie l'eshaustività della motivazione numerica.

All'approccio interpretativo sopra illustrato vanno, altresì, ricondotte quelle pronunce che, pur ammettendo il giudizio numerico, affermano la necessità di una motivazione esplicita ed ulteriore a fronte di ipotesi peculiari.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui vi siano valutazioni macroscopicamente differenti della stessa prova scritta da parte dei singoli commissari¹²¹. In particolare, si ritiene che si dovrebbe avere riguardo ai criteri di massima elaborati nella singola procedura selettiva, ritenendosi sufficiente il solo punteggio numerico allorché gli stessi siano fissati in via preventiva e in maniera rigida. In tal caso, infatti, il punteggio sarebbe ritenuto idoneo ad esternare le ragioni del giudizio tecnico, in quanto risultato finale dell'applicazione dei medesimi criteri¹²².

La giurisprudenza, inoltre, ha richiesto un particolare obbligo di motivazione nei casi in cui alla procedura selettiva partecipi un solo candidato. Mancando, infatti, l'aspetto selettivo, il punteggio non svolgerebbe più la sua funzione individuatrice di posizioni reciprocamente

l'attività consultiva, *ex multis*, Cons. St., sez. II, 7 ottobre 2015, n. 2763; *Id.*, 9 luglio 2015, n. 2011; *Id.*, 7 aprile 2014, n. 1141; *Id.*, 12 febbraio 2014, n. 531.

¹²⁰ Si veda, Cons. St., sez. IV, 29 dicembre 2014, n. 6387; *Id.* 16 marzo 2009, n. 1524; *Id.*, 22 giugno 2006, n. 3924.

¹²¹ In tal senso, *ex multis*, Tar Umbria, Perugia, sez. I, 1° febbraio 2011, n. 41; Cons. St., sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8504; *Id.*, 14 aprile 2006, n. 2127; *Id.*, 26 maggio 2006, n. 3147; *Id.*, 14 gennaio 2005, n. 110; *Id.*, 5 agosto 2005, n. 4165.

¹²² Si veda, Tar Lazio, Roma, sez. III 7 luglio 2015, n. 9126; Cons. St., sez. III, 15 aprile 2013, n. 2032; Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 233.

connesse e, quindi, necessiterebbe di «una motivazione, che individui le ragioni del giudizio, in relazione agli elementi di valutazione considerati tali»¹²³.

Secondo un contrapposto indirizzo, invece, dall'applicazione del disposto di cui all'art. 3 della legge n. 241 del 1990, discenderebbe un obbligo di puntuale motivazione anche degli atti che costituiscono esito di procedure concorsuali avvenute attraverso prove scritte o orali, attesa la ritenuta insufficienza della valutazione numerica¹²⁴.

Si tratta, a ben vedere, di un orientamento che sottolinea come il punteggio numerico sia espressione del solo risultato e non anche della motivazione del giudizio valutativo.

Il candidato, a fronte della sola valutazione numerica, non sarebbe in grado di conoscere le ragioni sottese ad un eventuale giudizio negativo¹²⁵. Al candidato, invece, dovrebbe essere assicurato il diritto di conoscere tali ragioni, in modo da poter valutare consapevolmente la possibilità di agire in giudizio¹²⁶.

Il rispetto degli anzidetti principi imporrebbe, quindi, che alla valutazione sintetica di semplice non idoneità si accompagnino ulteriori elementi, sulla scorta dei quali sia consentito ricostruire *ab externo* la motivazione del giudizio valutativo¹²⁷.

¹²³ Si veda, Cons. St., sez. V, 19 settembre 1995, n. 1323.

¹²⁴ In tal senso, *ex multis*, Cgars, ord., 18 dicembre 2015, n. 764; *Id.*, ord., 20 novembre 2015, n. 653; Tar Liguria, Genova, sez. II, 29 novembre 2012, n. 1531; Cons. St., sez. V, 1° settembre 2009, n. 5145; Cons. St., sez. V, 8 giugno 2007, n. 3012; Cons. St., sez. IV, 17 maggio 2004, n. 2881; Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2003, n. 8105; *Id.*, 25 luglio 2003, n. 4282; Tar Veneto, sez. I, 21 gennaio 2002, n. 137.

¹²⁵ In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, ord., sez. III, 5 agosto 2014, n. 3919; *Id.*, 18 luglio 2014, n. 3357; Tar Campania, Napoli, sez. II, 15 giugno 2007, n. 6195; Tar Lazio, Roma, sez. VI, 25 luglio 2003, n. 4282.

¹²⁶ Si veda, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 15 giugno 2010, n. 2552; *Id.* 28 ottobre 2009, n. 2665; Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 15 aprile 2008, n. 304.

¹²⁷ In tal senso, *ex multis*, Tar Puglia, sez. I, 27 aprile 2012, n. 826; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 22 dicembre 2010, n. 4813; Tar Lazio, Roma, sez. I, 20 settembre 2010, n. 32355; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 1° dicembre 2009, n. 2393; Tar Veneto, Venezia,

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

L’aver ricompreso, *expressis verbis*, i provvedimenti relativi allo svolgimento delle procedure concorsuali tra quelli soggetti all’obbligo di motivazione, *ex art. 3 della legge n. 241 del 1990*, costituisce un ulteriore argomento a sostegno della insufficienza del solo punteggio numerico¹²⁸.

Si osserva, infatti, che i provvedimenti finali dei procedimenti concorsuali sono comunemente motivati con il semplice richiamo agli atti del procedimento. Ne deriva che, l’esclusione dell’obbligo motivazionale, con riferimento ai giudizi valutativi, si tradurrebbe nell’espunzione della motivazione dall’intero ambito dei suddetti procedimenti, con palese

sez. I, 15 giugno 2009, n. 1774; Cons. St., sez. IV, 16 settembre 2004, n. 6007; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 974.

¹²⁸ Si veda, Tar Campania, Napoli, sez. V, 14 luglio 2011, n. 3831, secondo cui «quando si fa luogo al raffronto tra le posizioni dei diversi candidati, deve essere assicurata, quanto meno in forma sintetica, l’esternazione delle ragioni sottese alle valutazioni della Commissione, rendendo percepibile l’iter logico seguito nell’attribuzione del punteggio, se non attraverso diffuse esternazioni verbali relative al contenuto delle prove, quanto meno mediante taluni elementi che concorrano ad integrare e chiarire la valenza del punteggio, esternando le ragioni dell’apprezzamento sinteticamente espresso con l’indicazione numerica. Ciò appare consono non solo al sacrosanto principio di trasparenza cui l’intera attività amministrativa deve conformarsi, ma allo stesso disposto dell’art. 3, co. 1, l. n. 241/1990 [...]». Nello stesso senso, Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 31 ottobre 2007, n. 820; *Id.*, 31 ottobre 2006, n. 1677; Cons. St., sez. IV, 7 maggio 2004, n. 2881.

violazione del dettato normativo, che, onde evitare incertezze applicative e interpretative, richiede espressamente la motivazione dei provvedimenti attinenti allo svolgimento dei pubblici concorsi¹²⁹.

Sul punto, pare opportuno richiamare anche la disposizione di cui all'art. 12, comma 1, d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487¹³⁰, che impone alla commissione esaminatrice di stabilire, *ex ante*, i criteri di valutazione delle prove di concorso, limitando, di fatto, il proprio potere di apprezzamento. Tale norma sarebbe svuotata di contenuto, laddove non si prevedesse un dovere di motivare le modalità di applicazione dei criteri medesimi.

Le pronunce in cui si aderisce al predetto orientamento, tuttavia, non sempre affermano la necessità di un'esplicita argomentazione delle ragioni sottese alla valutazione espressa dalla commissione giudicatrice. In taluni casi, infatti, si richiede soltanto che al punteggio numerico si accompagnino degli ulteriori elementi sulla base dei quali si possa ricostruire, dall'esterno, la motivazione del giudizio. Si ha, in particolare, riguardo alla formulazione dettagliata dei criteri di valutazione stabiliti *ex ante* da parte della commissione esaminatrice, all'apposizione di note o, comunque, segni grafici a margine dell'elaborato, che permettano di individuare gli aspetti della prova valutati negativamente dalla commissione¹³¹. Si tratta di una soluzione mediana che sembrerebbe coniugare le esigenze di trasparenza e giustiziabilità con quelle di speditezza e non aggravamento.

La stessa giurisprudenza, inoltre, ha ritenuto di dover distinguere i casi in cui è necessaria una puntuale motivazione per la valutazione negativa delle prove di concorso da quelli in cui è, invece, sufficiente il solo giudizio espresso in forma numerica. Più specificamente, si è affermata

¹²⁹ Si veda, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 4 agosto 2006 n. 2307.

¹³⁰ L'art. 12, comma 1, d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, recante «*Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi*», prescrive che «*le commissioni esaminatrici, alla prima riunione stabiliscono i criteri e le modalità di valutazione delle prove concorsuali, da formalizzare nei relativi verbali, al fine di assegnare i punteggi attribuiti alle singole prove*».

¹³¹ Si veda, Cons. St., sez. VI, 30 aprile 2003, n. 2331.

l'inidoneità del solo punteggio numerico nei casi in cui la valutazione tecnica riguardi giudizi legati all'espressione di nozioni di particolare complessità¹³².

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

L'art. 9, comma 3, d.P.R. 27 marzo 2001, n. 220¹³³, relativo ai concorsi in ambito sanitario, prevede che *«la commissione, alla prima riunione, stabilisce i criteri e le modalità di valutazione, da formulare nei verbali, delle prove concorsuali ai fini della motivazione dei punteggi attribuiti alle singole prove»*.

L'art. 11, comma 5, D.lgs. 24 aprile 2006 n. 166¹³⁴, nel disciplinare le modalità di correzione delle prove scritte del concorso notarile, prevede espressamente che *«il giudizio di non idoneità è motivato. Nel giudizio di idoneità, il punteggio vale motivazione [...]»* e il successivo art. 12, comma 5, relativo alle modalità di svolgimento delle prove orali, dispone che *«la mancata approvazione è motivata. Nel caso di valutazione positiva il punteggio vale motivazione [...]»*¹³⁵.

Il tenore delle predette disposizioni è imperativo: il punteggio che stabilisce l'inidoneità del candidato deve necessariamente essere accompagnato da una motivazione che esterne le ragioni sottese alla inidoneità¹³⁶.

¹³² Si veda, Cons. St., sez. V, 1° settembre 2009, n. 5145.

¹³³ D.P.R. 27 marzo 2001, n. 220, recante *«Regolamento recante disciplina concorsuale del personale non dirigenziale del Servizio sanitario nazionale»*.

¹³⁴ D.lgs. 24 aprile 2006 n. 166, recante *«Norme in materia di concorso notarile, pratica e tirocinio professionale, nonché in materia di coadiutori notarili in attuazione dell'articolo 7, comma 1, della legge 28 novembre 2005, n. 246»*.

¹³⁵ Sul punto, si veda, Cons. St., sez. IV, 27 aprile 2012, n. 2484; Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 luglio 2010, n. 27760.

¹³⁶ Si veda, Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 30 luglio 2010, n. 3313, secondo cui la valutazione di una prova concorsuale *«costituisce l'espressione di un giudizio tecnico-discrezionale, che si esaurisce nell'ambito del procedimento concorsuale, allorché tale giudizio è positivo, di modo che essa può essere resa con un semplice voto numerico e rappresenta al tempo stesso, oltre che un giudizio, un provvedimento amministrativo che conclude il procedimento concorsuale, tutte le volte in cui alle prove di un candidato*

L'art. 46, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 247¹³⁷, nel disciplinare le modalità di accesso alla professione forense, dispone che *«la commissione annota le osservazioni positive o negative nei vari punti di ciascun elaborato, le quali costituiscono motivazione del voto che viene espresso con un numero pari alla somma dei voti espressi dai singoli componenti»*. Dalla lettura della norma in parola emerge, chiaramente, la volontà di accompagnare il voto espresso in forma numerica da una motivazione ulteriore, consistente nell'annotazione di osservazioni positive o negative. La *voluntas legis* è, dunque, orientata nel senso di ritenere insufficiente la mera votazione numerica. Le annotazioni che accompagnano e seguono il voto espresso in forma numerica si pongono, senza dubbio, a maggior garanzia dell'accesso individuale alla professione forense, consentendo di fatto al privato interessato di poter conoscere le ragioni alla base delle valutazioni tecnico-discrezionali della commissione esaminatrice

Il legislatore, tuttavia, con la disposizione di cui all'art. 49 della legge n. 247 del 2012 – a più riprese oggetto di proroga – ha previsto una fase transitoria, disponendo che per i primi cinque anni dall'entrata in vigore di tale legge, l'esame di abilitazione all'esercizio della professione di

venga attribuito un punteggio insufficiente, donde la necessità, in tale ipotesi, che all'assegnazione del voto faccia seguito l'espressione di un giudizio di non idoneità, con il quale vengano esplicitate le ragioni della valutazione negativa, conformemente al disposto di cui all'art. 3, legge n. 241 del 1990, ove questo venga interpretato - conformemente all'orientamento prevalente - nel senso che la motivazione è necessaria solo per gli atti aventi contenuto provvedimentale». Contrariamente a quanto accade nel caso di valutazione positiva di una prova scritta, nell'ipotesi di giudizio negativo la commissione è tenuta ad una disamina maggiormente approfondita degli elaborati per giustificare adeguatamente e compiutamente il proprio operato.

¹³⁷ Legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante *«Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense»*. Si veda anche il d.m. 25 febbraio 2016, n. 48, recante *«Regolamento recante disciplina delle modalità e delle procedure per lo svolgimento dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense e per la valutazione delle prove scritte e orali»*.

avvocato si effettua, sia per quanto riguarda le prove scritte e orali, sia per quanto riguarda le modalità di esame, secondo le norme previgenti¹³⁸.

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

È possibile una duplice lettura di tale andamento legislativo. Secondo un'interpretazione più restrittiva, si potrebbe sostenere che l'obbligo di motivare la valutazione negativa con un giudizio (motivato) che accompagni quello numerico sia limitato ai soli casi espressamente previsti dalla legge¹³⁹. Ciò sull'assunto che si tratta pur sempre di norme speciali non suscettibili di applicazione analogica, sia essa intesa come analogia *legis* che analogia *juris*.

Tuttavia, accedendo ad una lettura sistematica delle richiamate disposizioni speciali e tenendo conto della molteplicità di esse, si potrebbe ritenere che le stesse siano informate e rispondano ad un principio generale dell'ordinamento, estensibile anche alle fattispecie non espressamente

¹³⁸ In passato, la disciplina dell'esame di stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense si rinveniva: (i) negli artt. da 20 a 22 del R.d.l. 27 novembre 1933, n. 1579, convertito con modificazioni nella legge 22 gennaio 1934, n. 36; (ii) negli artt. da 15 a 34 del R.D. 22 gennaio 1934, n. 37. Le predette normative sono state successivamente modificate dal decreto legge 21 maggio 2003, n. 112, convertito con modificazioni nella legge 18 luglio 2003, n. 180.

¹³⁹ In tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. I, 5 febbraio 2015, n. 2153, secondo cui «*la scelta legislativa sottesa alla previsione della mera indicazione della "non idoneità", in presenza di elaborati che non conseguano la soglia minima della sufficienza, non introduce alcuna disparità di trattamento che possa essere sanzionata sotto il profilo dell'illegittimità costituzionale rispetto ai candidati del concorso notarile, e men che meno rispetto ai candidati all'esame di abilitazione alla professione di avvocato, attesa la assoluta disomogeneità della posizione di questi ultimi nei confronti dei candidati del concorso per l'accesso in magistratura. Si tratta, infatti, di procedure concorsuali del tutto eterogenee, indirizzate alla provvista di liberi professionisti, ancorché investiti di pubbliche funzioni, o all'abilitazione all'esercizio di libera professione, incomparabili con la selezione di funzionari pubblici di elevata professionalità, quali i magistrati*»; Tar Lazio, Roma, sez. I, 6 settembre 2012, n. 7590.

previste dalla legge¹⁴⁰. L'insieme delle sopra citate disposizioni speciali potrebbe rappresentare il nucleo normativo dal quale dedurre, in via inferenziale, un nuovo contenuto dell'obbligo di motivazione delle decisioni di segno negativo nei concorsi pubblici.

In senso opposto alla tendenza prevalente nella normativa speciale di settore, occorre segnalare la legge 30 luglio 2007, n. 111¹⁴¹, che, nella parte relativa alle modalità di accesso alla carriera giudiziaria, ha previsto, in caso di valutazione negativa della prova, la sufficienza di una motivazione consistente nella semplice indicazione della formula «non idoneo» e l'indicazione del voto in cifre¹⁴².

¹⁴⁰ Si veda, Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 14 settembre 2006, n. 1446, secondo cui nella procedura di esame per l'iscrizione all'ordine degli avvocati trova applicazione, in via analogica, la disciplina della procedura di valutazione del concorso notarile, per il quale l'art. 11, comma 5, D.lgs. n. 166 del 2006, dispone che il giudizio di non idoneità è motivato e nel giudizio di idoneità il punteggio vale motivazione ed il successivo art. 12, comma 5, nel disciplinare le modalità di svolgimento delle prove orali, dispone che la mancata approvazione è motivata mentre nel caso di valutazione positiva il punteggio vale motivazione.

¹⁴¹ Legge 30 luglio 2007, n. 111, recante «Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150».

¹⁴² Si veda, Tar Lazio, Roma, sez. I, 5 febbraio 2015, n. 2153. La pronuncia, dopo aver ribadito l'«adeguatezza della motivazione riferita a quella peculiare categoria di atti amministrativi rappresentati dai giudizi valutativi delle prove dei concorsi pubblici, per i quali è sufficiente l'attribuzione del voto numerico o, come nella specie, la declaratoria di non idoneità qualora l'elaborato o la prova orale non raggiunga nemmeno la soglia della sufficienza, senza la necessità di ulteriori indicazioni e chiarimenti a mezzo di proposizioni esplicative, e, per quanto concerne le prove scritte, di glosse, annotazioni e segni grafici (Cons. St., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4528; Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2010, n. 835; Id. 13 gennaio 2010, n. 92, 11 maggio 2009, n. 2880 e 11 luglio 2008, n. 3480; Tar Lazio, Roma, sez. I, 15 febbraio 2012, n. 1571)» afferma che il giudizio reso con la formula «non idoneo» «appare pienamente conforme al dettato dell'art. 1, co. 5, D.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, recante, tra l'altro, la nuova disciplina per l'accesso in magistratura. [...] il legislatore ha ritenuto, nell'ambito di ragionevole esercizio della propria discrezionalità, di ragguagliare il giudizio di insufficienza di tutti gli elaborati e prove orali all'unica formula "non idoneo", piuttosto che esigere, per quanto concerne le prove orali, una votazione numerica articolata su una scala da 1 a 10, tenuto conto dell'irrelevanza obiettiva dell'attribuzione di un voto numerico a prove giudicate inferiori alla soglia della sufficienza». Nello stesso senso, Cons. St., sez. II, 20 marzo 2015, n. 863; Id., 7 ottobre 2015, n. 2762; Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1235.

Stante la centralità dell'istituto concorsuale, si ritiene che difficilmente possa prescindersi dall'esigenza di una motivazione idonea a permettere al candidato la comprensione delle ragioni ostative al conseguimento del bene della vita anelato. L'impostazione giurisprudenziale che sottolinea la necessità di porre il candidato nella condizione di ripercorrere l'*iter* logico seguito dalla commissione d'esame per la formulazione del giudizio, attraverso l'autovincolo della predeterminazione dei criteri di valutazione¹⁴³ o l'apposizione di segni grafici sul singolo elaborato¹⁴⁴, sembra essere maggiormente condivisibile.

La questione dell'ammissibilità della c.d. motivazione numerica è stata, tra l'altro, più volte oggetto di esame anche da parte della Corte Costituzionale.

¹⁴³ Si veda, Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5639, secondo cui «*il punteggio numerico è insufficiente a fungere da motivazione nelle ipotesi di inadeguata predeterminazione dei criteri di valutazione*»; Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 2015, n. 5793, secondo cui «*nei concorsi pubblici il punteggio numerico è di per sé idoneo a sorreggere l'obbligo motivazionale richiesto dall'art. 3, l. n. 241/90, se sono stati previamente determinati adeguati criteri di valutazione*». Nello stesso senso, Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 2014, n. 181, che sebbene affermi che «*è sufficientemente adempiuto [l'obbligo motivo] con l'attribuzione di un punteggio numerico, configurandosi quest'ultimo come formula sintetica, ma eloquente, che esterna la valutazione tecnica compiuta dalla Commissione esaminatrice*», prosegue chiarendo che detto principio «*non esclude che un obbligo di motivazione integrativa possa sussistere, invece, laddove la valutazione tecnica investa giudizi legati all'espressione di nozioni di particolare complessità, nei quali l'aderenza ai criteri preventivamente costituiti, la correttezza delle soluzioni e la coerenza nell'esposizione concettuale si rilevi determinante nella scelta sulla reciproca prevalenza dei candidati nel senso della loro idoneità a ricoprire posizioni lavorative di significativa importanza per l'Amministrazione*». Sulla necessità che il voto numerico sia accompagnato dalla predeterminazione dei criteri valutativi, si veda, altresì, Cons. St., sez. V, 10 settembre 2012, n. 4786; Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2008, n. 6228; Cons. St., sez. V, 16 settembre 2004, n. 6007; *Id.*, 28 giugno 2004, n. 4782; Cons. St., sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 558.

¹⁴⁴ Si veda, Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 563, secondo cui «*in presenza del solo punteggio numerico e in assenza di una sia pure sintetica esplicitazione delle ragioni che hanno indotto la Commissione a formulare un giudizio negativo e, comunque, in assenza di note a margine, segni grafici o di altre indicazioni sugli elaborati, con riferimento a eventuali errori commessi, risulta assai difficile da garantire un sindacato giurisdizionale sulla ragionevolezza, coerenza e logicità delle valutazioni compiute*». Nello stesso senso, Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2008, n. 2235; Cons. St., sez. VI, 21 giugno 2005, n. 3204; Cons. St., sez. VI, 30 aprile 2003, n. 2331.

È stata più volte sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 – per violazione degli artt. 3, 24, 97 e 113 della Costituzione – *«nella parte in cui non si applicherebbe [...] alla valutazione delle prove scritte previste per i concorsi pubblici»*, così ritenendosi sufficiente la sola valutazione espressa in forma numerica¹⁴⁵.

La Corte Costituzionale ha sempre dichiarato la manifesta inammissibilità della predetta questione di legittimità costituzionale, affermando che la stessa fosse diretta, non tanto a risolvere un dubbio di legittimità costituzionale, quanto piuttosto a risolvere un contrasto giurisprudenziale aperto¹⁴⁶.

La Consulta si è nuovamente pronunciata sulla problematica, affermando che al candidato è in ogni caso garantita la possibilità di agire in giudizio dinanzi al giudice amministrativo avverso gli atti di valutazione degli elaborati, anche se in essi è espressa una valutazione meramente numerica, valutazione comunque idonea ad esprimere in via sintetica e implicita la motivazione del provvedimento¹⁴⁷.

La Corte Costituzionale è giunta ad analoghe conclusioni anche con riguardo ad un'ulteriore questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto alcune disposizioni riguardanti l'ordinamento della professione di avvocato, nella parte in cui consentono che i giudizi di non idoneità dei candidati agli esami di abilitazione della professione forense siano motivati con la sola attribuzione del punteggio numerico¹⁴⁸. Nel dichiarare l'infondatezza della questione, ha osservato che il punteggio numerico *«già nella varietà della graduazione attraverso la quale si manifesta, esterna una valutazione che, sia pure in modo sintetico, si traduce in un giudizio di*

¹⁴⁵ Tar Lombardia, Milano, ord. 28 aprile 2000, n. 135; Tar Puglia Lecce, ordd. 22 settembre 2004, nn. 1009, 1012 e 1014; Tar Emilia Romagna, Bologna, ord., 4 gennaio 2005, n. 114.

¹⁴⁶ Corte Cost., ord., 3 novembre 2000, n. 446; *Id.*, 14 novembre 2005, n. 419; *Id.*, 27 gennaio 2006, n. 28.

¹⁴⁷ Corte Cost., 30 gennaio 2009, n. 20.

¹⁴⁸ Tar Lombardia, Milano, ordd. 6 aprile 2010, n. 217 e 8 aprile 2010, nn. 218, 219, 220 e 221.

*sufficienza o insufficienza [...] che non solo stabilisce se il candidato ha superato o meno la soglia necessaria per accedere alla fase successiva del procedimento valutativo, ma dà anche conto della misura dell'apprezzamento riservato dalla commissione esaminatrice all'elaborato e, quindi, al grado di idoneità o inidoneità riscontrato»¹⁴⁹. Il punteggio espresso deve trovare specifici parametri di riferimento nei criteri di valutazione ed è soggetto al controllo da parte del giudice amministrativo che, pur non potendo sostituire il proprio giudizio a quello espresso dalla commissione, può sindacarlo «nei casi in cui sussistano elementi in grado di porre in evidenza vizi logici, errori di fatto o profili di contraddizione *ictu oculi* rilevabili, previo accesso agli atti del procedimento».*

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

Si segnala, infine, che il Consiglio di giustizia per la regione siciliana, rilevando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale ancora insoluto, ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione riguardante l'idoneità del solo punteggio numerico – per la valutazione delle prove scritte all'esame di abilitazione forense – ad esprimere e a sintetizzare il giudizio tecnico-discrezionale della commissione esaminatrice, senza la necessità di ulteriori obblighi motivazionali¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Corte Cost. 8 giugno 2011, n. 175. Sul punto, si veda, F. G. SCOCA, *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in *Giur. cost.*, 3, 2011, 2279 ss.

¹⁵⁰ Cgars, ord., 2 maggio 2017, n. 206. In particolare, il Cgars ha rimesso all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la decisione delle seguenti questioni: (i) se l'art. 49 della legge n. 247 del 2012 escluda l'applicazione dell'art. 46, comma 5 della stessa legge; (ii) se il voto numerico sia capace di sintetizzare il giudizio tecnico-discrezionale della commissione senza ulteriori oneri motivazionali.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata ribadendo il principio secondo cui, nella vigenza dell'art. 49 della legge n. 247 del 2012, i provvedimenti della commissione esaminatrice che rilevano l'insufficienza delle prove scritte dei candidati all'esame per l'abilitazione forense sono da considerarsi adeguatamente motivati anche se si fondano su meri voti numerici¹⁵¹. Questi ultimi sono attribuiti sulla base dei criteri predeterminati dalla stessa commissione e, pertanto, non necessitano di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, valendo comunque il voto a garantire la trasparenza della valutazione.

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

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

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

¹⁵¹ Cons. St., Ad. Plen., 20 settembre 2017, n. 7. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, inoltre, afferma che l'art. 49 della legge n. 247 del 2012, che rinvia l'entrata in vigore della riforma dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense, comprende (nel rinvio) anche l'innovativa previsione di cui all'art. 46, comma 5. La norma transitoria non appare affetta da alcuna forma di manifesta irragionevolezza o irrazionalità.

Come già osservato in precedenza, la c.d. privatizzazione del pubblico impiego ha ristretto notevolmente l'ambito applicativo degli atti di natura provvedimentale nella materia, costituito ora principalmente dagli atti di macro-organizzazione¹⁵².

L'attrazione dei provvedimenti concernenti la gestione del personale – di micro-organizzazione – nel novero degli atti di diritto privato sembrerebbe svuotare di contenuto quanto in proposito previsto dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990¹⁵³.

Le disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo si applicherebbero, dunque, ai procedimenti strumentali all'emanazione da parte della pubblica amministrazione di provvedimenti

¹⁵² Sul punto, si veda, G. D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, op. cit., 1; S. BATTINI, *Cosa c'è di pubblico nella disciplina del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche?: "un test di necessità"*, op. cit.; S. BATTINI, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2007, 627 ss.; S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in S. BATTINI – S. CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997.

¹⁵³ L'art. 5, comma 2 del D.lgs. n. 165 del 2001, modificato dall'art. 2, comma 17, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, infatti, stabilisce che «*nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro [...]*». Il successivo art. 63, comma 1, del D.lgs. n. 165 del 2001, inoltre, proprio sull'assunto della natura non autoritativa dell'attività di gestione dei pubblici impiegati, prevede che «*tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*» siano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, consentendo così di dedurre la sottrazione di tali atti all'obbligo di motivazione. In giurisprudenza, si veda, Cass. civ., 30 ottobre 2014, n. 23062, secondo cui «*se gli atti di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni sono ascrivibili al diritto privato, essi non possono che essere assoggettati ai principi fondamentali dell'autonomia privata e, in primo luogo, alla regola della normale irrilevanza dei motivi e non sono soggetti alle disposizioni della legge n. 241 del 1990*». In senso parzialmente difforme, si veda, Cass. civ., SS. UU., 23 settembre 2013, n. 21671, secondo cui gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, ma obbligano in ogni caso l'amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri generali di correttezza e buona fede, ex artt. 1175 e 1375 cod. civ., applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. La previsione di un obbligo di motivazione discende, dunque, non già dall'applicazione della legge n. 241 del 1990, ma dai predetti principi civilistici.

autoritativi, ma non anche agli atti di gestione del rapporto di lavoro, adottati, invece, nell'esercizio del potere di supremazia gerarchica del datore di lavoro privato e, pertanto, privi del carattere dell'autoritatività proprio del provvedimento amministrativo¹⁵⁴.

A seguito della privatizzazione del pubblico impiego, la conformità a legge del comportamento della pubblica amministrazione negli atti e nei procedimenti di diritto privato, posti in essere ai fini della costituzione, gestione e organizzazione dei rapporti di lavoro finalizzati al perseguimento di scopi istituzionali, va valutata esclusivamente secondo i parametri utilizzati per i privati datori di lavoro¹⁵⁵. Ciò in conformità con la *ratio legis*, che la Corte Costituzionale ha ritenuto pienamente conforme al principio di buon andamento, *ex art. 97* della Costituzione¹⁵⁶.

L'obbligo di motivazione *ex art. 3*, legge n. 241 del 1990 continua, invece, a trovare applicazione per quelle categorie speciali non ricomprese nella riforma di privatizzazione. Si ha, in particolare, riguardo ai magistrati, agli avvocati dello stato, ai docenti universitari, al personale delle forze armate e agli agenti diplomatici.

Oltre alle predette ipotesi, tuttavia, ve ne sono altre in cui si continua a conservare un regime di specialità nei confronti di pubblici dipendenti sottoposti alla disciplina del pubblico impiego privatizzato.

Il riferimento è a quegli atti che si pongono a metà strada tra l'organizzazione degli uffici e la gestione del personale, quali, più specificamente, gli atti di conferimento e revoca di incarichi attributivi di

¹⁵⁴ Si veda, Cass. civ., 14 aprile 2015, n. 7495; Cons. St., sez. III, 4 novembre 2013, n. 5298, secondo cui «*il conferimento dell'incarico dirigenziale è una determinazione negoziale privata, assunta con i poteri e le capacità del comune datore di lavoro*»; Cass. civ., SS. UU., 23 aprile 2012, n. 6330, secondo cui le controversie relative al conferimento da parte della pubblica amministrazione degli incarichi dirigenziali rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 62, comma 1, D.lgs. n. 165 del 2001. Nello stesso senso, Cass. civ., SS.UU., 7 novembre 2008, n. 26799; *Id.*, 2 aprile 2004, n. 6570.

¹⁵⁵ Sul punto, si veda, A. CATELANI, *Il pubblico impiego*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXI, Padova, 2003.

¹⁵⁶ Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 11; *Id.*, 23 luglio 2001, n. 275.

nuove mansioni e quelli di mobilità. La giurisprudenza, infatti, ha in più occasioni affermato la natura amministrativa dei predetti atti e ne ha, conseguentemente, previsto l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della legge n. 241 del 1990. Nei casi in cui non ha fatto applicazione del citato art. 3, ha comunque richiamato gli artt. 1175 e 1375 cod. civ., che impongono doveri di correttezza e buona fede al fine di sostenere la necessità di una motivazione.

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

In alcuni casi, tuttavia, è la stessa disciplina privatistica a richiedere per determinati atti una motivazione. Si ha, più specificamente, riguardo alla disciplina in tema di licenziamento nel lavoro privato – legge 15 luglio 1996, n. 604 – che prevede la necessità di esternare le ragioni del licenziamento. L'art. 2, comma 2, della legge del 1996¹⁵⁷, infatti, prevede che la comunicazione del licenziamento deve necessariamente contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato, pena la sua inefficacia, ai sensi del successivo comma 3.

In altri casi, gli atti di micro-organizzazione costituiscono attuazione di atti di macro-organizzazione.

Si pone, dunque, una fattispecie in cui la motivazione dell'atto di micro-organizzazione risiede nell'atto di macro-organizzazione a monte. Si tratta di ipotesi in cui l'atto di micro-organizzazione – quale può essere il conferimento di incarichi dirigenziali, un trasferimento, l'assegnazione di

¹⁵⁷ Art. 2, comma 2, legge n. 604 del 1996, come modificato dall'art. 1, legge 28 giugno 2012, n. 92. Prima della riforma del 2012, invece, si prevedeva che il prestatore di lavoro potesse chiedere, entro quindici giorni dalla comunicazione, i motivi che avevano determinato il licenziamento e il datore di lavoro dovesse comunicarli per iscritto entro sette giorni dalla richiesta.

nuove mansioni e così via – è la diretta e inevitabile conseguenza dell'adozione di un atto di macro-organizzazione a livello apicale.

Sorge, pertanto, il problema della sindacabilità, da parte del giudice ordinario, dell'atto amministrativo di macro-organizzazione in attuazione del quale è stato adottato l'atto di micro-organizzazione eventualmente contestato in giudizio.

L'art. 63 del D.lgs. n. 165 del 2001 abilita espressamente il giudice ordinario a disapplicare gli atti presupposti illegittimi, *i.e.* a ritenerli *tamquam non esset*, ai fini della risoluzione della controversia giuslavoristica, in applicazione del disposto di cui all'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo¹⁵⁸. L'inciso finale del citato art. 63, comma 1, inoltre, stabilisce che l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi presupposti dinanzi al giudice amministrativo non comporta la sospensione della controversia pendente dinanzi al giudice ordinario.

La necessità di indagare sulla natura della posizione giuridica soggettiva del ricorrente, ai fini del riparto di giurisdizione, si pone soltanto laddove sia contestato un atto di macro-organizzazione, quindi un provvedimento amministrativo *tout court*. La contestazione di un atto di micro-organizzazione, infatti, stante la sua natura di atto sostanzialmente datoriale, è pacificamente deferita alla giurisdizione del giudice ordinario¹⁵⁹.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 4881 del 27 febbraio 2017, hanno affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative al conferimento di incarichi dirigenziali, qualora la contestazione investa in via diretta i presupposti degli atti di macro-organizzazione attraverso cui le amministrazioni definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi¹⁶⁰. In tal caso,

¹⁵⁸ Legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E.

¹⁵⁹ Si veda, Cons. St., sez. III, 31 dicembre 2015, n. 5883.

¹⁶⁰ Cass. civ., SS. UU., 27 febbraio 2017, n. 4881, secondo cui «rientrano nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie nelle quali,

dunque, è precluso al giudice ordinario esercitare il potere di disapplicazione previsto dall'art. 63, comma 1, D.lgs. n. 165 del 2001, poiché tale potere presuppone che sia dedotto in giudizio un diritto soggettivo già sorto, su cui incida un provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo; mentre nel caso in esame si deduce una situazione giuridica suscettibile di assumere la consistenza di diritto soggettivo soltanto all'esito della rimozione del provvedimento di macro-organizzazione.

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

Come noto, l'ordinamento predispone degli strumenti che consentono di sospendere il rapporto di servizio tra l'amministrazione e il pubblico dipendente, a fronte del verificarsi di determinati presupposti di fatto e di diritto, che impediscono il regolare svolgimento delle funzioni e del servizio – in autonomia rispetto ad eventuali procedimenti disciplinari e penali in corso.

Tra tali strumenti, merita particolare attenzione la sospensione cautelare, la cui funzione è quella di salvaguardare il regolare svolgimento del servizio, anche sotto il profilo della prevenzione della lesione del prestigio della pubblica amministrazione¹⁶¹.

pur chiedendosi la rimozione del provvedimento di conferimento di un incarico dirigenziale e del relativo contratto, previa disapplicazione degli atti presupposti, la contestazione operata dal ricorrente investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo, che si assume non essere conforme a legge perché non lo sono gli atti di macro-organizzazione mediante i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi».

¹⁶¹ Sul punto, si veda, Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2006, n. 2680.

La sospensione cautelare è stata disciplinata attraverso diversi e successivi interventi normativi, che hanno costituito lo schema tradizionale su cui si è innestata la regolamentazione della contrattazione collettiva.

Si ha, tra l'altro, riguardo al d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3¹⁶², al momento regolante il pubblico impiego non privatizzato, che prevede due distinte ipotesi di sospensione cautelare, l'una obbligatoria e l'altra facoltativa; alla legge 19 marzo 1990, n. 55¹⁶³; alla legge 27 marzo 2001, n. 97¹⁶⁴; al D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Da ultimo è intervenuto nella materia anche il D.lgs. 20 giugno 2016, di attuazione della delega contenuta nell'art. 17, comma 1, lett. s), della legge 7 agosto 2015, n. 124. Tra le novità più significative della novella legislativa vi è, senza dubbio, l'introduzione, all'art. 55-*quater*, D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (T.U. pubblico impiego), del nuovo comma 3-*bis*, che prevede la misura di sospensione cautelare obbligatoria per false attestazioni in servizio¹⁶⁵. La sospensione cautelare obbligatoria senza

¹⁶² D.p.R. 10 gennaio 1957, n. 3, recante «*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*». L'art. 91, comma 1 – pur essendo rubricato «*Sospensione cautelare obbligatoria*» – configura una duplice ipotesi di sospensione dal servizio nei confronti dei dipendenti sottoposti a procedimento penale: (i) quella facoltativa-discrezionale, legata alla natura particolarmente grave del reato; (ii) quella obbligatoria, connessa all'emissione del mandato o dell'ordine di cattura. Il successivo art. 92 – rubricato «*Sospensione cautelare facoltativa*» – prevede che, per gravi motivi, il Ministro possa ordinare «*la sospensione dell'impiegato dal servizio anche prima che sia esaurito o iniziato il procedimento disciplinare*».

¹⁶³ Legge 19 marzo 1990, n. 55, recante «*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*». Si ha, più specificamente, riguardo alle ipotesi di sospensione prevista dall'art. 15.

¹⁶⁴ Legge 27 marzo 2001, n. 97, recante «*Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*». Si ha, più specificamente, riguardo all'ipotesi di sospensione a seguiti di condanna non definitiva prevista dall'art. 4, comma 1.

¹⁶⁵ Il comma 3-*ter* dell'art. 55-*quater*, D.lgs. n. 116 del 2016, inoltre, introduce un procedimento disciplinare «accelerato» per le ipotesi di falsa attestazione di presenza in servizio, prevedendo che «*Con il medesimo provvedimento di sospensione cautelare di cui al comma 3-*bis* si procede anche alla contestuale contestazione per iscritto dell'addebito e alla convocazione del dipendente dinanzi all'Ufficio di cui all'articolo 55-*bis*, comma 4. Il dipendente è convocato, per il contraddittorio a sua difesa, con un preavviso di almeno*

stipendio del dipendente – la quale fa, comunque, salvo l’assegno alimentare previsto dalla legge e dai contratti collettivi – deve essere adottata immediatamente e, comunque, non oltre le quarantotto ore successive alla conoscenza dell’ipotesi di illecito con provvedimento motivato da parte del responsabile della struttura in cui opera il dipendente interessato, ovvero, se la conoscenza è precedente, da parte dell’Ufficio procedimenti disciplinari dell’amministrazione¹⁶⁶.

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

Secondo una prima interpretazione, l’atto che dispone la sospensione potrebbe essere qualificato come un vero e proprio provvedimento amministrativo frutto dell’esercizio di un potere pubblicistico riconosciuto direttamente dalla legge sia nei rapporti di pubblico impiego privatizzato, sia in quelli eccezionalmente rimasti pubblici.¹⁶⁷

quindici giorni [...]. L’Ufficio conclude il procedimento entro trenta giorni dalla ricezione, da parte del dipendente, della contestazione dell’addebito». Il legislatore specifica che solo in presenza di attestazione falsa e fraudolenta accertata in flagranza, ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, si procede con l’applicazione della misura cautelare della sospensione obbligatoria e si dà luogo all’attivazione del predetto procedimento disciplinare accelerato.

¹⁶⁶ In questa fase è espressamente escluso l’obbligo di preventiva audizione dell’interessato. Il Consiglio di Stato, nel parere 16 marzo 2016, n. 864 ha condiviso tale scelta, precisando che *«un costante orientamento giurisprudenziale è, infatti, nel senso che la sospensione non può essere assimilata a una misura disciplinare e sanzionatoria, assolvendo, invece, a funzioni di tipo preventivo, in quanto deputata ad allontanare il dipendente dal servizio al fine esclusivo di evitare un pregiudizio per il buon andamento ed il prestigio dell’amministrazione, affermandosi, di conseguenza, che non sussiste obbligo di comunicazione dell’avviso di avvio del procedimento, essendovi l’esigenza di intervenire con assoluta urgenza con un provvedimento cautelare. La sua adozione può, pertanto, prescindere dall’instaurazione del contraddittorio e non richiede la preventiva contestazione degli addebiti».*

¹⁶⁷ La sospensione cautelare non rientra certamente nel novero delle sanzioni disciplinari, caratterizzandosi per la sua strumentalità rispetto al procedimento penale e a quello disciplinare. Anche la Corte Costituzionale, nella sentenza 3 giugno 1999, n. 206, ha

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

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

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

In giurisprudenza, sembra prevalere la prima interpretazione sopra esposta, secondo cui, a prescindere dalla natura del rapporto di pubblico impiego, l'atto di sospensione cautelare sarebbe sempre e comunque un

confermato che la sospensione cautelare si pone in una fase antecedente rispetto al definitivo accertamento della responsabilità penale e disciplinare.

provvedimento amministrativo adottato nell'esercizio di un potere pubblicistico, come tale soggetto al generale obbligo di motivazione¹⁶⁸.

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

Di particolare interesse per la trattazione, inoltre, sono gli indirizzi emersi in giurisprudenza circa l'intensità dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti di sospensione cautelare, previsti dal d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, per il pubblico impiego non privatizzato.

Parte della giurisprudenza ritiene che la sospensione cautelare facoltativa, ex art. 91, necessiterebbe di una puntuale e dettagliata motivazione, relativamente alla particolare gravità del reato.¹⁶⁹ L'atto dovrebbe contenere anche una sommaria *cognitio* dei fatti e l'esposizione dei motivi che rendono incompatibile o, quanto meno inopportuna, la

¹⁶⁸ Si veda, Cgars, 30 maggio 2013, n. 523, secondo cui, «*in tema di pubblico impiego, il provvedimento cautelare di sospensione dal servizio è privo di un vero e proprio carattere sanzionatorio e possiede ratio e presupposti ben diversi da quelli che caratterizzano il provvedimento disciplinare. Esso può essere adottato con valutazione discrezionale della pubblica amministrazione circa il comportamento posto in essere dal proprio dipendente, valutazione che è necessariamente condizionata da criteri di urgenza e celerità tali da consentire la preminente esigenza di tutelare gli interessi di rilievo pubblico coinvolti ed il prestigio dell'amministrazione che può essere compromesso dall'attività del dipendente*».

¹⁶⁹ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 5 novembre 2012, n. 5593; Cons. St., sez. V, 25 agosto 2011, n. 4807; Tar Lazio, Roma, sez. II, 14 luglio 2009, n. 6934 e Tar Lazio, Latina, sez. I, 16 novembre 2005, n. 1374, secondo cui il provvedimento di sospensione cautelare facoltativa dal servizio dei dipendenti pubblici «*non può ritenersi sufficientemente motivato con riferimento alla pendenza di un procedimento penale ed alla generica considerazione della incompatibilità della situazione di imputato con la funzione espletata dall'impiegato, dovendo la pubblica amministrazione rendere conto della gravità del reato anche sotto lo specifico aspetto della sua esecuzione in occasione del servizio e soprattutto del concreto turbamento che la riammissione [...] possa determinare sull'attività della stessa pubblica amministrazione*»; Cons. St., sez. IV, 10 marzo 2004, n. 1118.

permanenza in servizio del dipendente, sotto il profilo del pubblico interesse che si intende salvaguardare per la gravità del reato commesso.

Secondo un diverso indirizzo, la sospensione cautelare facoltativa non necessiterebbe di una puntuale motivazione, quando la stessa sia implicitamente desumibile dalla gravità del reato. L'atto di sospensione cautelare facoltativa del pubblico dipendente potrebbe ritenersi adeguatamente e sufficientemente motivato con il solo riferimento alla pendenza del procedimento penale nei suoi confronti, nonché al titolo di reato contestatogli¹⁷⁰.

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

L'atto di sospensione cautelare facoltativa del pubblico dipendente, ex art. 92, d.P.R. n. 3 del 1957, invece, riveste una propria autonomia, essendo preordinato all'allontanamento dal servizio del dipendente in attesa dell'avvio del procedimento disciplinare, a fini cautelativi, nonché a tutela del superiore interesse pubblico dell'amministrazione¹⁷¹. La sorte del predetto atto è condizionata all'esito del procedimento disciplinare attivato o riattivato – dopo la decisione in sede penale avente ad oggetto i medesimi fatti. La giurisprudenza ritiene che la suddetta sospensione cautelare facoltativa dal servizio debba essere motivata, sia pure sommariamente, con specifico riferimento alle concrete circostanze di fatto – ossia natura e

¹⁷⁰ In tal senso, *ex multis*, Tar Toscana, Firenze, sez. I, 5 giugno 2017, n. 756, secondo cui «non è necessario per l'amministrazione esporre le ragioni per le quali i fatti contestati al dipendente devono considerarsi particolarmente gravi, potendo tale giudizio essere implicito nella gravità del reato a lui imputato, nella posizione di impiego rivestita dal dipendente, nella commissione del reato in occasione o a causa del servizio, con la conseguente impossibilità di consentirne la prosecuzione»; Cons. St., sez. III, 8 luglio 2014, n. 3487; Cons. St., sez. IV, 3 dicembre 2013, n. 5747; Tar Campania, Napoli, 3 maggio 2007, n. 4656; Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 878.

¹⁷¹ Si veda, Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 22 aprile 2016, n. 144.

gravità del reato – ed allo specifico turbamento che la permanenza in servizio del dipendente possa determinare sull'attività amministrativa¹⁷².

Un'ipotesi del tutto peculiare di sospensione precauzionale facoltativa è quella prevista dall'art. 916 del D.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare). Il predetto articolo prescrive che la sospensione può essere applicata nei confronti di un militare «*se lo stesso è imputato per un reato da cui può derivare la perdita del grado*». La giurisprudenza è pacifica nel ritenere che, in tal caso, non è necessaria una specifica motivazione, qualora i fatti contestati siano particolarmente gravi¹⁷³.

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

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

L'attrazione degli atti di trasferimento del militare nel *genus* degli ordini amministrativi è stata, ed è tuttora, sostenuta da coloro che ritengono il provvedimento di trasferimento d'ufficio del militare un precetto imperativo tipico dell'ordinamento gerarchico militare, come tale sottratto alla disciplina generale sul procedimento amministrativo¹⁷⁴.

¹⁷² Si veda, Tar Umbria, Perugia, sez. I, 17 febbraio 2014, n. 106.

¹⁷³ Si veda, Cons. St., sez. IV, 8 febbraio 2016, n. 477.

¹⁷⁴ Sul punto, si veda, Tar Campania, Napoli, sez. VI, 22 luglio 2015, n. 3875, secondo cui «*i provvedimenti di trasferimento d'autorità del personale militare si inquadrano nel genus degli ordini e costituiscono espressioni di ineludibili esigenze di organizzazione, coesione interna e massima operatività delle forze armate, e come tali restano sottratti alla disciplina generale delle legge n. 241/1990, sul procedimento amministrativo, con la conseguenza che essi non abbisognano di specifica motivazione*». Dello stesso segno, Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, 11 novembre 2009, n. 11066; Tar Campania, Napoli, sez. V, 29 gennaio 2009, n. 480; *Id.*, 15 giugno 2006, n. 6187; Cons. St.,

Gli ordini amministrativi sono quei provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del privato con i quali la pubblica amministrazione, a seguito di una scelta discrezionale o di semplice accertamento, fa discendere nuovi obblighi giuridici a carico dei soggetti destinatari, imponendo loro un determinato comportamento sulla base della propria posizione di supremazia¹⁷⁵.

Aderendo alla predetta ricostruzione, l'ordine militare di trasferimento non richiederebbe alcuna motivazione esplicita, proprio perché inerente ad una materia in cui l'interesse pubblico specifico del rispetto della disciplina e dello svolgimento del servizio prevale in modo immediato e diretto su qualsiasi altro¹⁷⁶. Detti provvedimenti costituirebbero il riflesso di valutazioni ampiamente discrezionali e risponderebbero ad una duplice regola: (i) l'insussistenza di un interesse

sez. IV, 22 febbraio 2006, n. 807; *Id.*, 5 luglio 2002, n. 3693. I riferimenti normativi che cristallizzano l'appartenenza dei trasferimenti dei militari alla categoria degli ordini amministrativi sono: (i) la legge 11 luglio 1978, n. 382, recante «*Norme di principio sulla disciplina militare*», in particolare gli artt. 4, comma 4 e 12 comma 1; (ii) il d.P.R. 18 luglio 1986, n. 545, recante «*Approvazione del Regolamento di disciplina militare, ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge 11 luglio 1978, n. 382*», in particolare, gli artt. 1, comma 2, 2, comma 1, 23 e 25. Anche la Corte Costituzionale – con la sentenza n. 449 del 1999 – ha chiarito come l'ordinamento militare riceva una speciale menzione all'interno della Costituzione – art. 53, comma 3 – nel senso che, fatta salva la sua collocazione all'interno dell'ordinamento giuridico generale, deve esserne apprezzata la sua assoluta peculiarità.

¹⁷⁵ Da un punto di vista dogmatico, gli ordini amministrativi sono stati definiti quali procedimenti ablatori personali dei quali la pubblica amministrazione si serve per incidere su diritti della personalità dei propri dipendenti. Sul concetto di ordine, si veda, F. BASSI, *Ordine* (dir. amm.) (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, 1587 ss.; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, 1990, 4 ss.; B. CAVALLO, *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 434 ss. Si veda anche, A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 543 ss., i quali distinguono, all'interno del *genus* ordini, le *species* comandi e divieti, a seconda che impongano obblighi positivi, di dare o di fare, o obblighi negativi, di non fare.

¹⁷⁶ In tal senso, *ex multis*, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 12; Cons. St., sez. II, 30 giugno 2015, n. 1891; *Id.*, 12 agosto 2014, n. 2706; Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1755; *Id.*, 20 dicembre 2013, n. 6175; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 25 settembre 2013, n. 1295; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 13 gennaio 2012, n. 155; Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, 4 novembre 2010, n. 33150.

particolarmente tutelato del militare alla sede di servizio – che assume rilevanza di mero fatto; (ii) la prevalenza dell'interesse pubblico che presiede i provvedimenti di utilizzazione del personale nell'organizzazione delle peculiari strutture logistiche, operative e di comando, caratterizzanti il funzionamento delle forze armate e di polizia.

Ferma la sua collocazione all'interno dell'ordinamento giuridico generale, si pone, dunque, in risalto l'autonomia e la diversità dell'ordinamento militare, composto da un *corpus* omogeneo e completo di regole, spesso più dettagliate e garantiste di quelle relative all'impiego civile¹⁷⁷.

A sostegno del predetto orientamento, si afferma, tra l'altro, che gli ordini militari concernono una semplice modalità di svolgimento del servizio, decise discrezionalmente dall'amministrazione di appartenenza, rispetto alle quali non sussistono posizioni giuridicamente protette in capo al militare. Quest'ultimo, infatti, a differenza del personale civile, non gode di aspettative di *ius in officio*¹⁷⁸.

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

La suddetta ricostruzione, tuttavia, non appare esente da critiche.

Si richiama, anzitutto, la previsione di cui all'art. 52, comma 3, della Costituzione, secondo cui «*L'ordinamento delle Forze Armate si informa allo spirito democratico della Repubblica*».

Parte della scienza giuridica, muovendo dal disposto costituzionale, ha affermato che il contenuto normativo del terzo comma dell'art. 52

¹⁷⁷ In tal senso, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. VI, 10 gennaio 2011; Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8018; *Id.*, 21 maggio 2010, n. 3227; *Id.*, 29 gennaio 1996, n. 85. Sulla specialità dell'ordinamento militare, si veda anche, V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962; A. BALDANZA, *Diritto militare e principi costituzionali*, in V. Poli – V. Tenore (a cura di), *L'ordinamento militare*, vol. I, Milano, 2006, 1 ss.; E. CHITI, *L'amministrazione militare*, Milano, 2007.

¹⁷⁸ Si veda, Cons. St., sez. I, 1° giugno 1993, n. 573; Cons. St., sez. IV, 16 luglio 1991, n. 597.

parrebbe imporre, nell'ordinamento militare, una disciplina legislativa e regolamentare e un'attività amministrativa che, seppure non necessariamente coincidenti con quelle previste per la generalità dei rapporti giuridici, siano informate ai medesimi principi ispiratori e assicurino, pertanto, una garanzia, se non uguale, almeno equivalente, sia delle situazioni giuridiche soggettive sia delle linee strutturali dello Stato di diritto¹⁷⁹.

La stessa Corte Costituzionale ha affermato che l'ordinamento delle Forze armate costituisce un'articolazione dello Stato, ai cui valori costituzionali si informa¹⁸⁰. Conseguentemente, le esigenze di una struttura militare se, da un lato, potrebbero, senz'altro, giustificare deroghe alla disciplina generale sul rapporto di impiego, dall'altro, non consentirebbero una neutralizzazione della garanzia dei diritti fondamentali nei confronti dei c.d. cittadini militari.

Anche parte della giurisprudenza amministrativa si è espressa favorevolmente alla sussistenza di un obbligo di motivazione degli ordini di trasferimento del militare¹⁸¹. La peculiarità dello *status* di militare, rispetto a quello del dipendente civile dello Stato, infatti, non potrebbe comportare l'attribuzione alla pubblica amministrazione di una discrezionalità assoluta e insindacabile, tale da escludere l'obbligo di una seppur succinta motivazione.

¹⁷⁹ Si veda, R. BALDUZZI, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, Milano, 1998. L'Autore nega che la disposizione di cui all'art. 52 della Costituzione possa legittimare deroghe per l'ordinamento militare. La previsione costituzionale si limiterebbe, di fatto, a riservare alla legge la disciplina dei limiti e dei modi dell'obbligatorietà del servizio militare, specificando, in negativo, ciò che esso non deve ledere.

¹⁸⁰ In tal senso, *ex multis*, Corte Cost., 12 novembre 2002, n. 3634; *Id.*, 24 luglio 2000, n. 332; 17 dicembre 1999, n. 449; *Id.*, 22 aprile 1997, n. 113; *Id.*, 26 dicembre 1996, n. 396; *Id.*, 26 aprile 1994, n. 197.

¹⁸¹ Si veda, Tar Lazio, Latina, sez. I, 22 febbraio 2011, n. 178; Cons. St., sez. IV, 6 maggio 2010, n. 2655, secondo cui, anche a seguito dell'entrata in vigore del Codice dell'ordinamento militare, dovrebbe richiedersi una motivazione degli ordini di trasferimento militari, facendo leva sugli artt. 24, 52 e 97 della Costituzione; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 23 gennaio 2003, n. 204; Tar Lombardia, Brescia, 6 febbraio 1992, n. 82.

A sostegno, si richiama, tra l'altro, anche la previsione costituzionale di cui all'art. 113 che, affermando il principio di giustiziabilità degli atti amministrativi, presuppone l'esplicitazione dei motivi, ancor di più laddove si tratti – come nel caso in esame – di provvedimenti amministrativi sfavorevoli¹⁸².

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

In relazione al trasferimento d'autorità disposto per situazioni di presunta incompatibilità ambientale, la giurisprudenza ha rammentato l'orientamento prevalente suesposto, che afferma l'inesistenza di un obbligo di specifica motivazione del provvedimento di trasferimento del personale militare¹⁸³. In alcuni casi, tuttavia, ha previsto che l'amministrazione debba

¹⁸² Tar Liguria, Genova, sez. II, 6 luglio 2006, n. 756, secondo cui «*non può considerarsi del tutto recessivo l'obbligo generale di esporre le ragioni delle determinazioni assunte, che debbono essere seppur succintamente illustrate onde consentirne - nel rispetto del principio di trasparenza - il sindacato estrinseco; a meno di non voler riconoscere all'amministrazione una discrezionalità assoluta con riferimento ad atti che, in definitiva, attengono all'organizzazione del personale e che non sono riconducibili ad alcuna delle categorie sottratte all'applicazione della legge n. 241 del 1990*». Nello stesso senso, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 25 maggio 2005, n. 900; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 26 giugno 2001, n. 411.

¹⁸³ In tal senso, *ex multis*, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 5 aprile 2017, n. 709; Cgars, 20 dicembre 2016, n. 473; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 19 settembre 2016, n. 2248; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 10 luglio 2015, n. 1164.

far riferimento a specifiche situazioni collegate al provvedimento adottato¹⁸⁴.

Diverso problema è, invece, quello del trasferimento del militare su domanda dell'interessato, non configurandosi in tale ipotesi un ordine. Il tratto distintivo del trasferimento «d'autorità» rispetto a quello «a domanda» va ricercato nel rilievo che il primo viene disposto per il perseguimento di esigenze di natura pubblicistica – ossia per il soddisfacimento di necessità operative, organiche ed addestrative dei reparti e degli uffici – mentre il secondo «*appare riservato a quei soggetti che intendono far valere esigenze personali e [...] l'interesse dell'amministrazione si pone come limite di compatibilità all'accoglimento delle domande*»¹⁸⁵.

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

Da quanto osservato emerge che, la portata derogatoria della *lex specialis*, rispetto alla legge sul procedimento amministrativo, non può certo riguardare l'*an* della motivazione dell'ordine di trasferimento, ma al massimo il *quomodo*.

¹⁸⁴ Si veda, Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3892, secondo cui «*ai fini della legittimità del provvedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale è necessaria, ma anche sufficiente, una congrua motivazione circa la sussistenza di un nesso di correlazione tra la situazione di incompatibilità e il comportamento o la situazione del dipendente lesivo del prestigio dell'ufficio, tale da poter essere risolta solo con il suo allontanamento [...]*».

¹⁸⁵ In tal senso, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 25 agosto 2012, n. 884; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 26 gennaio 2010, n. 7.

L'art. 1349, comma 3, Codice dell'ordinamento militare, andrebbe, quindi, interpretato nel senso di escludere la comunicazione delle ragioni sottese all'adozione del provvedimento, non in termini assoluti ma relativi. Pare questo essere un adeguato contemperamento fra le esigenze organizzative dell'ordinamento militare, gli interessi del soggetto trasferito e la complessiva razionalità dell'*agere* amministrativo.

CAPITOLO III

LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI GENERALI COME STRUMENTO DI LEGITTIMAZIONE

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

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

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

L'analisi della portata dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali richiede, in via preliminare, la definizione dei confini della categoria, anche al fine di distinguerli dagli atti normativi¹⁸⁶.

Può, anzitutto, affermarsi che l'atto normativo si caratterizza per la sua generalità, astrattezza ed innovatività. Tradizionalmente, tuttavia, si ritiene che l'astrattezza e l'innovatività non siano caratteri necessari, ma solo naturali dell'atto normativo, così ammettendosi alcune eccezioni, come ad esempio le leggi provvedimento¹⁸⁷.

Tali caratteristiche naturali dell'atto normativo non si ritrovano nell'atto amministrativo generale.

Quest'ultimo, infatti, non può dirsi generale, nel senso in cui la generalità è intesa per gli atti normativi. Mentre gli atti normativi sono rivolti ad una categoria indeterminata di destinatari, che rimane tale sia *ex ante* che *ex post*, gli atti amministrativi generali sono tali solo *ex ante*, ma non anche *ex post*¹⁸⁸. Successivamente alla loro adozione, infatti, i destinatari diventano determinabili, sebbene solo *ex post*.

Atti normativi e atti amministrativi generali differiscono anche sotto il profilo della astrattezza. Mentre i primi sono diretti a disciplinare una

¹⁸⁶ Per una disamina degli atti amministrativi generali, si veda, *ex multis*, M. S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 3, 1953, 9 ss.; A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 4, 1954, 217 ss.; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; M. C. ROMANO, *Atti amministrativi generali* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. I, 2006, Milano, 491 ss.

¹⁸⁷ Sul punto, si veda, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984.

¹⁸⁸ In tal senso, Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, secondo cui «*al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale occorre fare riferimento al requisito delle indeterminabilità dei destinatari, nel senso che atto normativo è quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha i destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare e/o una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti*».

serie potenzialmente infinita di fattispecie e situazioni, i secondi mancano di tale carattere, essendo comunque destinati a disciplinare o regolare fattispecie e situazioni ben circoscritte ed individuabili¹⁸⁹. In questo, sono veri e propri atti di cura concreta dell'interesse pubblico¹⁹⁰.

Ulteriore differenza si nota sotto il profilo dell'innovatività. Mentre l'atto normativo introduce un *quid novi* nell'ordinamento, fatta eccezione per le leggi provvedimento, l'atto amministrativo generale, invece, è privo di tale capacità innovativa dell'ordinamento.

Quanto appena scritto si riflette sul regime giuridico dei due diversi tipi di atti.

L'atto amministrativo generale è soggetto, infatti, al regime giuridico tipico degli atti amministrativi, con tutte le conseguenze in punto di disciplina sostanziale e processuale.

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

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

¹⁸⁹ Si veda, V. CRISAFULLI, *Atto normativo* (voce), in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 238 ss. L'Autore afferma che «un conto è provvedere e un conto è disporre», intendendo che l'atto normativo si distingue da quello amministrativo generale proprio per la sua attitudine a regolare fattispecie generali ed astratte, e non situazioni concrete, eccezionali o limitate».

¹⁹⁰ Si veda, M. S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, op. cit. L'Autore afferma che gli atti amministrativi generali, in quanto atti amministrativi, hanno per scopo la cura di un interesse pubblico concreto e puntuale, «che ne costituisce il motivo». In giurisprudenza, si veda, Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 278, secondo cui si discorre di atto amministrativo generale quando la potestà «esprime una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici ad essa affidati dalla legge».

Giova, tuttavia, sottolineare la tendenza dell'ordinamento europeo a pretendere la motivazione anche per gli atti normativi, soprattutto al fine di consentire la verifica del rispetto del principio di sussidiarietà¹⁹¹. L'art. 296 del TFUE, in particolare, prevede che, in assenza di un'espressa previsione, le istituzioni possono decidere liberamente quale adottare, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità, e che «*gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri [...]*». Tale regola è tradizionalmente ricondotta all'assenza di una chiara distinzione tra atti normativi e atti amministrativi¹⁹².

La scelta di escludere gli atti amministrativi generali dall'obbligo di motivazione è stata, invece, oggetto di un dibattito particolare in sede di redazione della stessa legge generale sul provvedimento amministrativo¹⁹³, dovuto principalmente alla difficoltà di fornire una nozione unitaria della predetta categoria¹⁹⁴. Infatti, si fanno rientrare nella nozione di atti generali una pluralità di atti con caratteristiche alquanto differenti (gli ordini generali, gli atti che disciplinano le procedure selettive, gli atti che determinano condizioni generali, i programmi economici, i piani urbanistici)¹⁹⁵.

¹⁹¹ Anche la Corte costituzionale è recentemente giunta a configurare un obbligo di motivazione dei provvedimenti legislativi. In tal senso, si veda, Corte Cost., 30 aprile 2015, n. 70, con nota di A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2015.

¹⁹² Sul punto, si veda, B. G. MATTARELLA, *Motivazione* (dir. com.) (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano, 2006, 3749.

¹⁹³ Si veda, O. SEPE, *Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2, 1992, 342 ss.

¹⁹⁴ Cons. St., sez. V, 11 luglio 2014, n. 3568; Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012, n. 1467. L'esenzione degli atti amministrativi generali dall'obbligo di motivazione contemplata nell'art. 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, inoltre, deriva dalla concezione

¹⁹⁵ Sul punto, si veda, M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2009, 707 ss. L'Autore afferma che il maggior ricorso agli atti amministrativi generali, negli ultimi decenni del secolo scorso, è conseguente soprattutto alle nuove modalità di intervento dei poteri pubblici nella sfera economica. Si veda anche, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, op. cit.,

La scienza giuridica e la giurisprudenza hanno sempre mostrato perplessità in ordine alla esclusione degli atti amministrativi generali dall'obbligo di una motivazione, ritenendo che la motivazione potesse essere non necessaria solo in pochi casi¹⁹⁶. La natura formalmente e sostanzialmente amministrativa di tali atti e la rilevanza degli interessi pubblici coinvolti potrebbe portare a ritenere la necessità di un'adeguata motivazione degli stessi.

La giurisprudenza ha chiarito che non si può attribuire alla legge n. 241 del 1990 la volontà di ridurre l'ambito applicativo dell'obbligo di motivazione. Lo stesso obbligo «*deve essere inteso in coerenza con il sistema*» dal momento dell'entrata in vigore della legge¹⁹⁷.

Nonostante le osservazioni della giurisprudenza e della scienza giuridica, la scelta del legislatore potrebbe giustificarsi considerando che gli atti amministrativi generali, salvo le dovute eccezioni, non sono idonei ad incidere sulla sfera giuridica soggettiva individuale e non sono, di regola, immediatamente lesivi di posizioni soggettive strutturate¹⁹⁸.

Parte della scienza giuridica, infatti, ha ritenuto sufficiente, per gli atti amministrativi generali, una mera giustificazione, mediante l'indicazione dei presupposti di fatto e di legge del potere esercitato, di fatto

15 ss.; B. G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, vol. I, 2000, 629 ss.

¹⁹⁶ Per una ricostruzione più approfondita sul dibattito, si veda, R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999. Si veda anche, M. C. ROMANO, *L'esclusione della motivazione per gli atti normativi e per gli atti a contenuto generale*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2017, 231 ss.

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

¹⁹⁷ Si veda, Cons. St., sez. V, 6 febbraio 2001, n. 475; Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, 22 maggio 2004, n. 291.

¹⁹⁸ In questa prospettiva, si veda, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, op. cit., 275 ss. In giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2017, n. 3365.

applicando agli stessi il medesimo regime motivazionale degli atti amministrativi vincolati.¹⁹⁹

In altri casi, invece, è stato affermato che gli atti amministrativi generali esclusi dall'obbligo di motivazione sarebbero solo e soltanto quelli «a carattere normativo», ossia quelli che presentano caratteristiche e contenuto simile a quello di atti più propriamente normativi.²⁰⁰

All'interno di questo filone interpretativo, parte della scienza giuridica ha cercato di restringere l'area degli atti esclusi dalla garanzia motivazionale, interpretando il concetto di atti amministrativi generali, di cui all'art. 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, come riferito solo agli atti amministrativi generali che contengono una disciplina «generale ed astratta». Gli atti amministrativi generali di cura concreta di interessi, quindi, non sarebbero sottratti all'obbligo di motivazione.²⁰¹ Sarebbero esentati solo quegli atti che non abbiano contenuto provvedimentale in senso stretto.

Secondo tale impostazione, la motivazione sarebbe un elemento legato all'esercizio del potere pubblico in concreto, e non alla forma dell'atto.

Nella misura in cui l'azione amministrativa, nonostante raggiunga dimensioni di notevole ampiezza e complessità, si traduce in scelte particolari, il regime della motivazione del provvedimento dovrebbe prevalere e la generalità dell'atto non dovrebbe costituire un pretesto per mettere al riparo la scelta amministrativa dalla verifica di legittimità²⁰².

In giurisprudenza, la portata dell'obbligo di motivazione e delle relative eccezioni sembra venire ricollegata alla diversa natura del potere

¹⁹⁹ Si veda, B. G. MATTARELLA, *Motivazione* (dir. com.) (voce), in S. CASSESE (diretto da) *Diz. dir. pub.*, vol. IV, Milano, 2006, 3748 ss.

²⁰⁰ Si veda, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, op. cit., 275 ss.

²⁰¹ In tal senso, F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 468.

²⁰² In questa prospettiva, M RAMAJOLI – B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, 53 ss. In tal senso, si veda anche, Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2281.

esercitato. I provvedimenti contenenti disposizioni prettamente normative non dovrebbero essere motivati, mentre i provvedimenti contenenti scelte che manifestano la loro immediata attitudine lesiva nei confronti di situazioni giuridiche soggettive definite e individuabili non potrebbero sottrarsi all'obbligo di motivazione. L'atto di natura provvedimentoale in senso stretto sarebbe tale da obliterare il carattere generale dell'atto nell'ambito del quale le decisioni sono inserite.

Sul punto, il principio espresso dalla giurisprudenza amministrativa è stato interpretato in senso parzialmente diverso da una parte della scienza giuridica, secondo la quale il reale criterio distintivo dovrebbe poggiare sugli effetti che l'atto è idoneo a produrre²⁰³. Laddove l'atto, in luogo di essere diretto a produrre effetti generali ed astratti, abbia effetti nei confronti di una categoria circoscritta di soggetti, per quanto ampia, verrebbero meno le ragioni della esclusione.

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

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

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

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

²⁰³ Sul punto, si veda, F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, op. cit.

Il bando di gara, ex art. 71, D.lgs n. 50 del 2016²⁰⁴, costituisce il primo atto a rilevanza esterna delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, quale momento attuativo della determina a contrarre, ex art. 32, comma 2, D.lgs. n. 50 del 2016²⁰⁵. Tutte le procedure di gara, salvo ipotesi eccezionali, sono indette tramite apposito bando di gara²⁰⁶.

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

Secondo la concezione privatistica, il bando sarebbe assimilabile ad un'offerta al pubblico ex art. 1336 cod. civ²⁰⁷. Il bando si configurerebbe, quindi, come proposta di contratto rivolto ad una generalità di destinatari e la proposta del privato, quale dichiarazione negoziale mista, consistente

²⁰⁴ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture» (sin d'ora, anche, nuovo Codice dei contratti pubblici).

Sul nuovo Codice dei contratti pubblici, si veda, *ex multis*, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 5, 2016, 540 ss.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento e processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016, 605 ss.

²⁰⁵ Il nuovo Codice dei contratti pubblici, all'art. 32, comma 2, stabilisce che la delibera a contrarre deve indicare «*gli elementi essenziali del contratto ed i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*», in conformità all'ordinamento dell'amministrazione aggiudicatrice ed ai suoi atti di programmazione. Nonostante la delibera a contrarre si configuri, nella generalità dei casi, quale atto meramente interno, si individuano ipotesi peculiari in cui già l'adozione della determina a contrarre produce una lesione della sfera giuridica di terzi, ammettendo, dunque, la diretta impugnazione della stessa per ottenerne l'annullamento (*i.e.* la scelta di ricorrere alla procedura negoziata). Sul punto, in giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2955.

²⁰⁶ Tra le ipotesi eccezionali, rientrano: (i) la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, ex art. 63, D.lgs. n. 50 del 2016; (ii) la procedura ristretta o procedura competitiva con avviso di preinformazione, ex art. 59, comma 5, D.lgs. n. 50 del 2016.

²⁰⁷ In tal senso, Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2004, n. 11103.

nell'accettazione dell'oggetto della prestazione indicato nel bando e nella formulazione di una proposta di prezzo.

Altra parte della giurisprudenza ha affermato che il bando di gara sarebbe piuttosto assimilabile all'invito ad offrire²⁰⁸. Il bando di gara si configurerebbe come un invito agli interessati a presentare un'offerta, o meglio a fare una proposta, contenente l'indicazione di tutti quegli elementi contrattuali non indicati dall'amministrazione aggiudicatrice. La pubblica amministrazione, accettando la proposta dell'interessato, perverrebbe alla conclusione del contratto.

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

Secondo un'opinione oggi recessiva, il bando di gara sarebbe da considerarsi come un vero e proprio atto normativo, configurandosi quale *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica²⁰⁹. Il bando contiene le regole che disciplinano lo svolgimento della gara e vincola sia i concorrenti, che l'amministrazione aggiudicatrice²¹⁰. Pertanto, considerando il bando di gara come atto normativo, l'illegittimità delle disposizioni ivi contenute, per eventuale contrasto con norme di legge, si traduce in una fattispecie di antinomia, risolvibile attraverso il normale criterio della disapplicazione della fonte normativa gerarchicamente inferiore.

L'opinione prevalente, sia in giurisprudenza che nel panorama scientifico, ritiene il bando di gara atto amministrativo generale²¹¹. Il bando di gara non può essere considerato atto normativo, poiché oltre a difettare

²⁰⁸ In tal senso, Cass. civ., sez. I, 23 gennaio 1967, n. 200.

²⁰⁹ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 263; *Id.*, 7 marzo 2005, n. 917; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922.

²¹⁰ Si veda, Cons. St., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4441, secondo cui «un'amministrazione non può discostarsi da una regola contenuta nella *lex specialis* della procedura che essa stessa ha disposto». Il bando costituisce, dunque, un atto amministrativo con cui la pubblica amministrazione individua le disposizioni cui decide di autovincolarsi nell'ambito della procedura cui si riferisce.

²¹¹ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699; *Id.*, 22 settembre 2005, n. 5005; Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1.

dei requisiti tipici di astrattezza e innovatività, si caratterizza per una generalità profondamente differente dalla generalità propria degli atti normativi²¹². È evidente, infatti, che i destinatari del bando di gara sono indeterminati solo al momento di adozione dello stesso, ma diventano ben individuabili dopo la fase di presentazione delle offerte. Allo stesso modo, il bando non è un atto dotato di astrattezza, essendo rivolto ad esaurire i propri effetti limitatamente alla singola procedura di gara. Manca, infine, anche il carattere dell'innovatività, non essendo idoneo ad innovare stabilmente l'ordinamento giuridico con una serie di precetti applicabili ad una serie indefinita di rapporti.

2.2. La motivazione esterna e interna del bando di gara

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

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

In realtà, accedendo alla tesi prevalente, che ne afferma la natura di atto amministrativo generale, la questione relativa alla soggezione dello stesso all'obbligo di motivazione assume riflessi più complessi.

Si potrebbe sostenere che il bando di gara ricada comunque nell'esclusione di cui all'art. 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, in quanto atto amministrativo generale.

Tuttavia, come già illustrato nel paragrafo precedente, non ogni tipo di atto amministrativo generale è automaticamente escluso dall'obbligo di motivazione²¹³.

²¹² Si veda, Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35.

²¹³ Si veda, *infra*, cap. III, par. 1., *Atti normativi e atti amministrativi generali: eccezioni reali e apparenti all'obbligo di motivazione*.

La tesi che considera il bando di gara come atto amministrativo generale, comunque non soggetto ad un obbligo di particolare motivazione, si fonda principalmente su due ordini di argomentazioni: (i) il bando di gara verrebbe qualificato alla stregua di un atto a contenuto generale, come tale rientrando nell'eccezione normativa all'obbligo di motivazione, di cui all'art. 3, comma 2, legge n. 241 del 1990; (ii) le scelte effettuate dalle amministrazioni aggiudicatrici potrebbero ritenersi neutrali, in quanto ispirate all'apertura alla concorrenza, principio derogabile dalle amministrazioni in casi eccezionali²¹⁴.

Tale ricostruzione, tuttavia, non appare condivisibile.

In primo luogo, le scelte effettuate dalle amministrazioni aggiudicatrici non potrebbero essere considerate scelte neutrali, anche se ispirate a principi di apertura e concorrenzialità. L'amministrazione, infatti, compie in ogni caso delle scelte idonee a segmentare il mercato rispetto a parametri *standard* fissati direttamente dalle disposizioni normative o, comunque, derivanti da obblighi conformativi dell'autorità di settore. Si pensi alla scelta di suddividere la commessa in lotti, per la cui deroga è prevista una specifica motivazione, *ex art. 51 D.lgs. n. 50 del 2016*; alla scelta di aggiudicare il contratto al minor prezzo, *ex art. 95*; alla deroga a criteri di selezione ispirati al fatturato minimo, *ex art. 83*; alla mancata utilizzazione di strumenti elettronici per le comunicazioni, *ex art. 52*.

In secondo luogo, in alcune ipotesi normative, gli obblighi di motivazione sono imposti alle amministrazioni dalle stesse previsioni del Codice dei contratti pubblici, secondo un criterio di specialità. È il caso della deroga alla durata degli accordi quadro, del ricorso alla procedura del dialogo competitivo, del ricorso al partenariato per l'innovazione, della suddivisione del concorso di programmazione in due fasi, nonché della scelta di aggiudicare mediante affidamento al contraente generale²¹⁵.

²¹⁴ Sul punto, si veda, Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 maggio 2010, n. 9354.

²¹⁵ L'art. 54, comma 1, prescrive espressamente che «*La durata di un accordo quadro non supera i quattro anni per gli appalti nei settori ordinari e gli otto anni per gli*

L'argomentazione più convincente è quella per cui il bando di gara contiene sempre e comunque una motivazione, anche se espressa *per relationem*.

Occorre considerare, infatti, che il bando di gara costituisce atto che trova la sua prima motivazione nella determina a contrarre. Si tratta, dunque, di una vera e propria motivazione *per relationem*. Il bando di gara deve richiamare le scelte discrezionali effettuate a monte dall'amministrazione, che giustificano l'avvio della procedura di gara. È evidente, dunque, che la motivazione del bando di gara è una motivazione esterna all'atto.

Le pubbliche amministrazioni, con la determina a contrarre, esplicitano le ragioni di pubblico interesse che hanno indotto ad avviare una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un determinato contratto, individuano gli elementi essenziali del contratto stipulando, le modalità di scelta del contraente e rendono nota l'esistenza della procedura selettiva, dandone avvio e fissandone contestualmente le regole.

appalti nei settori speciali, salvo in casi eccezionali, debitamente motivati in relazione, in particolare, all'oggetto dell'accordo quadro»; l'art. 64, comma 1, prescrive che «Il provvedimento con cui le stazioni appaltanti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), decidono di ricorrere al dialogo competitivo deve contenere specifica motivazione, i cui contenuti sono richiamati nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139 sulla sussistenza dei presupposti previsti per il ricorso allo stesso»; l'art. 65, comma 1, prescrive che «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere ai partenariati per l'innovazione nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti»; l'art. 154, comma 5, prescrive che «Le stazioni appaltanti, previa adeguata motivazione, possono procedere all'esperimento di un concorso in due fasi, la prima avente ad oggetto la presentazione di un progetto di fattibilità e la seconda avente ad oggetto la presentazione di un progetto definitivo a livello architettonico e a livello di progetto di fattibilità per la parte strutturale ed impiantistica»; l'art. 195, comma 1, prescrive che «La scelta di aggiudicare mediante affidamento al contraente generale deve essere motivata dalla stazione appaltante in ragione della complessità e di altre esigenze al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed economicità».

Nella stesura dei bandi di gara le amministrazioni aggiudicatrici hanno l'obbligo di conformarsi ai c.d. bandi tipo, individuati e predisposti dall'Autorità nazionale anticorruzione (Anac). Le stesse possono derogarvi in ipotesi eccezionali e, in tal caso, sono soggette ad uno stringente e puntuale obbligo di motivazione in sede di adozione della determina a contrarre²¹⁶. È lo stesso legislatore, quindi, ad individuare espressamente un vero e proprio obbligo di motivazione *per relationem*. Laddove la stazione appaltante si discosti dai c.d. bandi-tipo, dovrà motivare adeguatamente e specificamente la propria scelta nella determina a contrarre.

Già con la determina a contrarre può generarsi una posizione giuridica qualificata, con effetti non solo interni. Si ha, in particolare riguardo a quelle ipotesi in cui la determinazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri di selezione non venga assolta dal successivo bando di gara, ma anticipatamente dalla stessa determina a contrarre.

Una delle predette ipotesi è certamente quella dell'avvio di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara.²¹⁷

L'art. 63 del D.lgs. n. 50 del 2016 prevede che le amministrazioni possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, «*dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti*»²¹⁸. Il legislatore nazionale ha fissato *expressis verbis*, con

²¹⁶ L'art. 71, D.lgs. n. 50 del 2016, prescrive che «*Al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti, omogeneizzazione delle condotte, successivamente all'adozione da parte dell'Anac di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi. [...] Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo*».

²¹⁷ Sul punto, si veda, Tar Puglia, Lecce, sez. III, 30 settembre 2016, n. 1514; Tar Lazio, Roma, sez. III, 16 gennaio 2010, n. 286; *Id.*, 11 novembre 2009, n. 11069; Cons. St., sez. V, 10 settembre 2009, n. 5426.

²¹⁸ Nella direttiva 2014/24/UE sugli appalti ordinari non compare alcun obbligo preliminare di motivazione, in capo alla pubblica amministrazione, relativamente all'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, mentre detto obbligo sorge in sede di aggiudicazione.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, all'art. 63, ha ribadito sostanzialmente il disposto del previgente art. 57, D.lgs. n. 163 del 2006.

particolare riguardo al settore ordinario, l'obbligo di esplicitare le giustificazioni sottese alle procedure negoziate senza bando. In materia di appalti per i settori speciali, invece, il nuovo Codice dei contratti pubblici, all'art. 125, non impone espressamente il suddetto obbligo procedimentale, ingenerando una lacuna normativa ed ermeneutica²¹⁹. Ciò, tuttavia, non può sicuramente portare ad escluderlo *tout court*.

La procedura negoziata senza bando, di derivazione comunitaria, identifica un procedimento quasi sempre eccezionale ed acconsentito in determinate ipotesi, il quale rappresenta l'*extrema ratio* del sistema di *public procurement*. L'obbligo di motivazione ha, dunque, una specifica funzione di garanzia procedimentale, mirando ad assicurare la trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa²²⁰.

L'obbligo di motivazione non deve solo giustificare le scelte discrezionalmente operate, ma deve oggettivamente offrire l'indicazione dei

²¹⁹ Anche per le concessioni non è testualmente sancita l'esperibilità della procedura negoziata senza bando e della relativa motivazione.

²²⁰ La Cgue, con la sentenza 8 aprile 2008, causa C-337/05 (*Commissione c. Repubblica italiana*) ha affermato che «la procedura negoziata deve essere ritenuta eccezionale e deve essere applicata soltanto in casi elencati in via limitativa [...] l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intende avvalersene». Nello stesso senso, si veda anche, Cgue 27 ottobre 2005, sez. II, cause riunite C-187/04 e C-188/04 (*Commissione c. Repubblica italiana*).

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

presupposti legittimanti e, con essi, la presenza di un nesso di necessaria implicazione causale, tale da imporre il ricorso all'affidamento diretto.

Tale assunto è avvalorato anche dal disposto di cui all'art. 36 del D.lgs. n. 50 del 2016, che, nel disciplinare il delicato settore dei «contratti sotto soglia», prevede uno specifico obbligo di motivazione. Il secondo comma, lett. a), del predetto articolo, in particolare, introduce un'innovativa procedura in tema di affidamento diretto, destinata a rivoluzionare la previgente disciplina. La disposizione in parola prescrive che *«fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture [...]: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta»*.

Il legislatore, quindi, conferma che i modelli preferiti per la scelta del contraente sono quelli ordinari – procedura aperta e procedura ristretta – mentre le altre procedure – partenariato per l'innovazione, procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo e procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara – sono eccezionali e facoltative. Queste ultime, infatti, da un lato, possono essere utilizzate solo quando ne ricorrono gli specifici presupposti, dall'altro, seppur in presenza di tali presupposti, l'amministrazione può sempre decidere di ricorrere ad una procedura ordinaria.

Anche l'Anac ha chiarito che le stazioni appaltanti *«possono ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale (articolo 36, comma 2, del Codice dei contratti pubblici)»*²²¹. Pertanto, in

²²¹ Punto 1.4. delle Linee guida Anac n. 4, di attuazione del D.lgs. n. 50 del 2016, recanti *«Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici»*.

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

Chiarita, dunque, la necessità della motivazione relativamente alla procedura negoziata competitiva senza bando, pare opportuno soffermarsi sulla procedura negoziata competitiva con bando di gara.

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

Nel nostro ordinamento, come già chiarito, la sede designata ad accogliere la motivazione non è solo il bando, bensì la determina a contrarre²²².

L'art. 192 del D.lgs. n. 267 del 2000²²³, nel delineare il contenuto minimo tipico della determina a contrarre, prevede che la stessa debba

²²² L'art. 32 del D.lgs. n. 50 del 2016, rubricato *«Fasi delle procedure di affidamento»* stabilisce, al comma 2, che *«Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte»*, e, al successivo comma 3, che *«La selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal presente codice»*.

indicare «le modalità di scelta del contraente [...] e le ragioni che ne sono alla base». Ne deriva che, è la determina a contrarre la sede privilegiata per esplicitare le ragioni alla base della procedura negoziata con bando.

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

Quanto fin qui scritto, evidenzia che il bando di gara ha, *in primis*, una motivazione c.d. esterna.

Tuttavia, il bando di gara, oltre ad una motivazione c.d. esterna, individuata *per relationem*, contiene anche una motivazione c.d. interna, relativa ad una serie di previsioni per le quali è la stessa legge a prescrivere un obbligo di motivazione.

Un'ipotesi espressa di motivazione c.d. interna è quella prevista dall'art. 50 del D.lgs. n. 50 del 2016, relativo alla suddivisione della gara in lotti²²⁴. La norma in parola chiarisce che le stazioni appaltanti motivano la

²²³ L'art. 192 del T.U. enti locali (sin d'ora, anche, T.U. enti locali), rubricato «Determinazioni a contrattare e relative procedure», prevede che «La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base».

²²⁴ L'art. 50, comma 1, D.lgs. n. 50 del 2016, prescrive che «Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ovvero in lotti prestazionali, in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di

mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli artt. 99 e 139.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici privilegia la suddivisione in lotti allo scopo di ampliare la concorrenza e favorire le piccole e medie imprese, senza che, peraltro, tale scelta possa essere intesa come regressione del coesistente interesse pubblico alla scelta del miglior contraente, al fine di garantire il migliore utilizzo possibile delle risorse finanziarie della collettività, interesse che – sebbene non più indicato espressamente, come nell'art. 2, del previgente D.lgs. n. 163 del 2006 – è ontologicamente presente nel sistema ed è comunque richiamato nel nuovo Codice dei contratti pubblici²²⁵.

Altra ipotesi è quella di cui all'art. 95, comma 4, del medesimo Codice, che prevede, quale criterio generale di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Pertanto, il nuovo Codice dei contratti pubblici prescrive che la scelta del criterio del prezzo più basso, avendo carattere eccezionale e derogatorio, deve essere sorretta da una adeguata, congrua e sufficiente motivazione.

L'amministrazione ha l'obbligo di fornire adeguata motivazione della scelta effettuata e di rendere esplicito nel bando il metodo per la selezione della migliore offerta, non potendo in nessun caso posticipare tale imprescindibile adempimento al momento dell'aggiudicazione²²⁶.

Nella motivazione le stazioni appaltanti, oltre ad argomentare sulla ricorrenza degli elementi alla base della deroga, *«devono dimostrare che tramite il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un partecipante in particolare, poiché ad esempio si sono considerate come*

partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese». Sul punto, in giurisprudenza, si veda, Tar Toscana, Firenze, sez. III 12 dicembre 2016, n. 1755.

²²⁵ In tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 6 aprile 2017, n. 4293; Cons. St., sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038; Tar Lazio, Roma, sez. II, 30 agosto 2016, n. 9441.

²²⁶ In tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 19 settembre 2017, n. 1828; Tar Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 13 dicembre 2016, n. 124399. Si veda anche, Linee guida Anac n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti *«Offerta economicamente più vantaggiosa»*.

standardizzate le caratteristiche del prodotto offerto dal singolo fornitore e non dall'insieme delle imprese presenti sul mercato»²²⁷.

La motivazione si delinea, in ogni caso, come passaggio di primaria importanza per l'esplicitazione delle scelte dell'amministrazione in una prospettiva di massima accessibilità e trasparenza.

Il principio di trasparenza è uno dei principi generali, riconducibili direttamente ai principi fondamentali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, sanciti dall'art. 97 della Costituzione, ai quali ciascuna amministrazione pubblica deve informare il proprio operato.

Anche l'art. 30, comma 1, D.lgs. n. 50 del 2016 prevede espressamente il principio di trasparenza tra i principi generali da rispettare inderogabilmente nell'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori, servizi e forniture pubbliche²²⁸. L'applicazione di questo principio comporta l'obbligo, a carico delle amministrazioni, di consentire ai concorrenti il pieno ed effettivo controllo dell'espletamento della gara ed è posto a tutela di quell'interesse pubblico fondamentale consistente nel buon andamento della pubblica amministrazione e nella correlata possibilità, riconosciuta ai soggetti specificamente legittimati dall'ordinamento, di verificare in concreto lo svolgimento dell'attività amministrativa.

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

²²⁷ Si veda, Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 25 febbraio 2017, n. 166.

²²⁸ L'art. 30, comma 1, D.lgs. n. 50 del 2016, prescrive che «L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, [...] garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. [...]».

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

Nel paragrafo precedente, si è approfondito il dibattuto tema della motivazione del bando di gara. Si è chiarito, inoltre, che, a prescindere da ciò che possa apparire, il bando di gara non è un atto scevro da motivazione, ma trova una motivazione c.d. esterna ed una motivazione c.d. interna.

Se è vero che il bando di gara è soggetto ad una «doppia» motivazione, occorre chiedersi se tale obbligo di motivazione caratterizza anche gli atti successivi al bando e, in particolare, i provvedimenti di esclusione, di ammissione, di verifica delle offerte anomale e di aggiudicazione.

L'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici ha introdotto, nel microsistema processuale relativo al contenzioso sui contratti pubblici, il nuovo rito c.d. super accelerato per le impugnative nei confronti degli atti di esclusione e di ammissione alle procedure di affidamento²²⁹.

²²⁹ Nulla è cambiato per l'impugnazione dell'aggiudicazione, ex art. 120, comma 6, codice del processo amministrativo.

Sul punto, in giurisprudenza, si veda, Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 24 aprile 2017, n. 2230, secondo cui «*In materia di gare d'appalto, il rito superaccelerato del comma 6-bis dell'art. 120 c.p.a. è stato previsto unicamente per i ricorsi avverso i provvedimenti di esclusione o mancata ammissione e, pertanto, nel caso in cui il ricorrente impugna anche i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, il rito applicabile è quello "ordinario" per le procedure di gara disciplinate dal comma 6 dell'art. 120 c.p.a., essendosi in presenza di impugnative di atti inerenti alla medesima procedura di gara di appalto ma assoggettate a riti con un diverso grado di specialità*»; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 24 aprile 2017, n. 593.

Per una ricostruzione della nuova disciplina sul rito appalti, dettata dall'art. 204, D.lgs. n. 50 del 2016, si veda, ex multis, G. FERRARI, *La tutela giurisdizionale*, in G. FERRARI – R. GAROFOLI (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016; C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 515

Ai sensi del novellato comma 2-bis dell'art. 120 del codice del processo amministrativo «*il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa, all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, va impugnato nel termine di trenta giorni decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante [...]»²³⁰. La novellata disposizione, inoltre, stabilisce che in caso di omessa impugnazione, il concorrente non può far valere l'illegittimità derivata dell'aggiudicazione per vizi attinenti alle ammissioni o alle esclusioni.*

È evidente che la previsione del suddetto nuovo rito c.d. super speciale ha riflessi immediati sull'obbligo di motivazione delle esclusioni e delle ammissioni.

L'obbligo di immediata impugnazione, sia della propria esclusione, sia delle ammissioni degli altri concorrenti, determina una rinnovata e sempre maggiore rilevanza della motivazione dei suddetti atti. In particolare, tale obbligo di impugnazione può essere efficacemente assolto soltanto a condizione che il concorrente conosca le motivazioni che hanno condotto alla propria esclusione o alla ammissione degli altri operatori economici.

I c.d. motivi di esclusione dalla partecipazione alle gare, conseguenti al mancato possesso dei requisiti soggettivi – c.d. «di ordine pubblico» o di «moralità» – di cui tutti i concorrenti devono disporre per poter contrattare con la pubblica amministrazione²³¹, sono disciplinati dall'art. 80 del D.lgs.

ss; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016; M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in Federalismi.it, 2016; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e precontenziosa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Federalismi.it, 2016.

²³⁰ Per una prima proposta in questa direzione, si veda, A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G. PELLEGRINO – A. STERPA (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Roma, 2014.

²³¹ Secondo giurisprudenza consolidata, si veda, da ultimo, Cons. St., Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non

n. 50 del 2016, come modificato dall'art. 49 del D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (Correttivo al nuovo Codice dei contratti pubblici). Il successivo art. 83, comma 8, ne prevede la tassatività e prescrive espressamente che «*i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*»²³². In presenza di clausole «ambigue» contenute nel bando di gara, dunque, si ritiene che le stesse non possano assumere carattere escludente, in conformità al principio di tassatività e a quello del *favor participationis*²³³.

L'esclusione dalla gara non deve essere preceduta dal preavviso di rigetto, *ex art. 10-bis*, legge n. 241 del 1990, trattandosi di norma non applicabile alle procedure di gara²³⁴.

L'art. 80, comma 8, secondo periodo prevede che «*dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico*».

Una peculiare ipotesi di motivazione viene in rilievo nella causa di esclusione, di cui all'art. 80, comma 5, lett. *c*), per gravi illeciti professionali, che deve essere interpretata in linea con gli orientamenti giurisprudenziali formati sull'art. 38, comma 1, lett. *f*) dell'abrogato D.lgs. n. 163 del 2006²³⁵. La diversa formulazione letterale delle due norme (l'art. 38, comma 1, lett. *f*), del previgente Codice dei contratti pubblici rinviava alla «*motivata valutazione della stazione appaltante*») è superabile senza difficoltà, ritenendo che la «*dimostrazione con mezzi adeguati*», oggi richiesta, riguardi oltre gli illeciti professionali commessi, anche l'idoneità

solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa, fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

²³² In giurisprudenza, sul punto, si veda, Cgars, 9 gennaio 2017, n. 9; Cgue, 2 giugno 2016, sez. VI, causa C 27/15 (*P. Pizzo c. CRGT Srl*).

²³³ Si veda, Cons. St., sez. V, 15 marzo 2016, n. 1024; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 21 aprile 2016, n. 754.

²³⁴ Si veda, Tar Puglia, Bari, sez. I, 24 giugno 2010, n. 2621.

²³⁵ Si veda, Tar Toscana, Firenze, 1° agosto 2017, n. 1011.

degli stessi a mettere in dubbio l'integrità o affidabilità del concorrente. Tale interpretazione è quella accolta anche dalle linee guida Anac n. 6, che esprimono l'esigenza di rispetto delle regole generali che governano l'esercizio della discrezionalità amministrativa, a partire dall'obbligo di motivazione sancito dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990²³⁶.

L'obbligo di motivazione delle esclusioni costituisce principio affermato anche dalla giurisprudenza amministrativa sulle disposizioni contenute nel previgente Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163 del 2006)²³⁷.

Si è affermato, infatti, che la stazione appaltante non ha l'obbligo di motivare la decisione di non escludere – cioè di ammettere – il concorrente in esito al *sub*-procedimento di valutazione del rilievo delle inadempienze contrattuali a suo carico annotate sul casellario informatico dell'autorità di settore²³⁸. La giurisprudenza interpreta la previgente disposizione di cui all'art. 38, comma 1, lett. *f*), del Codice del 2006, nel senso che uno specifico obbligo motivazionale è richiesto solo per l'ipotesi contraria, in cui l'amministrazione ritiene le inadempienze contrattuali annotate a carico

²³⁶ Linee guida n. 6, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice». Si veda, in particolare, il punto 6.5.

²³⁷ In tal senso, Cons. St., sez. V, 25 maggio 2017, n. 2457. Nel caso di specie si contestava il provvedimento con cui la commissione giudicatrice aveva escluso da una gara un concorrente, per difetto di motivazione, non esplicitando le ragioni per le quali l'offerta era ritenuta non conforme alle caratteristiche tecniche delle forniture previste nel progetto posto a base di gara. Il Collegio, in quella sede ravvisava che «l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi è inteso [...] secondo una concezione sostanziale/funzionale, nel senso che esso è da intendersi rispettato quando l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione adottata e il destinatario è in grado di comprendere le ragioni di quest'ultimo e, conseguentemente, di utilmente accedere alla tutela giurisdizionale, in conformità ai principi di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione». Nello stesso senso, anche, Cons. St., sez. III, 23 novembre 2015, nn. 5311 e 5312; Cons. St., sez. IV, 21 aprile 2015, n. 2011; Cons. St., sez. V, 24 novembre 2016, n. 4959; *Id.*, 23 settembre 2015, n. 4443; *Id.*, 28 luglio 2015, n. 3702; *Id.*, 14 aprile 2015, n. 1875; *Id.* 24 marzo 2014, n. 1420; Con. St., sez. VI, 6 dicembre 2016, n. 5150.

²³⁸ Si veda, Cons. St., sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3198.

del concorrente ostative alla sua partecipazione alla gara. La norma, in proposito, stabiliva che erano esclusi dalla procedura di evidenza pubblica i soggetti cui, «*secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, "accertata con ogni mezzo dalla stazione appaltante"*».

L'esclusione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), deve essere il risultato di una motivata valutazione dell'episodio addebitato all'operatore economico sindacabile dal giudice amministrativo²³⁹. Gli elementi a tal fine rilevanti possono, in astratto, essere desunti anche da fatti oggetto di un procedimento penale, ma, a tale fine, è necessario che l'amministrazione individui con precisione quali siano le condotte esecutive rilevanti che hanno integrato gli estremi del grave errore professionale e determinato l'interruzione del rapporto fiduciario.

Pertanto, sotto la vigenza del D.lgs. n. 163 del 2006, l'obbligo di motivazione era richiesto per i provvedimenti di esclusione, ma non anche per quelli di ammissione, ovvero di non esclusione.

L'art 79, comma 5-*bis* del previgente Codice dei contratti pubblici, stabiliva, inoltre, che le comunicazioni di cui al comma 5 del medesimo articolo, tra cui venivano espressamente menzionate anche l'aggiudicazione definitiva e l'esclusione, da effettuarsi da parte della stazione appaltante nei confronti doveva essere «*accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione [...]*» e che l'obbligo poteva, tra l'altro, essere assolto mediante l'invio dei verbali di gara. L'invio dei verbali di gara costituisce una mera facoltà per l'amministrazione, che può soddisfare gli obblighi che la norma le impone anche mediante la sola illustrazione della motivazione dell'esclusione²⁴⁰.

La motivazione, pertanto, deve caratterizzarsi per la sua esistenza e adeguatezza; deve dare dettagliatamente conto del possesso da parte

²³⁹ Si veda, Tar Lazio, Roma, sez. III, 6 marzo 2017, n. 3140.

²⁴⁰ Si veda, Tar Lazio, Roma, sez. I, 2 dicembre 2016, n. 12063.

dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella delibera a contrarre, della rispondenza di quanto offerto alle esigenze della stazione appaltante, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dal contraente e della convenienza del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione.

Tra le cause che possono condurre all'esclusione dalla gara, vi è quella della ritenuta anomalia dell'offerta presentata.

L'offerta anomala è quell'offerta giudicata anormalmente bassa rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando di gara che, in quanto tale, suscita il sospetto della scarsa serietà della stessa e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per l'inidoneità ad assicurare un adeguato profitto all'operatore economico. A fronte di tali offerte è imposta alla stazione appaltante un'attenta verifica della loro serietà, volta a valutare se l'offerta complessivamente intesa sia seria ed attendibile.

La fattispecie dell'offerta anomala è disciplinata dall'art. 97 del nuovo Codice dei contratti pubblici, che, conformemente a quanto previsto dalle direttive comunitarie del 2014 e quanto già affermato dalla giurisprudenza della Cgue, prevede un generale divieto di esclusione automatica delle medesime. Il generale divieto di esclusione automatica trova un'unica eccezione nella previsione di cui al successivo comma 8 del medesimo articolo, che ammette l'esclusione automatica delle offerte anomale al ricorrere di taluni presupposti²⁴¹.

La valutazione circa l'anomalia dell'offerta, di competenza della stazione appaltante²⁴², si configura come un *sub*-procedimento espressione

²⁴¹ In particolare, l'art. 97, comma 8, D.lgs. n. 50 del 2016, prescrive che, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso – e comunque per importi inferiori alla soglia comunitaria di cui all'art. 35 – la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, individuata ai sensi del comma 2. La facoltà di esclusione automatica non è, in ogni caso, esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci.

²⁴² Alla luce dell'art. 31, comma 3, del D.lgs. n. 50 del 2016 il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte è di competenza del Responsabile unico del

di un potere di natura tecnico-discrezionale, che si colloca dopo la fase di l'apertura delle buste economiche e prima della proposta di aggiudicazione²⁴³. Lo stesso si articola in quattro distinti momenti: (i) l'individuazione delle offerte sospettate di anomalia; (ii) la richiesta delle giustificazioni dell'offerta da parte dell'amministrazione; (iii) la presentazione dei chiarimenti e degli eventuali elementi giustificativi dell'offerta da parte del concorrente; (iv) la verifica dei chiarimenti e delle giustificazioni da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. La fase di acquisizione delle giustificazioni fornite dal concorrente è quella in cui si realizza il contraddittorio procedimentale.

L'anomalia dell'offerta è, dunque, il risultato «*di un giudizio di carattere globale e sintetico sull'attendibilità dell'offerta nel suo complesso*», in relazione all'incidenza di tutte le singole voci eventualmente giudicate inattendibili, al fine di valutare se la singola inesattezza di una voce del prezzo offerto incida in modo significativo sulla serietà ed attendibilità dell'offerta complessivamente intesa²⁴⁴.

La funzione di tale giudizio è quella di garantire un equilibrio tra la convenienza per la pubblica amministrazione di affidare l'appalto al prezzo

procedimento e non della commissione di gara. Ciò è confermato anche dalle Linee guida n. 3 dell'Anac, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*». Si veda, in particolare, il punto 5.3.

In giurisprudenza, si veda, Tar Sardegna, Sassari, 5 maggio 2017, n. 303.

²⁴³ Le modalità di calcolo della soglia di anomalia sono diverse a seconda del criterio di aggiudicazione prescelto. L'art. 97, comma 3, D.lgs. n. 50 del 2016, prevede che, laddove il parametro valutativo sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, «*la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara*». L'art. 97, comma 2, D.lgs. n. 50 del 2016, prevede che, laddove il parametro valutativo sia quello del prezzo più basso, «*la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata, al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, procedendo al sorteggio, in sede di gara, di uno*» tra i cinque criteri previsti dal medesimo comma.

²⁴⁴ Sul punto, si veda, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 7 marzo 2017, n. 383; Cons. St., sez. III, 9 luglio 2014, n. 3492.

più basso e l'esigenza di evitarne l'esecuzione con un ribasso che si attesti al di là del ragionevole limite dettato dalle leggi di mercato²⁴⁵.

In tema di sindacato del giudice amministrativo, in ordine alla verifica di anomalia delle offerte, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ha accolto un c.d. modello di sindacato effettivo, ma non sostitutivo relativamente agli apprezzamenti tecnici amministrativi. Dinanzi ad una valutazione tecnica complessa, quale è quella di anomalia delle offerte, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, ma può solamente ripercorrere il ragionamento seguito dalla stessa, al fine di verificarne la ragionevolezza, la logicità, nonché la coerenza²⁴⁶.

Chiarita la funzione del giudizio di anomalia delle offerte, pare opportuno soffermarsi sull'obbligo motivazionale del medesimo e sulla sua rilevanza ai fini della legittimità dell'esclusione o dell'ammissione.

Il procedimento di verifica dell'anomalia può concludersi tanto con un provvedimento di esclusione, quanto con un provvedimento di ammissione, che reputa affidabile l'offerta.

Nel caso di giudizio negativo di congruità dell'offerta, si ritiene che il provvedimento di esclusione debba essere adeguatamente motivato, stante l'esigenza di rendere trasparente la scelta dell'amministrazione e, in particolare, le ragioni del giudizio di inaffidabilità dell'offerta²⁴⁷. L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe prendere specificamente in

²⁴⁵ Si veda, Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1815; Cons. St., sez. V, 7 settembre 2007, n. 4694.

²⁴⁶ In tal senso, *ex multis*, Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 13 aprile 2017, n. 258; Tar Catania, sez. I, 24 gennaio 2017, n. 178; Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4361; Cons. St., sez. V, 17 luglio 2014, n. 3800; Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 23 settembre 2015, n. 11370; Tar Lazio, Roma, sez. III-quater, 22 luglio 2015, n. 10074.

²⁴⁷ Sul punto, si veda, Cons. St., sez. V, 7 luglio 2017, n. 3341; *Id.*, 7 giugno 2017, n. 2736, che annulla, per difetto di istruttoria e di motivazione, «il provvedimento di esclusione per anomalia laddove l'aggiudicatario, nell'ambito del subprocedimento per la verifica di anomalia, ha depositato una serie di documenti che dimostrano prezzi e condizioni particolarmente favorevoli per la fornitura tali da giustificare il ribasso offerto, mentre le valutazioni della Stazione Appaltante si risolvono in asserzioni generiche ed apodittiche». Si veda anche, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 16 maggio 2016, n. 528; Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2015, n. 5665; Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963.

considerazione le giustificazioni fornite dal concorrente, evidenziano le ragioni che inducono a ritenerle insoddisfacente e inadeguate a suscitare un sufficiente affidamento sulla corretta esecuzione della prestazione contrattuale.

Alla ritenuta anomalia dell'offerta, infatti, segue l'esclusione del concorrente dalla gara e solo una motivazione rigorosa ed analitica, che dia conto delle ragioni per le quali la stazione appaltante sia pervenuta a tale conclusione, permette allo stesso di comprenderne le ragioni ed, eventualmente, di agire in giudizio in maniera consapevole.

La sussistenza di un obbligo di motivazione, invece, risulta controversa nell'ipotesi di un provvedimento che reputi la serietà dell'offerta, ritenendo attendibili le giustificazioni fornite dai concorrenti.

La giurisprudenza prevalente ritiene che l'obbligo di motivazione, in caso di giudizio positivo di congruità dell'offerta, non debba necessariamente essere assolto con una motivazione specifica e puntuale, ammettendosi anche una motivazione sintetica o *per relationem* alle operazioni ed alle risultanze dello specifico procedimento²⁴⁸. Nella motivazione *per relationem*, la stazione appaltante può richiamare, oltre agli atti posti in essere dalla stessa, anche – e soprattutto – le giustificazioni fornite dal concorrente. Le giustificazioni richiamate dalla motivazione, tuttavia, devono necessariamente essere complete ed esaustive²⁴⁹. In caso contrario, infatti, verrebbe pregiudicata la possibilità di verificare l'attendibilità, sotto il profilo della correttezza, delle valutazioni tecniche effettuate dall'amministrazione²⁵⁰.

²⁴⁸ In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. I, 23 marzo 2017, n. 3857; Tar Toscana, Firenze, 14 ottobre 2016, n. 1460; Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 11 marzo 2016, n. 3133; Cons. St., sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3935; Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2015, n. 5665.

²⁴⁹ Si veda, Cons. St., sez. III, 10 aprile 2014, n. 1744; *Id.*, 11 aprile 2012, n. 2073.

²⁵⁰ Si veda, Tar Lombardia, Milano, 22 giugno 2017, n. 1396, che annulla «l'aggiudicazione di un appalto, per l'affidamento del servizio di refezione scolastica comunale, in quanto la stazione appaltante si è limitata a ritenere "esaustive e coerenti" le

Ad avviso di coloro che accolgono la predetta impostazione, l'obbligo di individuare gli specifici elementi da cui possa evincersi che la valutazione tecnico-discrezionale espressa dall'amministrazione sia manifestamente irragionevole, spetterà a colui che impugna l'aggiudicazione.

Altra parte della giurisprudenza, invece, ritiene che l'obbligo di motivazione si debba imporre anche nel caso di giudizio positivo, con conseguente ammissione dell'offerta²⁵¹. La previsione del generale obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi nel settore dei contratti pubblici si pone a tutela della *par condicio* dei concorrenti. Se, da un lato, è interesse del concorrente escluso poter controllare il giudizio di anomalia negativa, dall'altro lato, è interesse dei concorrenti non aggiudicatari poter controllare il giudizio di anomalia positivo. Tale controllo è possibile solo ove il giudizio finale sia congruamente e dettagliatamente motivato e, quindi, dia conto dell'esame di tutti gli elementi dell'offerta e delle ragioni di attendibilità o di inattendibilità, non potendo ritenersi sufficiente il rinvio *per relationem* ad una documentazione formata da un soggetto privato che sia parte dello stesso procedimento selettivo²⁵².

giustificazioni prodotte dall'aggiudicataria, nonostante la genericità delle stesse, fra cui, in particolare, quella relativa al costo delle derrate alimentari».

²⁵¹ In tal senso, Tar Marche, sez. I, 22 maggio 2014, n. 541; Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 12 dicembre 2007, n. 12973; *Id.*, 30 maggio 2006, n. 4044.

²⁵² Si veda, Tar Marche, sez. I, 22 maggio 2014, n. 541, secondo cui «è illegittima, per violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, l'aggiudicazione di una gara di appalto pronunciata a seguito dell'esperimento del sub-procedimento di valutazione di non anomalia dell'offerta, nel caso in cui la stazione appaltante non abbia chiaramente esternato le ragioni in forza delle quali l'offerta risultata vittoriosa è stata ritenuta congrua, ma si sia limitata a fare rinvio per relationem alle giustificazioni dell'offerente; tali giustificazioni, infatti, non richiamano valutazioni espresse dall'amministrazione emanante e sono formate da un soggetto estraneo alla compagine amministrativa, portatore di un interesse legittimo nel procedimento ad evidenza pubblica, nei cui confronti l'amministrazione è tenuta a preservare una doverosa distinzione di ruoli, in ossequio al principio di imparzialità dell'azione amministrativa, sancito dall'art. 97 della Costituzione. Deve pertanto ritenersi che la motivazione della valutazione di congruità dell'offerta, anche nel caso in cui la stessa sia favorevole all'interessato, deve rendere percepibili le ragioni sottese alle valutazioni per le quali il sospetto di anomalia sia stato

Un ulteriore indirizzo giurisprudenziale afferma che la motivazione del giudizio di anomalia dell'offerta andrebbe modulata in ragione della complessità dell'accertamento ²⁵³. Conseguentemente, anche un provvedimento negativo potrebbe avere una motivazione scarna e sintetica, che rinvia agli atti procedurali, se le ragioni della decisione sono evincibili dalla mera lettura degli atti richiamati e conosciuti dall'offerente. Specularmente, un provvedimento di affidabilità potrebbe necessitare di un puntuale e specifico apparato motivazionale, quando dall'istruttoria siano emersi elementi di non chiara interpretazione, o quando ci si trovi al cospetto di soluzioni tecnico-organizzative innovative.

L'obbligo di motivazione, infine, informa anche il provvedimento conclusivo della fase pubblicistica di scelta del contraente²⁵⁴.

Con l'aggiudicazione, infatti, si conclude la procedura ad evidenza pubblica. Il nuovo Codice dei contratti ha eliminato la figura dell'aggiudicazione provvisoria, sostituendola con la c.d. «proposta di aggiudicazione», adottata dalla commissione giudicatrice. Il provvedimento

escluso, non potendo ritenersi sufficiente il rinvio per relationem ad una documentazione formata da un soggetto privato che sia parte del procedimento selettivo»; Cons. St., sez. IV, 17 settembre 2007, n. 4837.

²⁵³ In tal senso, Cons. St., sez. III, 9 luglio 2014, n. 3492.

²⁵⁴ Si veda le Linee guida Anac n. 4, punto 4.3. («I criteri di selezione, la scelta del contraente e l'obbligo di motivazione»), secondo cui «4.3.1. In ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo sanciti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 e al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante motiva in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione. A tal fine, la stazione appaltante può ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni. [...]. 4.3.2. Per affidamenti di modico valore, ad esempio inferiori a 1.000 euro, o per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento (ad esempio regolamento di contabilità) già adottato dalla stazione appaltante, che tiene conto dei principi comunitari e nazionali in materia di affidamento di contratti pubblici, la motivazione della scelta dell'affidatario diretto può essere espressa in forma sintetica, anche richiamando il regolamento stesso nella determina ovvero nell'atto equivalente redatti in modo semplificato».

di aggiudicazione è, allo stato, adottato dall'organo competente dell'amministrazione aggiudicatrice, sulla scorta della proposta di aggiudicazione formulata dalla commissione. L'art. 33, comma 1, infatti, prevede che *«la proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente»*.

L'art. 95, comma 12, assorbe un orientamento giurisprudenziale consolidato, attribuendo alla stazione appaltante il potere discrezionale di non aggiudicare l'appalto se, all'esito della procedura di valutazione, nessuna delle proposte risulti conveniente o idonea. La suddetta previsione trova la sua *ratio* giustificatrice nel principio di buon andamento, fermo restando l'obbligo di esercitare il potere di non aggiudicazione in casi limite e sulla base di adeguata motivazione e ponderazione degli interessi contrapposti in gioco²⁵⁵.

La decisione di non aggiudicare la gara, in quanto espressione di un potere amministrativo discrezionale, soggiace ai principi generali del procedimento, tra cui, in particolare, l'obbligo di un'adeguata istruttoria e di una motivazione che dia conto delle concrete ragioni della decisione e delle valutazioni degli affidamenti ingenerali nei concorrenti, su cui l'atto è destinato ad incidere²⁵⁶. Si rende necessario esplicitare le ragioni che inducono l'amministrazione a non procedere all'aggiudicazione anche in presenza di una espressa clausola del bando di gara con cui la stazione appaltante si riserva la facoltà di non aggiudicare l'appalto²⁵⁷. La legittimità dell'esercizio del potere di diniego dell'aggiudicazione deve comunque

²⁵⁵ Sul punto, si veda, C. VOLPE, *Le stazioni appaltanti hanno il potere di non aggiudicare*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 52.

²⁵⁶ Si veda, D. VAIANO, *Fasi delle procedure di affidamento*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici annotati con dottrina, giurisprudenza e formule*, Roma, 2013.

²⁵⁷ In tal senso, Cons. St., sez. V, 7 giugno 2013, n. 3125; *Id.*, 30 novembre 2007, n. 6137.

essere valutata alla luce del generale canone di buona fede, da osservare anche nell'interpretazione delle clausole del bando di gara. La potestà di non procedere all'aggiudicazione può essere legittimamente esercitata anche per ragioni di sopravvenute difficoltà economiche²⁵⁸, oltre che per eccessiva onerosità del prezzo indicato nell'offerta dall'impresa concorrente risultata aggiudicataria²⁵⁹.

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

Se il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più bassa, secondo quanto affermato in giurisprudenza, qualora le varie posizioni in gara siano valutate esclusivamente mediante il criterio del massimo ribasso, non risulta necessaria l'indicazione di altre ragioni che hanno portato alla scelta dell'offerta più bassa. Con il criterio del massimo ribasso, infatti, la motivazione dell'aggiudicazione, da un lato, si ritrova *per relationem* mediante il rinvio al bando con cui viene indetta la gara e, dall'altro si considera assolta all'esito di una valutazione oggettiva delle offerte²⁶⁰.

La valutazione dell'intensità dell'obbligo di motivazione si fa, invece, più complessa quando il criterio di aggiudicazione della gara è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale criterio, infatti, introduce una componente valutativa discrezionale che va al di là del semplice confronto numerico delle offerte. Le valutazioni discrezionali incidono sull'attribuzione dei punteggi relativi alle singole voci e sottovoci

²⁵⁸ Si veda, Cons. St., sez. V, 21 aprile 2015, n. 2013

²⁵⁹ Si veda, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 1° febbraio 2008, n. 108; Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2838.

²⁶⁰ Come prescritto dall'art. 95 del nuovo Codice dei contratti pubblici, infatti, qualora le amministrazioni optino per il criterio del minor prezzo, le stesse sono tenute a «*darne adeguata motivazione*», che ad avviso della giurisprudenza deve essere necessariamente palesata nel bando di gara.

delle offerte. Pertanto, si è posto il problema di comprendere se l'indicazione del solo punteggio numerico attribuito alle voci e sottovoci delle offerte sia sufficiente a ritenere assolto l'obbligo motivazionale, ovvero se sia necessaria una motivazione discorsiva.

In giurisprudenza, si può ritenere ormai consolidato il principio per cui la mancanza di una motivazione discorsiva non determina un vizio dell'aggiudicazione per difetto di motivazione. L'analitica determinazione dei punteggi, in relazione alle singole voci e sottovoci dell'offerta, consente la puntuale ricostruzione dell'*iter* logico percorso dalla commissione nella valutazione dei singoli aspetti della stessa e, quindi, permette la percezione delle ragioni poste a fondamento dell'assegnazione dei punteggi complessivi, sulla scorta dei quali viene formulata la graduatoria. Non si ritiene necessaria altra indicazione in merito alle ragioni che hanno portato alla scelta dell'offerta più conveniente²⁶¹. Il punteggio numerico assegnato ai singoli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa integra una sufficiente motivazione, a condizione che siano stati prefissati in modo chiaro e dettagliato i criteri di valutazione, in modo da delimitare il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo²⁶². È solo tale puntuale predeterminazione, infatti, a consentire al privato di verificare l'operato dell'amministrazione e al giudice di esercitare un effettivo sindacato di legittimità. I predetti criteri di valutazione possono risultare anche da una lettura integrata degli atti di gara, configurandosi, in tal caso, una motivazione *per relationem*.

Nel caso di previsioni di massima nel bando, si è poi evidenziata l'essenzialità della permanenza di un potere discrezionale in capo alla

²⁶¹ In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Latina, sez. I, 14 febbraio 2011, n. 143; Cons. St., sez. V, 29 novembre 2005, n. 6759.

²⁶² Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 12 giugno 2017, n. 2809; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 17 gennaio 2017, n. 15; Cons. St., sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556; Cons. St., sez. V, 20 settembre 2016, n. 3911; Cons. St., sez. III, 24 aprile 2015, n. 2050; *Id.*, 7 marzo 2016, n. 921; Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2016, n. 120; Cons. St., sez. III, 24 aprile 2015, n. 2050.

commissione di gara, i cui poteri non possono essere assorbiti integralmente mediante la previsione di criteri e *sub*-criteri di dettaglio eccessivamente vincolanti. La Cgue, infatti, ha chiarito che, in presenza di un appalto di servizi da attribuirsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice non è tenuta a portare a conoscenza dei potenziali offerenti, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, il metodo di valutazione da essa applicato al fine di valutare e di classificare concretamente le offerte²⁶³. Fermo restando, tuttavia, che detto metodo non può comunque avere l'effetto di modificare i criteri di attribuzione e la loro ponderazione relativa.

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

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

La pianificazione urbanistica consiste in un'attività amministrativa di natura discrezionale e procedimentalizzata, volta all'individuazione delle regole da seguire per l'utilizzazione del territorio, allo scopo di consentirne un uso corretto e rispondente all'interesse generale²⁶⁴. Spettano, dunque, alla pianificazione urbanistica compiti di indirizzo e di controllo delle

²⁶³ Sul punto, occorre richiamare la recente e significativa pronuncia della Cgue, sez. IV, 14 luglio 2016, causa C-6/15 (*TNS Dimarso NV c. V. Gewest*), sulla questione pregiudiziale inerente l'interpretazione dell'art. 53, par. 2, della direttiva 2004/18/CE – a cui il legislatore nazionale ha dato attuazione con l'art. 83 del previgente Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163 del 2006).

²⁶⁴ In questi termini, S. BELLOMIA – G. PAGLIARI – M. A. SANDULLI (a cura di), *Proprietà e pianificazione del territorio*, in A. Gambaro – U. Morelli (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. IV, Milano, 2012, 4. Si veda anche, D. DE PRETIS – A. SIMONATI (a cura di), *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche*, Torino, 2017; P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2016; F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2008; L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005.

trasformazioni del territorio e tali compiti vengono assolti attraverso un insieme combinato di disposizioni inserite in strumenti urbanistici o piani, di diverso livello.

Tali atti sembrerebbero, ad una prima lettura, sottratti all'obbligo di motivazione, rientrando nella previsione di cui all'art. 3, comma 2, della legge n. 241 del 1990²⁶⁵.

Le eccezioni di cui al secondo comma dell'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo, tuttavia, come illustrato nei paragrafi precedenti, sono ricollegate dalla giurisprudenza alla natura del potere esercitato²⁶⁶.

Aderendo a tale posizione, gli atti di pianificazione e programmazione urbanistica contenenti disposizioni generali ed astratte non necessiterebbero di un'espressa motivazione²⁶⁷; al contrario, quelli contenenti prescrizioni puntuali, che manifestano la loro immediata attitudine lesiva nei confronti di situazioni giuridiche soggettive definite e individuabili, dovrebbero soggiacere ad un puntuale e specifico obbligo di motivazione²⁶⁸.

Il problema della motivazione degli atti generali, come già anticipato, si pone anche in relazione agli istituti di partecipazione

²⁶⁵ Sulla motivazione degli atti di pianificazione e programmazione urbanistica, si veda, R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno Aipda *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, 2017.

²⁶⁶ Si veda, F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, op. cit., 472.

²⁶⁷ La scienza giuridica e la giurisprudenza affermano la natura c.d. «mista» – normativa e di atto generale – dei piani regolatori generali. In tal senso, si veda, G. MORBIDELLI, *Pianificazione territoriale ed urbanistica* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990, 3 ss.; F. SALVIA – F. TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 2002, 95. Secondo A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, op. cit., 47, i Piani regolatori, sono esclusi dal novero sia degli atti normativi che degli atti amministrativi generali, trattandosi di atti a contenuto e oggetto composito. Sul punto, si veda, Cons. St., sez. VI, 8 settembre 2009, n. 5258.

²⁶⁸ Si veda, A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 364 ss. Secondo l'Autore, la generalità dell'atto non è sufficiente ad escludere l'obbligo di motivazione e ciò accade soprattutto nelle ipotesi di atti preordinati alla definizione di presupposti per l'adozione di ulteriori provvedimenti. Aspetto, quest'ultimo, che caratterizza l'attività di programmazione e pianificazione urbanistica.

procedimentale. La legge n. 241 del 1990, all'art. 13, prevede che agli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione – «per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione» – non si applicano gli istituti di partecipazione.

Se si intende la motivazione come parte integrante e riflesso delle garanzie partecipative procedurali, l'esclusione dall'obbligo di motivazione potrebbe discendere non già dall'art. 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, bensì dal dettato del citato art. 13.

Questa ricostruzione, tuttavia, non appare coerente e logica su un piano generale e sistematico²⁶⁹.

Le modalità di partecipazione ai processi decisionali pubblici non hanno una disciplina uniforme, ma speciale e diversa a seconda delle modalità di azione della pubblica amministrazione. Il sopra richiamato art. 13 non esclude affatto gli istituti partecipativi per gli atti a contenuto generale, ma li esenta dall'applicazione delle formalità previste dalla legge generale sul procedimento amministrativo, alla luce del principio di specialità delle disposizioni primarie di volta in volta applicabili²⁷⁰.

In altri termini, pur volendo considerare la motivazione come istituto indirettamente partecipativo la cui applicazione sarebbe esclusa dall'art. 13, legge n. 241 del 1990 per gli atti in esame, la medesima norma non impedisce che agli atti elencati nella stessa siano applicabili istituti di partecipazione procedimentale previsti dalle norme speciali che ne regolano il procedimento di formazione. L'art. 13 citato, infatti, esclude l'applicazione delle garanzie partecipative previste dalla legge n. 241 del

²⁶⁹ Sul punto, si veda, A. R. TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 683 ss.

²⁷⁰ Si pensi alle ipotesi speciali di legge in cui il procedimento di formazione degli atti di programmazione e pianificazione urbanistica contempla delle forme di partecipazione. Sul punto, si veda, M. A. SANDULLI, *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. amm.*, 4, 2002, 555 ss.; E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1994, 70 ss.

1990, ma non anche quelle eventualmente previste da leggi speciali ulteriori per gli atti pure menzionati dall'art. 13.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, potrebbe affermarsi che la dispensa dall'obbligo di motivazione si riferisca solo a quegli atti a contenuto generale, letteralmente indicati dall'art. 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, nei quali la generalità dei destinatari si accompagna alla astrattezza e alla innovatività delle prescrizioni contenute. Non rileverebbe, dunque, la dimensione formale dell'atto nel quale il concreto provvedimento viene esercitato, ma solo la reale consistenza dell'apparato di garanzie che l'ordinamento ha previsto nei confronti dell'invasività del potere pubblico²⁷¹.

La motivazione degli atti di pianificazione e programmazione urbanistica, infatti, potrebbe costituire il luogo di emersione e di controllo degli effettivi criteri seguiti dall'amministrazione nella selezione e nella ponderazione degli interessi ritenuti rilevanti nell'assunzione della determinazione finale, valorizzando l'apporto partecipativo²⁷².

Un'intensificazione dell'obbligo motivazionale per gli atti di pianificazioni territoriale potrebbe discendere anche da un loro possibile impatto sull'ambiente²⁷³.

In tale prospettiva, la Convenzione di Aarhus²⁷⁴ prevede, all'art. 6, comma 8, che la decisione in materia ambientale deve contenere le «*reasons*

²⁷¹ Si veda, E. CANNADA BARTOLI, *In tema di motivazione degli atti a contenuto generale*, in *Foro amm. Tar*, 4, 1995, 1088, secondo il quale la dispensa dall'obbligo di motivazione riguarda «*la motivazione riferita alla forma dell'atto*» e non «*la motivazione del provvedimento*».

²⁷² Sulla riconducibilità della funzione della motivazione del provvedimento amministrativo ad una logica di soddisfazione del principio democratico, si veda, A. R. TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo* (voce), op. cit.

²⁷³ L'art. 6 del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. T.U. ambiente), prescrive, tra l'altro, che «*La valutazione ambientale strategica riguarda i piani e i programmi che possono avere impatti significativi sull'ambiente e sul patrimonio culturale*».

²⁷⁴ Decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, relativa «*alla conclusione, a nome della Comunità europea, della convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico al processo decisionale e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*».

and considerations on which it is based» e, al successivo art. 7, che la medesima disciplina procedurale si applica anche agli atti di pianificazione e di programmazione con effetti sull'ambiente²⁷⁵. La motivazione, in tal caso, è diretta principalmente ad accrescere l'effettività della partecipazione in materia ambientale, partecipazione che assume una funzione di supporto all'amministrazione nell'individuazione della soluzione maggiormente idonea a tutelare l'interesse ambientale.

3.1. I caratteri del Piano regolatore generale e le ricadute sull'an e sul quantum dell'obbligo di motivazione

I Piani regolatori generali, disciplinati dagli artt. 7 e ss. della legge 17 agosto 1942, n. 1150 (c.d. legge urbanistica), sono strumenti programmatici tramite i quali gli enti locali pianificano in via generale lo sviluppo urbanistico del territorio comunale²⁷⁶. Si tratta di strumenti di primaria importanza nella pianificazione urbanistica del territorio, che

²⁷⁵ In modo del tutto analogo, la direttiva 2003/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003, attuativa della Convenzione, prevede, all'art. 2, comma 2, lett. c) e d), che nell'adozione delle decisioni finali dei procedimenti di pianificazione e di programmazione, si tenga «*debitamente conto delle risultanze della partecipazione del pubblico*» e che quest'ultimo sia informato sui «*motivi e le considerazioni su cui le stesse sono basate, includendo informazioni circa il processo di partecipazione*».

²⁷⁶ Le prescrizioni racchiuse nel Piano regolatore generale sono di due *species*: (i) alcune riguardano la suddivisione del territorio comunale in aree omogenee, con la previsione delle zone destinate all'espansione urbanistica, e la determinazione dei vincoli da osservare in ciascuna zona (c.d. zonizzazione); (ii) altre concernono l'individuazione delle aree da destinare all'edilizia pubblica e privata, nonché ad opere ed impianti di interesse culturale, politico o sociale (c.d. localizzazione). Il procedimento di formazione del Piano regolatore generale si compone di due fasi: la prima, di competenza comunale, che si conclude con l'adozione del Piano; la seconda, di competenza regionale, con cui definisce con l'approvazione del Piano (approvazione in funzione di controllo).

coinvolgono una molteplicità di interessi pubblici e privati, per la cui sintesi le autorità pianificatrici godono della più ampia discrezionalità²⁷⁷.

La natura giuridica di tali piani è alquanto dibattuta e dalla stessa derivano una serie di conseguenze applicative, sul piano sostanziale e processuale²⁷⁸.

Secondo parte della scienza giuridica, il Piano regolatore generale sarebbe da ricondurre nel novero degli atti amministrativi generali, a fronte della determinabilità *ex post* dei destinatari delle previsioni contenute nello stesso e della mancanza di astrattezza e innovatività²⁷⁹.

L'indirizzo oggi maggiormente condiviso sostiene che il Piano regolatore generale rientrerebbe nel novero dei c.d. atti a natura mista, sia normativa che amministrativa²⁸⁰. Il Piano regolatore generale, infatti, contiene al contempo previsioni generali ed astratte, nonché prescrizioni concrete ed immediatamente lesive.

Il Piano regolatore generale viene, dunque, qualificato quale provvedimento amministrativo generale a contenuto precettivo. Da un lato, infatti, contiene gli elementi tipici dell'atto amministrativo, vale a dire

²⁷⁷ Parte della scienza giuridica ha rilevato che, nella materia urbanistica si ha la discrezionalità più ampia che in qualsiasi altro ramo della pubblica amministrazione. In tal senso, P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, 17.

²⁷⁸ Sul punto, si veda, *ex multis*, P. URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2017, 133 ss.; G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 51 ss..

²⁷⁹ In tal senso, A. M. SANDULLI, *Appunti per uno studio sui piani regolatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2, 1958, 131 ss.; M. S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 3, 1958, 9 ss.; P. STELLA RICHTER, *Natura ed efficacia dei piani regolatori comunali*, in *Giust. civ.*, 1, 1964, 1071 ss.; F. SPANTIGATI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1969, 95 ss.; L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria generale della pianificazione*, Padova, 1966, 405 ss.

²⁸⁰ Non può dubitarsi che lo strumento del Piano regolatore generale presenti un evidente momento normativo, laddove le norme tecniche di attuazione disciplinano minuziosamente le varie zone individuate e delimitate dal Piano stesso. Allo stesso tempo, non può essere negata natura sostanzialmente amministrativa a quell'articolata operazione di scelta, dalla quale discendono sia effetti ricognitivi sia effetti costitutivi – *rectius* conformativi della proprietà – e, soltanto in un momento logicamente successivo, l'assoggettamento delle stesse ad una regolamentazione di riferimento. Sul punto, si veda, *Tar Trentino Alto Adige*, Trento, 26 ottobre 2010, n. 201.

istruzioni, norme e prescrizioni di concreta definizione, destinazione e sistemazione di singole parti del comprensorio urbano. Dall'altro lato, contiene gli elementi tipici dell'atto normativo, disponendo «*in via generale ed astratta in ordine al governo ed all'utilizzazione dell'intero territorio comunale*». Conseguentemente, il regime di impugnabilità va definito tenendo conto dell'effettiva consistenza della singola previsione del Piano regolatore generale che si vuole contestare.

A fronte della suddetta ricostruzione, potrebbero ipotizzarsi diverse ipotesi in merito alla prevedibilità o meno di un obbligo di motivazione dei Piani regolatori generali.

Parte della giurisprudenza amministrativa ha affermato che le scelte espresse in sede di pianificazione del territorio – quindi, in sede di formazione del piano regolatore generale – non necessiterebbero di una motivazione analitica. Tali scelte, infatti, sono caratterizzate da una discrezionalità talmente ampia, che non richiederebbero una specifica motivazione, oltre quella ricavabile dai criteri tecnico-urbanistici generali seguiti nella redazione del Piano e rinvenibili nella relazione di accompagnamento, così come il rigetto delle osservazioni dei privati non necessiterebbe una motivazione diversa da quella del contrasto con le linee portanti del piano²⁸¹. Si configurerebbe, dunque, un'ipotesi di motivazione *per relationem* (debole), essendo sufficiente l'espresso riferimento alla relazione di accompagnamento al progetto²⁸².

²⁸¹ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2649; *Id.*, 16 aprile 2014, n. 1871; *Id.*, 8 giugno 2011, n. 3497; *Id.*, 16 febbraio 2001, n. 1015; *Id.*, 18 gennaio 2011, n. 352; *Id.*, 9 dicembre 2010, n. 8682; *Id.*, 27 luglio 2010 n. 4920; *Id.*, 7 aprile 2010, n. 1986. Sul punto, si veda, A. M. BARTOLI – A. PREDIERI, *Piano regolatore* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXXIII, Roma, 1983, 700, secondo cui, «*la struttura del piano regolatore generale prevede una relazione che costituisce istituzionalmente unamotivazione*». Sull'importanza della relazione illustrativa, quale mezzo di espressione della motivazione del piano regolatore generale, si veda anche G. MORBIDELLI, *Pianificazione territoriale ed urbanistica* (voce), op. cit.

²⁸² La giurisprudenza chiarisce che ciò che si rende indispensabile è una ragionevole e coerente giustificazione delle linee portanti della pianificazione. In tal senso, *ex multis*, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 30 ottobre 2015, n. 1524; Tar Umbria, Perugia, sez.

Quest'ampia discrezionalità comporterebbe, da un lato, l'insindacabilità nel merito delle scelte *de quibus*²⁸³ – fatta eccezione per i casi di macroscopica illogicità, arbitrarietà, travisamento dei fatti etc. – dall'altro, e specularmente, la non obbligatorietà di una c.d. motivazione parcellizzata, relativa cioè alle singole aree pianificate, essendo sufficiente il richiamo ai generali criteri tecnico-urbanistici seguiti nella redazione del Piano e rinvenibili nella relazione d'accompagnamento²⁸⁴.

Un'ulteriore argomentazione su cui il giudice amministrativo fa perno per sottrarre il Piano regolatore generale dall'obbligo di motivazione concerne la natura dello stesso. Il Piano regolatore generale, infatti, rientrando nel *genus* degli atti amministrativi generali, sarebbe esentato dall'obbligo motivazionale, ai sensi dell'art. 3, comma 2 della legge n. 241 del 1990²⁸⁵.

Si tratta, però, di atti che, benché aventi una portata generale e un contenuto precettivo/normativo, interessano beni immobili specificamente determinati e i titolari presenti e futuri di diritti reali su tali beni²⁸⁶.

Tradizionalmente, in giurisprudenza e in dottrina, si afferma che i destinatari del Piano regolatore generale sono individuabili solo *ex post*,

I, 11 settembre 2015, n. 402; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 4 giugno 2015, n. 435; Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2453; Tar Campania, Napoli, sez. I, 4 aprile 2014, n. 1962; Cons. St., sez. IV, 3 novembre 2008, n. 5478; Cons. St., Ad. Plen., 22 dicembre 1999, n. 24. Sul punto, si veda, S. BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità delle normative*, in *Riv. giur. ed.*, 5, 2013, 219 ss.

²⁸³ In tal senso, *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 12 dicembre 2013, n. 2460; Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6049.

²⁸⁴ Nel caso degli atti di pianificazione l'obbligo di motivazione si deve, quindi, rapportare al carattere discrezionale delle scelte che con tali atti vengono assunte.

²⁸⁵ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 6 febbraio 2002, n. 664; *Id.*, 14 giugno 2001, n. 3146; *Id.*, 1° febbraio 2001, n. 420; *Id.*, 3 luglio 2000, n. 3646.

²⁸⁶ Gli atti amministrativi generali non si rivolgono a destinatari determinabili a priori, bensì solo a posteriori in sede di esecuzione. Queste caratteristiche non sono rinvenibili, *sic et simpliciter*, all'interno del Piano regolatore generale. In tal senso, A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, op. cit.

essendo il Piano diretto a disciplinare, regolare e conformare una porzione di territorio di rilevanti dimensioni²⁸⁷.

Tuttavia, secondo una diversa tesi, i destinatari del Piano regolatore generale sarebbero individuabili sia *ex ante*, che *ex post*, a fronte del rapporto di natura reale che lega gli stessi ai beni oggetto di conformazione, ricompresi nella perimetrazione dell'atto di pianificazione comunale²⁸⁸.

Dalle suddette considerazioni, altra parte della giurisprudenza fa immediatamente discendere un generale obbligo di esternare una «ragionevole e coerente giustificazione con le linee portanti della pianificazione», anche se non ritiene comunque necessaria una specificazione puntuale di tutte le ragioni che l'hanno mossa, rilevando come il Piano regolatore sia per lo più espressione di apprezzamenti di merito²⁸⁹.

La stessa giurisprudenza, inoltre, evidenzia come vi possano essere disposizioni richiedenti un obbligo motivazionale più o meno pregnante rispetto a quello sopra indicato. L'obbligo di motivazione risulta sufficientemente adempiuto con il richiamo a particolari interessi di rango costituzionale, quali la tutela dell'ambiente, nel destinare delle aree a verde agricolo²⁹⁰.

Con particolare riguardo all'apposizione di *standard*, si ritiene sufficiente una motivazione *per relationem* ai criteri tecnici utilizzati nella redazione del Piano regolatore generale. Ciò ha indotto ad attribuire una

²⁸⁷ Sul punto, si veda, F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, op. cit.

²⁸⁸ In tal senso, R. MONTEFUSCO, *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in *Foro Amm. Tar*, 9, 2002, 2861 ss.

²⁸⁹ Si veda, Ad. Plen. Cons. St., 22 dicembre 1999, n. 24.

²⁹⁰ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2013, n. 1882; Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2010, n. 7478, secondo cui «*sul piano dell'istruttoria e della motivazione di una variante dichiaratamente destinata a tutelare l'ambiente, non risulta necessaria una diffusa analisi argomentativa ed una specifica ed esplicita giustificazione della relativa scelta urbanistica, avuto riguardo al valore fondamentale assegnato al paesaggio dall'art. 9 della Carta costituzionale*».

particolare rilevanza alla relazione illustrativa al Piano, che secondo taluni costituisce essa stessa motivazione²⁹¹.

La predetta impostazione subisce alcune eccezioni, rintracciandosi talune ipotesi in cui si richiede una espressa e puntuale motivazione. Si tratta, più specificamente, di situazioni che ingenerano un «qualificato» affidamento del privato interessato dalle previsioni contenute nel Piano regolatore²⁹².

Una prima ipotesi riguarda il superamento degli *standard* minimi, di cui al d.m. 1444 del 1968, relativi alle percentuali minime di *standard* da assicurare alle singole zone dell'abitato. In caso di superamento c.d. «contenuto» o limitato degli *standard*, non sarebbe richiesta alcuna motivazione; di contro, in caso di aumento notevole degli *standard* richiesti, si renderebbe necessaria una espressa e puntuale motivazione²⁹³.

Una seconda ipotesi riguarda la lesione dell'affidamento qualificato del privato, derivante dalla lottizzazione o da accordi di diritto privato intercorsi tra il comune e i proprietari delle aree²⁹⁴. Le aspettative derivano, in particolare, dal giudicato di annullamento dei dinieghi di permesso di costruire o dal silenzio rifiuto di una domanda di permesso-concessione.

²⁹¹ In tal senso, A. M. BARTOLI – A. PREDIERI, *Piano regolatore* (voce), op. cit.

²⁹² Si veda, Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2010, n. 2842; *Id.*, 19 marzo 2009, n. 1650, secondo cui l'affidamento del privato deve necessariamente essere «qualificato», poiché a fronte di affidamenti di mero fatto, le scelte compiute dall'amministrazione precedente, siano esse ambientali o urbanistiche, sono sufficientemente motivate con l'indicazione dei profili generali e dei criteri che hanno sorretto la previsione pianificatoria, senza necessità di ulteriore motivazione. Sul punto, si veda anche, A. CASSATELLA, *La motivazione dei piani urbanistici: aspetti evolutivi*, in *Riv. giur. edil.*, 3, 2016, 289 ss.

²⁹³ Il d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 stabilisce le percentuali minime di *standard* da assicurare, in ogni caso, in sede di pianificazione generale, alle singole zone dell'abitato. Sul punto, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2017, n. 3256; *Id.*, 22 febbraio 2017, n. 821; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 30 settembre 2016, n. 1766; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 20 settembre 2012, n. 2206; Cons. St., sez. IV, 1° marzo 2010, n. 1176; Cons. St., Ad. Plen., 22 dicembre 1999, n. 24.

²⁹⁴ Sul punto, si veda, Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2017, n. 3256; *Id.*, 22 febbraio 2017, n. 821; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 30 settembre 2016, n. 1766; Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2453; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 20 settembre 2012, n. 2206.

Una terza ipotesi riguarda la modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo²⁹⁵.

In tutti questi casi, la pubblica amministrazione, conformemente ai principi di buona amministrazione e tutela del legittimo affidamento, deve esternare le ragioni di pubblico interesse sottese al mutamento della destinazione urbanistica dell'area, nonché le ragioni della preminenza del pubblico interesse rispetto alle qualificate aspettative dei privati, dando atto della comparazione effettuata.

La problematica inerente all'obbligatorietà della motivazione del Piano regolatore generale sembrerebbe investire non tanto l'*an*, ma il *quomodo* della stessa. L'amministrazione, laddove eserciti un potere di pianificazione urbanistica, dovrebbe in ogni caso dare conto, seppure con una motivazione esterna (*per relationem*), degli obiettivi che intende perseguire e della coerenza delle scelte in concreto effettuate con tali obiettivi ed con gli interessi pubblici agli stessi immanenti.

La simmetria tra la partecipazione procedimentale e l'obbligo di motivazione troverebbe concreta applicazione nella giurisprudenza in materia di osservazioni al Piano regolatore generale²⁹⁶.

Secondo un primo indirizzo, le osservazioni formulate dai proprietari interessati costituirebbero «*un mero apporto collaborativo alla*

²⁹⁵ Sul punto, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2017, n. 3256; *Id.*, 22 febbraio 2017, n. 821; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 30 settembre 2016, n. 1766; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 20 settembre 2012, n. 2206; Cons. St., Ad. Plen., 22 dicembre 1999, n. 24. Di segno opposto, Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2013, n. 1882, secondo cui «*nell'ipotesi di adozione di una variante di piano regolatore finalizzata a tutelare le caratteristiche paesaggistiche ed ambientali della zona collinare, ove con la medesima si intenda salvaguardare lo stato di fatto attuale dell'edificato della zona in questione e renderlo coerente con gli obiettivi di tutela dei valori paesaggistico-ambientali, non è richiesta una motivazione più incisiva e singolare di quella esibita per gli strumenti urbanistici di contenuto generale, né a fronte del carattere abusivo delle costruzioni può riscontrarsi la lesione di un'aspettativa edificatoria qualificata in capo ai privati*».

²⁹⁶ Si veda, R. MONTEFUSCO, *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, op. cit.; A. CASSATELLA, *La motivazione dei piani urbanistici: aspetti evolutivi*, op. cit.

formazione degli strumenti urbanistici» e non darebbero luogo ad aspettative qualificate. Conseguentemente, il loro rigetto «non richiede una dettagliata motivazione, essendo sufficiente che siano state esaminate e ragionevolmente ritenute in contrasto con gli interessi e le considerazioni generali poste a base della formazione del Piano regolatore o della sua variante»²⁹⁷.

Secondo altra parte della giurisprudenza, invece, *«la sufficienza di una motivazione seppur succinta, allegata per giustificare il rigetto delle osservazioni mosse dai privati al Piano, presuppone che la reiezione della stessa sia congrua rispetto al contenuto concreto dell'osservazione e che si dimostri che si è tenuto presente l'apporto critico e collaborativo dei privati, in comparazione con gli interessi pubblici coinvolti»²⁹⁸.*

Ciò detto, ulteriore conferma dell'assunto per cui non vi sarebbe una piena coincidenza tra atti amministrativi generali e atti di pianificazione e programmazione, viene proprio dall'art. 13 della legge n. 241 del 1990. La norma appena citata, nell'elencare i tipi di attività amministrative escluse dall'ambito di applicazione del Capo III relativo alla partecipazione, fa espressa menzione non soltanto degli atti normativi e amministrativi generali, ma anche dei provvedimenti di pianificazione e programmazione. Da ciò si ricava implicitamente che gli atti di pianificazione e programmazione, come quelli urbanistici, non sono necessariamente ed inevitabilmente da considerarsi come atti amministrativi generali, sebbene possano esserlo²⁹⁹.

²⁹⁷ In tal senso, *ex multis*, Tar Toscana, Firenze, sez. I, 19 settembre 2017, n. 1097; Cons. St., sez. IV, 17 agosto 2016, n. 3643; *Id.*, 2 febbraio 2016, n. 378; *Id.*, 10 giugno 2014, n. 2973; *Id.*, 18 novembre 2013, n. 5453; *Id.*, 4 novembre 2013, n. 5292.

²⁹⁸ In tal senso, Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 30 giugno 2016, n. 219; Cons. St., sez. IV, 29 luglio 2009, n. 4756; *Id.*, 15 luglio 1999, n. 1237, secondo cui è necessario che la motivazione *«faccia riferimento al contrasto delle osservazioni con le linee portanti del piano, che sia congrua rispetto agli elementi di fatto e di diritto posti alla base delle osservazioni e che abbia tenuto presente il loro apporto critico e collaborativo»*.

²⁹⁹ In tal senso, si veda, D. EMILIO, *Commento all' articolo 13 della legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Nuove leggi civ. e comm.*, 1995, 76 ss.; R. MONTEFUSCO, *La motivazione*

La discrezionalità di cui gode l'autorità amministrativa nella pianificazione urbanistica del territorio rappresenta una sfera di libertà pur sempre limitata dal rispetto del principio di ragionevolezza che, in quanto espressione dei principi di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost., deve ispirare l'intera attività amministrativa³⁰⁰.

In tale contesto, non vi è dubbio che la motivazione raffigura un'importantissima, anche se non esclusiva, garanzia di ragionevolezza: impegnando, infatti, la pubblica amministrazione ad esternare le effettive ragioni sottostanti all'esercizio del potere, essa scongiura ogni presunzione di imparzialità e logicità dell'azione amministrativa. Ne è prova che il suo difetto è sintomo di eccesso di potere, in quanto sintomo di irragionevolezza che comporta l'illegittimità del provvedimento amministrativo emanato.

L'obbligo di motivazione, come già chiarito nella trattazione, è strettamente correlato alla lesività dei provvedimenti amministrativi.

degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?, op. cit. Secondo, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, op. cit., 275 ss., invece, l'art. 13 rappresenterebbe la conferma della mancanza di autonomia concettuale degli atti di pianificazione rispetto agli atti generali, essendo la *ratio* di tale dispensa identica a quella sottostante all'art. 3, comma 2, ossia assicurare che agli interessati sia consentito di influire sul procedimento soltanto qualora derivino decisioni idonee ad arrecare pregiudizio alle loro sfere giuridiche. A tali considerazioni si potrebbe obiettare che, una corretta interpretazione dell'art. 13 porterebbe a ritenere che il legislatore non abbia voluto precludere in modo assoluto la partecipazione procedimentale per tutte le categorie di atti ivi individuate. Secondo il dato letterale della norma, infatti, ciò che sembra essere stata esclusa è soltanto la partecipazione come disciplinata dal Capo III della legge n. 241 del 1990, fermo restando, invece, le «particolari norme» che regolano la formazione dei procedimenti sottratti alla disciplina generale, come ad esempio i procedimenti di formazione degli atti di pianificazione urbanistica che prevedono numerose applicazioni di vari istituti partecipativi, tra i quali la facoltà di presentare osservazioni al Piano regolatore generale. In tal senso, D. EMILIO, *Commento all' articolo 13 della legge 7 agosto 1990 n. 241*, op. cit.; E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento*, op. cit.; M. SANTINI, *Le osservazioni dei privati al progetto di piano regolatore generale (o sue varianti): non più come mero apporto collaborativo ma con funzione anche garantistica*, in *Riv. giur. urb.*, 1996, 353 ss.

³⁰⁰ Sull'importanza del principio di ragionevolezza nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, si veda, G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, 1998.

Coerenza argomentativa e rigore metodologico dovrebbero, dunque, condurre a riconoscere incondizionatamente tale obbligo anche per le determinazioni espresse attraverso lo strumento del Piano regolatore generale, che, come osservato in precedenza, è perfettamente in grado di pregiudicare immediatamente le sfere giuridiche dei destinatari.

Di conseguenza, un obbligo di motivazione potrebbe sussistere anche con riguardo alle scelte di zonizzazione e localizzazione.

Attraverso il processo di zonizzazione, l'amministrazione attribuisce discipline e destinazioni d'uso ad una determinata zona del territorio con caratteristiche morfologiche uniformi. Nella scelta della porzione di territorio da assoggettare alla disciplina e alla destinazione d'uso prevista per una determinata zona, si imporrebbe una seppure minima motivazione in ordine alla valutazione della disciplina ritenuta più confacente all'assetto territoriale interessato.

L'obbligo di motivazione dovrebbe, invece, essere ulteriormente rafforzato quando lo strumento di pianificazione determina l'apposizione di vincoli preordinati all'espropriazione con localizzazione delle relative aree territoriali.

3.2. Le c.d. varianti al Piano regolatore generale e l'obbligo di motivazione nella giurisprudenza amministrativa

Un'ipotesi del tutto peculiare concerne le varianti al Piano regolatore generali.

Lo strumento della variante al Piano regolatore generale è disciplinato dall'art. 10, comma 7, della legge n. 1150 del 1942 (c.d. legge urbanistica), che accorda il potere di modificare le precedenti prescrizioni contenute nel Piano, ove si ravvisino nuove circostanze che impediscano, di fatto, di eseguire totalmente o parzialmente le previsioni inizialmente

determinate, ovvero se l'amministrazione ravvisi l'opportunità di effettuare una revisione dello strumento urbanistico³⁰¹.

Di particolare interesse per il presente lavoro di ricerca, è il dibattito giurisprudenziale in merito alla configurabilità di un obbligo di motivazione nell'esercizio del c.d. *ius variandi*.

La giurisprudenza più risalente affermava che il principio generale in tema di motivazione di Piano regolatore generale non potesse trovare applicazione per le varianti, a causa del loro carattere eccezionale e derogatorio rispetto alla disciplina urbanistica previgente³⁰².

Tuttavia, l'opinione oggi prevalente opera una distinzione tra varianti generali e varianti specifiche. Tale distinzione si fonda su un criterio spaziale di delimitazione del potere di pianificazione urbanistica concretamente esercitato dall'amministrazione e si riverbera, tra l'altro, sulla previsione di un obbligo di motivazione.

Le varianti generali, procedendo ad una riconsiderazione complessiva di una o più zone urbanistiche, non necessiterebbero di

³⁰¹ Il presupposto per adottare la variante, ai sensi dell'art. 10, comma 7, legge n. 1150 del 1942, è l'esistenza di «*sopravvenute ragioni che determinano la totale o parziale inattuabilità del piano medesimo o la convenienza a migliorarlo*». Sul punto, si veda, S. VINTI, *Natura e presupposti della variante di piano regolatore*, in *Riv. giur. edil.*, 1, 1989, 350 ss.

³⁰² Si veda, Cons. St., Ad. Plen., 16 giugno 1978, n. 17, secondo cui «*il principio talvolta affermato in giurisprudenza, circa la possibilità che in sede di adozione del Piano regolatore generale si rinvii al piano particolareggiato la concreta destinazione di determinate zone, non è trasferibile in sede di adozione di varianti al Piano regolatore generale. Mentre infatti il piano generale determina l'assetto complessivo del territorio comunale con riferimento ad esigenze potenziali della collettività sia pure collegate alle probabili previsioni di sviluppo di questa, la variante non può essere adottata che con riferimento a specifiche esigenze non tenute presenti in sede di adozione del piano generale o manifestatesi successivamente. Se dunque si ritiene di dover adottare una variante per destinare una determinata area a pubblici servizi, non può farsi generico riferimento a questi rinviando ai piani particolareggiati, come può avvenire in sede di piano regolatore generale, ma con precisa e puntuale motivazione deve indicarsi in relazione a quale specifica esigenza si ritenga necessario modificare la destinazione impressa all'area dal Piano regolatore generale*». Nello stesso senso, Cons. Stato, Ad. Plen., 21 ottobre 1980, n. 37.

specifica motivazione³⁰³. Si tratta, invero, di uno strumento avente natura di scelta urbanistica a carattere generale, che non richiederebbe altra motivazione rispetto a quella *per relationem* ai criteri tecnico-urbanistici seguiti per la redazione del Piano. D'altronde, una variante generale non avrebbe l'idoneità a ledere immediatamente, e di per sé sola, situazioni giuridiche soggettive dei privati.

L'approvazione di una variante generale ad un Piano urbanistico, inoltre, non comporterebbe, a fronte della presentazione di osservazioni da parte del privato, un obbligo di puntuale motivazione da parte dell'amministrazione³⁰⁴. Tali osservazioni rappresentano, infatti, un mero apporto collaborativo e dovrebbero essere esaminate e valutate soltanto in rapporto all'interesse generale alla base della variante. Conseguentemente, il loro rigetto potrebbe essere sinteticamente motivato tenendo conto della coerenza della scelta con gli obiettivi del Piano, salvo i casi in cui particolari situazioni abbiano creato aspettative o affidamenti qualificati in capo al privato.

Le varianti specifiche, invece, richiederebbero una puntuale motivazione e un altrettanto puntuale istruttoria³⁰⁵. Le varianti specifiche, infatti, interessano una porzione limitata del territorio e sono dirette a soggetti particolari, aventi un collegamento stabile con la stessa. Una specifica motivazione metterebbe in evidenza le ragioni del mutamento delle originarie valutazioni generali di Piano e degli obiettivi da perseguire, garantendo che la specifica previsione risulti coerente con le linee di sviluppo dello strumento urbanistico generale. Detta modalità, alla quale è strettamente funzionale una fase di compiuta partecipazione al procedimento dei proprietari dei fondi direttamente incisi dai vincoli

³⁰³ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 6 marzo 2006, n. 1119; Cons. St., Ad. Plen., 22 dicembre 1999, n. 24.

³⁰⁴ In tal senso, Tar Liguria, Genova, sez. I, 8 giugno 2016, n. 578; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 12 settembre 2012, nn. 2140 e 2142.

³⁰⁵ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 1° luglio 2014, n. 3294; *Id.*, 21 agosto 2003, n. 4699.

espropriativi, dispensa l'amministrazione dal dover motivare nella fase attuativa e, in particolare, nella dichiarazione di pubblica utilità, le scelte discrezionali già effettuate³⁰⁶.

La specificità della variante ne determina anche l'idoneità a ledere interessi dei privati consolidatisi nel tempo.

Tuttavia, pare opportuno richiamare un diverso orientamento giurisprudenziale secondo il quale le varianti specifiche – e anche quelle generali – necessiterebbero di apposita motivazione solo se destinate a introdurre, per una specifica zona o per una specifica porzione di zona, un regime amministrativo più gravoso di quello precedentemente esistente, imponendo nuovi vincoli o incidendo sul legittimo affidamento dei privati³⁰⁷.

3.3. Apposizione e reiterazione di vincoli preordinati all'esproprio: una motivazione rafforzata

L'esigenza di evidenziare l'attualità dell'interesse pubblico da soddisfare si pone anche in tema di localizzazione e apposizione di vincoli preordinati all'espropriazione³⁰⁸.

È opportuno chiarire, in estrema sintesi, che l'atto di apposizione di un vincolo preordinato all'esproprio è un atto di programmazione

³⁰⁶ Si veda, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 9 gennaio 2017, n. 29.

³⁰⁷ In tal senso, Tar Molise, Campobasso, sez. I, 7 luglio 2006, n. 589; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 4 marzo 2003, n. 852; Tar Umbria, Perugia, sez. I, 28 settembre 2001, n. 494.

³⁰⁸ Nell'affrontare la complessa tematica della motivazione della reiterazione dei vincoli espropriativi, giova ricordare che essa trae origine dall'intervento legislativo tampone di cui all'art. 2 della legge 19 novembre 1968, n. 1187, attraverso il quale il legislatore ha posto parziale rimedio alle conseguenze scaturenti dalla pronuncia di illegittimità costituzionale (Corte Cost., 29 maggio 1968, n. 55) dell'art. 7, nn. 2, 3, 4 e dell'art. 40 della legge n. 1150 del 1942, nella parte in cui non prevedevano la corresponsione di un indennizzo per l'imposizione di limitazioni di edificabilità operanti immediatamente e a tempo indefinito nei confronti di «beni determinati».

urbanistica in senso stretto, con il quale l'amministrazione individua aree del territorio che saranno in futuro oggetto di procedimenti di esproprio per la realizzazione di opere di pubblica utilità. Si tratta, come in passato chiarito dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, di vincoli sostanzialmente espropriativi, in quanto, benché non privino il proprietario dell'area interessata del diritto formale di proprietà, ne determinano un sostanziale svuotamento³⁰⁹.

Per tale ragione, la legge vieta l'apposizione di vincoli preordinati all'esproprio *sine die*, ovvero impone un determinato termine di efficacia degli stessi, il quale deve essere esplicitato in provvedimento a pena di illegittimità. Alla scadenza del termine di efficacia del vincolo, che l'art. 9 del d.P.R. n. 327 del 2001 (T.U. espropriazione) stabilisce in cinque anni, si è posto, in giurisprudenza, il problema delle condizioni e dei limiti alla sua reiterabilità³¹⁰.

La giurisprudenza ha chiarito che l'esercizio del potere di reiterazione del vincolo è ammesso solo a fronte di un'idonea istruttoria e di un'adeguata motivazione, da cui emerga chiaramente l'assenza di un contenuto vessatorio o, comunque, ingiusto degli atti³¹¹.

La pubblica amministrazione, in particolare, deve seguire uno «*schema logico minimo*» nel valutare e motivare la scelta di reiterare il vincolo preordinato all'esproprio, articolato nelle seguenti fasi: (i)

³⁰⁹ Si veda, Corte Cost., 20 maggio 1999, n. 179. Per una classificazione dei vincoli urbanistici, si veda, P. URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, op. cit., 264 ss.; G. PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 4, 2009, 579 ss.

³¹⁰ Sul punto, si veda, G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, op. cit., 100 ss.; L. MARUOTTI, *Commento all'art. 9 del T.U. in materia espropriativa*, in F. CARINGELLA – G. DE MARZO – R. DE NICTOLIS – L. MARUOTTI (a cura di), *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2002, 118 ss.

³¹¹ In tal senso, *ex multis*, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 9 maggio 2017, n. 580; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 24 settembre 2014, n. 2347; Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5197; Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 7. Sul punto, si veda anche, V. MAZZARELLI, *La motivazione delle varianti urbanistiche*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2007, 1174 ss.

ricognizione del perdurante bisogno di realizzare un certo assetto urbanistico di interesse della collettività e della portata, dimensione e priorità di tale interesse in relazione alla situazione attuale e alle risorse disponibili; (ii) accertamento che la realizzazione di tale assetto possa implicare il coinvolgimento necessario ed attuale delle aree di proprietà privata già oggetto di vincolo; (iii) dimostrazione dell'impraticabilità o dell'eccessiva onerosità di eventuali soluzioni alternative, in base a criteri oggettivi di comparazione che tengano conto del necessario bilanciamento tra il costo dell'intervento pubblico e il sacrificio imposto al privato³¹².

Le tre fasi o condizioni che compongono il predetto «*schema logico minimo*» potrebbero essere assimilate ai tre elementi caratterizzanti il giudizio di proporzionalità, ossia idoneità, necessità e adeguatezza (o proporzionalità in senso stretto).

In particolare, nel valutare l'adeguatezza della motivazione delle varianti urbanistiche generali reiterative di vincoli preordinati all'espropriazione, occorre operare una distinzione tra diversi casi.

Se la reiterazione del vincolo riguarda un'area ben individuata, si richiederebbe una specifica motivazione, intesa nei termini anzidetti³¹³.

Se la reiterazione riguarda una pluralità di aree o, comunque, una consistente parte del territorio comunale, qualora essa sia operata «in blocco» sui vincoli decaduti già riguardanti una pluralità di aree, sarebbe sufficiente la perdurante constatata insufficienza delle aree destinate a *standard*. L'assenza di un intento vessatorio si evincerebbe dalla parità di trattamento che hanno tutti i destinatari dei precedenti vincoli decaduti³¹⁴.

Se la reiterazione riguarda solo una parte delle aree già incise dai vincoli decaduti, si imporrebbe una adeguata motivazione da cui emergano le relative ragioni di interesse pubblico, trattandosi di atti che avvantaggiano

³¹² Si veda, Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3365.

³¹³ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2017, n. 1567; Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 7.

³¹⁴ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2017, n. 1567; Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 7.

chi non è più coinvolto nelle determinazioni di reperimento degli *standard*, a scapito di chi lo diventa, pur non essendo stato destinatario di un precedente vincolo preordinato all'esproprio³¹⁵.

Se la reiterazione è stata disposta per la prima volta sull'area, potrebbe ritenersi giustificato il richiamo alle originarie valutazioni³¹⁶. Di contro, quando il rinnovato vincolo è a sua volta decaduto, la pubblica amministrazione dovrebbe procedere con una ponderata valutazione degli interessi coinvolti, evidenziando le ragioni – con riguardo al rispetto degli *standard*, alle esigenze di spesa, agli specifici accadimenti riguardanti le precedenti fasi procedimentali – che diano conto dell'attuale sussistenza dell'interesse pubblico.

La motivazione del provvedimento che dispone la reiterazione del vincolo preordinato ad un esproprio, inoltre, può atteggiarsi in maniera diversa a seconda del tipo di opera pubblica da realizzare³¹⁷. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla realizzazione di un'opera pubblica di rilevanza strategica, rispetto alla quale non sono concretamente ipotizzabili diverse opzioni sull'*an* e sulla localizzazione dell'opera, tenuto conto dell'alto numero dei proprietari da espropriare e delle difficoltà tecnico-progettuali legate all'opera stessa.

La giurisprudenza tende comunque ad affermare che la reiterazione dei vincoli di espropriazione non potrebbe, in ogni caso, prescindere dalla presenza di una «*congrua e specifica motivazione*» sulla perdurante attualità della previsione, comparata con gli interessi privati³¹⁸.

³¹⁵ Si veda, Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 7.

³¹⁶ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1317; Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 7.

³¹⁷ Si veda, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 9 maggio 2017, n. 580.

³¹⁸ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 29 maggio 2015, n. 2688, secondo cui la motivazione, «*quale eccezione alla regola generale che non impone un obbligo di motivazione per gli atti generali*» deve rispettare una serie di parametri oggettivi «*oltre alla persistenza dell'interesse pubblico ed alla sua attualità, vanno evidenziate le specifiche ragioni del ritardo che hanno determinato la decadenza dal vincolo; la ragionevole dimostrazione, sulla scorta della situazione dei luoghi, che la rinnovazione del vincolo*

L'art. 39 d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, in ogni caso, positivizza quanto già statuito dalla Corte Costituzionale nel 1999, disponendo, oltre all'obbligo di specifica motivazione, l'obbligo di indennizzo «*nel caso di reiterazione di un vincolo preordinato all'esproprio o sostanzialmente espropriativo*», fissando altresì le modalità di calcolo³¹⁹. La somma da corrispondere deve essere commisurata all'entità del danno effettivamente prodotto, dunque all'entità della privazione subita, con riguardo alle condizioni del bene e alla sua utilità al momento della reiterazione del vincolo.

4. *La motivazione degli atti di regolazione delle autorità indipendenti quale fattore di legittimazione*

Le funzioni attribuite alle autorità amministrative indipendenti non sono sussumibili all'interno di un'unica categoria³²⁰. Accanto alle funzioni propriamente normative di regolazione (o di c.d. *law making*) le autorità indipendenti sono, altresì, titolari di poteri amministrativi in senso proprio, di funzioni para-giurisdizionali (o di c.d. *decision making*), oltre che di funzioni di c.d. *moral suasion*.

sulla stessa area è necessaria per la realizzazione dell'opera o l'intervento pubblico; la mancanza di possibili soluzioni alternative o di perequazione fra i proprietari espropriabili e dunque l'ineluttabilità della scelta dell'area già vincolata; la serietà ed affidabilità della realizzazione nel quinquennio delle opere di cui trattasi, con la precisazione delle iniziative mediante le quali il procedimento ablativo verrà portato a compimento»; Cons. St., sez. I, 10 aprile 2014, n. 3586, secondo cui, anche l'attualità dell'intervento cui è preordinata la reiterazione, oltre che la effettiva disponibilità di mezzi finanziari per la realizzazione dell'opera costituiscono parametri cui vincolare la congruità della motivazione.

³¹⁹ Si veda, Corte Cost., 20 maggio 1999, n. 179.

³²⁰ Sul punto, si veda, L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 148.

In questa sede, per la parte di interesse, occorre soffermarsi sulle funzioni normative di regolazione³²¹ e indagare, in particolare, sull'obbligo motivazionale cui soggiacciono gli atti espressione di tale potestà³²².

L'attività di regolazione interviene a correggere i c.d. fallimenti del mercato: «*il suo tratto caratteristico appare quello di conciliare principi e valori di sistema, in una prospettiva sempre più market oriented, con diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati, dei privati*»³²³.

Nell'esercizio delle predette funzioni di regolazione, le autorità indipendenti adottano misure generali rivolte agli operatori e agli utenti, intervenendo in settori economici sociali connotati da alto tecnicismo e privi di una puntuale disciplina legislativa³²⁴. Le norme che disciplinano l'attività

³²¹ La scienza giuridica ha rintracciato nel novero degli atti di regolazione oltre ai tipici regolamenti, i più diversi fenomeni che la prassi amministrativa conosce. In alcuni casi, le autorità amministrative indipendenti adottano direttive o linee guida; in altri casi, adottano deliberazioni, denominate anche istruzioni, circolari o formulari.

³²² In generale, sui poteri di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, si veda, *ex multis*, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1995, 1 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti* (dir. amm.) (voce), in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1995, 1 ss.; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Milano, 1996; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; S. MARZUCCHI, *Regolamenti delle autorità indipendenti* (voce), in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, vol. V, 2006, 5020 ss.; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI – A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010; G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2012, 229 ss.; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012; L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, in relazione al Convegno *Le autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, 2013.

³²³ Si veda, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 102.

³²⁴ Le autorità amministrative indipendenti non hanno solo poteri di regolamentazione produttivi di effetti all'esterno, ma anche aventi efficacia interna, per quanto concerne, in particolare, l'organizzazione, il personale, la contabilità, ecc. In taluni casi, inoltre, le autorità esercitano poteri normativi sotto la veste di poteri amministrativi.

delle autorità indipendenti e attribuiscono alle stesse una serie di competenze, molto spesso, sono formulate secondo la tecnica della c.d. legislazione per obiettivi³²⁵. Generalmente, alle autorità si riconoscono determinate competenze nell'ottica del raggiungimento di obiettivi predeterminati dalla legge, in assenza di una compiuta disciplina dei poteri concretamente esercitabili e delle modalità di esercizio degli stessi³²⁶.

L'affidamento di c.d. poteri normativi a soggetti indipendenti dal potere politico, e sottratti al modello di responsabilità di cui all'art. 95 della Costituzione, ha imposto la ricerca di c.d. «filtri di legittimazione».

Nei settori regolati dalle autorità amministrative indipendenti, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, è stata, anzitutto, riconosciuta, in giurisprudenza e in dottrina, una correlazione inversa tra legalità sostanziale

Sul punto, si veda, M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, op. cit., 127 ss.

³²⁵ Si veda, Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, secondo cui, negli ambiti caratterizzati da particolare tecnicismo, quale è quello del dispacciamento dell'energia elettrica nell'ambito di reti non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale, le leggi di settore attribuiscono alle singole autorità amministrative indipendenti (nel caso di specie, l'Aeegsi), per assicurare il perseguimento degli obiettivi legislativamente fissati, non solo poteri amministrativi individuali, ma anche poteri normativi e di regolazione in senso ampio. Nel caso degli atti di regolazione, la legge normalmente non indica nel dettaglio il relativo contenuto. La peculiare declinazione del principio di legalità sostanziale si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle autorità indipendenti il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa di carattere rigido risulterebbe di ostacolo al perseguimento di tali scopi.

³²⁶ Si discute, infatti, circa l'ammissibilità di poteri normativi (ma anche provvedimenti) impliciti e, in particolare di regolamenti indipendenti o c.d. spontanei. Si tratta di discipline adottate in assenza di una norma attributiva di potere, talvolta ritenute legittime sul presupposto che le autorità indipendenti debbano, in ogni caso, essere dotate di tutti i poteri indispensabili ad assicurare la loro missione. I regolamenti autonomi sarebbero ammissibili, in virtù del ruolo spettante ad autorità che si «autoprogrammano», sulla base di un inevitabile «rinvio in bianco all'esercizio del potere». Sul punto, si veda, *ex multis*, F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quad. cost.*, 2006, 276 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, 703 ss.; L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012, 137 ss.

e legalità procedurale³²⁷. Quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi c.d. in bianco, maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori³²⁸.

La funzione di regolazione, infatti, se da un lato comporta un allontanamento dal principio di tipicità, dall'altro, richiede che le modalità di formazione degli atti siano improntate a forme partecipative che consentano di far emergere tutti gli interessi coinvolti e una più consapevole rappresentazione degli elementi di fatto su cui devono basarsi le scelte³²⁹. Si

³²⁷ In tal senso, *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 1 marzo 2017, n. 494; Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2016, n. 2457; *Id.*, 24 maggio 2016, n. 2182; *Id.*, 20 marzo 2015, n. 1532, secondo cui «il carattere del tutto fondante che il rispetto della legalità in senso procedimentale riveste nell'ambito della legittimazione dell'esercizio delle attività di regolazione delle autorità indipendenti, non ammette lo svolgimento ex post di un giudizio controfattuale (o di prognosi postuma) circa gli esiti che la pur doverosa partecipazione avrebbe prodotto laddove fosse stata correttamente ammessa»; *Id.*, 1 ottobre 2014, n. 4874, secondo cui il parziale temperamento del principio di legalità in senso sostanziale, giustificato dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire nei settori ove operano le autorità indipendenti, «imponesse, altresì (quale sorta di contrattare sistematico), il rafforzamento delle garanzie di legalità in senso procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari». Nel caso di specie, l'Aeegsi, nell'adottare la delibera impugnata, non ha travalicato i confini (legislativamente fissati «per principi e per obiettivi») della propria attività di regolazione in tema di erogazione del pubblico servizio di dispacciamento dell'energia elettrica nell'ambito delle reti non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale, garantendo un'ampia e rafforzata partecipazione degli operatori del settore. Si veda anche, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 6 settembre 2016, n. 1629, con riferimento ai poteri di regolazione spettanti all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, afferma che «la dequotazione del principio di legalità sostanziale, giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire, impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale, il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di più incisive forme di partecipazione degli interessati».

³²⁸ Si veda, M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nei procedimenti innanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003.

³²⁹ Si veda, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 101 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI – F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino,

ha riguardo ad una partecipazione rafforzata (speciale), implicante la legittimazione – e la conseguente presa di posizione – di tutti i soggetti interessati (cittadini, consumatori, utenti, associazioni rappresentative degli operatori e dei consumatori)³³⁰.

Il rispetto degli obblighi di partecipazione, attraverso meccanismi di consultazione preventiva degli interessati, secondo il modello del c.d. *notice and comment*³³¹, assicura alle autorità amministrative indipendenti l'*accountability* tradizionalmente derivante al potere pubblico dai suoi collegamenti con il potere politico³³².

Il *deficit* di legalità sostanziale viene, quindi, compensato dal rafforzamento della legalità procedurale. L'indipendenza e la neutralità che caratterizzano le autorità indipendenti trovano fondamento dal basso, dovendo essere assicurate, in modo decisamente più rafforzato, le garanzie

2010, 189 ss.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2004, 679 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, op. cit.

³³⁰ La partecipazione nei procedimenti regolatori si distingue evidentemente dalla partecipazione nei procedimenti amministrativi individuali. Per una disamina sulla partecipazione al procedimento amministrativo, si veda, *ex multis*, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte Generale, vol. II, Milano, 2003, 1035 ss.; A. ZITO – G. TINELLI, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 681 ss.

³³¹ Il *notice and comment* è un istituto di origine statunitense che viene applicato dalla lett. c), § 553, *Section 4*, dell'*Administrative Procedure Act* del 1946, alle attività di *rulemaking* informale. L'autorità indipendente comunica ai soggetti interessati (operatori del settore) il progetto di atto regolatorio, consentendogli di far pervenire le proprie osservazioni, di cui deve tener conto in sede di adozione dell'atto finale. Si instaura, dunque, una vera e propria discussione pubblica sull'opportunità di adottare una determinata disciplina regolatoria.

³³² Si veda, S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in AA.VV. (a cura di), *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999, 42 ss. L'Autore rinviene proprio nelle garanzie procedurali una peculiare legittimazione della autorità indipendente fondata sulla c.d. «*democrazia procedimentale*». Altri Autori, invece, affermano che le autorità indipendenti ricevono una «*legittimazione democratica a posteriori*». In tal senso, M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA. VV. (a cura di), *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999, 19 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Ascesa e declino di un modello*, Bologna, 2005; R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006. Si veda, anche F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.

del giusto procedimento, *ex ante*³³³, nonché il controllo in sede giurisdizionale, *ex post*.

La consultazione preventiva consente alle autorità indipendenti di avvalersi dell'*expertise* dei soggetti regolati, di raccogliere informazioni sul potenziale impatto della regolazione e anche di considerare approcci alternativi, evitando il fenomeno della cattura del soggetto regolatore da parte del soggetto regolato³³⁴.

Occorre, a tal punto, soffermarsi sul ruolo svolto nel settore dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

L'applicabilità di tale disciplina anche ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti non appare del tutto pacifica. Le soluzioni previste dalla legge n. 241 del 1990, infatti, sono apparse, in taluni casi, non adeguate a consentire l'effettivo esplicarsi delle finalità tipiche della partecipazione nei procedimenti di regolazione. Ciò ha portato ad escluderne l'applicazione, diretta e integrale, suggerendo forme di garanzia del contraddittorio e della partecipazione rafforzate, più adatte alle peculiari caratteristiche della funzione di regolazione³³⁵.

³³³ In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710; Tar Lombardia, Milano, sez. III, maggio 2010, n. 1455; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, con nota di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 9, 2010, 950 ss.; Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2007, n. 7972; *Id.*, 11 aprile 2006, n. 2007, con nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2007, 377 ss.; Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2006, n. 3272.

³³⁴ Si veda, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, op. cit., 48 ss.

³³⁵ In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710 e Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, secondo cui ai procedimenti regolatori condotti dalle autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dell'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività amministrativa volta all'emanazione di atti normativi e di atti amministrativi generali (*ex artt. 3 e 13, legge n. 241 del 1990*). Sul punto, si veda, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, op. cit., 107 ss. L'Autore afferma che, in tema di partecipazione dei privati, le soluzioni offerte dalla legge n. 241 del 1990 sono insoddisfacenti: «non riconoscono un diritto di partecipazione dei privati nei procedimenti diretti all'adozione di atti generali; negli altri casi, non garantiscono un effettivo contraddittorio tra i privati e l'autorità pubblica, limitandosi a prevedere un intervento mediante la presentazione di memorie e documenti, soprattutto in funzione di

La legge generale sul procedimento amministrativo rappresenta la fonte «di principi fondamentali la cui successiva normazione, di rango primario e secondario, deve uniformarsi»³³⁶. Conseguentemente, i principi generali contenuti nella medesima legge si pongono «non già nel senso di un'interpretazione meramente letterale [...] ma come ricerca del significato che meglio soddisfi le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore», ossia come canoni interpretativi della disciplina di settore.

La partecipazione rappresenta lo strumento con il quale vengono accertati i fatti, eseguite le istruttorie ed espletati gli accertamenti tecnici, ponendosi a garanzia non solo dei privati, ma della stessa autorità procedente, che può certamente compiere delle scelte regolatorie più consapevoli e soprattutto più condivise. La tecnica del *notice and comment*, attraverso la consultazione dei soggetti regolati, rafforza ulteriormente le garanzie partecipative, consentendo ai soggetti che saranno i futuri destinatari degli atti di regolazione di prendere parte alla formazione delle regole.

In quest'ottica, è evidente che l'apporto partecipativo dei soggetti regolati non può non confluire nel momento motivazionale ed influenzare la motivazione e il contenuto degli atti di regolazione.

L'assenza di un obbligo di motivazione in ordine all'accoglimento o al discostamento dalle osservazioni presentate dagli operatori regolati equivarrebbe a svuotare di contenuto e a sterilizzare l'apporto partecipativo.

Se è vero che, la motivazione assume anche per gli atti di regolazione un ruolo chiave, ponendosi come un fattore di legittimazione degli stessi poteri di regolazione esercitati dalle autorità, e come strumento di garanzia della partecipazione, occorre evidenziare che l'art. 3 della legge

collaborazione e trasparenza». Nello stesso senso, G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 135 ss.

³³⁶ Si veda, Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1215.

n. 241 del 1990 esclude dall'obbligo motivazione gli atti a contenuto generale, quali sono anche gli atti di regolazione³³⁷.

Tuttavia, come già illustrato, l'archetipo procedimentale della legge n. 241 del 1990 e i principi in essa sanciti, tra cui la motivazione, hanno una portata limitata al piano dell'interpretazione e non trovano diretta applicazione per i procedimenti regolatori dinanzi alle autorità indipendenti, regolati da norme speciali di settore³³⁸.

Accogliendo la nozione di motivazione quale istituto di garanzia formale e sostanziale della legittimità dell'azione amministrativa, si comprendono le ragioni della diversità di regime degli atti generali di regolazione emanati dalle autorità indipendenti da quelli richiamati nel secondo comma dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Il fondamento sostanziale dell'obbligo di motivazione sarebbe ravvisabile, per la scienza giuridica e la giurisprudenza (diversamente dalla legge sul procedimento), nella posizione peculiare delle autorità di regolazione, dotate di estesi poteri normativi e, tuttavia, sottratte, per preservarne l'indipendenza, al circuito della responsabilità discendente dalla soggezione al governo sulla base dell'art. 95 della Costituzione³³⁹. Il rispetto del principio del contraddittorio e della motivazione costituiscono, in questa prospettiva, una proiezione della necessità di assicurare neutralità all'esercizio della funzione regolatoria.

Le autorità indipendenti sono sempre tenute a motivare adeguatamente i propri atti di regolazione, indicando le finalità

³³⁷ Per una disamina sulla motivazione degli atti a contenuto generale, si veda, *infra*, cap. III, par. 1., *Atti normativi e atti amministrativi generali: eccezioni reali e apparenti all'obbligo di motivazione*.

³³⁸ In tal senso, si veda, F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, op. cit., 447.

³³⁹ Tale prospettiva, peraltro, risulta coerente con il principio, stabilito in sede europea dall'art. 296 TFUE, che impone l'obbligo di motivazione per tutti gli atti giuridici comunitari, indipendentemente dal loro carattere generale o singolare. Sull'obbligo di motivazione degli atti previsto in sede europea, si veda, B. G. MATTARELLA, *Motivazione* (dir. com.) (voce), op. cit.

dell'intervento e dando conto delle ragioni giustificative dello stesso. L'obbligo motivazionale, in ogni caso, deve essere adempiuto «*con riferimento ed aderenza specifica alla natura degli atti di competenza*»³⁴⁰.

La motivazione della determinazione finale, oltre a richiamare i presupposti di fatto e di diritto ed essere dotata della c.d. giustificazione sostanziale, deve fare specifico riferimento alle osservazioni presentate dai soggetti che hanno partecipato al procedimento³⁴¹. Tuttavia, non si ritiene che l'autorità indipendente debba puntualmente replicare agli argomenti dedotti dagli operatori, essendo sufficiente che la stessa dia «*conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, soprattutto in quei casi in cui vengono contestati i presupposti dell'azione regolatoria*»³⁴².

Eventuali differenze tra il progetto di provvedimento diffuso con il documento di consultazione iniziale e il provvedimento adottato all'esito del procedimento, non assumono rilevanza. Gli sviluppi successivi alla partecipazione, infatti, possono in concreto cambiare i connotati di partenza del documento, in relazione ad esigenze emerse in sede istruttoria, senza alcuna alterazione dei principi del contraddittorio, sempreché ovviamente si tratti di sviluppi comunque collegati alla originaria e preannunciata tipologia provvedimentale³⁴³.

Solo garantendo l'obbligo di motivazione può essere realmente assicurata l'effettività della partecipazione e del contraddittorio nei

³⁴⁰ In tal senso, *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 29 dicembre 2014, n. 3215; Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710; Tar Lombardia, Milano, sez. III, aggio 2010, n. 1455; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1215.

³⁴¹ In tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 29 dicembre 2014, n. 3215; Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153, secondo cui gli atti regolatori dell'Aeegsi devono essere motivati e la motivazione «*deve farsi carico anche della adeguatezza dell'istruttoria, sulla base del rispetto delle regole procedurali (consultazione, acquisizione dei fatti e degli interessi rilevanti, dandosi conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, soprattutto nei casi in cui dovessero essere contestati a monte i presupposti dell'azione regolatoria)*»; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1215.

³⁴² Si veda, Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1215; *Id.*, 27 dicembre 2006, n. 7972.

³⁴³ In tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. III, maggio 2010, n. 1455; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1215.

procedimenti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti. L'obbligo motivazionale si pone, dunque, in relazione di complementarità funzionale con le garanzie partecipative, nella misura in cui rafforza le tutele procedurali concesse al singolo, contribuendo a legittimare ulteriormente la decisione finale del regolatore (e lo stesso regolatore), rispetto ai soggetti che da tale decisione saranno vincolati³⁴⁴.

La motivazione, da un lato, infatti, permette agli interessati di poter incidere concretamente sulle decisioni dell'autorità; dall'altro, consente un più intenso sindacato giurisdizionale, offrendo al giudice la possibilità di comprendere l'*iter* logico seguito dalla stessa autorità e le ragioni giustificative dell'atto di regolazione, oltre a valutare l'effettivo rilievo attribuito alle osservazioni dei privati intervenuti nel corso del procedimento³⁴⁵.

L'obbligo di esternare le ragioni della decisione finale, infatti, assolve pur sempre alla tradizionale funzione difensiva della motivazione, intesa come elemento del provvedimento necessario a permettere un effettivo sindacato giurisdizionale su provvedimenti a contenuto generale, che incidono su specifici interessi dei privati dotati di rilievo costituzionale

³⁴⁴ Su come la motivazione sia l'elemento del provvedimento che consente di passare dal piano meramente formale a quello sostanziale e concreto dell'agire amministrativo, si vedano le considerazioni di R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., 272 ss. Il ruolo legittimante della motivazione è stato sottolineato già da A. R. TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987. L'Autore analizza l'istituto riferendosi ai principi e ai concetti elaborati dalla nuova retorica di *Chaim Perelman*, con particolare riguardo alla relazione fra argomentazione e uditorio.

³⁴⁵ La tendenza ad un progressivo accentuarsi dell'obbligo di motivazione degli atti regolatori si manifesta anche nella disciplina statunitense dell'*Administrative Procedure Act*. Il c.d. *duty to give reasons*, inizialmente finalizzato a rendere effettivi gli apporti partecipativi dei cittadini, si è poi arricchito, attraverso la necessità per le agenzie di impegnarsi in una «*reasoned decision-making*», ovvero in una più estesa giustificazione dei precetti formulati sotto il profilo del percorso logico seguito, dei fatti su cui si fondano, delle risposte alle osservazioni e dei motivi per cui sono state accolte o disattese. Questa motivazione analitica appare funzionale sia ad assicurare la trasparenza del loro procedimento decisionale sia a consentire un più intenso «*judicial review*». Sul punto, si veda, S. BATTINI, *L'obbligo di motivazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 151.

e sono sottratti da qualsivoglia controllo politico. Il sindacato esercitato dal giudice amministrativo, per essere un sindacato c.d. effettivo³⁴⁶, deve essere condotto non solo sulla razionalità intrinseca delle scelte regolatorie operate, ma anche e soprattutto sulla congruità della motivazione rispetto alle risultanze della fase istruttoria e partecipativa che accerta i presupposti del provvedimento e in relazione agli obiettivi perseguiti dall'intervento regolatorio.

La progressiva trasformazione delle attività amministrative in settori sensibili dalla modalità classica del c.d. *command and control* a quella del c.d. *notice and comment*, dunque, non fa venir meno le garanzie poste a garanzia del corretto esercizio della funzione (trasparenza, partecipazione, contraddittorio e motivazione), ma anzi le rafforza³⁴⁷.

Alla luce di quanto osservato emerge, quindi, che sul versante procedimentale, l'attività normativa delle autorità amministrative indipendenti appare impostata secondo un modello unitario basato su due elementi fondamentali: il procedimento partecipato e la motivazione.

La motivazione del provvedimento è preordinata alla finalità inclusiva di permettere e garantire il contraddittorio individuale e l'effettiva partecipazione del singolo al processo decisionale preordinato alla definitiva approvazione degli atti regolatori delle autorità indipendenti.

³⁴⁶ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165, secondo cui il sindacato giurisdizionale sugli atti espressione di potestà regolatorie delle autorità indipendenti non deve essere qualificato in termini di sindacato «forte» o «debole», ma deve, invece, essere inteso quale «sindacato effettivo». Tale sindacato tende ad un modello in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale deve coniugarsi con la specificità della controversia. Il sindacato effettivo esercitato dal giudice amministrativo, infatti, può e deve essere pieno e particolarmente penetrante, estendendosi fino al controllo dell'analisi – economica o di altro tipo – compiuta dall'Autorità. Nello stesso senso, Cass. civ., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013. Lo stesso principio è stato, altresì, affermato dalla giurisprudenza comunitaria, con particolare riguardo alle valutazioni economiche espresse dalla Commissione Europea quando opera come autorità a tutela della concorrenza. Ad avviso della Corte di Giustizia (si veda, *ex multis*, C-501/11, 18 luglio 2013; C-285/11, 3 maggio 2012), il giudice deve verificare concretamente i fatti e i criteri adottati – non limitandosi, pertanto, ad un mero controllo formale – senza, tuttavia, sostituire le valutazioni compiute dalla Commissione.

³⁴⁷ In tal senso, S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006, 59.

4.1. *L'attuazione dell'obbligo motivazionale degli atti regolatori: l'analisi di impatto della regolazione e la verifica di impatto della regolazione*

L'utilizzo di tecniche dirette a migliorare la qualità della regolazione, come l'analisi d'impatto della regolazione (Air)³⁴⁸, non solo favorisce l'affermarsi di un obbligo di motivazione degli atti regolatori generali, ma ne influenza, altresì, la funzione e ne delimita il contenuto.

Il nesso esistente fra l'obbligo di motivare gli atti regolatori generali e il miglioramento di qualità della regolazione trova fondamento in una molteplicità di considerazioni³⁴⁹.

L'Air è volta a misurare e a migliorare la qualità della regolazione sulla base dei criteri dell'analisi economica³⁵⁰. Il suo svolgimento comprende il riscontro di un fallimento del mercato, l'individuazione delle opzioni più adeguate di intervento e la loro valutazione economica, in termini di costi-benefici³⁵¹; tratto caratterizzante dell'analisi di impatto della

³⁴⁸ L'art. 12, legge 29 luglio 2003, n. 229, recante «*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione*» ha esteso alle amministrazioni indipendenti l'obbligo di elaborare una preventiva analisi di impatto della regolamentazione per «*l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e comunque di regolazione*». La sottoposizione dei procedimenti generali delle autorità indipendenti all'Air era già stata sollecitata a livello internazionale dall'Ocse.

³⁴⁹ Sul punto, si veda, M. COCCONI, *La motivazione degli atti generali delle autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, in *Osservatorio sull'Air*, aprile 2011. Per un confronto tra l'Analisi di impatto della regolazione e la motivazione del provvedimento amministrativo, si veda anche, B. G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Osservatorio sull'Air*, settembre 2010.

³⁵⁰ In tal senso, G. NAPOLITANO – M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 272 ss.

³⁵¹ Con l'Air, dunque, si verifica *ex ante* l'opportunità di una regolamentazione sulla base del confronto tra i prevedibili effetti di diverse opzioni regolatorie, inclusa la c.d. opzione zero, ossia la situazione normativa esistente. In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. III, 24 settembre 2014, n. 9967; Tar Lazio, Roma, sez. I, 27 marzo

regolamentazione è la consultazione dei destinatari degli atti regolatori generali, secondo il modello del c.d. *notice and comment*³⁵².

La consultazione dei soggetti interessati, oltre ad essere un fattore di legittimazione del soggetto regolatore, assume importanza, soprattutto, come elemento di supporto delle scelte regolatorie, essendo volta a selezionare l'opzione preferibile (la c.d. *better regulation*), ossia quella più efficace, proporzionata e condivisa, mediante l'esame delle ricadute normative in termini di *cost benefit analysis*.

La sottoposizione dei procedimenti regolatori delle autorità indipendenti all'analisi di impatto, molto spesso, ha comportato l'integrazione di quest'ultima negli stessi procedimenti regolatori, con conseguente obbligo di motivazione ed esternazione dei suoi esiti³⁵³.

L'Air ha, quindi, rafforzato l'obbligo di motivazione nei procedimenti di *rulemaking* e ne ha arricchito il contenuto³⁵⁴. L'esigenza di giustificare il ricorso alla regolazione, infatti, non si traduce in un obbligo di

2014, n. 3398; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 3 luglio 2014, n. 1729; *Id.*, 19 settembre 2013, n. 2186.

³⁵² Il meccanismo del c.d. *notice and comment* si articola nelle seguenti fasi: (i) comunicazione di avvio del procedimento di regolazione; (ii) pubblicazione dello schema di regolazione; (iii) fissazione di un termine per la presentazione di commenti; (iv) adozione del provvedimento finale. Lo schema del *notice and comment* previsto dall'*Administrative Procedure Act* del 1946 viene, in ogni caso, rafforzato dagli *statutes* istitutivi delle singole agenzie di settore, che predispongono garanzie procedurali e di partecipazione maggiori e ancor più garantistiche. Sul punto, si veda, B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti: il judicial review sulle administrative agencies*, Padova, 2005. Si veda anche, S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello neoclassico*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, 1993; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, op. cit.

³⁵³ La sottoposizione dei procedimenti regolatori all'Air e l'accentuarsi degli obblighi procedurali che ne discendono devono, in ogni caso, essere temperati con l'esigenza di preservare la funzionalità della regolazione e non produrre eccessivi rallentamenti o vincoli e costi superflui. In tal senso, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, op. cit.; M. COCCONI, *La motivazione degli atti generali delle autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, op. cit.

³⁵⁴ Si veda, N. RANGONE, *Autorità indipendenti e Air. La riforma delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI – A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 132 ss.

motivazione inteso come vincolo meramente formale, ma impone un'esternazione sostanziale, che deve dar conto in modo convincente delle ragioni sottese alla scelta regolatoria effettuata.

Altro strumento che costituisce indirettamente attuazione del dovere motivazionale è la c.d. verifica di impatto della regolazione (Vir), che, essendo finalizzata alla valutazione in concreto di una specifica scelta regolatoria, permette al regolatore di affinare progressivamente la qualità e l'attendibilità delle proprie analisi sulla base degli effettivi riscontri della prassi. La verifica dell'impatto regolatorio consiste nella valutazione del raggiungimento delle finalità di uno o più atti normativi, nonché nella stima degli effetti prodotti su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni, anche al fine di valutare possibili revisioni della regolazione in vigore. Così come per l'Air, lo svolgimento della Vir richiede il ricorso alla consultazione dei diversi portatori di interessi, in modo da raccogliere dati e opinioni da coloro sui quali la normativa in esame ha prodotto i principali effetti.

Mentre l'Air viene effettuata *ex ante*, nella fase di consultazione dei soggetti regolati e prima dell'adozione dell'atto, la Vir, invece, è uno strumento che interviene in una fase successiva all'adozione dell'atto di regolazione, essendo volta ad accertare *ex post* le ricadute dell'atto sul settore regolato.

Pertanto, anche la Vir costituisce seppure indirettamente uno strumento di attuazione del generale obbligo di motivazione, in quanto consente all'autorità indipendente di trovare un riscontro concreto alle ragioni che hanno portato alle scelte regolatorie.

Come illustrato nel paragrafo precedente, l'obbligo motivazionale degli atti regolatori generali si configura principalmente, quale strumento per accrescere la trasparenza del percorso decisionale compiuto dall'autorità indipendente e quale fattore di legittimazione della scelta regolatoria adottata. La stessa motivazione degli atti regolatori concorre

significativamente a soddisfare l'esigenza sottesa all'introduzione di tecniche di miglioramento della qualità della regolazione.

L'estensione alle autorità indipendenti che esercitano funzioni di controllo, di vigilanza o di regolazione, dell'obbligo di far ricorso all'Air e alla Vir ha avuto effetti differenti nei diversi settori.

La disposizione che impone alle predette autorità di dotarsi dell'analisi d'impatto della regolazione (art. 12, comma 1, della legge n. 229 del 2003), infatti, ne affida i metodi e le forme ai «*modi previsti dai rispettivi ordinamenti*». La sua stabilità, pertanto, è differenziata a seconda che l'obbligo di consultazione abbia fondamento legislativo o sia, invece, affidato in via principale ai regolamenti delle autorità.

In materia di tutela del risparmio e mercati finanziari, è la stessa legge 28 dicembre 2005, n. 262, che, nel riconoscere poteri regolamentari alla Banca d'Italia, alla Consob e all'Isvap, e alla Covip, impone, all'art. 23, un obbligo di motivazione per tutti gli atti di regolazione (salvo quelli di auto-organizzazione), comprendente sia le evidenze empiriche dell'analisi di impatto, sia gli esiti delle consultazioni effettuate³⁵⁵. Il provvedimento regolatorio, in particolare, deve essere accompagnato da una relazione che ne illustri le conseguenze sulla regolamentazione, sulle attività delle imprese e degli operatori, nonché sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. La motivazione dei predetti atti deve tenere conto anche del principio di proporzionalità, inteso come «*criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari*».³⁵⁶

³⁵⁵ Per un'approfondita analisi dell'art. 23, comma 1, della legge n. 262 del 2005, si veda, D. URANIA GALLETTA, *I procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali*, in F. GALGANO – F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le nuove regole del mercato finanziario*, Padova, 2009, 451 ss.; B. G. MATTARELLA, *Commento agli artt. 23 e 24*, in A. NIGRO – V. SANTORO (a cura di), *La tutela del risparmio. Commento alla l. 28 dicembre 2005, n. 262 e al d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, Torino, 2007, 438 ss.

³⁵⁶ Anche l'applicazione del principio di proporzionalità, se inteso nell'accezione per cui dovrebbe imporre all'assetto regolatorio il minor sacrificio possibile degli interessi

Il legislatore, dunque, non solo prescrive un obbligo di motivazione, ma ne delinea puntualmente i contorni.

Dal tenore letterale della norma in parola, si deve escludere la sufficienza di una motivazione-preambolo (o motivazione in senso ampio)³⁵⁷, basata su una serie di «considerando» preventivi riferiti ai presupposti del provvedere (tipica degli atti normativi comunitari), richiedendosi piuttosto che le scelte regolatorie delle autorità siano corredate da una puntuale relazione motivata specificamente orientata sulle risultanze del processo di consultazione dei soggetti interessati.

Alla potestà regolamentare delle singole autorità è rimesso il compito di disciplinare le modalità di applicazione dei principi elencati nel sopra citato art. 23, legge n. 262 del 2005.

Analogamente, nel settore delle comunicazioni elettroniche, le garanzie essenziali sulla consultazione dei destinatari degli atti di regolazione e la previsione di uno specifico obbligo motivazionale sono contenute nel D.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, sulla spinta del legislatore comunitario. L'art. 13, comma 9, del Codice delle comunicazioni elettroniche dispone che ogni atto di regolazione dell'Agcom «*deve recare l'analisi di cui al comma 8 (ossia l'Air) ed essere conseguentemente motivato*»³⁵⁸.

Anche nel settore dei contratti pubblici, l'Anac ha dato attuazione alla previsione di cui all'art. 213, comma 2, D.lgs. n. 50 del 2016, che prevede «*[...] forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione [...]*». L'Autorità anticorruzione, infatti, ha adottato un regolamento del 13 aprile 2015 con cui ha disposto, tra l'altro,

di cui sono titolari i soggetti coinvolti, contribuisce a rafforzare l'obbligo di motivazione degli atti di regolazione.

³⁵⁷ La distinzione tra motivazione in senso ampio e motivazione in senso stretto è stata più volte sottolineata da M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 321 ss. e ripresa, di recente, anche da G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, op. cit., 275 ss.

³⁵⁸ L'Agcom ha comunque adottato successivo regolamento di attuazione del disposto legislativo, per definire la procedura di consultazione.

che l'atto di regolazione deve essere corredato della relazione Air, nella quale vengono descritte le ragioni della scelta di intervento, gli esiti attesi dal provvedimento e le motivazioni per la scelta di determinate soluzioni, indicate nel documento di consultazione o emerse nella fase di consultazione.

Nel settore dell'energia, invece, in assenza di un'imposizione legislativa, l'Aeegsi ha provveduto autonomamente a definire le disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti regolatori³⁵⁹. La disciplina dettata dall'Allegato A alla delibera 649/2014/A del 23 dicembre 2014 prevede che l'atto di regolazione deve essere motivato «*tenendo conto anche delle eventuali osservazioni e proposte tempestivamente presentate nel corso della consultazione*». Lo stesso nel settore dei trasporti, ove l'Autorità di regolazione dei trasporti, con regolamento del 16 gennaio 2014, ha disposto che l'atto di regolazione adottato a conclusione del procedimento reca una motivazione che tiene conto anche delle eventuali osservazioni presentate nel corso della consultazione.

Alla luce di quanto osservato emerge, dunque, che la procedura di analisi d'impatto risulta strettamente integrata nel procedimento regolatorio; le relazioni finali, infatti, risultano molto spesso inserite nel provvedimento conclusivo e costituiscono, pertanto, una parte essenziale della motivazione dello stesso.

Se l'obbligo di ricorso all'Air comporta quello di motivare gli atti regolatori generali, a sua volta la presenza di una motivazione che contenga non solo l'esito delle consultazioni, ma anche gli effetti attesi del

³⁵⁹ La legge 14 novembre 1995, n. 481, affidava ad appositi regolamenti governativi la definizione delle procedure relative alle attività svolte dall'Autorità, ma, al contempo, riconoscendole autonomia organizzativa (art. 2, comma 27), demandava implicitamente ad essa l'individuazione dei modi di esercizio dei propri poteri. Il regolamento governativo successivamente intervenuto (d.P.R. 9 maggio 2001, n. 244), peraltro, dettava una disciplina valida unicamente per i procedimenti individuali, mentre demandava esplicitamente all'Aeegsi la definizione delle procedure di emanazione degli atti generali.

provvedimento sui destinatari e le ragioni dell'opzione prescelta induce a ritenere, con un approccio di tipo sostanziale, effettivamente realizzata l'analisi di impatto.

5. *Le linee guida dell'Anac nel sistema delle fonti: natura giuridica e obbligo di motivazione*

Il D.lgs. n. 50 del 2016 (nuovo Codice dei contratti pubblici) assegna all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) ³⁶⁰ un ruolo centrale, riconoscendole poteri di regolazione, di vigilanza, sanzionatori, quasi-giudiziari in materia di contratti pubblici³⁶¹.

L'originaria funzione di vigilanza e di controllo del settore dei contratti pubblici è risultata significativamente potenziata dal nuovo Codice dei contratti pubblici con la previsione di un'intesa attività di regolazione, al fine di prevenire l'illegalità e la corruzione³⁶².

³⁶⁰ La nascita dell'Anac è da ascrivere, però, al decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, n. 114, che, sopprimendo l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (Avcp), ne ha affidato le relative funzioni all'Anac. Quest'ultima autorità vedeva, dunque, incrementate le proprie competenze anche di ulteriori funzioni. Sul punto, si veda, E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: «post fata resurgam»*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2015, 757 ss.; F. DI CRISTINA, *L'autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in M. CAFAGNO – F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 547 ss.

³⁶¹ Sulle nuove attribuzioni dell'Anac, si veda, E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 436 ss.; S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. regol. merc.*, 1, 2016, 9 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, op. cit.

³⁶² In particolare, il Codice attribuisce all'Anac poteri di regolazione nelle seguenti fattispecie: (a) disciplina del responsabile unico del procedimento (art. 31, comma 5); (b) procedure per l'affidamento di contratti sotto soglia e indagini di mercato (art. 36, comma 7); (c) modalità attuative del sistema di qualificazione (art. 38, comma 6); (d) albo dei

Tra le nuove attribuzioni riconosciute in capo all'Anac appaiono particolarmente rilevanti quelle espressamente riconosciute dall'art. 213, comma 2. L'articolo in parola elenca gli strumenti di regolazione di cui dispone l'Autorità anticorruzione, prevedendo che la stessa *«attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti»*³⁶³.

L'adozione di linee guida rientra, dunque, nell'attività di regolazione, configurandosi, più specificamente, quale strumento di c.d. *«regolazione flessibile»*³⁶⁴.

componenti delle commissioni giudicatrici (art. 78, commi 1 e 1-bis); (e) mezzi di prova per la dimostrazione delle circostanze di esclusione (art. 80, comma 13); (f) sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento, requisiti e capacità del concorrente (art. 83, commi 2 e 10); (g) livelli *standard* di qualità dei controlli da parte delle Soa (art. 84, commi 2 e 8); (h) requisiti aggiuntivi dell'impresa ausiliata sottoposta a concordato (art. 110, comma 5); (i) limite dell'ottanta per cento per gli affidamenti dei concessionari (art. 177, comma 3); (l) controllo sull'attività dell'operatore economico (art. 181, comma 4); (m) requisiti per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione (art. 197, comma 4).

³⁶³ L'art. 231, commi 2 e 3, del nuovo Codice dei contratti pubblici, prescrive che l'Anac adotta linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri strumenti definiti di *«regolazione flessibile»*, al fine di garantire la promozione dell'efficienza, lo sviluppo della qualità e il supporto all'attività delle stazioni appaltanti, anche facilitando lo scambio di informazioni e una maggiore omogeneità dei procedimenti amministrativi. Resta ferma, in ogni caso, la facoltà di porre in essere regolamenti di organizzazione interni.

³⁶⁴ L'Anac ha emanato le seguenti linee guida: (i) linee guida n. 1, recanti *«Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria»*; (ii) linee guida n. 2, recanti *«Offerta economicamente più vantaggiosa»*; (iii) linee guida n. 3, recanti *«Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni»*; (iv) linee guida n. 4, recanti *«Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici»*; (v) linee guida n. 5, recanti *«Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici»*; (vi) linee guida n. 6, recanti *«Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice»*; (vii) linee guida n. 7, recanti *«Linee guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house»*; (viii) linee guida n. 8, recanti *«Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili»*.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, tuttavia, non precisa la natura giuridica e il grado di vincolatività delle predette linee guida.

A prescindere dalla natura giuridica che si intende riconoscere ai provvedimenti attuativi dell'Anac, sul piano pratico, è possibile distinguere: (i) linee guida dirette a dare integrazione e attuazione al Codice; (ii) linee guida di indirizzo, che indicano alle stazioni appaltanti gli obiettivi da perseguire.

Il nuovo Codice, infatti, ha ridisegnato il sistema delle fonti, abbandonando la tradizionale dicotomia legge-regolamento e prevedendo una pluralità eterogenea di atti attuativi, denominati linee guida, che pongono differenti problemi di inquadramento nel sistema delle fonti³⁶⁵.

Il Consiglio di Stato, con parere n. 1767 del 2 agosto 2016, ha classificato tre tipologie di atti attuativi del Codice dei contratti pubblici: (i) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'Anac, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; (ii) quelli adottati con delibera dell'Anac a carattere vincolante *erga omnes* (c.d. linee guida vincolanti)³⁶⁶; (iii) quelli adottati con delibera dell'Anac a carattere non vincolante (c.d. linee guida non vincolanti)³⁶⁷.

Al modello dei regolamenti governativi e ministeriali sono stati, quindi, preferiti schemi regolativi più agili e flessibili, a detrimento delle

³⁶⁵ L'art. 217, comma 1, lett. u), dispone l'abrogazione del regolamento di esecuzione, di cui al d.P.R. n. 207 del 2010, a partire dalla data di entrata in vigore dei nuovi provvedimenti attuativi.

³⁶⁶ La natura vincolante di tali linee guida «*non lascia poteri valutativi nella fase di attuazione alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori*».

³⁶⁷ Le linee guida non vincolanti perseguono lo scopo «*di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti*», laddove le linee guida vincolanti forniscono la vera e propria disciplina attuativa del nuovo Codice dei contratti pubblici. Nonostante l'oggettiva diversità ontologica, la disciplina delle linee guida non vincolanti non appare così dissimile da quella delle linee guida vincolanti, a partire dal procedimento di adozione che prevede, in ogni caso, un articolato procedimento di approvazione con consultazione dei soggetti interessati.

garanzie procedurali e conoscitive, ma con il pragmatico vantaggio della rapidità dell'intervento³⁶⁸.

Le linee guida approvate con decreto ministeriale sono soggette alla disciplina propria dei regolamenti ministeriali e, pertanto, devono osservare le regole procedurali previste dall'art. 17, comma 3, legge n. 400 del 1990.

L'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato³⁶⁹ qualifica le linee guida vincolanti come atti amministrativi di regolazione adottati dalle autorità indipendenti, ritenendo che esse «*non hanno valenza normativa, ma sono atti amministrativi generale appartenenti al genus degli atti di regolazione delle autorità indipendenti, sia pure connotati in modo particolare*»³⁷⁰. La preferenza accordata a tale soluzione, secondo il Consiglio di Stato, può essere giustificata «*solo a patto di inquadrarla nella soft law, riconoscendo alle linee guida natura amministrativa*»³⁷¹.

Occorre segnalare, tuttavia, che una parte della scienza giuridica ha mostrato alcune perplessità in ordine all'utilizzo del concetto di *soft law*³⁷², nonché all'ascrivibilità dei suddetti provvedimenti nel *genus* degli atti di regolazione.

³⁶⁸ Sul punto, si veda, C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016.

³⁶⁹ Si veda, Cons. St., parere 2 agosto 2016, n. 1767; *Id.*, 14 settembre 2016, n. 1920.

³⁷⁰ Si veda, Cons. St., parere 2 agosto 2016, n. 1767. Sul punto, si veda anche, L. Torchia, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016, 605 ss. Secondo l'Autrice, «*in questa ricostruzione è la natura dell'autorità che, per così dire, "trasloca" sulla natura delle regole. La premessa maggiore è data dalla natura dell'autorità come autorità di regolazione e ad essa consegue che gli atti sono quindi qualificabili come atti di regolazione. Di solito accade, in effetti, il contrario: la premessa maggiore è data dall'attribuzione di poteri qualificanti formalmente come poteri di regolazione e da ciò discende la natura dell'autorità come autorità di regolazione*».

³⁷¹ Si veda, Cons. St., parere 14 settembre 2016, n. 1920.

³⁷² In tal senso, F. MARONE, *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 743 ss.; C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, op. cit.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, 273 ss.

Il fenomeno della *soft law*³⁷³ postula, secondo l'impostazione sopra richiamata, l'assenza di vincolatività (che, viceversa, caratterizza la c.d. *hard law*) della regola di cui si tratta, il cui rispetto viene sostanzialmente rimesso dall'adesione volontaria dei soggetti coinvolti nella sua sfera di operatività; le linee guida, al contrario, sono state pensate e previste (perlomeno in larga misura) come idonee a costituire diritti e obblighi in capo ai destinatari e, in particolare, volte a sostituire disposizioni di natura regolamentare³⁷⁴.

Il ricorso alla *soft law* da parte della autorità indipendenti consiste piuttosto in interventi di *moral suasion o dissuasion*³⁷⁵.

L'efficacia delle linee guida non vincolanti è affidata alla predetta *moral suasion* e al vincolo motivazionale che deriva dalla particolare autorità emanante. In altri termini, nonostante sui destinatari di tali linee guida non gravi un obbligo di conformarne la propria attività, in caso di discostamento sarà comunque necessaria una motivazione stringente, al fine di evitare un vizio di legittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere.

Le linee guida rivestono, per un verso, quei caratteri di generalità e astrattezza che caratterizzano la produzione normativa regolamentare propriamente intesa.

In ogni caso, a prescindere dalla qualificazione, le linee guida sono accompagnate dalle garanzie procedimentali che caratterizzano ogni atto di regolazione. Si ha, in particolare riguardo alle garanzie partecipative e alla motivazione.

³⁷³ L'espressione *soft law* nasce per descrivere quel complesso di regole, spesso di natura consuetudinaria, sorte nell'ambito della *lex mercatoria* o del diritto internazionale, volte a regolare commerci, transazioni, scambi in modo rapido, flessibile e non vincolante. Sul punto, si veda, E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Milano, 2008.

³⁷⁴ Le linee guida, inoltre, per espressa previsione normativa (art. 213, comma 2, Codice dei contratti pubblici), sono sottoposte al sindacato giurisdizionale, mentre la *soft law* non lo è.

³⁷⁵ In tal senso, S. MORETTINI, *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio sull'Air*, luglio 2011.

Anzitutto, risulta necessaria una sistematica consultazione preventiva dei soggetti interessati. Tale consultazione, come ampiamente osservato nel paragrafo precedente, costituisce una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e ha la funzione di fornire ulteriori elementi istruttori e motivazionali rilevanti per la definizione finale dell'intervento regolatorio.

In secondo luogo, occorre dotarsi di strumenti quali analisi di impatto della regolazione (Air) e la verifica *ex post* dell'impatto della regolazione (Vir).

L'Anac, dunque, nell'adozione delle linee guida deve evidenziare le ragioni che l'hanno guidata, soprattutto con riferimento alle osservazioni più significative formulate in sede di consultazione. Valgono, dunque, le stesse considerazioni formulate con riguardo alla motivazione degli atti di regolazione delle autorità indipendenti.

Di particolare interesse risulta essere anche la motivazione per discostarsi dalle linee guida non vincolanti.

La natura vincolante o non vincolante non dipende dalla forma dei provvedimenti e non può essere predeterminata in astratto, dovendo essere dedotta, in via interpretativa, dal tenore letterale degli articoli del Codice dei contratti pubblici e dalle singole linee guida adottate dall'Anac.

Per discostarsi dalle linee guida, anche se formalmente non vincolanti, le stazioni appaltanti devono adottare un atto che contenga una motivazione adeguata e puntuale, che indichi, anche a fini di trasparenza, le ragioni della diversa scelta amministrativa. L'amministrazione, quindi, può decidere di disattendere le linee guida, soltanto se la peculiarità della fattispecie concreta giustifichi una deviazione dall'indirizzo fornito dall'Anac. Se non ricorre una di queste ipotesi, l'inosservanza delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere.

IV.

LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI AMPLIATIVI E LA TUTELA DEI TERZI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'importanza della motivazione dell'autorizzazione e del diniego di autorizzazione. – 2.1. La motivazione dell'autorizzazione integrata ambientale. – 2.2. La motivazione delle autorizzazioni paesaggistiche. – 2.3. La motivazione delle autorizzazioni concernenti il servizio farmaceutico. – 3. Il ruolo della motivazione nei titoli abilitativi edilizi provvedimentali e non. – 3.1. Il permesso di costruire e la motivazione tra discrezionalità e «potere» vincolato. – 3.2. I titoli abilitativi de-provvedimentalizzati: una nuova dimensione per l'obbligo di motivazione. – 3.2.1 Persistenza dell'obbligo di motivazione e Segnalazione certificata di inizio attività. – 3.2.2. La motivazione dell'inerzia: il silenzio significativo quale titolo abilitativo. – 4. Lo strumento concessorio, le scelte amministrative e i conseguenti obblighi motivazionali. – 5. La motivazione nell'affidamento in concessioni e nella gestione di beni pubblici.

1. Premessa

Nella macro-categoria dei provvedimenti amministrativi ampliativi rientrano tutti quegli atti che accrescono la sfera giuridica personale o patrimoniale del privato, sia attribuendo loro diritti e facoltà, che rimuovendo ostacoli che si frappongono all'esercizio di questi.

Si tratta, dunque, di una categoria alquanto eterogenea che comprende, tradizionalmente, le autorizzazioni, le concessioni, le abilitazioni, le licenze e i nulla-osta.

Tali atti, tuttavia, non esauriscono il *genus* degli atti ampliativi, potendo essere ricompresi all'interno di questa macro-categoria anche una serie di atti ampliativi c.d. de-provvedimentalizzati, quali il silenzio assenso e la segnalazione certificata di inizio attività (Scia)³⁷⁶. Anche in tali casi, si assiste ad un ampliamento della sfera giuridica del privato che segue,

³⁷⁶ Si veda, F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, 579 ss.

tuttavia, o ad un'inerzia significativa, dal valore legale di provvedimento, o al mancato esercizio dei poteri di controllo successivo. Si tratta, infatti, di strumenti predisposti dal legislatore talvolta per fini di semplificazione amministrativa, talaltra per esigenze di liberalizzazione amministrativa.

Con riguardo a questi ultimi, per ciò, il tema della motivazione si pone in modo ancora più complesso, trattandosi di titoli ampliativi che sostanzialmente discendono da un *non facere* della pubblica amministrazione.

In relazione alla eterogenea macro-categoria degli atti ampliativi, si pongono una serie di problematiche che ruotano, per la parte di interesse, attorno all'obbligo di motivazione, alla sua intensità e al suo perimetro.

In particolare, occorre interrogarsi sulla portata dell'obbligo di motivazione e sull'incidenza di questo sulle esigenze di tutela dei diversi soggetti coinvolti, a seconda del segno positivo o negativo del provvedimento ampliativo (destinatario o controinteressato).

Di fronte ad un provvedimento ampliativo, infatti, il richiedente vanta chiaramente un interesse pretensivo, ma il terzo leso dal provvedimento ampliativo adottato dalla pubblica amministrazione vanta un interesse oppositivo, ossia un interesse ad eliminare quel provvedimento dal mondo giuridico. La motivazione rappresenta, dunque, il luogo di composizione del conflitto tra gli anzidetti interessi.

Per la macro-categoria dei provvedimenti ampliativi, inoltre, si instaura un peculiare rapporto tra l'interesse del privato e l'interesse pubblico. Le attività che il privato andrà ad esercitare e, quindi i suoi interessi, vanno necessariamente contemperati con gli interessi pubblici, con cui occorre verificarne la compatibilità. Ponderazione tra interesse pubblico e interesse privato che poi si compendia nel provvedimento conclusivo, positivo o negativo ed emerge dalla motivazione dello stesso.

L'obbligo di motivare i provvedimenti ampliativi, soprattutto quelli di accoglimento, è posto a salvaguardia sia delle esigenze di tutela dei terzi

che si ritengono lesi dallo stesso, sia dell'interesse pubblico perseguito dalla pubblica amministrazione.

Si osserva, inoltre, come non tutti i provvedimenti ampliativi sono provvedimenti espressione di un potere discrezionale: vi sono, infatti, numerose ipotesi normative di provvedimenti ampliativi vincolati, come ad esempio il permesso di costruire o l'autorizzazione al porto d'armi da fuoco.

La natura discrezionale o vincolata del provvedimento ampliativo ha importanti riflessi sul perimetro dell'obbligo motivazionale.

Il provvedimento discrezionale richiede una motivazione più stringente e puntuale, palesandosi la necessità di rendere manifesto ed esplicito l'*iter* logico seguito nell'adottare la decisione.

Diversamente, per il provvedimento vincolato si ritiene sufficiente la c.d. giustificazione (o c.d. motivazione succinta), ossia l'esternazione delle circostanze fattuali dalle quali si desume la sussistenza dei presupposti richiesti dalla norma da applicare, sì da rendere possibile il sindacato di legittimità da parte del giudice³⁷⁷.

Nei paragrafi che seguono si analizzeranno i problemi sopra illustrati concernenti la motivazione con particolare riguardo alle autorizzazioni, ai titoli abilitativi in materia edilizia, ai provvedimenti ampliativi deprovincializzati, nonché alle concessioni di lavori, servizi e beni.

2. *L'importanza della motivazione dell'autorizzazione e del diniego di autorizzazione*

Tradizionalmente, per autorizzazione si intende l'atto della pubblica amministrazione volto a rimuovere gli impedimenti giuridici posti all'esercizio di diritti o di poteri di cui il privato è già titolare³⁷⁸.

³⁷⁷ Si veda, Cons. St., sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2977.

³⁷⁸ In tal senso, O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e delle concessioni*, Torino, 1897; P. SALVATORE, *Autorizzazione* (voce), in *Enc. giur.*, vol. IV,

La rimozione del limite legale che ostacola o impedisce l'esplicazione di un'attività inerente ad un preesistente potere o diritto costituisce il tratto caratteristico dei provvedimenti autorizzatori e li differenzia da quelli concessori. L'autorizzazione, infatti, presenta carattere ampliativo, ma non attributivo *ex novo* di una situazione giuridica soggettiva, postulando la necessaria preesistenza di un diritto soggettivo o di una potestà pubblica.

Anzitutto, è la legge che individua il regime amministrativo cui è sottoposta una determinata attività. La prima discrezionalità è, dunque, quella del legislatore, il quale effettua una valutazione a monte sull'*an* del regime autorizzatorio.

L'amministrazione deve, a valle, valutare la compatibilità dello svolgimento dell'attività da autorizzare con gli interessi pubblici e privati giuridicamente protetti. In particolare, deve assicurarsi che tale attività non generi «esternalità» negative, o che queste siano in ogni caso contenute entro i limiti stabiliti dall'ordinamento³⁷⁹. Nell'esercizio di tali apprezzamenti, la pubblica amministrazione può, a seconda dei casi, esercitare un potere espressione di discrezionalità tecnica o un potere di natura vincolata. Accanto alle c.d. autorizzazioni discrezionali, infatti, si collocano quelle vincolate³⁸⁰.

L'emanazione del provvedimento di autorizzazione instaura un rapporto, i cui titolari sono il soggetto richiedente e la pubblica amministrazione. Il primo ha la facoltà – e non il dovere – di esercitare l'attività autorizzata.

L'autorizzazione, in alcuni casi, può costituire anche fonte di obblighi in capo al privato. Si ha, più specificamente riguardo a quelle

Roma, 1988, 4 ss. Per una definizione di autorizzazione, si veda anche, B. G. MATTARELLA, *Atto amministrativo* (voce) in M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Diz. dir. amm.*, Milano, 2007, 82 ss.

³⁷⁹ In tal senso, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, op. cit., 185.

³⁸⁰ Si veda, A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, 59 ss.

ipotesi in cui la pubblica amministrazione appone delle condizioni all'atto di assenso, che il soggetto autorizzato deve adempiere durante l'esercizio dell'attività, pena la perdita della stessa autorizzazione (c.d. autorizzazioni condizionate). L'apposizione delle predette condizioni deve essere espressamente prevista nella norma attributiva del potere e l'amministrazione deve valutarne la compatibilità con l'interesse pubblico protetto, oltre alla loro sostenibilità economico-finanziaria.

Con riguardo all'obbligo di motivazione, si osserva che le autorizzazioni non rientrano negli atti esclusi da tale obbligo ai sensi dell'art. 3, comma 2, legge n. 241 del 1990. Pertanto, leggendo a contrario la norma citata si deve dedurre che le autorizzazioni sono soggette all'obbligo motivazionale *ex art. 3*.

È opportuno sottolineare che l'obbligo di motivazione assume contorni ancora più rilevanti in relazione ai provvedimenti di diniego dell'autorizzazione.

In generale, però, l'obbligo di motivazione deve informare sia i provvedimenti positivi di rilascio dell'autorizzazione, sia i provvedimenti negativi di diniego della stessa. Nel primo caso, la motivazione si rende necessaria per la tutela dei terzi eventualmente lesi dalla rilasciata autorizzazione. La motivazione del diniego di autorizzazione, invece, è posta a garanzia del soggetto istante destinatario del provvedimento ampliativo. E, come si vedrà a breve, è aggravata da un obbligo di comunicazione preventiva delle ragioni ostative.

Inoltre, la legge contempla alcune fattispecie procedurali nelle quali il rilascio dell'autorizzazione deve necessariamente essere preceduto dall'avvio di un *sub*-procedimento, volto all'ottenimento di uno o più pareri da parte di altre amministrazioni preposte alla tutela di interessi coinvolti e connessi all'attività che si intende autorizzare.

Il tema della motivazione, in tali ipotesi, risulta di particolare interesse e complessità.

Talvolta, il parere di un'altra amministrazione previsto dalla legge ha carattere vincolante. Sorgono, infatti, particolari ipotesi di condivisione o c.d. co-gestione del potere decisorio. È evidente, infatti, che se il parere espresso all'esito del *sub*-procedimento è vincolante per l'amministrazione procedente, il potere decisorio viene ad essere inevitabilmente co-gestito e co-esercitato da entrambe le amministrazioni coinvolte.

Inoltre, il parere vincolante può determinare un c.d. arresto procedimentale, qualora, a fronte dello stesso, l'amministrazione procedente sospenda *sine die* la decisione. Nel caso appena descritto il parere vincolante negativo, insieme con l'arresto procedimentale, diventa atto immediatamente lesivo e, dunque, autonomamente impugnabile. Per tali ragioni, l'assolvimento dell'obbligo di motivazione non può essere limitato al provvedimento finale conclusivo positivo o negativo. Allorquando il parere *sub*-procedimentale è vincolante per l'amministrazione procedente, esso non può più considerarsi alla stregua di un atto endoprocedimentale non lesivo e non autonomamente impugnabile. Di conseguenza, in presenza delle suddette circostanze, anche il parere *sub*-procedimentale deve assolvere all'obbligo di congrua e sufficiente motivazione, essendo lo stesso vincolante e dando luogo alla ricordata forma di c.d. co-gestione del potere decisorio.

Un ruolo fondamentale, in relazione alla motivazione del provvedimento autorizzatorio conclusivo del procedimento, è rivestito dalla «*Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*» o c.d. preavviso di rigetto *ex art. 10-bis*, legge n. 241 del 1990³⁸¹.

Al privato destinatario del provvedimento devono essere comunicati tempestivamente – e, dunque, prima della formale adozione di un provvedimento negativo – i motivi ostativi all'accoglimento della domanda,

³⁸¹ Quanto all'ambito di applicazione, l'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 richiede, anzitutto, che si tratti di «*procedimenti ad istanza di parte*». Sul preavviso di rigetto e sulle conseguenze di tipo motivazionale, si veda, *ex multis*, M. RAMAJOLI – R. VILLATA, *Art. 10-bis l. n. 214/1990*, in *Il libro dell'anno del diritto*, 2012, Roma, 278 ss.

e lo stesso, entro il termine di dieci giorni, ha diritto di presentare osservazioni eventualmente correlate da documenti.

Il preavviso di rigetto si colloca tra la fase istruttoria e la fase decisoria ed è rivolto a garantire la partecipazione del soggetto istante al procedimento e al processo decisionale, il quale viene in tal modo edotto delle ragioni che impediscono l'accoglimento dell'istanza³⁸². La comunicazione dei motivi ostativi non costituisce (ancora) un atto lesivo, poiché atto meramente endoprocedimentale e preordinato a sollecitare la presentazione di osservazioni e documenti da parte dei privati, di cui occorrerà dare specificamente conto nella motivazione del provvedimento finale.

Il riferimento che l'art. 10-*bis* fa ai «motivi» ostativi induce a ritenere che, analogamente a quanto previsto in sede di motivazione, l'amministrazione debba rappresentare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che ostano, nell'ancora provvisoria rappresentazione dell'amministrazione, all'accoglimento della domanda.

L'istituto realizza, di fatto, un contraddittorio endoprocedimentale rafforzato, al fine di superare le asimmetrie nel rapporto tra pubblica amministrazione e privati, ponendosi in una logica di collaborazione e garanzia, in attuazione del principio del giusto procedimento³⁸³.

Parte della giurisprudenza, tuttavia, ha talvolta sostenuto che il preavviso di rigetto non debba corrispondere in ogni suo dettagliato elemento a quanto contenuto nel provvedimento di diniego, dovendo

³⁸² Si veda, Cons. St., sez. III, 2 maggio 2016, n. 1656; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 16 dicembre 2015, n. 1199, secondo cui il preavviso di rigetto risponde all'esigenza di «assicurare, nell'ambito del procedimento, all'atto della conclusione dell'istruttoria e prima dell'adozione del provvedimento finale, un ulteriore momento di confronto tra ufficio procedente e parte istante, al fine di garantire a quest'ultima la possibilità di introdurre, nelle valutazioni finali dell'autorità, elementi idonei ad indurla a modificare le sue determinazioni».

³⁸³ In tal senso, Cons. St., sez. III, 1 agosto 2014, n. 4127; Cons. St., sez. IV, 31 luglio 2014, n. 4043.

evidenziare piuttosto i punti salienti delle ragioni che, allo stato, inducono l'amministrazione a procedere in senso negativo³⁸⁴.

Il legislatore, infatti, ha avuto cura di prescrivere, per l'amministrazione, l'obbligo di dare ragione nella motivazione del provvedimento finale dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni del privato, configurando una motivazione evidentemente rafforzata³⁸⁵. Occorre, dunque, che il contenuto sostanziale del provvedimento conclusivo di diniego si iscriva nello schema delineato dalla comunicazione *ex art. 10-bis* della legge n. 241 del 1990, esclusa ogni possibilità di fondare il diniego su ragioni del tutto nuove³⁸⁶. L'integrazione del diniego con motivazioni diverse da quelle indicate in sede di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, infatti, sottrae al contraddittorio la sopravvenuta motivazione, impedendo all'interessato di far valere al riguardo le proprie ragioni, determinando l'illegittimità del provvedimento finale per violazione dell'*art. 10-bis*.

2.1. La motivazione dell'autorizzazione integrata ambientale

Un tipico esempio di autorizzazione condizionata a contenuto prescrittivo è rappresentato dall'autorizzazione integrata ambientale (Aia), *ex artt. 29-bis e ss. del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. T.U. ambiente)*³⁸⁷.

³⁸⁴ In tal senso, Cons. St., sez. III, 10 luglio 2015, n. 3489; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 7 maggio 2010, n. 3072.

³⁸⁵ Si veda, Tar Umbria, Perugia, sez. I, 12 giugno 2014, n. 322.

³⁸⁶ In tal senso, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. III, 12 ottobre 2016, n. 4680; Tar Campania, Salerno, sez. I, 6 luglio 2016, n. 1596; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 12 gennaio 2016, n. 49.

³⁸⁷ L'*art. 5, lett. o-bis*, D.lgs. n. 152 del 2006 fornisce la definizione di autorizzazione integrata ambientale, ossia «*il provvedimento che autorizza l'esercizio di una installazione rientrante fra quelle di cui all'articolo 4, comma 4, lett. c), o di parte di essa a determinate condizioni che devono garantire che l'installazione sia conforme ai requisiti di cui al Titolo III-bis ai fini dell'individuazione delle soluzioni più idonee al perseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 4, comma 4, lett. c). Un'autorizzazione*

Con tale provvedimento, il Ministero dell'ambiente o la Regione, autorizzano l'esercizio di un impianto, o di parte di esso, a determinate condizioni, tali da garantire la conformità ai requisiti stabiliti a livello comunitario per la prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (c.d. principi di *integrated pollution prevention and control*)³⁸⁸.

Il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale è spesso legato ad altre procedure autorizzatorie, quali la valutazione di impatto ambientale (Via)³⁸⁹ e l'autorizzazione unica ambientale (Aua)³⁹⁰. Si tratta, tuttavia, di procedimenti preordinati ad accertamenti autonomi e diversi che possono avere un'autonoma efficacia lesiva³⁹¹.

Con particolare riguardo al perimetro dell'obbligo di motivazione del provvedimento di diniego dell'autorizzazione unica integrata, la

integrata ambientale può valere per una o più installazioni o parti di esse che siano localizzate sullo stesso sito e gestite dal medesimo gestore. [...]». Le categorie di attività soggette all'Aia sono puntualmente indicate dall'Allegato VIII alla parte seconda del D.lgs. n. 152 del 2006. Si tratta, in particolare, delle attività energetiche, di produzione e trasformazione dei metalli, dell'industria dei prodotti minerali, dell'industria chimica, di gestione dei rifiuti e di altre attività, come le cartiere, le concerie, i macelli e gli allevamenti intensivi.

³⁸⁸ Si veda, Tar Marche, Ancona, sez. I, 6 maggio 2016, n. 290, secondo cui il rispetto dell'Aia appare espressione del principio di precauzione stabilito dalla normativa europea, per la tutela dell'ambiente e, quindi, anche della salute umana.

³⁸⁹ L'art. 5, lett. o), D.lgs. n. 152 del 2006 fornisce la definizione del provvedimento di Via, ossia «*il provvedimento motivato, obbligatorio e vincolante, che esprime la conclusione dell'autorità competente in merito agli impatti ambientali significativi e negativi del progetto, adottato sulla base dell'istruttoria svolta, degli esiti delle consultazioni pubbliche e delle eventuali consultazioni transfrontaliere*».

La valutazione di impatto ambientale, come più volte chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, non si limita ad una generica verifica di natura tecnica circa l'astratta compatibilità ambientale, ma implica una complessiva ed approfondita analisi di tutti gli elementi incidenti sull'ambiente del progetto unitariamente considerato, per valutare, in concreto, il sacrificio imposto all'ambiente rispetto all'utilità socio-economica perseguita. In giurisprudenza, in tal senso, Cons. St., sez. V, 6 luglio 2016, n. 3000; *Id.*, 2 ottobre 2014, n. 4928; Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36; *Id.*, settembre 2013, n. 4611; *Id.*, 22 gennaio 2013, n. 361.

³⁹⁰ L'Aua è disciplinata dal d.P.R. 13 marzo 2013, n. 59.

³⁹¹ Si veda, Cons. St., sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5295. L'Aia, infatti, potrebbe essere negata anche in presenza di una Via positiva; una Via negativa, invece, preclude in ogni caso il rilascio dell'Aia

giurisprudenza ha affermato la sufficienza e l'adeguatezza di una motivazione *per relationem*, che si riferisca ai pareri negativi espressi dalle amministrazioni e dagli uffici che si sono espressi nel corso del procedimento ³⁹². Non risulterebbe affatto ragionevole richiedere un'autonoma valutazione dei pareri negativi espressi nel corso del procedimento. Tali pareri, infatti, non possono essere considerati «*immotivate opposizioni di principio*» al progetto esaminato, ma al contrario individuano puntualmente le ragioni, anche di ordine ambientale, ostative all'approvazione del progetto ed al rilascio della richiesta autorizzazione integrata ambientale.

La scelta dell'amministrazione precedente di condividere i pareri sfavorevoli, tra l'altro, è sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo i casi di macroscopica arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità, illogicità e travisamento dei fatti, trattandosi di espressione di discrezionalità tecnica.

Contrariamente, ove l'amministrazione precedente voglia rilasciare l'Aia, discostandosi da eventuali pareri negativi, si renderebbe assolutamente necessaria una motivazione diversa e ulteriore rispetto a quella *per relationem*.

2.2. La motivazione delle autorizzazioni paesaggistiche

³⁹² Si veda, Cons. St., sez. V, 6 luglio 2016, n. 3000, secondo cui «*il diniego espresso per una non favorevole valutazione di impatto ambientale risulta adeguatamente motivato per relationem, con riferimento alla totalità dei pareri negativi espressi dalle amministrazioni ed uffici che si sono espressi nel corso del procedimento, non essendo richiesto direttamente dalla legge, né essendo altrimenti ragionevole pretendere un'autonoma valutazione di quei pareri da parte dell'amministrazione precedente*».

L'autorizzazione paesaggistica è disciplinata dall'art. 146 del D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio, sin d'ora, anche, Codice)³⁹³.

Nel caso di interventi in aree soggette a tutela paesaggistica³⁹⁴, sussiste l'obbligo di sottoporre all'autorità competente i progetti delle opere da eseguire, affinché ne sia accertata la compatibilità paesaggistica e sia rilasciata la relativa autorizzazione. Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la Regione – che nella generalità dei casi delega i Comuni – dopo avere acquisito il parere vincolante del Soprintendente³⁹⁵.

A seconda dell'intervento da realizzarsi, occorre distinguere tre diverse ipotesi: (i) l'autorizzazione paesaggistica ordinaria; (ii) l'autorizzazione paesaggistica semplificata; (iii) l'intervento libero, senza obbligo di autorizzazione paesaggistica.

³⁹³ L'art. 146, comma 1, D.lgs. n. 42 del 2004 prevede che «*I proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a termini dell'articolo 142, o in base alla legge, a termini degli articoli 136, 143, comma 1, lettera d), e 157, non possono distruggerli, né introdurvi modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione*». Il successivo comma 4, prevede che «*[...]. Fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi. L'autorizzazione è efficace per un periodo di cinque anni, scaduto il quale l'esecuzione dei progettati lavori deve essere sottoposta a nuova autorizzazione [...]*».

Sul punto, si veda, M. R. SPASIANO, *Commento all'art. 146*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 1118 ss.

³⁹⁴ L'art. 142 del D.lgs. n. 42 del 2004, rubricato «*Aree tutelate per legge*», contiene un'elencazione delle aree di interesse paesaggistico (*i.e.* territori costieri; territori contermini ai laghi; fiumi, torrenti e corsi d'acqua; montagne; ghiacciai e circhi glaciali; parchi e riserve nazionali o regionali; foreste e boschi; aree assegnate alle università agrarie e zone gravate da usi civici; zone umide; vulcani; zone di interesse archeologico).

³⁹⁵ Il parere della Soprintendenza in tema di autorizzazione paesaggistica è vincolante, pertanto, l'amministrazione competente deve provvedere in conformità allo stesso, con un atto dovuto. Ne deriva che, ove un parere negativo della Soprintendenza venga annullato in sede giurisdizionale, l'annullamento del diniego di autorizzazione paesaggistica corrispondente rappresenta una conseguenza del tutto necessaria. In tal senso, Cons. St., sez. VI, 1° settembre 2017, n. 4162.

La disciplina dettata dall'art. 146 del D.lgs. n. 42 del 2004, prevede un intervento statale anticipato – in forma di parere – rispetto a quanto avveniva in precedenza. Non si prevede più, infatti, una forma di eventuale annullamento ministeriale dell'autorizzazione paesaggistica già rilasciata.

L'iter per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ordinaria, ex art. 146 del Codice, è chiaramente quello più lungo e complesso.

L'amministrazione competente, a seguito della ricezione dell'istanza corredata dal progetto dell'opera da eseguire, svolge tutte le verifiche e gli accertamenti all'uopo necessari, acquisendo il parere della commissione locale per la qualità architettonica ed il paesaggio. Entro quaranta giorni, trasmette alla Soprintendenza la proposta di autorizzazione paesaggistica, corredata dagli elaborati tecnici, dandone contestualmente comunicazione al soggetto interessato. La Soprintendenza comunica il proprio parere vincolante entro il termine perentorio di quarantacinque giorni. In caso di parere negativo, la stessa comunica agli interessati il preavviso del provvedimento negativo, ai sensi dell'art. 10-bis, legge n. 241 del 1990. L'amministrazione procedente provvede in conformità al parere, a seconda dei casi, rilasciando o negando l'autorizzazione paesaggistica. Decorso inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione.

Il d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31 ha innovato profondamente la procedura per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica semplificata, oltre ad allargare il novero delle attività escluse dalla stessa (c.d. interventi liberi)³⁹⁶.

³⁹⁶ D.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31, «Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti alla procedura autorizzatoria semplificata», che ha abrogato il d.P.R. 2 luglio 2010, n. 139. In particolare, negli Allegati A e B del d.P.R. n. 31 del 2017 sono stati rispettivamente individuati: (i) 31 interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica; (ii) 42 interventi soggetti ad autorizzazione paesaggistica semplificata, in quanto considerati di lieve entità. L'art. 8 del suddetto d.P.R. del 2017 disciplina le modalità di compilazione dell'istanza per ottenere il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica semplificata, nonché la documentazione da allegare. Il successivo art. 9 disciplina, invece, le modalità di presentazione della relativa istanza.

L'*iter* per il rilascio dell'autorizzazione semplificata è evidentemente più snello.

L'amministrazione procedente, ricevuta l'istanza e verificato che l'intervento non rientri nelle fattispecie escluse dall'autorizzazione paesaggistica, o in quelle assoggettate al regime autorizzatorio ordinario, svolge le verifiche e gli accertamenti necessari, chiedendo all'interessato, ove occorra, ulteriori documenti e/o chiarimenti ritenuti indispensabili.

In caso di esito positivo delle verifiche, l'amministrazione procedente trasmette alla Soprintendenza una motivata proposta di accoglimento, unitamente alla domanda ed alla documentazione in suo possesso. Se anche la valutazione della Soprintendenza è positiva, la stessa, entro il termine perentorio di venti giorni dal ricevimento della proposta, esprime il proprio parere vincolante all'amministrazione procedente³⁹⁷, la quale adotta il provvedimento di rilascio dell'autorizzazione nei dieci giorni successivi. Se, invece, la valutazione della Soprintendenza è negativa – oltre a comunicarla all'autorità procedente – viene data comunicazione al richiedente dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, *ex art. 10-bis*, legge n. 241 del 1990, e vengono indicate eventuali modifiche necessarie per la valutazione positiva del progetto. Decorso il termine di quindici giorni, entro il quale l'istante può presentare le proprie osservazioni, la Soprintendenza adotta il provvedimento motivato di diniego, tenendo in considerazione le eventuali osservazioni fornite dall'istante ed evidenziando la incompatibilità del progetto. In caso di mancata espressione della Soprintendenza, si forma il silenzio assenso³⁹⁸ e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

³⁹⁷ Si veda, Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3656, secondo cui, «*i termini assegnati alla Soprintendenza per l'esercizio dei propri poteri, pur se perentori, possono essere interrotti e fatti decorrere nuovamente per esigenze istruttorie*».

³⁹⁸ Si veda, Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 8 giugno 2017, n. 394, secondo cui «*il parere della Soprintendenza [...] è soggetto alla normativa sul silenzio assenso anche nelle ipotesi di acquisizione di assensi, concerti o nulla osta da parte delle amministrazioni*».

In caso di esito negativo della valutazione disposta dall'amministrazione precedente, ne viene data comunicazione al soggetto istante, unitamente ai motivi ostativi e ad eventuali modifiche ritenute necessarie. Se, esaminate le osservazioni e gli adeguamenti progettuali, persistono i motivi ostativi, l'amministrazione rigetta l'istanza, fornendo specifica motivazione con riguardo alle eventuali osservazioni presentate dall'istante e all'incompatibilità del progetto.

La tutela del paesaggio è, tradizionalmente, una materia ove l'amministrazione agisce nell'esercizio di discrezionalità tecnica³⁹⁹. Ciò ha sempre precluso al giudice amministrativo di esercitare un sindacato penetrante, che potesse entrare nel merito delle scelte effettuate dall'amministrazione e, quindi, delle motivazioni poste alla base delle stesse⁴⁰⁰.

La giurisprudenza amministrativa, proprio in tema di autorizzazioni paesaggistiche, è andata via via affermando il principio secondo cui, l'amplissima discrezionalità di cui godono le amministrazioni in materia deve necessariamente essere bilanciata dal rafforzamento dell'obbligo di una specifica e puntuale motivazione⁴⁰¹. La motivazione deve rispondere sia a criteri di ragionevolezza e proporzionalità, sia di corretta e completa rappresentazione dei fatti su cui si basa un eventuale provvedimento di diniego. In caso contrario, infatti, si assisterebbe ad una violazione del principio di trasparenza ed *accountability*.

Le autorizzazioni paesaggistiche, dunque, devono essere congruamente motivate in modo che possa essere ricostruito l'*iter* logico-

preposte alla tutela dell'ambiente, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini».

³⁹⁹ Sull'attività tecnico-discrezionale dell'amministrazione e sulle valutazioni riservate alla pubblica amministrazione, si veda, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

⁴⁰⁰ Il giudice amministrativo esercita un sindacato di legittimità limitato alle ipotesi di difetto di motivazione, illogicità manifesta ed errore di fatto. In tal senso, Tar Umbria, Perugia, sez. I, 19 febbraio 2016, n. 120; Cons. St., sez. IV, 3 aprile 2014, n. 1590.

⁴⁰¹ Si veda, Tar Lombardia, Brescia, ord., sez. I, 4 aprile 2016, n. 270.

giuridico in base al quale le opere assentite sono state valutate rispettose dei valori paesaggistici, stante anche la rilevanza costituzionale di questi ultimi⁴⁰².

La motivazione dell'autorizzazione paesaggistica può ritenersi adeguata allorché risponde ad un modello che contempla, in modo dettagliato, la descrizione: (i) dell'opera o dell'intervento che si intende realizzare, mediante l'indicazione delle dimensioni, delle forme, dei colori e dei materiali impiegati; (ii) del contesto paesaggistico in cui si colloca, anche mediante l'indicazione di eventuali altri immobili esistenti, della loro posizione e dimensioni; (iii) del rapporto tra opera/intervento e contesto paesaggistico, anche mediante l'indicazione dell'impatto visivo al fine di stabilire se esso si inserisca in maniera armonica nel paesaggio⁴⁰³. Solo una motivazione analitica, intesa nei termini anzidetti, consente una piena intelligenza delle ragioni sottese al rilascio o al diniego dell'autorizzazione paesaggistica⁴⁰⁴.

⁴⁰² Si veda, Tar Toscana, Firenze, sez. III, 29 luglio 2008, n. 1834.

⁴⁰³ In tal senso, *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 6 luglio 2017, n. 1101; Tar Campania, Salerno, sez. II, 5 maggio 2016, n. 1104; Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2015, n. 4925; Cons. St., sez. VI, 23 dicembre 2013, n. 3614, con nota di E. BOSCOLO, *Motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e attuazione del giudicato*, in *Urb. app.*, 9, 2014, 929 ss.; Tar Liguria, Genova, sez. I, 21 novembre 2013, n. 1406; Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2013, n. 1707.

⁴⁰⁴ Si veda, Tar Piemonte, sez. I, 12 febbraio 2016, n. 190, secondo cui «È illegittimo il diniego espresso da un Comune in ordine ad una istanza tendente ad ottenere l'autorizzazione paesaggistica finalizzata al condono edilizio di un manufatto abusivo (nella specie consistente in un pergolato in ferro, aperto, realizzato in area collinare sottoposta a vincolo paesaggistico), che sia motivato come segue: “gli elementi costitutivi del manufatto oggetto di condono non si inseriscono in alcun modo con l'intorno ambientale, né sono state realizzate in sintonia e congruità con le tipologie degli edifici esistenti che hanno caratteristiche omogenee, ed in modo particolare la struttura non consente alcun recupero con eventuali elementi di mitigazione”; trattasi, infatti, di motivazione generica e stereotipata, riferibile ad una serie illimitata di istanze, che impedisce di comprendere il fondamento logico dell'atto negativo adottato dalla pubblica amministrazione».

La motivazione, infatti, altro non è che una ricostruzione dettagliata, mediante segni linguistici, di quanto accertato dall'amministrazione nella fase conoscitiva pre-decisionale⁴⁰⁵.

Non è, invece, idoneo a soddisfare l'obbligo motivazionale il riferimento al parere formale espresso dalla commissione edilizia comunale integrata, laddove tale parere contenga affermazioni meramente assertive, sfornite della necessaria e puntuale motivazione sulle compatibilità del previsto intervento con le esigenze di tutela e di conservazione dei valori paesistici e ambientali del contesto, che rappresentano la ragione costitutiva del vincolo⁴⁰⁶.

L'obbligo di puntuale e dettagliata motivazione è previsto anche per il parere negativo vincolante di compatibilità paesaggistica della Soprintendenza, che deve, per l'appunto, esternare analiticamente le ragioni che determinano l'incompatibilità ambientale⁴⁰⁷. Solo una motivazione analitica, infatti, consente di ricostruire l'*iter* logico-giuridico posto a fondamento del parere negativo del Soprintendente e di poter, eventualmente, superare eventuali criticità connesse alla realizzazione dell'opera, apportando tutte le necessarie modifiche, al fine di renderlo compatibile con le esigenze di tutela del paesaggio.

⁴⁰⁵ In tal senso, A. R. TASSONE, *Motivazione* (dir. amm.) (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano, 2006, 3741 ss.; ID., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987.

Secondo M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 268, invece, la motivazione non rappresenta una mera esternazione (c.d. motivazione in senso formale), ma coincide con le ragioni stesse della decisione (c.d. motivazione sostanziale).

⁴⁰⁶ In tal senso, Tar Campania, Salerno, sez. II, 1° giugno 2017, n. 997.

⁴⁰⁷ In tal senso, Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 23 maggio 2016, n. 187; Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2015, n. 5844, secondo cui «*il potere di valutazione tecnica esercitato dalla Soprintendenza, ex art. 146 D.lgs. n. 42 del 2004, è sindacabile in sede giurisdizionale soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta, ovvero errore di fatto conclamato*».

2.3. *La motivazione delle autorizzazioni concernenti il servizio farmaceutico*

L'art. 1, comma 1, della legge 2 aprile 1968, n. 475 prevede che per l'apertura di una farmacia è necessaria «l'autorizzazione rilasciata dall'autorità sanitaria competente per territorio»⁴⁰⁸. Il numero delle autorizzazioni è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti, tuttavia, nel caso in cui la popolazione ecceda del cinquanta per cento rispetto a tale parametro, è consentita l'apertura di un'ulteriore farmacia.

La scelta con cui l'amministrazione individua la zona del territorio comunale in cui ubicare la farmacia ha – salvo il limite della distanza di cui all'art. 1, comma 7, della legge n. 475 del 1968 – natura discrezionale. Conseguentemente, può essere oggetto di sindacato giurisdizionale solo per gravi ed evidenti errori di valutazione od illogicità manifeste.

La discrezionalità dell'amministrazione, in tale settore, deve necessariamente essere misurata alla luce della posizione espressa dalla giurisprudenza comunitaria, nonché della *ratio* della riforma di cui al decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che, l'art. 49 del TFUE, in tema di libertà di stabilimento, «*deve essere interpretato nel senso che esso non osta, in linea di principio, a che uno Stato membro adotti un regime di autorizzazione preventiva per l'apertura di nuovi presidi sanitari come le farmacie, se un tale regime si rivela indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle prestazioni sanitarie e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia*

⁴⁰⁸ Legge 2 aprile 1968, recante «*Norme concernenti il servizio farmaceutico*», come da ultimo modificata dal decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni nella legge 24 marzo 2012. Sul punto, si veda, M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011.

garantita un'assistenza sanitaria adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate [...]»⁴⁰⁹. Ne deriva che, una normativa nazionale che subordini a dati criteri il rilascio delle autorizzazioni all'istituzione di nuove farmacie è, in linea di principio, idonea a realizzare l'obiettivo di garantire alla popolazione un approvvigionamento di medicinali sicuro e di qualità. La salute e la vita delle persone occupano una posizione preminente tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato. Spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute pubblica e il modo in cui tale livello debba essere raggiunto e, poiché quest'ultimo può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere un margine di discrezionalità.

L'art. 11, comma 1, del decreto legge n. 1 del 2012 dispone che «*Al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico, alla legge n. 475 del 1968 [...] sono apportate le seguenti modificazioni [...]*». La novella è chiaramente orientata alla massima espansione degli esercizi farmaceutici. Un'interpretazione in linea con le previsioni comunitarie ammette la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione delle sedi farmaceutiche solo se, e nella misura in cui, essa sia funzionale a garantire un'assistenza sanitaria adeguata alle necessità

⁴⁰⁹ Si veda, Cgue, sez. IV, 13 febbraio 2014, causa C-367/12 (*S. Sokoll c. Seebacher*), secondo cui l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro, la quale fissi come criterio essenziale per verificare la necessità di aprire una nuova farmacia una soglia tassativa di «*persone destinate ad approvvigionarsi*», se le autorità nazionali competenti non hanno la possibilità di derogare a tale soglia per tenere conto di peculiarità locali.; *Id.*, sez. IV, 5 dicembre 2013, cause riunite C-159/12 (*A. Venturini c. Asl Lodi e altri*), C-160/12 (*M. R. Gramegna c. Asl Lodi e altri*), C-161/12 (*A. Muzzio c. Asl Pavia e altri*).

della popolazione, secondo un approccio che tende a ridurre le barriere di accesso al mercato⁴¹⁰.

Occorre ora soffermarsi sul perimetro dell'obbligo di motivazione previsto per le autorizzazioni concernenti le sedi farmaceutiche.

Il provvedimento con cui viene autorizzata, ai sensi dell'art. 1, legge n. 475 del 1968, l'apertura e l'esercizio di una nuova sede farmaceutica non necessita di alcuna motivazione⁴¹¹. La disposizione citata, infatti, riconnette automaticamente il numero delle farmacie alla densità della popolazione residente, con la conseguenza che si imporrebbe una specifica motivazione solo allorquando ricorrano peculiari esigenze locali, che impongono l'istituzione di una sede al di sotto del rapporto sedi/abitanti fissato *ex lege*⁴¹².

La possibilità di aprire una ulteriore farmacia, prevista dal terzo comma dell'art. 1, legge n. 475 del 1968, nel caso in cui la popolazione ecceda del cinquanta per cento il numero stabilito dalla legge, rappresenta un'ipotesi di interesse in relazione alla previsione o meno di un obbligo di espressa motivazione.

Parte della giurisprudenza ha affermato che il Comune non è tenuto a motivare una scelta in tal senso se rispetta i requisiti stabiliti dalla legge⁴¹³. Tale interpretazione è legata alla *ratio* della previsione di cui

⁴¹⁰ In tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 15 ottobre 2015, n. 2184.

⁴¹¹ In tal senso, Tar Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 5 giugno 2008, n. 135; Cons. St., sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7429; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 19 dicembre 2003, n. 8972.

⁴¹² L'art. 104, comma 1, del R.D. 27 luglio 1934, n. 1265 (c.d. T.U. delle leggi sanitarie) prescrive che «*Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, quando particolari esigenze dell'assistenza farmaceutica in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità lo richiedono, possono stabilire, in deroga al criterio della popolazione di cui all'art. 1 della legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, sentiti l'unità sanitaria locale e l'ordine provinciale dei farmacisti, competenti per territorio, un limite di distanza per il quale la farmacia di nuova istituzione disti almeno 3.000 metri dalle farmacie esistenti anche se ubicate in comuni diversi. Tale disposizione si applica ai comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti e con il limite di una farmacia per comune*».

⁴¹³ In tal senso, Cons. St., sez. III, 6 febbraio 2015, n. 603; *Id.*, 3 febbraio 2015, n. 528.

all'art. 11, del decreto legge n. 1 del 2012, che ha, per l'appunto, reso possibile l'istituzione di nuove farmacie, introducendo nuovi criteri di localizzazione degli esercizi sul territorio. La scelta dell'amministrazione comunale non richiederebbe, dunque, altra giustificazione o motivazione rispetto a quanto già espressamente previsto *ex lege*; occorrerebbe, al più, una motivazione esplicita qualora si volesse optare per la scelta contraria.

Di contro, si potrebbe sostenere che, la locuzione «consenta» contenuta nel citato art. 1, come modificato dall'art. 11, decreto legge n. 1 del 2012, alluda ad una scelta facoltativa espressione di discrezionalità, che, come tale, necessiterebbe di una puntuale motivazione, volta ad esternare la valutazione comparativa effettuata dall'amministrazione. Come già illustrato nei paragrafi precedenti, anche il provvedimento positivo di rilascio dell'autorizzazione dovrebbe essere motivato, al fine di garantire la tutela a terzi che si considerino eventualmente lesi dal rilascio della stessa.

Inoltre, l'art. 1, legge n. 475 del 1968, prevede che, in caso di trasferimento di una farmacia in un altro locale, ma nell'ambito della medesima sede per la quale fu concessa l'autorizzazione, deve essere proposta apposita domanda all'autorità sanitaria competente per territorio.

Con particolare riguardo all'autorizzazione al trasferimento dell'esercizio di una farmacia in locali ubicati al di fuori dell'ambito territoriale previsto nell'atto istitutivo, la giurisprudenza ha affermato la necessità dell'espletamento di un'approfondita istruttoria e l'esternazione di un'ampia e puntuale motivazione⁴¹⁴. La motivazione, in particolare, deve dare conto dell'esistenza di preminenti ragioni di interesse pubblico, attinenti all'organizzazione territoriale dell'assistenza farmaceutica complessivamente considerata, tali da giustificare la nuova scelta localizzativa, alla luce dell'esigenza di assicurare una più efficace e capillare organizzazione del servizio farmaceutico.

⁴¹⁴ In tal senso, Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 28 agosto 2008, n. 1513; Cons. St., sez. IV, 27 febbraio 1996, n. 201.

L'autorizzazione al trasferimento di una farmacia è espressione di un'attività discrezionale, che trova il proprio limite nelle scelte già compiute in sede di redazione della pianta organica. Essa, pertanto, non può essere priva di motivazione in ordine alla finalità di pubblico interesse – ossia di maggiore efficienza del servizio in funzione delle esigenze degli abitanti della zona – alla base del richiesto spostamento.

La scelta del legislatore di attribuire ai Comuni il compito di individuare le zone in cui collocare le farmacie risponde all'esigenza di assicurare un ordinato assetto del territorio, corrispondente agli effettivi bisogni della collettività (alla quale concorrono una pluralità di fattori diversi dal numero dei residenti, quali l'individuazione delle maggiori necessità di fruizione del servizio che si avvertono nelle diverse zone del territorio, le correlate valutazioni di situazioni ambientali, topografiche e di viabilità, le distanze tra le diverse farmacie).

Le scelte compiute in sede di revisione della pianta organica delle farmacie, in quanto atto programmatico a contenuto generale, e in particolare la determinazione di istituire nuove sedi *ex art.* 104 R.D. n. 1265 del 1934, non necessitano di una analitica motivazione calibrata sulle singole situazioni locali, ad eccezione di alcuni casi particolari come la modifica delle zone non correlata all'istituzione di nuove sedi oppure l'istituzione di una sede aggiuntiva con il criterio demografico⁴¹⁵.

La valutazione delle particolari condizioni topografiche e di viabilità che giustifica l'apertura della seconda farmacia non può che rientrare nel

⁴¹⁵ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 20 marzo 2017, n. 1250; Cons. St., sez. III, 29 gennaio 2014, n. 454; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 26 luglio 2011, n. 1518, secondo cui «*il provvedimento di revisione della pianta organica delle farmacie di un Comune ha natura di atto programmatico, a contenuto generale, essendo finalizzato ad assicurare in modo idoneo, adeguato e funzionale agli interessi della collettività, la distribuzione sul territorio delle farmacie. Siccome connotato da ampia discrezionalità, tale provvedimento di revisione non abbisogna di specifica motivazione e può essere censurato, sotto il profilo contenutistico, soltanto per evidente e grave irragionevolezza*»; *Id.*, 21 febbraio 2011, n. 305; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 21 gennaio 2011, n. 131; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 febbraio 2010, n. 394; Cgars 4 febbraio 2010, n. 102.

potere discrezionale dell'amministrazione, cui spetta apprezzare, in concreto, le esigenze di assistenza farmaceutica della popolazione in relazione allo stato dei luoghi⁴¹⁶. Sotto altro punto di vista, è stato osservato che, la motivazione di un provvedimento come quello in esame non va ricercata solo alla luce delle espressioni contenute nell'atto conclusivo, ma negli atti dell'istruttoria, che, nel caso della revisione della pianta organica delle farmacie, è condotta nell'ambito di un procedimento articolato e complesso aperto alla partecipazione degli enti locali e di quelli esponenziali delle categorie professionali interessate. Sono tali atti, quindi, a fornire con maggiore precisione la spiegazione della scelta effettuata dall'amministrazione⁴¹⁷.

L'autorità competente può legittimamente derogare al criterio generale demografico stabilito in tema di revisione delle piante organiche delle farmacie – *ex art. 1 della legge n. 475 del 1968* – solo motivando congruamente e adeguatamente, all'esito di una puntuale e approfondita istruttoria, circa l'esistenza dei presupposti rigorosamente richiesti dall'art. 104, comma 3, T.U. 27 luglio 1934, n. 1265. Presupposti che consistono nell'esigenza di assicurare l'assistenza farmaceutica nelle località in cui è insediato un aggregato permanente di popolazione il quale, per le difficoltà connesse alla viabilità e alle distanze, non sia in grado di accedere comodamente ad altre farmacie esistenti sul territorio comunale⁴¹⁸.

Mentre le esigenze della popolazione residente costituiscono il criterio guida ai fini delle scelte discrezionali che l'amministrazione è chiamata a compiere in sede di formazione e di revisione della pianta organica, al contrario, le scelte puntuali attinenti all'istituzione e localizzazione di farmacie succursali rispondono alla diversa, e complementare, esigenza di assicurare una più efficace e capillare

⁴¹⁶ In tal senso, Cons. St., sez. III, 13 aprile 2011, n. 2296.

⁴¹⁷ In tal senso, Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 6 novembre 2013, n. 933; Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2009, n. 846.

⁴¹⁸ Si veda, Tar Campania, Salerno, sez. I, 21 ottobre 2003, n. 1292.

organizzazione del servizio farmaceutico delle località di cura e soggiorno, o, comunque, negli ambiti territoriali caratterizzati da un afflusso particolarmente elevato di utenza stagionale, tale da rendere inadeguato l'assetto organizzativo ordinario, basato sulla sola utenza stabile⁴¹⁹.

3. *Il ruolo della motivazione nei titoli abilitativi edilizi provvedimentali e non*

L'esercizio di attività edilizia avviene, di regola, previa acquisizione di apposito titolo abilitativo, salve le ipotesi di attività edilizia libera.

I recenti interventi legislativi in materia denotano la tendenza verso una maggiore liberalizzazione degli interventi edilizi.

Come già ricordato, si tratta di una liberalizzazione temperata che non ha eliminato le regole pubblicistiche per l'esercizio dell'attività edilizia, ma soltanto le barriere procedimentali. Il controllo sull'attività edilizia da preventivo è divenuto successivo, con riguardo ad alcune tipologie di attività.

Il D.lgs. 25 novembre 2016, n. 22 (c.d. decreto Scia 2), riorganizza il sistema dei titoli edilizi, articolandolo in cinque livelli: (i) interventi in attività edilizia libera, *ex art. 6 T.U. edilizia*; (ii) interventi subordinati a comunicazione di inizio lavori asseverata (Cila), *ex art. 6-bis T.U. edilizia*; (iii) interventi assoggettati a segnalazione certificata di inizio attività (Scia), *ex art. 22 T.U. edilizia*; (iv) interventi assoggettati a permesso di costruire, *ex art. 10, T.U. edilizia*; (v) interventi per i quali è comunque possibile presentare la Scia in alternativa al permesso di costruire, *ex art. 23 T.U. edilizia*.

Gli artt. 1 e 2 del decreto Scia 2, al fine di garantire omogeneità di regime giuridico in tutto il territorio nazionale, sono accompagnati da un

⁴¹⁹ Si veda, Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2000, n. 3261.

glossario unico, contenente l'elenco delle principali opere edilizie e attività commerciali, con l'individuazione della categoria di intervento a cui le stesse appartengono e del conseguente regime amministrativo giuridico applicabile. Il glossario unico è contenuto nella tabella A allegata al decreto Scia 2.

Accanto a titoli edilizi espressi, quale il permesso di costruire e le autorizzazioni, si collocano, altresì, titoli abilitativi c.d. deprovincializzati, quali la Scia e il silenzio assenso. In talune ipotesi, infatti, il silenzio serbato dall'amministrazione equivale ad un atto di assenso, come tale legittimante l'esercizio di determinate attività.

3.1. Il permesso di costruire e la motivazione tra discrezionalità e «potere» vincolato

Il tema dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti in materia di edilizia si pone, anzitutto, con riguardo al più importante tra tali provvedimenti: il permesso di costruire.

Il permesso di costruire, disciplinato dagli artt. 10 e ss. del T.U. edilizia, è un provvedimento autorizzatorio preventivo, a carattere esplicito, rilasciato al proprietario dell'immobile, o a chi ne abbia titolo per richiederlo, dal dirigente o responsabile del competente ufficio comunale, nel rispetto delle leggi, dei regolamenti e degli strumenti urbanistici⁴²⁰.

L'art. 10 T.U. edilizia contiene un'elencazione degli interventi sottoposti al permesso di costruire, ossia quelli aventi maggiore impatto sul territorio, tali da determinare una trasformazione urbanistica ed edilizia. Quanto al procedimento per il rilascio del suddetto titolo edilizio, il

⁴²⁰ Il permesso di costruire sostituisce la previgente concessione edilizia. La nuova denominazione si spiega con l'intento di ribadire che il titolo edilizio non è attributivo di nuovi diritti, ma attiene all'accertamento delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio dello *ius aedificandi*. Sul punto, si veda, P. URBANI – S. CIVITARESE, *Diritto urbanistico: organizzazione e rapporti*, Torino, 2017, 329 ss.

successivo art. 20, comma 3, stabilisce che, entro sessanta giorni dalla presentazione della domanda, il responsabile del procedimento cura l'istruttoria, acquisisce i prescritti pareri e gli atti di assenso eventualmente necessari, valuta la conformità del progetto alla normativa vigente e formula una proposta di provvedimento, accompagnata da una dettagliata relazione con la qualificazione tecnico-giuridica dell'intervento richiesto. Il provvedimento finale – di rilascio o di diniego – è adottato entro il termine di trenta giorni dalla proposta, ovvero dall'esito della conferenza di servizi, ove indetta. Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, laddove non venga opposto motivato diniego, sulla domanda si intende formato il silenzio assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli ambientali, di assetto idrogeologico, paesaggistici o culturali⁴²¹.

Nel permesso di costruire sono specificamente indicati il termine di inizio – non superiore ad un anno – e il termine di ultimazione dei lavori – non superiore a tre anni. Decorso tali termini, il permesso decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che, anteriormente alla scadenza, venga richiesta una proroga, che può venire accordata con provvedimento adeguatamente motivato⁴²².

Presupposto essenziale per il rilascio del permesso di costruire, *ex art. 12, comma 2, T.U. edilizia*, è la conformità fra il progetto presentato e le previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente⁴²³.

⁴²¹ Si veda, *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 6 aprile 2016, n. 566; Cons. St., sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3805; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 dicembre 2016, n. 1863; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 17 giugno 2015, n. 1095.

⁴²² La proroga può essere accordata: (i) per fatti estranei alla volontà del titolare del permesso; (ii) in considerazione della mole dell'opera da realizzare, delle sue particolari caratteristiche tecnico-costruttive o di difficoltà tecnico-esecutive emerse successivamente all'inizio dei lavori; (iii) per le opere pubbliche il cui finanziamento sia previsto in più esercizi finanziari.

⁴²³ Si veda, Tar Campania, Salerno, sez. I, 22 luglio 2015, n. 1611, secondo cui la richiesta di un'amministrazione di pretendere, ai fini del rilascio del permesso di costruire,

La scienza giuridica e la giurisprudenza amministrativa qualificano il permesso di costruire quale atto di natura vincolata, sull'assunto che, in presenza della conformità tra attività di trasformazione del territorio e prescrizioni urbanistico-edilizie, l'amministrazione sia vincolata a rilasciare il titolo edilizio *de quo*⁴²⁴.

Dalla natura vincolata del permesso di costruire derivano importanti conseguenze anche in punto di motivazione.

Parte della giurisprudenza amministrativa esclude la rilevanza del difetto di motivazione per i provvedimenti vincolati, reputando che la necessità della motivazione presupponga il carattere discrezionale del potere esercitato. In particolare, nel caso di atto dovuto, la motivazione è ritenuta necessaria non quanto all'indicazione dell'*iter* logico giuridico seguito dall'amministrazione, ma quanto all'indicazione dei presupposti e delle giustificazioni del potere da esercitarsi, essendo, per l'appunto, sufficiente ricorrere alla norma che giustifica il potere stesso⁴²⁵.

Come osservato in precedenza, l'art. 20, comma 8, T.U. edilizia prevede espressamente che il diniego del permesso di costruire deve essere motivato. La giurisprudenza, tuttavia, è stata interrogata circa il perimetro di tale obbligo di motivazione.

Secondo un primo orientamento, la definizione delle istanze di permesso di costruire, implicando un accertamento di carattere vincolato costituito dalla verifica della conformità della richiesta alla normativa urbanistico-edilizia, non necessiterebbe di altra motivazione oltre quella relativa alla rispondenza dell'istanza alle dette prescrizioni⁴²⁶.

la dimostrazione da parte del richiedente di essere in regola con i tributi comunali, è illegittima, poiché in tal modo l'esercizio del potere in oggetto sarebbe piegato, in deroga allo schema legislativo, al perseguimento di interessi eterogenei rispetto a quelli tipici.

⁴²⁴ In tal senso, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 2 febbraio 2016, n. 159; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 12 febbraio 2014, n. 988.

⁴²⁵ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4279; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 maggio 2014, n. 222.

⁴²⁶ In tal senso, *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 settembre 2017, n. 1445; Tar Calabria, Reggio Calabria, 14 marzo 2017, n. 193; Cons. St., sez. IV, 1 aprile 2011, n.

Altra parte della giurisprudenza, invece, afferma che il provvedimento di diniego del permesso di costruire, pur essendo il risultato di un'attività vincolata, determinerebbe una contrazione dello *ius aedificandi* che, pertanto, farebbe sorgere la necessità di una completa e circostanziata motivazione⁴²⁷. Tale motivazione dovrebbe esternare le reali ragioni ostative al rilascio del titolo abilitativo, da individuarsi in un contrasto del progetto presentato con precise norme urbanistico-edilizie, al fine di consentire all'interessato di tutelarsi in sede giurisdizionale, ovvero di superare, ove possibile, le ragioni ostative addotte dall'amministrazione mediante una modifica del progetto originariamente elaborato.

Aderendo al predetto indirizzo, si configurerebbe il difetto di motivazione nelle fattispecie in cui l'unico dato esplicativo del diniego del permesso di costruire è il «*contrasto con le norme vigenti del Piano regolatore generale*»⁴²⁸. In tale ipotesi, infatti, mancherebbero gli elementi necessari della motivazione, ex art. 3, legge n. 241 del 1990, tali da consentire agli interessati di comprendere le ragioni del rigetto della domanda di titolo edificatorio.

Parte della giurisprudenza, inoltre, afferma l'illegittimità del provvedimento di diniego del permesso di costruire anche nel caso in cui quest'ultimo non sia preceduto dalla comunicazione del c.d. preavviso di

2050; Cons. St., sez. V, 30 giugno 2005, n. 3539, secondo cui «*l'istruttoria di una domanda di concessione edilizia deve ritenersi congruamente e correttamente condotta allorché sia volta alla verifica della conformità delle opere realizzande alle prescrizioni urbanistico-edilizie ed a quelle recate da norme speciali (ad es. in materia sanitaria, antisismica, paesaggistica, ecc.); una tale verifica, così come il provvedimento autorizzatorio nel quale la stessa sfocia, ha carattere vincolato, nel senso che non può eccedere un tale accertamento, sì che il provvedimento finale non necessita di altra motivazione, che non sia quella della rispondenza dell'opera alle dette prescrizioni e della stretta osservanza delle limitazioni dalle stesse poste in tema di volume, altezza, densità, distanze, ecc. degli edifici*».

⁴²⁷ In tal senso, Tar Campania, Salerno, sez. I, 10 luglio 2014, n. 1257; Tar Lazio, Roma, sez. II, 21 gennaio 2011, n. 685; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 12 marzo 2007, n. 1789.

⁴²⁸ In tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 13 marzo 2013, n. 2642.

rigetto, *ex art. 10-bis*, legge n. 241 del 1990, nei confronti del soggetto istante⁴²⁹.

Al procedimento di rilascio del permesso di costruire è stato esteso il regime del silenzio assenso, fatte salve le deroghe previste in ipotesi di vincoli ambientali, paesaggistici e culturali⁴³⁰. Ne deriva che, una volta formatosi *per silentium* il permesso, l'amministrazione potrà intervenire solo in via di autotutela⁴³¹. In tal caso, occorrerà un provvedimento congruamente motivato, nel quale si pongano adeguatamente in luce le ragioni di interesse pubblico destinate ad imporsi sul correlativo sacrificio del privato, anche in considerazione dell'affidamento creatosi in capo a quest'ultimo⁴³².

La formazione del silenzio assenso sulla domanda di permesso di costruire postula che l'istanza sia assistita da tutti i presupposti di accoglibilità, non determinandosi *ope legis* l'accoglimento dell'istanza ogni qualvolta manchino i presupposti di fatto e di diritto previsti dalla norma.

In particolare, un requisito essenziale, ai fini della formazione del silenzio assenso sull'istanza, è la dichiarazione del progettista abilitato che

⁴²⁹ In tal senso, Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 26 giugno 2014, n. 3592, secondo cui il provvedimento di diniego del permesso di costruire deve necessariamente essere preceduto dal preavviso di rigetto, *ex art. 10-bis*, legge n. 241 del 1990. La violazione della predetta regola, *«sotto il profilo dell'indicazione nella motivazione del provvedimento finale delle ragioni del mancato accoglimento delle osservazioni rese dalla parte interessata – che valorizza il momento del contraddittorio fra privato e p.a. ed incide anche sul contenuto dell'atto finale indicando un contenuto necessario della motivazione – non può essere sanata in via postuma in sede processuale con integrazione negli atti difensivi della motivazione di rigetto della domanda»*.

⁴³⁰ L'art. 20, comma 8, T.U. edilizia, come da ultimo modificato dall'art. 2, comma 1, lett. b), D.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, prevede che *«decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui agli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241»*. In giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3805

⁴³¹ Si veda, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 dicembre 2016, n. 1863; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 17 giugno 2015, n. 1095.

⁴³² In tal senso, Tar Campania, Salerno, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 2619.

assevera la conformità del progetto alla disciplina urbanistica vigente. Tale dichiarazione rappresenterebbe la motivazione c.d. interna del provvedimento favorevole al privato.

Contrariamente, non potrebbe formarsi il silenzio-assenso nell'ipotesi in cui il progettista si sia limitato ad affermare genericamente la compatibilità dell'intervento rispetto alla vigente normativa ed abbia omesso qualsiasi attestazione sulla sua conformità urbanistica, stante, da un lato, l'insussistenza di una equivalenza tra i differenti concetti della conformità e della compatibilità (quest'ultima, infatti, postula un apprezzamento valutativo, sia pure alla stregua di regole tecniche) e, dall'altro, la necessità che le dichiarazioni siano rese in maniera chiara ed inequivoca dal progettista, soprattutto in considerazione delle relative responsabilità, anche sul piano penale⁴³³.

L'art. 15, comma 2, T.U. edilizia, come sopra esposto, prevede che, decorsi i termini di inizio e di ultimazione lavori, il permesso decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che, anteriormente alla scadenza, venga richiesta una proroga.

Un tema alquanto controverso concerne la necessità o meno di un provvedimento formale di decadenza.

Secondo parte della giurisprudenza, la decadenza non sarebbe automatica e, pertanto, dovrebbe essere necessariamente dichiarata con apposito provvedimento che renda operanti gli effetti della decadenza⁴³⁴.

L'orientamento prevalente ritiene, di contro, che la decadenza non dipenda da un atto amministrativo, ma dal semplice fatto dell'inutile decorso del tempo⁴³⁵. La decadenza del permesso di costruire, pertanto, opererebbe di diritto e il provvedimento dell'amministrazione avrebbe carattere meramente dichiarativo.

⁴³³ In tal senso, Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 3 aprile 2017, n. 1776.

⁴³⁴ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 249; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 3 settembre 2008, n. 10036.

⁴³⁵ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 15 aprile 2016, n. 1520; *Id.*, 11 aprile 2014, n. 1747; *Id.* 18 maggio 2012, n. 2915.

Una tesi intermedia, pur mostrandosi concorde nell'affermare che la decadenza del permesso di costruire costituisce un effetto che discende dall'inutile decorso del termine di inizio e/o completamento dei lavori autorizzati, richiede « *l'adozione di un provvedimento formale da parte del competente organo comunale, ancorché meramente dichiarativo e con efficacia ex tunc, qualunque sia l'epoca in cui è stato adottato e quindi anche se intervenuto molto tempo dopo che i termini in questione erano inutilmente decorsi, e ancorché i suoi effetti retroagiscano al momento dell'evento estintivo*»⁴³⁶.

Con particolare riguardo alla motivazione della decadenza, si ritiene che l'amministrazione non è tenuta a fornire specifiche motivazioni sulla adozione dell'atto di decadenza del permesso di costruire, in quanto non si è in presenza di un provvedimento negativo o di autotutela e la dichiarazione di decadenza, per il suo carattere dovuto, è sufficientemente motivata con la sola evidenziazione dell'effettiva sussistenza dei presupposti di fatto. Né è richiesta alcuna ulteriore specificazione, stante la immediata e diretta prevalenza dell'interesse pubblico all'attuazione della regolamentazione sopravvenuta che è imposta dalla norma in questione⁴³⁷.

L'art. 14 T.U. edilizia prevede la possibilità di rilasciare, previa deliberazione del consiglio comunale⁴³⁸, un permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici generali per gli edifici e gli impianti pubblici o di interesse pubblico, pur nel rispetto della normativa di tutela dei

⁴³⁶ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2015, n. 4823.

⁴³⁷ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 15 aprile 2013, n. 2027.

⁴³⁸ Si veda, Cons. St., sez. IV, 2 novembre 2016, secondo cui è legittimo il diniego di rilascio del permesso di costruire in sanatoria fondato su motivazioni esclusivamente giuridiche, non preceduto dal parere della commissione edilizia comunale. Il carattere obbligatorio del parere della commissione edilizia prima del rilascio del permesso di costruire trova alcune limitazioni, riferendosi alle sole questioni che riguardano l'attuazione, sotto il profilo tecnico, di uno specifico progetto costruttivo nell'ambito della vigenza di prescrizioni generali e speciali nella materia edilizio-urbanistica.

beni culturali e del paesaggio e delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia⁴³⁹.

Nell'elaborazione giurisprudenziale, il permesso edilizio in deroga è un provvedimento connotato da ampia discrezionalità⁴⁴⁰. Lo stesso, infatti, è espressione di poteri discrezionali che devono bilanciare l'interesse alla realizzazione dell'opera con molteplici altri interessi, quali quello urbanistico, edilizio, paesistico, ambientale⁴⁴¹. L'eventuale sussistenza dei presupposti di cui all'art. 14 per il rilascio di tale titolo edilizio in deroga, costituisce condizione minima necessaria, ma non certo sufficiente, al fine dell'assentibilità del richiesto intervento, permanendo in capo al Comune un'ampia discrezionalità circa l'*an* e il *quomodo* della prestazione dell'eventuale assenso⁴⁴². In tal caso, dunque, dovrà essere prevista una motivazione ancora più stringente e puntuale.

Una caratteristica fondamentale del permesso di costruire è la sua irrevocabilità, *ex art. 11, comma 2, T.U.*⁴⁴³

⁴³⁹ Il comma 1 *bis* dell'art. 14 ammette la richiesta di permesso in deroga anche in particolari casi di ristrutturazione edilizia. Con particolare riguardo all'ambito oggettivo di applicazione del permesso in deroga, può ritenersi consolidato l'indirizzo giurisprudenziale che attribuisce rilevanza fondamentale al c.d. elemento funzionale, ossia al riconoscimento dell'interesse pubblico per gli edifici che, per caratteristiche intrinseche o per destinazione funzionale, risultano idonei a soddisfare interessi o bisogni di rilevanza pubblica, indipendentemente dalla qualità dei soggetti che li realizzano. In tal senso, Cons. St., sez. IV, 5 giugno 2015, n. 2761, secondo cui «*non è necessario che l'interesse pubblico attenga al carattere pubblico dell'edificio o del suo utilizzo, ma è sufficiente che coincida con gli effetti benefici per la collettività che dalla deroga potenzialmente derivano, in una logica di ponderazione e temperamento calibrata sulle specificità del caso, ed esulante da considerazioni meramente finanziarie*».

Dal permesso di costruire in deroga *ex art. 14 T.U. edilizia* deve essere distinto il permesso di costruire in deroga *ex art. 5, comma 9, decreto legge n. 70 del 2011 (c.d. decreto sviluppo)*, che trova il suo fondamento nel perseguimento delle finalità di razionalizzazione e riqualificazione del tessuto urbano.

⁴⁴⁰ Si veda, Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4933.

⁴⁴¹ Si veda, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 8 marzo 2006, n. 2577; *Id.* 6 aprile 2005, n. 1870; Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2003, n. 4658

⁴⁴² Si veda, Tar Sicilia, Catania, sez. II, 15 dicembre 2015, n. 2890.

⁴⁴³ Si veda, Tar Puglia, Bari, sez. III, 17 marzo 2016, n. 351, secondo cui, di contro, il permesso di costruire può essere annullato d'ufficio, qualora illegittimamente emesso e ricorrano gli altri presupposti di legge; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 marzo

Ciò, tuttavia, non esclude che, ricorrendo i presupposti di cui all'art 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, l'amministrazione possa intervenire annullando d'ufficio il permesso di costruire precedentemente concesso.

La posizione in merito alla prevedibilità o meno di un obbligo di motivazione del provvedimento di annullamento d'ufficio è alquanto oscillante.

L'annullamento di un permesso di costruire, per una parte della giurisprudenza, non necessita di una espressa e specifica motivazione sul pubblico interesse, configurandosi quest'ultimo nell'interesse della collettività al rispetto della disciplina urbanistica⁴⁴⁴. La preminenza dell'interesse generale sull'interesse del privato deve considerarsi *in re ipsa* nell'esigenza del ripristino della legalità violata. In questo filone giurisprudenziale, si inseriscono anche le pronunce che tendono ad escludere la necessità di operare una comparazione tra interesse pubblico e interesse privato – e, dunque, una motivazione – ogni qualvolta l'illegittimità del titolo edilizio sia dipesa da prospettazioni non veritiere del privato, volte ad indurre in errore l'amministrazione⁴⁴⁵.

L'orientamento più recente, di contro, ha sostenuto che l'annullamento del permesso di costruire richiede una motivazione particolarmente intensa in ordine all'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino dello *status quo ante*, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, che giustifichi il ricorso al potere di autotutela della pubblica amministrazione, non

2015, n. 1670; Cons. St., sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3414, secondo cui l'irrevocabilità del permesso di costruire preclude che la valutazione di merito sulla compatibilità estetico-ambientale dei lavori possa essere rinnovata dopo il rilascio del titolo abilitativo, onde poter fondare sull'esito negativo del riesame il ritiro del provvedimento.

⁴⁴⁴ In tal senso, Tar Lazio, Latina, sez. I, 24 febbraio 2017, n. 121; *Id.*, 23 febbraio 2017, n. 112; Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660; *Id.*, 28 giugno 2016, n. 2885; Tar Campania, Napoli, sez. II, 26 febbraio 2015, n. 1312.

⁴⁴⁵ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660; Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5691.

essendo sufficiente l'intento di operare un mero astratto ripristino della legalità violata⁴⁴⁶.

Il carattere tipicamente discrezionale dell'annullamento d'ufficio è il frutto di una scelta di opportunità che deve essere congruamente giustificata e impone un'adeguata valutazione comparativa degli interessi in gioco, della quale occorre dare adeguatamente conto nella motivazione del provvedimento di autotutela. Ciò è ancora più vero ogniqualvolta sia decorso un considerevole lasso di tempo dall'operatività del titolo edilizio poi caducato, suscitando nel destinatario un ragionevole affidamento sulla legittimità del titolo edilizio stesso. Tale affidamento – con particolare riguardo ai titoli abilitativi edilizi – deve essere valutato anche in relazione allo stato effettivo dell'edificazione⁴⁴⁷.

La motivazione non può, dunque, risolversi in una formula di stile, ma deve esplicitare, con riferimento ai parametri normativi regolatori della fattispecie, agli strumenti urbanistici vigenti e agli elementi del caso concreto, l'*iter* logico-giuridico seguito dall'autorità procedente e la concreta ponderazione dell'interesse pubblico attuale e concreto e della situazione soggettiva del privato meritevole di tutela.

La questione circa il perimetro dell'obbligo di motivazione dell'annullamento d'ufficio – nella vigenza dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005 – di un permesso di costruire in sanatoria intervenuto a considerevole distanza di tempo dal suo rilascio, stante l'esistenza dei due contrapposti orientamenti sopra esposti, è stata rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴⁴⁸. Si ha, più specificamente riguardo a quelle ipotesi in cui non può,

⁴⁴⁶ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 2017, n. 341; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 18 gennaio 2017, n. 77; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 4 gennaio 2017, n. 65; *Id.*, 3 gennaio 2017, n. 60; Cons. St., sez. VI, 29 febbraio 2016, n. 816; *Id.*, 29 gennaio 2016, n. 351; *Id.*, 15 febbraio 2013, n. 915.

⁴⁴⁷ Si veda, Tar Puglia, Lecce, sez. III, 18 gennaio 2017, n. 77.

⁴⁴⁸ Si veda, Cons. St., ord., sez. IV, 19 aprile 2017, n. 1830. In particolare, si chiede se l'annullamento di un titolo edilizio illegittimo, intervenuto ad una distanza

ratione temporis, applicarsi la nuova formulazione dell'art. 21-*nonies*, che ha introdotto il termine di diciotto mesi come limite temporale per l'esercizio del potere di autotutela.

L'Adunanza Plenaria si è pronunciata con sentenza n. 8 del 17 ottobre 2017, affermando anzitutto che, nella previgente formulazione dell'art. 21-*nonies*, legge 7 agosto 1990, n. 241, l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro, anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole⁴⁴⁹.

Stabilito il principio che l'annullamento *ex officio* del titolo edilizio deve essere motivato in relazione all'interesse pubblico concreto e agli interessi dei privati controinteressati, il Collegio svolge una serie di ulteriori considerazioni che, di fatto, tendono ad alleggerire i limiti a carico dell'amministrazione nell'attività di repressione di abusi edilizi commessi da privati in esecuzione di titoli illegittimi. L'Adunanza Plenaria, infatti, afferma che: (i) il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consuma il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine «ragionevole» per la sua adozione decorre soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze

temporale considerevole dal momento del rilascio, debba o meno essere motivato in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressati, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo, anche in considerazione della valenza della novella apportata all'art. 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990.

⁴⁴⁹ Per una approfondita disamina sulla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2017, si veda, M. TRIMARCHI, *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2018, 67 ss.; G. MANFREDI, *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico in re ipsa?*, in *Urb. e app.*, 1, 2018, 45 ss.

Sul punto, si veda anche, *infra*, cap. VI, par. 2., *Annullamento in autotutela: l'elasticità dei presupposti e le ricadute in punto di motivazione*.

posti a fondamento dell'atto di ritiro; (ii) l'obbligo motivazionale gravante sull'amministrazione risulta attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati; (iii) la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo allo stesso una posizione di legittimo affidamento, pertanto l'obbligo motivazionale gravante sull'amministrazione è adeguatamente assolto mediante il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte.

L'attenuazione dell'obbligo motivazionale, che nei casi di maggiore gravità è assolto con il mero richiamo alle norme violate opera quale che sia l'origine dell'illegittimità dell'atto ed è ritenuta pienamente compatibile con la tutela del legittimo affidamento del destinatario dell'atto favorevole. Di contro, non è riconosciuto alcun affidamento meritevole di tutela se l'illegittimità deriva da una non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto. In tal caso, pertanto, la pubblica amministrazione ben potrà motivare l'atto di annullamento «*sul mero dato dell'originaria, inveritiera prospettazione*».

La decisione dell'Adunanza Plenaria, dunque, pone una soluzione di equilibrio. Da un lato, si afferma l'importante principio secondo cui, in materia edilizia, l'interesse pubblico che sta alla base dell'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi non può più essere considerato in *re ipsa*, ma deve necessariamente essere oggetto di ponderazione esplicita. Dall'altro, l'obbligo motivazionale può essere temperato da particolari circostanze del caso concreto che rendono sostanzialmente «autoevidente» la necessità di tutelare l'interesse al corretto sviluppo del territorio.

Ciò detto, è opportuno sottolineare che, a fronte di interventi realizzati in assenza di un titolo abilitativo, ovvero in difformità da essi – fino alla scadenza dei termini di cui agli artt. 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e, comunque, fino all'irrogazione delle sanzioni

amministrative – il responsabile dell’abuso, o l’attuale proprietario dell’immobile, possono richiedere il permesso in sanatoria se l’intervento risulta conforme alla disciplina urbanistico-edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda⁴⁵⁰. L’ufficio competente si pronuncia con adeguata motivazione entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata⁴⁵¹.

Il provvedimento di diniego dell’istanza di permesso di costruire in sanatoria deve essere supportato da una congrua e sufficiente motivazione, consistente nella concreta individuazione di un contrasto tra il progetto presentato e le specifiche norme urbanistiche ed edilizie⁴⁵².

Di diverso avviso pare essere una parte della giurisprudenza amministrativa, secondo la quale il diniego in sanatoria è un atto a contenuto vincolato, che è sufficientemente motivato con il compiuto riferimento alla mancanza del requisito della doppia conformità, mediante il riferimento alle norme urbanistiche ed edilizia di cui si assume il mancato rispetto⁴⁵³.

Il problema relativo alla sussistenza o meno di un obbligo di puntuale motivazione sorge anche relativamente ai provvedimenti sanzionatori, ex art. 31 T.U. edilizia, previsti in caso di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali⁴⁵⁴.

Parte della giurisprudenza, facendo leva sulla natura vincolata degli stessi, ritiene che non necessitano di una particolare motivazione. L’esercizio del potere repressivo-sanzionatorio risulterebbe

⁴⁵⁰ Art. 36 T.U. edilizia.

⁴⁵¹ Si veda, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 1° giugno 2017, n. 1231, secondo cui il silenzio serbato dall’amministrazione sull’istanza di accertamento in conformità urbanistica ha natura di atto tacito di reiezione dell’istanza.

⁴⁵² In tal senso, Tar Liguria, Genova, 6 giugno 2013, n. 866; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 24 aprile 2013, n. 618

⁴⁵³ In tal senso, Tar Puglia, Lecce, sez. III, 14 marzo 2017, n. 434.

⁴⁵⁴ Sul punto, si veda, F. VETRÒ, *Commento all’art. 31*, in M. A SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell’Edilizia*, Milano, 2015, 751 ss.

sufficientemente giustificato, quanto al presupposto, dalla mera oggettiva descrizione delle opere abusivamente realizzate e dall'assoggettabilità di queste ultime al regime del permesso di costruire, stante la previsione legislativa della conseguente misura sanzionatoria⁴⁵⁵. Non occorrerebbe, dunque, una specifica motivazione sulle ragioni di pubblico interesse che ne giustificano l'adozione, poiché l'abusività dell'opera costituisce già, di per sé sola, presupposto per l'applicazione della prescritta sanzione demolitoria. La natura vincolata del provvedimento sanzionatorio di demolizione di un manufatto abusivo esclude la necessaria ponderazione di interessi diversi da quelli pubblici tutelati e non richiede motivazione ulteriore rispetto alla dichiarata abusività, non potendo, tra l'altro, ammettersi l'esistenza di un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che neanche il tempo non può legittimare⁴⁵⁶.

Un diverso indirizzo, pur consapevole dell'orientamento prevalente contrario sopra richiamato, individua dei casi limite in cui può pervenirsi a considerazioni parzialmente difformi. Si tratta, più specificamente, di considerazioni che attribuiscono rilievo al lasso temporale intercorso dalla commissione dell'abuso, o della sua conoscenza da parte

⁴⁵⁵ In tal senso, Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 19 maggio 2017, n. 803; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 10 gennaio 2017, n. 37; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 24 maggio 2016, n. 2654, secondo cui «l'ordine di demolizione di opere edilizie abusive non abbisogna di una particolare motivazione, atteso che il presupposto per la sua adozione è costituito dalla constatata esecuzione delle opere in totale difformità dal permesso di costruire o in assenza dello stesso, sicché tale provvedimento è atto dovuto ed è sufficientemente motivato con l'affermazione dell'accertata abusività delle opere»; Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2016, n. 1774; *Id.*, 11 dicembre 2013, n. 5943, *Id.*, 23 ottobre 2015, n. 4880; Cons. St., sez. V, 11 luglio 2014, n. 4892.

⁴⁵⁶ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 6 settembre 2017, n. 4243; Tar Campania, Salerno, 23 marzo 2017, n. 607; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 25 settembre 2012, n. 3929, secondo cui anche la pretesa urbanizzazione dell'area è del tutto irrilevante e non rende legittimo l'abuso; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 23 giugno 2011, n. 3330, secondo cui, chiarita l'assoggettabilità dell'opera a permesso di costruire – non concesso – non occorre la specifica indicazione delle norme violate; Cons. St., sez. IV, 11 gennaio 2011, n. 79.

dell'amministrazione, sulla buona fede del soggetto destinatario del provvedimento sanzionatorio diverso dal responsabile dell'abuso⁴⁵⁷.

Diversamente, l'ordine di demolizione di manufatti realizzati sulla base di un permesso di costruire concesso e poi dichiarato decaduto, a seguito del mancato completamento dell'intervento nei termini di legge, non sorretto da adeguata motivazione deve ritenersi illegittimo⁴⁵⁸.

A fronte del suddetto contrasto giurisprudenziale, la questione circa la necessità o meno di motivare congruamente la sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto al ripristino della legalità violata, in presenza di un'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo intervenuta a notevole distanza temporale dalla commissione dell'abuso (allorquando il titolare attuale non è responsabile dell'abuso e il trasferimento non denota intenti elusivi), è stata rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴⁵⁹.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata con sentenza n. 9 del 17 ottobre 2017, affermando che il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo *«non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legalità violata), che impongono la rimozione dell'abuso»*. Nel caso di tardiva demolizione del provvedimento di demolizione di un manufatto edificato *sine titulo* la mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un potere-dovere

⁴⁵⁷ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 14 agosto 2015, n. 3933; Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2512; *Id.*, 4 febbraio 2014, n. 1016; Cons. St., sez. V, 9 settembre 2013, n. 4470.

⁴⁵⁸ In tal senso, Tar Campania, Salerno, sez. I, 14 settembre 2015, n. 2006.

⁴⁵⁹ Si veda, Cons. St., sez. VI, ord., 24 marzo 2017, n. 1337. In particolare, si chiede *«Se l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo (nella specie, trasferito mortis causa) debba essere congruamente motivato sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio»*.

finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico *«non è idonea a far divenire legittimo ciò che è sin dall'origine illegittimo»*.

L'ordine di demolizione presenta un *«carattere rigidamente vincolato»* e, pertanto, non richiede né una specifica e puntuale motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, né una ponderazione dell'interesse pubblico e dell'interesse privato. Da un lato, infatti, il carattere sanzionatorio e doveroso del provvedimento esclude la pertinenza del richiamo alla motivazione dell'interesse pubblico; dall'altro, la selezione e ponderazione dei sottesi interessi risulta compiuta «a monte» dallo stesso legislatore all'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Non può, inoltre, ammettersi l'esistenza di alcun affidamento legittimo (tutelabile) alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il decorso del tempo non può in alcun modo legittimare.

Secondo il Collegio, tale principio non ammette deroghe, neppure nell'ipotesi in cui l'ordinanza di demolizione intervenga a notevole distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, dunque, facendo leva sulla natura vincolata dell'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo, non assistito da alcun titolo, «dequota» il dovere motivazionale, o meglio, ne ridimensiona la portata ritenendolo adeguatamente assolto con il solo riferimento al ripristino della legalità violata.

Il principio esposto dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2017 va rapportato e limitato necessariamente alla fattispecie concreta in cui esso è stato reso: ossia la demolizione di un'opera *«giammai assistita da alcun titolo abilitativo»*. È evidente, infatti, che, in tal caso, non sussiste alcun legittimo affidamento del privato in relazione al quale ponderare l'interesse pubblico alla rimozione dell'opera.

Tuttavia, è legittimo domandarsi se tale principio di diritto possa essere ancora valido con riguardo a fattispecie ben più complesse e ben più frequenti nelle quali un titolo abilitativo sussisteva e si era formato legittimamente, secondo i diversi regimi amministrativi previsti dal d.P.R. n. 380 del 2001, e in assenza di prospettazioni non veritiere da parte del privato.

In queste ipotesi, è opportuno interrogarsi sulla perdurante validità del principio della non necessarietà di una motivazione soprattutto considerando che la demolizione, per consolidata giurisprudenza, costituisce una sanzione amministrativa reale, ma che indirettamente è carica di conseguenze afflittive sul piano patrimoniale nei confronti del soggetto che la legge inquadra come «responsabile dell'abuso».

Una parte della scienza giuridica, infatti, sostiene che la demolizione sia istituito unitario a doppia finalità: sia ripristinatoria che punitiva⁴⁶⁰.

Pertanto, per le ipotesi in cui ab origine un titolo abilitativo esisteva, ma è stato successivamente annullato, potrebbe sorgere il dubbio che una motivazione debba essere esplicitata, tanto più se l'ordinanza di demolizione non sia stata preceduta dal necessario annullamento del titolo. A ciò si aggiunga che il sistema del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede, per alcuni casi specifici, sanzioni alternative a quella demolitoria, nei quali casi sarebbe quanto mai opportuna una motivazione in ordine alle ragioni che escludono o determinano l'applicazione delle sanzioni alternative.

Ciò chiarito, si osserva in ogni caso che, la contraddizione in punto di obbligo motivazionale tra le due pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 8 e 9 del 17 ottobre 2017 è solo apparente, posto che si tratta di due fattispecie completamente differenti⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ In tal senso, si veda, E. CASSETTA, *Sanzioni amministrative* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 599 ss.

⁴⁶¹ Per un commento sulle citate sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, si veda, M. TRIMARCHI, *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, op. cit.

Nel primo caso, viene in rilievo l'ipotesi in cui l'amministrazione, a distanza di tempo dal rilascio, disponga l'annullamento in autotutela del titolo edilizio illegittimamente adottato ovvero del provvedimento di sanatoria rilasciato in assenza dei necessari presupposti richiesti dalla legge.

Il secondo caso, invece, come sopra esposto, concerne la diversa ipotesi in cui l'edificazione sia avvenuta nella totale assenza di un titolo legittimante e l'amministrazione provveda solo a distanza di un considerevole lasso temporale all'adozione dell'ingiunzione di demolizione.

3.2. I titoli abilitativi de-provvedimentalizzati: una nuova dimensione per l'obbligo di motivazione

I titoli abilitativi in materia edilizia non discendono soltanto da provvedimenti amministrativi, configurandosi anche titoli c.d. de-provvedimentalizzati.

La tendenza è quella di sostituire ai tradizionali modelli procedimentali, basati sull'emanazione di provvedimenti espressi, nuovi schemi ispirati alla liberalizzazione delle attività economiche private o alla semplificazione procedimentale⁴⁶².

La stessa legge n. 241 del 1990, fin dalla sua prima formulazione, aveva individuato uno strumento di liberalizzazione, ossia la denuncia di inizio attività, oggi segnalazione certificata di inizio attività (Scia) e uno strumento di semplificazione, ossia il silenzio assenso.

Il meccanismo della Scia si fonda sulla sostituzione del regime delle autorizzazioni amministrative, espresse o tacite, con apposite segnalazioni sostitutive da parte dei soggetti interessati. Viene, dunque, valorizzato il

⁴⁶² Si veda, G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, 179. L'Autore spiega l'insuccesso delle politiche di semplificazione richiamando la c.d. teoria dei giochi ed evidenziando l'importanza dell'instaurazione di un clima di effettiva fiducia tra tutti gli attori del gioco (segnalante, responsabile del procedimento, terzi e giudice amministrativo).

principio di auto-responsabilità, con la previsione di un controllo amministrativo successivo a fronte della immediata efficacia della segnalazione.

Il silenzio significativo, in particolare il silenzio assenso, invece, determina il formarsi di un provvedimento favorevole per effetto del silenzio serbato dall'amministrazione su un'istanza del privato e risponde, almeno in linea teorica, ad esigenze di semplificazione amministrativa.

Si tratta, dunque, di istituti che presentano molti elementi di differenziazione sul piano strutturale, ma sono entrambi il risultato di una tendenza legislativa alla de-provvedimentalizzazione dei titoli abilitativi, laddove ciò sia possibile e compatibile con il rispetto degli interessi pubblici alla cui cura la pubblica amministrazione è preposta.

La Scia è un meccanismo totalmente diverso dal silenzio assenso, rappresentando non già un modulo di semplificazione procedimentale, volto a consentire al privato il conseguimento *per silentium* di un titolo abilitativo di matrice provvedimentale, quanto di liberalizzazione amministrativa c.d. temperata, per l'esercizio di determinate attività private, quali ad esempio il commercio e l'edilizia. Attività private il cui esercizio è, quindi, sottratto ad un regime di preventivo assenso amministrativo, essendo consentito direttamente per effetto della segnalazione con cui il privato attesta la sussistenza dei presupposti prescritti dalla legge⁴⁶³.

Inoltre, non può ritenersi formato un silenzio assenso in quanto la Scia è un atto del privato non equiparabile ad un'istanza di parte volta all'avvio di un procedimento amministrativo.

Il problema della motivazione si pone, dunque, in termini diversi, relativamente ai suddetti titoli abilitativi de-provvedimentalizzati.

Nei paragrafi che seguono ci si sofferma, in particolare, sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti successivi alla presentazione di una

⁴⁶³ In tal senso, Cons. St., comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, reso sullo schema di decreto legislativo in attuazione della delega contenuta nell'art. 5, legge 7 agosto 2015, n. 124.

segnalazione certificata di inizio attività, nonché sul rapporto tra silenzio assenso e motivazione.

3.2.1. *Persistenza dell'obbligo di motivazione e Segnalazione certificata di inizio attività*

La segnalazione certificata di inizio attività (Scia), prevista dall'art. 19 della legge n. 241 del 1990, è stata oggetto di plurimi interventi di riforma che ne hanno a più riprese modificato denominazione e disciplina⁴⁶⁴.

L'istituto è stato introdotto allo scopo di operare la sostituzione generalizzata dei regimi autorizzatori aventi carattere vincolato attraverso un meccanismo alternativo di controllo pubblico all'avvio dell'attività economica privata.

Il modello su cui si basa la Scia è caratterizzato: (i) dalla previsione di un onere di segnalazione preventiva all'avvio dell'iniziativa privata; (ii) dalla connessione tra tale segnalazione e lo svolgimento lecito dell'attività di cui costituisce condizione necessaria (si richiede, altresì, la conformità alle norme che ne disciplinano lo svolgimento); (iii) dal conferimento all'amministrazione di poteri inibitori ed eventualmente ripristinatori connessi alla presentazione della Scia.

La legge delega 7 agosto 2015, n. 124 ha fortemente inciso sulla disciplina del potere amministrativo di verifica successiva dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento di attività intrapresa in base a

⁴⁶⁴ Sul punto, si veda, *ex multis*, W. GIULIETTI – N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 902 ss.; F. LIGUORI, *I modelli settoriali: Scia edilizia e procedure semplificate in tema di rifiuti*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 937 ss.

segnalazione certificata di inizio attività⁴⁶⁵. Il legislatore delegato, in particolare, ha riformulato i commi 3 e 4 del citato art. 19, legge n. 241 del 1990, che disciplinano i poteri inibitori, repressivi e conformativi attribuiti alla pubblica amministrazione. La scarsa chiarezza della normativa previgente rendeva certamente necessaria un'accurata revisione delle regole.

Ai sensi del novellato terzo comma dell'art. 19, l'amministrazione ha un termine di trenta giorni, o di sessanta nel caso di Scia ordinaria, per l'esercizio di poteri conformativi-inibitori-repressivi.

Con provvedimenti motivati, l'amministrazione può inibire la prosecuzione dell'attività segnalata e ordinare la rimozione degli eventuali effetti dannosi dalla stessa cagionati. Laddove l'attività intrapresa dal privato, benché priva dei requisiti necessari, sia suscettibile di regolarizzazione, l'amministrazione, sempre con atto motivato, invita il privato all'adeguamento, indicando le misure idonee e fissando un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione delle medesime. Decorso inutilmente tale termine, senza che il privato abbia provveduto all'adeguamento della propria attività, questa si intende vietata.

L'atto motivato di divieto dovrà esternare le ragioni dell'impossibilità di conformazione; mentre l'atto motivato di regolarizzazione dovrà esplicitare la corrispondenza alla legge delle misure di conformazione individuate, fissando un termine congruo per la loro realizzazione. L'art. 19, infatti, si limita a stabilire solo la durata minima di tale termine, ma non quella massima, proprio per consentire

⁴⁶⁵ Sulle novità della legge n. 124 del 2015 in tema di Scia, si veda, *ex multis*, M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di scia, silenzio assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015; ID., *Postilla all'editoriale "Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di scia, silenzio assenso e autotutela"*, in *Federalismi.it*, 2015; M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 2015; B. G. MATTARELLA, *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015, 621 ss.; G. MELIS, *Una buona legge e molto da fare*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015, 581 ss.

all'amministrazione di assegnare, di volta in volta, un termine adeguato alle misure di conformazione concretamente prescritte.

Con il medesimo atto motivato di invito alla conformazione, e limitatamente alle ipotesi di «*attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia ambiente, paesaggio, beni culturale, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale*», l'amministrazione dispone la sospensione dell'attività intrapresa dal privato⁴⁶⁶. Tale atto adeguatamente motivato interrompe il termine di trenta o sessanta giorni, ex art. 19, comma 3, che inizia nuovamente a decorrere dalla data in cui il privato comunica l'adozione delle misure conformative e/o ripristinatorie.

Il novellato quarto comma dell'art. 19 chiarisce il rapporto della Scia con l'annullamento d'ufficio, definendone le modalità attraverso cui l'amministrazione può incidere sull'attività del privato, dopo il decorso del termine di trenta/sessanta giorni dalla presentazione della Segnalazione certificata di inizio attività.

La disposizione in parola prevede che, decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti inibitori o ripristinatori, l'amministrazione può comunque adottare i provvedimenti di cui al precedente comma 3, ma solo «*in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-nonies, legge n. 241 del 1990*» per l'azionabilità del potere di annullamento d'ufficio. Nel nuovo comma 4 scompare il precedente riferimento esplicito alla possibilità di intervenire, successivamente alla scadenza del termine di sessanta giorni, con l'esercizio del potere di revoca, previsto dall'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990.

L'amministrazione, quindi, decorsi i termini di legge, può incidere sull'attività intrapresa in base a Scia, se sussistono le ragioni di interesse pubblico, purché intervenga entro un termine ragionevole, comunque non

⁴⁶⁶ L'art. 2, comma 2, lett. c), del D.lgs. n. 126 del 2016 (c.d. Scia 1) – recante «*Attuazione della delega in materia di segnalazione certificata di inizio attività, a norma dell'art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124*» – ha circoscritto il potere di sospensione cautelare dell'attività intrapresa dal privato ai casi tassativamente indicati.

superiore a 18 mesi⁴⁶⁷ e lo faccia tenendo conto degli interessi dei destinatari e controinteressati⁴⁶⁸.

Nei casi in cui l'amministrazione agisce in autotutela, si configura un obbligo rafforzato di motivazione con riguardo ai parametri stabiliti dal novellato art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990⁴⁶⁹. In particolare,

⁴⁶⁷ L'art. 2, comma 4, del D.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (c.d. Scia 2) – recante «*Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività, silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124*» – prescrive che «[...] il termine di diciotto mesi di cui all'art. 21-*nonies* decorre dalla data di scadenza del termine previsto per legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente. Resta fermo quanto stabilito dall'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990».

⁴⁶⁸ Sul punto, si veda, Corte Cost., 9 marzo 2016, n. 49, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 84-*bis*, comma 2, lett. b), della legge della Regione Toscana 3 gennaio 2005, n. 1, nella parte in cui stabilisce la possibilità per l'amministrazione di esercitare poteri sanzionatori per la repressione degli abusi edilizi, anche oltre il termine di trenta giorni dalla presentazione della Scia, in un numero più ampio di ipotesi rispetto alla previsione statale. Nell'ambito della materia concorrente del «governo del territorio», i titoli abilitativi agli interventi edilizi costituiscono oggetto di una disciplina che assurge a principio fondamentale e tale valutazione deve ritenersi valida anche per la Dia e per la Scia, che si inseriscono in una fattispecie, il cui effetto è pur sempre quello di legittimare il privato ad effettuare gli interventi edilizi. Tale fattispecie ha una struttura complessa e non si esaurisce, rispettivamente, con la dichiarazione o la segnalazione, ma si sviluppa in due fasi ulteriori: una prima, di ordinaria attività di controllo dell'amministrazione; una seconda, in cui può esercitarsi l'autotutela amministrativa. La disciplina di questa seconda fase è, dunque, parte integrante del titolo abilitativo e costituisce un tutt'uno inscindibile. Il suo perno è costituito da un istituto di portata generale – l'autotutela – che si colloca allo snodo delicatissimo del rapporto fra il potere amministrativo e il suo riesercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato, dall'altra. La normativa regionale, nell'attribuire all'amministrazione un potere di intervento, lungi dall'adottare disposizioni di dettaglio, ha introdotto una disciplina sostitutiva dei principi fondamentali dettati dal legislatore statale, toccando i punti nevralgici del sistema elaborato nella legge sul procedimento amministrativo e con tutti i rischi per la certezza e l'unitarietà dello stesso.

⁴⁶⁹ Si veda, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 30 novembre 2016, n. 3112, secondo cui è illegittimo l'esercizio del potere amministrativo di controllo e di inibizione-conformazione, decorsi sessanta giorni, o trenta in materia edilizia, dalla presentazione della Scia, allorché non si ravvisa alcun cenno alla sussistenza delle ragioni di interesse pubblico concreto ed attuale all'intervento in autotutela, prevalente sull'interesse del privato alla conservazione del titolo illegittimo e manca, altresì, la necessaria considerazione degli interessi dei destinatari e ponderazione tra interessi pubblici e privati; Tar Liguria, Genova, sez. I, 3 ottobre 2016, n. 970; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 20 maggio 2015, n. 739. Sul punto, si veda anche, C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1173 ss.

nell'atto di annullamento degli effetti della Scia, l'amministrazione deve dare conto delle prevalenti ragioni di interesse pubblico concrete e attuali, diverse da quelle al mero ripristino della legalità violata, che depongono per la sua adozione, tenendo in considerazione gli interessi dei destinatari e degli eventuali controinteressati.

La disposizione di cui all'art. 21-*nonies*, tra l'altro, nel fissare un termine finale generale di diciotto mesi per l'adozione di atti di autotutela ha introdotto un nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, volto al più ampio perseguimento della trasparenza, nonché della certezza dei rapporti giuridici⁴⁷⁰.

Il comma 6-*bis* dell'art. 19, legge n. 241 del 1990 – come già esposto – dimezza a trenta giorni, per la sola Scia edilizia, il termine entro cui l'amministrazione può adottare provvedimenti motivati di divieto di prosecuzione delle attività o di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Le disposizioni contenute nel citato art. 19 si applicano alla Scia edilizia, disciplinata dal Capo III del T.U. edilizia, con esclusione dei casi in cui, in base alla normativa statale o regionale, la stessa Scia edilizia sia alternativa o sostitutiva del permesso di costruire.

In tema di Scia, soprattutto in materia edilizia, spesso le leggi speciali prevedono ampie garanzie partecipative, che possono, in parte, essere assimilate a quelle offerte dal preavviso di rigetto, *ex art. 10-bis* della legge n. 241 del 1990. Si pensi all'art. 23 T.U. edilizia, che detta una disciplina speciale in ordine agli effetti che conseguono alla presentazione della Scia, prevedendo un vero e proprio procedimento *ad hoc* nel quale sono assicurate al segnalante determinate garanzie. Si ha, più specificamente, riguardo alla motivazione dell'ordine inibitorio e alla facoltà di ripresentare la segnalazione con le modifiche e le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistico-edilizia.

⁴⁷⁰ In tal senso, Cons. St., sez. comm. spec., parere, 13 luglio 2016, n. 1640.

Proprio la sussistenza di una speciale disciplina procedimentale, unitamente alla circostanza che la Scia non può letteralmente considerarsi un'«istanza di parte», costituiscono le principali argomentazioni addotte dalla giurisprudenza amministrativa per escludere l'applicabilità del preavviso di rigetto alla Scia edilizia⁴⁷¹.

In definitiva, nei limiti sopra illustrati, il controllo preventivo mediante autorizzazione espressa o tacita (per silenzio assenso) viene trasformato in controllo successivo, che si estrinseca: (i) nel potere inibitorio c.d. ordinario (art. 19, primo periodo, comma 3); (ii) nel potere conformativo (art. 19, commi 3 e 4); (iii) nel potere sanzionatorio (art. 21)⁴⁷²; (iv) nel potere inibitorio c.d. straordinario, soggetto alle condizioni di cui all'art. 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990 (art. 19, comma 4).

La motivazione dei provvedimenti che costituiscono esercizio dei sopra descritti poteri assume un ruolo di primo piano, soprattutto se si considera la tecnica di tutela del terzo leso dall'attività oggetto di Scia, prevista dall'art. 19, comma 6-*ter*, della legge n. 241 del 1990⁴⁷³.

Per quanto concerne la posizione del soggetto segnalante, è evidente che la motivazione dei provvedimenti repressivi sanzionatori è rilevante ai fini dell'esperibilità dell'azione di annullamento, così come nelle ipotesi in cui l'amministrazione adotti provvedimenti inibitori repressivi dopo la scadenza del termine di trenta o sessanta giorni alle condizioni dell'autotutela.

⁴⁷¹ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 19 giugno 2014, n. 3112; Tar Liguria, Genova, sez. I, 22 febbraio 2010, n. 663; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 776. Di segno contrario, Tar Veneto, sez. II, 19 giugno 2006, n. 1879; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 5 luglio 2006, n. 2728.

⁴⁷² Il potere sanzionatorio è collegato a falsità racchiuse nella segnalazione dell'interessato all'esercizio dell'attività ricadente sotto il regime della Scia.

⁴⁷³ L'art. 19, comma 6-*ter*, legge n. 241 del 1990 prescrive che «*La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*».

Una diversa considerazione, invece, merita il tema della motivazione in relazione alla sollecitazione del terzo leso dalla Scia e alla esperibilità del rimedio dell'azione avverso il silenzio inadempimento, *ex artt.* 31 e 117 c.p.a.⁴⁷⁴

Il terzo che si ritiene leso dalla Scia inoltrata da un altro soggetto può, in primo luogo, sollecitare l'esercizio dei poteri repressivi, inibitori, conformativi, purché la sollecitazione pervenga all'amministrazione prima della scadenza del termine di trenta/sessanta giorni, di cui all'art. 19, comma 3, legge n. 241 del 1990. Decorso tale termine, la giurisprudenza ritiene che il privato possa sollecitare soltanto l'esercizio di poteri di c.d. pseudo-annullamento, *ex art.* 19, comma 4, legge n. 241 del 1990, essendo ormai l'amministrazione decaduta dai poteri di cui al terzo comma del medesimo articolo⁴⁷⁵.

Di conseguenza, assume una notevole rilevanza l'intensità della motivazione posta dall'amministrazione alla base del diniego di esercizio dei poteri di cui all'art. 19, commi 3 e 4, legge n. 241 del 1990.

A fronte della sollecitazione del terzo, l'amministrazione può rimanere inerte, nel qual caso si configura un silenzio inadempimento e non si pone alcun problema di motivazione.

Il problema della motivazione si pone, invece, laddove l'amministrazione risponde alla sollecitazione del terzo in modo espresso, sia comunicando l'avvio di un procedimento volto a reprimere l'attività oggetto di segnalazione, sia confermando la volontà di non esercitare tali poteri.

⁴⁷⁴ La problematica della tutela del terzo in edilizia è stata, tra l'altro, affrontata da F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della Dia-Scia*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2015, 1223 ss.; G. GRECO, *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19, l. n. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2014, 645 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2014, 25 ss.; R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, 193 ss.

⁴⁷⁵ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610.

In questo secondo caso, la motivazione del diniego di esercizio dei poteri sollecitati dal privato gioca un ruolo fondamentale al fine di qualificare tale atto come un atto confermativo in proprio e, quindi, impugnabile, ovvero come atto meramente conformativo, come tale non impugnabile.

Il *discrimen* tra i due tipi di atti dipende proprio dal tipo di motivazione espressa dall'amministrazione.

Se l'amministrazione motiva il diniego di esercizio dei poteri sollecitati, compiendo una valutazione della regolarità urbanistica, della conformità agli strumenti urbanistici, o comunque esprimendo valutazioni di merito, l'atto deve qualificarsi come atto di conferma impropria ed è, dunque, autonomamente lesivo ed immediatamente impugnabile.

Al contrario, se la motivazione del diniego consiste, più semplicemente, nella conferma dell'inerzia serbata alla scadenza del termine di trenta giorni o di diciotto mesi, previsti dall'art. 19, commi 3 e 4, legge n. 241 del 1990, l'atto dovrà considerarsi come meramente confermativo, in quanto non dotato di una motivazione in grado di esprimere una rinnovata valutazione degli interessi coinvolti da parte dell'amministrazione precedente. Pertanto, l'atto, in quanto meramente confermativo, non è impugnabile.

In conclusione, si osserva che, relativamente ai provvedimenti successivi alla comunicazione di una Scia, la motivazione assume un ruolo fondamentale in ordine al regime giuridico di tali provvedimenti, sia sul piano sostanziale che sul piano processuale.

3.2.2. La motivazione dell'inerzia: il silenzio assenso quale titolo abilitativo

Il silenzio assenso assume notevole rilevanza anche in ambito edilizio, configurandosi quale vero e proprio titolo abilitativo, ancorché de-provvedimentalizzato⁴⁷⁶.

L'istituto in parola, disciplinato dall'art. 20 della legge n. 241 del 1990, costituisce un tipico rimedio per prevenire il prodursi delle conseguenze negative collegate all'inerzia amministrativa e risponde ad una logica di semplificazione procedimentale, differenziandosi, quindi dalla Scia. Quando un'attività soggiace a silenzio assenso, invero, la stessa non può dirsi liberalizzata, essendo solo regolamentato un meccanismo procedimentale più semplificato di formazione del provvedimento di esternazione dell'assenso dell'amministrazione.

Quanto alla natura giuridica, si tratta di un comportamento legalmente tipizzato, equiparato, *quod effectum*, ad un provvedimento di accoglimento dell'istanza, con conseguente assoggettamento all'ordinario regime di impugnazione previsto per i provvedimenti amministrativi⁴⁷⁷.

Lo stesso art. 20, legge n. 241 del 1990 prevede che, salva l'applicazione della Scia, ex art. 19, legge n. 241 del 1990, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, il silenzio serbato dall'amministrazione competente «*equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide*», se la stessa non comunica all'istante il provvedimento di diniego, nel

⁴⁷⁶ Sul silenzio assenso, si veda, *ex multis*, F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; A. TRAVI, *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, Milano, 2002, 82 ss.; G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. e il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2005, 1027 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 268 ss.; M. D'ORSOGNA – R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 966 ss.

⁴⁷⁷ Si veda, L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno Aipda *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, 2017. Secondo l'Autrice, il vantaggio della qualificazione in termini provvedimentali dell'inerzia è quello «*di considerarla non più come una disfunzione da correggere, ma come uno strumento di decisione con i connessi effetti giuridici e strumenti di tutela*».

termine di cui all'art. 2, commi 2 o 3, o non proceda ai sensi del secondo comma dell'art. 20⁴⁷⁸. Tali termini decorrono dalla data di ricevimento della domanda del privato. Il legislatore, tuttavia, esclude espressamente dal suo ambito applicativo una serie di ipotesi, elencate al successivo comma 4⁴⁷⁹.

Tutte le garanzie procedurali ordinarie previste dal Capo III della legge n. 241 del 1990, in tema di responsabile di procedimento, partecipazione degli interessati e accesso, vengono applicate all'istituto del silenzio assenso e ciò si ricava, implicitamente, dal richiamo compiuto dall'art. 20, comma 5, all'art. 10-*bis*, ossia alla disposizione che prescrive il c.d. preavviso di rigetto. Del resto, anche gli atti di assenso – di autorizzazione, ecc. – possono determinare un pregiudizio a terzi, per cui non vi è ragione per escluderli dal partecipare al procedimento, come del resto si deduce dall'art. 20, comma 2, che richiama le situazioni giuridiche dei controinteressati.

In particolare, ove l'amministrazione comunichi i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, il termine di formazione del silenzio assenso è interrotto e ricomincia a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni presentate dal privato, o, in mancanza, alla scadenza del termine dei dieci giorni⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ L'art. 20, comma 2, legge n. 241 del 1990, dispone che «*L'amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al comma 1, una conferenza di servizi ai sensi del capo IV, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati*». Il legislatore ha, dunque, generalizzato l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso a tutti i procedimenti di istanza di parte, pur prevedendo significative eccezioni per un considerevole numero di materia.

⁴⁷⁹ Si ha, più specificamente, riguardo alle c.d. materie sensibili (quali il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela del rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e l'incolumità pubblica); ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali; ai casi in cui la legge qualifica il silenzio come provvedimento di rigetto dell'istanza (c.d. silenzio diniego); agli atti e procedimenti individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministeri competenti.

⁴⁸⁰ Si veda, Tar Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 24 aprile 2017, n. 140; Cons. St., sez. III, 28 gennaio 2014, n. 418.

Chiarita l'equiparazione del silenzio assenso al provvedimento amministrativo formale e l'applicazione allo stesso delle garanzie procedurali e del preavviso di rigetto, occorre evidenziare un paradosso: occorre chiedersi se, e come, è possibile conciliare l'obbligo di motivazione che l'art. 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 prevede per «ogni provvedimento amministrativo» con un provvedimento tacito formato per silenzio assenso o comunque avente valore significativo.⁴⁸¹

Si potrebbe validamente sostenere che, il silenzio assenso comporti una deroga all'obbligo di motivazione proprio per soddisfare le esigenze di semplificazione cui lo stesso istituto è preordinato⁴⁸². La regola del silenzio assenso costituisce, invero, una disciplina procedimentale diretta a proteggere, in via diretta ed esclusiva, l'interesse alla certezza, alla celerità e anche al risultato utile per l'istante⁴⁸³. Ciò, in ogni caso, non esclude un grave *vulnus* dell'obbligo motivazionale, di cui all'art. 3, legge n. 241 del 1990.

A ciò potrebbe obiettarsi, ragionevolmente, che l'esigenza di semplificazione, in nome della quale si fa venir meno il *duty to give reasons*, non sia per nulla soddisfatta dal meccanismo del silenzio.

In questa sede è sufficiente osservare che, la natura bilaterale o multilaterale del rapporto amministrativo impone di chiarire verso quale parte dello stesso è rivolta la semplificazione. A ben vedere, infatti, il

⁴⁸¹ Il problema si pone chiaramente per le sole ipotesi di c.d. silenzio significativo (silenzio assenso e silenzio diniego), non configurandosi nel caso di silenzio inadempimento, ove la pubblica amministrazione sta contravvenendo all'obbligo di provvedere con un provvedimento espresso. Sul punto, si richiama la posizione espressa da L. Torchia, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, op. cit., secondo la quale «*si tratta di una decisione sui generis, presa in assenza di un procedimento, senza istruttoria, senza contraddittorio, senza partecipazione, senza motivazione*». È questo, dunque, ad avviso dell'Autrice lo svantaggio del silenzio significativo.

⁴⁸² La mancanza – legittima – della motivazione nel silenzio assenso è affermata da M. A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 3-4, 2008, 405 ss.

⁴⁸³ In tal senso, W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20*, in A. BARTOLINI – S. FANTINI – G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 485 ss.

meccanismo del silenzio costituisce indiscutibilmente uno strumento di semplificazione per quanto concerne la pubblica amministrazione e la sua azione. Ciò, tuttavia, non può sempre dirsi per quanto riguarda le parti private del rapporto amministrativo⁴⁸⁴. Talvolta, in particolare quando si tratta di attività economiche di rilevante entità, l'inerzia della pubblica amministrazione, benché significativa, più che creare semplificazione, diviene causa di incertezze e situazioni non chiare, a fronte delle quali sarebbe stato più auspicabile un provvedimento espresso.

Per ciò, occorre chiedersi se effettivamente il sacrificio dell'obbligo di motivazione sia realmente giustificato da una concreta semplificazione amministrativa.

L'implementazione delle ipotesi di inerzia tipizzata, se, da un lato, ha fatto venir meno la garanzia del provvedimento scritto per il soggetto istante, dall'altro, ha ridimensionato il sistema delle tutele del terzo. Quest'ultimo, infatti, in mancanza di una motivazione espressa, per contestare la non conformità dell'effetto prodotto dal silenzio assenso all'interesse pubblico, è costretto ad ipotizzare in giudizio una diversa configurazione dell'assetto di interessi che avrebbe potuto essere dedotto nel provvedimento espresso, con tutte le difficoltà connesse ad un giudizio di tipo prognostico.

La mancanza di una motivazione espressa, infatti, ha determinato, al fine di tutelare le esigenze di certezza del destinatario beneficiante del silenzio assenso, l'ammissibilità di un'azione giudiziale volta all'accertamento della formazione dello stesso, *ex art.* 31 del codice del processo amministrativo. Si tratta, come noto, della ormai pacificamente ammessa azione di accertamento atipica.

Quanto, invece, alle esigenze di tutela del terzo leso dal silenzio assenso, l'assenza di una motivazione espressa rende impossibile, o

⁴⁸⁴ Spetta, infatti, al privato compiere una serie di adempimenti e attività (anche molto onerose), generalmente di competenza dell'amministrazione.

estremamente difficile, impugnare in giudizio l'anzidetto silenzio significativo. Il terzo, infatti, oltre a poter utilizzare lo strumento dell'azione di accertamento negativo della formazione del silenzio assenso, è legittimato ad impugnare lo stesso ma, sostanzialmente, non conoscendo le motivazioni alla base dell'assenso tacito o, comunque, dovendo presumerele in chiave prognostica⁴⁸⁵.

In ogni caso, decorso il termine per la formazione del silenzio assenso, l'amministrazione perde il potere di provvedere in maniera espressa. L'esaurimento del potere è compensato dalla possibilità di incidere sugli effetti del silenzio assenso agendo in autotutela, ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990⁴⁸⁶.

La revoca può essere legittimamente motivata anche con le stesse considerazioni di fatto e di diritto che, ove correttamente svolte a tempo debito, avrebbero condotto al diniego dell'atto che viene successivamente revocato⁴⁸⁷. In sede di annullamento d'ufficio di un silenzio assenso, invece, rimane integro in capo alla pubblica amministrazione il potere-dovere di compiere, per la prima volta, quelle valutazioni che essa a suo tempo avrebbe potuto e dovuto porre a fondamento dell'esercizio della funzione istituzionale di primo grado ad essa spettante⁴⁸⁸.

4. *Lo strumento concessorio, le scelte amministrative e i conseguenti obblighi motivazionali*

⁴⁸⁵ Di conseguenza, sorge l'ulteriore problema – solo accennato, ma non affrontato nella presente trattazione – della possibilità per la pubblica amministrazione convenuta in giudizio di motivare *ex post* il silenzio significativo in sede processuale.

⁴⁸⁶ Si veda, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521; Tar Lazio, Roma, sez. II-*ter*, 22 maggio 2012, n. 4605; Tar Lazio, Roma, sez. II, 16 novembre 2011, n. 8951; Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2007, n. 586.

⁴⁸⁷ In tal senso, Cons. St., sez. III, 12 novembre 2014, n. 5582; *Id.*, 23 dicembre 2011, n. 6810.

⁴⁸⁸ In tal senso, Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 15 luglio 2014, n. 351; Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1767.

Il processo di integrazione tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale, per quanto riguarda le concessioni, ha portato allo sviluppo di un duplice concetto di concessione.

Nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione Europea, che è rivolto principalmente alla tutela della concorrenza – nel mercato e per il mercato – le concessioni sono sempre state considerate alla stregua di veri e propri contratti pubblici⁴⁸⁹.

Nel nostro ordinamento, invece, si è in passato sviluppata una c.d. concezione dualistica delle concessioni⁴⁹⁰.

Tradizionalmente, infatti, la concessione è definita come un provvedimento amministrativo con cui la pubblica amministrazione attribuisce in capo al privato situazioni giuridiche soggettive non preesistenti nella sua sfera giuridica personale o patrimoniale⁴⁹¹. Al

⁴⁸⁹ Secondo il considerando n. 11 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, le concessioni di lavori e di servizi «sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Tali contratti hanno per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo». Tale definizione richiama quanto già affermato dalla Commissione nella «Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario» del 12 aprile 2000. Sulla nozione comunitaria di concessione, *ex multis*, E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013; M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 7, 2014, 741 ss.; A. PAJNO – L. TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, Roma, 2015.

⁴⁹⁰ Per una ricostruzione della *querelle* sulla natura giuridica delle concessioni, si veda, *ex multis*, AA. VV., *Le concessioni di lavori pubblici*, in M. A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. IV, Milano, 2008, 2457 ss.; G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012; A. BOTTO – L. IANNOTTA, *La concessione dei lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *op. cit.*; M. CERUTI, *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, 6, 2016, 637 ss.

⁴⁹¹ Sul punto, si veda, *ex multis*, C. VITTA, *Concessioni amministrative* (voce), in *Nov. dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, 919 ss.; P. A. SILVERSTRI, *Concessione amministrativa*

provvedimento amministrativo attributivo concede una c.d. concessione-contratto, che stabilisce i reciproci diritti e obblighi dal punto di vista patrimoniale.⁴⁹²

In ogni caso, l'influenza dell'ordinamento europeo su quello nazionale ha condotto ad inquadrare la concessione come un rapporto giuridico unitario, di natura contrattuale. In tal modo, la scelta del concessionario avviene tramite procedure ad evidenza pubblica.

Ciò emerge anche dalle definizioni contenute all'art. 3, lett. *uu*)⁴⁹³ e *vv*)⁴⁹⁴, del D.lgs. n. 50 del 2016, di recepimento della direttiva 2014/23/UE, che qualificano le concessioni di lavori pubblici e di servizi, come contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto, mediante i quali una o più

(voce), in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 370 ss.; V. CAIANELLO, *Concessioni* (dir. amm.) (voce), in *Nov. dig. it.*, Appendice, vol. II, Torino, 1981, 234 ss.; F. G. COCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Rimini, 1988; M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative* (voce), in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1988, 2 ss.; D. SORACE – C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative* (voce), in *Dig., disc. pubbl.*, vol. III, Torino 1989, 280 ss.; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, vol. I, Milano 2007, 250 ss.

⁴⁹² La fattispecie concessoria risulta, quindi, dalla combinazione di due momenti: (i) l'uno autoritativo, identificabile nell'atto unilaterale mediante il quale l'amministrazione attribuisce il diritto; (ii) l'altro paritetico, rappresentato da una convenzione bilaterale, volto a disciplinare i rapporti patrimoniali tra le parti.

⁴⁹³ Secondo l'art. 3, comma 1, lett. *uu*), D.lgs. n. 50 del 2016, la concessione di lavori pubblici è il «*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere*».

⁴⁹⁴ Secondo l'art. 3, comma 1, lett. *vv*), D.lgs. n. 50 del 2016, la concessione di servizi è «*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lett. ll), riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi*».

amministrazioni aggiudicatrici affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi ad un operatore economico⁴⁹⁵.

Il contratto di concessione ha, quindi, per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi e il relativo corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario dei rischi legati alla gestione e allo sfruttamento economico dell'attività o dell'opera.

La caratteristica principale che vale a distinguere la concessione di lavori o di servizi dal contratto di appalto pubblico risiede proprio nella c.d. traslazione del rischio in capo al concessionario, oltre che nelle modalità di remunerazione del privato⁴⁹⁶.

Da un lato, il concessionario è remunerato direttamente dall'utenza, ricavando i propri introiti dalla gestione dell'opera realizzata o dalla

⁴⁹⁵ In tal senso, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.

⁴⁹⁶ Nel considerando n. 18 della direttiva 2014/23/UE si riconosce che «*la caratteristica principale di una concessione [...] implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore*». La Cgue aveva già affermato che il rischio d'impresa idoneo a qualificare il rapporto concessorio si concreta nell'impossibilità per l'amministrazione concedente di assicurare, in tutto e per tutto, la remuneratività dell'investimento per il soggetto concessionario. Il rischio di gestione rilevante, ai fini della configurazione del rapporto come concessione, deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, che può tradursi segnatamente nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o, ancora, nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio, con esclusione, quindi, dei rischi legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico ovvero dei rischi propri di qualsiasi contratto. Si veda, *Ex multis*, Cgue, sez. III 10 marzo 2011, causa C-274/09 (*Privater Rettungsdienst und Frankentransport Stadler c. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau e altri*); Cgue, sez. II, 10 novembre 2011, causa C-348/10 (*Norma-A Sia, Dekom Sia c. Latgales plānošanas regions*); Cgue, sez. III, 10 settembre 2009, causa C-206/08 (*WAZV Gotha c. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH e altri*).

gestione del servizio o del bene pubblico⁴⁹⁷. Al contrario, mediante il contratto di appalto la pubblica amministrazione remunera direttamente l'appaltatore.

Dall'altro lato, la suddetta differenza si riflette anche sulla distribuzione del c.d. rischio operativo⁴⁹⁸. Mentre nel contratto di appalto, i rischi operativi collegati alla realizzazione dell'opera e al suo futuro utilizzo ricadono inevitabilmente in capo all'amministrazione aggiudicatrice; nelle concessioni, essendo il privato remunerato direttamente dall'utenza, i rischi collegati alla realizzazione dell'opera o alla gestione del servizio o del bene pubblico vengono traslati in capo al privato concessionario. Si tratta di rischi tra loro alquanto eterogenei; solitamente si suole distinguere tra: (i) rischio operativo in senso stretto, cioè il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico⁴⁹⁹; (ii) rischio di costruzione, cioè il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli *standard* di progetto, all'aumento di costi, a inconvenienti di tipo tecnico

⁴⁹⁷ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571; *id.*, Cons. St., 21 maggio 2014, n. 2424.

⁴⁹⁸ Sul punto, si veda, F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, 743 ss.; F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 4, 2011, 703 ss.; E. MAURO, *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 5, 2011, 1183 ss. In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2424; Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 236; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682; Cons. St., sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068.

⁴⁹⁹ L'art. 3, lett. zz), D.lgs n. 50 del 2016, definisce il rischio operativo come «*il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico*», precisando che «*si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile*».

nell'opera e al mancato completamento dell'opera⁵⁰⁰; (iii) rischio di disponibilità, cioè il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per *standard* di qualità previsti⁵⁰¹; (iv) rischio di domanda, cioè il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e, quindi, di flussi di cassa⁵⁰².

Le concessioni di lavori e di servizi si configurano, dunque, quali modalità di *outsourcing* del rischio realizzativo/gestionale e rispondono all'esigenza di individuare un soggetto idoneo a realizzare un'operazione di pubblico interesse, che si ripaghi del capitale investito mediante la gestione economica dell'operazione stessa⁵⁰³.

⁵⁰⁰ L'art. 3, lett. *aaa*), D.lgs n. 50 del 2016, definisce il rischio di costruzione come «il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera».

⁵⁰¹ L'art. 3, lett. *bbb*), D.lgs n. 50 del 2016, definisce il rischio di disponibilità come «il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti».

⁵⁰² L'art. 3, lett. *ccc*), D.lgs n. 50 del 2016, definisce il rischio di domanda come «il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa».

⁵⁰³ Si veda, Cons. St., Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13.

Nei contratti di concessione, pubblico e privato hanno interessi contrapposti: mentre l'impresa privata ha come obiettivo quello di massimizzare il suo profitto, l'amministrazione deve difendere l'interesse pubblico realizzando buone opere, offrendo servizi adeguati e contenendo la spesa pubblica. In tal senso, A. NICITA – V. SCOPPA (a cura di), *Economia dei contratti*, Roma, 2005. La pubblica amministrazione concedente, inoltre, è meno informata dei privati rispetto all'oggetto del contratto di concessione, configurandosi, in tal caso, una peculiare ipotesi di asimmetria informativa a danno della parte pubblica e a vantaggio del privato. Nei contratti di concessione il rapporto tra pubblico e privato può, dunque, essere assimilato a quello studiato dagli economisti nella c.d. teoria dell'agenzia. Tale teoria studia i rapporti intercorrenti tra un committente – *principle* – e un agente – *agent* – che viene remunerato dal primo per realizzare il proprio interesse. Il rischio connesso a tale rapporto è che l'agente, approfittando del proprio vantaggio informativo, possa assumere dei comportamenti opportunistici, volti a massimizzare la propria utilità a danno del committente. Sul punto, si veda anche, K. J. ARROW, *The economics of agency*, in J. PRATT – R. ZECKHAUSER, *Principals and agents: the structure of business*, Boston, 1985; M. J. HORN, *The political economy of public administration: institutional choice in the public sector*, Cambridge, 1995.

Ciò chiarito, il primo momento in cui assume rilievo l'obbligo di motivazione è quello della scelta effettuata dall'amministrazione tra appalto e concessione.

Si tratta, a ben vedere, di una scelta strettamente legata alla natura e alle caratteristiche dell'opera da realizzare o del servizio da gestire, ove vengono in rilievo valutazioni espressione di discrezionalità mista, sia pura che tecnica, le quali necessitano di adeguata motivazione.

Una distinzione rilevante ai fini della scelta è certamente quella tra opere c.d. fredde e opere c.d. calde⁵⁰⁴.

Si parla di opere c.d. fredde in relazione ad opere o servizi caratterizzati dall'impossibilità o dalla maggiore difficoltà di conseguire ricavi attraverso gli utenti (*i.e.* modello ospedali, carceri). Si tratta, infatti, opere proprie di settori nei quali mancano apprezzabili flussi di cassa, che non generano ricavi tali da poter ripagare l'investimento.

La minore capacità di generare introiti rende tali opere fredde poco appetibili per gli investitori e operatori economici privati. Ciò si traduce in una maggiore difficoltà nell'uso dello strumento concessorio, il quale si rivela meno adeguato e meno efficace rispetto all'appalto.

Quanto appena rappresentato conduce ad un'ulteriore riflessione che interessa da vicino il tema della motivazione. A fronte di un'opera o di un servizio scarsamente redditizio per il privato, si deve ritenere che la scelta amministrativa di utilizzare comunque lo strumento della concessione debba essere soggetta ad un obbligo di motivazione rafforzato. Attesi gli aggravii economici che potrebbero derivare in capo alla pubblica amministrazione in termini di maggiori costi di compensazione, ovvero di minori introiti, è evidente che la scelta deve essere validamente motivata.

⁵⁰⁴ Sulla distinzione tra opere c.d. calde e fredde, si veda, G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1, 2015, 101 ss.; G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, 1095 ss.

Si definiscono, invece, opere c.d. calde, le opere e i servizi che, per loro natura, generano ricavi di gestione (*i.e.* modello autostrade, reti del gas, parcheggi).

È, dunque, evidente che, per le opere calde, la scelta tra appalto e concessione diviene meno rilevante. Sono utilizzabili entrambi gli strumenti contrattuali e la scelta dell'uno o dell'altro ricade nella discrezionalità della pubblica amministrazione. Questa, infatti, sceglie, secondo valutazioni di opportunità e convenienza, se assumere direttamente la gestione dell'opera o del servizio, ovvero se affidarli in concessione ad operatori economici privati.

Di conseguenza, in linea teorica, in caso di ricorso all'appalto, ci si potrebbe interrogare circa la necessità di una motivazione, nella determina a contrarre, della scelta dell'appalto anziché della concessione. Si tratta, tuttavia, di una scelta – tra l'appalto e la concessione a seconda dell'oggetto – che potrebbe in concreto essere motivata implicitamente. La motivazione del ricorso all'uno o all'altro strumento potrebbe ravvisarsi proprio nella scelta dell'uno anziché dell'altro.

La disciplina applicabile alle concessioni di lavori pubblici e di servizi si rinviene negli artt. 164 e ss. (Parte III) del D.lgs n. 50 del 2016⁵⁰⁵.

Per quanto riguarda la disciplina delle procedure di aggiudicazione e di affidamento delle concessioni, il secondo comma dell'art. 164, del nuovo Codice dei contratti pubblici, opera un rinvio generale alla disciplina di cui alle Parti I e II del medesimo Codice, sia pure con l'introduzione di una clausola di compatibilità⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Il nuovo Codice dei contratti pubblici detta una disciplina unitaria, operando, per la prima volta, una sostanziale codificazione dell'istituto della concessione. Sul punto, veda, *ex multis*, M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 476 ss.; C. CONTESSA, *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in *Urb. e app.*, 8-9, 2016, 933 ss.; G. F. CARTEI, *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urb. e app.*, 8, 2016, 939 ss.

⁵⁰⁶ L'art. 164, comma 2, prescrive che «*Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai*

Ne deriva che, per quanto concerne la motivazione degli atti della procedura di evidenza pubblica, valgono le considerazioni già svolte relativamente agli appalti pubblici⁵⁰⁷.

Il ruolo del rischio operativo nelle concessioni, inoltre, spiega il peso ricoperto dall'equilibrio economico-finanziario della gestione, che deve presiedere e sovrintendere il rapporto concessorio per l'intera durata⁵⁰⁸.

I rischi di un contratto di concessione devono essere preliminarmente valutati dal concessionario nel piano economico-finanziario⁵⁰⁹. Si tratta di un documento posto alla base di ogni contratto di concessione, che determina la convenienza a realizzare il progetto, ovvero i profitti attesi, considerando anche il rischio dell'operazione. Il piano economico-finanziario è di assoluto rilievo anche per valutare la successiva c.d. bancabilità dell'investimento, consistente nelle condizioni che gli istituti di credito richiedono per erogare il finanziamento.

Sul punto, si potrebbe validamente argomentare che una motivazione circa la scelta del miglior concessionario effettuata

principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione». Il successivo comma 3, invece, esclude dall'ambito applicativo della disciplina richiamata i servizi non economici di interesse generale.

⁵⁰⁷ Si veda, *infra*, cap. III, par. 2, «*I bandi di gara e gli atti di gara: se e quanto motivare*». Si ha, in particolare riguardo alla motivazione della determina a contrarre, del bando di gara, dei criteri di scelta del contraente, dei provvedimenti di aggiudicazione e di esclusione.

⁵⁰⁸ L' art. 3, lett. *fff*) definisce l'equilibrio economico e finanziario come «*la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria*» e precisa che per convenienza economica si intende «*la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito*»; laddove sostenibilità finanziaria, si intende, invece, «*la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento*». L'art. 165, comma 1, prevede che il rischio operativo deve essere riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio economico-finanziario.

⁵⁰⁹ Si veda, G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, op. cit.

dall'amministrazione – e, dunque, una motivazione del provvedimento di aggiudicazione – sia implicita nel piano economico-finanziario predisposto dallo stesso operatore economico privato prescelto. La motivazione, in particolare, risiederebbe nelle valutazioni espresse dal privato concessionario in merito all'oggetto, al rischio operativo, alle prospettive di ricavi e, più in generale, alla convenienza della concessione.

Strettamente legata all'equilibrio economico economico-finanziario è anche la durata delle concessioni, poiché da essa dipende l'ammontare complessivo dei ricavi attesi, oltre che una parte dei costi attesi, ovvero quelli della fase di gestione.

Alla luce di quanto previsto dalla direttiva 23/2014/UE, e poi ribadito dall'art. 168, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, la durata delle concessioni deve essere limitata e determinata nel bando di gara, tenendo conto dei lavori o servizi richiesti al concessionario. Tra i parametri che determinano la durata della concessione si collocano, altresì, il valore della concessione e la complessità organizzativa dell'oggetto della stessa.

Una durata-tipo della concessione appare di ardua, se non impossibile, definizione proprio a causa della variabilità degli elementi che determinano la sostenibilità economico-finanziaria dell'opera.

Il successivo comma 2, del citato art. 168, prevede che la durata massima delle concessioni ultraquinquennali non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario *«individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici, come risultante dal piano economico-finanziario»*.

L'attuale Codice dei contratti pubblici, a differenza del previgente, non pone alcun limite massimo di durata della concessione. Ciò comporta che l'amministrazione concedente dovrà adeguatamente motivare la scelta della durata della concessione. Si deve trattare di una motivazione puntuale

e articolata sugli specifici parametri di tenuta dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e delle relative componenti.

Le concessioni di durata molto lunga, infatti, possono dar luogo alla preclusione dell'accesso al mercato, ostacolando, di fatto, la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento, con il rischio di creare extraprofiti al concessionario⁵¹⁰. Allo stesso tempo, però, vi è la consapevolezza che la maggiore durata di un contratto di concessione può essere giustificata in ragione della necessità del concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire l'oggetto del contratto, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito. Ed è proprio questo che deve emergere dalla motivazione della scelta di attribuire una data durata al contratto di concessione.

Nel caso in cui la durata della concessione sia sottodimensionata rispetto al perseguimento dell'equilibrio del piano economico-finanziario, l'amministrazione può procedere ad una forma di compensazione. Tale compensazione, tuttavia, non deve eliminare il rischio operativo della concessione, facendone venir meno l'essenza. In tal caso, e in tutti gli altri casi in cui il piano non possa pervenire ad un equilibrio per insufficienza di ricavi, possono aggiungersi quote di finanziamento pubblico a quelle del privato.

La direttiva europea del 2014 e il D.lgs. n. 50 del 2016 di recepimento, inoltre, ammettono la possibilità di adattare la concessione a eventuali circostanze sopravvenute all'aggiudicazione, senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione⁵¹¹.

L'art. 175 del nuovo Codice dei contratti pubblici, in particolare, elenca una serie di ipotesi in cui il contratto concessorio può essere modificato senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione, a condizione che il valore della concessione iniziale non aumenti

⁵¹⁰ In tal senso, il considerando n. 52 della direttiva 23/2014/UE.

⁵¹¹ Si veda, l'art. 43 della direttiva 23/2014/UE, nonché l'art. 175 del D.lgs. n. 50 del 2016, che riflette quali alla lettera il predetto articolo della direttiva.

complessivamente più del 50 % e che non si alteri la natura generale della concessione medesima.

In ogni caso, il criterio di riferimento generale per ovviare alla necessità di una nuova procedura di aggiudicazione è quello della c.d. «modifica sostanziale», prevista dall'art. 175, comma 7, D.lgs. n. 50 del 2016.

L'amministrazione, nell'ipotesi sopra esposta, dovrà adeguatamente motivare la scelta di apportare le modifiche necessarie al contratto di concessione, evidenziando, in particolare, che non si tratta di modifica sostanziale.

Il successivo art. 176, comma 1, D.lgs. n. 50 del 2016, infine, prevede che, fermo restando l'esercizio dei poteri di autotutela, il rapporto concessorio può cessare quando il concessionario non abbia i requisiti generali, *ex art. 80*, D.lgs. n. 50 del 2016, quando siano state violate le previsioni comunitarie con riferimento al procedimento di gara per la scelta del concessionario, ovvero nel caso di modifica contrattuale richiedente una nuova procedura di aggiudicazione. Nelle suddette ipotesi non si applicano i termini previsti dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990.

Se la concessione viene risolta per inadempimento del concedente o revocata per motivi di pubblico interesse, spettano al concessionario il valore delle opere realizzate – o i costi effettivamente sostenuti – le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere derivanti dalla risoluzione del contratto, oltre che un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10% del valore delle opere o del servizio ancora da eseguire secondo il piano economico-finanziario.

Nella fase esecutiva del rapporto, la risoluzione per inadempimento del concessionario, invece, segue il regime generale previsto dall'art. 1453 cod. civ. In tale ultima ipotesi, l'art. 176, commi 8 e 9, D.lgs. n. 50 del 2016, prevede esplicitamente che i finanziatori possono indicare un operatore economico che subentra nel rapporto concessorio, avente

caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o quanto meno analoghe a quelle previste nel bando di gara.

Gli atti risolutivi a carattere pubblicistico sono certamente soggetti all'obbligo di motivazione. Quelli privatistici seguono le norme del codice civile, ma in ogni caso trovano un limite nel canone di buona fede, il quale impone un esercizio motivato secondo correttezza dei poteri privatistici discrezionali.

5. *La motivazione nell'affidamento in concessione e nella gestione dei beni pubblici*

L'utilità pubblica cui sono destinati i beni pubblici⁵¹², demaniali e del patrimonio indisponibile, può essere perseguita mediante distinte modalità: (i) un uso esclusivo (o diretto) da parte della pubblica amministrazione; (ii) un uso generale da parte di qualsiasi soggetto pubblico o privato; (iii) un uso particolare da parte di soggetti pubblici o privati cui è riservato un certo utilizzo del bene.

Trattasi, in tale ultimo caso, di una riserva di utilizzazione che può derivare direttamente dalla legge o da un provvedimento amministrativo, come la concessione, volta ad escludere che soggetti diversi dal concessionario possano utilizzare il bene⁵¹³.

La scelta del tipo di uso di un bene pubblico ricade nella discrezionalità riconosciuta in capo all'amministrazione e deve essere adeguatamente motivata. Non rileva, in senso ostativo all'esercizio del

⁵¹² Si veda, M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1967; M. RENNA, *Beni pubblici* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. I, Milano, 2006, 714 ss.

⁵¹³ Il provvedimento con il quale è trasferito al privato l'uso di un bene pubblico ha natura di concessione-contratto, consistente nella combinazione di un provvedimento amministrativo di carattere autorizzatorio e di una convenzione di diritto privato recante la disciplina concreta del rapporto. In tal senso, Cass. civ., SS. UU., 8 luglio 2005, n. 14329. Sul punto, si veda anche, B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008.

potere di scelta, la destinazione del bene demaniale e la circostanza che lo stesso sia stato precedentemente oggetto di concessione. Non vi è dubbio, invero, che alla scadenza della concessione la pubblica amministrazione possa motivatamente rinnovare la valutazione dell'interesse pubblico e ritenere preferibile destinare il bene al libero uso della collettività, anziché disporre il rinnovo della concessione⁵¹⁴.

La concessione demaniale, in ogni caso, è rilasciata in vista del miglior utilizzo del bene pubblico cui afferisce, pertanto richiede la verifica in ordine alle modalità di utilizzazione, da parte del concessionario, del bene medesimo, al fine di accertarne la coerenza rispetto a quanto stabilito nel titolo⁵¹⁵.

Quanto all'individuazione del privato cui trasferire il diritto di utilizzo del bene, si ritiene ormai pacifico il ricorso alla gara. La sottoposizione ai principi di evidenza pubblica trova il suo fondamento nella circostanza che mediante la concessione di beni pubblici si fornisce un'occasione di guadagno ai soggetti operanti sul mercato. Un bene pubblico «contendibile» può essere dato in concessione a privati, a scopi imprenditoriali, solo all'esito di una procedura comparativa ad evidenza pubblica⁵¹⁶.

⁵¹⁴ In tal senso, Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 5 luglio 2017, n. 235; Cons. St., sez. VI, 7 marzo 2016, n. 892. Si veda anche, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 19 maggio 2015, n. 1633, secondo cui «*Il principio cardine in materia di concessioni demaniali è che la decisione spettante all'ente locale in ordine al rilascio di tali titoli ha natura ampiamente discrezionale, competendo, quindi solo al Comune stabilire se attribuire il bene in uso al privato richiedente, ovvero lasciarlo alla libera fruizione collettiva; e nell'esercizio di tale scelta, altrettanto pacifico è che la via preferibile è quest'ultima, atteso che il bene demaniale è pubblico e quindi tutti devono avere di regola il diritto di farne uso*».

⁵¹⁵ Si veda, Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4551; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 7 luglio 2015, n. 643, secondo cui «*[...] laddove l'amministrazione consenta ad un privato di fruire di un bene pubblico per determinati usi, la circostanza che il provvedimento amministrativo non rechi specifica indicazione delle modalità di esercizio della facoltà in tal modo riconosciuta lascia libero l'ente di definire ex post i contorni, sempre che ciò non si traduca nella vanificazione del titolo del privato*».

⁵¹⁶ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 394; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 marzo 2015, n. 125; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 2 ottobre

I principi in materia di libera circolazione, *par condicio*, imparzialità e trasparenza, infatti, si applicano anche a materie diverse dai contratti pubblici, essendo sufficiente che venga in rilievo un'attività suscettibile di apprezzamento in termini economici⁵¹⁷. Nello stesso senso si è espressa anche la Corte Costituzionale, la quale ha affermato che i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime devono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale⁵¹⁸.

Il concessionario di un bene demaniale, dunque, non può vantare, se non diversamente disposto nell'atto concessorio, alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto. Conseguentemente, il relativo diniego, nei limiti della ragionevolezza e logicità dell'azione amministrativa, non necessita di ulteriore e speciale motivazione, essendo equiparabile al rigetto di un'ordinaria istanza di concessione, né implica alcun diritto di insistenza, allorché l'amministrazione intenda procedere ad un nuovo sistema di affidamento mediante gara pubblica o procedura comparativa⁵¹⁹.

L'obbligo motivazionale, invece, assumeva assoluta rilevanza, per le concessioni demaniali marittime, nella vigenza del c.d. diritto di insistenza, *ex art. 37, comma 2, R.D. 30 marzo 1942, n. 327* (c.d. Codice della navigazione), successivamente abrogato dall'art. 1, comma 18, del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni nella legge 26 febbraio 2010, n. 25⁵²⁰, e della proroga *ex lege* alla data di scadenza,

2013, n. 578; Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5, relativamente a un caso di concessione di suolo pubblico.

⁵¹⁷ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 394; *Id.*, 7 marzo 2016, n. 889; *Id.*, 6 novembre 2015, nn. 5050, 5053, 5056, 5057, 5060.

⁵¹⁸ Si veda, Corte Cost., 7 luglio 2017, n. 157.

⁵¹⁹ In tal senso, Cons. St., sez. V, 25 luglio 2014, n. 3960; *Id.*, 21 novembre 2011, n. 6132.

⁵²⁰ Il diritto di insistenza consiste in una preferenza accordata al precedente concessionario rispetto agli altri concorrenti nel momento in cui l'amministrazione, dopo la scadenza della concessione, doveva procedere a nuova assegnazione del bene. Sul punto, si veda, S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2003, 355 ss.

prevista dall'art. 1, comma 18, del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni nella legge 26 febbraio 2010, n. 25, come da ultimo modificato⁵²¹.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata sulla compatibilità della disciplina nazionale riguardante le concessioni demaniali marittime rilasciate a coloro che esercitano attività c.d. turistico-ricreative⁵²². La Corte di Lussemburgo, in particolare, ha affermato che gli artt. 49 TFUE e 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva *Bolkenstein*)⁵²³ ostano a misure nazionali che prevedono proroghe automatiche delle concessioni marittime e lacunali, per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati, nonché a norme che prevedano diritti di insistenza o prelazioni per il concessionario uscente – salva l'eccezione del *project financing*.

⁵²¹ L'Italia, per dare risposte alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nel 2008 sul c.d. diritto di insistenza, ha inserito nell'art. 1, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, un comma 18, con cui la durata delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative è stata prorogata fino al 2015, e successivamente fino al 2020, al fine di consentire in tale lasso di tempo la predisposizione di una riforma alla normativa sul rilascio di concessioni di tale tipo.

⁵²² Si veda, Cgue, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 (*Promoimpresa Srl c. Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e altri*) e C-67/15 (*M. Melis c., Provincia di Olbia Tempio e altri*). Nello stesso senso, Cgue, sez. V, 17 dicembre 2015, cause riunite C-25/14 (*Union des syndicats de l'immobilier c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social e altri*) e C-26/14 (*Beaudout Père et Fils Sarl c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social e altri*); *Id.*, sez. X, 14 novembre 2013, causa C-221/12 (*Belgacom NV c. Interkommunale voor Teledistributie van Gewest Antwerpen e altri*); *Id.*, sez. II, 17 luglio 2008, causa C-347/06 (*ASM Brescia Spa c. Comune di Rodegno Saiano*). Sul punto, si veda anche, G. BELLITTI, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacunali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2017, 60 ss.; E. BOSCOLO, *beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, 11, 2016, 1211 ss.

⁵²³ La direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva *Bolkenstein* o direttiva servizi) si pone l'obiettivo «di eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri, nonché garantire ai destinatari e ai prestatori la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali del trattato» (considerando n. 5). L'art. 49 della citata direttiva, in particolare, può trovare applicazione anche in merito alla gestione del demanio marittimo, ove si accentui la strumentalità dell'assegnazione in concessione di un bene pubblico quale mezzo per l'esercizio di servizi (pubblici) turistici.

Le amministrazioni concedenti, pur disponendo della tipica discrezionalità nella scelta della procedura di aggiudicazione, devono in ogni caso garantire che la selezione del miglior candidato avvenga in base a criteri obiettivi. Ciò al fine di garantire l'effettiva apertura alla concorrenza del settore delle concessioni di beni demaniali, garantire la competizione tra gli operatori economici e consentire l'esperibilità del controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione. I principi comunitari non possono essere elusi attraverso l'utilizzo di modelli che abbiano l'effetto di conservare, in capo all'*incumbent* – concessionario uscente – il diritto di prolungare quasi indefinitamente l'utilizzo del bene pubblico⁵²⁴.

⁵²⁴ Si veda, Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2017, nn. 393, 394, 395, secondo cui «*Alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica, poiché idonee a fornire una situazione di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato, devono applicarsi i principi in materia di appalti, quali quelli della loro necessaria attribuzione mediante procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie, nonché tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti*».

CAPITOLO V

LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI RESTRITTIVI E LA TUTELA DEL DESTINATARIO

SOMMARIO: 1. Il procedimento espropriativo e il ruolo centrale della motivazione. – 1.1. Le due macro-fattispecie di deviazione dal normale percorso espropriativo. – 1.1.1. Le occupazioni legittime e l’obbligo di motivazione. – 1.1.2. Le occupazioni illegittime e la motivazione della c.d. espropriazione semplificata *ex art. 42-bis* Testo Unico espropriazione. – 2. La motivazione degli atti sanzionatori e il c.d. *due process*. – 3. La centralità della motivazione negli atti atipici nel contenuto e negli effetti: le ordinanze contingibili e urgenti. – 3.1. La motivazione delle ordinanze sindacali *ex art. 54* Testo Unico enti locali. – 4. L’interdittiva antimafia tra motivazione e *fumus*.

1. Il procedimento espropriativo e il ruolo centrale della motivazione

L’espropriazione per pubblica utilità costituisce uno degli istituti più controversi del nostro ordinamento. I problemi principali in materia nascono dalla poliedricità di fonti che disciplinano il diritto di proprietà e l’ambito, con i relativi limiti e condizioni, entro il quale esso può essere sacrificato, mediante l’acquisizione in mano pubblica per soddisfare esigenze generali⁵²⁵.

⁵²⁵ A livello nazionale, la proprietà viene consacrata dall’art. 42 della Costituzione, il quale dispone che «*La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d’interesse generale*». Il diritto di proprietà, dunque, viene inserito nel titolo dedicato ai rapporti economici, quale espressione della capacità economica del cittadino. Anche l’art. 834 cod. civ. prescrive che «*nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata e contro il pagamento di una giusta indennità*».

A livello sovranazionale, invece, il diritto di proprietà presenta connotati parzialmente diversi. L’art. 1 del Protocollo Addizionale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) annovera il diritto di proprietà tra i diritti fondamentali dell’uomo, disponendo che «*Ogni persona fisica o*

L'espropriazione, disciplinata dal d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (c.d. T.U. espropriazione)⁵²⁶, è il procedimento con cui l'autorità acquisisce beni di proprietà privata per motivi di pubblico interesse, previa corresponsione di un equo indennizzo, in attuazione della previsione di cui all'art. 42, comma 3, della Costituzione.

La motivazione assume una funzione di assoluto rilievo nel procedimento di espropriazione, proprio in virtù della incidenza dell'espropriazione sulla proprietà. L'espropriazione, infatti, determina la perdita del diritto di proprietà o, in taluni casi, lo svuotamento sostanziale del valore della proprietà.

L'interesse individuale sottostante al diritto di proprietà recede in favore dell'interesse pubblico al trasferimento coattivo del diritto reale sul bene per il perseguimento di un'utilità sociale. L'interesse pubblico che presiede il fenomeno espropriativo non opera, dunque, come mero limite esterno del diritto di proprietà, ma arriva a costituire parte rilevante del suo contenuto.

Tuttavia, per comprendere la portata dell'obbligo di motivazione e, in particolare, quali elementi l'amministrazione espropriante è tenuta ad

giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende». Le norme Cedu costituiscono oggi, ai sensi dell'art. 117 Cost., parametro interposto di costituzionalità. L'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza del 2000), inoltre, stabilisce che «Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale».

⁵²⁶ D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità». Il T.U. espropriazione detta la disciplina della procedura espropriativa, anche a favore di privati, dei beni immobili o di diritti relativi ad immobili per l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

esternare, occorre ripercorrere brevemente le fasi in cui si articola la procedura di espropriazione per pubblica utilità – c.d. ordinaria, ex art. 8 T.U. espropriazione.

È importante sottolineare, anzitutto, che la programmazione delle espropriazioni avviene all'interno degli strumenti urbanistici, attraverso gli atti di programmazione e pianificazione; le competenti autorità amministrative possono, sempre con adeguata motivazione, individuare nei processi di c.d. localizzazione⁵²⁷, delle aree e delle porzioni di territorio da sottoporre a c.d. vincolo preordinato all'esproprio.

Il bene da espropriare viene sottoposto ad un vincolo preordinato all'esproprio, ex art. 9 T.U. espropriazione, di durata quinquennale.

Il vincolo rappresenta, dunque, il primo collegamento tra la pianificazione urbanistica e l'espropriazione ed è diretto ad individuare in modo puntuale il luogo interessato dalla realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità. Esso può discendere dall'approvazione del piano urbanistico generale, da una sua variante o, ancora, da un accordo di programma.

Alla luce di quanto osservato, discende che una prima motivazione è implicita negli atti di pianificazione urbanistica – *sub species* di localizzazione – che precedono l'avvio della procedura espropriativa. Sono tali atti, infatti, ad evidenziare le ragioni sottese alla scelta amministrativa di realizzare una determinata opera su una zona di proprietà di un privato e, quindi, a motivare l'avvio del procedimento di espropriazione.

Il vincolo, per essere sostanzialmente espropriativo, deve comportare l'azzeramento del contenuto economico del diritto di proprietà.

⁵²⁷ Con la c.d. localizzazione, la pubblica amministrazione effettua una scelta di programmazione gestionale ove indica in modo specifico le aree nelle quali si costruiranno opere di interesse pubblico. Si tratta, dunque, di un'operazione con una futura portata ablatoria, sostanziandosi in un vincolo che incide negativamente sulla proprietà privata. La c.d. zonizzazione, invece, ha la mera funzione di dividere il territorio attribuendo ad ogni singola zona la sua specifica vocazione. Può, dunque, affermarsi che, mentre la localizzazione reca l'apposizione di vincoli sostanzialmente espropriativi, la zonizzazione si mostra tendenzialmente idonea all'individuazione di vincoli unicamente conformativi.

Nel caso in cui, viceversa, la disciplina urbanistica ammetta la realizzazione di interventi edilizi da parte di privati, seppur conformati dal perseguimento del peculiare interesse pubblico che ha determinato il vincolo, essa non si risolve in una sostanziale espropriazione, ma solo in una limitazione dell'attività edilizia realizzabile sul territorio⁵²⁸.

Una volta decaduto il vincolo può essere motivatamente reiterato, rinnovando la procedura di approvazione degli strumenti urbanistici e tenendo conto dell'esigenza di soddisfacimento degli *standard*.

La pubblica amministrazione può, quindi, reiterare il vincolo per ovviare alla perdita di efficacia in caso di ritardi nell'attuazione dei piani. Tuttavia, al fine di evitare un uso distorsivo di tale strumento, che di fatto consentirebbe un'indebita compressione a tempo indeterminato del diritto di proprietà, l'art. 39 T.U. espropriazione prevede che, in caso di reiterazione del vincolo con atto motivato, dopo la scadenza l'amministrazione sia tenuta a corrispondere un indennizzo al proprietario⁵²⁹.

In sede di reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio, la motivazione assume un rilievo primario⁵³⁰.

⁵²⁸ Si veda, Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 5 agosto 2015, n. 381; Cons. St., sez. IV, 4 giugno 2014, n. 2855, secondo cui «*sono conformativi i vincoli inquadrabili nella zonizzazione dell'intero territorio comunale o di parte di esso, sì da incidere su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione dell'intera zona in cui i beni ricadono ed in ragione delle caratteristiche estrinseche o intrinseche o del rapporto per lo più spaziale con un'opera pubblica. Sono, invece, espropriativi i vincoli incidenti su beni determinati, in funzione non già di una generale destinazione di zona, ma della localizzazione di un'opera pubblica, la cui localizzazione non può coesistere con la proprietà privata. Quindi solo i vincoli espropriativi soggiacciono all'alternativa tra indennizzo o durata predefinita, mentre sfuggono ad essa i vincoli conformativi*».

⁵²⁹ L'art. 39 T.U. espropriazione ha positivizzato l'obbligo per la pubblica amministrazione di corrispondere l'indennizzo, commisurato all'«*entità del danno effettivamente prodotto*», della cui prova è onerato il privato proprietario. Tale soluzione è in linea con quanto affermato dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 20 maggio 1999, n. 179.

⁵³⁰ Sul punto, si veda *infra*, cap. III, par. 3.3., *Apposizione e reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio: una motivazione rafforzata*.

L'autorità amministrativa è tenuta a compiere un'ideale istruttoria e a fornire una puntuale e stringente motivazione, al fine di escludere il contenuto vessatorio o, comunque, ingiusto della reiterazione dei vincoli ed evidenziare l'attualità dell'interesse pubblico da soddisfare⁵³¹. L'amministrazione deve, altresì, esternare le ragioni in riferimento alla mancanza di aree più idonee da destinare ad uso pubblico, nonché alle esigenze della collettività sottese alla realizzazione dell'opera.

L'adeguatezza della motivazione deve essere valutata distintamente a seconda che la reiterazione interessi una pluralità di aree o soltanto una parte delle aree già incise dai vincoli decaduti.

In particolare, quanto ai criteri di valutazione della congruità della motivazione, a fronte di una reiterazione «in blocco» dei vincoli insistenti su una pluralità di aree, mentre la sussistenza di un attuale e specifico interesse pubblico si evince dalla perdurante constatata insufficienza delle aree destinate a *standard*, l'assenza di un intento vessatorio può dedursi dalla parità di trattamento che hanno tutti i destinatari dei precedenti vincoli decaduti. Diversamente, la circostanza che la reiterazione riguardi solo una parte delle aree già incise da vincoli decaduti, avendo l'amministrazione individuato altre aree per soddisfare gli *standard*, integra, di per sé, un anomalo esercizio della funzione pubblica, in assenza di un'adeguata motivazione che dia conto delle relative ragioni di interesse pubblico⁵³².

Nel caso in cui il vincolo sia decaduto una sola volta può configurarsi quale congrua e sufficiente motivazione della reiterazione il richiamo alle valutazioni originarie⁵³³.

Ne deriva che, l'idoneità della motivazione del provvedimento reiterativo del vincolo preordinato all'esproprio è strettamente correlata allo specifico contenuto del provvedimento medesimo.

⁵³¹ In tal senso si è espressa anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 24 maggio 2007, n. 7.

⁵³² Si veda, Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1317; *Id.*, 7 giugno 2012, n. 3365

⁵³³ Si veda, Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1317.

Nel corso dei cinque anni di durata del vincolo, inoltre, il consiglio comunale può motivatamente disporre o autorizzare che siano realizzate sul bene vincolato opere diverse da quelle originariamente previste nel piano urbanistico generale. La determinazione comunale si intende approvata se, entro il termine di novanta giorni, non interviene il dissenso della autorità competente ad approvare il relativo piano.

Entro il sopra richiamato termine di cinque anni, eventualmente prorogabile, deve intervenire la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, ex art. 12 T.U. espropriazione⁵³⁴. Tale dichiarazione è implicita nell'approvazione del progetto definitivo dell'opera pubblica o di qualunque altro strumento urbanistico o provvedimento ai quali la normativa riconosca tale effetto. È anch'essa sottoposta ad un termine di efficacia che, ove non espressamente indicato, è di cinque anni, salvo eventuali termini maggiori stabiliti *ex lege* per l'esecuzione dei piani territoriali o urbanistici.

Il termine previsto dall'atto e quello legale possono essere prorogati, ai sensi dell'art. 13, comma 5, T.U. espropriazione, per un periodo di tempo non eccedente i due anni, per casi di forza maggiore o per altre giustificate ragioni, a condizione che siano congruamente e sufficientemente motivati⁵³⁵. Peraltro, la forza maggiore può dirsi sussistente in presenza di circostanze indipendenti dalla volontà dell'espropriante e, comunque, da questi non prevedibili, secondo criteri di ordinaria diligenza; le «*comprovate ragioni*», invece, devono risultare da idonea motivazione giustificatrice della disposta proroga, ma non devono essere rappresentate necessariamente da ipotesi imprevedibili, ben potendo consistere in complessità e/o ritardi del procedimento espropriativo, dipendenti dalla pluralità degli espropriandi e dalla natura dell'opera⁵³⁶.

⁵³⁴ Si veda, G. MORBIDELLI, *Dichiarazione di pubblica utilità* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, 62 ss.

⁵³⁵ Si veda, Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1750; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 8 settembre 2014, n. 604; Tar Campania, Napoli, sez. V, 6 aprile 2009, n. 1733.

⁵³⁶ Si veda, Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1750.

In ogni caso, il prolungamento dell'efficacia della vigenza della dichiarazione di pubblica utilità presuppone necessariamente che il termine quinquennale non sia ancora scaduto⁵³⁷.

La dichiarazione di pubblica utilità, ancorché contenuta in un atto diverso e, quindi, implicita, costituisce un provvedimento idoneo a determinare immediatamente effetti lesivi nella sfera giuridica dei terzi, come tale autonomamente impugnabile⁵³⁸.

La motivazione della dichiarazione non solo è necessaria, ma deve essere adeguata e sufficiente, anche se espressa *per relationem*, al fine di consentire al privato di conoscere le ragioni sottese al procedimento espropriativo e al terzo eventualmente leso di poter impugnare consapevolmente il provvedimento⁵³⁹. È proprio la dichiarazione di pubblica utilità – o meglio l'atto che la contiene – a dover motivare circa l'interesse generale che rappresenta il pilastro portante del potere di espropriare. La dichiarazione di pubblica utilità è finalizzata ad esprimere i c.d. motivi di interesse generale che giustificano la sottrazione del bene al diritto reale del privato richiesti dall'art. 42, comma 3 della Costituzione, dalle norme CEDU e dalla Carta di Nizza del 2000, la quale costituisce a tutti gli effetti diritto europeo.

L'importanza della motivazione del vincolo preordinato all'espropriazione e della dichiarazione di pubblica utilità derivano principalmente dal fatto che proprio in tali fasi l'amministrazione effettua una valutazione in ordine all'utilità dell'intervento e procede alla ponderazione e al confronto degli interessi coinvolti. Tant'è che se l'opera non viene realizzata e in presenza di precise condizioni normative, la

⁵³⁷ Si veda, Tar Sicilia, Catania, sez. II, 23 aprile 2014, n. 1080.

⁵³⁸ Si veda, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 5 marzo 2011, n. 312.

⁵³⁹ Di segno parzialmente contrario, Cons. St., sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4824 e Cons. St., sez. IV, 9 dicembre 2011, n. 6468, secondo cui per la dichiarazione di pubblica utilità non è necessaria una particolare motivazione, essendo questa conseguenza *ex lege* dell'approvazione del progetto definitivo. La volontà di realizzare un'opera pubblica deve esplicitarsi in provvedimenti tipici, dichiarativi della pubblica utilità, come evincibili dall'art. 12 T.U. espropriazione.

sopravvenuta inutilità della espropriazione legittima il privato espropriato a chiedere e ottenere la c.d. retrocessione del bene, con conseguente riacquisto della proprietà del medesimo.

Alla dichiarazione di pubblica utilità segue la determinazione provvisoria dell'indennità, che viene proposta dal soggetto espropriante ai proprietari. Si apre, dunque, una fase *sub*-procedimentale, in contraddittorio tra le parti, che può portare alla conclusione dell'accordo di cessione volontaria, *ex art. 45 T.U. espropriazione*.

L'atto conclusivo della procedura è il decreto di esproprio, *ex art. 23 T.U. espropriazione*, il cui effetto è il trasferimento del diritto dell'espropriando nella sfera giuridica dell'amministrazione espropriante. L'acquisto del bene da parte della pubblica amministrazione è sospensivamente condizionato alla notifica e all'esecuzione del sopra citato decreto.

Anche il decreto di esproprio, in quanto provvedimento amministrativo, soggiace all'obbligo di motivazione, *ex art. 3, legge n. 241 del 1990*. Tuttavia, tale atto ben potrà essere motivato *per relationem* ai precedenti atti della procedura espropriativa.

Il T.U. espropriazione è ispirato ad una logica partecipativa. È agevole dedurre l'importanza che il legislatore ha voluto riconoscere all'apporto collaborativo e difensivo del privato, in quanto ciò si può evincere dalla lettura sistematica di molteplici disposizioni. Sebbene il privato abbia diritto di partecipare al procedimento di esproprio, di presentare osservazioni e contestazioni in ordine all'apposizione dei vincoli, di concorrere alla determinazione dell'indennità, ovvero di negoziare con l'amministrazione espropriante un vero e proprio accordo di cessione volontaria, *ex art. 11 legge n. 241 del 1990 e art. 45 T.U. espropriazione*, l'autorità espropriante non ha un dovere di analitica disamina motivata di ciascun apporto inoltrato dagli interessati in ordine alla natura e alle

caratteristiche delle opere da realizzare⁵⁴⁰. Di talché, laddove le osservazioni presentate dai privati siano acquisite al procedimento e tenute presenti dall'amministrazione ai fini del processo decisionale, non può riconoscersi alcun rilievo invalidante alla mancata confutazione analitica dei singoli punti oggetto di contraddittorio.

L'espropriazione per pubblica utilità può concludersi anche con la c.d. cessione volontaria.

L'opinione oggi più condivisa è quella che qualifica la cessione volontaria come un accordo sostitutivo del provvedimento, ex art. 11, legge n. 241 del 1990, proprio in ragione della sua funzione sostitutiva del decreto di esproprio⁵⁴¹. Si tratta di uno strumento pubblicistico di esercizio in via consensuale del potere amministrativo. Il provvedimento ablatorio di esproprio viene così ad essere sostituito da un accordo consensuale tra le parti. Ciò determina la perdita della c.d. autoritatività dell'azione

⁵⁴⁰ In tal senso, Tar Trentino Alto Adige, Trento, 5 gennaio 2016, n. 3; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 16 marzo 2015, n. 419, nel caso di specie, il mancato accoglimento dell'osservazione presentata dal privato ricorrente è motivata non solo con riferimento al profilo formale dell'inerenza alla procedura di variante urbanistica, ma anche al carattere privato e all'incompatibilità planimetrica e altimetrica del tracciato alternativo proposto dallo stesso rispetto alla viabilità oggetto della procedura, *«risultandone dimostrata la considerazione, ad opera del Comune, delle criticità esposte e fatte valere dal ricorrente sul piano sostanziale. Per tali aspetti, il provvedimento resiste alle critiche»*. Si veda anche, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 6 febbraio 2015, n. 258, Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5189; *Id.*, 31 maggio 2012, n. 3262

⁵⁴¹ In tal senso, Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4179, secondo cui la cessione volontaria del bene, in quanto sostitutiva del decreto di esproprio, di cui produce i medesimi effetti, non perde la connotazione di atto autoritativo, implicando la confluenza in un unico testo di provvedimento e negozio. La riconducibilità della cessione volontaria nella disciplina dettata dall'art. 11, legge n. 241 del 1990 consentono di affermare che le controversie relative all'esecuzione della cessione volontaria diverse da quelle in tema di indennità, devono essere conosciute dal giudice amministrativo.

Di segno opposto, Cass. civ., SS.UU., 6 dicembre 2010, n. 24687, secondo cui la cessione volontaria degli immobili assoggettati ad espropriazione rappresenta un modo tipico di chiusura del procedimento di esproprio, secondo modalità ritenute necessarie dalla legge in forza di una relazione legale e predeterminata di alternatività della cessione volontaria rispetto al decreto ablatorio, e non già di mera sostituzione di questo che ne consenta l'inquadramento tra gli accordi sostitutivi di cui all'art. 11, comma 1, legge n. 241 del 1990. Questi ultimi accordi, infatti, sono liberi nell'*an* e nel *quomodo*, a differenza degli accordi espropriativi che, invece, sono liberi soltanto nell'*an*.

amministrativa che, nelle procedure di espropriazione, risulta particolarmente accentuata. La scienza giuridica, infatti, individua gli accordi amministrativi, tra cui anche quello di cessione volontaria, come c.d. provvedimenti concordati⁵⁴².

In ogni caso, l'art. 45 T.U. espropriazione sancisce un'equiparazione *quoad effectum* del decreto di esproprio alla cessione volontaria e determina, al secondo comma, il prezzo dell'accordo di cessione.

La sottrazione della determinazione del prezzo dell'accordo alla disponibilità delle parti, essendo fissata imperativamente dal citato art. 45, in relazione alla natura del bene espropriato, comporta che la determinazione del corrispettivo della cessione volontaria debba essere motivata unicamente con riguardo alla natura del bene oggetto dell'espropriazione (area edificabile; costruzione legittimamente edificata; area non edificabile; area non edificabile, coltivata direttamente dal proprietario). È solo da questa, infatti, che discende *ex lege* il relativo prezzo di cessione.

Nel caso in cui la pubblica amministrazione non realizza, in tutto o solo in parte, l'opera per la quale si era proceduto all'emanazione del provvedimento ablatorio, il privato può ottenere la restituzione del bene⁵⁴³.

La retrocessione può essere totale, *ex art. 46*, T.U. espropriazione⁵⁴⁴, o parziale, *ex art. 47*, T.U. espropriazione⁵⁴⁵.

⁵⁴² Si veda, F. G. COCA, *Autorità e consenso*, in AA. VV. (a cura di) *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, 21 ss.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998; V. CARBONE, *Accordi sostitutivi e cessione volontaria del bene espropriando*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 1995, 64 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 238 ss.

⁵⁴³ Si veda, G. FERRARI, *La retrocessione*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'espropriazione*, Roma, 2016, 980 ss.

⁵⁴⁴ Nell'ipotesi di retrocessione totale sussiste un vero e proprio diritto soggettivo del proprietario alla restituzione del bene espropriato, azionabile dinanzi al giudice ordinario. In tal senso, Cass. civ., SS.UU., ord., 18 gennaio 2017, n. 1092; Cons. St., sez. IV, 6 agosto 2013, n. 4131; Cass. civ., SS.UU., 11 novembre 2009, n. 23823.

In ogni caso, presupposto per l'esercizio del diritto potestativo alla retrocessione è che l'amministrazione abbia formalmente manifestato la volontà di non utilizzare l'immobile per gli scopi per i quali era stato espropriato o che tali impossibilità risulti dalle intervenute varianti di piano regolatore urbanistico, con conseguenti mutamenti delle destinazioni di zona⁵⁴⁶. Il corrispettivo della retrocessione si calcola applicando i criteri stabiliti per la determinazione dell'indennità di espropriazione e con particolare riguardo al momento della pronuncia di retrocessione.

1.1. Le due macro-fattispecie di deviazione dal normale corso del procedimento espropriativo

Quello descritto e analizzato nel precedente paragrafo rappresenta l'*iter* fisiologico del procedimento di espropriazione. Tuttavia, occorre considerare che non sempre l'espropriazione si svolge seguendo il suddetto *iter*. In alcuni casi, infatti, si possono verificare delle deviazioni o alterazioni del normale procedimento espropriativo, soprattutto laddove, prima ancora della dichiarazione di pubblica utilità o del decreto di esproprio, la pubblica amministrazione prenda possesso del bene da espropriare attraverso diverse forme di c.d. occupazioni.

In linea generale, è possibile distinguere due diverse macro-fattispecie di deviazione dal normale corso del procedimento di esproprio.

⁵⁴⁵ Nell'ipotesi di retrocessione parziale la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il proprietario è di interesse legittimo, rientrando la valutazione di inservibilità dei beni residui nella sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione. Il diritto alla retrocessione parziale, che radica la giurisdizione del giudice ordinario, nasce solo se l'amministrazione dichiara che i beni non servono alla realizzazione dell'opera pubblica (c.d. dichiarazione di inservibilità). In tal senso, Cons. St., sez. IV, 10 marzo 2014, n. 1110; *Id.*, 6 agosto 2013, n. 4131; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 4 giugno 2012, n. 1130.

⁵⁴⁶ Si veda, Cons. St., sez. IV, 8 novembre 2013, n. 5346, secondo cui l'applicabilità delle norme sulla retrocessione non trova ostacolo nella circostanza che i beni siano stati oggetto di cessione volontaria, anziché di decreto di esproprio; *Id.*, 15 dicembre 2011, n. 6619.

La prima macro-fattispecie è rappresentata, anzitutto, dall'adozione di un provvedimento di occupazione d'urgenza, espressamente consentita dalla legge in vista della futura espropriazione. Tuttavia, ove non segua il successivo procedimento espropriativo, l'occupazione inizialmente legittima diventa illegittima, determinando un'espropriazione di fatto del bene. Rientrano nella suddetta macro-categoria anche le ipotesi di c.d. occupazione strumentale all'espropriazione.

La seconda macro-fattispecie, invece, abbraccia tutte le diverse ipotesi ricondotte dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica ai fenomeni di c.d. occupazione acquisitiva e di c.d. occupazione usurpativa. Si tratta di ipotesi in cui il procedimento di esproprio o manca del tutto o ha subito delle importanti alterazioni patologiche.

Nei paragrafi che seguono, si analizza la rilevanza e il perimetro dell'obbligo di motivazione nelle macro-fattispecie sopra illustrate.

1.1.1. Le occupazioni legittime e l'obbligo di motivazione

Per quanto concerne le ipotesi contemplate dalla prima macro-fattispecie sopra descritta, un primo esempio è l'occupazione d'urgenza preordinata all'espropriazione, disciplinata dall'art. 22-bis, T.U. espropriazione.

Nei casi in cui l'avvio dei lavori rivesta carattere di particolare urgenza, tale, quindi, da non consentire il perfezionamento dell'*iter* espropriativo ordinario, l'amministrazione può legittimamente «*occupare d'urgenza*» un immobile. La funzione dell'istituto *de quo* è quella di consentire il legittimo spossessamento dell'immobile a favore della pubblica amministrazione procedente, nelle more dell'adozione del decreto di esproprio.

Anteriormente all'entrata in vigore del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, il presupposto essenziale di tale forma di occupazione era la dichiarazione di indifferibilità ed urgenza. L'amministrazione espropriante, pertanto, doveva dimostrare e motivare specificamente l'assoluta urgenza e indifferibilità dell'occupazione per prendere possesso dell'immobile al fine di realizzare l'opera.

Le previsioni contenute nel T.U. espropriazione, tuttavia, hanno modificato la portata del requisito dell'urgenza, assumendo una consistenza ben diversa rispetto a quella assoluta richiesta nel caso di occupazione per causa di forza maggiore. La giurisprudenza, pertanto, è giunta al punto di ritenere necessaria un'urgenza qualificata – che non consenta di attendere la fase della determinazione e dell'offerta dell'indennità provvisoria – per la cui dimostrazione è ritenuta idonea una motivazione notevolmente più debole⁵⁴⁷.

In presenza di tale presupposto, l'amministrazione può emanare un decreto motivato, con cui determina in via provvisoria l'indennità di espropriazione e dispone, contestualmente, l'occupazione anticipata dei beni immobili necessari.

In ogni caso, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 22-*bis* T.U. espropriazione, il decreto di occupazione d'urgenza concerne una fase puramente attuativa di quella riguardante la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori, con la conseguenza che è da ritenersi adeguata la motivazione *per relationem* alla dichiarazione di pubblica utilità. Tale dichiarazione, infatti, costituisce l'unico presupposto dell'ordinanza di occupazione e consente di rilevare l'urgenza della realizzazione delle opere previste⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ In tal senso, Tar Toscana, Firenze, sez. I, 17 marzo 2008, n. 317; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 30 gennaio 2008, n. 105.

⁵⁴⁸ In tal senso, *ex multis*, Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 26 aprile 2017, n. 324; Tar Marche, Ancona, sez. I, 5 aprile 2017, n. 266; Tar Campania, Salerno, sez. I, 21 marzo 2017, nn. 505 e 506; Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5520.

Deve, pertanto, ritenersi legittimo, e, quindi, adeguatamente e sufficientemente motivato, il decreto di occupazione che contiene l'espresso richiamo alla delibera di giunta comunale di approvazione del progetto definitivo e di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera⁵⁴⁹. E ancora, appare più che sufficiente a soddisfare i requisiti di motivazione del decreto di occupazione d'urgenza il semplice riferimento alla dichiarazione di pubblica utilità e alla necessità di eseguire lavori⁵⁵⁰.

Anche con particolare riguardo alla proroga dell'occupazione d'urgenza, si ritiene che non sussiste un obbligo di particolare motivazione, essendo sufficiente la prospettazione della necessità di avere a disposizione un maggiore tempo per il perfezionamento della procedura espropriativa. Tale affermazione si pone, tra l'altro, in linea con il principio secondo cui il carattere discrezionale della fissazione del termine massimo di occupazione del bene da espropriare esonera la pubblica amministrazione procedente dall'obbligo di una specifica e puntuale motivazione circa la durata dell'occupazione d'urgenza⁵⁵¹.

Il ricorso alla procedura di cui all'art. 22-*bis* T.U. espropriazione è sempre ammesso per gli interventi in materia di infrastrutture e insediamenti strategici, di cui alla legge n. 443 del 2001 e, comunque, quando il numero dei destinatari della procedura è superiore a cinquanta. In tali ipotesi, la previsione espressa da parte della legge attenua l'obbligo motivazionale circa le ragioni di urgenza qualificata che hanno indotto l'amministrazione a seguire la procedura di cui all'art. 22-*bis*, e, quindi, ad occupare immediatamente il bene per realizzare l'opera pubblica, anziché quella ordinaria⁵⁵².

La legittima occupazione d'urgenza può successivamente diventare illegittima, nell'ipotesi in cui l'amministrazione non emani il decreto di

⁵⁴⁹ In tal senso, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 febbraio 2017, n. 249.

⁵⁵⁰ In tal senso, Tar Marche, Ancona, sez. I, 17 ottobre 2016, n. 564.

⁵⁵¹ In tal senso, Tar Campania, Salerno, sez. I, 21 marzo 2017, nn. 505 e 506; Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5520.

⁵⁵² Si veda, Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2007, n. 3608.

esproprio nei termini e compia, comunque, una trasformazione della proprietà occupata, iniziando o addirittura ultimando l'opera pubblica⁵⁵³.

Nella prima macro-fattispecie sopra descritta, vi rientra anche l'ipotesi della c.d. occupazione temporanea di aree non soggette ad esproprio, prevista dall'art. 49 T.U. espropriazione, secondo cui la pubblica amministrazione può disporre l'occupazione temporanea di aree non soggette alla procedura espropriativa, per eseguire lavori riguardanti un diverso suolo da espropriare, dietro corresponsione di un'indennità, ai sensi del successivo art. 50.

L'occupazione temporanea di aree *ex art. 49 T.U. espropriazione* non è finalizzata all'esproprio, bensì a soddisfare un'esigenza limitata nel tempo (*i.e.* approvvigionamento di materiali, impianto di cantieri, ovvero fruizione di altre utilità), funzionale alla corretta esecuzione di determinati lavori⁵⁵⁴. Il suo tratto qualificante è, dunque, la temporaneità⁵⁵⁵. Temporaneità che a sua volta è inscindibilmente connessa con i caratteri di strumentalità e accessorietà; i fondi occupati, infatti, devono essere strumentali all'esecuzione di lavori svolti su altro fondo, all'esito dei lavori devono essere restituiti ai legittimi proprietari, e non devono subire diminuzioni di valore o limitazioni proprietarie senza adeguato indennizzo. L'esatta individuazione della consistenza, estensione e qualità delle aree da occupare, e del sacrificio da imporre al proprietario, è di fatto posticipata al

⁵⁵³ Si pone, in giurisprudenza, la questione della tutela azionabile da privato proprietario dell'area occupata e trasformata o addirittura interessata dalla compiuta realizzazione dell'opera pubblica, in vista della quale l'occupazione era stata disposta.

⁵⁵⁴ Si veda, Cass. civ., SS.UU., 9 febbraio 2011, n. 3167. Le Sezioni Unite della Cassazione affermano, altresì, che la controversia promossa da un privato per la restituzione di un fondo occupato ai sensi dell'art. 49 T.U. espropriazione, non avendo ad oggetto atti o provvedimenti amministrativi e rimanendo estranea alla materia espropriativa vera e propria, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

⁵⁵⁵ Si veda, Tar Lazio, Roma, sez. III, 7 giugno 2016, n. 6553; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 27 maggio 2015, n. 1266.

momento dell'effettiva immissione in possesso, in quanto mancano inizialmente dati attendibili per determinare l'indennità⁵⁵⁶.

Il secondo comma del citato art. 49, inoltre, prescrive che l'amministrazione debba notificare al proprietario dell'area interessata dall'occupazione un avviso contenente l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora in cui è prevista l'esecuzione dell'ordinanza che dispone l'espropriazione.

Il dettato normativo non fa espressa menzione di una motivazione, tuttavia, ciò non vale ad escluderla. Il privato, infatti, deve poter conoscere le ragioni sottese all'occupazione temporanea disposta dall'amministrazione precedente. In tali casi l'obbligo motivazionale non è particolarmente forte, poiché si ritiene correttamente assolto con il semplice richiamo alla «*necessità dell'occupazione per la corretta esecuzione dei lavori previsti*»⁵⁵⁷.

1.1.2. Le occupazioni illegittime e la motivazione della c.d. espropriazione semplificata ex art. 42-bis Testo Unico espropriazione

Nella seconda macro-fattispecie rientrano le ipotesi di c.d. occupazione acquisitiva (o appropriativa) e di c.d. occupazione usurpativa.

L'occupazione acquisitiva è un istituto di creazione giurisprudenziale in forza del quale l'amministrazione che occupa illegittimamente – per mancanza *ab origine* del titolo legittimato, ovvero per sopravvenuta inefficacia dello stesso, senza che sia stato adottato un valido decreto di esproprio – un suolo del privato per la realizzazione di un'opera pubblica, ne acquisisce a titolo originario la proprietà per effetto della sua trasformazione irreversibile⁵⁵⁸. La giurisprudenza, in passato, ha

⁵⁵⁶ Si veda, Tar Veneto, Venezia, sez. III, 13 ottobre 2011, n. 1554.

⁵⁵⁷ In tal senso, Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 29 giugno 2009, n. 1342.

⁵⁵⁸ Si veda, Cass. civ., SS. UU., 26 febbraio 1983, n. 1464.

elaborato il meccanismo pretorio della c.d. accessione invertita⁵⁵⁹. L'art. 938 cod. civ. prevede, quale modo di acquisto della proprietà, la c.d. accessione, la quale opera sulla base del principio per cui *superficies solo cedit*. Al contrario, mediante il meccanismo dell'accessione invertita la pubblica amministrazione proprietaria dell'opera costruita sul fondo diveniva proprietaria del fondo medesimo⁵⁶⁰.

Numerosi sono stati i profili di criticità dell'istituto in parola, sui quali si è concentrato il dibattito pretorio e scientifico⁵⁶¹. Sono sorti molteplici dubbi sul richiamo della normativa civilistica per la sostanziale istituzione di un nuovo modo di acquisto della proprietà privata; sull'assenza delle garanzie procedurali assicurate dalla Costituzione, nonché dal T.U. espropriazione; sulla qualificazione come illecito aquiliano del fenomeno occupativo e, dunque, sulla tutela del proprietario illegittimamente espropriato.

Le preoccupazioni sull'ammissibilità dell'occupazione acquisitiva, che implica in definitiva la lesione del diritto di proprietà privata, si sono manifestate anche – e soprattutto – a livello sovranazionale, con riferimento alla compatibilità con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (Cedu)⁵⁶². La Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu) ha più volte censurato le forme di espropriazione indiretta elaborate nell'ordinamento italiano, configurandole come un illecito permanente

⁵⁵⁹ Il conflitto tra l'interesse del privato al mantenimento del diritto di proprietà del suolo e quello dell'amministrazione alla conservazione dell'opera pubblica, accertata la trasformazione irreversibile del fondo privato, andava risolto in favore di quest'ultima, in quanto portatrice di un interesse prevalente alla stregua di una valutazione di ordine economico e sociale.

⁵⁶⁰ Dalla condotta tenuta dalla pubblica amministrazione sorgeva il diritto al risarcimento del danno in capo al proprietario illecitamente spossessato.

⁵⁶¹ Sul punto, si veda, da ultimo, G. MARI, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, in *Riv. giur. edil.*, 1, 2016, 69 ss.

⁵⁶² L'art. 1 del Primo Protocollo aggiuntivo alla Cedu enuncia il fondamentale principio del diritto al rispetto dei propri beni. Lo stesso principio è, inoltre, consacrato all'art. 17 dello Statuto delle Nazioni Unite, nonché all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

perpetrato nei confronti di un diritto primario dell'uomo, senza che possa assumere alcuna rilevanza in contrario l'intervenuta realizzazione di un'opera pubblica sul terreno interessato⁵⁶³. L'acquisizione del diritto di proprietà, infatti, non può mai conseguire ad un comportamento illecito.

A fronte delle pronunce della Corte Edu, si è affermato il principio generale per cui il privato che abbia subito una espropriazione illegittima, mediante una c.d. occupazione appropriativa, ha diritto al risarcimento dei danni da perdita del possesso del bene e alla restituzione dello stesso. La trasformazione irreversibile del bene avvenuta in presenza di una dichiarazione di pubblica utilità non è idonea a determinare la perdita del diritto di proprietà da parte del privato.

È, invece, riconducibile alla fattispecie della c.d. occupazione usurpativa, la privazione del possesso del suolo, in assenza dei necessari presupposti di legge, in particolare, in assenza di una valida e/o efficace dichiarazione di pubblica utilità o di indifferibilità e urgenza, pur in presenza di un radicale e irreversibile trasformazione del bene⁵⁶⁴.

In tale ipotesi, mancando il necessario collegamento funzionale tra la dichiarazione di pubblica utilità e la realizzazione dell'opera pubblica, l'amministrazione pone in essere un'attività materiale integrante un illecito extracontrattuale permanente e, pertanto, si riteneva che non potesse prodursi l'effetto traslativo della proprietà, invece ammesso in caso di occupazione c.d. appropriativa⁵⁶⁵. Il proprietario dell'area occupata ben

⁵⁶³ In tal senso, Corte Edu, *Belvedere Alberghiera srl c. Italia*, 30 ottobre 2003; *Id.*, *Carbonara e Ventura c. Italia*, 11 dicembre 2003.

⁵⁶⁴ Anche l'occupazione usurpativa è un istituto di creazione pretoria. Sul punto, si veda, Cass. civ., sez. I, 16 luglio 1997, n. 6515; *Id.*, 26 agosto 1997, n. 7998; Cass. civ., SS. UU., 4 marzo 1997, n. 1907.

⁵⁶⁵ Si veda, Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2017, n. 1425, in relazione all'ipotesi di occupazione di aree al di là dei confini segnati dal decreto di esproprio (c.d. sconfinamento); Cass. civ., SS. UU., ord., 7 dicembre 2016, n. 25044. Si veda anche, Cons. St., sez. IV, 2 settembre 2011, n. 4970.

poteva ricorrere ai normali rimedi petitori e possessori a difesa della proprietà, oltre che al rimedio risarcitorio⁵⁶⁶.

Il legislatore, recependo i principi della Cedu, che escludono la configurabilità di un'espropriazione indiretta in assenza di un idoneo titolo legale, ha introdotto l'art. 43 T.U. espropriazione, poi dichiarato incostituzionale e riformulato con importanti novità nel vigente art. 42-*bis* del medesimo T.U.⁵⁶⁷

Secondo la disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima, l'amministrazione che utilizzava un'area in assenza di un titolo valido ed efficace, poteva acquisirla al suo patrimonio indisponibile, adottando un apposito provvedimento previa valutazione degli interessi in conflitto, risarcendo il danno arrecato al privato⁵⁶⁸.

Con l'introduzione del citato art. 42-*bis* il tema della motivazione è ritornato ad assumere una rilevanza primaria, soprattutto per le ragioni che si esporranno qui di seguito.

La novellata occupazione provvedimento o acquisitiva concerne e interessa tutte le ipotesi di occupazione illegittima del bene del privato, ricomprendendo nel suo ambito di applicazione le fattispecie in passato qualificate sotto il nome di occupazioni usurpative o acquisitive⁵⁶⁹.

Il tenore dell'art. 42-*bis* del T.U. espropriazione è sensibilmente diverso nel suo contenuto precettivo rispetto al previgente art. 43 del

⁵⁶⁶ Quanto ai rimedi esperibili, si veda, Cass. civ., SS. UU., 23 agosto 2012, n. 14609. Quanto all'individuazione del titolare del diritto al risarcimento del danno, si veda, Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2012, n. 7904.

⁵⁶⁷ L'art. 42-*bis* T.U. espropriazione è stato introdotto dall'art. 34, comma 1, decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni nella legge 15 luglio 2011, n. 111, a seguito della declaratoria di incostituzionalità per eccesso di delega del previgente art. 43 (Corte Cost., 8 ottobre 2010, n. 293).

⁵⁶⁸ In seno alla Cedu persistevano le medesime censure espresse rispetto all'occupazione acquisitiva.

⁵⁶⁹ La questione sulla qualificazione giuridica dell'occupazione, acquisitiva o usurpativa, infatti, è divenuta irrilevante, dovendosi ritenere che in ogni caso di occupazione sussista un illecito permanente *ex art.* 2043 cod. civ. In tal senso, Cons. St., Ad. Plen., 9 febbraio 2016, n. 2; Cass. civ., SS. UU., ord., 27 maggio 2015, n. 10879; *Id.*, 19 gennaio 2015, n. 735; Cons. St., sez. V, 2 novembre 2011, n. 5844.

medesimo T.U., pur conservando la stessa rubrica («Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico»)⁵⁷⁰.

Il provvedimento di acquisizione coattiva introdotto dall'intervenuta novella legislativa, infatti, si configura come un atto nuovo, omogeneo a quello di esproprio, previsto per il caso il cui la pubblica amministrazione già detenga il bene, lo utilizzi per ragioni di interesse pubblico o lo abbia trasformato in modo irreversibile senza espropriarlo, che opera *ex nunc* – e non *ex tunc* – ovvero solo al momento dell'emanazione dello stesso provvedimento di acquisizione. Tale provvedimento, quindi, non vale a sanare ed eliminare il precedente illecito, la cui cessazione può avvenire solo in conseguenza dell'avverarsi di particolari situazioni giuridiche, quali la restituzione del fondo, l'accordo transattivo o la rinuncia abdicativa del proprietario a certe condizioni.

La norma citata prevede che l'autorità che utilizzi il bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il bene espropriato e un risarcimento per i pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali sofferti durante l'occupazione illegittima.

Il trasferimento della proprietà, dunque, non è più una conseguenza dell'occupazione di fatto illegittima unita alla trasformazione del bene immobile privato, ma, oltre a necessitare di una regolare attività provvedimentale, è sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute al privato.

L'art. 42-*bis*, comma 2, T.U. espropriazione prevede che le nuove regole valgono non solo quando manchi del tutto l'atto espropriativo, ma anche in relazione alle ipotesi in cui sia stato annullato d'ufficio o per via giurisdizionale l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio,

⁵⁷⁰ Si veda, Tar Puglia, Bari, sez. II, 9 aprile 2013, n. 533.

l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità del bene o il decreto di esproprio. In altri termini, l'acquisizione sanante di cui all'art. 42-*bis* può essere adottata dall'amministrazione in tutte le ipotesi che in passato venivano definite come occupazioni usurpative o acquisitive. Allo stato, tale distinzione ha mantenuto una sua rilevanza solo esclusivamente ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

L'atto di acquisizione sanante deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, data la rilevante discrezionalità della determinazione che l'amministrazione deve assumere, fatti salvi i casi di urgenza, debitamente motivata e comprovata, che giustifichi l'omissione di tale adempimento⁵⁷¹.

Il provvedimento di acquisizione sanante, in ogni caso, deve recare l'indicazione delle circostanze che hanno condotto all'indebita utilizzazione dell'area, la data dalla quale essa ha avuto inizio, nonché l'indicazione dell'ammontare di indennizzo, di cui è disposto il pagamento entro trenta giorni.

A tale contenuto si aggiunge, con la nuova previsione, *«la motivazione in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'adozione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione»*⁵⁷².

⁵⁷¹ In tal senso, Tar Sardegna, sez. II, 4 giugno 2012, n. 557; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 11 gennaio 2011, n. 9. Secondo Cons. St., sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1465, tale presidio partecipativo non è necessario allorché la possibilità di un provvedimento di acquisizione *ex art. 42-bis* sia stata già prefigurata in sede giudiziale, essendo il privato reso edotto dell'eventuale avvio del relativo *iter* con conseguente possibilità di attivarsi facendo constare all'amministrazione gli elementi che condizionerebbero negativamente l'esercizio di tale facoltà, ovvero i parametri cui l'amministrazione dovrebbe conformarsi.

⁵⁷² Art. 42-*bis*, comma 4, T.U. espropriazione. Già l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 29 aprile 2005, n. 2, si era espressa circa la necessità di una *«motivazione particolarmente esaustiva della valutazione degli interessi in conflitto»* in caso di occupazione acquisitiva.

Il legislatore, dunque, inserisce un obbligo speciale di motivazione rispetto a quello generale previsto dall'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo.

Si tratta di una motivazione analitica, stringente e rafforzata, dalla quale devono emergere le eccezionali ragioni di interesse pubblico e l'assenza di «*ragionevoli alternative*» che giustifichino una procedura eccezionale e *sui generis*⁵⁷³. Le ragioni di pubblico interesse, in particolare, devono essere bilanciate con gli interessi dei privati; spetta, dunque, all'amministrazione contemperare e ponderare gli interessi potenzialmente contrapposti pubblici e privati che vengono in rilievo nel procedimento.

La previsione della suddetta motivazione speciale e rafforzata si giustifica proprio in ragione del fatto che, nonostante il trasferimento della proprietà non sia più conseguenza automatica dell'occupazione e della trasformazione del bene, si è pur sempre di fronte ad un'ipotesi di illecito perpetrato dall'amministrazione procedente.

Sulla tenuta del nuovo disposto normativo si è pronunciata anche la Corte Costituzionale, con la sentenza 30 aprile 2015, n. 71, dichiarando che la disposizione di cui all'art. 42-*bis* T.U. espropriazione si differenzia dal previgente art. 43 sotto molteplici aspetti, che la rendono compatibile con gli artt. 3, 24, 42, 97 Cost., nonché con l'art. 117 Cost., anche alla luce dell'art. 6 Cedu e dell'art. 1 Primo Protocollo Cedu.

⁵⁷³ In tal senso, Cass. civ. SS. UU., 31 gennaio 2017, n. 2480, secondo cui «*Va censurata, in quanto recante una motivazione solo apparente, la pronuncia giudiziale che, nell'affermare la legittimità della condotta dell'amministrazione nell'applicazione dell'istituto di cui all'art. 42-bis, d.P.R. n. 327 del 2001, ometta qualsiasi richiamo agli elementi del percorso motivazionale basato sulla emersione di ragioni attuali ed eccezionali che dimostrino in modo chiaro che l'apprensione coattiva si pone come extrema ratio, nonché qualsiasi accenno al motivo per cui non sono ritenute ragionevolmente praticabili soluzioni alternative, non potendo ciò consistere nella generica, eccessiva difficoltà ed onerosità dell'alternativa a disposizione dell'amministrazione per la tutela delle esigenze pubbliche*»; Cass. civ. SS. UU., 25 marzo 2016, n. 6017 ha escluso che tra le «*ragionevoli alternative*» all'acquisizione coattiva del bene, cui fa riferimento l'art. 42-*bis*, possa considerarsi anche il rinnovo dell'ordinaria procedura espropriativa, riferendosi la norma esclusivamente alla restituzione del bene al proprietario, ovvero alla sua acquisizione consensuale.

Secondo la Corte Costituzionale, l'art. 42-*bis* T.U. espropriazione ha certamente reintrodotta la possibilità per l'amministrazione che utilizza senza titolo un bene privato per scopi di interesse pubblico di evitarne la restituzione al proprietario e/o la riduzione in pristino stato attraverso un procedimento ablatorio prefigurato dallo stesso T.U. espropriazione. Il provvedimento di acquisizione sanante, tuttavia, non deve intendersi come esercizio di un mero potere rimediabile rispetto ad un cattivo esercizio del potere ablatorio, bensì quale esito di un procedimento espropriativo semplificato – nelle forme, ma complesso negli esiti – espressione di una funzione amministrativa meritevole di tutela⁵⁷⁴.

Tale natura semplificata della procedura ablatoria prevista dall'art. 42-*bis* T.U. espropriazione giustifica la previsione di una motivazione rafforzata, analitica e stringente, recante le attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico sottese all'indebita utilizzazione dell'area. L'adozione dell'atto acquisitivo, infatti, è consentita esclusivamente allorché costituisca l'estrema *ratio* per la soddisfazione delle sopra richiamate ragioni di interesse pubblico e in assenza di ragionevoli alternative.

2. *La motivazione degli atti sanzionatori e il c.d. due process*

Il potere sanzionatorio, del quale troviamo una disciplina generale nella legge 24 novembre 1981, n. 689 e una più specifica in diversi settori della normativa amministrativa, è volto a punire un illecito amministrativo, ossia il comportamento antiggiuridico di un soggetto dal quale, secondo l'ordinamento deriva non una responsabilità penale o civile, ma amministrativa⁵⁷⁵. La conseguenza di tale comportamento è un intervento

⁵⁷⁴ In tal senso, Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 29 giugno 2015, n. 203.

⁵⁷⁵ Si veda, A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925; E. CASETTA, *Sanzioni amministrative* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 599 ss.

che incide negativamente nella sfera giuridica dell'autore dell'illecito, con l'irrogazione di una sanzione da parte della pubblica amministrazione⁵⁷⁶.

A ben vedere, l'esigenza di assicurare garanzie di tipo procedimentale, tra cui l'obbligo di motivazione, si pone in termini rafforzati nei casi in cui la pubblica amministrazione esercita la predetta potestà sanzionatoria⁵⁷⁷.

Non può, infatti, negarsi l'operatività, anche in ambito di procedimenti sanzionatori, del generale obbligo motivazionale di cui all'art. 3 della legge n. 241 del 1990, il cui fondamento costituzionale, anche in questa sfera, viene ricondotto a quanto disposto dall'art. 97 della Costituzione⁵⁷⁸, quale esplicazione del più generale canone di buon andamento e «giusto procedimento amministrativo».

L'obbligo motivazionale, in particolare, potrà considerarsi assolto quando sia possibile evincere dal testo del provvedimento quale sia la violazione addebitata e quali siano i fatti posti a fondamento della pretesa

⁵⁷⁶ La correlazione con l'accertamento dell'illecito amministrativo caratterizza l'istituto di cui si tratta, definendo i caratteri della sanzione amministrativa e, conseguentemente, distinguendola dalle altre misure di coazione delle quali può disporre la pubblica amministrazione. In tal senso, C. E. PALIERO – A. TRAVI, *Sanzioni amministrative* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 346 ss. Pertanto, esulano dall'ambito delle sanzioni amministrative non solo, ovviamente, tutte le misure favorevoli per il destinatario, ma anche quelle che, pur essendo negative, hanno un carattere preventivo, in quanto dirette ad evitare, attraverso l'intervento dell'amministrazione, la realizzazione dell'illecito. Secondo M. A. SANDULLI, *Sanzione* (Sanzioni amministrative) (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 2 ss., si ha una sanzione amministrativa in senso stretto «ogni volta che l'ordinamento, di fronte a un atto antigiuridico, considerata la turbativa che reca all'ordine pubblico generale, reputa per ciò stesso (imprescindibilmente) necessario commisurare una conseguenza dannosa (un male) a carico di chi ne è responsabile, prescindendo dall'eventuale secondaria soddisfazione che possa derivare al portatore dell'interesse leso».

⁵⁷⁷ Si veda, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017.

⁵⁷⁸ Si veda, M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, 195. L'Autrice afferma che, «utilizzando un tipo di approccio analogo a quello proposto per i principi enunciati dall'art. 24, comma 2, si può, in altre parole affermare che dalla garanzia del buon andamento dell'amministrazione sancita nell'art. 97, comma 1 Cost. è ricavabile in riferimento all'esercizio della potestà sanzionatoria, l'osservanza dell'obbligo di adeguata motivazione del provvedimento».

sanzionatoria, così che il destinatario della stessa possa, eventualmente, opporsi in sede giurisdizionale alla decisione amministrativa. D'altro canto, la congruità e l'adeguatezza della motivazione del provvedimento sanzionatorio devono passare attraverso il rigore dell'accertamento del verificarsi del presupposto dell'illecito, che deve trovare piena e completa espressione nel testo del medesimo provvedimento⁵⁷⁹. Parte della giurisprudenza, inoltre, ammette la possibilità che la motivazione sia resa *per relationem* mediante il richiamo di altri atti del procedimento amministrativo «*purché tale richiamo consenta l'instaurazione del giudizio di merito*»⁵⁸⁰.

La stessa legge n. 689 del 1981, che rappresenta l'esempio più importante di depenalizzazione e trasformazione di illeciti penali in illeciti amministrativi, all'art. 18, sancisce espressamente l'obbligo di motivazione della sanzione prescelta o dell'eventuale ordinanza di archiviazione⁵⁸¹.

La disciplina del procedimento sanzionatorio e delle relative garanzie, tra le quali l'obbligo di motivazione, non si rinviene in un'unica fonte normativa, ma in una pluralità di fonti: si pensi a quelle che interessano le singole autorità indipendenti⁵⁸².

⁵⁷⁹ Si veda, G. BERLIRI, *Sanzioni amministrative e principi costituzionali della potestà punitiva penale*, in AA. VV. (a cura di), *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1982, 302. L'Autore afferma che la motivazione «*deve essere esauriente e rendere conto degli accertamenti fatti e delle prove raccolte dall'amministrazione in ordine alla colpevolezza dello stesso*».

In giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2014, n. 148, secondo cui l'accertamento dei presupposti di fatto che giustificano l'intervento afflittivo «*deve essere condotto in modo estremamente rigoroso, nella consapevolezza delle gravi conseguenze connesse al mancato accertamento*»; *Id.*, 17 giugno 2014, n. 3045.

⁵⁸⁰ In tal senso, *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 27 gennaio 2012, n. 1230; Cass. civ., sez. trib., 8 settembre 2010, n. 19209; Cgars, 18 novembre 2009, n. 1084.

⁵⁸¹ Sulla legge n. 689 del 1981 e sul relativo obbligo di motivazione, si veda, *ex multis*, M. A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione. Studi preliminari*, Napoli, 1981; M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, op. cit.; A. TRAVI, *Sanzione amministrativa e pubblica amministrazione*, Padova, 1983.

⁵⁸² Le leggi istitutive di ciascuna autorità indipendente demandano a successivi regolamenti di attuazione la concreta definizione delle regole del procedimento sanzionatorio.

Alle autorità indipendenti, infatti, è riconosciuto il potere di verificare la riconducibilità delle condotte poste in essere dagli operatori economici (regolati) nelle fattispecie astratte di illecito amministrativo delineate dalla legge, irrogando sanzioni dalla stessa previste⁵⁸³.

I procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti, attesa la particolare pervasività delle sanzioni che possono essere irrogate in esito agli stessi, da un lato, richiedono forme di contraddittorio rinforzato, destinato a caratterizzarsi in termini di contraddittorio difensivo, piuttosto che collaborativo⁵⁸⁴; dall'altro, richiedono che il provvedimento

⁵⁸³ Si veda, M. S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in S. AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Milano, 1991, 9 ss. Secondo l'Autore il potere di irrogare le sanzioni, concepito in termini strumentali alla regolazione, costituisce l'elemento di chiusura dell'intervento delle singole autorità indipendenti nel settore di competenza: un intervento che pertanto tende ad assumere quel carattere della compiutezza tipico degli ordinamenti giuridici sezionali. A sostegno della predetta tesi, si veda anche, W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012, 21. L'Autore rileva che l'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle autorità indipendenti (in particolare Consob) costituisce una sorta di incidente all'interno di un'attività più complessa di vigilanza che si svolge senza soluzione di continuità. Sul punto, si veda anche, S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 353 ss., secondo il quale la sanzione è complementare agli altri strumenti di controllo e vigilanza sul settore di riferimento e concorre ad esercitare un'azione deterrente nei confronti dei comportamenti contrari ai principi della regolazione (*i.e.* sana e prudente gestione, trasparenza e di correttezza nei rapporti tra privati, concorrenza, ecc.).

⁵⁸⁴ Come già ampiamente sottolineato nel presente lavoro di ricerca, le garanzie partecipative della trasparenza e del contraddittorio rivestono notevole importanza, soprattutto quale momento fondamentale di legittimazione delle autorità indipendenti. La partecipazione è volta a garantire ai soggetti destinatari delle sanzioni di poter fornire, già in fase procedimentale, elementi tali da convincere l'autorità a non irrogare la sanzione o, comunque, a minimizzarne gli effetti afflittivi. Il contraddittorio dovrebbe, in ogni caso, essere garantito, anche ove non espressamente previsto dalle normative di settore, alla luce di quanto affermato dall'art. 41, comma 2 della Carta di Nizza, secondo cui ogni persona ha «diritto di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio».

In giurisprudenza, si veda, Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, che ravvisa l'illegittimità del regolamento Consob del 2005 sulle procedure sanzionatorie, in quanto lesiva dei principi del contraddittorio e della piena conoscenza degli atti espressamente richiamati dalla legge nazionale (art. 187-*septies* e 195 T.U.F. e art. 24 della legge n. 262 del 2005).

sanzionatorio finale, che incide sulle situazioni giuridiche soggettive dei privati, deve essere sorretto da una congrua e adeguata motivazione.

Con particolare riguardo al dovere motivazionale, che ben può essere assolto anche *per relationem* agli atti istruttori (in particolare alla proposta di provvedimento), è possibile affermare che lo stesso debba accompagnare e assistere sia l'irrogazione della sanzione sia l'archiviazione del procedimento medesimo⁵⁸⁵.

Infatti, l'archiviazione è assoggettata dal diritto vivente all'obbligo di motivazione tipico dei provvedimenti amministrativi. La giurisprudenza amministrativa ha, in più occasioni, chiarito che la fase pre-istruttoria e la fase istruttoria devono essere sufficientemente analitiche, al fine di esporre adeguatamente anche nel caso di non avvio dell'istruttoria e di archiviazione le ragioni per le quali si intende procedere o si intende arrestare il procedimento⁵⁸⁶. Quanto all'obbligo di motivazione dell'archiviazione, la giurisprudenza, dunque, lo ha inteso come obbligo inderogabile.

Sul punto, si veda anche, M. CLARICH – L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, 358 ss.

⁵⁸⁵ L'archiviazione consiste nell'accertamento dell'insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto posti a base della denuncia/segnalazione ed esplicita il rifiuto di esercitare il potere sanzionatorio. L'archiviazione può concludere sia la fase pre-istruttoria che la fase istruttoria.

⁵⁸⁶ In tal senso, *ex multis*, Cons. St. sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751, che ha annullato un'archiviazione per «*inadeguatezza della motivazione adottata dall'Agcm a sostegno dell'archiviazione disposta in seno al procedimento avviato su segnalazione avente ad oggetto pretesi accordi tra alcuni gestori di telefonia mobile volti a porre termine al servizio di invio gratuito di sms tramite internet [...]. L'autorità, nell'esplicitare le ragioni sottese alla determinazione di non avviare l'istruttoria, afferma che "la valorizzazione del traffico potrebbe aver trovato, a suo tempo, motivazione economica nel notevole incremento registrato dalla suddetta tipologia di servizio". Si tratta all'evidenza di apparato motivazionale da cui non è dato cogliere le ragioni che hanno indotto l'Autorità a non avviare gli accertamenti istruttori volti a verificare la fondatezza di quanto segnalato dall'associazione appellante*»; Tar Lazio, sez. I, 14 aprile 2011, n. 3252. Si veda anche, Tar Lazio, sez. I, 24 agosto 2010, n. 31278, secondo cui «*la fase preistruttoria [...] non deve essere sommaria, ma deve essere sufficientemente analitica al fine di esporre adeguatamente, nel caso di non avvio dell'istruttoria, le ragioni per le quali le preoccupazioni anticoncorrenziali possono essere escluse*».

Allo stesso tempo, il provvedimento che dispone la sanzione deve essere sorretto da una valida motivazione, la quale deve coprire sia l'*an* della responsabilità, sia il *quantum* della sanzione⁵⁸⁷, in ossequio al principio di proporzionalità⁵⁸⁸.

La sanzione, da un lato, deve essere congrua e idonea al raggiungimento dello scopo, dall'altro, deve essere proporzionata, ossia idonea, necessaria e adeguata⁵⁸⁹. Il luogo in cui avviene il bilanciamento tra l'interesse pubblico perseguito con l'applicazione della misura sanzionatoria e l'oppressione della sfera giuridica soggettiva e personale del destinatario della stessa è proprio la motivazione. La quantificazione della sanzione deve essere effettuata tenendo conto dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689 del 1981, ossia: gravità dell'infrazione, personalità dell'agente e condizioni economiche dell'impresa. La motivazione del provvedimento sanzionatorio sul punto può ritenersi adeguata ed esaustiva solo quando contiene l'esposizione dei criteri seguiti nella liquidazione della somma richiesta, non essendo sufficiente la mera indicazione dell'importo finale⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ Il paradigma normativo rilevante quanto alla determinazione delle misure afflittive irrogabili da ciascuna autorità, deve integrarsi con la previsione di cui all'art. 11 della legge n. 689 del 1991, in materia di criteri di determinazione della generalità delle sanzioni amministrative pecuniarie, il quale prevede quattro parametri cui l'amministrazione deve attenersi per determinare il *quantum* della sanzione tra il minimo e il massimo edittale previsto dalla legge, ossia: (i) la gravità della violazione; (ii) l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione; (iii) la personalità dell'agente; (iv) le condizioni economiche di quest'ultimo.

⁵⁸⁸ Si deve evitare che diritti fondamentali, anche economici, vengano sacrificati da aggressioni sproporzionate e in alcun modo giustificate. Sul principio di proporzionalità, si veda, da ultimo, D. U. GALLETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 149 ss.

⁵⁸⁹ Si veda, Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2017, n. 2256

⁵⁹⁰ In tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 7 febbraio 2012, n. 348; Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2011, n. 6822. La giurisprudenza amministrativa, con riguardo al criterio delle condizioni economiche dell'impresa, ha chiarito che l'autorità non può riferirsi esclusivamente al fatturato afferente l'oggetto di esame, dovendo, invece, valutare la dimensione complessiva e le potenzialità economiche dell'impresa stessa, nonché l'importanza societaria dell'eventuale gruppo di appartenenza. In tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 luglio 2013, n. 6596; *Id.* 8 gennaio 2013, n. 104; *Id.*, 9 marzo 2012, n. 2402; Cons. St., sez. VI, 21 settembre 2011, n. 5303.

Di particolare interesse per la trattazione risulta essere anche una recente pronuncia del Consiglio di Stato di annullamento, per difetto di istruttoria e motivazione, di un provvedimento sanzionatorio irrogato a Mastercard dall'Agcm⁵⁹¹.

Il Collegio afferma che l'atto sanzionatorio fondato su motivazioni diverse da quelle originariamente contestate all'operatore economico deve ritenersi illegittimo. Nel caso di specie, l'Agcm aveva inizialmente contestato a Mastercard (con il provvedimento di avvio e con la successiva comunicazione delle risultanze istruttorie) che le commissioni interbancarie fossero molto elevate rispetto agli altri circuiti. Tuttavia, al termine del procedimento, l'*Antitrust* mutava avviso, sino ad affermare che non fosse il livello di commissioni da ritenersi restrittivo, bensì «*la sua definizione in mancanza di motivazioni economiche che ne rendano necessaria l'applicazione*». Ad avviso del Consiglio di Stato, l'Agcm, modificando di fatto l'intero impianto seguito nel corso della fase istruttoria, impedisce alle parti interessate di controdedurre adeguatamente sul punto. Questa circostanza risulta *ex se* idonea ad inficiare l'atto sanzionatorio finale, in quanto assunto in violazione delle prerogative partecipative e procedurali che devono necessariamente assistere i procedimenti sanzionatori.

Ciò chiarito, occorre, inoltre, osservare che, in taluni casi, sono le leggi istitutive delle autorità indipendenti, i regolamenti adottati dalle autorità, ovvero leggi speciali a prevedere una disciplina di dettaglio in punto di motivazione.

È il caso della Banca d'Italia, per cui si prevede l'obbligo di motivazione dei propri provvedimenti sanzionatori all'art. 24 della legge n. 262 del 2005. La motivazione deve descrivere il fatto e indicare la norma violata: non è necessario, invece, che la stessa sia dettagliata e analitica, ciò che conta è che esterni, anche succintamente o *de relato*, le ragioni sottese

⁵⁹¹ Si veda, Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 744.

alla decisione, dalle quale è possibile dedurre che vi è stato un esame degli elementi istruttori adottati dall'interessato.

Tuttavia, occorre osservare che, molto spesso, le previsioni normative speciali delle singole autorità dispongono il rinvio alla normativa generale contenuta nella legge n. 689 del 1981 per le sanzioni amministrative pecuniarie, in quanto applicabile. Il richiamo alla riferita normativa generale e ai principi in essa contenuti consente (seppur non completamente) di riportare a unità i diversi procedimenti sanzionatori delle singole autorità indipendenti, attraverso l'applicazione di principi comuni, tra cui il dovere di motivazione.

Lo stesso può dirsi relativamente ai principi generali e garantistici contenuti nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ex art. 6) in materia di giusto procedimento sanzionatorio⁵⁹².

Il contenuto e la portata applicativa del principio del c.d. *due process*⁵⁹³ sono stati notevolmente ampliati a seguito della nota pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo «*Grande Stevens*»⁵⁹⁴. La Corte

⁵⁹² Si veda, F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2013, 79 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 Cedu: procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

⁵⁹³ L'espressione «*due process of law*» è di derivazione statunitense. Il V emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, riferendosi al par. 39 della Magna Carta, dispone che «*Nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*»; anche il XIV emendamento riprende il principio del *due process of law* nell'ambito del riconoscimento della cittadinanza americana unitaria dopo la guerra civile.

⁵⁹⁴ Per commenti alla sentenza, si veda, *ex multis*, M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2014, 1053 ss.; M. PACINI, *Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 6, 2014, 617 ss.; G. M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? (Materia penale, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte Edu, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. soc.*, 5, 2014, 953 ss.; E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte Edu sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 3, 2014, 3007 ss.

Edu, infatti, fornendo un'interpretazione sostanzialistica dell'art. 6 Cedu e della nozione di «pena», ha riconosciuto che il diritto fondamentale della persona al c.d. *fair trial* o *due process of law*, il quale racchiude in sé una serie di garanzie, quali la terzietà e imparzialità del giudice, il contraddittorio, la parità delle armi e il diritto ad un processo e ad una decisione che siano resi pubblici e motivati, è estensibile a tutto ciò che in concreto è una pena, ivi comprese le sanzioni qualificate dagli ordinamenti interni nazionali come amministrative e non penali⁵⁹⁵.

Pur trattandosi di principi che assumono una dimensione evidentemente processuale, la Corte ne ha fatto applicazione anche ai procedimenti amministrativi, in particolare quelli di carattere sanzionatorio⁵⁹⁶. La Corte Edu, dunque «*da una norma di diritto processuale civile e penale ha tratto una norma di diritto amministrativo sostanziale, ai rapporti tra cittadino e amministrazione e al procedimento amministrativo*»⁵⁹⁷.

La piena applicazione del c.d. *due process*, sancito dal citato art. 6, in materia di giusto procedimento è discesa principalmente dalla qualificazione operata dalla Corte Edu delle sanzioni pecuniarie di elevata entità come sanzioni sostanzialmente penali⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Si veda, A. DI STASI, *Il diritto all'equo processo nella Cedu e nella Convenzione americana sui diritti umani*, Torino, 2012; D. LIAKOPOULOS, *Equo processo nella Convenzione dei diritti dell'uomo e nel diritto comunitario*, Padova, 2007.

⁵⁹⁶ Si veda, M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012.

⁵⁹⁷ Si è espresso in tal senso, S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, vol. I, Milano, 2003, 239.

⁵⁹⁸ Quest'opera di riqualificazione delle sanzioni è stata effettuata in una pluralità di casi, anche e soprattutto con riguardo alle sanzioni irrogate dalle autorità amministrative indipendenti. Nel caso *Menarini c. Italia* (Cedu 27 settembre 2011, c. 43509/08), la Corte Edu ha qualificato come penale una sanzione pecuniaria irrogata dall'Agcm. Lo stesso è accaduto nel caso *Grande Stevens c. Italia* (Cedu, sez. II, 4 marzo 2014, C. 18640/10), ove la Corte Edu ha qualificato come sostanzialmente penali le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal T.U.F. in materia di *market abuse*.

Sul punto, si veda, M. D'ALBERTI, *L'Unione Europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, 761 ss.

3. *La centralità della motivazione negli atti atipici nel contenuto e negli effetti: le ordinanze contingibili e urgenti*

Le ordinanze contingibili ed urgenti rappresentano uno dei più significativi esempi di provvedimento amministrativo tipico nella forma, ma atipico nel contenuto e negli effetti. Le ordinanze in parola, pur rispettando il principio di legalità formale, rappresentano un'importante deroga al principio di legalità sostanziale, che impone, secondo la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale, la preesistenza di una fonte legale che disciplini non soltanto il potere, ma anche le modalità, i limiti e le condizioni di esercizio dello stesso, nonché i suoi effetti.

Si tratta, infatti, di atti a contenuto atipico che l'amministrazione è abilitata ad adottare, sulla base di specifiche previsioni legislative, per fronteggiare situazioni eccezionali, anche derogando alla disciplina normativa di rango primario, ma pur sempre nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento⁵⁹⁹.

L'atipicità contenutistica che caratterizza i predetti atti è stata ritenuta necessaria proprio al fine di assicurare quella elasticità di manovra

⁵⁹⁹ Sul potere di ordinanza, si veda, *ex multis*, G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza* (dir. cost. e amm.) (voce), in *Nov. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, 92 ss.; F. BARTOLOMEI, *Ordinanza* (dir. amm.) (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 970 ss.; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, 1990, 2 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; S. FRANCHIONI, *Potere di ordinanza, sicurezza urbana e Costituzione*, in A. LORENZETTI – S. ROSSI (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti e limiti*, Napoli, 2009, 4 ss.

Sono ordinanze contingibili ed urgenti, tra le altre: (i) quelle previste dall'art. 50 del D.lgs. n. 267 del 2000 (T.U. enti locali); (ii) quelle previste dall'art. 54 del D.lgs. n. 267 del 2000 (T.U. enti locali); (iii) quelle previste dall'art. 2, R.D., n. 733 del 1931 (T.U. leggi pubblica sicurezza); (iv) quelle previste dall'art. 5 della legge 225 del 1992 (recante «Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile»); (v) quelle previste dall'art. 32 della legge n. 833 del 1978 e dall'art. 117 del D.lgs. n. 112 del 1998.

che si vuole riconoscere all'amministrazione per far fronte a situazioni eccezionali, non predeterminabili in via normativa⁶⁰⁰. Si tratta, dunque, di «valvole di sicurezza» del sistema che consentono, per l'appunto, per i casi di urgenza, di curare l'interesse pubblico con le misure che al momento appaiono più opportune secondo le circostanze⁶⁰¹.

Il potere *extra ordinem*, per le caratteristiche sopra descritte, incontra taluni limiti fondamentali e ineludibili.

Anzitutto, si ha riguardo al rispetto degli anzidetti principi costituzionale e dei principi generali dell'ordinamento⁶⁰².

Deve, inoltre, essere garantito il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, proprio in ragione del fatto che le ordinanze di necessità ed urgenza incidono su interessi dei singoli individui⁶⁰³. Si deve, dunque, far fronte alle situazioni di pericolo utilizzando misure necessarie, adeguate e idonee a salvaguardare l'interesse pubblico con il minor sacrificio delle posizioni giuridiche soggettive del destinatario della decisione⁶⁰⁴. E ancora, dovendo tutelare un interesse

⁶⁰⁰ Si veda, R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2017, Torino. Nell'impostazione degli Autori, le ordinanze sarebbero provvedimenti nominati per il solo fatto di essere astrattamente previsti dall'ordinamento, ma non tipizzati, in quanto i loro effetti non sarebbero disciplinati puntualmente *ex lege*.

⁶⁰¹ Si veda, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

⁶⁰² Tale limite implica che le ordinanze non possono: (i) vietare l'esercizio di libertà fondamentali garantite da norme costituzionali di immediata efficacia precettiva; (ii) intervenire in materie coperte da riserva di legge assoluta; (iii) porsi in contrasto con norme imperative primarie.

⁶⁰³ Il principio di proporzionalità attiene alla scelta della soluzione adeguata a cura dell'interesse pubblico con il minor sacrificio degli altri interessi in gioco ed è riferibile al bilanciamento quantitativo dei interessi. Il principio di ragionevolezza, invece, esprime il criterio secondo cui la pubblica amministrazione è tenuta a bilanciare gli interessi compresenti nel procedimento in maniera plausibile e giustificata ed è riferibile al bilanciamento qualitativo dei interessi.

⁶⁰⁴ In tal senso, Cons. St., sez. V, 26 maggio 2015, n. 2610; *Id.*, 14 aprile 2006, n. 2087; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 24 maggio 2011, n. 778, secondo cui appare del tutto illogico, irrazionale e sproporzionato, il provvedimento adottato dall'amministrazione comunale consistente nel vietare l'accesso ai cani nelle isole pedonali al solo fine di evitare che l'animale sporchi l'area pubblica.

generale della collettività ed essere l'estrema *ratio*, devono essere altresì congruenti allo scopo da raggiungere.

Quanto ai limiti procedimentali, merita particolare attenzione quello del generale obbligo di motivazione, previsto dall'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo, che non si considera derogabile neppure relativamente a provvedimenti di urgenza.

L'eccezionalità del potere e l'atipicità contenutistica delle ordinanze contingibili ed urgenti impongono un rafforzamento dell'obbligo di motivazione. La motivazione rafforzata deve individuare le ragioni di contingibilità ed urgenza che giustificano l'esercizio del potere ed indicare, contestualmente, le finalità del provvedimento e le ragioni per le quali risulta impossibile ricorrere a strumenti giuridici tipici individuati dal legislatore⁶⁰⁵. Nella motivazione, inoltre, si deve dare atto del concreto rispetto dei principi sopra richiamati, dimostrando la congruità fra la decisione assunta in concreto e i canoni di esercizio del potere di ordinanza in relazione alle risultanze dell'istruttoria. Ciò anche al fine di consentire ai privati lesi dalle ordinanze in parola di sottoporre le stesse a controllo giurisdizionale.

La motivazione diviene, quindi, da un lato, fattore di legittimazione della deroga al principio di legalità sostanziale e, dall'altro, strumento di responsabilizzazione della pubblica amministrazione e garanzia del controllo giurisdizionale sugli atti.

Un'ulteriore questione problematica – che di riflesso tocca anche il tema della motivazione – riguarda la ravvisabilità di un limite temporale al potere di ordinanza.

Tradizionalmente, il potere di adozione di ordinanze di urgenza, per sua natura provvisorio, deve necessariamente avere un limite temporale⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ La giurisprudenza, sul punto, appare costante. Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 2 marzo 2015, n. 988; *Id.*, 25 maggio 2012, n. 3077

⁶⁰⁶ In tal senso, Cons. St., se. IV, 18 ottobre 2002, n. 5721.

Secondo una diversa impostazione, invece, non può escludersi *a priori* la permanenza delle ordinanze contingibili ed urgenti⁶⁰⁷. Pertanto, solo a seguito di una valutazione caso per caso, adeguatamente motivata, è possibile affermare se l'intervento deve assumere o meno carattere temporaneo. La provvisorietà non sarebbe, dunque, un tratto caratteristico delle ordinanze contingibili ed urgenti.

La giurisprudenza, inoltre, si è soffermata sul perimetro del pericolo del danno grave e sull'indifferibilità dell'intervento urgente.

Da un lato, si è affermato che la finalità e il presupposto per l'emanazione di ordinanze di necessità ed urgenza «è di *provvedere con urgenza ad un evento nuovo, imprevisto ed imprevedibile*». In linea con tale ricostruzione, dunque, è stata esclusa la sussistenza dei presupposti per l'emissione di ordinanze contingibili ed urgenti in presenza del carattere risalente e permanente della situazione dannosa⁶⁰⁸.

Dall'altro lato, invece, si è ritenuto che ciò che conta è «*l'effettiva esistenza di una situazione di pericolo imminente al momento dell'adozione dell'ordinanza*», essendo del tutto ininfluyente tanto la prevedibilità dell'evento dannoso, quanto il fatto che la situazione di emergenza sia insorta in epoca precedente⁶⁰⁹.

3.1. La motivazione delle ordinanze sindacali ex art. 54 Testo Unico enti locali

⁶⁰⁷ In tal senso, Cons. St., sez. V, 13 ottobre 2003, n. 6169.

⁶⁰⁸ In tal senso, Tar Veneto, sez. II, 19 gennaio 2007, n. 148.

⁶⁰⁹ In tal senso, Cons. St., sez. V, 19 settembre 2012, n. 4968, che, in relazione allo stato di emergenza nella città di Venezia, determinatosi per effetto del traffico acqueo lagunare, afferma che «*la circostanza che non si tratti di una situazione nuova ed imprevedibile non è di per sé d'ostacolo al ricorso alla dichiarazione dello stato di emergenza, poiché ciò che si rileva non è la circostanza, estrinseca, che il pericolo sia correlato ad una situazione preesistente ovvero ad un evento nuovo ed imprevedibile, ma la sussistenza della necessità e dell'urgenza attuale di intervenire a difesa degli interessi da tutelare*». Si veda anche, Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2001, n. 654.

Un'analisi particolare merita il potere *extra ordinem* riconosciuto in capo al sindaco, ai sensi del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. T.U. enti locali)⁶¹⁰.

La scienza giuridica e la giurisprudenza hanno affrontato il problema dell'individuazione dei limiti al suddetto potere di ordinanza sindacale, necessariamente ricompresi tra i canoni della discrezionalità e della legalità.

L'art. 50 del T.U. enti locali, nell'affermare che il sindaco è l'organo responsabile dell'amministrazione del Comune, gli riconosce la legittimazione ad emanare ordinanze contingibili ed urgenti nei particolari casi in cui, in sede locale, possano verificarsi pericoli imminenti ed attuali non altrimenti evitabili⁶¹¹.

⁶¹⁰ Sulle ordinanze sindacali, si veda, *ex multis*, M. GNES, *L'annullamento prefettizio delle ordinanze del Sindaco quale Ufficiale di Governo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2009, 44 ss.; C. MEOLI, *Il potere di ordinanza del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2009, 682 ss.; L. VANDELLI, *Le ordinanze del Sindaco in materia di sicurezza urbana*, Roma, 2008.

Anche il Prefetto, ai sensi dell'art. 2, R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (c.d. T.U. leggi pubblica sicurezza), nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica. Trattasi di una competenza generale volta a far fronte sia ad emergenze naturali che pubbliche a contenuto assolutamente libero, data l'assenza di una seppur minima indicazione contenutistica e/o teleologica.

⁶¹¹ L'art. 50, comma 5, T.U. enti locali dispone che «[...] in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Le medesime ordinanze sono adottate [...] in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti di urgenza [...] spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali»; il successivo comma 7-bis dispone che «Il sindaco, al fine di assicurare il soddisfacimento delle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti nonché dell'ambiente e del patrimonio culturale in determinate aree delle città interessate da afflusso particolarmente rilevante di persone, anche in relazione allo svolgimento di specifici eventi, nel rispetto dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, può disporre, per un periodo comunque non superiore a trenta

Il successivo art. 54, comma 4, T.U. enti locali attribuisce al sindaco, in qualità di Ufficiale del governo, il potere di adottare con atto motivato provvedimenti contingibili ed urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana⁶¹². La medesima facoltà, inoltre, è concessa in casi nei casi di emergenza indicati al successivo comma 6⁶¹³.

In ogni caso, i presupposti per l'adozione dei suddetti provvedimenti possono essere individuati: (i) nell'urgenza, intesa come indifferibilità del provvedimento; (ii) nella contingibilità, intesa come straordinarietà e imprevedibilità dell'evento; (iii) nonché nella provvisorietà, intesa nel

giorni, con ordinanza non contingibile e urgente, limitazioni in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche».

⁶¹² La Corte Costituzionale, con sentenza 7 aprile 2011, n. 115, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, T.U. enti locali, «nella parte in cui comprende la locuzione “anche” prima delle parole “contingibili e urgenti”», per contrasto con gli artt. 3, 23 e 97 Cost. Il potere conferito al Sindaco viene, dunque, riportato nell'alveo originario, ovvero limitato alla emanazione di ordinanze contingibili ed urgenti a tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana. L'attuale formulazione dell'art. 54, comma 4, T.U. enti locali dispone che «*Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. I provvedimenti di cui al presente comma sono preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione*». Il decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2008, adottato in base a quanto previsto nel decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni nella legge 24 luglio 2008, n. 125, definisce «*l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana*».

⁶¹³ L'art. 54, comma 6, T.U. enti locali dispone che «*In casi di emergenza, connessi con il traffico o con l'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero quando a causa di circostanze straordinarie si verificano particolari necessità dell'utenza o per motivi di sicurezza urbana, il sindaco può modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, adottando i provvedimenti di cui al comma 4*».

duplice senso di imposizione di misure non definitive e ad efficacia temporalmente limitata⁶¹⁴.

Il potere di ordinanza, *ex art. 54, comma 4, T.U. enti locali*, è attribuito in vista del raggiungimento di interessi pubblici definiti ricorrendo a concetti giuridici indeterminati e variamente interpretabili, quali l'«*incolumità pubblica*» e la «*sicurezza urbana*» ed è subordinato alla sussistenza di una situazione di «*grave pericolo*».

La norma in parola non dispone alcunché circa la disciplina del procedimento di adozione delle suddette ordinanze, con la conseguenza che dovrà farsi implicito rinvio alle disposizioni di cui alla legge n. 241 del 1990.

Il ruolo della motivazione delle ordinanze sindacali è sempre incisivo e centrale⁶¹⁵. La rilevanza dell'obbligo motivazione, tra l'altro, viene enfatizzata anche dalla lettera dell'art. 54, comma 4: i provvedimenti di ordinanza, infatti, ricadrebbero, in ogni caso, sotto la previsione dell'obbligo generale di motivazione, *ex art. 3, comma 1, legge n. 241 del 1990*⁶¹⁶.

La motivazione, da un lato, è funzionale a giustificare l'emanazione dell'ordinanza, dall'altro, è strumentale ad una rappresentazione della razionalità intrinseca delle scelte effettuate dal sindaco.

Alla base dell'emanazione dell'ordinanza *extra ordinem* vi deve essere un adeguato supporto motivazionale non solo di tipo estrinseco, vale

⁶¹⁴Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 4 febbraio 2015, n. 533; Tar Puglia, Bari, sez. II, 5 maggio 2012, n. 1099, secondo cui l'ordinanza contenente il divieto di distribuzione di buste di plastica non biodegradabili difetta del presupposto dell'urgenza di provvedere; Tar Basilicata, Potenza, Sez. I, 10 gennaio 2012, n. 7; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 3 novembre 2011, n. 1049.

⁶¹⁵ Si veda, A. CASSATELLA, *L'obbligo di motivazione delle "nuove" ordinanze a tutela della sicurezza urbana previste dall'art. 54, comma 4, del Testo unico degli enti locali: osservazioni critiche*, in *Le Regioni*, 1, 2010, 157 ss.

⁶¹⁶ È lo stesso T.U. enti locali a definire le ordinanze come «provvedimenti», ovvero come atti a contenuto concreto preordinati alla tutela di un determinato interesse pubblico, originato da una specifica situazione di fatto, la cui individuazione costituisce lo stesso *prius* logico di esercizio della potestà sindacale.

a dire di esteriorizzazione della causa del grave pericolo e/o dell'eccezionalità dell'evento, ma anche di tipo intrinseco, ovvero corredato da un'adeguata istruttoria, sulla base dei dati tecnici in possesso dell'amministrazione, da condursi secondo un accertamento di fatti fondato su prove concrete e non su mere presunzioni⁶¹⁷.

Ai fini del legittimo esercizio del potere di ordinanza sarà, quindi, indispensabile esternare, in punto di fatto, la contingibilità e l'urgenza, *id est* la sussistenza di una situazione di effettivo pericolo di danno grave ed imminente per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, non fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva⁶¹⁸.

La motivazione, dunque, è lo strumento più importante per effettuare una valutazione della ragionevolezza, proporzionalità e razionalità delle misure adottate dai sindaci. L'adempimento di tale obbligo, oltre ad essere imposto dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990 – e ribadito dall'art. 54, comma 4, T.U. enti locali – discenderebbe anche dal principio di buona fede oggettiva⁶¹⁹. Ai destinatari dei singoli provvedimenti, oltre che alla collettività nel suo complesso, deve, infatti, essere consentito di comprendere l'effettiva ragione giuridica di determinate valutazioni.

4. *L'interdittiva antimafia tra motivazione e fumus*

⁶¹⁷ In tal senso, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. V, 9 ottobre 2017, n. 4699; Cons. St., sez. V, 22 marzo 2016, n. 1189, secondo cui «è illegittima l'ordinanza contingibile urgente, adottata ex art. 54 del d.lgs. n. 267 del 2000, qualora risulti sfornita di elementi istruttori e di motivazione in grado di rappresentare un'effettiva situazione di grave pericolo che minacci l'incolumità dei cittadini [...]». Si veda anche, Tar Umbria, Perugia, sez. I, 29 agosto 2013, n. 451; Tar Campania, Napoli, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 1220; Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2012, n. 3490; Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2012, n. 904.

⁶¹⁸ In tal senso, *ex multis*, Cons. St. sez. V, 5 giugno 2017, n. 2676; Cgars 3 marzo 2017, n. 84; Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 15 aprile 2016, n. 960; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 15 febbraio 2016, n. 132

⁶¹⁹ Si veda, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001.

L'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 legge n. 241 del 1990 assume notevole rilevanza anche per i c.d. provvedimenti inderdittivi antimafia, configurandosi quale obbligo speciale e rafforzato.

Le informative antimafia sono provvedimenti amministrativi interdittivi, disciplinati dal D.lgs. 6 settembre 2001, n. 159 (c.d. Codice antimafia), consistenti nell'attestazione da parte del Prefetto del coinvolgimento di determinate imprese in dinamiche legate alla criminalità organizzata, con effetto, per l'appunto, interdittivo della partecipazione a procedure di evidenza pubblica e comunque dell'instaurazione di rapporti economici con esse. Si tratta, dunque, di misure volte alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione⁶²⁰.

Il Codice antimafia, all'art. 84, distingue le comunicazioni dalle informazioni antimafia⁶²¹. Le pubbliche amministrazioni devono richiedere la comunicazione prima di stipulare ogni contratto relativo a lavori, servizi e forniture, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati all'art. 67 del Codice antimafia (licenze, concessioni, autorizzazioni, ecc.). La comunicazione può essere richiesta e rilasciata da enti, anche diversi dalla Prefettura – indicati all'art. 97 – mediante consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia. Laddove non emerga alcuna causa ostativa, si procede al rilascio di una comunicazione antimafia liberatoria, in caso contrario è previsto, invece, l'intervento del Prefetto,

⁶²⁰ In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza. Si veda, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. I, 27 maggio 2016, n. 2756; Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

⁶²¹ Le prime consistono nell'«attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67»; le seconde possono assumere lo stesso contenuto delle prime, oppure – salvo quanto previsto dall'art. 91, comma 6 – attestare «la sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4». L'oggetto della comunicazione antimafia è più circoscritto rispetto a quello dell'interdittiva antimafia e ciò trova corrispondenza nel più snello sistema di acquisizione per la stessa delineato dalla legge.

che, ai sensi dell'art. 89 del Codice antimafia, deve verificare «*la corrispondenza dei motivi ostativi emersi dalla consultazione della banca dati alla situazione aggiornata del soggetto sottoposto agli accertamenti*». Se il Prefetto accerta «*la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa [...] adotta comunque un'informazione antimafia interdittiva e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti [...] senza emettere la comunicazione antimafia*». Oltre che in tal caso, l'informazione antimafia va rilasciata su impulso delle amministrazioni che si trovano a stipulare un contratto di importo superiore ai valori stabiliti dall'art. 91, a fronte della ritenuta insufficienza della comunicazione antimafia a garantire l'affidabilità dell'impresa, con conseguente necessità di dar luogo in ogni caso ad indagini prefettizie circa la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa.

La comunicazione antimafia emessa a seguito della mera consultazione della Banca dati nazionale ha carattere intrinsecamente vincolato. Di contro, la documentazione rilasciata a seguito delle verifiche prefettizie ha carattere discrezionale. Gli indici predeterminati dalla legge, infatti, lasciano alle amministrazioni procedenti un ampio margine di apprezzamento nel valutare l'opportunità di emanare un'informazione negativa. Margine, tra l'altro, enfatizzato dalla considerazione della finalità cautelare dell'istituto, che risponde all'esigenza di minimizzare il rischio che le pubbliche amministrazioni intrattengano rapporti con la criminalità organizzata.

L'obbligo di motivazione dei predetti provvedimenti interdittivi assume caratteri differenti e per così dire speciali, rispetto a quello generale delineato dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Si ritiene, infatti, che la motivazione dei provvedimenti interdittivi antimafia, da un lato, deve scendere nel concreto, ossia indicare specificamente gli elementi fattuali posti a base delle relative valutazioni; dall'altro deve indicare le ragioni in base alle quali i predetti elementi siano tali da indurre a concludere in ordine alla sussistenza dei relativi presupposti

e, dunque, in ordine alla perdita di fiducia sull'affidabilità e sulla moralità dell'imprenditore.

L'obbligo motivazionale, tuttavia, assume un perimetro diverso a secondo della opinabilità o meno dei fatti emersi nel corso del procedimento.

Qualora i fatti valutati risultino chiari ed evidenti, o quanto meno altamente plausibili, il provvedimento prefettizio si può anche limitare a rimarcare la loro sussistenza, assumendo, di fatto, un carattere quasi vincolato. In altri termini, se gli atti richiamati nel provvedimento prefettizio (emessi da organi giudiziari o amministrativi)⁶²² già contengono specifiche valutazioni degli elementi emersi nel corso del procedimento, il provvedimento interdittivo antimafia può ritenersi sufficientemente e adeguatamente motivato *per relationem* agli stessi⁶²³.

Ove invece i fatti risultino opinabili, il provvedimento interdittivo deve motivatamente specificare quali elementi ritenga rilevanti e come essi si leghino tra loro. Ciò significa che se eventuali atti richiamati contengono una sommatoria di elementi eterogenei non ancora unitariamente considerati (ad esempio, perché si sono susseguite relazioni delle Forze dell'ordine indicanti meri dati di fatto), spetta al provvedimento prefettizio valutare tali elementi eterogenei, non potendosi ammettere una motivazione *per relationem*.

Conseguentemente, se la motivazione del provvedimento interdittivo antimafia è poco curata e scarna, profili di eccesso di potere possono sussistere solo se, a loro volta, anche gli atti del procedimento non siano

⁶²² La giurisprudenza ritiene che in materia non rilevano formalismi linguistici, non occorrendo, dunque, l'utilizzo di una terminologia tecnico-giuridica nelle relazioni redatte dalle Forze dell'ordine, chiamate al delicato compito di controllo del territorio. In tal senso, Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

⁶²³ Come noto, infatti, l'art. 3, comma 3, legge n. 241 del 1990, prevede che l'obbligo motivazionale può essere assolto anche *per relationem*, ossia tramite il rinvio ad atti ulteriori e diversi, adottati nell'ambito del procedimento specifico o anche di altri procedimenti. Questi atti, tuttavia, devono essere indicati espressamente nel provvedimento e resi disponibili insieme alla decisione al momento della relativa comunicazione.

congruenti e siano carenti di effettivi contenuti, frettolosi o immotivati. Profili di inadeguatezza della valutazione vanno, dunque, esclusi se, mediante una motivazione *per relationem*, negli atti richiamati risultino le effettive ragioni sostanziali poste a base del provvedimento prefettizio.

In ogni caso, l'impianto motivazionale dell'informativa – *ex se* o *per relationem* agli atti istruttori – deve fondarsi su una rappresentazione complessiva, imputabile all'autorità prefettizia, degli elementi di permeabilità criminale che possano influire anche indirettamente sull'attività dell'impresa – o sulla licenza, autorizzazione, ecc. – la quale si viene a trovare in una condizione di potenziale asservimento (o condizionamento) rispetto alle iniziative della criminalità organizzata di stampo mafioso. Gli elementi raccolti, quindi, non vanno guardati in modo atomistico, ma unitario, sì che la valutazione deve essere effettuata, e corrispondentemente esternata in sede di motivazione, in relazione al complessivo quadro indiziario risultante dalla ricostruzione logica e valutazione sintetica di tutti i dati emersi in sede istruttoria, ognuno dei quali acquista valenza nella sua connessione con gli altri⁶²⁴.

Il quadro indiziario dell'infiltrazione mafiosa posto a base del provvedimento interdittivo antimafia deve dar conto in modo organico e coerente, ancorché sintetico, di quei fatti aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, dai quali, sulla base della regola causale del «più probabile che non», possa pervenirsi in via presuntiva alla conclusione ragionevole che tale rischio sussista, valutatene e contestualizzatene tutte le circostanze di tempo, di luogo e di persona⁶²⁵.

⁶²⁴ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 29 febbraio 2016, n. 868; *Id.*, 13 novembre 2015, n. 5197; *Id.*, 14 dicembre 2015, n. 5674; *Id.*, 7 ottobre 2015, n. 4657; *Id.*, 28 settembre 2015, n. 4527; *Id.*, 23 aprile 2015, n. 1576.

⁶²⁵ È estranea al sistema delle interdittive antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno latamente sanzionatori, qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio. Una simile logica, infatti, vanificherebbe la finalità anticipatoria dell'interdittiva, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente

La valutazione del rischio di inquinamento mafioso deve, dunque, avvenire in base al criterio del «più probabile che non», ossia alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, quale è, anzitutto, anche quello mafioso⁶²⁶. I fatti che l'autorità prefettizia deve valorizzare, infatti, prescindono dall'atteggiamento antiggiuridico della volontà mostrato dai singoli e finanche da condotte penalmente rilevanti (non necessarie per la sua emissione), ma sono rilevanti nel loro valore oggettivo, storico, sintomatico, perché rivelatori del condizionamento che la mafia, in molteplici, cangianti e sempre nuovi modi, può esercitare sull'impresa anche al di là e persino contro la volontà del singolo.

Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa tipizzate dal legislatore comprendono una serie di elementi del più vario genere e, spesso, anche di segno opposto, ma non esauriscono le c.d. situazioni sintomatiche del condizionamento mafioso⁶²⁷. Gli elementi di inquinamento mafioso, infatti, non costituiscono un *numerus clausus*, ben potendo assumere forme e caratteristiche alquanto diverse⁶²⁸.

rilevante. In tal senso, Cons. St., sez. III, 16 giugno 2016, n. 2683; *Id.*, 3 maggio 2016, n. 1743.

⁶²⁶ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 7 luglio 2016, n. 3012; *Id.*, 22 giugno 2016, n. 2774; *Id.*, 3 maggio 2016, n. 1743; *Id.*, 7 ottobre 2015, n. 4657; Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15709. Gli elementi posti a base del provvedimento prefettizio possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione. Anche soggetti semplicemente conniventi con la mafia, per quanto non concorrenti, nemmeno esterni, con siffatta forma di criminalità, e persino imprenditori soggiogati dalla sua forza intimidatoria e vittime di estorsioni sono passibili di informativa antimafia.

⁶²⁷ Si pensi: (i) alla condanna, anche non definitiva, per taluni delitti da considerare sicuri indicatori della presenza mafiosa (art. 84, comma 4, lett. a), Codice antimafia); (ii) alla mancata denuncia di delitti di concussione e di estorsione, da parte dell'imprenditore; (iii) alle condanne per reati strumentali alle organizzazioni criminali (art. 91, comma 6, Codice antimafia); (iv) alla sussistenza di vicende organizzative, gestionali o anche solo operative che, per le loro modalità, evidenzino l'intento elusivo della legislazione antimafia.

⁶²⁸ L'autorità prefettizia, pertanto, deve valutare il rischio che l'attività di impresa possa essere oggetto di infiltrazione mafiosa, in modo concreto ed attuale, sulla base dei

L'emissione del provvedimento interdittivo antimafia può ragionevolmente basarsi anche su un solo indizio di infiltrazione mafiosa, ma solo se ritenuto di tale precisione e gravità da rendere inattendibili gli eventuali altri elementi di giudizio ad esso contrari⁶²⁹. Ciò, tuttavia, non vale per ogni indice sintomatico del condizionamento mafiosa. Parte della giurisprudenza, infatti, afferma che il mero rapporto di parentela (o di affinità) con soggetti risultati appartenenti alla criminalità organizzata non è di per sé idoneo, in assenza di ulteriori elementi, a dare conto del tentativo d'infiltrazione mafiosa, in quanto non può in alcun modo instaurarsi un vero e proprio automatismo tra un legame familiare, sia pure tra stretti congiunti, ed il condizionamento dell'impresa⁶³⁰. Se è vero, in base a regole di comune esperienza, che il vincolo di sangue può esporre il soggetto all'influsso dell'organizzazione, se non addirittura imporre (in determinati contesti) un coinvolgimento nella stessa, tuttavia l'attendibilità dell'interferenza dipende anche da una serie di circostanze ed ulteriori elementi indiziari, che qualifichino, su un piano di attualità ed effettività, una imminente situazione di condizionamento e di contiguità con interessi malavitosi; deve trattarsi di elementi significativi, che corroborino il pericolo di condizionamento ed in ordine ai quali va data adeguata motivazione nel provvedimento interdittivo.

In ogni caso, con particolare riguardo all'obbligo motivazionale, come già osservato, il Prefetto è tenuto ad indicare nel provvedimento

seguenti elementi: (a) provvedimenti «sfavorevoli» del giudice penale; (b) sentenze di proscioglimento o di assoluzione; (c) proposta o provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso Codice antimafia; (d) rapporti di parentela; (e) contatti o rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; (f) vicende anomale nella formale struttura dell'impresa; (g) vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa; (h) condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi benefici; (i) inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità.

⁶²⁹ In tal senso, Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

⁶³⁰ In tal senso, *ex multis*, Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 26 aprile 2017, n. 1143; Cons. St., sez. III, 3 luglio 2015, n. 3310; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 25 luglio 2014, n. 2115.

interdittivo gli elementi di fatto ed esternare, anche mediante il rinvio *per relationem* alle relazioni eseguite dalle Forze dell'ordine, le ragioni che lo inducono a ritenere probabile che da uno o più elementi indiziari, per la loro attualità, univocità e gravità, sia ragionevole desumere il pericolo concreto di infiltrazione mafiosa nell'impresa⁶³¹. Se la valutazione unitaria non traspare dagli atti del procedimento, occorre che essa sia effettuata dal Prefetto, con una motivazione che può anche non essere analitica e diffusa, ma che richiede in ogni caso un calibrato giudizio sintetico su uno o anche più di detti elementi presuntivi, sopra indicati⁶³².

Parte della giurisprudenza, a titolo esemplificativo, ritiene illegittimo il provvedimento di revoca della licenza di taxi basata sull'informativa antimafia interdittiva che abbia segnalato pericolo di infiltrazioni mafiose a causa dei legami di parentela della titolare della licenza con esponenti malavitosi, allorché nella motivazione del provvedimento prefettizio non siano state specificate od allegate le modalità concrete a mezzo delle quali la pericolosa vicinanza parentale potrebbe orientare ovvero insinuarsi nella gestione della licenza taxi, in assenza di significativi riscontri circa anomalie nell'uso del titolo⁶³³. Infatti, mentre in relazione alle imprese organizzate l'insinuazione mafiosa è, per così dire, conseguenza automatica connessa alla molteplicità di attività in cui può inserirsi una «pressione criminale» senza la necessità di allegare la prova circa il *quomodo* dell'insinuazione, nell'impresa individuale, quale quella concernente

⁶³¹ In tal senso, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 7 settembre 2015, n. 1371, secondo cui la motivazione dell'informazione interdittiva antimafia «*deve, in ogni caso, delineare un sufficiente quadro che renda significativo, anche se su un piano solo indiziario, il pericolo sistematico di condizionamento dell'attività gestionale dell'impresa destinataria, venendo in rilievo nella fattispecie il delicato bilanciamento tra le esigenze di tutela preventiva dell'ordine pubblico e quelle di protezione della libertà di iniziativa economica tutelate dall'art. 41 Cost.*». Si veda anche, Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 9 aprile 2015, n. 5207.

⁶³² In tal senso, Tar Campania, Napoli, sez. I, 27 maggio 2016, n. 2756; Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

⁶³³ In tal senso, Tar Calabria, Reggio Calabria, 28 ottobre 2016, n. 1065

l'attività dei taxi, è necessario specificare le modalità con cui gli ambienti criminali possano insinuarsi, traendone vantaggio, nell'attività in questione.

Alla luce di quanto delineato può, dunque, concludersi che la previsione di una motivazione rafforzata e speciale (*ex se* o *per relationem*) si rende necessaria proprio al fine di bilanciare l'ampio margine di accertamento e apprezzamento discrezionale riconosciuto in capo al Prefetto.

CAPITOLO VI

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

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Annullamento in autotutela: l'elasticità dei presupposti e le ricadute in punto di motivazione. – 3. Tipicità dei presupposti della revoca, legittimo affidamento e motivazione. – 4. L'integrazione della motivazione del provvedimento di primo grado mediante la convalida (in secondo grado).

1. Premessa

L'autotutela amministrativa è tradizionalmente definita, dalla scienza giuridica⁶³⁴ e dalla giurisprudenza⁶³⁵, come il potere dell'amministrazione di rimuovere unilateralmente ed autonomamente gli ostacoli che si frappongono alla realizzazione dell'interesse pubblico concreto per cui il potere è stato conferito dalla legge.

⁶³⁴ Sul piano dogmatico, il maggiore contributo all'elaborazione concettuale dell'argomento si deve alla ricostruzione di F. BENVENUTI, *Autotutela* (voce), in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537 ss. L'Autore definisce l'autotutela come una delle tre manifestazioni del potere della pubblica amministrazione, accanto all'autonomia e all'autarchia, identificandola nella sua capacità «*di farsi ragione da sé*». Si veda anche, G. GHETTI, *Autotutela della pubblica amministrazione* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino 1987, 80 ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela* (voce), in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988, 4 ss.; G. CORSO, *Autotutela* (dir. amm.) (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, vol. I, 2006, 609 ss. Si veda, da ultimo, *ex multis*, A. Pajno, *L'autotutela tra tradizione e innovazione*, in *Federalismi.it*, 2017.

⁶³⁵ Ha chiarito Cons. St., sez. VI, 14 gennaio 2009, n. 136, che è legittimo l'esercizio dell'autotutela quando questo si fonda su un errore iniziale, ovvero sul mutato apprezzamento di presupposti di fatto o, addirittura, sul mutato convincimento circa l'interesse pubblico sotteso al provvedimento *ab origine* adottato, in quanto alla base dell'autotutela amministrativa, quale che ne sia la forma giuridica (revoca, annullamento, ritiro, ecc.) c'è sempre un errore sugli originari presupposti di fatto o giuridici, ovvero un nuovo apprezzamento di elementi già sussistenti.

L'autotutela si articola, secondo l'impostazione scientifica maggiormente condivisa⁶³⁶, in c.d. autotutela decisoria⁶³⁷ e la c.d. autotutela esecutiva⁶³⁸.

Al concetto di autotutela decisoria appartiene la vera e propria funzione di riesame, consistente nella rivalutazione delle situazioni di fatto e di diritto poste alla base di un dato provvedimento amministrativo ad opera della stessa autorità che ha adottato l'atto originario o di autorità diversa. Si tratta di un'attività di natura discrezionale, in cui l'amministrazione è tenuta non soltanto ad evidenziare l'interesse pubblico che giustifica l'adozione del provvedimento di secondo grado, ma anche a compiere una ponderazione dello stesso con quelli dei privati destinatari e controinteressati secondo logiche di merito amministrativo

Attraverso una disciplina frutto della positivizzazione di principi già elaborati dalla giurisprudenza nazionale ed europea e dell'accoglimento di

⁶³⁶ Si veda, F. BENVENUTI, *Autotutela* (voce), op. cit. Secondo lo schema elaborato dall'Autore, l'attività di autotutela si distingue in decisoria ed esecutiva. La prima, di carattere generale ed immanente, consiste nella facoltà di adottare una decisione con cui l'amministrazione, riesaminando il dispositivo iniziale, lo annulla o lo revoca; la seconda che riveste, invece, carattere di natura eccezionale, consta di una serie di attività materiali dirette all'esecuzione delle determinazioni adottate.

⁶³⁷ Sull'autotutela decisoria, si veda, da ultimo, *ex multis*, C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1173 ss.; V. DOMENICHELLI – M. SINISI, *La revoca del provvedimento*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1056 ss.; L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies*, in *Giustamm.it*, 2016; M. A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2015.

⁶³⁸ L'autotutela esecutiva si identifica con l'attività della pubblica amministrazione diretta all'esecuzione coattiva degli atti provvedimentali. Tale funzione è oggi espressamente prevista dagli artt. 21-ter e 21-quater della legge n. 241 del 1990, che disciplinano rispettivamente l'esecutorietà e l'esecutività del provvedimento. Sul punto, veda, da ultimo, *ex multis*, R. LEONARDI, *L'esecutorietà degli atti costitutivi di obblighi*, in M. A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1023 ss.; G. DE GIORGI CEZZI – P. L. PORTALURI, *L'efficacia e l'esecutività del provvedimento*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1033 ss.

istituti di derivazione comunitaria, si è inteso valorizzare, nell'esercizio del potere di riesame, la tutela del legittimo affidamento dei privati⁶³⁹.

L'autotutela viene, dunque, a collocarsi «*nello snodo delicatissimo fra il potere amministrativo e il suo esercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato, dall'altra*»⁶⁴⁰ e trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento.

Il perimetro del dovere motivazionale, come si illustrerà nei paragrafi che seguono, assume dei contorni differenti a seconda del tipo di potere di autotutela esercitato e a seconda dei diversi settori dell'attività di cura concreta dell'interesse pubblico.

L'obbligo di motivare l'esercizio del potere di autotutela, che assume un rilievo centrale, sebbene appaia uniforme, cela una molteplicità di sfumature che ne modificano natura e consistenza.

Occorre, dunque, analizzare le singole figure in cui si modula il potere di autotutela, ossia annullamento d'ufficio, *ex art. 21-nonies*⁶⁴¹, revoca, *ex art. 21-quinques*⁶⁴² e convalida, *ex art. 21-nonies*, nonché *l'ubi consistam* dell'obbligo di motivazione nelle ipotesi speciali previste dalla

⁶³⁹ Il principio di tutela del legittimo affidamento deriva dal diritto europeo, costituendone, tra l'altro, un principio generale (si veda, *ex multis*, Cgue 3 maggio 1978, C 112/77 (*Gesellschaft mbh c. Commissione*)). Il diritto di invocare la tutela del legittimo affidamento viene riconosciuto in capo a chiunque si trovi in una situazione nella quale risulti che l'amministrazione comunitaria, fornendogli assicurazioni precise, gli abbia suscitato aspettative fondate (si veda, *ex multis*, Cgue, sez. VI, 17 aprile 1997, C-90/95 (*H. de Compte c. Parlamento europeo*)). Tale situazione giuridica soggettiva, tuttavia, viene considerata meritevole di tutela solo in presenza di un comportamento conforme alla regola della buona fede (in senso oggettivo) ed alla legge. Sul punto, si veda, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, il quale ha individuato il fondamento della tutela riconosciuta all'affidamento nel principio di buona fede, inteso quale obbligo di correttezza. Per un'approfondita disamina del principio del legittimo affidamento, si veda, da ultimo, E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 173 ss.

⁶⁴⁰ Si veda, Corte Cost., 9 marzo 2016, n. 49.

⁶⁴¹ Sui presupposti dell'annullamento d'ufficio in generale, si veda, Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1915.

⁶⁴² Sui presupposti della revoca in generale, si veda, Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5082.

legge o dalla giurisprudenza, tenendo conto delle importanti novità giurisprudenziali e normative intervenute negli ultimi anni⁶⁴³.

2. *Annullamento in autotutela: l'elasticità dei presupposti e le ricadute in punto di motivazione*

L'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 riconosce alla pubblica amministrazione il potere di annullare d'ufficio un provvedimento illegittimo in presenza delle seguenti condizioni: (i) la sussistenza di ragioni di interesse pubblico, diverse dal mero ripristino della legalità; (ii) il rispetto del c.d. termine ragionevole, con le relative presunzioni di irragionevolezza (si veda il limite dei diciotto mesi per l'annullamento dei provvedimenti ampliativi introdotto dalla c.d. riforma Madia); (iii) la ponderazione e comparazione con gli interessi dei destinatari e degli eventuali controinteressati del provvedimento⁶⁴⁴.

L'illegittimità del provvedimento, pur costituendo il necessario presupposto dell'annullamento d'ufficio⁶⁴⁵, non può, di per sé sola,

⁶⁴³ La disciplina degli istituti dell'annullamento d'ufficio, della revoca e della convalida è stata di recente novellata dal decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto «Sblocca Italia»), convertito con modificazioni nella legge 11 novembre 2014, n. 164 e dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, con cui il legislatore è intervenuto a rimodulare l'ampiezza dell'esercizio dei poteri di autotutela.

⁶⁴⁴ Il legislatore ha inteso recepire alcuni elementi della disciplina elaborata dalla giurisprudenza amministrativa, che aveva già subordinato l'esercizio del potere di annullamento, con effetti *ex tunc*, ad alcune regole, quali: «a) l'obbligo della motivazione; b) la presenza di concrete ragioni di pubblico interesse, non riconducibili al mero ripristino della legalità; c) la valutazione dell'affidamento delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto di riesame, tenendo conto del tempo trascorso dalla sua adozione; d) il rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale; e) l'adeguata istruttoria».

In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 294; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 14 aprile 2016, n. 619; Cons. St., sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3182.

⁶⁴⁵ Si tratta di un presupposto di agevole riscontro: è sufficiente che l'amministrazione verifichi la sussistenza degli estremi, nell'atto emanato, di un vizio

giustificare la decisione di rimuovere il provvedimento invalido, essendo altresì necessaria la sussistenza di un interesse pubblico, concreto e attuale⁶⁴⁶, da curare con l'annullamento, di cui la pubblica amministrazione deve dare esplicitamente conto nella motivazione del provvedimento di riesame⁶⁴⁷. L'impossibilità di rimuovere in autotutela un provvedimento solo perché illegittimo trova la sua *ratio* in un'esigenza di certezza e stabilità, sia dei rapporti tra pubblica amministrazione e privato, sia degli effetti degli atti dell'amministrazione.

La necessità che, oltre all'illegittimità dell'atto, sussistano ragioni di interesse generale alla rimozione del provvedimento e dei suoi effetti fa sì che la tenuta dell'atto di autotutela poggia interamente sulla forza della motivazione posta a sostegno della decisione.

Dalla motivazione, infatti, deve emergere non soltanto il o i profili di illegittimità che invalidano l'atto, ma anche la concretezza e l'attualità dell'interesse pubblico alla sua eliminazione dal mondo giuridico⁶⁴⁸.

Tale interesse deve risultare dalla sintesi tra l'interesse pubblico (interesse primario) e gli altri interessi (privati e/o pubblici) coinvolti nel procedimento (interessi secondari)⁶⁴⁹. L'obbligo motivazionale del

invalidante, nella tradizionale catalogazione della violazione di legge, dell'eccesso di potere e dell'incompetenza, *ex art. 21-octies*, legge n. 241 del 1990. L'art. 21-*nonies* esclude espressamente i casi di cui al comma 2 del medesimo art. 21-*octies*.

⁶⁴⁶ Si veda, A. R. TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 284 ss., secondo cui «*a prescindere dalla sua esatta collocazione tra gli elementi dell'azione amministrativa (presupposto, fine, motivo), l'interesse pubblico concreto non può apparire infatti, se non a posteriori, immanente nella situazione reale considerata, rappresentando invece, nel fieri del procedimento amministrativo, il risultato di una sintesi tutt'altro che prevedibile ed apriori scontata*».

⁶⁴⁷ Si veda, Cons. St., sez. V, 20 settembre 2016, n. 3910.

⁶⁴⁸ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 20 settembre 2016, n. 3910; Cons. St., sez. V, 21 aprile 2015, n. 2013; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 5 maggio 2016, n. 2300; Cons. St., sez. III, 4 maggio 2012, n. 2567; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 25 gennaio 2012, n. 175; Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2011, n. 4770; Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2011, n. 350.

⁶⁴⁹ Non necessariamente coloro che hanno un interesse alla conservazione dell'atto originario sono i destinatari del medesimo, come pur non necessariamente coloro che hanno un interesse all'eliminazione dell'atto sono i controinteressati. Nonostante l'art. 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990, sembri porre sul medesimo piano gli interessi dei soggetti

provvedimento di ritiro deve ritenersi correttamente adempiuto solo ove dia conto degli esiti della suddetta comparazione al ripristino della legalità e alle esigenze connesse alla tutela dell'affidamento ingenerato nei privati⁶⁵⁰.

L'annullamento d'ufficio deve, dunque, basarsi su un duplice ordine di valutazioni: l'una relativa alla sussistenza del vizio di illegittimità; l'altra relativa all'opportunità dell'eliminazione, effettuando una comparazione fra l'interesse pubblico all'annullamento dell'atto, l'esigenza (anch'essa di pubblico interesse) a non turbare posizioni giuridiche consolidate e ormai definitive dei privati (destinatari e controinteressati) e gli altri eventuali interessi pubblici alla conservazione dello stesso⁶⁵¹.

La pubblica amministrazione, in altri termini, prima di rimuovere il provvedimento deve verificare se la conservazione dello stesso, benché illegittimo, non sia proprio la soluzione che meglio consente di soddisfare quell'interesse pubblico che essa è tenuta a perseguire. Nell'effettuare questa scelta l'amministrazione deve effettuare valutazioni di merito, secondo criteri di opportunità, adeguatezza e convenienza, secondo i principi di ragionevolezza e di proporzionalità

L'attività di autotutela deve sempre essere il risultato di un'attività istruttoria adeguata che dia conto nella motivazione, oltre dell'illegittimità originaria dell'atto, della valutazione dell'interesse pubblico e di quello dei

privati coinvolti, è da ritenersi che l'amministrazione dovrà dare particolare attenzione agli interessi di coloro che hanno tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo e hanno fatto affidamento sulla sua stabilità. Infatti, i titolari di interessi opposti al provvedimento hanno, a loro disposizione, a tutela del proprio interesse, la sua diretta impugnazione, e se non utilizzano tale possibilità «*non possono certo contare su un ipotetico futuro annullamento d'ufficio a tutela dell'interesse pubblico*». In tal senso, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 2016, 179.

⁶⁵⁰ In tal senso, Cons. St., sez. III, 28 luglio 2017, n. 3780; Cons. St., sez. VI, 1° settembre 2016, n. 3787.

Sui rapporti tra affidamento e annullamento, si veda, *ex multis*, F. G. COCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, 462 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 4, 2005, 843 ss.

⁶⁵¹ La ponderazione comparativa dei interessi non è necessaria solo ove l'affidamento del privato sia colpevole, ossia qualora l'illegittimità dell'atto sia addebitabile non ad errori di valutazione dell'amministrazione, ma a comportamenti scorretti del privato. In tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 22 aprile 2016, n. 4713.

privati che hanno riposto affidamento nella conservazione dell'atto⁶⁵². È per questo che essa è generalmente (salvo eccezioni che si analizzeranno a seguire) ritenuta espressione di un potere di natura discrezionale, di ponderazione e mediazione di più interessi ed esigenze tra loro in conflitto, al fine di giungere alla soluzione più opportuna e ragionevole per il caso concreto⁶⁵³.

Si richiede, in particolare, la puntuale esternazione dei presupposti di fatto, che dia conto degli esiti dell'istruttoria condotta dall'amministrazione e delle ragioni giuridiche, riferite a tutte le condizioni di esercizio del potere, che giustificano l'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio⁶⁵⁴.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'apprezzamento del presupposto relativo alla sussistenza dell'interesse pubblico non può risolversi nella tautologica ripetizione degli interessi sottesi alla disposizione normativa la cui violazione ha integrato l'illegittimità dell'atto oggetto del procedimento di autotutela⁶⁵⁵.

Il dovere motivazionale, in ogni caso, presenta una diversa intensità, a seconda della materia interessata dal provvedimento di primo grado, della

⁶⁵² In tal senso, Cons. St., sez. IV, 28 giugno 2017, n. 3154; Tar Campania, Napoli, sez. II, 9 febbraio 2016, n. 698. Sul punto, si veda anche, F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013. Secondo l'Autore, la tutela dell'affidamento costituisce corollario della certezza del diritto e sua applicazione concreta.

⁶⁵³ Si veda, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993. L'Autore affermava che l'annullamento d'ufficio non è atto dovuto, ma discrezionale e che, conseguentemente, la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare la pubblica amministrazione deve essere qualificata come facoltà e non come obbligo.

Anche la giurisprudenza ha da sempre qualificato il potere di autotutela come attività discrezionale, implicando il libero apprezzamento dell'attualità e della consistenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, che non si identifica con il mero ristabilimento dell'ordine giuridico violato. Si veda, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. II, 4 maggio 2010, n. 9350; Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8529; *Id.*, 16 dicembre 2008, n. 6234.

Lo stesso art. 21-*nonies* sancisce che il provvedimento amministrativo illegittimo «[...] può essere annullato d'ufficio [...]», classificando chiaramente come discrezionale e facoltativa la potestà di autotutela.

⁶⁵⁴ Si veda, C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, op. cit., 1191.

⁶⁵⁵ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341.

natura e della consistenza degli interessi coinvolti nel procedimento, nonché dei contenuti della funzione esercitata.

Parte della giurisprudenza, a titolo esemplificativo, ha affermato che, a fronte della consistenza dell'affidamento ingenerato nei destinatari di un titolo abilitativo circa il consolidamento della sua efficacia, l'atto di autotutela, deve contenere «una motivazione particolarmente convincente [...] circa l'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto, in relazione alla pregnanza e alla preminenza dell'interesse pubblico all'eliminazione d'ufficio del titolo edilizio illegittimo»⁶⁵⁶. La consistenza dell'obbligo motivazionale, in questo caso, deve intendersi aggravata dall'efficacia istantanea dell'atto permissivo, assumendo nel giudizio comparativo degli interessi confliggenti maggiore rilevanza quello dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore pregnanza quello del pubblico all'elisione di effetti già prodotti in via definitiva e suscettibili di aggravamento.

Sulla stessa Scia, la giurisprudenza ha annullato, per difetto di motivazione, un provvedimento di annullamento di una segnalazione certificata di inizio attività per il quale: (i) mancava una puntuale confutazione delle osservazioni avanzate dall'interessato nel corso del procedimento; (ii) non risultavano adeguatamente esposte le ragioni di pubblico interesse, specifico e concreto a fondamento del provvedimento di riesame, essendo insufficiente il generico «interesse della collettività al rispetto della disciplina urbanistica, nonché al ripristino dello stato dei luoghi»; (iii) non risultava un'adeguata comparazione degli interessi coinvolti⁶⁵⁷.

Anche nelle procedure di evidenza pubblica è richiesta un'articolata esposizione delle ragioni che hanno indotto l'amministrazione, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni

⁶⁵⁶ Si veda, Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341.

⁶⁵⁷ In tal senso, Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 17 maggio 2017, n. 795.

consolidatesi in capo ai partecipanti alla gara, a determinarsi per l'annullamento d'ufficio⁶⁵⁸.

Il potere di autotutela, quanto agli atti di gara (a partire dal bando fino all'aggiudicazione definitiva), trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento cui deve essere improntata l'attività amministrativa, in attuazione dei quali la pubblica amministrazione deve adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, fermo l'obbligo di rendere effettive le garanzie procedurali e di fornire una puntuale motivazione⁶⁵⁹.

La stazione appaltante, in particolare, è tenuta a fornire un'adeguata motivazione circa la natura e la gravità delle anomalie contenute nel bando e/o negli altri atti della procedura di gara, la sussistenza di un interesse pubblico alla sua eliminazione che, alla luce della comparazione degli interessi pubblici e privati in gioco, giustificano l'adozione del provvedimento di riesame. Parte della giurisprudenza, tuttavia, ritiene che per gli atti endoprocedimentali di una procedura di gara, il dovere motivazionale sia notevolmente attenuato, non essendo questi idonei a generare nei partecipanti una posizione consolidata di vantaggio⁶⁶⁰.

Nelle ipotesi di attività vincolata, di contro, l'obbligo di motivazione inerente l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto si appalesa notevolmente affievolito⁶⁶¹.

La sussistenza di un interesse concreto e attuale, diverso da quello del mero ripristino alla legalità violata, che deve risultare dalla motivazione dell'atto di ritiro, si avverte, in particolare, laddove l'invalidità emerga a notevole distanza di tempo dall'emanazione dell'atto originario. Se il

⁶⁵⁸ In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. II, 30 luglio 2015, n. 10486; Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8561; Cons. St., sez. V, 10 settembre 2009, n. 5427.

⁶⁵⁹ In tal senso, *ex multis*, Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 21 febbraio 2017, n. 547; Tar Lazio, Roma, sez. II, 30 luglio 2015, n. 10486.

⁶⁶⁰ In tal senso, Tar Campania, Napoli, sez. II, 27 ottobre 2016, n. 4982.

⁶⁶¹ In tal senso, Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 1° dicembre 2009, n. 2382, in materia di oneri di urbanizzazione.

provvedimento viene riesaminato subito dopo la sua emanazione, infatti, non può evidentemente giocare nessun ruolo il decorso del tempo (poiché non ve ne è stato), apparendo logico attribuire rilievo al solo vizio inficiante l'atto. La stessa cosa non può dirsi, invece, ove sia trascorso del tempo dall'emanazione dell'atto, giacché in questo caso, i fatti accaduti in questo tempo consentono alla pubblica amministrazione di valutare diversamente il vizio che inficia il provvedimento di primo grado.

L'obbligo motivazionale dovrà essere tanto più specifico, puntuale e inteso quanto più lungo è il lasso temporale decorso dall'emanazione dell'atto da annullare, a fronte del ragionevole affidamento ingenerato nel privato⁶⁶².

Il potere di ripensamento dell'amministrazione, infatti, incontra un limite nell'esigenza di salvaguardare le situazioni dei soggetti privati che, confidando nella legittimità dell'atto rimosso, hanno acquisito il consolidamento di posizioni di vantaggio loro attribuite da questo⁶⁶³.

Appare, dunque, evidente che la quantificazione del tempo costituisce questione di primaria importanza al fine di comprendere l'intensità e l'ampiezza del dovere motivazione cui soggiace l'amministrazione precedente.

La formulazione originaria dell'art. 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990 è sembrata affetta da profili di equivocità, in quanto, in modo assolutamente

⁶⁶² In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2017, n. 3586; *Id.*, 27 gennaio 2017, n. 341; *Id.*, 8 aprile 2016, n. 1393; Tar Campania, sez. II, 12 gennaio 2016, n. 119; Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1605; *Id.*, 20 febbraio 2014, n. 781, secondo cui «dal punto di vista motivazionale, l'atto di annullamento d'ufficio deve esplicitare nella sua parte motivata la valutazione comparativa degli interessi confliggenti; si tratta di un impegno motivazionale tanto più intensamente preteso, quanto maggiore sia il lasso di tempo decorso dall'adozione dell'atto da annullare e robusto possa apparire l'affidamento ingenerato nel privato». Si veda anche, Cons. St., sez. VI, 2 settembre 2013, n. 4352, secondo cui «pur non sussistendo una decadenza dal potere di autoannullamento del titolo edilizio, la caducazione che intervenga a notevole distanza di tempo, dopo che le opere siano state completate, esige un'analitica e concludente motivazione».

⁶⁶³ Sulla correlazione tra decorso del tempo e consolidamento della situazione giuridica, si veda, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. III, 18 maggio 2016, n. 2554; Cons. St., sez. VI, 28 maggio 2015, n. 2673.

generico, si limitava a richiamare la nozione elastica del «*termine ragionevole*» entro il quale è consentito l'annullamento d'ufficio⁶⁶⁴.

Il legislatore del 2015⁶⁶⁵, consapevole di tale indeterminatezza, senza incidere sulla generale previsione per cui l'annullamento d'ufficio deve intervenire entro un termine ragionevole, ha introdotto uno sbarramento temporale, di diciotto mesi, quanto meno per i provvedimenti c.d. ampliativi (attributivi di vantaggi personali o patrimoniali), volto a circoscrivere il potere di intervento in autotutela della pubblica amministrazione sui provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione dei vantaggi economici, in ragione del necessario bilanciamento tra l'interesse all'annullamento⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ Tale concetto si è rivelato subito «*un parametro indeterminato ed elastico che si presta ad adattarsi alle varie circostanze concrete che [...] finisce per lasciare al sindacato del giudice amministrativo il compito di individuare la congruità del termine tra l'adozione del provvedimento di autotutela e l'atto originario, con il consueto controllo di ragionevolezza, secondo il parametro costituzionale (art. 3 Cost.) in considerazione del grado di complessità degli interessi coinvolti e del loro relativo consolidamento*». In tal senso, Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 19 marzo 2015, n. 206.

⁶⁶⁵ Il riferimento è all'art. 6 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante «*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*», che ha sostituito alla previsione generica di un «*termine ragionevole*» entro il quale l'amministrazione può agire in autotutela, un termine certo di diciotto mesi. Sul punto, si veda, F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 2017; ID., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Federalismi.it*, 2015; M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015, 621 ss.

⁶⁶⁶ Sull'applicabilità *ratione temporis* del novellato art 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990, si veda, Cons. St., sez. V, 19 gennaio 2017, n. 250, secondo cui il termine di diciotto mesi non può applicarsi in via retroattiva, nel senso di computare anche il decorso anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 124 del 2015, atteso che tale esegesi, oltre a porsi in contrasto con il generale principio di irretroattività della legge (art. 11 delle preleggi), finirebbe per limitare in maniera eccessiva ed irragionevole l'esercizio del potere di autotutela amministrativa.

La previsione del termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio, in ogni caso, ci allinea alle esperienze di altri Paesi, come la Francia, la Spagna e la Germania, dove da tempo è previsto un termine decadenziale per i provvedimenti di ritiro in via generale. Sul punto, si veda, G. FALCON – D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011; A. CASSATELLA, *L'annullamento d'ufficio. Modelli di comparazione*, in *Dir. e form.*, 2004, 241 ss.

La norma in parola riguarda solo i provvedimenti attributivi di vantaggi economici e autorizzativi, ossia quegli atti volti ad espandere la sfera giuridico-economica dei destinatari, per i quali si pone un problema particolarmente incisivo di tutela dell'affidamento. Per gli altri, invece, resta ferma la regola del termine ragionevole.

L'introduzione del termine di diciotto mesi ha determinato due importanti cambiamenti che si riflettono sull'obbligo di motivazione.

Decorsi i diciotto mesi, opera una vera e propria presunzione *ex lege* di irragionevolezza. Allo stesso tempo, la giurisprudenza ha chiarito che il termine di diciotto mesi, non avendo il legislatore eliminato il riferimento al termine ragionevole, è un termine massimo ma non necessariamente ragionevole. Quindi, oltre i diciotto mesi l'annullamento si presume adottato oltre il termine ragionevole, ma, al contrario, l'annullamento adottato nei diciotto mesi non si presume necessariamente ragionevole. Prima della scadenza del termine di diciotto mesi, dunque, non opera alcuna presunzione di ragionevolezza.

Sul piano della motivazione questo comporta due conseguenze.

La prima è che, in caso di provvedimento adottato oltre il detto termine, la motivazione del provvedimento, per quanto forte essa sia, non può sanare il provvedimento e compensare la violazione del termine.

La seconda è che, anche in caso di rispetto del termine, la pubblica amministrazione procedente è tenuta a motivare l'annullamento anche sotto il profilo della ragionevolezza del momento in cui è stato adottato, in rapporto al legittimo affidamento incolpevole del privato.

A ciò si aggiunga che il termine di diciotto mesi è previsto come termine di decadenza. Il che significa che, per la prima volta, il legislatore ha introdotto un termine di decadenza che deroga dal principio di inesauribilità del potere amministrativo. Per la prima volta si introduce un termine di decadenza posto a tutela dell'interesse del privato. Solitamente, infatti, i termini di decadenza, ad esempio quello per l'impugnazione del

provvedimento davanti al giudice amministrativo, sono rivolti unicamente a soddisfare interessi della pubblica amministrazione come quello alla certezza e stabilità degli effetti dei propri atti.

Sul piano dell'ambito di applicazione, la disposizione di cui all'art. 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990, ne consente l'estensione anche alle autorizzazioni che si formano con silenzio assenso e, visto il rinvio dell'art. 19 della medesima legge all'art. 21-*nonies*, anche alla Scia⁶⁶⁷.

Con la fissazione dell'anzidetto termine si è voluto raggiungere un punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti, ma entrambi meritevoli di tutela, attinenti alla certezza delle situazioni giuridiche costituite da provvedimenti ampliativi della sfera giuridica ed economica dei privati e quelle pubbliche di rispetto, e di conformazione anche successiva, del principio di legalità⁶⁶⁸.

Volendo utilizzare le parole del Consiglio di Stato, l'innovazione del termine di diciotto mesi rappresenta «*nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*», nell'interesse del cittadino al consolidamento e alla stabilizzazione degli effetti prodotti da atti a lui favorevoli⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ In quest'ultimo caso, come precisato dall'art. 2, comma 4, D.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (c.d. decreto Scia 2), il termine di diciotto mesi decorre dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinatorio di verifica da parte dell'amministrazione competente. Si veda, *infra* cap. IV, par. 3.2.1., *Persistenza dell'obbligo di motivazione e Segnalazione certificata di inizio attività*.

⁶⁶⁸ In tal senso, Corte Cost., 9 marzo 2016, n. 49. Sul punto, si veda. M. A. SANDULLI, *Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 49/2016, in tema di norme della Regione Toscana in materia di Scia*, in *Riv. giur. ed.*, 1, 2016, 8 ss. Si veda anche, M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge n. 124 del 7 agosto 2015 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015. Secondo l'Autrice, dalla legge n. 124 del 2015 emerge la logica di «*offrire maggiori garanzie all'affidamento degli operatori economici nella stabilità dei titoli e dei benefici conseguiti o maturati*».

⁶⁶⁹ In tal senso, Cons. St., parere 15 marzo 2016, n. 839, sullo schema di decreto legislativo recante «*Attuazione della delega di cui all'art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività*» (c.d. decreto Scia 1), punto 8.1. Sul punto, si veda anche, M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giustamm.it*, 2016. Secondo l'Autrice, la previsione del termine di

Il novellato art. 21-*nonies*, con riferimento al termine di diciotto mesi, che devono comunque essere rispettati, è formulata in modo tale da prevedere, per i provvedimenti espansivi, l'aggiunta del termine rigido a quello elastico. L'autotutela, pertanto, dovrà superare il duplice filtro del rispetto del termine di diciotto mesi e, in caso positivo, del parametro di ragionevolezza.

I diciotto mesi, infatti, sono il limite massimo insuperabile, ma non può escludersi che, alla luce delle circostanze concrete della singola fattispecie, il termine ragionevole possa essere ritenuto più breve⁶⁷⁰.

Il legislatore, in ogni caso, dopo aver sancito, all'art. 21-*nonies*, comma 1, la regola generale del rispetto del termine massimo di diciotto mesi, si è preoccupato di codificare una deroga a tale canone di azione, consentendo espressamente, al successivo comma 2-*bis*, l'annullamento d'ufficio, anche dopo la scadenza dell'anzidetto termine, dei provvedimenti *«conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato [...], fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali, nonché delle sanzioni previste dal capo IV del testo unico di cui al d.P.R. n. 445 del 2000»*⁶⁷¹.

diciotto mesi è *«un tassello importante nella ricostruzione della relazione tra pubblica amministrazione e privato all'insegna non più del privilegio amministrativo, bensì della leale collaborazione e del riequilibrio tra le parti del rapporto. Il fattore temporale è nevralgico nella dialettica tra le ragioni di pubblico interesse sottostanti al potere di annullamento d'ufficio e le esigenze di certezza nei rapporti tra amministrazioni e privati»*.

⁶⁷⁰ In tal senso, C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, op. cit.; M. LIPARI, *La Scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 2015. Di segno contrario, L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21-*nonies**, in *Giustamm.it*, 2016, il quale ha ritenuto che la previsione di un termine decadenziale abbia privato di qualsivoglia efficacia quella della ragionevolezza del termine.

⁶⁷¹ Tra le eccezioni normative alla previsione del termine ragionevole, viene in rilievo anche quella disposta dall'art. 138 del D.lgs. n. 267 del 2000, che autorizza il Governo ad annullare d'ufficio in qualunque tempo i provvedimenti illegittimi degli enti locali.

Ciò chiarito, occorre, tuttavia, osservare che in talune ipotesi la ricorrenza dell'interesse pubblico all'annullamento si ritiene *in re ipsa* e, pertanto, non deve risultare da alcuna una motivazione specifica.

Si ha, più specificamente, riguardo alle ipotesi in cui il provvedimento amministrativo originario costituisca la risultante di un'attività vincolata dell'amministrazione, tanto nell'*an*, quanto nei modi di esercizio. In tali casi, l'individuazione del pubblico interesse e il modo di soddisfarlo sono predeterminati *ex lege*, con la conseguenza che l'amministrazione deve intendersi obbligata ad assicurare il rispetto della norma inosservata, configurandosi una peculiare ipotesi di c.d. autotutela doverosa⁶⁷².

Nelle suddette ipotesi, dunque, non vi sarebbe la necessità di esplicitare le ragioni di pubblico interesse sottese all'emanazione del provvedimento di riesame; di effettuare un'adeguata valutazione dell'interesse privato; di motivare la scelta assunte, non sussistendo alcun momento di discrezionalità da dover «giustificare»; di tener conto del tempo trascorso dal momento dell'adozione del provvedimento originario.

Dalla doverosità del potere officioso discende una vera e proprio dequotazione del dovere motivazionale, che viene, di fatto, assorbito dal dovere di provvedere in un determinato modo.

L'assenza di motivazione, tuttavia, impedisce agli interessati di conoscere sotto quali specifici profili, anche in relazione alla concreta situazione di fatto, l'annullamento d'ufficio sia opportuno. In questo modo, persistendo l'effetto di precarietà, i privati, sono disincentivati ad entrare in

⁶⁷² Si veda, da ultimo, S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. edil.*, 4, 2015, 730 ss. P. L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge n. 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edil.*, 6, 2014, 21 ss.

relazione con l'amministrazione, ingenerandosi una perdita per il benessere collettivo⁶⁷³.

Le ipotesi tradizionali di annullamento c.d. doveroso sono quelle: (i) dell'ottemperanza a una decisione del giudice ordinario passata in giudicato in cui un atto amministrativo è stato ritenuto illegittimo (*ex art. 4 LAC*); (ii) della decisione negativa di un'autorità di controllo cui non compete direttamente il potere di annullamento; (iii) dell'annullamento di un atto consequenziale come necessaria conseguenza dell'annullamento, giurisdizionale o amministrativo, dell'atto presupposto⁶⁷⁴.

Un principio di doverosità dell'annullamento d'ufficio si configura, secondo parte della giurisprudenza, anche con specifico riguardo agli atti amministrativi adottati in violazione del diritto comunitario⁶⁷⁵.

L'esistenza di un interesse pubblico *in re ipsa*, tale da giustificare l'esercizio di una c.d. autotutela doverosa, e, dunque, l'assenza di una specifica motivazione, è stata riconosciuta, da parte della giurisprudenza, anche a fronte di permessi di costruire illegittimi⁶⁷⁶; nei casi in cui non sia trascorso un apprezzabile lasso temporale dall'adozione del provvedimento illegittimo⁶⁷⁷; quando il provvedimento illegittimo comporti un indebito e continuativo esborso di denaro pubblico⁶⁷⁸; quando ricorre un interesse di tutela all'ambiente⁶⁷⁹.

⁶⁷³ In questi termini, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017.

⁶⁷⁴ Si veda, A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989. Tale classificazione è stata ripresa, tra gli altri, di recente, da R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il procedimento amministrativo*, Torino, 2017.

⁶⁷⁵ La doverosità dell'annullamento d'ufficio in tale ipotesi costituisce corollario del principio di cui all'art. 10 TFUE; che sancisce l'obbligo per gli Stati membri di adottare tutte le misure idonee ad assicurare l'eccezione degli obblighi derivanti sia da fonti comunitarie primarie che dagli atti secondari. Per una disamina della questione si veda, da ultimo, C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, op. cit., 1202 ss.

⁶⁷⁶ Si veda, M. A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, 2015.

⁶⁷⁷ In tal senso, Cons. St., sez. V, 7 luglio 2015, n. 3340.

⁶⁷⁸ In tal senso, Cons. St., sez. V, 16 maggio 2016, n. 1962; Tar Campania, Napoli, sez. V, 15 maggio 2013, n. 2535; Cons. St., sez. III, 4 giugno 2012, n. 3290. Di segno

I casi più frequenti di annullamento dovuto riguardano, in ogni caso, l'esercizio del potere di autotutela nei confronti delle concessioni edilizie (ora permessi di costruire) illegittime.

In queste ipotesi, la giurisprudenza amministrativa ritiene che l'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia rilasciata in violazione delle norme urbanistiche (in particolare se rilasciato in sanatoria) risulta *in re ipsa* correlato alla necessità di curare l'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino della legalità violata⁶⁸⁰. Il rilascio di un titolo illegittimo determina la sussistenza di una permanente situazione *contra ius*, in tal modo ingenerando in capo all'amministrazione il potere-dovere di annullare in ogni tempo il titolo illegittimamente rilasciato. L'amministrazione, dunque, non è gravata da un particolare obbligo motivazionale nel caso in cui l'illegittimità del titolo discenda da una falsa rappresentazione dei fatti e dello stato dei luoghi imputabile al beneficiario della concessione edilizia⁶⁸¹. In base a tale prospettazione, uno specifico dovere motivazionale può essere imposto solo ove l'esercizio del potere di autotutela discenda da errori di valutazioni imputabili alla stessa amministrazione⁶⁸².

Per vero, è emerso nella giurisprudenza più recente, un contrapposto indirizzo interpretativo che ritiene necessaria una valutazione dell'interesse

contrario, Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 7 febbraio 2017, n. 92, secondo cui «*Ai sensi dell'art. 21-nonies, legge 7 agosto 1990, n. 241, l'annullamento d'ufficio della concessione di finanziamenti pubblici deve essere motivato con puntuale riferimento non soltanto alla violazione di legge inficiante il provvedimento, ma anche a concreti motivi di interesse pubblico attuale che giustificano il ritiro, nonché agli interessi dei destinatari e degli eventuali controinteressati*».

⁶⁷⁹ In tal senso, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 25 maggio 2011, n. 955, secondo cui «*quando ricorre un'esigenza di tutela dell'ambiente, l'interesse pubblico alla rimozione di un atto viziato è in re ipsa: e ciò in diretta applicazione del principio di origine comunitaria di massima precauzione*». Sul principio di precauzione, si veda, da ultimo, B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 194 ss.

⁶⁸⁰ In tal senso, *ex multis*, Tar Lazio, Latina, sez. I, 24 febbraio 2017, n. 121; Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660; Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1915; Cons. St., sez. IV, 5 febbraio 2015, n. 562; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 29 maggio 2014, n. 386.

⁶⁸¹ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 27 agosto 2012, n. 4619.

⁶⁸² In tal senso, Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5691.

pubblico in concreto, in rapporto agli interessi dei destinatari e dei controinteressati degli originari provvedimenti, non potendo la pubblica amministrazione fondare l'adozione dell'atto di ritiro sul mero intento di ripristinare la legalità violata⁶⁸³. L'amministrazione, invero, è tenuta ad operare un motivato bilanciamento fra l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata e l'interesse dei destinatari del titolo al mantenimento dello *status quo ante*.

Stante il contrasto giurisprudenziale in atto, la questione è stata rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, alla quale è stato chiesto di chiarire, nella vigenza dell'art. 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005: (i) se l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto a notevole distanza di tempo dal provvedimento originario, debba comunque essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione e ai contrapposti interessi dei privati destinatari e degli eventuali controinteressati; (ii) se, ai fini di tale comparazione, rilevi che il privato abbia indotto in errore l'amministrazione attraverso l'allegazione di circostanze non veritiere idonee a determinare l'adozione dell'originario titolo edilizio⁶⁸⁴.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata con la sentenza n. 8 del 18 ottobre 2017.

La decisione risulta di particolare interesse per la trattazione, poiché attiene al *quantum* di obbligo motivazionale che grava sulla pubblica amministrazione al fine di rappresentare correttamente la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per il legittimo esercizio del potere di autotutela.

⁶⁸³ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 241; *Id.*, 29 gennaio 2016, n. 351; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 23 gennaio 2017, n. 450; Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 341.

⁶⁸⁴ La questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dalla sezione IV, con ordinanza n. 1830 del 19 aprile 2017.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato osserva, in via preliminare, che le generali categorie in tema di annullamento *ex officio* di atti amministrativi illegittimi trovano applicazione anche nel caso di ritiro di titoli edilizi in sanatoria illegittimamente rilasciati, «*non potendosi postulare in via generale e indifferenziata un interesse pubblico in re ipsa alla rimozione di tali atti*»⁶⁸⁵.

In via di principio, dunque, l'amministrazione è gravata dell'obbligo di motivare puntualmente in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, tenendo altresì conto dell'interesse del destinatario al mantenimento dei relativi effetti.

L'incondizionata adesione alla formula dell'interesse pubblico in *re ipsa* può essere produttiva di effetti distorsivi, «*consentendo all'amministrazione dapprima di restare inerte, anche per lungo tempo, e poi di adottare un provvedimento di ritiro privo di alcuna motivazione, in tal modo restando pienamente de-responsabilizzata*». L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato prosegue affermando che il riconoscimento di un interesse pubblico al ripristino della legalità violata non è necessariamente l'unico interesse idoneo ad influenzare le scelte discrezionali dell'amministrazione a fronte di risalenti violazioni in materia urbanistica. Conseguentemente, l'amministrazione non può, in radice, essere esonerata da qualsivoglia motivata valutazione in ordine ad ulteriori interessi e circostanze ugualmente rilevanti⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ Il Collegio chiarisce, anzitutto, che ai fini della presente decisione non rilevano le modifiche apportate all'art. 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990, dall'art. 6 della legge n. 124 del 2015. Da questa norma (disponendo solo per il futuro) non possono essere tratti elementi o spunti interpretativi ai fini della soluzione di questioni ricadenti sotto la disciplina del previgente quadro normativo.

⁶⁸⁶ Secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato «*una cosa è, infatti, la tendenziale prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino dell'ordine giuridico rispetto agli altri interessi rilevanti; ben altra cosa è la radicale pretermissione, anche ai fini motivazionali, di tali ulteriori circostanze attraverso una loro innaturale espunzione dalla fattispecie [...]*».

Escludendo, dunque, la plausibile configurazione di un'autotutela doverosa, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sembra offrire concreta rilevanza agli elementi discrezionali espressamente richiesti dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990. Essa, infatti, afferma che, oltre alla mera illegittimità del provvedimento da annullare sia necessario che l'amministrazione: (i) rintracci in concreto uno specifico ed ulteriore interesse pubblico; (ii) tenga inoltre conto degli interessi dei privati coinvolti in concreto e li bilanci con quello pubblico⁶⁸⁷.

Il Collegio prosegue affermando che il mero decorso del tempo, di per sé solo (nel regime ante legge n. 124 del 2015), non consuma il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio, esso, infatti, ne condiziona in modo rilevante le modalità di esercizio, ma non lo inibisce⁶⁸⁸; e che il termine ragionevole decorre, in ogni caso, solo dal momento della scoperta dell'illegittimità del provvedimento⁶⁸⁹.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato passa poi ad analizzare lo specifico obbligo di motivazione gravante sull'amministrazione nel caso di annullamento in autotutela del titolo edilizio precedentemente adottato, specificando che tale dovere motivazionale possa essere attenuato *«alla luce della pregnanza degli interessi pubblici sottesi alla disciplina in materia*

⁶⁸⁷ Il primo principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è il seguente: *«Nella vigenza dell'articolo 21-*nonies* della l. 241 del 1990 – per come introdotto dalla l. 15 del 2005 – l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole».*

⁶⁸⁸ Il decorso di un considerevole lasso temporale dal rilascio del titolo edilizio non incide sul potere di annullare in autotutela il titolo medesimo, *«ma onera l'amministrazione del compito di valutare motivatamente se l'annullamento risponda ancora ad un effettivo e prevalente interesse pubblico di carattere concreto e attuale».*

⁶⁸⁹ Il secondo principio di diritto (prima parte) affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è il seguente: *«(i) che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro [...]».*

*edilizia e alla prevalenza che deve essere riconosciuta ai valori che essa mira a tutelare».*⁶⁹⁰ Nelle fattispecie «di maggior rilievo», infatti, il dovere motivazionale potrà essere soddisfatto attraverso il mero richiamo alle pertinenti circostanze fattuali e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano concretamente violate, che, di fatto, integrano le ragioni di interesse pubblico richieste per l'esercizio del potere di riesame.

Il Collegio sembra in parte rivedere le statuizioni precedenti (in parte contraddicendole), con il pericolo che così ragionando l'apprezzamento del presupposto relativo alla sussistenza dell'interesse pubblico possa risolversi nella tautologica ed astratta ripetizione degli interessi sottesi alla normativa la cui violazione ha integrato l'illegittimità del provvedimento. Al contrario la verifica concreta è necessaria in quanto il provvedimento, pur illegittimo può aver conseguito un obiettivo e soprattutto la sua eliminazione può comportare inconvenienti maggiori, sempre sul piano dell'interesse pubblico alla sua conservazione. L'obbligo di motivazione vale anche per i casi di annullamento intervenuto a breve distanza di tempo, posto che serve in ogni caso una spiegazione volta a rappresentare quale sia l'interesse pubblico da tutelare con l'annullamento da disporre; non è detto che tale ultimo interesse ulteriore prevalga sull'affidamento incolpevole riposto dal privato, tenuto conto del fatto che è ben possibile che l'affidamento sia sorto e perciò tutelabile anche laddove sia trascorso un breve tempo dalla emanazione del provvedimento di primo grado.

L'Adunanza Plenaria precisa, infine, che l'obbligo motivazionale risulta agevolato anche nelle ipotesi in cui la non veritiera prospettazione dei fatti rilevanti da parte del soggetto interessato abbia sortito un rilievo

⁶⁹⁰ Il secondo principio di diritto (seconda parte) affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è il seguente: «*ii) che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del ius poenitendi)*».

determinante per l'adozione dell'atto illegittimo. In questi casi, la pubblica amministrazione ben potrà fondare l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sulla non veridicità delle circostanze prospettate dal privato, in capo al quale non è certamente configurabile una posizione di legittimo (incolpevole) affidamento⁶⁹¹.

In conclusione, tirando le fila del discorso, si può osservare che il ruolo centrale della motivazione nell'orbita dell'annullamento d'ufficio deriva dal fatto che, sebbene la legge fissi una molteplicità di presupposti a pena di illegittimità, l'esistenza e la consistenza di tali presupposti viene rimessa sostanzialmente alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

È l'amministrazione procedente, infatti, che valuta se ci sono vizi invalidanti, se sussiste l'interesse pubblico, se c'è un legittimo affidamento incolpevole del privato, ovvero quali siano i rapporti di forza tra l'interesse pubblico e il legittimo affidamento.

Tutto ciò si condensa nella motivazione, che quindi assume in pieno tutte le proprie molteplici funzioni evidenziate nel primo capitolo del presente lavoro di ricerca.

3. Tipicità dei presupposti della revoca, legittimo affidamento e motivazione

L'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990 detta la disciplina del potere di revoca riconosciuto in capo all'amministrazione, prevedendo un'ipotesi di caducazione del provvedimento di primo grado ad efficacia

⁶⁹¹ Il secondo principio di diritto (terza parte) affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è il seguente: «*iii) che la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte*».

durevole⁶⁹² che prescinde dall'esistenza di vizi di legittimità e che produce effetti *ex nunc*, salvaguardando quelli *medio tempore* prodotti dall'atto revocato⁶⁹³.

La *ratio* della revoca risiede nell'incompatibilità fra il perdurare degli effetti di un provvedimento adottato e determinati interessi ritenuti preminenti⁶⁹⁴.

La norma sopra richiamata, in particolare, prevede che la revoca può essere disposta: (i) «*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse*», alla luce dei quali non appare più opportuna la perdurante efficacia del provvedimento; (ii) «*nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento*», tale da giustificare la complessiva revisione della precedente determinazione; (iii) nel caso di una «*nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*»,

⁶⁹² Non sono suscettibili di revoca i provvedimenti ad efficacia istantanea, quelli interamente eseguiti, i provvedimenti vincolati, i provvedimenti che hanno consumato il potere e, più in generale, tutti i provvedimenti che hanno esaurito i loro effetti.

Anche i negozi giuridici conclusi dalla pubblica amministrazione per la cura di pubblici interessi, secondo quanto disposto dall'art. 1, legge n. 241 del 1990, non sono revocabili. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 20 giugno 2014, n. 14, ha chiarito che «*Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità alla prosecuzione del rapporto negoziale non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo del recesso [...]*».

Diversamente, si sostiene la revocabilità degli accordi prevista dall'art. 11, legge n. 241 del 1990, ai quali si riconosce prevalentemente natura pubblicistica. Il termine «*recesso*» viene, infatti, utilizzato in modo atecnico, trattandosi, in sostanza, della revoca di un provvedimento consensuale.

⁶⁹³ La revoca produce la fine dell'efficacia (durevole) del provvedimento e lascia fermi gli effetti già da questo prodotti. In tal senso, A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 2001, 138.

⁶⁹⁴ Parte della scienza giuridica, infatti, ha messo in risalto l'incidenza della revoca sul rapporto, anziché sull'atto. In tal senso, M. IMMORDINO, *Articolo 21 quinquies: revoca del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006, 487 ss.

«salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici»⁶⁹⁵.

Il legislatore ha accolto sia l'indirizzo interpretativo che ammetteva la c.d. revoca per pentimento, ossia per mutata valutazione soggettiva dell'interesse pubblico, oggi non più consentita in relazione a provvedimenti ampliativi, sia la c.d. revoca per sopravvenienza, che ha come presupposto il mutamento delle circostanze di fatto o di diritto che costituiscono il presupposto della decisione amministrativa⁶⁹⁶.

Dalla lettura della disposizione di cui all'art. 21-*quinquies*, tuttavia, emerge che l'ipotesi di revoca per mutamento della situazione di fatto, essendo ancorata alle circostanze imprevedibili, appare fortemente limitata dai principi di buona fede e diligenza della pubblica amministrazione, oltre che dall'esigenza di tutelare l'affidamento del privato; del pari la revoca per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario è stata esclusa con riguardo a provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

L'art. 21-*quinquies*, comma 1, seconda parte, inoltre, prevede un obbligo di indennizzo in capo all'amministrazione qualora il privato subisca un pregiudizio in conseguenza della revoca⁶⁹⁷. In applicazione del principio di equilibrio economico si intende compensare la preminenza dell'interesse

⁶⁹⁵ L'attuale previsione normativa è frutto della riforma attuata dal decreto legge 12 settembre 2013, n. 133, convertito con modificazioni nella legge 11 novembre 2014, n. 164.

⁶⁹⁶ Per un'ampia disamina dell'istituto, si veda, A. LUPO, *Premesse per uno studio della revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013.

⁶⁹⁷ La giurisprudenza amministrativa considera l'indennizzo come un obbligo conseguente alla revoca e non come una condizione di legittimità della stessa. La revoca del provvedimento senza previsione di un indennizzo non è illegittima, poiché tale omissione non ha efficacia viziante o invalidante dell'atto di ritiro, ma legittima il privato ad azionare la pretesa patrimoniale dinanzi al giudice amministrativo, che potrà scrutinarne i presupposti. In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 8 marzo 2017, n. 1100; *Id.*, 5 maggio 2016, n. 1797; *Id.*, 11 aprile 2016, n. 1419; *Id.*, 26 giugno 2015, n. 3237; *Id.*, 23 febbraio 2015, n. 908.

pubblico sull'eventuale affidamento legittimo riposto dal privato nella stabilità del provvedimento oggetto di successiva revoca⁶⁹⁸.

Il legislatore, dunque, nel disciplinare l'istituto della revoca nell'ambito della legge generale sul procedimento amministrativo si è mostrato sensibile alla tematica della tutela dell'affidamento e all'elaborazione che ne è stata fatta in sede comunitaria⁶⁹⁹.

Quanto all'elemento temporale, a differenza di ciò che è previsto per l'annullamento d'ufficio, il dettato legislativo non dà indicazioni in ordine al momento entro il quale può essere adottato il provvedimento di revoca. Conseguentemente, il potere di revoca sarebbe praticabile in ogni tempo, salvo che le posizioni consolidate dei privati siano tali da rendere impossibile giustificare l'attualità dell'interesse pubblico comunque sotteso all'esercizio del potere di rimozione⁷⁰⁰.

Nella scelta relativa all'adozione dell'atto di revoca la pubblica amministrazione gode della più ampia discrezionalità⁷⁰¹, pur essendo tenuta, in ogni caso, ad effettuare una rigorosa comparazione degli interessi pubblici e privati che vengono in gioco nel caso concreto, soppesando l'affidamento che il destinatario in buona fede ha riposto nella conservazione dell'atto e dei suoi effetti favorevoli.

⁶⁹⁸ Quanto ai criteri di computo dell'indennizzo, il comma 1-*bis* dell'art. 21-*quinquies*, legge n. 241 del 1990, lo circoscrive al solo danno emergente, specificando che debba essere quantificato tenendo conto dell'affidamento che il privato aveva riposto (o poteva ragionevolmente riporre) sull'atto revocato. La norma, inoltre, dispone che l'indennizzo venga quantificato tenendo conto sia della conoscenza (o conoscibilità) da parte del privato della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso del contraente (o di terzi) nell'erronea valutazione in cui è incorsa l'amministrazione.

⁶⁹⁹ Per una disamina della nozione di revoca accolta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si veda, V. DOMENICHELLI – M. SINISI, *La revoca del provvedimento*, op. cit., 1060 ss.

⁷⁰⁰ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 6413.

⁷⁰¹ Si veda, Cons. St., sez. III, 6 maggio 2014, n. 2311, secondo cui «*il potere di revoca resta connotato da un'ampia (e forse eccessiva) discrezionalità*».

Ne deriva che il dovere motivazione rappresenta, anche a fronte di un provvedimento di revoca, un elemento indefettibile e necessario⁷⁰². Anzi, si ritiene che, nell'esercizio del potere di revoca, l'assolvimento dell'obbligo di motivazione rappresenta un fattore ancora più rilevante che nell'annullamento d'ufficio, proprio perché, nel caso della revoca, non vi è un provvedimento illegittimo. Ciò è di primaria importanza, in quanto si rimuove un provvedimento legittimo per ragioni di opportunità. E' evidente, per ciò, che la motivazione della revoca ha un ruolo ancora più decisivo, andando a impattare su un provvedimento legittimo, benché ritenuto inopportuno per rivalutazione o per sopravvenienze

L'assenza di una congrua e specifica motivazione, che deve essere tanto più approfondita quanto maggiore è il tempo decorso dall'adozione del provvedimento di primo grado, determina l'invalidità dell'atto di riesame⁷⁰³.

Nella motivazione, in particolare, l'amministrazione deve esplicitare la propria valutazione e il proprio bilanciamento tra le esigenze di pubblico

⁷⁰² Si veda, Cons. St., sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1477, secondo cui «*trattandosi di provvedimenti di secondo grado che incidono su situazioni giuridiche soggettive consolidate, è necessario che la pubblica amministrazione nella revoca faccia luogo ad un onere di puntuale motivazione che evidenzi sia le ragioni di pubblico interesse che i motivi per cui non potevano essere accolte le osservazioni proposte dal privato nel corso del procedimento*».

⁷⁰³ Si veda, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 6 novembre 2013, n. 1231, che, con particolare riguardo al provvedimento con cui la concessionaria della gestione di un tratto autostradale revoca la sub-concessione per la gestione di un'area di servizio, rileva che «*i sopravvenuti motivi e la nuova valutazione degli interessi pubblici che consentono di assumere il provvedimento di secondo grado, estintivo della situazione giuridica acquisita con la concessione, devono rispondere a precisi requisiti oggettivi, obiettivamente verificabili e non limitarsi a soggettive valutazioni della pubblica amministrazione: così come il mutamento della situazione di fatto deve riferirsi ad aspetti essenziali della vicenda e non riguardare questioni marginali ovvero residuali del fenomeno fattuale. Pertanto la p.a. non può limitarsi, per giustificare il provvedimento di secondo grado, a segnalare evenienze consequenziali favorevoli, tutte riconducibili al provvedimento di revoca: la persistente validità del rapporto negoziale impedisce sia la disponibilità del bene che di configurare legittime le aspettative di altri operatori sull'area in questione, cosicché tale prospettata esigenza non attiene né a sopravvenuti motivi di pubblico interesse, né ad un mutamento della situazione di fatto, né, infine, ad una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*».

interesse prevalente, che legittimano l'adozione del provvedimento di riesame, e l'eventuale affidamento del destinatario, ossia le legittime aspettative suscitate dal provvedimento di primo grado⁷⁰⁴. La motivazione, pertanto, deve essere «*profonda e convincente*» nell'esternare non solo i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole⁷⁰⁵.

Le ragioni di opportunità che giustificano la revoca possono riguardare, come già precisato, sia la sopravvenienza di motivi di interesse pubblico che renderebbe inopportuno il perdurare dell'efficacia del precedente provvedimento; sia il mutamento della situazione di fatto sottesa all'emanazione dell'atto che suggerisca di rivedere la precedente decisione, purché non prevedibile al momento dell'adozione dello stesso; sia la riconsiderazione delle circostanze di fatto e di diritto poste alla base dell'atto di primo grado.

Si ammette, dunque, anche la c.d. revoca per pentimento, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. La revoca per *ius poenitendi*, configurandosi alla stregua di un

⁷⁰⁴ Si veda, *ex multis*, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 6 ottobre 2016, n. 1231; Tar Lazio, Roma, sez. III, 16 maggio 2016, n. 5733; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2016, n. 1496; Tar Lazio, Roma, sez. I, 18 settembre 2015, n. 11306, secondo cui «*La revoca di un provvedimento amministrativo costituisce esercizio del potere di autotutela della pubblica amministrazione implicante la necessità di esplicitare le ragioni giustificanti la nuova determinazione; pertanto, essa non può assumere forma implicita, pena la violazione dell'art. 3, legge n. 241 del 1990, che prescrive un obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti amministrativi*».

⁷⁰⁵ SI veda, Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 6 ottobre 2016, n. 1231, secondo cui «*La legittimità del provvedimento di revoca di una procedura concorsuale, assunto in sede di autotutela, sussiste nella misura in cui emergano attuali ragioni di interesse pubblico puntualmente esternate in motivazione. Una motivazione esplicativa delle mutate ragioni di interesse pubblico si impone ancor di più nel caso in cui si sia creata in capo ai partecipanti al concorso un'aspettativa qualificata, ma non può certamente difettare nel caso in cui non sussistano ancora posizioni di interesse consolidato*».

vero e proprio diritto di ripensamento della pubblica amministrazione, richiede un obbligo di motivazione ancor più rafforzato⁷⁰⁶.

Un peculiare obbligo di motivazione è previsto anche per la revoca nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici⁷⁰⁷.

Come noto, dopo la stipula del contratto di appalto, la pubblica amministrazione non può utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca, dovendo, invece, ricorrere allo strumento del recesso, *ex art. 109, D.lgs. n. 50 del 2016*⁷⁰⁸; l'aggiudicazione definitiva, invece, ben può essere revocata

⁷⁰⁶ Si veda, Tar Campania, Salerno, sez. I, 4 febbraio 2016, n. 139, in tema di *project financing*, che afferma «*il difetto di motivazione della deliberazione gravata che non ha minimamente tenuto conto dell'affidamento legittimamente ingeneratosi nella ricorrente, per effetto della dichiarazione di pubblico interesse del progetto, e non ha motivato circa le ragioni per le quali detto affidamento meritasse, ciò nonostante, di essere sacrificato, a causa della censurata decisione di esercitare lo ius poenitendi da parte dell'amministrazione*». Si veda anche. Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4920, secondo cui «*L'esercizio dello ius poenitendi da parte della pubblica amministrazione incontra un limite nell'esigenza di salvaguardare le situazioni dei soggetti privati che, confidando nella legittimità dell'atto rimosso, hanno acquisito il consolidamento delle posizioni di vantaggio loro attribuite; pertanto, il travolgimento di tali posizioni è legittimo solo se è giustificato dalla necessità di assicurare il soddisfacimento di un interesse di carattere generale, prevalente come tale sulle posizioni individuali, dandone idonea contezza nella motivazione del provvedimento di rimozione, affinché ne sia consentito il controllo di legittimità in sede giurisdizionale*».

⁷⁰⁷ Si veda, M. SINISI, *Il potere di revoca nell'ambito delle gare per l'affidamento di contratti pubblici alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Foro amm. Tar*, 1, 2011, 239 ss.

Il potere di revoca degli atti di gara ha, peraltro, ottenuto l'avallo dei giudici europei. Si veda, Cgue, sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-440/13 (*Croce Amica One Italia Srl c. Azienda Regionale Emergenza Urgenza*)⁹. Si veda anche, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 13 luglio 2015, n. 1621.

⁷⁰⁸ L'art. 109 del nuovo Codice dei contratti pubblici prevede che «*La stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque tempo, previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti, nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite*». L'esercizio del diritto di recesso deve essere preceduto da una formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

La stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 29 giugno 2014, n. 14, ha chiarito che dopo la stipula del contratto di appalto, la pubblica amministrazione può utilizzare solo lo strumento del recesso.

dalla stazione appaltante, purché la revoca intervenga prima della stipulazione del contratto⁷⁰⁹.

L'amministrazione, tuttavia, nell'esercizio del potere di revoca dell'aggiudicazione, deve operare una ponderazione particolarmente rigorosa di tutti gli interessi coinvolti, stante la posizione particolarmente qualificata configurabile in capo all'impresa aggiudicataria.

Il ritiro di un'aggiudicazione legittima postula la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le prescrizioni della *lex specialis* e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi⁷¹⁰.

L'aggiudicazione della gara, in ogni caso, può essere validamente rimossa, con lo strumento della revoca, solo nell'ipotesi eccezionale in cui una rinnovata (e, comunque, tardiva) istruttoria riveli l'assoluta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta dalla stessa stazione appaltante a soddisfare i bisogni per i quali si era determinata a contrarre. Al contrario, non può in alcun modo giudicarsi idoneo a giustificare la revoca un ripensamento circa il grado di satisfattività della prestazione messa a gara.

Se si ammettesse, infatti, la revocabilità delle aggiudicazioni sulla sola base di un differente e sopravvenuto apprezzamento della misura

⁷⁰⁹ L'ampiezza del potere di revoca spettante alla stazione appaltante trova conferma nell'analisi della giurisprudenza, che ha ritenuto legittimo l'esercizio nelle seguenti fattispecie: (i) carenza di copertura finanziaria (si veda, *ex multis*, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 740; Cons. St., sz. V, 21 aprile 2015, n. 2013); (ii) ragioni di convenienza economica *latu sensu* intese (si veda, *ex multis*, Tar Sicilia, Catania, sez. II, 24 aprile 2015, n. 1168; Cons. St., sez. V, 2 maggio 2013, n. 2400); (iii) fatti e/o comportamenti concernenti l'aggiudicatario (si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2015, n. 844; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 2 luglio 2014, n.526; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 22 maggio 2014 n. 527).

⁷¹⁰ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026; Cons. St., sez. V, 19 maggio 2016, n. 2095; *Id.*, 17 ottobre 2014, n. 22019.

dell'efficacia dell'obbligazione dedotta a base della procedura, si finirebbe per consentire l'indebita alterazione delle regole di imparzialità e di trasparenza che devono presidiare la corretta amministrazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, con inaccettabile sacrificio dell'affidamento ingenerato nelle imprese concorrenti circa la serietà e la stabilità della gara, ma anche con un rischio concreto di inquinamento e di sviamento dell'operato delle stazioni appaltanti⁷¹¹.

I canoni di condotta appena descritti restano validi anche per le procedure di aggiudicazione soggette alla nuova disciplina di cui al D.lgs. n. 50 del 2016, nella misura in cui il paradigma legale di riferimento resta, anche per queste ultime, l'art. 21-*quinquies*, legge n. 241 del 1990 e non anche la disciplina speciale dei contratti pubblici, che si occupa di regolare il recesso e la risoluzione del contratto e non anche la revoca dell'aggiudicazione degli appalti (ma solo delle concessioni, *ex art.* 176, D.lgs. n. 50 del 2016).

In conclusione, l'analisi dell'*ubi consistam* dell'obbligo motivazione in relazione ai provvedimenti di revoca consente di affermare, in primo luogo, che, trattandosi di scelte di merito amministrativo, la regola motivazionale supera i confini della regola di validità e diviene regola di buona amministrazione. Si coglie, per ciò, una duplice dimensione dell'obbligo di motivazione come regola che attiene alla legittimità dell'azione amministrativa, ma anche come regola che orienta il merito amministrativo indirizzando l'attività della pubblica amministrazione verso canoni di buona amministrazione ai sensi degli artt. 41, Carta di Nizza, e 97 Cost.

In secondo luogo, infine, la sopra esposta analisi conferma la lettura dell'obbligo di motivazione ampiamente illustrata nel primo capitolo del presente lavoro di ricerca. Si osserva, infatti, che, lette nel senso sopra indicato, le norme che disciplinano il potere di autotutela, sia esso di

⁷¹¹ In tal senso, Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026.

annullamento o di revoca, non sono soltanto norme sull'autotutela, ma sono norme che indirettamente danno attuazione concreta e specifica allo stesso art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Attribuendo rilievo decisivo alla motivazione e specificandone i contenuti, le norme sull'autotutela, con il contributo interpretativo della giurisprudenza, possono considerarsi a tutti gli effetti norme specificative del più generale obbligo di motivazione di cui all'art. 3, legge n. 241 del 1990.

4. *L'integrazione della motivazione del provvedimento di primo grado mediante la convalida (in secondo grado)*

L'attività di riesame svolta dalla pubblica amministrazione, essendo caratterizzata da discrezionalità e tendendo al perseguimento dell'interesse pubblico, ben può estrinsecarsi attraverso atti che mirano al mantenimento di un provvedimento altrimenti suscettibile di eliminazione.

Per ragioni di economia dei mezzi dell'azione amministrativa e di conservazione dei relativi effetti giuridici, alla pubblica amministrazione è riconosciuta la facoltà di convalidare atti amministrativi affetti da vizi.

Il suddetto principio è stato codificato dall'art. 21-*nonies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, che ammette la convalida del provvedimento annullabile «*sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole*».

Le condizioni in presenza delle quali può essere convalidato un provvedimento annullabile sono, quindi, due: (i) la sussistenza di ragioni di tutela del pubblico interesse; (ii) l'esistenza di un termine ragionevole entro il quale effettuare la convalida. I vizi ritenuti suscettibili di convalida sono quelli di illegittimità, come difetto di forma, di procedura, nonché vizi di incompetenza relativa.

Il potere di convalida si sostanzia, dunque, in un provvedimento di secondo grado (nuovo ed autonomo) con cui la pubblica amministrazione riconosce che un vizio di legittimità formale inficia un provvedimento e lo rimuove⁷¹². Sotto il profilo della misura degli effetti prodotti, si osserva che la convalida opera retroattivamente, nel senso che sana il vizio con efficacia *ex tunc*.

La giurisprudenza amministrativa tende a subordinare la legittimità della convalida alla sussistenza dei requisiti prescritti dal codice civile per la convalida dei contratti, ossia la menzione dell'atto da convalidare e dello specifico vizio che lo inficia e la dichiarazione di volontà di convalidarlo.

Inoltre, come per ogni altro provvedimento di autotutela, si è ritenuta necessaria un'adeguata e congrua motivazione in ordine allo specifico interesse pubblico sotteso all'adozione della convalida medesima⁷¹³.

L'atto di convalida deve contenere una motivazione espressa e persuasiva in merito alla sua natura e in punto di interesse pubblico, essendo insufficiente, nel caso di difetto di competenza, la semplice e formale appropriazione del provvedimento da parte dell'organo competente, in assenza dell'esternazione delle «ragioni di interesse pubblico» giustificatrici del potere di sostituzione e della presupposta indicazione della illegittimità per incompetenza in cui sarebbe incorso l'organo che ha adottato l'atto recepito in via «sanante»⁷¹⁴.

Pur non essendo necessario che l'amministrazione ripercorra, con obbligo di dettagliata motivazione, tutti gli aspetti (e gli atti del

⁷¹² Sul tema, già M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op. cit.

⁷¹³ In tal senso, Tar Lazio, Latina, sez. I, 30 maggio 2012, n. 415, secondo cui l'emanazione del provvedimento di convalida deve essere preceduta da un'adeguata istruttoria e deve essere accompagnata da una congrua motivazione in punto di interesse pubblico alla convalida medesima; Tar Campania, Salerno, sez. II, 13 luglio 2009, n. 3998.

⁷¹⁴ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2011, n. 2863. Di segno contrario, Tar Campania, Salerno, sez. II, 14 dicembre 2011, secondo cui «*nel convalidare gli effetti di un provvedimento amministrativo viziato dalla sola competenza è sufficiente l'intento dell'organo amministrativo competente di condividere il contenuto dell'atto e i presupposti sottostanti alla sua emanazione, senza reiterare il procedimento o rinnovare la motivazione*».

procedimento) relativi al provvedimento convalidato, essendo sufficiente che emergano chiaramente dall'atto convalidante le ragioni di interesse pubblico e la volontà dell'organo di assumere tale atto⁷¹⁵.

La giurisprudenza, inoltre, ha affermato che il potere di convalida è suscettibile di esercizio anche nella pendenza di un giudizio per ovviare all'insufficiente motivazione, attraverso l'integrazione *in parte qua* del provvedimento *sub iudice*⁷¹⁶. Conseguentemente, ove il ricorrente ritenga di contestare la legittimità anche di tale integrazione della motivazione, deve proporre ricorso per motivi aggiunti.

L'ammissibilità della convalida di un atto nelle more del giudizio è da ritenersi ormai fuor di dubbio alla luce della disposizione di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2, legge n. 241 del 1990, che ha previsto la possibilità, in generale, di convalida dell'atto per ragioni di pubblico interesse ed entro un termine ragionevole, senza che prevedere come causa preclusiva la pendenza di un giudizio.

Nel caso di convalida in giudizio di un provvedimento affetto da vizio di motivazione, si viene, dunque a configurare una peculiare ipotesi di integrazione postuma della motivazione.

In conclusione, dunque, quanto alla convalida, la motivazione assume un ruolo ambivalente. Il provvedimento di convalida, quando va a sanare il vizio di motivazione di un precedente atto, è dotato di una motivazione che allo stesso tempo sorregge sé stesso e il provvedimento di primo grado emendato.

L'amministrazione deve motivare sia sull'esistenza dei presupposti per la convalida sia sulla decisione originaria che si intende convalidare. Per ciò, nell'ipotesi in esame, la convalida è un provvedimento a motivazione

⁷¹⁵ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 18 maggio 2017, n. 2351.

⁷¹⁶ In tal senso, *ex multis*, Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 10 dicembre 2015, n. 3226; Cons. St., sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 8 giugno 2015, n. 542.

doppia: motiva sé stessa e il provvedimento originario emendandolo dal vizio di motivazione.

Emerge, inoltre, un'ulteriore riflessione. Si ha, infatti, una deroga al principio generale per cui la motivazione deve sempre precedere il provvedimento e non seguirlo. Ed allora, ove si consente la convalida del provvedimento affetto da un vizio di motivazione, è legittimo chiedersi se ciò non finisca per costituire un'ulteriore ipotesi di depotenziamento dell'obbligo motivazionale.

L'obbligo di motivazione viene senza dubbio depotenziato se si consente la convalida di un atto non motivato o mal motivato, perché, implicitamente, si sta affermando che la pubblica amministrazione possa adottare, in primo grado, un atto non motivato o mal motivato per poi convalidarlo eventualmente in futuro. Per una sorta di «eterogenesi dei fini», la giurisprudenza che vuole garantire la motivazione del provvedimento, e per farlo consente la convalida dell'atto affetto da un vizio di motivazione, finisce involontariamente per ottenere l'effetto contrario, ossia un depotenziamento della motivazione.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Ad indagine ultimata, pare opportuno ripercorrere alcuni dei principali snodi in cui si è articolato il presente lavoro di ricerca.

Nel primo capitolo si è, anzitutto, evidenziata la peculiare evoluzione e trasformazione del ruolo dell'obbligo motivazionale.

Il processo di cosiddetta «legalizzazione» della pubblica amministrazione, spinto dal motore immobile della Costituzione del 1948, ha reso di centrale rilevanza l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative. Seppure con un certo ritardo storico, l'obbligo di motivazione ha aperto una breccia nei rapporti prima ermetici tra autorità e soggetti amministrati, in virtù del disposto di cui all'art. 97 Cost.

In chiave sovranazionale, rilievo primario è da riconoscersi all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza del 2000), che, nel sancire il diritto ad una buona amministrazione, afferma l'obbligo delle amministrazioni di motivare i propri atti.

L'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative diviene, dunque, un presupposto imprescindibile per amministrare bene e non soltanto legittimamente, rappresentando uno dei principali corollari del diritto ad una buona amministrazione.

A livello nazionale e di fonti normative primarie, è l'art. 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241 a positivizzare un generale obbligo di motivazione per (quasi) tutti i provvedimenti amministrativi, concretizzando il precetto costituzionale del buon andamento *ex art. 97 Cost.*

Alla fase di ascesa è seguita una fase di lento declino, o meglio di depotenziamento o «dequotazione» della motivazione, dovuto, principalmente, ad evoluzioni normative e giurisprudenziali, molto spesso legate ad esigenze di liberalizzazione, semplificazione, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Ci si riferisce, in particolare, alla motivazione *per relationem*, alla motivazione postuma, alla disciplina dei vizi non invalidanti di cui all'art. 21-*octies*, legge n. 241 del 1990, ove è evidente una tensione tra principi di trasparenza e principi di efficienza. Dequotando il vizio di motivazione a vizio formale, in quanto attinente alla forma del provvedimento, quale strumento di esternazione della volontà della pubblica amministrazione, si finisce per rendere non annullabile un provvedimento viziato sull'assunto che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

La motivazione, come ogni garanzia procedimentale, rappresenta inevitabilmente un costo per l'amministrazione che, se così intesa, finisce non soltanto per rispondere a logiche contrarie a quelle di efficienza ed efficacia, ma anche per fuoriuscire dagli istituti espressione del diritto alla buona amministrazione intesa *ex parte principis*.

Allo stesso tempo, però, è emerso che l'attuale metamorfosi del diritto amministrativo, il nuovo modo di intendere il rapporto amministrazione-amministrati e la sempre più rilevante tendenza alla «fuga» dal provvedimento e dal procedimento amministrativo hanno determinato una rivalutazione del ruolo della motivazione.

A fronte di una tendenza alla de-provvedimentalizzazione, espressione di esigenze di semplificazione amministrativa, e alla liberalizzazione dell'attività amministrativa, il tema delle garanzie procedurali assume nuova vitalità e, per ciò, anche quello della motivazione. Il cittadino, infatti, può sentire come giuste le decisioni dell'autorità pubblica, a prescindere da quale forma esse rivestano, soltanto se esse sono adeguatamente motivate.

L'obbligo di motivazione, in virtù della sua natura polifunzionale, non è più soltanto inteso quale regola di trasparenza, buona amministrazione e giusto procedimento, ma anche e soprattutto come regola di *accountability* della pubblica amministrazione verso gli amministrati e il

pubblico in generale. L'obbligo di motivazione come strumento di rendiconto razionale delle decisioni amministrative è espressione di un vincolo fra legislazione, amministrazione e giurisdizione e opera, quindi, come un criterio di collegamento fra differenti poteri dell'ordinamento giuridico considerato nel proprio complesso.

Richiamando una celebre osservazione di Norberto Bobbio, si può osservare che, se è vero che il potere invisibile è senza dubbio autoritario, l'idea di rendere la pubblica amministrazione *accountable* assume un ruolo primario nel disvelamento del potere amministrativo e, di conseguenza, nel rafforzamento della legittimazione democratica dello stesso.

La stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha elaborato un modello «garantistico» di motivazione, basato sulla necessità di tutelare il destinatario dell'atto sfavorevole e sull'esigenza di garantire un adeguato controllo degli atti delle istituzioni europee, che si iscrive nella generale esigenza di *accountability*. L'istituto della motivazione, infatti, è volto a garantire, già nell'ambito del procedimento, un autocontrollo della razionalità delle decisioni da parte degli stessi organismi europei e rappresenta il più significativo strumento di trasparenza dell'attività amministrativa e normativa delle istituzioni comunitarie.

Ciò chiarito, nel presente lavoro di ricerca si è cercato di evidenziare come dietro l'apparente generalità e uniformità dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, sancito dall'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo, lo stesso legislatore e la giurisprudenza hanno creato una molteplicità di regole speciali eterogenee, in forza delle quali si delineano una pluralità di obblighi motivazionali.

La presenza di motivazioni per così dire «speciali» emerge sia in determinati settori dell'attività amministrativa, sia con riguardo a determinati tipi di atti, in relazioni ai quali è la stessa legge o la giurisprudenza amministrativa ad aver formato discipline speciali.

Questo particolare modo di manifestarsi dell'obbligo motivazionale ha indotto ad uno studio analitico dello stesso per il tramite delle regole speciali in cui esso si estrinseca e ha imposto anche una riflessione sulla sua sostenibilità in termini di capacità amministrativa.

L'obbligo di motivazione assume funzioni, contorni e contenuti differenti a seconda che si tratti di atti concernenti l'organizzazione amministrativa, di atti riguardanti i pubblici concorsi e il personale, di atti amministrativi generali, di atti ampliativi e attributivi di vantaggi economici, di atti ablatori o sanzionatori, nonché di provvedimenti di secondo grado caducatori o conservativi.

In particolare, il lavoro di ricerca consta di una parte "speciale" in cui si analizzano gli obblighi di motivazione a partire dalle principali e più generali categorie di atti amministrativi per finire con l'approfondimento delle singole *species* provvedimentali. La parte speciale, dunque, segue un metodo deduttivo dal generale al particolare.

La scelta di procedere per via deduttiva trova una sua logica nella altrettanto rilevante esigenza di evidenziare quelle tipologie di atti che, pur rientrando nelle macro-categorie prese in esame, sfuggono all'obbligo di motivazione per espressa previsione di legge, ovvero in forza dell'elaborazione pretoria.

L'art. 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, esclude dall'obbligo di motivazione «*gli atti normativi e quelli a contenuto generale*».

In giurisprudenza, la natura normativa è stata riconosciuta a tutti gli atti espressione della funzione legislativa, nonché agli atti normativi della pubblica amministrazione, tra cui, su tutti, i regolamenti amministrativi.

Per quanto concerne, invece, gli atti a contenuto generale, la prevalente giurisprudenza ha escluso dall'obbligo di motivazione, a titolo esemplificativo, gli strumenti di programmazione urbanistica, fra cui il Piano regolatore generale, riconoscendone la natura di atto amministrativo generale e superando la tesi della natura normativa.

La suddetta norma, però, è meno chiara di quanto appare.

Il presente lavoro di ricerca approfondisce le ipotesi dubbie tentando di tracciare il perimetro dell'area degli atti esclusi dal suddetto obbligo motivazionale. Tale area, infatti, si presenta a contorni mal definiti e di non univoca interpretazione proprio perché la norma individua le deroghe all'obbligo di motivazione facendo riferimento alla natura dell'atto (normativa o di atto a contenuto generale), anziché alla categoria di appartenenza e/o agli effetti dell'atto.

La natura giuridica di un atto è, per antonomasia, un concetto elastico e dinamico. Sono davvero pochi i casi in cui non si dubita più della natura di un atto. Molto più numerosi, infatti, sono i casi in cui la natura dell'atto preso in considerazione di volta in volta è controversa e discussa.

Il quadro degli atti esclusi dall'obbligo di motivazione, inoltre, si manifesta ancora più frastagliato se si considera che anche la giurisprudenza amministrativa ha contribuito, nel corso degli anni, a delineare categorie di atti sostanzialmente esclusi dal suddetto obbligo, ovvero per i quali esso è attenuato al punto da rasentare i primi.

Ipotesi esemplificativa è quella dell'ordine di demolizione di un manufatto abusivo *ex art. 31 d.P.R. n. 380 del 2001* che, seppur non rientrando nella espressa esclusione di cui all'art. 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, non richiede una specifica motivazione. Dalla giurisprudenza analizzata nel presente lavoro, infatti, emerge un principio di c.d. autoevidenza dell'interesse tutelato, la quale consentirebbe alla pubblica amministrazione di sottrarsi al generale obbligo di motivazione, nonostante l'art. 3, comma 2 citato, escluda da tale obbligo soltanto gli atti normativi e gli atti a contenuto generali.

L'ordine di demolizione non rientra nelle due suddette categorie, eppure non necessita di motivazione, in virtù della c.d. autoevidenza degli interessi tutelati.

Al fine di escludere dall'obbligo di motivazione l'ordine di demolizione di un'opera abusiva, la giurisprudenza valorizza due elementi fondamentali: l'interesse pubblico *in re ipsa* e la natura vincolata dell'atto. La motivazione, infatti, non è richiesta anche e soprattutto perché, data la natura vincolata dell'atto, si ritiene che la mancanza di una motivazione non possa comunque incidere sul contenuto sostanziale dell'atto, predeterminato per legge.

Al di là delle ipotesi in cui l'esclusione dall'obbligo motivazionale deriva dall'autoevidenza degli interessi tutelati, ovvero dalla natura vincolata dell'atto, la metamorfosi del diritto amministrativo contemporaneo ha fatto sorgere ulteriori ipotesi di esclusione dall'obbligo motivazionale non contemplate dall'art. 3, comma 2, legge n. 241 del 1990.

Il lavoro di ricerca ha descritto con attenzione il fenomeno della fuga dal provvedimento e della sempre maggiore tendenza alla c.d. de-provvedimentalizzazione dell'azione amministrativa. È evidente, infatti, che, laddove si è introdotta una de-provvedimentalizzazione, si è andata a creare un'eccezione all'obbligo di motivazione non espressamente prevista dall'art. 3, comma 2 sopra citato.

Il quarto capitolo affronta proprio il tema della motivazione dell'azione amministrativa de-provvedimentalizzata, all'interno del quale si è dedicata maggiore attenzione agli istituti della segnalazione certificata di inizio attività e dei silenzi.

La ricerca approfondisce altresì le ipotesi in cui, al contrario del fenomeno sopra descritto, l'obbligo di motivazione ha subito un rafforzamento per effetto della stessa legge o della giurisprudenza.

Si tratta di ipotesi in cui sostanzialmente il provvedimento va ad impattare fortemente su interessi e diritti fondamentali del privato, ovvero ipotesi in cui vi è un *deficit* di legalità sostanziale, ovvero ipotesi in cui il

provvedimento è rivolto a caducare un precedente provvedimento di primo grado.

Le considerazioni fin qui svolte consentono di individuare diversi statuti dell'obbligo di motivazione, il quale si è rivelato essere istituito proteiforme sotto il profilo della natura, della forma e della disciplina.

In alcuni casi la legge, la giurisprudenza, ovvero la particolare tipologia di atto in concreto, richiedono una motivazione particolarmente rafforzata, rivolta a colmare un *gap* di legittimazione, ovvero in funzione di garanzia dei destinatari e dei terzi, nonché a tutela dell'interesse pubblico perseguito.

In altre ipotesi si profila una motivazione debole, quasi svuotata del suo contenuto, come nel caso della motivazione espressa in forma numerica nei concorsi pubblici, ritenuta sufficiente seppur nella sua debolezza in nome di una più impellente necessità di efficienza amministrativa.

Talvolta, la dequotazione dell'obbligo motivazionale si arresta in una posizione intermedia tra la motivazione piena e la motivazione assente, come avviene a titolo esemplificativo per i provvedimenti vincolati, per i quali la scienza giuridica è arrivata addirittura a domandarsi se un potere vincolato sia effettivamente un potere e non, invece, un vero e proprio obbligo.

Il lavoro di ricerca ha evidenziato un fenomeno, per così dire, di «relatività» dell'obbligo motivazionale, per cui l'intensità dello stesso varia a seconda delle specificità e peculiarità delle diverse tipologie di provvedimento prese in esame, sia in forza di previsioni di legge che di orientamenti giurisprudenziali sempre più chiamati a un ruolo di supplenti del legislatore.

L'obbligo motivazionale degli atti amministrativi costituisce, in ogni caso, una tra le più importanti garanzie di legalità, di trasparenza e di giustizia nell'esercizio della funzione amministrativa e proprio per questo non è una garanzia rinunciabile in nome della semplificazione e della

liberalizzazione. La tendenza alla de-provvedimentalizzazione risponde chiaramente alle suddette esigenze, ma va conciliata con l'irrinunciabilità di un nucleo essenziale di garanzie tra cui spicca l'obbligo di motivazione.

L'azione amministrativa, nel suo concreto svolgersi, deve superare il limitativo «binario» della mera conformità alla legge, per offrire garanzie di certezza ai soggetti amministrati⁷¹⁷. Una delle garanzie di maggior rilievo a tal fine è senza dubbio quella offerta dalla trasparenza dei processi decisionali pubblici e dalla loro prevedibilità. È in tale contesto che si innesta la motivazione.

La motivazione, infatti, diviene anche prevedibilità delle scelte pubbliche, intesa come presidio ideale della sfera di libertà del cittadino contro i pericoli di esercizio arbitrario del potere⁷¹⁸. Si tratta di un valore fondante per tutti i rapporti giuridici intersoggettivi, soprattutto per quelli tra privati e pubblica amministrazione.

⁷¹⁷ M. CORSALE, *Certezza del diritto (profili teorici)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 1 ss.

⁷¹⁸ P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in appendice alla terza edizione del volume di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968.

BIBLIOGRAFIA

A

AA. VV., *Le concessioni di lavori pubblici*, in Sandulli M. A. – De Nictolis R. – Garofoli R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. IV, Milano, 2008

Achtenberg N., *Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts*, Berlin, 1980

Allena M., *Art. 6 Cedu: procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012

Allena M., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2014, 1053 ss.

Amendola M., *Concorso a pubblico impiego* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961

Arrow K. J., *The economics of agency*, in J. Pratt – R. Zeckhauser, *Principals and agents: the structure of business*, Boston, 1985

Azoulai L. – Clement-Wilz L., *La Bonne administration*, in Auby J. B. – Dutheil De La Rochere J. (a cura di), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, 2014

B

Baccarini S., *Motivazione ed effettività della tutela*, in *Foro amm. Tar*, 10, 2007

Baccarini S., *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità delle normative*, in *Riv. giur. ed.*, 5, 2013

Bachelet V., *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962

Baldanza A., *Diritto militare e principi costituzionali*, in Poli V. – Tenore V. (a cura di), *L'ordinamento militare*, vol. I, Milano, 2006

Balduzzi R., *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, Milano, 1998

Bartoli A. M. – Predieri A., *Piano regolatore* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXXIII, Roma, 1983

Bartolomei F., *Ordinanza* (dir. amm.) (voce), in *Enc. dir.*, Milano, vol. XXX, 1980

Bassi F., *Ordine* (dir. amm.) (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980

Battini S., *Concorsi interni e cittadini esterni: la difficile coabitazione degli istituti di reclutamento e di carriera* in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2004

Battini S., *Cosa c'è di pubblico nella disciplina del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche?: un test di necessità*, in *Lav. nelle p.a.*, 2, 2007

Battini S., *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2007

Battini S., *L'obbligo di motivazione*, in Napolitano G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007

Bellitti G., *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacunali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2017

Bellomia S. – Pagliari G. – Sandulli M. A. (a cura di), *Proprietà e pianificazione del territorio*, in Gambaro A. – Morelli U. (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. IV, Milano, 2012

Benvenuti F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987

Benvenuti F., *Autotutela* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, vol. IV, 1959

Benvenuti L., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002

Bergonzini G., *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979

Berliri G., *Sanzioni amministrative e principi costituzionali della potestà punitiva penale*, in AA. VV. (a cura di), *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1982

Betti E., *Dovere giuridico* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, vol. XIV, 1965

Bifulco R., *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in Bifulco R. – Cartabia M. – Celotto A. (a cura di), *L'Europa dei diritti: commentario della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001

Bindi E., *L'incidenza delle pronunce della Corte Edu sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 3, 2014

Bobbio N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960

Boscolo E., *Motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e attuazione del giudicato*, in *Urb. app.*, 8, 2014

Boscolo E., *beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, 11, 2016

Botto A. – Iannotta L., *La concessione dei lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in M. Cafagno – Botto A. – Fidone G. – Bottino G. (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013

C

Caianello V., *Concessioni* (dir. amm.) (voce), in *Nov. dig. it.*, Appendice, vol. II, Torino, 1981

Calamandrei P., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in Appendice alla III edizione del volume di Lopez De Onate F., *La certezza del diritto*, Milano, 1968.

Camerlengo Q., *Commento all'art. 33 della Costituzione*, in Bartole S. – Bin R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008

Cammelli M., *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004

Cammeo F., *Gli atti amministrativi generali e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. it.*, 3, 1908

Cannada Bartoli E., *In tema di motivazione degli atti a contenuto generale*, in *Foro amm. Tar*, 4, 1995

Capozzi S., *Brevi considerazioni in ordine alla nullità del provvedimento*, in Liguori F. (a cura di), *Studi sul procedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007

Carbone V., *Accordi sostitutivi e cessione volontaria del bene espropriando*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 1995

Cardarelli F., *La motivazione del provvedimento*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017

Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016

Carnelutti F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951

Cartei G. F., *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urb. e app.*, 8, 2016

Casetta E., *Pubblica amministrazione* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997

Casetta E., *Sanzioni amministrative* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, 1997

Casini L., *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005

Cassatella A., *L'annullamento d'ufficio. Modelli di comparazione*, in *Dir. e form.*, 2004

Cassatella A., *L'obbligo di motivazione delle "nuove" ordinanze a tutela della sicurezza urbana previste dall'art. 54, comma 4, del Testo unico degli enti locali: osservazioni critiche*, in *Le Regioni*, 1, 2010

Cassatella A., *Il dovere di motivazione discorsiva degli atti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2011

Cassatella A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013

Cassatella A., *La motivazione dei piani urbanistici; aspetti evolutivi*, in *Riv. giur. edil.*, 3, 2016

Cassese S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1967

Cassese S., *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello neoclassico*, in Torchia L. (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, 1993

Cassese S., *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 1996

Cassese S., *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in Battini S. – Cassese S. (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997

Cassese S., *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in AA.VV. (a cura di), *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999

Cassese S., *Le basi costituzionali*, in Cassese S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, vol. I, Milano, 2003

- Cassese S., *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2003
- Cassese S., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006
- Cassese S., *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Europ. rev. publ. law*, 3, 2009
- Cassese S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010
- Cassese S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015
- Cassese S. (a cura di), *Research handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, 2016
- Castorina E., *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1994
- Catelani A., *Il pubblico impiego*, in Santaniello G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXI, Padova, 2003
- Cavallo B., *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo (vce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995
- Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990
- Cavallo Perin R., *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in *Foro amm. Cons. St.*, 1, 2002
- Cerulli Irelli V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997
- Cerulli Irelli V., *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in D'Alberti M. – Pajno A. (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010
- Ceruti M., *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, 6, 2016

Chieppa R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006

Chiti E., *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2004

Chiti E., *Il principio di buona amministrazione*, in Chiti E. – Franchini C. – Gnes M. – Savino M. – Veronelli M. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, Milano, 2005

Chiti E., *L'amministrazione militare*, Milano, 2007

Chiti M. P., *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in Vesperini G. (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, 2006

Cimini S., *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017

Civitarese Matteucci S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006

Clarich M. – Zanettini L., *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013

Clarich M., *I procedimenti di regolazione*, in AA. VV. (a cura di), *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999

Clarich M., *Garanzia del contraddittorio nei procedimenti innanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003

Clarich M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005

Cocconi M., *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2009

Cocconi M., *La motivazione degli atti generali delle autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, in *Osservatorio sull'Air*, 2011

Cohen M., *When judges have reasons not to give reasons: a comparative law approach*, in *Washington and Lee Law Review*, 2015

Contessa C., *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016

Contessa C., *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in *Urb. e app.*, 8, 2016

Conti L., *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21-nonies*, in *Giustamm.it*, 2016

Coraggio G., *Autotutela* (voce), in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988

Corsale M., *Certezza del diritto* (profili teorici) (voce), in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988

Corso G., *Autotutela* (dir. amm.) (voce), in Cassese S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. I, Milano, 2006

Corso G., *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, Agg., 2001

Craig P., *Administrative Law*, London, 2012

Crisafulli V., *Atto normativo* (voce), in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959

Crisafulli V., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984

D

D'Alberti M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981

- D'Alberti M., *Concessioni amministrative* (voce), in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1988
- D'Alberti M., *Autorità indipendenti* (dir. amm.) (voce), in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1995
- D'Alberti M., *L'Unione Europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016
- D'Alessio G., *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *Lav. nelle p.a.*, 1, 2012
- D'Alterio E., *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: «post fata resurgam»*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2015
- D'Alterio E., *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016
- D'Ancona S., *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015
- D'Orsogna M. – Lombardi R., *Il silenzio assenso*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017
- D'Orsogna M., *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Milano, 2004
- D'Orta C., *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in Carinci F. – Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2004
- De Giorgi Cezzi G. – Portaluri P. L., *L'efficacia e l'esecutività del provvedimento*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017
- De Nictolis R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 5, 2016
- De Pretis D. – Simonati A. (a cura di), *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche*, Torino, 2017

De Pretis D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995

Del Gatto S., *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 9, 2010

Della Cananea G., *Gli atti di alta amministrazione e l'obbligo di motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 1998

Della Cananea G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000

Della Cananea G., *L'ordinamento delle professioni*, in Cassese S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, vol. II, Milano, 2003

Della Cananea G., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009

Della Cananea G., *Due process of law beyond the State: requirements of administrative procedure*, Oxford, 2016

Della Cananea G., *Benvenuti e l'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2017

Delsignore M., *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011

Deodato C., *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016

Deodato C., *L'annullamento d'ufficio*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017

Di Cristina F., *L'autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in Cafagno M. – Manganaro F. (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016

Di Stasi A., *Il diritto all'equo processo nella Cedu e nella Convenzione americana sui diritti umani*, Torino, 2012

Dipace R., *L'attività di programmazione come presupposto delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno Aipda *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, 2017

Domenichelli V. – Sinisi M., *La revoca del provvedimento*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017

E

Elliot M., *Has the common law duty to give reasons come of age yet?*, in *Public Law*, 2011, 56 ss.

Emilio D., *Commento all' articolo 13 della legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Nuove leggi civ. e comm.*, 1995, 76 ss.

F

Falcon G. – De Pretis D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011

Falcon G., *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 2016

Ferrara R., *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012

Ferrari G., *La retrocessione*, in Garofoli R. – Ferrari G. (a cura di), *Codice dell'espropriazione*, Roma, 2016

Ferrari G., *La tutela giurisdizionale*, in Ferrari G. – Garofoli R. (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016

Fidone G., *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1, 2015

Flick G. M., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? (Materia penale, giusto processo e ne bis in idem nella*

sentenza della Corte Edu, 4 marzo 2014, sul market abuse), in *Riv. soc.*, 5, 2014

Foà S., *I regolamenti delle autorità indipendenti*, Padova, 2002

Fonderico G., *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. e il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2005

Fracchia F., *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998

Fracchia F., *Concessione amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, vol. I, Milano 2007

Francario F., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Federalismi.it*, 2015

Francario F., *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, Relazione al Convegno Aipda, 2016

Franchioni S., *Potere di ordinanza, sicurezza urbana e costituzione*, in Lorenzetti A. – Rossi S. (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, Napoli, 2009

G

Gabarda O., *Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs? Enjeux et perspectives d'évolutions autour du principe de la motivation facultative*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2012

Gallena G., *Pubblico impiego* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Agg., Torino, 2008

Galletta D. U., *Il principio di proporzionalità*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017

Ghetti G., *Autotutela della pubblica amministrazione* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino 1987

Giannini M. S., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 3, 1953

Giannini M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939

Giannini M. S., *I beni pubblici*, Roma, 1963

Giannini M. S., *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977

Giannini M. S., *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in Amorosino S. (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Milano, 1991

Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993

Giulietti W. – Paolantonio N., *La segnalazione certificata di inizio attività*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017

Giulietti W. – Trimarchi M., *Nozione di amministrazione pubblica coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in Cavallo Perin R. – Police A. – Saitta F. (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, vol. I, Firenze, 2016

Giulietti W., *Commento all'art. 20*, in A. Bartolini – S. Fantini – G. Ferrari, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010

Gnes M., *L'annullamento prefettizio delle ordinanze del Sindaco quale Ufficiale di Governo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2009

Goisis F., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 4, 2011

Goisis F., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2013

Goisis F., *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 4, 2015

Greco G., *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19, l. n. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2014

Greco G., *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015

H

Henneke H. G., §39 *VwVfG*, in Knack H. J., *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Köln, 2000

Horn M. J., *The political economy of public administration: institutional choice in the public sector*, Cambridge, 1995

I

Iaccarino C. M., *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933

Iaccarino C. M., *Motivazione degli atti amministrativi (voce)*, in *Nov. Dig. it.*, vol. X, Torino, 1968

Immordino M., *Articolo 21 quinquies: revoca del provvedimento*, in Paolantonio N. – Police A. – Zito A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006

J

Jannotta R., *Concorso a pubblico impiego* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989

L

Leonardi R., *L'esecutorietà degli atti costitutivi di obblighi*, in Sandulli M. A. (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017

Liakopoulos D., *Equo processo nella Convenzione dei diritti dell'uomo e nel diritto comunitario*, Padova, 2007

Licciardello S., *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997

Liguori F., *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della D.I.A.-S.C.I.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2015

Liguori F., *I modelli settoriali: Scia edilizia e procedure semplificate in tema di rifiuti*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017

Lipari M., *La Scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 2015

Lipari M., *La tutela giurisdizionale e precontenziosa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016

Lupo A., *Premesse per uno studio della revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013

M

Macchia M., *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015

- Macchia M., *I contratti di concessione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016
- Manfredi G., *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico in re ipsa?*, in *Urb. e app.*, 1, 2018
- Mannori L. – Sordi B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2013
- Marchetti B., *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti: il judicial review sulle administrative agencies*, Padova, 2005
- Marchetti B., *Il principio di motivazione*, in Renna M. – Saitta F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012
- Marchetti B., *Il principio di precauzione*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017
- Mari G., *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, in *Riv. giur. edil.*, 1, 2016
- Marone F., *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017
- Maruotti L., *Commento all'art. 9 del T.U. in materia espropriativa*, in Caringella F. – De Marzo G. – De Nictolis R. – Maruotti L. (a cura di), *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2002
- Marzona N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in Cassese S. – Franchini C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Milano, 1996
- Marzucchi S., *Regolamenti delle autorità indipendenti (voce)*, in Cassese S. (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, vol. V, Milano, 2006
- Mashaw J. L., *Reasoned Administration: The European Union, the United States and the Project of Democratic Governance*, in *The George Washington Law Review*, 2007, 101 ss.

- Mashaw J. L., *The rise of reason giving* in Rose-Ackerman S. – Lindseth P. L. – Emerson B., *American administrative law*, in *Comparative Administrative Law*, Elgar, 2017
- Mattarella B. G., *L'attività*, in Cassese S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, vol. I, Milano, 2003
- Mattarella B. G., *Motivazione* (dir. com.) (voce), in Cassese S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano, 2006
- Mattarella B. G., *Atto amministrativo* (voce), in Clarich M. – Fonderico G. (a cura di), *Diz. dir. amm.*, Milano, 2007
- Mattarella B. G., *Commento agli artt. 23 e 24*, in Nigro A. – Santoro V. (a cura di), *La tutela del risparmio. Commento alla l. 28 dicembre 2005, n. 262 e al d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, Torino, 2007
- Mattarella B. G., *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2007
- Mattarella B. G., *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Osservatorio sull'Air*, 2010
- Mattarella B. G., *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015
- Mauro E., *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 5, 2011
- Mazzarelli V., *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1999
- Mazzarelli V., *La motivazione delle varianti urbanistiche*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2007
- Mazzaroli L., *I piani regolatori urbanistici nella teoria generale della pianificazione*, Padova, 1966
- Melis G., *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996

- Melis G., *Una buona legge e molto da fare*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015
- Meoli C., *Il potere di ordinanza del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2009
- Merusi F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970
- Merusi F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000
- Merusi F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001
- Merusi F., *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quad. cost.*, 2006
- Merusi F., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in Gitti G. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006
- Merusi F., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013
- Merusi F., *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015
- Millett L., *The right to good administration in European law*, in *Public law*, 2002
- Mirate S., *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012
- Montefusco R., *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in *Foro Amm. Tar*, 9, 2002.
- Morbidelli G., *Dichiarazione di pubblica utilità (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990
- Morbidelli G., *Pianificazione territoriale ed urbanistica (voce)*, in *Enc. giur. dir.*, vol. XXIII, Roma, 1990

Morbidelli G., *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA. VV. (a cura di) *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, 1998

Morbidelli G., *Il silenzio assenso*, in Cerulli Irelli V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006

Morbidelli G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 4, 2007

Morbidelli G., *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3, 2016

Morettini S., *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio sull'Air*, 2011

Mori P., *Art. 296 TFUE*, in Tizzano A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014

Morrone A., *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2015

Moscato E., *La causa del contratto*, in Lipari N. – Rescigno P. (diretto da), *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, tomo II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009

Mostacci E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Milano, 2008

N

Napolitano G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005

Napolitano G., *Pubblica amministrazione* (voce), in Cassese S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, vol. III, 2006

Napolitano G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007

Napolitano G., *Pubblica amministrazione in Italia*, in *XXI secolo. Norme e idee*, Roma, 2009

Napolitano G., *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2012

Napolitano G., *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 4, 2014

Napolitano G., *Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*, in Liguori F. –Acocella C. (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Bologna, 2015

Napolitano G., *Il codice francese e le nuove frontiere della disciplina del procedimento in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2016

Napolitano G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017

Napolitano G. – Zoppini A., *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in Gitti G. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006

Napolitano G. – Abrescia M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009

Nicita A. – Scoppa V. (a cura di), *Economia dei contratti*, Roma, 2005

Nicodemo S., *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002

O

Orsi Battaglini A., *Autorizzazione amministrativa (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987

P

- Pacini M., *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012;
- Pacini M., *Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 6, 2014
- Pagliari G., *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 4, 2009
- Pagliari G., *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015
- Pajno A. – Torchia L. (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, Roma, 2015
- Pajno A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in Pellegrino G. – Sterpa A. (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Roma, 2014
- Pajno A., *L'autotutela tra tradizione e innovazione*, in *Federalismi.it*, 2017
- Paliero C. E. – Travi A., *Sanzioni amministrative* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989
- Perongini S., *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2002
- Picozza E., *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in Cafagno M. – Botto A. – Fidone G. – Bottino G. (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013
- Pietrobon A., *Art. 296 TFUE*, in F. Pocar – M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014
- Pinelli C., *La pubblica amministrazione, Art. 97*, in A. Pizzorusso, *Commentario alla Costituzione*, Roma, 1994
- Politi F., *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1995

Portaluri P. L., *Note sull'autotutela dopo la legge n. 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edil.*, 6, 2014

R

Raggi L., *Motivi e motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 3, 1941

Ramajoli M. – Villata R., *Art. 10-bis l. n. 214/1990*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012

Ramajoli M. – Tonoletti B., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013

Ramajoli M., *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in Bruti Liberati E. – Donati F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010

Ramajoli M., *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giustamm.it*, 2016

Ramajoli M., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.* 9, 2017

Ranelletti O., *Teoria generale delle autorizzazioni e delle concessioni*, Torino, 1897

Rangone N., *Autorità indipendenti e Air. La riforma delle Autorità indipendenti*, in D'Alberti M. – Pajno A. (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010

Renna M., *Beni pubblici* (voce), in Cassese S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. I, Milano, 2006

Rescigno G. U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza* (dir. cost. e amm.) (voce), in *Nov. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965

Rescigno P., *Contratto* (voce), in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1988

Rescigno P., *Obbligazioni* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979

Ricchi M., *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 7, 2014

Rivalta M., *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato interesse*, Milano, 1960

Rizzo G., *La concessione di servizi*, Torino, 2012

Robertshaw P., *Providing reasons for administrative decisions*, in *Anglo American Law review*, 1998

Roehrssen G., *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1941

Romano A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016

Romano F., *Obbligo* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979

Romano M. C., *Atti amministrativi generali* (voce), in Cassese S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. I, Milano, 2006

Romano M. C., *L'esclusione della motivazione per gli atti normativi e per gli atti a contenuto generale*, in Romano A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2017

Romano S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947

S

Salvatore P., *Autorizzazione* (voce), in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988

Salvia F. – Teresi F., *Diritto urbanistico*, Padova, 2002

Salvia F., *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2008

Sandulli A. M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954

Sandulli A. M., *Appunti per uno studio sui piani regolatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2, 1958

Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989

Sandulli A., *Il procedimento*, in Cassese S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, vol. II, Milano, 2000

Sandulli M. A., *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione. Studi preliminari*, Napoli, 1981

Sandulli M. A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983

Sandulli M. A., *Sanzione* (Sanzioni amministrative) (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992

Sandulli M. A., *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. amm.*, 4, 2002

Sandulli M. A., *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 3-4, 2008

Sandulli M. A. – De Nictolis R. – Garofoli R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008

Sandulli M. A., *Autotutela*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2015

Sandulli M. A., *Gli effetti diretti della legge n. 124 del 7 agosto 2015 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015

Sandulli M. A., *Postilla all'editoriale "Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di Scia, silenzio assenso e autotutela"*, in *Federalismi.it*, 2015

Sandulli M. A., *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, 2015

Sandulli M. A. (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, 2016

Sandulli M. A., *Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 49/2016, in tema di norme della Regione Toscana in materia di Scia*, in *Riv. giur. ed.*, 1, 2016

Sandulli M. A., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016

Santaniello G., *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963

Santini M., *Le osservazioni dei privati al progetto di piano regolatore generale (o sue varianti): non più come mero apporto collaborativo ma con funzione anche garantistica*, in *Riv. giur. urb.*, 1996

Satta F., *Ordine e ordinanza amministrativa (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma 1990

Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999

Scoca F. G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971

Scoca F. G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in Roversi Monaco F. A. (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Rimini, 1988

Scoca F. G., *Autorità e consenso*, in AA. VV. (a cura di), *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002

Scoca F. G., *Il provvedimento amministrativo. Nozione, elementi, classificazione*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2011

Scoca F. G., *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in *Giur. cost.*, 3, 2011

Scoca F. G., *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017

Scotti E., *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in Romano A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016

Screpanti S., *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2007

Scwharze J., *Judicial review of administrative procedure*, in *Law and contemporary problems*, 2004

Sepe O., *Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2, 1992

Severini G., *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016

Shapiro M., *The giving reasons requirement*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1992

Silverstri P. A., *Concessione amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961

Sinisi M., *Il potere di revoca nell'ambito delle gare per l'affidamento di contratti pubblici alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Foro amm. Tar*, 1, 2011

Solé J. P., *EU Law, Global Law and the Right to Good Administration*, in Chiti E. – Mattarella B. G. (a cura di), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Berlin, 2011

Sorace D. – Marzuoli C., *Concessioni amministrative* (voce), in *Dig., disc. pubbl.*, vol. III, Torino 1989

Sorace D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2014

Sordi P., *La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, in *Argomenti dir. lav.*, 2009

Spantigati F., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1969

Spasiano M. R., *Commento all'art.146*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012

Stancanelli P., *Art. 296 TFUE*, in Curti Gialdino C., *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012

Stella Richter P., *Natura ed efficacia dei piani regolatori comunali*, in *Giust. civ.*, 1, 1964

Stella Richter P., *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984

Stella Richter P., *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2016

T

Tassone A. R., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987

Tassone A. R., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993

Tassone A. R., *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, 1994

Tassone A. R., *Motivazione nel diritto amministrativo (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997

Tassone A. R., *Motivazione (dir. amm.) (voce)*, in Cassese S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano, 2006.

Tesauro A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925

Titomanlio R., *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012

- Tonoletti B., *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008
- Torchia L. (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009
- Torchia L., *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012
- Torchia L., *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, in relazione al Convegno *Le autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, 2013
- Torchia L., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento e processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016
- Torchia L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno Aipda *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, Bergamo, 2017
- Travi A., *Sanzione amministrativa e pubblica amministrazione*, Padova, 1983
- Travi A., *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in Parisio V. (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, Milano, 2002
- Trimarchi M., *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2018
- Trimarchi Banfi F., *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993
- Trimarchi Banfi F., *Illegittimità ed annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003
- Trimarchi Banfi F., *Art. 1, comma 1-bis della legge n. 241 del 1990*, in *Foro amm. Cons. St.*, 3, 2005

Trimarchi Banfi F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in Chiti M. P. – Greco G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007

Trimarchi Banfi F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 4, 2005

Trimarchi Banfi F., *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2014

Troise Mangoni W., *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012

Tubertini C., *Atti politici e di alta amministrazione* (voce), in Cassese S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, vol. I, Milano, 2006

U

Urania Galletta D., *I procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali*, in Galgano F. – Roversi Monaco F. A. (a cura di), *Le nuove regole del mercato finanziario*, Padova, 2009

Urbani P. – Civitarese Matteucci S. (a cura di), *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2017

V

Vaiano D., *Fasi delle procedure di affidamento*, in Garofoli R. – Ferrari G., *Codice degli appalti pubblici annotati con dottrina, giurisprudenza e formule*, Roma, 2013

Vaiano D., *Il preavviso di rigetto*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017

Valaguzza S., *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. regol. merc.*, 1, 2016

Vandelli L., *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 1973

Vandelli L., *Le ordinanze del Sindaco in materia di sicurezza urbana*, Roma, 2008

Vecchio G., *Gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali presso le amministrazioni statali, fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm. Tar*, 4, 2006

Vetrò F., *Commento all'art. 31*, in Sandulli M. A (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, Milano, 2015

Villata R. – Ramajoli M. (a cura di), *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017

Vinti S., *Natura e presupposti della variante di piano regolatore*, in *Riv. giur. edil.* 1, 1989

Virga P., *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 2001

Vitta C., *Concessioni amministrative* (voce), in *Nov. dig. it.*, vol. III, Torino, 1959

Volpe C., *Le stazioni appaltanti hanno il potere di non aggiudicare*, in *Dir. proc. amm.*, 2007

W

Wade H. R. W., *Administrative Law*, Oxford, 2004

Wakefield J., *The right to good administration*, Alphen aan den Rijn, 2007

Z

Zampetti E., *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. edil.*, 4, 2015

Zampetti E., *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017

Zito A. – Tinelli G., *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in Sandulli M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017